

IL DIRITTO COME PROFEZIA
Il realismo americano:
antologia di scritti

Il diritto come profezia

*Il realismo americano:
antologia di scritti*

a cura di

Silvana Castignone, Carla Faralli
e Mariangela Ripoli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2002 - G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-2388-0

*Questo volume è nato nell'ambito di due ricerche MURST ex 40%,
«La filosofia del diritto dei giuristi» e «L'amministrazione della giustizia e la
società italiana del 2000».*

Grafica di Nicola Corradini

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

NATURA E RAGIONE NEL DIRITTO

DI JOHN DEWEY

Nello scritto di Pollock *The Expansion of the Common Law* si trova il seguente brano, molto interessante, tratto da uno scritto di San Germano, dell'inizio del XVI secolo: «Non è comune tra i giureconsulti inglesi pensare quali cose siano comandate o proibite dalla Legge di Natura e quali no, ma ogni presa di posizione in questo ambito soggiace a tale concezione. Quando qualcosa è fondato sulla Legge di Natura, essi dicono che la Ragione vuole che quella tal cosa sia compiuta; e se la tal cosa è proibita dalla Legge di Natura, essi dicono che è contro la Ragione, o che la Ragione non può accettare che sia fatta»¹. È un luogo comune per gli studiosi di storia del diritto l'idea che questa identificazione di naturale e razionale, e l'equiparazione di entrambi con ciò che è moralmente giusto, abbia portato, in vari periodi, a grandi miglioramenti nel campo del diritto. Il professor Pound ha recentemente definito lo stadio di sviluppo del diritto che persegue e corregge, nello stesso tempo, molti degli abusi verificatisi nello stadio del diritto stretto, come quello dell'equità e del diritto naturale. Egli dice: «I principali caposaldi ideali dello studio dell'equità o del diritto naturale sono: 1. L'identificazione del diritto con la morale; 2. la concezione del dovere ed il tentativo di trasformare i doveri morali in doveri giuridici; 3. la fiducia riposta nella ragione, piuttosto che in una norma arbitraria, per eliminare il capriccio e l'elemento personale nell'amministrazione della giustizia»². A parte l'introduzione dell'equità, l'abolizione di tecnicismi che

[J. DEWEY, *Nature and Reason in Law*, in «International Journal of Ethics», XXV, 1914, pp. 25-32 (trad. di C. Faralli, già apparsa in C. FARALLI, *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia*, Bologna 1990², pp. 181-88)].

¹ F. POLLOCK, *The Expansion of the Common Law*, p. 109.

² In «Harvard Law Review», p. 213.

ostacolavano piuttosto che favorire la giustizia, l'adozione da parte delle Corti di modalità più ragionevoli rispetto a quelle perpetuate nella più vecchia legislazione, l'idea della subordinazione del governo ai fini sociali, il progresso delle relazioni umane internazionali sono solo alcuni dei molti servigi resi dall'identificazione del naturale con il ragionevole. Guardando indietro e prendendo in considerazione il carattere e la struttura intellettuale del tempo, è difficile scorgere quale altro mezzo intellettuale avrebbe potuto effettuare l'opera compiuta dal concetto di ragione naturale nel XVII e XVIII secolo. Alla luce di questi fatti la denominazione data da Pollock alla Legge di Natura «una incarnazione vivente della ragione collettiva dell'umanità civilizzata»³, non è poi così impropria come sembra al filosofo che è stato abituato a considerare con sospetto ogni riferimento alla natura come norma e che è conscio della connotazione apparentemente individualistica, se non anti-sociale, del termine in filosofia politica. Persino in Locke un'attenta analisi mostra che il limitare l'azione governativa alla protezione dei diritti naturali pre-esistenti è molto più un'asserzione della subordinazione dell'azione governativa ai fini che sono ragionevoli, o morali, di quanto sembri ad una frettolosa lettura. Limitare l'azione del governo attraverso considerazioni di carattere morale, cioè considerazioni di carattere razionale, è ciò di cui soprattutto si preoccupa Locke.

Sfortunatamente natura e ragione sono termini ambigui: ne consegue che il loro uso come equivalenti di ciò che è moralmente desiderabile è soggetto a diverse interpretazioni. Natura significa anche l'esistente, ciò che è dato, lo stato antecedente delle cose oppure sta a significare lo stato presente delle cose in quanto in relazione con una condizione antecedente per mezzo di leggi casuali. L'appello alla natura può dunque significare il contrario dell'appello a ciò che è desiderabile per le sue conseguenze; può denotare un tentativo di determinare ciò che è desiderabile tra le conseguenze facendo riferimento ad una norma antecedente e, perciò, stabile ed immutabile.

Dunque, mentre un tempo o presso alcuni popoli, o presso alcune persone per un determinato periodo, la giustizia naturale

³ POLLOCK, *op. cit.*, p. 128.

significava ciò che si raccomanda al miglior giudizio dei più esperti o al buon senso collettivo della comunità, ponendosi completamente contro la giustizia convenzionale e tecnica delle norme giuridiche ereditate, in altri tempi essa significava accettare un dato stato di distribuzione dei vantaggi e degli svantaggi. Una tale visione della giustizia naturale trova, per esempio, un tipico rappresentante in Herbert Spencer. È puramente accidentale, per così dire, che tali filosofie siano state quelle che di recente chiamiamo individualistiche, poiché anti-collettivistiche o anti-socialistiche. Il loro punto fondamentale è la subordinazione dell'umano, sia esso inteso come singolo o come molteplicità, al dato, al fisico. La caratteristica centrale della dottrina del *laissez faire* è che la ragione umana si limita a scoprire che cosa esiste antecedentemente, il sistema pre-esistente di vantaggi e di svantaggi, le risorse e gli ostacoli, e poi a conformare l'azione strettamente allo schema dato. Siamo di fronte alla autonegazione dell'intelligenza umana, che è considerata solo quale semplice riproponitrice delle cose quali esse sono e come facoltà che si conforma ad esse; si tratta quindi di una specie di realismo epistemologico in politica. È inevitabile che una tale dottrina, per quanto personalmente benevoli siano i suoi sostenitori, debba risolversi a favore dei *beati possidentes*.

Questo tipo di interpretazione influenzò l'idea di Ragione e di Natura, non solo a causa dell'equiparazione storica di Ragione e Natura in filosofia del diritto, ma per specifiche ragioni. Per il secolo che subì l'influenza della scienza newtoniana, la Natura era più Ragione della ragione umana stessa. La ragione umana era ragione solo in quanto facoltà atta a rintracciare la sapienza, l'armonia, le leggi uniformi e comprensive incarnate nella Natura, cioè nel mondo fisicamente dato. L'identificazione lockeiana e deistica della Ragione con Dio, il benevolo reggitore e ordinatore delle cose, influenzò persino le più libere speculazioni di pensiero del tempo. Quelli che si vantavano di non avere alcuna paura di Dio, attribuivano alla Natura la stessa ottimistica benevolenza che aveva caratterizzato il Dio della religione naturale. Al fine di essere realmente razionali e morali nell'azione, vale a dire per agire in vista di buone conseguenze, uno non aveva altro da fare che mettere da parte la sua intelligenza e le sue interferenze e permettere alla Natura, vera Ragione, di eseguire i suoi propri armoniosi e

benevoli disegni. Rispetto alla Ragione come Natura, il risalto dato dall'individualismo era estraneo e secondario; la cosa intrinseca e primaria era la negazione di una funzione caratteristica, unica dell'intelligenza umana. La Natura, non il pensiero umano, determinava la formazione di reali propositi.

Se io traccio un analogo processo nell'ambito delle decisioni delle Corti relative alla diligenza dovuta ed alla negligenza indebita, non è per il gusto di dimostrare l'influenza di questo tipo di filosofia sulla mente dei giudici, il che sarebbe assurdo, ma è dimostrabile, a mio parere, una identità di logica, ed in aggiunta vi è probabilmente anche una qualche influenza indiretta, dato che questo modo di pensare era nell'aria. La ragione è chiamata in causa come modello di azione. La responsabilità dell'uomo è subordinata al fatto che egli usi il grado appropriato di ragionevole attenzione e prudenza. Ma che cosa misura questo grado? Ovviamente la prudenza ordinaria è un concetto vago e relativo, relativo nel senso che varia a seconda delle circostanze della situazione, come le Corti hanno messo in rilievo. Proprio questa vaghezza e variabilità rendono maggiormente necessario però qualche principio per scoprire il significato del termine ragionevole nei casi particolari. È ovvio a prima vista che il riferimento a ciò che fanno o dovrebbero fare uomini ragionevoli e prudenti in simili casi possiede la stessa ambiguità di cui si è parlato sopra. Si potrebbe intendere il termine ragionevole nel senso di quel tipo di previsione che, in simili situazioni, potrebbe condurre a conseguenze desiderabili; potrebbe però anche significare l'insieme ed il genere di previsioni che, di fatto, sono abituali tra gli uomini in simili situazioni, anche se dovesse essere dimostrabile che, dopo tutto, quell'uso abituale implica conseguenze deplorabili.

Che questa ambiguità non sia solamente una possibilità teorica è evidenziato dall'andamento delle decisioni delle Corti riguardo al problema della diligenza dovuta dai datori di lavoro nell'ultimo mezzo secolo. Mentre, in alcuni casi, le Corti hanno assunto la posizione che identifica la ragione con la previsione di specifiche conseguenze, a lungo la tendenza generale è stata quella di identificare la ragionevole prudenza con le abitudini vigenti in quel determinato campo di attività, non importa quanto irragionevoli fossero quelle abitudini stesse, se considerate dal punto di vista delle conseguenze che esse tendevano a produrre. Per lungo tem-

po la Corte Suprema è stata quasi la sola a dire: «La diligenza normale da parte di una compagnia ferroviaria implica, inerentemente al rapporto tra essa ed i suoi dipendenti, non semplicemente quel grado di diligenza che è “abituale” tra coloro che si occupano della direzione di una proprietà ferroviaria, ma quel grado di diligenza che, avendo rispetto delle esigenze di un servizio particolare, deve essere ragionevolmente osservato ... una cautela, un’attenzione, una precauzione tali che, in tutte le circostanze di un servizio particolare, una società controllata da uomini attenti e prudenti deve esercitare» ... La Corte «non può dare il proprio assenso alla dottrina secondo la quale ordinaria attenzione in tali casi significhi solo il grado di diligenza che è abituale o che è sancito dalla pratica generale e dall’uso»⁴. Una citazione quale la seguente, d’altro canto, tratta da un atto della Corte federale, mostra bene le differenti interpretazioni di ragionevole diligenza date riguardo agli obblighi di una società nei confronti del pubblico che essa serve e nei confronti di quelle persone che essa paga per i loro servizi. Facendo riferimento al trasporto sui treni a vapore, molte delle Corti di questo paese ritengono che il vettore sia tenuto a procedere di pari passo con le innovazioni riguardanti la sicurezza. Questa è però una norma eccezionale, stabilita sulla base di una politica pubblica e per la sicurezza della vita umana e non è mai stata applicata nel rapporto tra padrone e dipendente⁵.

Quando consideriamo le implicazioni di un contratto dal punto di vista del dipendente, come queste si sono sviluppate attraverso le decisioni delle Corti, rispetto all’assunzione dei rischi, veniamo ad evidenziare ancora un altro aspetto del problema. Nessun filosofo kantiano si è mai spinto più lontano delle Corti nell’attribuire all’uomo una facoltà di ragione così preconfezionata ed antecedente, dotando i lavoratori di questo paese di una sconfinata capacità di previsione delle conseguenze derivanti dall’assunzione di un lavoro e nessun trascendentalista è mai andato oltre nel supporre che questa ragione antecedentemente posseduta fosse in grado di rendere se stessa efficace nell’azione. Per quel che riguarda i lavoratori, le Corti si rimettevano all’idealistica pre-

⁴ *Wabash Ry. Co. v. McDaniels*, 107 U.S. 454 (il corsivo è mio).

⁵ 40 Fed. 784.

sa di posizione: *Mens agitat molem*. Nella sua applicazione questo significa che si supponeva che i rischi che il lavoratore correva di fatto nell'adempimento dei suoi compiti abituali erano assunti dal lavoratore deliberatamente ed intenzionalmente nel momento della firma del contratto. L'intera dottrina dell'assunzione del rischio era, all'effetto pratico, una traduzione di situazioni fisiche di fatto in termini di scopi o ragione.

In poche parole, nella sostanza quantunque non nella forma, il «razionale» o il «naturale» era identificato con l'antecedentemente dato, con lo stato dei fatti che si aveva abitualmente, non con l'esercizio dell'intelligenza per correggere i difetti e per ottenere migliori conseguenze. Da parte dei datori di lavoro, ciò significava *beati possidentes*, a colui che ha deve essere dato; dalla parte del dipendente, *vae victis*, a colui che non ha deve essere tolto persino quello che egli sembrava possedere.

Non sarebbe difficile trovare la stessa logica nel rifiuto del principio di responsabilità senza colpa. In certe condizioni la dottrina è senza dubbio ragionevole, nel senso in cui ragionevole significa la dovuta previsione delle conseguenze. In altre condizioni, in cui le imprese industriali causano differenti conseguenze, la dottrina secondo la quale in caso di disgrazia è ragionevole che il danno stia dove capita, equivale, quando formulata come dogma all'identificazione deliberata del ragionevole con ciò che esiste fisicamente e all'ostinato rifiuto di usare l'intelligenza in maniera tale da migliorare l'impatto degli svantaggi.

Fortunatamente, molti degli argomenti scientifici trattati in questo scritto stanno diventando delle reminiscenze storiche, ma, proprio per questo, essi possono meglio illustrare la tesi principale di questo saggio. Il principio del diritto naturale e della giustizia, nel senso che le norme giuridiche tecniche ed ufficiali devono essere adattate per assicurare risultati desiderabili nella pratica, può essere ben accetto. Ritengo però che uno dei fini principali dell'idea di natura nella pratica politica e giudiziale sia stato anche quello di consacrare lo stato esistente delle cose, qualunque fosse la distribuzione dei vantaggi e degli svantaggi, dei benefici e delle perdite e di idealizzare, razionalizzare, rendere morale il dato fisico, in quanto le abitudini, da un punto di vista filosofico, sono parte dello stato fisico delle cose. Leggendo tra le righe, inoltre, trovo che la differenza principale operante tra le filosofie

morali nella loro applicazione al diritto sia che alcune di esse cercano un principio antecedente in base al quale decidere, invece, altre raccomandano la considerazione di specifiche conseguenze che derivano dal trattare una data situazione in questa o in quella maniera, usando il materiale e le regole antecedenti come guida di un'analisi intellettuale, non come norme di decisione.

Ho praticamente raggiunto il mio scopo. Ma, concludendo, posso dire di non vedere niente di nuovo in linea di principio nel recente tentativo di riabilitare la dottrina dei diritti naturali mettendola in relazione con la natura della coscienza⁶. Si tratta comunque di un problema, sia che noi adoperiamo la più vecchia parola «ragione» sia che adoperiamo il termine più moderno «coscienza». Se la coscienza viene presa in considerazione come un fatto posseduto, qualcosa di dato in alcuni uomini e di relativamente mancante in altri abbiamo ancora in tal caso una morale fisica, un culto della coscienza o dell'intelligenza a parole, ma un rinnegamento, una rinuncia ad essa di fatto, dal momento che ciò che esiste già è assunto come norma dell'azione, nonostante il fatto che l'intelligenza si occupi di quello cui ciò che è dato può portare. Se per coscienza indichiamo però l'interesse verso conseguenze desiderabili e se includiamo, nella sua attribuzione ad una persona, l'idea che una simile intelligenza è desiderabile in altri (un uomo è stolto o non consapevole se non riconosce in realtà questo fatto), allora abbiamo una situazione in cui il riferimento all'individualismo è irrilevante e fuorviante⁷, ed in cui la cosa importante è la necessità di esercitare l'intelligenza per creare le condizioni che possano sviluppare ulte-

⁶ W. FITE, *Individualism*, 1912.

⁷ Che cosa si penserebbe di un fisiologo che oggi descrivendo la digestione del cibo introducesse come argomento esplicativo ed illuminante l'«individuo», o il fatto che la circolazione è «individuale»? Basarsi su un concetto di coscienza che la identifica con la capacità di previsione imparziale ed esauriente e poi insistere che «la coscienza è individuale» in un modo che qualifica o nega le implicazioni naturali dei concetti precedenti, sembra essere equivalente al modo di procedere del fisiologo che, dopo averci detto che la circolazione è un fatto specifico, pensa di aggiungere o di cambiare qualcosa collegando i fatti ad un «individuo». O l'«individuo» del Professor Fite è ancora l'intelligenza o è qualcosa che si suppone pre-costituito, che non è mai stato analizzato o descritto, eppure è stato usato per negare i tratti essenziali dell'intelligenza.

riore intelligenza: questo costituisce una versione di diritto naturale che sottoscrivo di cuore.

Oserei supporre che il problema del diritto morale del datore di lavoro di sfruttare (attraverso la dottrina dell'assunzione dei rischi) l'intelligenza inferiore del dipendente offre un'ammirevole opportunità di rimuovere l'ambiguità che ancora, a mio avviso, caratterizza la dottrina dei diritti naturali, così come è trattata nel quarto capitolo dell'*Individualism* di Fite. L'autore sembra, specialmente nella critica alle altre posizioni, far ricorso all'intelligenza come fatto fisico, cioè, come cosa data. Quando si affanna però tanto a provare che la sua teoria è «generosa» come altre scuole lo sono a dimostrare che il proprio punto di vista è sociale, egli sembra spostarsi verso una posizione che identifica l'intelligenza con l'effettiva previsione di conseguenze imparziali esaurientemente distribuite. Se egli intende il secondo significato, la differenza tra questo e ciò che altri chiamano un punto di vista sociale dell'intelligenza, è solo un problema di parole; se egli, invece, intende il primo, la differenza è fondamentale ed insormontabile da un punto di vista pragmatico. Ripeto, mentre sentiamo dire molte cose riguardo all'intelligenza, la conseguenza di ogni teoria, che identifica l'intelligenza con ciò che è dato, invece che con la previsione del meglio e del peggio, è un rifiuto della funzione dell'intelligenza.

2.

METODO LOGICO E DIRITTO

DI JOHN DEWEY

La condotta umana, considerata in senso lato, può essere di due tipi. In alcuni casi particolari i due aspetti si sovrappongono, ma la differenza si discerne considerando il comportamento su larga scala. A volte gli esseri umani si comportano con pochissima lungimiranza, senza esaminare ciò che stanno per fare e le probabili conseguenze. Essi agiscono non con ponderazione, ma sulla base dell'abitudine, dell'istinto, della pressione diretta del desiderio o di un cieco impulso. Sarebbe uno sbaglio supporre che un tale comportamento sia sempre privo di efficacia o non porti buoni risultati. Quando non lo apprezziamo, lo condanniamo in quanto capriccioso, arbitrario, incauto e negligente, ma in altri casi apprezziamo la meravigliosa capacità dell'istinto o dell'intuito e tendiamo a preferire la valutazione improvvisata di un esperto alle conclusioni, raggiunte dopo elaborati calcoli, di una persona scarsamente informata. C'è una vecchia storia di un profano che ricevette un incarico in India ove avrebbe dovuto pronunciarsi nella sua veste ufficiale sui molteplici problemi inerenti le controversie tra la gente del luogo. Avendo consultato un amico giurista gli fu detto di usare il buon senso e di annunciare le sue decisioni in modo risoluto: nella maggior parte dei casi la sua decisione, presa istintivamente, sarebbe stata sufficiente per decidere ciò che era onesto e ragionevole. Ma l'amico aggiunse: «Non tentare mai di addurre ragioni, poiché quelle saranno di solito errate».

[J. DEWEY, *Logical Method and Law*, in «Philosophical Review», XXXIII, 1924, pp. 560-72 e in «Cornell Law Quarterly», X, 1924, pp. 17-27 (trad. di C. Faralli, già apparsa in C. FARALLI, *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia*, Bologna 1990², pp. 205-19)].

In un altro tipo di casi l'azione è conseguente ad una decisione, e la decisione è il risultato di una ricerca, di un confronto tra alternative, di una valutazione dei fatti: sono intervenuti la ponderazione o il pensiero. Le considerazioni che hanno pesato nel raggiungere la conclusione riguardo a ciò che deve essere fatto, o alle quali si è ricorsi per giustificarla quando ci si sono poste le domande, sono dette «ragioni». Se queste ragioni sono formulate in termini sufficientemente generali esse sono dei «principi». Quando l'operazione di pensiero è formulata in una forma serrata, la decisione è detta «conclusione» e le considerazioni che hanno condotto ad essa sono dette «premesse». Le decisioni del primo tipo possono essere «ragionevoli»: il che significa che esse possono essere adeguate a buoni risultati; quelle del secondo tipo sono «ragionate» o «razionali» e lo sono tanto più quanto maggiore è il grado di attenzione e di accuratezza con cui la ricerca è stata condotta e l'ordine in cui le connessioni tra le considerazioni in argomento sono state stabilite.

Ora definisco la teoria logica come l'insieme delle procedure seguite nel raggiungere le decisioni del secondo tipo, in quei casi in cui la successiva esperienza mostra che esse erano le migliori che potevano essere prese in quelle determinate condizioni. Questa definizione potrebbe essere posta in discussione da molte persone autorevoli; ed è onesto dire che essa non rappresenta il punto di vista ortodosso e prevalente. Tale definizione è posta però all'inizio in modo che il lettore possa essere consapevole del concetto di logica che sta alla base della discussione seguente. Prendiamo in esame un'obiezione che può essere addotta contro questo concetto dai sostenitori della nozione tradizionale: essa ci servirà per chiarirne meglio il significato. Si dirà che tale definizione limita il pensiero ai processi che precedono il raggiungimento di una decisione o di una scelta ponderata e quindi, confinando la procedura logica a problemi pratici, essa non considera quei casi in cui il vero metodo logico è meglio esemplificato, vale a dire gli argomenti scientifici e specialmente matematici.

Una risposta parziale a questa obiezione è la seguente: il tema particolare della nostra discussione presente è il metodo logico nel ragionamento giuridico e nella decisione giudiziale e questi casi sono simili, in senso lato, alle decisioni prese dagli ingegneri, dai mercanti, dai fisici, dai banchieri, ecc. nell'esercizio della loro