

RAZ SULLE LACUNE: UNA TESI SORPRENDENTE

TIMOTHY A.O. ENDICOTT*

Nella mia copia di seconda mano di *The Authority of Law*, uno studente di giurisprudenza ha posto un punto esclamativo a margine del seguente passo, che io chiamerò «la tesi sorprendente»:

«C'è ancora un terzo modo in cui la “tesi delle fonti” (*sources thesis*) è responsabile di lacune nel diritto, ed anche questo deriva da situazioni di conflitto. Il diritto può far sì che certe regole giuridiche abbiano una forza *prima facie* solo a condizione che esse siano assoggettate a considerazioni morali o di altro tipo non dipendenti da una fonte. Assumiamo, ad esempio, che per il diritto i contratti sono validi solo se non sono immorali. Ogni contratto particolare può essere ritenuto *prima facie* valido se esso si conforma a quelle condizioni per la validità del contratto stabilite dal diritto che sono “neutrali da un punto di vista valutativo”. La proposizione ‘è giuridicamente indiscutibile che questo contratto è valido’ non è né vera né falsa sino a che una corte di giustizia non abbia stabilito in maniera autoritativa la sua validità. Questa è una conseguenza del fatto che per la tesi delle fonti le corti di giustizia esercitano discrezionalità quando sono chiamate a fare ricorso a considerazioni morali»¹.

* Ho tratto beneficio dalla discussione di questo saggio con Michael Spence.

¹ J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* [d'ora in avanti AL], Clarendon Press, Oxford 1979, p. 75.

Ritengo che questo passo abbia sorpreso un giurista per la seguente ragione: in diritto inglese vi sono diversi modi in cui i contratti possono essere non validi o non tutelabili in giudizio se sono immorali; tuttavia, i giuristi inglesi sanno che molti contratti sono indiscutibilmente vincolanti (anche i non-giuristi lo sanno). Essi non hanno bisogno di aspettare che sia una corte di giustizia a determinare la validità della maggior parte dei contratti.

Le prime due fonti di lacune nel diritto individuate da Raz non sembrano così sorprendenti. La vaghezza nelle fonti di diritto comporta che vi siano lacune nei casi di confine; e c'è una lacuna se il diritto ricomprende regole contraddittorie, senza che vi sia modo di stabilire quale fra esse prevalga. In queste situazioni sembra corretto dire che il diritto non indica alle persone qual è la loro condizione, così che gli individui possono avvertire la necessità che una corte di giustizia determini se, ad esempio, essi sono vincolati da un contratto, ed una corte di giustizia chiamata a risolvere una controversia ha la discrezionalità di risolverla come il giudice ritiene opportuno. Tuttavia, se Raz ha ragione riguardo la *terza* fonte di lacune, allora i giudici esercitano discrezionalità ogniqualvolta il diritto rimanda a considerazioni morali. Il diritto inglese dei contratti assoggetta la validità dei contratti ad una serie di considerazioni morali (in questo saggio ne esaminerò alcune, ma anche solo fare un elenco di tutte è impossibile). Quindi, la tesi di Raz sembra essere che ogni contratto è soltanto *prima facie* valido, e che una corte di giustizia ha la discrezionalità di considerare ogni contratto invalido.

Questo saggio si propone di trovare un senso a questo frammento, sorprendente e tuttavia essenziale, della versione originaria della teoria del diritto di Raz. Sosterrò che la posizione in esso contenuta deve essere modificata: la tesi delle fonti implica che i giudici hanno discrezionalità in alcuni dei casi per i quali essi sono chiamati a ricorrere a considerazioni morali. Secondo la tesi delle fonti, c'è una lacuna nel diritto ogniqualvolta il diritto rimanda a considerazioni morali. Tuttavia, le lacune nel diritto non conferiscono necessariamente discrezionalità ai giudici. Sosterrò che una prescrizione giuridica di ricorrere a considerazioni morali dà discrezionalità ai giudici, ma solo perché le considerazioni morali sono vaghe. Infatti, la vaghezza è l'unica fonte importante di discrezionalità giudiziale, se si escludono i margini di discrezionalità esplicitamente concessi e le convenzioni che attribuiscono ai giudici il potere di sviluppare il diritto.

Pertanto, i giudici hanno discrezionalità soltanto in alcuni dei casi nei quali è loro richiesto di agire sulla base di considerazioni morali. Intese nel modo che io propongo, le conseguenze della tesi delle fonti non sono così sorprendenti.

Per valutare la «tesi sorprendente», bisogna comprendere la tesi delle fonti e le ragioni che la sostengono. Pertanto, nel paragrafo 1 verrà presentata la tesi delle fonti. Nel paragrafo 2 ci si domanderà se esiste per davvero la disciplina giuridica inglese del contratto, e verranno presentati alcuni modi per riconciliare la tesi delle fonti con il ragionevole punto di vista del giurista secondo cui molti contratti sono indiscutibilmente validi alla luce del diritto inglese. Questo obiettivo può essere in parte conseguito senza dissentire dalla «tesi sorprendente» di Raz (essa è meno sorprendente di quanto appaia a prima vista). Tuttavia, i paragrafi 3-5 sono un tentativo di individuare possibili ragioni a sostegno di una differente valutazione delle conseguenze della tesi delle fonti. Il paragrafo 6 è un'appendice che individua (ma non risolve) un problema relativo all'affermazione di Raz secondo cui quando c'è una lacuna nel diritto una proposizione giuridica non è «né vera né falsa».

Prima, però, tre avvertenze.

Parlerò delle «tesi di Raz» usando il tempo presente, e questo potrebbe essere fuorviante: non so se egli ha modificato alcune delle idee enunciate venti anni fa. Non mi propongo di esporre ciò che egli pensa adesso, cerco solo di comprendere quello che egli ha scritto in momenti diversi (sosterrò che i lavori che egli ha prodotto a partire dagli anni '70 aiutano a comprendere la «tesi sorprendente»). Ma, naturalmente, nutro nei confronti delle sue idee attuali lo stesso vivo interesse di ogni teorico del diritto assennato.

La mia tesi è che il diritto attribuisce discrezionalità ai giudici quando rimanda a considerazioni morali, ma solo perché (e nel limite in cui) queste considerazioni sono vaghe. Molte persone affermerebbero che le considerazioni morali non sono meramente vaghe, non esistono *casi chiari* per l'uso di termini morali (non c'è niente, ad es., che è irrefutabilmente equo o irrefutabilmente iniquo). Se le mie asserzioni sono corrette, queste ultime sono errate. Pertanto, le mie osservazioni riposano su una prospettiva controversa riguardo le considerazioni morali che non difenderò in questa sede.

So che la tesi delle fonti è stata uno dei principali argomenti di discussione nel dibattito sulle forme di positivismo giuridico, ed ha

fatto convergere le critiche al positivismo giuridico. Questi dibattiti sono importanti per quello che ho da dire, ma non proverò ad affrontarli. Non so cosa sia il positivismo giuridico, e, in realtà, mi chiedo se esso esista davvero. In *The Authority of Law*, Raz ha rilevato correttamente «la difficoltà, forse l'impossibilità, di identificare, da una prospettiva filosofica essenzialmente positivista, il positivismo giuridico alla sua fonte»². Malgrado ciò, anche egli ha ceduto ad un facile ottimismo, ed ha sottotitolato un capitolo del suo libro *The Nature of Legal Positivism*. Non riesco ad immaginare che il positivismo giuridico abbia una natura. Vi sono molte asserzioni che sono etichettate come «positiviste», e molti autori che etichettano se stessi ed altri come «positivisti», ma questa etichettatura non ci dice molto riguardo una tesi o riguardo le opinioni di uno studioso. Dire che una tal persona è un positivista giuridico corrisponde quasi a non dire nulla. E se decidessimo di aderire al positivismo giuridico, non saremmo più vicini a spiegare la natura del diritto. Non ritengo che sia impossibile dipanare la matassa delle aspirazioni e delle preferenze, chiare o confuse, che senza dubbio giustifica (in parte) l'etichettatura. Tuttavia, penso che sarebbe un'impresa noiosa, complessa e sterile. I fili nella matassa si intrecciano in maniera significativa solo momentaneamente, quando le vicende della cultura accademica trasformano la *jurisprudence* in uno sport di squadra. Le indagini culturali necessarie per districare i fili sarebbero un passatempo avvincente. Tuttavia, io sono interessato a qualcosa di più importante: la tesi delle fonti, ciò che essa significa e le sue implicazioni per comprendere le lacune nel diritto.

1. QUESTIONE DI FONDO: TESI DELLE FONTI, CONSIDERAZIONI MORALI, E DISCREZIONALITÀ

Vogliamo comprendere perché Raz sostiene che la tesi delle fonti implica che le corti di giustizia abbiano discrezionalità quando debbono applicare criteri morali.

La tesi delle fonti si risolve nell'asserzione che il diritto di un paese può (soltanto) essere identificato attraverso il riferimento a fatti sociali: se vi chiedo quando un contratto è valido per il diritto inglese,

² AL, p. 37.

dovete fare riferimento, per rispondermi, a fatti sociali, e non è necessario ricorrere ad alcun ragionamento valutativo o morale. Ecco come Raz ha formulato tale tesi nel 1985:

«Tutto il diritto deriva da una fonte. [...] Un diritto deriva da una fonte se la sua esistenza ed il suo contenuto possono essere identificati attraverso il solo riferimento a fatti sociali, senza ricorso ad alcun argomento valutativo»³.

Questa tesi è sostenuta (i) dall'asserzione fondamentale di Raz secondo cui il diritto pretende autorità (*claims authority*), e (ii) dalla sua «concezione di servizio dell'autorità» (*service conception of authority*), secondo la quale un'autorità può coadiuvare il ragionamento pratico di coloro i quali sono ad essa soggetti, offrendo un'indicazione di ciò che può o deve essere fatto che prevenga altre considerazioni. Non ritengo che dovremmo leggere queste due osservazioni di fondo come generalizzazioni empiriche, o come un ricorso ad argomenti riguardo ai quali nessuno potrebbe essere in disaccordo. Ritengo che esse sono un tentativo di decifrare il ruolo che il diritto ricopre in una comunità e nel ragionamento degli individui: il diritto media «tra le ragioni ultime e le decisioni e le azioni delle persone»⁴.

Per espletare il servizio che espletano le autorità pratiche legittime, il diritto deve essere, o deve essere presentato come, il punto di vista di qualcuno riguardo a ciò che chi è soggetto al diritto deve fare; il diritto non può espletare *questo* servizio se chi è ad esso soggetto deve decidere che cosa fare al fine di decidere che cosa il diritto richiede. Coloro che sono soggetti ad un'autorità «possono trarre beneficio dalle sue decisioni solo se essi possono determinare l'esistenza ed il contenuto di tali decisioni in modi che non richiedono che vengano sollevate proprio le medesime questioni che l'autorità è chiamata a risolvere»⁵.

Adesso possiamo guardare alla questione di fondo della «tesi sorprendente» contenuta nell'analisi di Raz sulle lacune. Se il diritto

³ *Authority, Law, and Morality*, capitolo 9 di J. Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 194 [d'ora in avanti ALM], pp. 194-195.

⁴ ALM, p. 215.

⁵ ALM, p. 203, e si veda la discussione a p. 215.

stabilisse che i contratti sono validi se essi dovrebbero essere validi, allora il diritto non offrirebbe alcuna risposta al problema della validità (una corte di giustizia potrebbe avere il potere giuridico di fare ciò). *Non esiste* una disciplina giuridica del contratto (se non nel senso che potrebbe essere possibile raggiungere un accordo giuridicamente eseguibile per mezzo di una corte di giustizia che stabilisse che esso è eseguibile). Sarebbe lo stesso se il diritto stabilisse che la validità dei contratti è lasciata alla discrezionalità dei giudici.

La situazione è in qualche modo simile, dalla prospettiva di Raz, se il diritto prevede criteri per la validità dei contratti che derivano da una fonte, ma prevede che i contratti che passano indenni al vaglio di questi criteri sono invalidi se immorali. In tal caso potremmo dire che esiste una disciplina giuridica del contratto, ma la sua funzione è solo *prima facie* e, seguendo Raz, non è né vero né falso che un contratto è indiscutibilmente valido (sino a quando un giudice determina ciò che il diritto non determina).

Tuttavia, ciò è proprio quello che sorprenderebbe i giuristi inglesi. Essi sanno che i contratti possono essere non eseguibili qualora essi sono immorali, eppure sanno anche che molti contratti sono indiscutibilmente vincolanti anche quando la loro eseguitività richiede delle considerazioni morali. Dunque, come possiamo rendere intelligibile la «tesi sorprendente»? Essa non significa forse che in diritto inglese non c'è alcuna disciplina del contratto?

1.1. *Una nota di metodologia. Perché non sorprendere i giuristi?*

Questo saggio si propone di spiegare alcune apparenti implicazioni delle tesi di Raz che sorprenderebbero i giuristi inglesi. In realtà, posso soltanto affermare che queste implicazioni sorprenderebbero il giurista inglese *ragionevole*. Alcuni giuristi non si sorprendono di nulla. A partire da H.L.A. Hart, è divenuta un'opinione in voga quella secondo cui un filosofo che aspira a comprendere una pratica umana deve essere in grado di rendere conto del modo in cui la pratica è intesa dalle persone impegnate in essa. Ritengo che ciò sia corretto. Tuttavia, non è affatto necessario o opportuno cercare di concordare con tali giudizi (cercare una teoria con cui i giuristi concorderebbero). Una simile strategia sarebbe incongruente, e questo è il minore dei suoi

difetti. Un filosofo deve essere in grado di capire i modi in cui la comprensione che le persone hanno di sé possa essere distorta.

Userò l'espressione «giuristi inglesi ragionevoli» in riferimento ai giuristi inglesi che non sono vittima di nessuna grave confusione filosofica. Potrei dare l'impressione di aggirare il problema, dal momento che sembra che io, per difendere tesi filosofiche, mi appoggi a questi giuristi. Tuttavia, li utilizzo soltanto come un espediente espositivo, e non come un'autorità. Ossia, non sostengo che qualsivoglia tesi filosofica sia vera perché i giuristi inglesi ragionevoli concorderebbero con essa; faccio appello ad essi quando sto per fare un'affermazione che ritengo essere manifestamente vera e così importante che una ricostruzione filosofica del diritto deve prenderla in considerazione. Dunque, non aggiro il problema, per quanto lascerò alcune affermazioni indifese e vulnerabili rispetto all'argomento che i giuristi inglesi ragionevoli non direbbero ciò che sostengo che essi direbbero.

Un filosofo si dovrebbe preoccupare di non sorprendere affatto alcun giurista inglese? Cosa succederebbe se Raz decidesse di persistere con le apparenti implicazioni sorprendenti della sua posizione, e si ostinasse ad affermare che effettivamente per il diritto inglese non esistono contratti indiscutibilmente vincolanti? Non penso che egli dovrebbe spaventare in questo modo i giuristi inglesi ragionevoli. Per quello che so, una teoria del diritto solida può ricomprendere alcune intuizioni sorprendenti, ma non dovrebbe contenere cose molto sorprendenti da dire riguardo ciò che il diritto è su ogni punto. È una questione delicata quella di stabilire sino a che punto ed in quali modi la teoria di una pratica sociale dovrebbe rispecchiare i punti di vista dei partecipanti alla pratica, e non è mia intenzione sostenere che nessun asserto giuridico che sorprende i giuristi inglesi ragionevoli può essere vera. Tuttavia, l'asserzione secondo cui nessun contratto è indiscutibilmente vincolante li sorprenderebbe nel modo sbagliato. I giuristi inglesi possono distinguere tra un contratto indiscutibilmente vincolante ed un contratto che è *prima facie* vincolante, e la «tesi sorprendente» contenuta nelle osservazioni di Raz sulle lacune sembra svuotare la distinzione di qualsiasi utilità nelle pratiche dei giuristi inglesi. Essa non comporta che la distinzione divenga per loro inintelligibile (in quanto permette loro pur sempre di immaginare un sistema giuridico nel quale i contratti *sono* indiscutibilmente vincolanti perché il loro effetto non è mai assoggettato a considerazioni morali).

Tuttavia, essa depriverebbe la distinzione di utilità per comprendere la loro stessa pratica; la distinzione perderebbe il ruolo che può ricoprire, ed in effetti ricopre, nella pratica della disciplina giuridica inglese del contratto.

Pertanto, ritengo che dovremmo cercare di riconciliare la «tesi sorprendente» contenuta nelle osservazioni di Raz con l'idea di un ragionevole giurista inglese secondo cui nel diritto alcuni contratti sono indiscutibilmente vincolanti, anche se i contratti possono essere invalidi quando sono immorali. Fare questo permetterà di comprendere la terza fonte di lacune di Raz.

2. ESISTE DAVVERO IL DIRITTO INGLESE DEI CONTRATTI?

In primo luogo, dovremmo considerare la questione banale che non esiste alcun principio di diritto inglese che prevede che tutti i contratti immorali non sono eseguibili. Si supponga che un giudice inglese decida che sia sbagliato pubblicizzare giocattoli per bambini facendoli comparire in un film di successo. Si supponga che il giudice pervenga altresì alla conclusione che è moralmente corretto per un sistema giuridico trattare questo genere di immoralità come una ragione per negare l'esecuzione del contratto. Si assuma che la tesi del giudice sia *corretta* in entrambi i casi. Nondimeno, il giudice non ha il potere di interferire con un contratto tra un produttore cinematografico ed un produttore di giocattoli sulla base di questa immoralità. Soltanto *alcuni* contratti immorali possono essere resi non esecutivi, e la tesi delle fonti è in grado di rendere conto dei fattori che determinano quali sono i contratti con cui un giudice può interferire.

Questa caratteristica non è una peculiarità del diritto inglese. Non penso che *alcun* sistema giuridico attribuisca realmente agli organi giurisdizionali il potere di interferire *con ogni contratto immorale*, e questo fatto riflette un aspetto rilevante circa la natura del diritto. Quantunque possa essere importante per una comunità (i) che gli accordi commerciali debbano generalmente essere azionabili, e (ii) che alcuni accordi commerciali immorali non debbano essere azionabili, in genere sarà anche importante per la comunità (iii) che vi sia un modo autoritativo per decidere in termini generali quali contratti dovrebbero essere non azionabili, una tecnica che metta fuori causa le opinioni di ciascun funzionario su ciò che è giusto e sbagliato.

La «tesi sorprendente» di Raz non è così sorprendente qualora consideriamo che probabilmente non esiste alcun sistema giuridico che soddisfi la sua condizione ipotetica «che per il diritto i contratti sono validi solo se non sono immorali». I modi in cui la disciplina dei contratti nei sistemi giuridici reali si discosta da tale condizione costituiscono ragioni per accettare la tesi delle fonti come un'affermazione sul diritto che riflette il ruolo che il diritto generalmente ricopre in una comunità, ed il valore che esso potenzialmente (e, forse, generalmente) ha.

Dunque, la «tesi sorprendente» è assai meno sorprendente perché non cancella la disciplina giuridica del contratto. Tuttavia, c'è dell'altro lavoro da fare. Anche se non esiste un potere generalizzato di interferire con un contratto immorale, la disciplina giuridica inglese del contratto rimanda a considerazioni morali in modi tanto vari e di ampia portata che la terza fonte di lacune di Raz sembra dire che la maggior parte dei contratti sono solo *prima facie* azionabili. Di conseguenza, dobbiamo ancora riconciliare la «tesi sorprendente» con il punto di vista del giurista ragionevole.

2.1. *La common law: la moralità sociale dei giudici*

Non va dimenticato che il diritto inglese dei contratti è in buona parte una disciplina di *common law*. Le regole che governano la validità dei contratti (comprese le regole che rendono non azionabili i contratti immorali) sono state create per mezzo delle decisioni delle corti stesse. I contratti per commettere un omicidio sono giuridicamente invalidi perché i giudici hanno stabilito in via autoritativa che i contratti che hanno ad oggetto la commissione di un reato penale sono invalidi. Pertanto, mentre un giurista inglese può dire che i contratti finalizzati alla commissione di un omicidio sono invalidi a causa della loro immoralità, Raz può dire che la regola che proibisce i contratti di questo tipo non è una regola morale. L'immoralità dei contratti finalizzati alla commissione di un omicidio può essere una buona ragione a sostegno della regola. Tuttavia, la regola non richiede che le persone agiscano sulla base di considerazioni morali; infatti, essa *esclude* considerazioni morali invalidando in via autoritativa i contratti finalizzati alla commissione di un omicidio. È perfettamente corretto dire che i contratti finalizzati alla commissione di un omicidio

sono nulli a causa della loro immoralità, nel senso che è stata la convinzione dei giudici che essi fossero immorali a spingere i giudici a negare loro validità in via autoritativa.

La regola contro i contratti che hanno ad oggetto la commissione di un reato è parte di una dottrina più generale per la quale i contratti «contrari all'ordine pubblico» non sono azionabili, ed ogni manuale può dirvi *quali* contratti non sono ammessi dal diritto. Vi sono fatti riguardo quali caratteristiche i giudici considerano come ragioni per ritenere che un contratto sia immorale nell'accezione rilevante. Questi fatti sono fonti per la disciplina giuridica del contratto⁶, ed essi lasciano discrezionalità ad un organo giurisdizionale soltanto laddove non sono chiari. Ritengo che si potrebbe descrivere questo intero corpo di regole giurisprudenziali in uno dei due modi seguenti:

La *common law* rende autoritativamente non azionabili *determinati tipi* di contratto sulla base della loro immoralità; è il fatto che i giudici decidono che determinati contratti non sono azionabili a creare il diritto. In base alla regola del precedente, le decisioni dei giudici producono regole per la validità dei contratti, la cui giustificazione è sempre menzionata dai giudici quando essi stabiliscono una regola. La regola è che i contratti di questo tipo non sono azionabili; la loro immoralità è la ragione per la regola.

La *common law* è la moralità sociale (o la «moralità positiva», per dirla con Austin) dei giudici (i giudici hanno il potere giuridico di rendere non azionabile un contratto illecito, e la loro moralità sociale acquista forza giuridica a causa del fatto che è il loro modo di regolare l'esercizio del loro potere giuridico).

Entrambe le descrizioni sono coerenti con la tesi delle fonti; la prima perché dichiara che c'è una fonte per la regola che impedisce l'esigibilità di ogni tipo di contratto che è giuridicamente non azionabile; la seconda perché, come dice Raz, «la moralità sociale si basa su fonti: le consuetudini, le abitudini e le opinioni condivise di una comunità»⁷. Ritengo che entrambe le descrizioni della *common law* siano appropriate; si potrebbe dire che (1) sia compresa in (2), in quanto le decisioni dei giudici costituiscono il modo principale a loro

⁶ Si ricordi la definizione di «fonti» di Raz come «non soltanto quegli atti per la creazione del diritto, ma ogni genere di fatto che rende gli asserti giuridici veri o falsi» (AL, p. 63); cfr. AL, pp. 47-48.

⁷ AL, p. 46, n. 7.

disposizione per esprimere e sviluppare la loro moralità sociale. Gli avvocati sanno (sia pure tra qualche incertezza) quali fattispecie contrattuali non sono azionabili, in quanto essi conoscono le consuetudini, le abitudini e le opinioni condivise dei giudici (e, in particolare, essi sanno quali contratti sono stati dichiarati contrari all'ordine pubblico).

Tuttavia, non tutto il diritto inglese è *common law*. Le leggi (*statutes*) hanno modificato o riformulato il diritto in punti importanti, ed esse rimandano a considerazioni morali e valutative. Il *Sale of Goods Act* (1979) stabilisce che nei contratti per la vendita di beni nell'ambito di un'attività professionale c'è una condizione implicita che «i beni siano di qualità soddisfacente». Come possiamo spiegare il punto di vista del giurista ragionevole secondo cui alcune consegne di merci rispettano indiscutibilmente questa condizione? Si potrebbe dire che questa legge scritta abbia attribuito ai giudici la discrezionalità di stabilire quali debbano essere i requisiti richiesti per le merci, e che, grazie alla regola del precedente, l'esercizio di tale discrezionalità da parte loro abbia prodotto nuovo diritto in modo conforme con la tesi delle fonti.

Tuttavia, il giurista ragionevole sosterrà che molti contratti di vendita di merci erano indiscutibilmente validi immediatamente dopo la promulgazione del *Sale of Goods Act*, prima che i giudici avessero esercitato il loro ruolo di determinare autoritativamente la posizione del diritto sulla qualità delle merci. Pertanto, per riconciliare la «tesi sorprendente» di Raz con il punto di vista del giurista ragionevole, abbiamo bisogno di una spiegazione dell'effetto prodotto sul diritto da nuovi interventi legislativi. Come spiegare l'effetto sul diritto inglese di nuove leggi che richiamano criteri morali in relazione alla validità ed alla esigibilità dei contratti?

2.2. *L'effetto di nuove leggi. Ciò che il potere legislativo ha stabilito*

L'*Unfair Contract Terms Act* (1977) impone un «requisito di ragionevolezza», a cui debbono conformarsi determinate clausole contrattuali (in prevalenza, forme di esclusione di responsabilità). Il

requisito è «che l'inclusione della clausola possa essere considerata equa e ragionevole in considerazione circostanze [...]»⁸.

Che effetto ha prodotto questa legge sul diritto inglese? La «tesi sorprendente» di Raz suggerisce l'effetto seguente: dopo che la legge venne approvata, nessuna clausola esonerativa era indiscutibilmente valida. Tutte queste clausole divennero valide solo *prima facie*, poiché la loro validità fu assoggettata ad una considerazione che non deriva da una fonte. Tale legge ha relegato nel limbo tutte le clausole contrattuali di questo tipo.

Ritengo che la legge in questione abbia prodotto un effetto differente e, come sempre, i giuristi inglesi ragionevoli sono dalla mia parte. Alcune clausole esonerative sono indiscutibilmente ragionevoli; alcune sono indiscutibilmente irragionevoli. Di alcune si può dire sia che sono ragionevoli sia che sono irragionevoli. L'effetto della legge del 1977 è stato quello di invalidare alcune clausole, di lasciarne alcune immutate, e di produrre la conseguenza suggerita da Raz (cioè, di rendere la validità di una clausola indeterminata e soggetta a determinazione per via giurisdizionale) solo nel caso di una condizione che non è né chiaramente ragionevole, né chiaramente irragionevole. Le condizioni che sono indiscutibilmente ragionevoli sono certamente vincolanti, anche immediatamente dopo l'approvazione della legge. La legge ha prodotto una buona dose di incertezza, ed il diritto attribuisce ai giudici la discrezionalità per risolvere l'incertezza; ciononostante, tale legge non ha relegato nel limbo tutte le clausole esonerative.

È importante comprendere che possiamo riconciliare questo modo di caratterizzare l'effetto prodotto dalla legge con la tesi delle fonti, ed il lavoro recente di Raz sull'interpretazione può aiutarci a raggiungere questo risultato. Ecco come: la legge non è stata prodotta in un vuoto giuridico, ma nel contesto di uno schema di tecniche per decidere che cosa è ragionevole e che cosa è irragionevole. Ossia, la legge ha prodotto l'effetto che io affermo che essa abbia prodotto, a causa dei criteri per l'interpretazione della nozione di ragionevolezza nella disciplina contrattuale *che fanno parte del diritto inglese*.

Neppure questa caratteristica del diritto inglese è una peculiarità. I funzionari hanno a disposizione delle tecniche che essi utilizzano per

⁸ Art. 11(19); c'è anche una serie di criteri-guida per l'applicazione del requisito (Allegato 2); non li prenderò in considerazione in quanto essi complicano le questioni ma non influiscono sul mio argomento.

stabilire il significato delle leggi, e queste tecniche fanno sì che il diritto di produzione legislativa sia ciò che è. Raz ha sostenuto che l'interpretazione delle leggi «deve riflettere le intenzioni del legislatore che le ha prodotte»⁹. Questa è la sua «tesi dell'intenzione autorevole» (*Authoritative Intention Thesis*). Tuttavia, questa tesi non significa che la legge del 1977 ha autorizzato un giudice ad invalidare ogni clausola esonerativa che egli o ella ritiene irragionevole. Seguendo Raz,

«La tesi richiede che si intendano le leggi come il significato di ciò che il legislatore ha stabilito. Quello che il legislatore ha stabilito è ciò che le sue parole significano, alla luce delle circostanze della promulgazione delle leggi, e delle convenzioni interpretative prevalenti al tempo»¹⁰.

L'effetto della legge in questione è stato quello di invalidare le clausole contrattuali che i funzionari del sistema giuridico giudicherebbero irragionevoli, qualora interpretassero il richiamo alla ragionevolezza in modo conforme con i principi del sistema giuridico.

Questa impostazione rende la «tesi sorprendente» meno sorprendente; essa mostra che Raz non ha bisogno di affermare che nessuna clausola esonerativa fosse indiscutibilmente valida dopo che fu promulgata la legge del 1977. Essa può anche spiegare il punto di vista del giurista ragionevole secondo cui vi sono *alcuni* casi per i quali non è possibile dire in modo indiscutibile se la clausola esonerativa sia valida. Ciò avviene perché, sebbene le tecniche utilizzate dai giudici chiariscano perfettamente ciò che un organo giurisdizionale farà in alcuni casi (ed esse rendono sensata l'affermazione che il giudice è tenuto a dare effetto ad alcune clausole esonerative), queste tecniche sono vaghe, e dunque non rispondono a tutte le questioni concernenti la validità di una clausola alla luce della legge. Vi sono casi di indeterminatezza come effetto della legge nella misura in cui le tecniche dei giudici non forniscono una risposta chiara a questa questione interpretativa.

⁹ J. Raz, *Intention in Interpretation*, in R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 249-286, a p. 259.

¹⁰ *Ivi*, p. 271.

3. IL DIRITTO FA *DAVVERO* RICORSO A CONSIDERAZIONI MORALI?

C'è più di un granello di verità in questa ricostruzione dell'effetto prodotto da nuove leggi. Il *Sale of Goods Act* non è venuto fuori dal nulla; quando fu promulgato per la prima volta, nel 1893, esso era un tentativo di riformulare e di ordinare alcuni istituti di *common law*. Quando entrò in vigore, nessuno pensò che esso autorizzasse gli organi giurisdizionali a rimodellare i criteri a cui i produttori di merci debbono uniformarsi. Le corti di giustizia sapevano che l'*Act* attribuiva loro discrezionalità solo nei casi dubbi. E questa ricostruzione consente a Raz di riconoscere che neanche una nuova legge che rimanda a considerazioni morali getta tutti i contratti nel limbo.

Tuttavia, essa rischia di condurre ad un'altra conclusione sorprendente: che il diritto non possa *mai* far dipendere la validità dei contratti (o di qualunque altra cosa) da considerazioni morali. Alcune persone possono addirittura non ritenere che ciò sia sorprendente. Se le leggi stabiliscono quello che la loro formulazione significa alla luce delle convenzioni della cultura giuridica, allora sembra che ogni tentativo della legislazione di rimandare a considerazioni morali si riduca a nulla più di una richiesta ai giudici di dare corso alla loro moralità positiva. Forse, ogni sistema giuridico è dotato di tecniche per stabilire ciò che è ragionevole e ciò che è irragionevole, e se consideriamo la legislazione che assoggetta le regole giuridiche a considerazioni morali come una legislazione che richiede ai funzionari del sistema giuridico di implementare i loro criteri istituzionalizzati ed espliciti, possiamo escludere la possibilità che la legislazione possa mai «assoggettare le regole giuridiche a considerazioni morali o di altro tipo non basate su una fonte». Forse, è concettualmente impossibile per un legislatore assoggettare i diritti giuridici a considerazioni morali.

Ovvero, potremmo concludere più modestamente che ciò è raro e, da una prospettiva giuridica, patologico. Nel 1994, la Gran Bretagna ha reso esecutiva la direttiva dell'Unione Europea sulle clausole contrattuali vessatorie nei confronti dei consumatori. I funzionari del ministero del commercio e dell'industria non sapevano effettivamente come comportarsi con questa direttiva, ed essi decisero saggiamente di lasciare che fossero i giudici a chiarire le sue implicazioni per la disciplina giuridica inglese del contratto. Quindi, essi si limitarono a trasporre il testo della direttiva in un atto legislativo (*regulation*) britannico. La disposizione principale recita:

«Una clausola vessatoria in un contratto concluso con un consumatore da un venditore o da un produttore non è vincolante per il consumatore»¹¹.

In base ai criteri-guida per decidere se una clausola è vessatoria, un elemento è se la clausola «è contraria al requisito della buona fede»¹². Questa locuzione sembra riferirsi ad un principio del diritto, ma la direttiva è europea. Non c'è mai stato un principio di buona fede in diritto inglese!¹³ I giudici inglesi desiderosi di interpretare il documento legislativo alla luce delle loro convenzioni non troveranno alcuna guida nella pratica delle corti di giustizia; sembra che essi debbano produrre un «requisito di buona fede» dal nulla, affidandosi direttamente a considerazioni morali.

Si potrebbe pensare che i giudici debbano agire sulla base di genuine considerazioni morali solo raramente: mai quando essi sono chiamati ad amministrare uno schema di regolamentazione che può essere compreso grazie alle loro convenzioni, ma solo in circostanze straordinarie, quando un legislatore chiede loro di agire sulla base di una considerazione morale che è contraria alle loro convenzioni, quando la cultura giuridica non offre alcuna risposta alla domanda su come interpretare un atto legislativo. Il diritto rimanda considerazioni morali soltanto quando i mondi collidono.

Entrambe le seguenti conclusioni sarebbero semplicistiche: o che è impossibile per il diritto rimandare a considerazioni morali, o che ciò avviene solo in circostanze rare ed anomale. Le convenzioni che interessano una legge formulata in termini morali sono *convenzioni di interpretazione* (cioè, modi per decidere quale significato attribuire alla legge), non *convenzioni morali*. La legislazione che rimanda a considerazioni morali non richiede necessariamente che i giudici applichino la loro moralità positiva; essa richiede loro di applicare le loro convenzioni esplicite per interpretare l'uso di termini morali da parte

¹¹ *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994 (SI 1994, No. 3159), art. 5(1).

¹² Art. 4(1) del documento legislativo del 1994.

¹³ Nel 1992 la *House of Lords* ha sostenuto che il «concetto di un dovere di condurre le trattative in buona fede è intrinsecamente contraddittorio rispetto alla situazione di contrapposizione che caratterizza le parti impegnate in trattative» (*Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, per Lord Keith).

del potere legislativo. Nel caso dell'applicazione del documento legislativo del 1994, il compito di una corte di giustizia non è quello di domandarsi «che cosa noi giudici consideriamo vessatorio?», ma è quello di domandarsi «quale significato noi giudici attribuiamo alle leggi che invalidano le clausole vessatorie?».

Questa importante distinzione porta con sé due conseguenze: in primo luogo, queste convenzioni, intese come una tecnica per determinare l'effetto di una legge sul diritto, possono essere radicalmente incomplete. Il vincolo che esse impongono su una corte di giustizia può essere minimo. Questo vincolo può consentire di chiarire che la maggior parte degli ordinari contratti di vendita non sono vessatori per gli scopi della norma, senza rispondere ad alcuna delle interessanti questioni relative all'equità di una clausola in un contratto di cui una parte è un consumatore. Come la legge del 1977, la normativa del 1994 non ha gettato tutti i contratti stipulati con i consumatori nel limbo, tuttavia ha prodotto molta incertezza. E non c'è ragione di pensare che i giudici, nel risolvere le incertezze, facciano qualcosa di diverso dal chiedersi se una clausola sia equa, anche se essi ritengono che le loro convenzioni offrano direttive vincolanti in relazione ad alcune questioni di equità.

In secondo luogo, non è affatto inconcepibile, e può essere frequente, che le tecniche di interpretazione dei giudici richiedano loro di considerare l'inserimento di termini morali nelle leggi come una richiesta nei loro confronti di agire direttamente sulla base di considerazioni morali, piuttosto che di dare effetto alla moralità positiva loro propria.

Per entrambe queste ragioni, ritengo che si dovrebbe concludere che il diritto *molto spesso* rimanda in modo diretto a considerazioni morali. Raz sembra sostenere questa posizione¹⁴. Quali sono le conseguenze per la teoria del diritto?

Si immagini che una legge rimandi effettivamente a considerazioni morali. Probabilmente, la normativa del 1994 è un buon esempio. In questa situazione, la tesi delle fonti implica che vi sia una lacuna nel

¹⁴ «Il diritto stesso impone molto spesso alle corti di giustizia di applicare considerazioni extra-giuridiche» (J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning*, in Id., *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 326-340, a p. 333). Raz aveva in mente altre considerazioni extra-giuridiche oltre le considerazioni morali, tuttavia ritengo che la discussione del ruolo del ragionamento morale nel ragionamento giuridico condotta in questo saggio sostenga la mia tesi.

diritto: il diritto non risponde alla domanda se un contratto stipulato con un consumatore sia vincolante; richiede al giudice di assoggettare i diritti giuridici legati ad un rapporto commerciale al criterio morale dell'equità. Eppure, sono dell'idea che, nonostante questo, i giudici non abbiano la discrezionalità, in tutti i casi, di ritenere una clausola contrattuale non azionabile contro il consumatore. Alcune clausole sono indiscutibilmente eque, ed il documento legislativo non attribuisce ad un organo giurisdizionale la discrezionalità di rifiutarsi di far rispettare tale clausola. La normativa crea molte incertezze perché è davvero vaga; nei casi in cui è incerto se una clausola sia equa, il giudice ha effettivamente discrezionalità. Tuttavia, l'affermazione di Raz secondo cui «per la tesi delle fonti le corti di giustizia esercitano discrezionalità quando sono chiamate a fare ricorso a considerazioni morali» è fuorviante. Esse non esercitano discrezionalità nei casi in cui l'effetto di queste considerazioni è incontestabile. Ed è stata una generalizzazione eccessiva affermare che «la proposizione 'è giuridicamente indiscutibile che questo contratto è valido' non è né vera né falsa sino a che una corte di giustizia non abbia stabilito in via autoritativa la sua validità».

Intendo sostenere che i criteri di equità (e non soltanto le norme giuridiche convenzionali dell'interpretazione) vincolano i giudici, nel ragionare secondo diritto, quando essi applicano la normativa del 1994. Si immagini il caso di una clausola contrattuale X che è chiaramente equa. È opportuno distinguere tra (A) un giudice che è vincolato, secondo il diritto, a dare corso ad X perché è equa, mentre la disposizione legislativa rende non azionabili esclusivamente le clausole vessatorie; (B) un giudice che è vincolato da un principio per l'interpretazione delle leggi di questo tipo che prevede che la disposizione legislativa non deve essere interpretata nel senso di rendere X non azionabile.

Raz può affermare che un giudice può essere vincolato nel secondo modo. La mia tesi è che un giudice può essere vincolato nel primo modo, così che, sebbene la tesi delle fonti implica che il documento legislativo del 1994 ha creato una lacuna nel diritto, esso non ha attribuito ai giudici discrezionalità riguardo l'azionabilità di *tutti* i contratti di cui una parte è un consumatore, ma solo su quelli la cui equità è in dubbio. Inoltre, esso non ha attribuito ai giudici discrezionalità sulle clausole contrattuali palesemente inique: esse non

vincolano i consumatori, e le controparti non hanno alcun diritto giuridico alla loro esecuzione.

Una breve spiegazione di cosa intendo per «lacune» e «discrezionalità» può aiutare a chiarire la tesi. (E può anche mostrare che sono in disaccordo con Raz soltanto per il fatto di utilizzare nozioni differenti di lacune e di discrezionalità).

4. CHE COSA SONO LE LACUNE?

Si hanno lacune nel diritto nella misura in cui vi sono questioni di diritto a cui il diritto non offre risposta.

Vi sono molte fonti di lacune in questo senso, oltre al richiamo del diritto a considerazioni morali. Raz ha elencato alcune importanti fonti:

«Il diritto italiano può richiedere ai giudici di applicare in un caso il diritto comunitario europeo, o il diritto internazionale, o il diritto cinese. Può richiedere all'organo giurisdizionale di decidere una disputa giuridica facendo riferimento alle regole ed agli statuti di una persona giuridica, o di un'associazione priva di personalità giuridica, o facendo riferimento alle pratiche commerciali o alle norme morali. In tutti questi casi il ragionamento giuridico, inteso come ragionamento secondo diritto, implica molto di più che semplicemente accertare il diritto»¹⁵.

Il diritto dei contratti è un insieme vasto e complicato di lacune. Il suo principio organizzativo ispiratore è quello di permettere alle parti di un accordo di regolare i diritti giuridici loro propri. Il diritto richiede ai giudici di trattare le parti come titolari dei diritti e degli obblighi giuridici che discendono dal loro accordo, e di risolvere le dispute sulla base del loro accordo. Se compro la tua autovettura, non c'è alcuna legge che mi dica quale prezzo il diritto richiede che io paghi; c'è una legge che impone su di me una obbligazione giuridica di pagare il prezzo richiesto dall'accordo.

Intese in questo modo, le lacune nel diritto implicano che qualcuno abbia un qualche tipo di scelta da fare, ma non implicano la discre-

¹⁵ *Ivi*, p. 317.

zionalità giudiziale¹⁶. Un giudice non ha la discrezionalità di decidere quale prezzo debbo pagarti; tu hai un diritto giuridico al prezzo su cui ci siamo accordati. Il diritto lascia le clausole di questo tipo all'accordo delle parti, e non attribuisce discrezionalità ai giudici. Quando si può dire che le lacune conferiscano discrezionalità ai giudici?

5. CHE COS'È LA DISCREZIONALITÀ?

In modo semplice, si può dire che il processo decisorio discrezionale è un processo decisorio senza vincoli.

Avere discrezionalità significa avere il potere di prendere una decisione, senza essere vincolati a pervenire ad un determinato risultato¹⁷.

Questa semplice definizione della nozione lascia delle ambiguità che avrebbero bisogno di un dettagliato resoconto della discrezionalità per essere spiegate: vi sono modi differenti in cui un decisore può essere vincolato o non vincolato¹⁸.

Si supponga che io ti dica di prendere qualcosa dal frigorifero per cena. Non ti ho detto cosa mangiare; ho posto dei vincoli su di te soltanto restringendo il ventaglio delle tue scelte. Hai la discrezionalità di scegliere tra quello che c'è nel frigorifero (ma non la discrezionalità di ordinare una pizza). C'è una *lacuna* nelle mie istruzioni nel senso che non ti ho detto cosa mangiare. Anche se segui le mie istruzioni, spetta pur sempre a te di scegliere tra quello che c'è nel frigorifero.

¹⁶ Per questa ragione preferisco la mia definizione alla definizione presentata da Raz in *The Authority of Law*: «C'è una lacuna nel diritto quando una questione giuridica non presenta una soluzione completa» (p. 70). Questa definizione (che è in voga nell'ambito della teoria del diritto) collega necessariamente le lacune alla discrezionalità giudiziale.

¹⁷ Ritengo che anche Ronald Dworkin potrebbe accettare questa definizione della nozione (essa è diversa in alcuni aspetti marginali da ciò che egli chiama «discrezionalità in senso forte» in *Taking Rights Seriously*). L'idea di Dworkin è che i giudici di fatto non esercitano mai una discrezionalità di questo tipo; qui non mi occuperò di questa tesi.

¹⁸ Un decisore può doversi attenere ad un ventaglio di possibilità, o può essere vincolato a ragionare in un certo modo senza per questo essere vincolato a prendere una decisione particolare; o può dover procedere in un certo modo, o può essere assoggettato alla supervisione di un altro decisore in una molteplicità di modi, e così via.

Ma si supponga che io ti dica di mangiare ciò che la tua *babysitter* ti dice di mangiare. Si potrebbe dire, di nuovo, che non ti ho detto cosa mangiare. Tuttavia ciò non significa che tu abbia una qualche discrezionalità. Hai discrezionalità soltanto se la tua *babysitter* ti offre una scelta. Le mie istruzioni non ti attribuiscono discrezionalità; ti obbligano ad obbedire ad un'autorità che può o meno darti discrezionalità. C'è una lacuna nelle mie istruzioni soltanto nel senso che, per seguirle, devi obbedire alla *babysitter*. Non vi sono lacune nel senso che spetta a te decidere cosa mangiare (a meno che la *babysitter* non lasci una tale lacuna).

Ai fini presenti, è vantaggioso definire la discrezionalità in questo modo semplice. Non è necessario risolvere le ambiguità nella nozione: non ha alcun senso affermare che mi affido alla tua discrezionalità quando ti dico di mangiare ciò che la *babysitter* dice di mangiare. Non ti dico cosa mangiare; tuttavia non ti attribuisco il potere di prendere una decisione senza essere vincolati a pervenire ad un risultato o ad un altro; lascio alla *babysitter* di decidere se darti o meno discrezionalità. Non ti concedo discrezionalità nel modo in cui te la concedo quando ti dico di prendere qualcosa dal frigorifero.

Si supponga adesso che ti dica di prendere qualcosa dal frigorifero, ma di essere equo nei confronti di tua sorella la quale deve a sua volta cenare. Ti do discrezionalità? Probabilmente. Potrebbe essere incerto, ad es., se sarebbe equo nei confronti di tua sorella mangiare tutto il pasticcio di pollo rimasto e lasciarle la minestra e la torta di carote. Tuttavia, *non* ti concedo la discrezionalità di svuotare il frigorifero. Se ciò è palesemente iniquo, tu non hai la discrezionalità di farlo. C'è una lacuna nelle mie istruzioni (*io* non ti dico cosa sia giusto; non puoi usare la mia autorità per risolvere questa questione). Tuttavia, non sei libero di colmare la lacuna come vuoi. Ti concedo discrezionalità soltanto nel limite in cui «equità» è un termine vago.

Voglio dire che quando i legislatori rimandano a considerazioni morali, essi concedono discrezionalità soltanto nel limite in cui le considerazioni morali sono vaghe. Quando i legislatori inglesi dicono ai giudici di applicare il diritto tedesco, essi non danno discrezionalità; essi rimettono questo compito al diritto tedesco, così come io non ti ho concesso discrezionalità quando ti ho detto di mangiare quello che la *babysitter* ti avrebbe detto di mangiare. In base alla tesi delle fonti, c'è una lacuna nel diritto quando esso prevede che i diritti ed i doveri giuridici dipendano dal diritto tedesco, o dalla morale; tuttavia, i

giudici esercitano discrezionalità nel caso di tali lacune solo se il diritto tedesco gliela concede, o se le direttive della morale non sono chiare.

Una corte di giustizia che stabilisce che un contratto è iniquo in un caso in cui è chiaramente non iniquo non può essere accusata di identificare il diritto in modo errato; tuttavia, può essere criticata per non ragionare secondo diritto in modo corretto, e per privare una parte dei suoi diritti giuridici, e per l'incapacità di compiere il proprio dovere giuridico. Se essa è stata incapace di compiere il proprio dovere giuridico, non c'è alcuna sensata accezione di «discrezionalità» che consenta di dire che la corte abbia esercitato discrezionalità.

6. APPENDICE: È POSSIBILE CHE UN ASSERTO GIURIDICO NON SIA NÉ VERO NÉ FALSO?

La tesi di Raz sulla terza fonte di lacune è che, quando il diritto fa dipendere la validità di un contratto da considerazioni morali, «la proposizione 'è giuridicamente indiscutibile che questo contratto è valido' non è né vera né falsa sino a che una corte di giustizia non abbia stabilito in via autoritativa la sua validità»¹⁹. Vorrei aggiungere una nota sull'espressione «né vera né falsa» che fa parte di questa tesi, in quanto la trovo problematica.

Raz, come molti altri filosofi, sostiene che gli asserti giuridici vaghi non sono né veri né falsi nei casi limite, così come altri asserti vaghi non sono né veri né falsi nei casi limite.

«[...] può essere né vero né falso che ciò sia una casa di abitazione o un veicolo a motore. Può essere né vero né falso che quest'uomo sia calvo. Ove i fatti che costituiscono ragioni giuridiche sono indeterminati, per vaghezza, struttura aperta, o al-

¹⁹ AL, p. 75. Probabilmente egli avrebbe dovuto dire: «La proposizione 'questo contratto è valido' non è né vera né falsa [...]»; dalla prospettiva propria di Raz, ritengo che la proposizione 'è giuridicamente indiscutibile che questo contratto è valido' sia *falsa* sinché una corte di giustizia non abbia stabilito in via autoritativa la sua validità. (Dalla prospettiva che io ho cercato di delineare, entrambe le proposizioni sono *vere* prima che una corte di giustizia determini la validità di un contratto, qualora sia evidente che il contratto soddisfi le considerazioni non basate su una fonte che il diritto impone ai giudici di applicare).

cuni altri fattori, certi asserti giuridici non sono né veri né falsi» (AL, p. 72)²⁰.

Ho tentato, senza successo, di immaginare un uomo di cui si possa dire che non è né vero né falso che sia calvo. Certamente, non saprei se definire alcuni uomini calvi o meno. E ritengo che quando un uomo perde i suoi capelli, non c'è un ultimo capello la cui perdita lo rende calvo. Ritengo quindi che non c'è un confine preciso tra i calvi ed i non-calvi di questo mondo. Ritengo quindi che vi saranno certamente alcuni uomini per i quali è indeterminato se essi siano calvi o meno; chiamiamo una persona di questo tipo «Carlo», in onore del nipote di Carlo Magno, Carlo il calvo. È l'anno 857, e Carlo ha perso parte dei suoi capelli, ma non è chiaro se egli sia calvo. Non è né vero né falso che Carlo è calvo? Se è così, non è vero che egli è calvo e non è falso che egli è calvo. Ma come possiamo asserire o «non è vero che Carlo sia calvo», o «non è falso che Carlo sia calvo»? Il problema riguardo l'utilizzazione di un termine vago in un caso di questo genere è che non è chiaro cosa è vero e cosa è falso²¹.

Possiamo immaginare asserti che *sono* né veri né falsi. I nonsensi non sono né veri né falsi. Non è né vero né falso che il diritto inglese proibisce la estrapozione degli arnimodi; tuttavia, non ritengo che tale nonsenso possa essere considerato, da alcun punto di vista, un asserto giuridico (si potrebbe dire che non esprime alcuna proposizione di diritto). È falso che il diritto inglese autorizzi la pena capitale, e sappiamo come sarebbero le cose se fosse vero. Ma non possiamo immaginare come sarebbero le cose se il diritto inglese proibisse la

²⁰ «Se il contenuto del diritto è esclusivamente determinato da fatti sociali, allora il diritto è lacunoso; cioè, vi sono asserti normativi che non sono né veri né falsi» (J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 1983, pp. 73-87, a p. 81); cfr. anche Id., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986, p. 327. Cfr. Jules Coleman: «I filosofi generalmente concordano sul fatto che gli enunciati che comportano l'utilizzazione di predicati vaghi non sono né veri né falsi» (J. Coleman, *Truth and Objectivity in Law*, in «Legal Theory», 1 (1995), pp. 33-68, a p. 49). Ho affrontato la questione se un asserto normativo vago non sia né vero né falso nei casi limite in T.A.O. Endicott, *Vagueness and Legal Theory*, in «Legal Theory», 3 (1997), pp. 37-63, e le mie osservazioni attuali sono parzialmente basate su questo articolo.

²¹ È stato altresì sostenuto che la descrizione «né vero né falso» dei casi limite porta ad una contraddizione: in T. Williamson, *Vagueness*, Routledge, London 1994, pp. 187-189.

estrapozione degli animodi. Ciò non è passibile di un giudizio «vero/falso». ‘Carlo è calvo’ è differente: anche se non è chiaro se sia vero o meno, non abbiamo difficoltà ad immaginare una situazione in cui potrebbe essere vero.

Non mi è chiaro se, nel dire queste cose, stia dissentendo da Raz in qualche modo significativo. Sono d'accordo con lui che vi sono questioni di diritto, che un giudice potrebbe essere chiamato a risolvere, rispetto alle quali il diritto non determina una soluzione. Sarei ben lieto di dire che in un caso del genere il diritto è indeterminato; ed anche Raz sostiene questo. Ciò significa che siamo d'accordo che l'esito di una decisione giudiziale presa onestamente talvolta (*spesso*, in realtà, anche se per affermarlo sarebbe necessario un argomento ulteriore) non è determinata dal diritto. Tuttavia, non so se vi sia una questione reale su cui siamo in disaccordo, se l'affermazione che *non è né vero né falso che Carlo è calvo* sia diversa, per qualsiasi ragione degna di essere sottolineata, dall'affermazione *che è indeterminato se è vero o falso che Carlo è calvo*. La differenza potrebbe essere semplicemente una differenza di gusto tra due modi di dire la stessa cosa; per dirimere questo punto, ritengo che sarebbe necessario trovare il modo di tirar fuori qualche osservazione interessante dalla nozione di *verità*.

Sono nondimeno convinto che l'idea secondo cui alcuni asseriti giuridici non sono «né veri né falsi» possa essere utile per comprendere la discrezionalità. Si pensi al caso paradigmatico di una lacuna nel diritto: una esplicita discrezionalità libera da qualsiasi criterio di esercizio obbligatorio. Cosa accade se un corpo legislativo impazzisce e delibera che la validità dei contratti deve essere lasciata alla discrezionalità dei giudici?²² In questo caso, dire «questo contratto è giuridicamente valido» non sarebbe né vero né falso. È non valido, ed è non invalido. La sua forza dipende dalla discrezionalità dei giudici. Si potrebbe dire che la domanda circa la validità di un contratto è, in questa situazione, mal posta, così come la domanda se il diritto permette la estrapozione degli animodi. Ritengo che l'effetto della vaghezza sui criteri per la validità dei contratti sia differente. La domanda se Carlo sia calvo è egualmente ben posta, a prescindere dal

²² Si assuma, per semplicità, che per le convenzioni di interpretazione vigenti nella cultura giuridica del tempo la legge produca l'effetto che la validità dei contratti è lasciata alla discrezionalità dei giudici.

fatto che Carlo abbia molti o pochi capelli. In un caso limite, non è chiaro che non è falso che Carlo è calvo, o non è chiaro che ciò non è vero. Tuttavia, l'attribuzione di un'esplicita discrezionalità sulla validità di un contratto fa sì che sia chiaro che non è vero che il contratto è valido, e non è falso che è invalido.

Non si dovrebbe dire che un'affermazione vaga in un caso limite sia né vera né falsa, a meno che sia possibile dire che essa è non vera, e che essa è non falsa. Se ciò è corretto, allora c'è una differenza interessante tra le attribuzioni esplicite di discrezionalità, e la discrezionalità che insorge quando il diritto è vago. La formula «né vero né falso» è utile per descrivere l'effetto sul diritto dell'attribuzione di un'esplicita discrezionalità, ma non è utile per descrivere l'effetto della vaghezza sul diritto. Ritengo che la differenza corrisponda al fatto che, mentre un'esplicita attribuzione di discrezionalità ai giudici sulla validità dei contratti rende manifesto che un contratto non è valido o invalido sino a quando un organo giurisdizionale non abbia deciso, criteri vaghi per la validità dei contratti di solito non producono casi in cui è chiaro che un contratto è non invalido e non valido sino alla decisione di un organo giurisdizionale. Anche se c'è discrezionalità nei casi limite, essa differisce dalla discrezionalità conferita direttamente da un'autorità o da convenzioni, perché di solito non si hanno chiari casi limite. Di conseguenza, può darsi che non si abbiano casi in cui un giudice abbia chiaramente discrezionalità.

7. CONCLUSIONI

Ho cercato di comprendere un'osservazione di Raz del 1970, e a questo scopo ho ritenuto essenziale guardare alla sua produzione degli anni '80 e '90. Qui di seguito vi sono i punti su cui, se ho compreso Raz, ritengo di essere in disaccordo:

(1) I giudici hanno discrezionalità soltanto nei casi limite di applicazione delle considerazioni morali che il diritto indirizza ai giudici (e ad altri) come guida dell'azione. La terza fonte di lacune di Raz (le leggi che assoggettano le regole giuridiche a considerazioni

non basate su una fonte) non conferiscono discrezionalità in tutti i casi²³.

(2) In un caso limite, non si dovrebbe dire che un asserto giuridico vago è «né vero né falso», anche se la sua verità può essere indeterminata.

Ho sostenuto che quando c'è una lacuna nel diritto, il diritto non offre risposte alle domande sui diritti e doveri giuridici delle persone; tuttavia, il tipo di lacuna realmente interessante è quello in cui il ragionamento secondo diritto non richiede un'unica risposta. Diciamo che questa è una questione che un giudice può risolvere a sua discrezione. Questo perché un giudice non è vincolato a dare una risposta in una direzione o nell'altra. I rimandi del diritto a considerazioni morali non producono questo tipo di discrezionalità in tutti i casi, ma solo in alcuni; ed essi producono questo tipo di discrezionalità solo perché le considerazioni morali generali sono vaghe. In tutti i casi, il rinvio a considerazioni morali nelle leggi richiede che un decisore agisca sulla base di ragioni dipendenti, e tale rimando impedisce che il diritto svolga la sua funzione centrale di prevenire queste ragioni. Tuttavia, nei casi in cui è chiaro quale sia la corretta applicazione di considerazioni morali, così che un giudice può sbagliare, i giudici non hanno discrezionalità.

Tuttavia, il diritto rimanda spesso a considerazioni morali, e così facendo attribuisce ai giudici un ampio margine di discrezionalità. La vaghezza delle considerazioni morali e valutative generali è molto importante; in primo luogo, perché queste considerazioni sono *necessariamente* vaghe²⁴ e, in secondo luogo, perché si tratta della più importante fonte di vaghezza nel diritto. I legislatori generalmente evitano la vaghezza *tranne* quando rimandano a considerazioni morali.

²³ Questa affermazione riposa sull'idea che le considerazioni morali sono vaghe; immagino che nessuno vorrebbe sostenere che esse sono *precise* (così che non vi sarebbero, per esempio, casi non chiari relativamente all'applicazione della regolamentazione del 1994). Si noti tuttavia che una teoria «epistemica» della vaghezza delle considerazioni morali implicherebbe che il ricorso a considerazioni morali non darebbe discrezionalità ai giudici, anche se in alcuni casi i giudici potrebbero non sapere quale sia il loro dovere; la mia tesi presuppone il rifiuto di una teoria epistemica di questo tipo (in *Vagueness in Law*, di prossima pubblicazione, sostengo che una teoria di questo genere debba essere respinta).

²⁴ Sostengo che le considerazioni morali generali sono necessariamente vaghe in *Vagueness in Law*, cit.

Possono esigere processi penali equi; possono esigere che i processi penali vengano conclusi in un tempo ragionevole; possono esigere che vengano conclusi entro sette mesi dalla presentazione delle accuse. Ma nessun legislatore ha mai stabilito che essi debbano essere conclusi approssimativamente entro sette mesi²⁵.

Non mi interessa stabilire se queste conclusioni facciano di me un positivista debole o meno; forse sì e forse no, a seconda di quale contenuto attribuiamo alla nozione di positivismo ed alla nozione di debolezza. La tesi delle fonti non è una tesi eminentemente positivista, e non credo di averla resa più o meno positivista proponendo una versione modificata delle sue conseguenze. Essa può essere parte di una concezione della natura del diritto che potrebbe essere correttamente definita «positivista»; tuttavia, non credo che definire una tale teoria «positivista» potrebbe comunicare qualcosa di interessante su di essa.

Nel difendere la tesi delle fonti, Raz ha lasciata aperta la possibilità che «considerazioni ulteriori conducano ad una concezione complessa del diritto che stia a metà strada tra la tesi dell'incorporazione e la tesi delle fonti»²⁶. Vi sono qui tali considerazioni? La tesi dell'incorporazione è la tesi che il diritto non comprende soltanto considerazioni basate su una fonte, ma anche considerazioni implicate dalle fonti; potrebbe sembrare che io abbia difeso la tesi dell'incorporazione, dicendo che un giudice non ha discrezionalità giuridica in vigenza della disciplina del 1994 di rendere azionabile una clausola chiaramente iniqua in un contratto con un consumatore. Ma non è così. Al massimo sono state individuate ragioni per dissentire con Raz circa le conseguenze della tesi delle fonti, non ragioni per concordare con la tesi dell'incorporazione; c'è una lacuna nel diritto quando il diritto rimanda a considerazioni morali, ma si tratta di una lacuna che conferisce discrezionalità ai giudici solo nei casi limite (così come, quando il diritto inglese richiede ai giudici di applicare il diritto tedesco, un giudice ha discrezionalità solo quando il diritto tedesco gliela attribuisce). La tesi delle fonti è meno sorprendente di quanto sembri. Etichette come «positivismo forte» o «positivismo esclusivo» fanno sì

²⁵ La vaghezza delle considerazioni morali e valutative non è l'unico tipo di vaghezza rilevante nel diritto. Gli schemi classificatori vaghi che non rimandano esplicitamente a considerazioni morali sono frequenti nella normativa fiscale, nelle proibizioni penali su varie classi di attività, nella disciplina edilizia, etc. etc.

²⁶ ALM, p. 214.

che la teoria del diritto di Raz sembri estrema. Fanno sì che essa dia l'impressione che noi tutti dovremmo ricercare una *via media*. Ma, in realtà, la tesi delle fonti non dovrebbe sorprendere noi giuristi ragionevoli e seri.

(Traduzione dall'inglese di Aldo Schiavello)