

## RICHARD A. EPSTEIN

Il giurista Richard Epstein utilizza un fondamento consequenzialista - utilizzando e rielaborando in particolare il pensiero di autori come Hume, Bentham, Hayek e il contemporaneo Robert Ellickson<sup>1</sup> - per suffragare conclusioni la cui collocazione più propria è interna al filone liberale classico, ma che l'autore a più riprese definisce libertarie<sup>2</sup>.

Epstein è distante da un utilitarismo rozzo e olistico; l'utilità non rappresenta un ideale o un'entità distaccata cui si debba rispetto in sé e per sé, non è qualcosa che "si libra al di sopra della gente". Egli intende il bene comune in un'accezione fortemente individuale: qualsiasi progetto pubblico che limita i diritti individuali deve andare a beneficio delle singole persone limitate. Inoltre bisogna fornire giustificazioni funzionali consistenti alle norme giuridiche e agli assetti istituzionali che si suggeriscono.

Tutte le proposizioni giuridiche importanti non si basano su deduzioni da principi astratti bensì su forti regolarità empiriche del comportamento umano. Epstein aderisce a uno scetticismo moderato: da un lato rifugge dagli assunti a priori, ma dall'altro rifiuta di cadere nella trappola opposta di evitare giudizi morali sulla forma delle istituzioni pubbliche (e qui suoi bersagli sono autori come Oliver W. Holmes e Richard Posner). Nel contesto humaneo di egoismo limitato in un mondo di scarsità, ogni persona non conosce le preferenze (e la loro intensità) degli altri individui: le regole giuridiche che massimizzano la sfera complessiva delle scelte umane sono quelle che fanno uso della consapevolezza sociale di tale ignoranza. L'incapacità di sondare le preferenze altrui costituisce una delle motivazioni più forti per rispettare la libertà individuale.

Il metodo privilegiato è quello delle presunzioni: tramite successive approssimazioni si cerca di dimostrare la stretta connessione fra le proposizioni più diffuse della vita comune e i più rigorosi requisiti di una teoria consequenzialista. In particolare, le regole sono ricavate da Epstein confrontando i costi amministrativi di esse (risorse assorbite dalle burocrazie create per implementarle, tempo ed energie richieste ai destinatari per osservarle e così via) e gli effetti di incentivo in direzione di condizioni di maggiore efficienza e benessere. Si parte da alcuni doveri *prima facie* (es., non si deve rubare), li si sottopone a controbiezioni prevalentemente di origine empirica (giustificazioni, attenuanti, esimenti, casi limite) e alla fine si valuta la loro plausibilità prevalentemente sulla base delle conseguenze per i soggetti coinvolti (nell'esempio precedente, con il furto ne consegue un assetto *win-lose*, uno vince l'altro perde, e il guadagno del vincitore avviene a danno del perdente; mentre con uno scambio volontario si produce un assetto *win-win*). Chi vuole difendere il comportamento *prima facie* illecito deve offrire una spiegazione stringente. In tal modo, con approssimazioni successive ci si avvicina a una migliore comprensione di ciò che è giusto o sbagliato.

Sulla base di tale metodo Epstein ricava i principi (le regole) che devono organizzare le società. Individua quattro regole fondamentali, di impianto chiaramente liberario, più altre tre che rappresentano integrazioni necessarie per "forzare" i privati in alcune circostanze (intervento pubblico).

1) Principio di autonomia individuale: ognuno è proprietario di sé stesso.

---

<sup>1</sup> R.C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

<sup>2</sup> R. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995, trad.it *Regole semplici per un mondo complesso*, Liberilibri, Macerata, 2012. In un contesto sempre classical liberal, in particolare i temi dell'interazione sociale, dei beni pubblici e del diritto civile sono stati approfonditi in *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good*, Perseus Books, Cambridge, Mass., 1998; e *Skepticism and Freedom. A Modern Case for Classical Liberalism*, university of Chicago Press, Chicago, 2003, trad. it. *Scetticismo e libertà*, Liberilibri, Macerata, 2010. Lavori precedenti sono: *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985; *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.

2) Principio dell'acquisizione originaria: ognuno è proprietario dei beni presi dallo stato di natura<sup>3</sup>.

3) Scambio volontario; il sistema dei contratti dà la possibilità a ciascuno di scambiare.

4) Protezione dalle aggressioni; a nessun soggetto deve essere permesso di contravvenire a queste regole (diritto penale e civile<sup>4</sup>).

Tuttavia possono sorgere problemi nel coordinamento sociale e possono determinarsi situazioni di non-cooperazione; il che apre la strada all'introduzione di norme che ammettono interventi in deroga ai principi ora elencati e la presenza dello Stato. Da qui le tre regole seguenti.

5) Casi di stato di necessità (rischio imminente per la vita o la proprietà) comportano che possa essere limitata la libertà contrattuale (es. la persona che sta morendo di sete nel deserto<sup>5</sup> o altre situazioni da "scialuppa di salvataggio" che provocano quello che in sintesi può essere definito un esproprio<sup>6</sup>); tuttavia l'interlocutore (che è il proprietario) della persona in stato di necessità deve essere indennizzata per la perdite che la sua proprietà subisce; l'indennizzo deve essere pari al valore di mercato (es. il prezzo del bicchiere d'acqua). Tali situazioni devono essere limitate alle situazioni di monopolio bilaterale con una parte in posizione fortemente dominante, non estese a quelle in cui vige un mercato di concorrenza<sup>7</sup>.

6) Lo Stato deve finanziarsi attraverso un'imposta ad aliquota fissa e non alzare discrezionalmente le imposte modificando il sistema fiscale con norme complicate; un sistema fiscale proporzionale possiede una semplicità tale da ridurre i costi amministrativi.

7) Una tenue redistribuzione della ricchezza è legittima; deve essere realizzata a carico della fiscalità generale e non interferendo come ad esempio avviene con l'innalzamento dei salari minimi o il controllo degli affitti. Epstein accoglie una dimensione dello Stato sul modello smithiano, in cui, oltre all'offerta dei tradizionali beni pubblici inerenti alla protezione (giustizia, ordine pubblico, difesa), vengano garantiti le infrastrutture, il potere di espropriazione a fini di pubblica utilità e norme a salvaguardia della concorrenza<sup>8</sup>.

Queste regole sostanzialmente garantiscono che la vita sociale sia basata sulle scelte degli individui, le cui preferenze non possono essere conosciute dai governanti, e dalle interazioni tra quelle scelte.

---

<sup>3</sup> Da consequenzialista non ritiene, a differenza dei libertari deontologi, che l'acquisizione originaria goda dello *status* di verità assoluta, ma solo che rappresenta la regola che produce maggiori benefici complessivi: impone costi a coloro che sono esclusi ma gli incentivi dati dalla sicurezza del possesso producono ricavi in termini di benessere nettamente sovrachianti.

<sup>4</sup> A differenza dell'orientamento prevalente tra i libertari, Epstein trova ragionevole una sanzione per la diffamazione effettuata con dolo.

<sup>5</sup> In questo caso per Epstein il proprietario dell'acqua non ha il diritto di far pagare all'assetato, ad esempio, un milione di dollari un bicchiere d'acqua. In tal caso l'assetato ha il diritto all'acqua e anche il diritto a usare la forza per averla (si inverte la relazione, il proprietario non ha il diritto di usare la forza per difendere la sua acqua). Ma dietro indennizzo coincidente col prezzo di mercato del momento. Un altro esempio è quello di un'imbarcazione che si trova in una tempesta e che attracca senza permesso su un molo di proprietà di qualcun altro; ciò può avvenire. La tolleranza in questo caso non costituisce una giustificazione dell'espropriazione, perché il privilegio scompare con la fine della tempesta.

<sup>6</sup> Anche l'esproprio in senso stretto compiuto dallo Stato, per pubblica utilità (ad esempio per realizzare strade o stazioni), è lecito, quando i benefici sono superiori ai costi.

<sup>7</sup> Come ad esempio nel caso di un terremoto che distrugge abitazioni; l'aumento dei prezzi temporaneo nei mercati inerenti le costruzioni non va paragonato al prezzo esorbitante del bicchiere d'acqua dell'esempio precedente; anzi quell'aumento dei prezzi incentiva gli offerenti e dunque rappresenta un efficiente meccanismo di mercato basato sui diritti di proprietà.

<sup>8</sup> Per l'autore la libertà individuale viene meglio compresa se si traduce nell'introduzione di principi che, applicati coerentemente, operino a vantaggio di tutti (o quasi tutti) i membri della società contemporaneamente. Non è produttivo invece, a parere di Epstein, interpretare le idee di libertà individuale come glorificazione dell'individuo a spese della società.

Dati i bisogni indispensabili per la prosperità umana, tra cui il bisogno di cooperazione, esiste un elementare senso della giustizia che si trova presso tutte le culture; e ciò per Epstein è dimostrato dal fatto che norme giuridiche del diritto romano sono state recepite da tutte le civiltà successive.

Le preferenze e i comportamenti umani sono in linea di massima ben organizzati nel corso del tempo. Epstein passa in rassegna e sottopone a critica le analisi contemporanee (in particolare di Jon Elster e Amartya Sen) volte a dimostrare l'irrazionalità e l'incoerenza delle preferenze degli individui. I giochi del "dilemma del prigioniero", che vogliono dimostrare le difficoltà nella formazione e nell'espressione delle preferenze umane per invocare maggiore presenza pubblica, sono largamente errati.

La riaffermazione di una politica di *laissez faire* da parte di Epstein avviene in polemica con le tradizioni di ricerca più stataliste, ma anche con quelli che chiama "libertari assolutisti", primi fra tutti gli esponenti della corrente dei diritti naturali. Nelle situazioni reali si può dimostrare che i diritti naturali non sono un dogma, e che la violazione della loro "santità" è consentita dalle norme giuridiche di molti paesi (opportunamente, secondo l'autore), come si è visto nel punto 5) a proposito dei casi di necessità.

L'invasione fisica della proprietà non può essere un vincolo assoluto. Bisogna considerare la natura dell'invasione e il tipo di rimedio giuridico appropriato per ciascun caso. Esistono diversi tipi di soluzioni, dal *self-help*, in cui un individuo, ritenendosi danneggiato, agisce unilateralmente per ricostituire o recuperare la sua proprietà, alla richiesta di risarcimento dei danni davanti a un tribunale, alle ingiunzioni, e alla richiesta di azioni in forma specifica. Epstein distingue fra una *property rule*, che sostanzialmente prevede la restituzione della proprietà e/o la cessazione dell'attività dannosa, e una *liability rule*, che prevede il risarcimento dei danni. Egli respinge la tesi assolutistica secondo cui deve prevalere sempre e solo la *property rule* e contesta l'idea che un trasferimento economico coercitivo sia contrario alla libertà individuale. Se, ad esempio, un individuo ha invaso la proprietà del vicino, realizzando una struttura che supera il confine anche di soli tre centimetri, allora la regola deve imporre la rimozione della parte di struttura eccedente. Una simile regola scoraggia sia l'invasione intenzionale sia quella causata da imperizia. Ma vi sono casi, come quello di un aereo che sorvola un ampio territorio, in cui il rischio che si determini un'esternalità è minimo, mentre il rischio del cosiddetto *holdout* (in questo caso, che qualcuno richieda risarcimenti elevatissimi per acconsentire al sorvolo) è elevato. In casi come questi, il diritto ha cercato di minimizzare il problema di *holdout* più che tentare di eliminare le esternalità molto piccole.

Piero Vernaglione

#### Bibliografia

- *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985.
- *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.
- *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995; trad.it *Regole semplici per un mondo complesso*, Liberilibri, Macerata, 2012.
- *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good*, Perseus Books, Cambridge, Mass., 1998.
- *Skepticism and Freedom. A Modern Case for Classical Liberalism*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, trad. it. *Scetticismo e libertà*, Liberilibri, Macerata, 2010.

