

FABRIZIO SIMON

Un'analisi giuridica dell'economia.

John Roger Commons e i Legal Foundations of Capitalism

ABSTRACT

Legal Foundation of Capitalism, scritto da John Roger Commons nel 1924, è un'opera di rottura che mette in discussione l'ortodossia nella scienza economica e anche la più affermata dottrina giuridica, in un frangente storico orientato verso nuovi approcci epistemologici nelle scienze sociali.

In questo saggio dimostreremo che il testo di Commons opera un rovesciamento dei presupposti teorici di quello che diverrà nel novecento il movimento della Law and Economics. Non registriamo il tentativo di ampliare l'oggetto dell'analisi economica e di estenderla allo studio del diritto ma piuttosto quello di applicare concetti, termini e definizioni giurisprudenziali all'economia e di fare coincidere i fenomeni economici con i processi giuridici. Il risultato finale è un superamento tanto dell'economia neoclassica quanto della giurisprudenza tradizionale.

Legal Foundations of Capitalism by John Roger Commons (1924) challenges both orthodox theories of economics and mainstream legal doctrines, at a time when the social sciences were oriented towards new epistemological approaches.

This essay shows how Commons' work overruled the assumptions of that movement which in the 20th century became known as Law and Economics. It is not an attempt to extend economic analysis to the study of law. Instead, it is aimed at the application of legal concepts, terms and definitions to economics, and at making economic phenomena coincide with juridical ones. The end result is the challenge of both neoclassical economics and of traditional legal theories.

KEYWORDS

Law and Economics, economia neoclassica, realismo giuridico, istituzionalismo, azioni collettive.

Law and Economics, Neoclassical Economics, Legal Realism, Institutional Economics, collective actions.

FABRIZIO SIMON*

Un'analisi giuridica dell'economia.
*John Roger Commons e i Legal Foundations of Capitalism***

Premessa – 1. Commons e la cultura giuridica americana – 2. I concetti fondamentali dei Legal Foundations of Capitalism – 3. La teoria giuridica dei fenomeni economici – 4. Mutamento storico, operatori del diritto e fini pubblici – Conclusione

Premessa

I *Legal Foundations of Capitalism* (LFC) furono scritti da John Roger Commons dieci anni prima le più note *Institutional Economics* (IE) e idealmente i due testi avrebbero dovuto comporre le parti complementari di un unico progetto teorico. Il decennio di intervallo e le debolezze analitiche ed espositive dei LFC, che l'autore ammette già nei primi righi introduttivi delle IE, resero il secondo lavoro sufficientemente distante dal precedente.

In questo saggio la nostra attenzione è però rivolta proprio a quel libro del 1924. È tra le sue pagine che rintracciamo quello che ci appare il nucleo originario del pensiero di Commons, la sua visione dell'economia capitalista e il suo giudizio più sincero riguardo la cultura economica che lo precede.

I LFC sono un testo di rottura che mette in discussione contemporaneamente sia la scienza economica ortodossa sia la dottrina giuridica tradizionale in un contesto culturale che, in quel frangente, era orientato favorevolmente verso approcci epistemologici eterodossi nelle scienze sociali.

L'elemento che contraddistingue l'opera e che la rende innovativa è il ruolo riconosciuto al diritto quale principale strumento che permette il funzionamento dell'economia di una nazione. Per Commons i fenomeni economici non potrebbero dispiegarsi senza un apparato normativo e di istituzioni pubbliche preposto a governarli e senza di questo non avrebbero alcuna visibilità concreta. Una gran parte delle nozioni e delle leggi formulate dalla scienza economica sono infatti astrazioni concettuali prive di alcun contatto con la realtà. L'economia e i suoi processi hanno una tangibile consistenza solo attraverso le forme del diritto che vengono ad assumere nei negozi giuridici, negli atti amministrativi, nelle sentenze dei magistrati.

A onor del vero questa era una intuizione di parecchio antecedente e risalente ai primi tentativi di analisi economica del diritto compiuti in Europa dagli esponenti dell'Illuminismo giuridico. Tuttavia i LFC vanno molto oltre questa rappresentazione dell'ordine economico. L'idea originale che emerge dalle pagine di Commons ci spiega che i fenomeni dell'economia sono studiabili e comprensibili solo se indagati per mezzo di un'analisi giuridica.

In questo saggio dimostreremo che i LFC operano un rovesciamento dei presupposti teorici di quello che diverrà nel novecento il movimento della Law and Economics. Non registriamo il tentativo

* Ricercatore di Storia del pensiero economico, Università di Palermo. E-mail: fabrizio.simon@unipa.it.

** Ringrazio Luca Fiorito, Nicola Giocoli, Ugo Pagano e Aldo Schiavello per i consigli che mi hanno offerto durante la ricerca e la stesura del lavoro.

di ampliare l'oggetto dell'analisi economica e di estenderla allo studio del diritto ma piuttosto quello di applicare concetti, termini e schemi giurisprudenziali all'economia e di fare coincidere i fenomeni economici con i processi giuridici. Il risultato finale sarà un superamento tanto dell'economia neoclassica, seppure non esplicitato e poi negato in IE, quanto della giurisprudenza tradizionale¹.

Il lavoro sarà articolato nei seguenti paragrafi. Nel primo contestualizzeremo l'opera al panorama culturale americano evidenziando come il pensiero di Commons possa essere considerato un anello di congiunzione tra i due approcci eterodosi del momento, all'economia politica e alla teoria giuridica, rappresentati dall'Istituzionalismo e dal Realismo giuridico. Nel successivo paragrafo opereremo una scomposizione del complesso e in alcuni casi poco chiaro apparato teorico dei LFC così da porre l'accento sui concetti fondamentali che spiegano il funzionamento legale che sta alla base della convivenza sociale². Nel terzo paragrafo esporremo quella che abbiamo definito l'analisi giuridica dell'economia presentando come, a partire da diritti, transazioni, negozi giuridici e sentenze, si dovrebbe pervenire alla determinazione del valore economico. L'analisi dei processi economici sarà protagonista anche del passaggio successivo quando, studiando l'operato delle Corti di giustizia e dei funzionari dello Stato, cercheremo di comprendere come avviene la formulazione di obiettivi pubblici e quanto questa possa incidere sul progresso economico. Chiuderemo traendo le conclusioni riguardo la tipologia di scienza economica che ci lascia in eredità John R. Commons sottolineando gli elementi di discontinuità e originalità tra la sua analisi giuridica dell'economia, la Law and Economics contemporanea e più in generale l'economia neoclassica.

1. *Commons e la cultura giuridica americana*

Negli anni in cui John R Commons concepì e scrisse i LFC il pensiero nordamericano sul diritto era oggetto di un vivace dibattito e forti istanze di cambiamento³. A partire dagli ultimi decenni del XIX secolo, con un significativo acuirsi del fenomeno negli anni 20 del secolo successivo, si assiste a un momento di crisi nell'ordinamento di common law statunitense che investe tanto l'agire concreto degli operatori giuridici quanto la riflessione dei teorici del diritto.

Il punto nevralgico del sistema giuridico americano era il principio dello "stare decisis" che formalmente avrebbe dovuto indirizzare le sentenze dei giudici a conformarsi alle decisioni già precedentemente prese dalle corti. Un'eredità del common law inglese che progressivamente risultava sempre più di difficile attuazione negli Stati Uniti dove la vastità del territorio, l'esistenza di decine di Stati federati con le loro corti e la presenza di una giurisdizione federale finivano per indebolire la fattibilità concreta dei giudici di lasciarsi vincolare nei giudizi dal criterio del "precedente"⁴.

In questo contesto si registra contemporaneamente un rafforzarsi della legislazione statale e federale e una crescente attività della Corte Suprema, sollecitate dai cambiamenti produttivi e sociali della seconda rivoluzione industriale⁵.

¹ LFC rappresenta una parentesi di radicalismo teorico tra opere – *The Distribution of Wealth* del 1893 e IE del 1934 – sempre eterodosse e di rottura ma più orientate a trovare una sintesi con la scienza economica tradizionale.

² Ramstad ritiene che le difficoltà espositive di Commons possono essere superate solo attraverso ripetute riletture così da individuare inizialmente gli elementi fondamentali che costituiscono la sua analisi e successivamente giungere a una comprensione complessiva del suo sistema di pensiero. Cfr. RAMSTAD 1986.

³ Sulle trasformazioni della cultura giuridica americana in quel periodo è fondamentale l'opera di HORWITZ 1992.

⁴ Tarello ritiene che lo "stare decisis" fosse fisiologicamente destinato a non potere operare negli Stati Uniti, poiché necessita che i giudici costituiscano un gruppo numericamente contenuto e omogeneo per formazione, estrazione culturale e sociale e conformità verso la tradizione. Uno scenario ipotizzabile solo in un ambito geografico ristretto come il Regno Unito ma inattuabile nella realtà americana. Cfr. TARELLO 1962, 11.

⁵ Horwitz insiste particolarmente sulle forti istanze di cambiamento che la nuova dinamica economica, innescatasi

Il mutamento della realtà giuridica americana avviene attraverso un processo abbastanza singolare di trasformazione del significato attribuito a concetti fondamentali, soprattutto in ambito costituzionale, che finiscono per assumere così contenuti ben più estesi e diversificati rispetto alla loro accezione originaria. Si tratta di modifiche dettate principalmente dall'evolversi dell'economia verso forme produttive e distributive sempre più complesse che richiedevano un riscontro nel contesto normativo della nazione⁶. Non a caso i due concetti chiave che hanno determinato importanti svolte per la società americana sono la "property" e la "liberty" le cui definizioni sono state interpretate così da permettere al tredicesimo e quattordicesimo emendamento della costituzione di contemplare diversi e più ampi interessi economici⁷.

La caratteristica di questa trasformazione è che formalmente i dettami legislativi rimangono inalterati ma ad essi viene attribuito un diverso significato che conduce a decisioni non contemplate in precedenza se non addirittura profondamente divergenti rispetto al passato o in aperto contrasto. In questo scenario il giudice finisce per acquisire una funzione che va ben oltre l'applicazione tecnica delle norme e culmina nel perseguimento di un orientamento politico teso al conseguimento di fini sociali attraverso lo strumento del diritto⁸.

Nell'arco di tempo che approssimativamente intercorre tra gli anni venti e la seconda guerra mondiale una parte del pensiero giuridico americano prende gradualmente coscienza della sempre più ricorrente mancata adesione tra l'aspetto nominale delle formule giuridiche e la loro realtà sostanziale. Espressione del dissenso verso la teoria del diritto tradizionale e la considerazione che questa attribuiva al formalismo è il "realismo giuridico", movimento protagonista del dibattito statunitense del momento⁹.

Il termine realismo, impiegato per la prima volta da Karl N. Llewellyn nel 1930, sta a indicare proprio la volontà di ricondurre lo studio del diritto all'analisi della sua dimensione reale e a un approccio meno prescrittivo¹⁰. Gli esponenti del realismo più noti, oltre Llewellyn, sono Thurman W. Arnold, Felix S. Cohen, Arthur L. Corbin, Jerome Frank, Herman Oliphant, Max Radin¹¹. Sebbene sia difficile individuare nel realismo una coerenza teorica tale da poterlo classificare come una scuola, esistono comunque delle rilevanti convergenze tra gli autori elencati, e nella più ampia schiera di giuristi di minor spessore, che rendono legittimo operare una classificazione intorno a delle caratteristiche comuni¹².

Un primo elemento chiave per riconoscere il realismo giuridico è il rifiuto delle generalizzazioni a favore di un'analisi dei comportamenti degli operatori del diritto, osservati all'interno di contesti storici precisi. A questo, si affianca una concezione della scienza giuridica che rigetta ogni approccio prescrittivo ritenendolo illusorio poiché non è in grado di indicare, a partire dalle norme, una vera

sul finire del XIX secolo, ha esercitato sia sul contesto legale americano sia sulla fiducia nella validità delle tradizionali teorie economiche, politiche e del diritto. Cfr. HORWITZ 1992, 106-109.

⁶ Horwitz rintraccia il momento iniziale di questo processo di trasformazione nella sentenza "Santa Clara" del 1886 e ne descrive nel dettaglio ogni evoluzione. Cfr. HORWITZ 1992, 107-189.

⁷ Nell'ultimo paragrafo del presente lavoro avremo modo di valutare la considerazione che Commons dedica ad alcune storiche sentenze che hanno mutato il significato di concetti fondamentali per l'attività economica.

⁸ Il ruolo del giudice e della "politica del diritto" saranno trattati nel paragrafo di chiusura.

⁹ TARELLO 1962, 8, indica il momento di maggiore vitalità del realismo giuridico tra il 1925 e il 1940, una datazione abbastanza condivisa dalla storiografia ma che non è accolta da Horwitz che la ritiene troppo rigida. Cfr. HORWITZ 1992, 303-306.

¹⁰ Il termine realismo emerge nel dibattito tra Karl N. Llewellyn e Roscoe Pound tra il 1930 e il 1931. Cfr. FISHER et al. 1993, 49-75. Horwitz ritiene che la storiografia ha comunque esaltato esageratamente l'importanza di questo evento che ha finito per trasmettere un'immagine un po' distorta del realismo. Particolarmente fuorviante sarebbe la ricerca di significativi elementi di distinzione tra la giurisprudenza sociologica di Pound e il realismo. Cfr. HORWITZ 1992, 307-309.

¹¹ Per una panoramica sugli esponenti del realismo giuridico è utile l'antologia di FISHER et al. 1993. Horwitz sottopone a una serrata critica la consueta elencazione dei realisti più noti, riconducibile a Llewellyn, proponendone una più ampia e maggiormente articolata. Cfr. HORWITZ 1992, 327-343.

¹² Sul problema dell'unità o frammentarietà del movimento realista cfr. TARELLO 1962, 1-10, e HORWITZ 1992, 303-357.

uniformità di scelte dei giudici e dei funzionari. La scientificità delle teorie del diritto consiste piuttosto nella capacità di prevedere *ex ante*, in termini probabilistici e mai con assoluta certezza, le decisioni future delle corti o dell'amministrazione pubblica. Non è la conformità del giudice all'enunciato di una regola, il più delle volte puramente formale, l'oggetto d'interesse per i realisti ma le sue motivazioni e lo scopo che intende perseguire, a partire dai quali vengono elaborate previsioni attendibili. Le corti, ma anche i pubblici ufficiali nelle loro diverse mansioni, indipendentemente dai tecnicismi che esprimono il loro agire, sono continuamente fonti di nuovo diritto.

Il realismo giuridico può riassumersi nelle seguenti posizioni: una concezione della norma come strumento per il deliberato e consapevole perseguimento di obiettivi collettivi; una visione dinamica delle regole e destinata al perenne cambiamento per adeguarsi ai mutamenti della società; la convinzione che il formalismo non può cristallizzare i fenomeni giuridici né prescrivere comportamenti ai quali uniformarsi universalmente. Lo studio del diritto si concretizza quindi nell'analisi empirica e storica degli effetti che una determinata decisione comporta e nella predizione se altri operatori successivamente la confermeranno o meno.

Allargando lo spettro di osservazione, il pensiero realista non è la manifestazione di un orientamento scientifico isolato e confinato alla sfera giuridica ma al contrario si inserisce in un particolare contesto culturale nord americano del quale è, probabilmente, in ordine di tempo l'ultima espressione¹³.

I due elementi caratterizzanti la riflessione epistemologica statunitense dell'epoca sono il diffondersi dell'antropologia e della sociologia, portatrici di un approccio evoluzionista allo studio della realtà, e il grande successo del pragmatismo, una delle prime esperienze autoctone di filosofia pubblica nordamericana, entrambe influenzate dal diffondersi del darwinismo. Soprattutto il pragmatismo, i cui più noti esponenti furono C.S. Peirce, W. James, e J. Dewey, ebbe una notevole influenza sulla metodologia delle scienze sociali e particolarmente sulle correnti eterodosse del diritto e dell'economia. La sua essenza, seppure riassunta con estrema semplificazione, consiste nel rigetto della conoscenza teorica e astratta la cui formulazione è sciolta da legami diretti con la realtà. Le idee che l'uomo elabora su oggetti, cose e fenomeni sono al contrario intimamente connesse con la loro funzione e con l'interesse che sono in grado di suscitare nell'osservatore. I pragmatisti sono attenti al significato concreto della scienza piuttosto che alla sua coerenza ed eleganza logico-formale e alcune delle loro posizioni finiscono anche per esaltare il primato dell'esperienza e della pratica al di sopra di ogni teorizzazione. Nell'approccio datogli da John Dewey, rubricato nella storia della filosofia come strumentalismo, idee, concetti e teorie assolvono la funzione di creare ordine nel mondo disorganico delle esperienze umane e, al pari di strumenti, servono per indirizzare l'operato degli individui nella vita concreta divenendo così fonti di nuovo e ulteriore sapere. Una visione della conoscenza che è poi agevole riscontare simile nella concezione strumentale che il realismo ha della scienza giuridica e nella perenne mutevolezza della sua natura¹⁴.

Più complesso è il parallelo tra l'istituzionalismo e il realismo giuridico¹⁵. Per cominciare anche la principale corrente eterodossa del pensiero economico americano risente dell'influenza della filosofia pragmatista che, sappiamo, incise profondamente sulla formazione di Thorstein Veblen¹⁶ e che ne condizionò il rifiuto dell'edonismo¹⁷. A partire da questa critica gli istituzionalisti finiscono per rigettare l'idea di *homo oeconomicus* e con esso la gran parte dell'epistemologia economica tradizionale, negando l'opportunità e la validità della formulazione di leggi universali e naturali dei fenomeni eco-

¹³ Horwitz insiste nel considerare il realismo come una delle manifestazioni del movimento progressista e riformatore americano a cavallo tra il finire del XIX secolo e la prima metà del secolo successivo. Cfr. HORWITZ 1992.

¹⁴ L'opera di Dewey del 1924 su logica e diritto si ritiene possa avere influenzato notevolmente il realismo giuridico.

¹⁵ Sull'Istituzionalismo si rimanda alle opere di Rutherford indicate in bibliografia.

¹⁶ FIORITO 1998, 15.

¹⁷ Il legame tra Commons e il pragmatismo americano è indicato da BIDDLE e SAMUELS 1994, XVI, nella loro introduzione a una ristampa dei LFC.

nomici. Risultato ultimo è la confutazione del meccanicismo, eredità del giusnaturalismo e dell'utilitarismo illuminista, colpevole di avere condotto a teorie che dell'economia rappresentano un'immagine statica e inalterabile. L'idea di equilibrio economico, con tutto il suo apparato logico-formale, ne è l'esempio più immediato. Proprio questa visione di un sistema economico perennemente immobile contrasta con il diffondersi di quell'orientamento evoluzionista, del quale l'istituzionalismo è un interprete, che riconosce nell'agire collettivo e nel ruolo delle istituzioni e delle norme i protagonisti del mutamento della società e dell'economia. Aspetti del fenomeno economico che l'individualismo metodologico e la teoria dei prezzi degli economisti neoclassici non potevano cogliere.

I punti di convergenza tra realismo e istituzionalismo sono dunque abbastanza evidenti. Entrambi si contraddistinguono per: la volontà di allontanarsi dall'eredità dottrinarie del giusnaturalismo; la scelta metodologica contraria al prescrittismo e alla generalizzazione; la centralità teorica che attribuiscono al cambiamento storico; l'attenzione rivolta verso i comportamenti di gruppo e i loro risvolti giuridici ed istituzionali; l'intimo legame che riconoscono tra il diritto e i fenomeni economici; la previsione degli esiti di scenari futuri – sentenze di magistrati, azioni di funzionari pubblici, di operatori economici o di associazioni – indicata come obiettivo principale della scienza.

Difficile, e probabilmente meritevole di una ricerca apposita, è però chiarire con certezza quali furono i legami tra istituzionalisti e realisti e le loro possibili influenze reciproche. Sebbene si sia dibattuto, e con buoni argomenti¹⁸, di una possibile filiazione del realismo giuridico da alcuni insegnamenti di Veblen, possiamo ritenere più verosimile che queste due correnti di pensiero furono espressioni prossime, coeve e convergenti di una comune vocazione eterodossa verso le due più tradizionali discipline nel campo delle scienze sociali: la giurisprudenza e l'economia politica¹⁹. Del resto, temporalmente, l'istituzionalismo è solo di un decennio appena antecedente il realismo, uno spazio di anni troppo breve per potere legittimamente rintracciare una qualche paternità tra i due movimenti. Appare molto suggestiva la posizione di Horwitz²⁰ che propone una descrizione del movimento realista articolata in tre sottogruppi che lo avrebbero composto. Il primo comprende i critici della giurisprudenza tradizionale e include anche i pionieri Holmes, Pound e Hohfeld; il secondo contempla gli economisti della American Economic Association, Richard T. Elly e proprio John R. Commons; l'ultimo raggruppamento è quello dei filosofi pragmatisti di Dewey.

Indipendentemente dalle classificazioni, periodizzazioni e definizioni che la storiografia ha elaborato, possiamo assumere il dato che John R. Commons rappresenta un anello di congiunzione tra istituzionalisti e realisti. All'interno dell'istituzionalismo è infatti l'autore più dotato di cultura giuridica e che maggiormente prende in esame lo studio del diritto civile e costituzionale, delle sentenze delle corti e delle regole di condotta delle amministrazioni pubbliche. Considereremo dunque i LFC come una sintesi tra le istanze di riforma della scienza economica quanto di quella giuridica e un passo deciso in quel percorso verso un sapere ampio e interdisciplinare vaticinato dagli istituzionalisti²¹.

2. I concetti fondamentali dei LFC

Provare a mettere ordine all'interno del complesso e intricato disegno teorico dei LFC è un'impresa piuttosto ostica. L'opera si compone di nove capitoli, tutti estremamente complicati nell'analisi che

¹⁸ TARELLO 1962, 43.

¹⁹ TARELLO prende in considerazione anche l'opera di Commons ma rimarca di più il contributo di Veblen.

²⁰ HORWITZ 1992, 332-343.

²¹ Ugo Pagano ha ipotizzato l'esistenza di un legame epistemologico e teorico tra il concetto di sistema economico neoclassico e quello di ordinamento giuridico di ispirazione giuspositivista. In tale ottica l'opera di Commons costituisce probabilmente una conferma di questa tesi poiché manifesta l'intento esplicito di operare una rottura con entrambe le concettualizzazioni che percepisce come in stretta continuità tra di esse. Cfr. PAGANO 1995.

sviluppano, all'interno dei quali la riflessione di Commons non emerge con chiarezza e non è sempre evidente il criterio espositivo adottato, dato che temi e argomenti si rincorrono e si ripetono nel testo. Una difficoltà causata anche dall'incostanza nell'uso dei termini e nelle definizioni che a volte indebolisce la coerenza teorica del testo.

Ciò nonostante, nel suo insieme l'affresco dottrinario che caratterizza LFC si contraddistingue immediatamente per la sua originalità che stimola uno sforzo di comprensione in un contesto espositivo infelice. Tenendo in conto questa difficile condizione interpretativa, l'approccio che adotteremo sarà quello di scomporre la trattazione di Commons fino a individuarne gli elementi essenziali e focalizzarne il significato e la funzione.

Tra le diverse categorie di concetti impiegati nel testo, dovendo sceglierne uno dal quale partire per ricostruire il ragionamento dell'autore, è da scartare quella del "diritto soggettivo" poiché le peculiarità che contraddistinguono i LFC inducono a dirigere altrove l'attenzione. La vocazione eterodossa di Commons comporta che la sfera dei diritti individuali, centrale per buona parte della cultura giuridica occidentale, non rappresenti invece in questo caso l'aspetto chiave dal quale muovere il nostro studio. I diritti, come entità a sé stanti, non hanno alcuna rilevanza poiché la loro formulazione è una pura astrazione metafisica che, a un'analisi attenta, non può che risultare anche illogica. Il dissenso espresso è verso le dottrine del "diritto/dovere assoluto", per usare un'espressione dell'autore, di cui gli uomini sarebbero detentori aprioristicamente e in maniera indipendente dal contesto in cui vengono a trovarsi e dalle relazioni che instaurano²². Per Commons:

«Tutti i diritti e i doveri sono relativi. Se diciamo che il diritto di un soggetto è assoluto, affermiamo soltanto che esso è illimitato, e in quanto tale vi corrisponde un altrettanto illimitato dovere di una controparte. Perciò, un diritto-dovere, inteso in modo assoluto, è privo di un contenuto quantitativo, e in quanto diritto infinito è uguale a zero, ed è assolutamente privo di rilievo: semplicemente non esiste né di fatto, né potenzialmente, diritto e dovere»²³.

I diritti nascono sempre all'interno di rapporti umani che coinvolgono più soggetti interessati e si concretizzano in un insieme di pretese, aspettative e reazioni. Quindi nessuno può essere portatore di diritti sciolti da legami con il prossimo e soprattutto nessun diritto può riconoscersi come tale senza una particolare figura, sopraordinata alle altre, che si impegni perché sia rispettato. È solo l'esistenza di un'autorità riconosciuta e pronta a usare una coercizione che determina l'esistenza o meno di un diritto.

«Un diritto, infatti, è un termine conciso che compendia un complicato sistema di desideri e di paure, che gli esseri umani nutrono gli uni verso gli altri. Può essere il desiderio di un soggetto a che un altro faccia qualcosa, (o non lo faccia), magari mentre questo secondo soggetto vuole fare esattamente il contrario; per ottenere ciò che vuole, il primo ricorre al proprio potere, ma deve fare leva sulla paura di una coercizione imposta da un terzo soggetto, che è sovraordinato rispetto a entrambi. Si tratta peraltro, di un soggetto che si ritiene possa offrire il suo sostegno ad entrambe le parti, esercitando su loro analoghi timori e minacce. Condizione essenziale perché questo si verifichi è che si ritenga universalmente che questo terzo soggetto, in posizione sovraordinata, agisca in conformità a regole e a principi, e non seguendo il mero capriccio o una illogica o irresponsabile follia.

²² Horwitz ricostruisce il dibattito americano che mise in discussione il giusnaturalismo imperante presso l'ortodossia giuridica e individua nel contributo del giudice Oliver Wendell Holmes l'attacco decisivo che ne causò la crisi. Cfr. HORWITZ 1992, 191-258.

²³ COMMONS 1924, 149.

«Se non si crede che questo soggetto esista, o che possa intervenire, allora le relazioni di diritto e dovere scompaiono completamente, e ritornano ad un diverso ordine di fenomeni, quello che riguarda le azioni e le reazioni, puramente fisiche, fra forze naturali»²⁴.

L'analisi di Commons muove dall'idea di limite, come condizione normale e inderogabile della vita sociale, all'interno del quale i diritti hanno una reale e tangibile consistenza e di conseguenza anche una rilevanza scientifica. Se quindi i diritti non esistono in natura e possono concretizzarsi solo nella società e circoscritti da una serie di limiti artificiali, l'elemento teorico centrale nei LFC va individuato altrove. Sono le "rules", o come le definisce l'autore le "working rules", il concetto fondamentale a partire dal quale l'opera si sviluppa. Con un rovesciamento della dottrina giusnaturalista e della prospettiva contrattualista, è la norma che precede sia storicamente sia logicamente la nascita dei diritti individuali. La sua funzione è principalmente la difesa della pace e la disciplina dei comportamenti collettivi non la tutela del diritto di un singolo²⁵.

L'essenza della norma è di essere portatrice di informazioni per gli uomini riguardo le loro azioni sociali. È dal contenuto delle regole che possiamo conoscere quali sono i diritti ma allo stesso tempo anche gli obblighi, le libertà e le soggezioni che attendono ciascuno individuo e gli altri con cui si trova a relazionarsi.

«Una norma, contiene, infatti, quattro indicazioni atte a guidare e a limitare gli individui nelle loro attività economiche. Essa dice ciò che gli individui devono o non devono fare (obbligo o dovere); ciò che loro è permesso fare, senza interferenza di altri (permesso o libertà); ciò che essi possono fare con l'aiuto dei poteri collettivi e pubblici (capacità e diritti); infine ciò che possono aspettarsi che un potere collettivo faccia in loro favore (incapacità o soggezione)»²⁶.

Un diritto antecedente alle norme, se mai esistesse, lascerebbe il detentore nella totale incertezza riguardo le reazioni che potrebbe incontrare negli altri soggetti. Non avrebbe alcuno strumento per orientare il proprio comportamento e sarebbe esposto a continue contese. La convivenza sociale si basa all'opposto sulla possibilità di prevedere con una discreta attendibilità l'esito degli scenari futuri che riguardano le nostre attività²⁷.

In IE²⁸ il concetto è riaffermato con altrettanta chiarezza e come scopo delle regole viene indicato proprio l'assicurare una stabilità di condotta in un mondo di incertezza. L'unità operativa base della società, che a breve presenteremo, necessità di sicurezza nelle aspettative e dell'esistenza di un "ordine" in grado di rendere il futuro più prevedibile.

Nella società descritta da Commons le regole non agiscono universalmente e indistintamente su tutti gli individui ma operano dentro, e in funzione di, aggregazioni collettive composte, a più livelli, da persone coinvolte da interessi comuni. Le norme possono così distinguersi in due tipologie, quelle interne a tali strutture associative, che indirizzano i comportamenti dei singoli, e quelle esterne, cioè pubbliche, volte a disciplinare l'operato dei funzionari la cui posizione è sovraordinata ai cittadini.

La realtà sociale dei LFC non è infatti quella atomistica tipica dell'individualismo metodologico ma, coerentemente con l'orientamento istituzionalista, si articola su una serie, potenzialmente infinita,

²⁴ COMMONS 1924, 150 s.

²⁵ COMMONS 1924, 212.

²⁶ COMMONS 1924, 49. Purtroppo Commons nel procedere dell'opera ripropone questa definizione più volte ma con sfumature mai perfettamente coincidenti. Uno dei tanti elementi che rendono ostica la comprensione del testo e ne indeboliscono la coerenza teorica.

²⁷ COMMONS 1924, 213. È qui evidente un punto di contatto con il realismo giuridico.

²⁸ COMMONS 1934, 57 s.

di associazioni e comunità che riuniscono gli uomini in attività finalizzate a degli scopi²⁹. L'appartenenza a un gruppo non esclude l'inserimento in altri organismi collettivi e l'intera vita umana si dispiega all'interno di un disparato numero di questi. L'insieme delle strutture aggregative non è però una rete orizzontale ma prevede gerarchie funzionali al vertice delle quali vi è l'unica organizzazione alla quale appartiene l'universalità dei cittadini e che è lo Stato. Tutte le altre associazioni per esistere necessitano infatti dell'ausilio del potere pubblico. Come per sussistere un diritto è indispensabile che un'autorità lo riconosca e si impegni a farlo rispettare, così un'organizzazione per avere vita deve ottenere il riconoscimento dell'amministrazione statale. Anche se la vita associativa può preesistere allo stato di diritto, in un mondo dove tutto può essere messo in discussione ed essere oggetto di contesa, solo l'approvazione dell'organismo collettivo più grande e con il monopolio della coercizione può garantire la certezza di perdurare e agire indisturbati. Gli individui godono di diritti solo dentro consorzi umani che a loro volta possono assicurarne l'esercizio a condizione che la loro esistenza è legittimata dallo Stato. La figura della personalità giuridica, prevista da ogni ordinamento moderno, risponde a questa esigenza³⁰.

Le organizzazioni che raggruppano gli uomini nei fatti consistono in un insieme di regole che disciplinano le azioni dei singoli fino a ordinarle e comporle così da risultare in comportamenti collettivi finalizzati a obiettivi comuni. Queste indirizzano le scelte tanto di ogni consociato quanto di coloro che, all'interno di ciascuna comunità, assolvono funzioni più o meno indispensabili per risolvere le potenziali controversie. È questo uno dei passaggi dei LFC dove è più evidente riscontrare il pensiero istituzionalista americano. L'analisi di Commons rivela però la particolarità di approfondire l'ampio e generico concetto di Istituzione, elaborato dall'istituzionalismo, nel concreto aspetto giuridico che deve contraddistinguerla, indipendentemente se questa sia politica, civile, economica o sociale e dal suo livello di burocratizzazione.

Gli elementi che caratterizzano le associazioni e i gruppi, dotati di personalità giuridica, sono: l'aggregazione di una massa di persone per conseguire degli scopi, la convivenza dei membri grazie a delle norme di condotta espressione di una volontà collettiva; la divisione interna per funzioni e cariche; un sistema di sanzioni e un'autorità che è in grado di amministrarle.

«Ogni organismo non è altro che un movimento di massa organizzato, con norme ed obiettivi comuni che gli permettono di agire unitariamente.

«Ogni organismo è una struttura di potere che ha le proprie sanzioni, e ogni individuo ha un ruolo in più di una di queste strutture, potendo essere contemporaneamente contadino, dirigente, rappresentante, dipendente, creditore, debitore, padre, figlio, fratello, correligionario, compagno di partito e così via. Poiché questi organismi con la loro psicologia di gruppo, agiscono come un'unità, attraverso funzionari e rappresentanti, e poiché hanno la necessità di stabilire e far rispettare regole comuni per evitare controversie distruttive, in tutti si sviluppano, dai tempi più antichi fino ad oggi, principi che indicano degli obiettivi comuni, a cui corrisponde un sistema di norme che servono a tenere uniti i loro membri. Ogni organismo ha le sue particolari sanzioni ma la loro applicazione alle fattispecie concrete viene affidata a soggetti incaricati di esercitare le funzioni giudiziarie, le cui decisioni stabiliscono l'interpretazione delle norme che regolano il funzionamento di ogni organismo»³¹.

Caratteristiche che riguardano anche lo Stato che, come ogni organizzazione, si contraddistingue per i medesimi requisiti che abbiamo elencato. Commons non impiega le consolidate categorie della

²⁹ Alle azioni collettive che coinvolgono gli individui è dedicata l'opera postuma COMMONS 1950.

³⁰ COMMONS 1924, 219.

³¹ COMMONS 1924, 403 s.

filosofia politica occidentale per definire l'entità statale. Concetti quale popolo, nazione, sfera pubblica e altre ancora rientrano in quelle astrazioni metafisiche indeterminabili e lontane dall'orientamento dei LFC. Sono le norme e l'operato dei funzionari, nel passato e nel presente, che identificano lo Stato.

«Lo Stato stesso non è che uno dei molti tipi possibili di struttura organizzata, e le norme sovrane non sono che l'espressione di una volontà collettiva con ambiti molto ampi. Anche lo Stato ha i suoi agenti esecutivi, che hanno poteri discrezionali così limitati che nelle leggi vengono designati come semplici "impiegati"; ed ha anche rappresentanti con ampi poteri discrezionali (i funzionari pubblici) siano essi funzionari del potere esecutivo, legislatori, o giudici, le cui scelte collettive determinano la politica da seguire giorno per giorno [...] Questi, quando agiscono collettivamente, agiscono sulla base di precedenti, di consuetudini, di opinioni giurisdizionali, di provvedimenti legislativi, probabilmente, anche su quegli statuti associativi, che completano la costituzione scritta di uno Stato. Sono tutte queste cose insieme che costituiscono le norme sulla base delle quali funziona lo Stato. Lo Stato non è né il "popolo", né ciò che è "pubblico": lo Stato è l'insieme delle norme osservate dai funzionari pubblici nel passato e nel presente»³².

Assodato che i diritti esistono solo in presenza di una rete di rapporti umani che si instaurano all'interno di associazioni, occorre comprendere come si dispiegano tali relazioni. È questo il cuore analitico dei LFC nel quale si delinea l'unità fondamentale da cui partire nell'indagine dei fenomeni sociali. Contrariamente all'orientamento individualistico, tipico dell'economia neoclassica, Commons piuttosto che una persona astratta e le sue preferenze sceglie come cellula elementare della società un legame tra più soggetti che rintraccia nella transazione. Si tratta di un atto elementare, momentaneo ma ripetuto in modo esponenziale nella vita quotidiana e che coinvolge più uomini contemporaneamente. La transazione rappresenta così la dimensione più piccola dei comportamenti collettivi³³.

«Una transazione implica, allora, un minimo di cinque persone, e non un individuo isolato, e nemmeno due individui soltanto: è, perciò l'unità di misura fondamentale nell'economia, nella morale e nel diritto. È una relazione fondamentale, ma complessa, una sorta di elettrolisi sociale, che rende possibile la scelta fra alternative, l'esercizio di un potere, e l'aggregazione degli uomini in famiglie, clans, nazioni, imprese ed altri tipi di organizzazioni. L'unità sociale di base non è costituita da un individuo alla ricerca del proprio piacere, ma da cinque soggetti, che hanno rapporti fra di loro nell'ambito dei limiti di determinate regole; regole poste da coloro ai quali è affidato il compito di risolvere le controversie»³⁴.

L'insieme di tutte le transazioni viene a comporre poi quel processo collettivo che Commons definisce "Going Concern" e che descrive così:

«un *going concern* è qualcosa di più che una semplice entità: è un'azione collettiva, movimento di massa, e psicologia di massa; ed è anche un insieme di norme che servono a decidere controversie, fornendo loro un sostegno collettivo»³⁵.

³² COMMONS 1924, 227. Sulla discrezionalità dei funzionari pubblici toneremo nell'ultimo paragrafo poiché le sue conseguenze per l'analisi economica sono rilevanti.

³³ Questa tesi è riaffermata in IE. Cfr. COMMONS 1924, 58.

³⁴ COMMONS 1924, 130.

³⁵ COMMONS 1924, 231. In IE Commons elabora una definizione di "Going concern" anche più efficace. Cfr. COMMONS 1934, 58.

Il fatto che l'elemento fondamentale selezionato nell'opera sia un concetto giuridico concretamente riscontrabile nella realtà quale la transazione, testimonia l'approccio epistemologico dell'economista americano che rigetta la formulazione di idee e immagini puramente teoriche e intangibili. L'attenzione per l'aspetto giuridico che distingue ogni manifestazione della vita sociale, come abbiamo accennato e approfondiremo in seguito, risponde proprio alla convinzione metodologica di abbandonare nell'analisi l'indeterminatezza e le concettualizzazioni puramente intellettuali.

LFC descrive minuziosamente la struttura e il funzionamento di una transazione e la sua trattazione costituisce la parte analiticamente più complessa dell'opera. L'oggetto della transazione viene individuato nello scambio che pone insieme più individui in un complesso sistema di rapporti con diritti, doveri, obblighi, prestazioni, acquisizioni e cessioni. Un requisito che negli anni seguenti in IE perderà però la sua valenza generale e sarà circoscritto dentro una casistica più ridotta³⁶.

La prima precisazione riguarda la classificazione delle transazioni che sono distinguibili in relazione alla loro concretezza. Commons le differenzia in: reali, cioè quelle che effettivamente avvengono; potenziali, quelle che potrebbero avvenire; possibili, che avverrebbero al presentarsi di condizioni diverse; impossibili, quando non possono assolutamente avere luogo³⁷. È nei fatti una graduazione in termini di probabilità che a partire dalla piena certezza si conclude con la totale assenza di casi favorevoli al verificarsi dell'evento. Il fattore che mette in moto il processo della transazione è la scelta che, coerentemente con lo spirito che anima l'opera, è osservata in relazione ai suoi effettivi esiti. Questa va valutata ex post, una volta che è stata compiuta, e rappresenta il risultato del raffronto tra la soluzione assunta e la più conveniente e prossima tra quelle potenziali. Perché uno scambio avvenga è indispensabile che, per chi vi prende parte, esista sempre l'alternativa tra almeno due opzioni, ordinabili tra loro in funzione della correlata probabilità che hanno di arrecare conseguenze positive. Mentre per riscontare l'esistenza di un rapporto giuridico è bastevole individuare un legame tra due soggetti su cui un terzo che ha autorità vigila, la transazione coinvolge un numero superiore di individui³⁸.

«Questi quattro gradi di probabilità vengono presi in esame, più o meno inconsapevolmente, da ogni persona che opera, o medita di operare, in un dato mercato. Per altro, la scelta effettivamente compiuta da un qualsiasi soggetto che effettivamente compie operazioni di scambio sul mercato, non è una scelta fra lo scambio reale e gli scambi possibili o impossibili, e neppure fra tutti gli scambi potenziali, ma soltanto la scelta fra lo scambio reale e il più conveniente e prossimo tra gli scambi potenziali che un soggetto può compiere, nel momento in cui ci sono le condizioni dello scambio»³⁹.

«Allo stesso tempo, ogni soggetto che agisce nel mercato ha in mente vari gradi di probabilità di risultato. La scelta fra opportunità è sempre la scelta fra le due migliori opzioni accessibili in quel momento; se poi non vi è nessuna scelta possibile, allora lo scambio, come abbiamo già rivelato, resta bloccato e la libertà di scelta scompare»⁴⁰.

³⁶ In IE lo scambio di mercato è l'oggetto soltanto di una particolare, anche se prevalente, tipologia di transazione che è la "Bargaining transaction". Cfr. COMMONS 1934, 58-64.

³⁷ In IE Commons introduce una tripartizione, assente in LFC, che distingue tra la "Bargaining transactions", la "Managerial Transactions" e la "Rationing Transactions". Rispettivamente nella prima l'oggetto è lo scambio di mercato e il suo principio è la scarsità, nella seconda lo scopo è la produzione di ricchezza e il principio guida è l'efficienza, nella terza avviene la distribuzione della ricchezza attraverso l'intervento di un'autorità superiore. Cfr. COMMONS 1934, 59-69.

³⁸ Per Commons, il diritto è riconducibile a una dimensione statica della società mentre la transazione ha una connotazione necessariamente dinamica poiché coinvolge più individui in una relazione che si presenta come in divenire.

³⁹ COMMONS 1924, 125 s.

⁴⁰ COMMONS 1924, 126.

Il numero minimo di soggetti coinvolti in una transazione è dunque di cinque di cui quattro sono attivamente partecipi allo scambio mentre l'ultimo svolge la funzione di vigilare affinché non sorgano conflitti tra le parti⁴¹. I primi quattro sono classificabili in due compratori e due venditori dei quali una coppia costituirà quella effettiva che dà vita alla vendita e la seconda rappresenta l'alternativa migliore possibile che si presenta. In questa maniera ogni acquirente ha a disposizione l'opzione tra due diversi offerenti e viceversa questi ultimi hanno l'opportunità di proporre a due distinti compratori. Esiste una più ampia gamma di attori che potrebbero prendere parte alla transazione ma il loro intervento è solo ipotetico poiché sono nei fatti esclusi dalla presenza del venditore e compratore potenziale. Viene a crearsi una scala che ordina gerarchicamente tutti gli offerenti e acquirenti possibili e poi anche quelli potenziali. Al vertice di questa graduatoria ritroviamo la migliore coppia di soggetti che è quella effettivamente presa in considerazione come alternativa all'interno della transazione. Compratori e venditori reali e potenziali delineano lo spazio di contrattazione, all'interno del quale emergono i concetti di valore e costo opportunità. Il prezzo di mercato è infatti racchiuso tra alcuni prezzi estremi che coincidono con le speranze di vendita e acquisto dei quattro individui partecipanti alla transazione⁴².

«Questa transazione tipica descrive le caratteristiche minime di un modello adattabile a tutte le relazioni economiche e sociali, sia che si svolgano nell'ambito della famiglia o degli affari o della politica. Ogni soggetto considera sempre, tutte le alternative che gli si presentano e l'esistenza di effettivi, potenziali, possibili o impossibili concorrenti, e il grado di potere che egli può esercitare nell'ambito dei limiti fissati da queste alternative. Ed anche se si può distinguere fra scelte di opportunità ed esercizio di un potere, le due cose sono inseparabili: scegliere fra varie opportunità significa scegliere fra due gradi di potere. È da queste fondamentali ed universali caratteristiche di ogni transazione che, dal punto di vista dei motivi che influenzano la volontà, le dottrine economiche derivano i loro concetti di costo e di valore, di *opportunity cost* e di *disopportunity value*, che altro non sono che i concetti riguardanti l'esercizio di un potere e la scelta fra alternative ed opportunità»⁴³.

Così come l'idea economica di scambio assume consistenza dentro quella giuridica di transazione per conseguenza altri termini della scienza economica, quali valore, prezzo e costo opportunità, nell'analisi di Commons prendono significato una volta raccolti in una categoria giuridico-politica come quella di "potere". La scelta economica è infatti riconducibile all'esercizio di un potere che si concretizza nella facoltà di disporre tra gradi diversi di questo e di selezionare quello maggiore. Allo stesso tempo i concetti mutuati dalle dottrine politiche e del diritto hanno in LFC un'accezione che spesso si distanzia da larga parte della letteratura tradizionale poiché analizza il loro aspetto quantitativo⁴⁴. L'interesse per misure, graduazioni e intensità risponde all'esigenza di volere osservare categorie come il potere, la volontà o la libertà nel loro dispiegarsi piuttosto che come pure astrazioni concepite dalla logica e deve ricondursi ancora una volta all'orientamento epistemologico dell'opera. Distinguendosi dalle definizioni proprie della filosofia politica antecedente Commons spiega che:

«Queste concezioni del potere sono per lo più scomparse dalle altre scienze; "potere" significa potere in azione, conoscibile solamente attraverso ciò che fa; non più potere inteso come essenza o sostanza, conoscibile attraverso la magia, l'intuizione o l'introspezione»⁴⁵.

⁴¹ In IE la struttura con cinque partecipanti è riferibile solo alla "Bargaining transactions".

⁴² COMMONS 1924, 126 s.

⁴³ COMMONS 1924, 128.

⁴⁴ Stando alla ricostruzione di Horwitz l'introduzione dell'idea di graduazione all'interno dei concetti giuridici è riconducibile a Holmes. Cfr. HORWITZ 1992, 219-258.

⁴⁵ COMMONS 1924, 131.

In LFC avviene così una particolare sintesi tra idee e concetti tipici della teoria politica e giuridica, che si sovrappongono a quelli della scienza economica o li racchiudono in essi, e indagini economiche-quantitative senza le quali i primi non potrebbero avere alcun significato. Su questo avremo modo di tornare in seguito.

La critica di Commons ha un bersaglio esplicito in John Locke⁴⁶ individuato come l'autore più rappresentativo tra i teorici di una visione assoluta di categorie pubbliche fondamentali quali appunto il potere⁴⁷. Si contesta la concezione statica e imperturbabile di tali concetti che finiscono per apparire come imprecisi e senza alcuna dimensione tangibile. Un approccio che persiste particolarmente attorno alla nozione di "volontà", il cui significato peraltro è strettamente contiguo a quello di potere, che continua a essere interpretata spesso come "volontà potenziale" o "ideale" prendendo in esame il pressoché infinito campo di scelte immaginarie dell'individuo. È un modo di osservare la volontà indipendentemente dalle sue concrete determinazioni.

L'estrinsecazione della volontà si rileva invece dalle sue deliberazioni che avvengono sempre all'interno di scenari condizionati dalla presenza di limiti all'azione e che si concretizzano nella opzione tra differenti gradi di potere misurabili quantitativamente⁴⁸.

«Una volontà di questo tipo non sceglie mai fra fare e non fare, ma, sempre, fra due gradi di potere [...] le sue scelte, considerate da un punto di vista quantitativo differiscono solamente a seconda dei gradi e della durata diversa del potere, che sono condizionati dalle possibilità effettive che si presentano in quel determinato momento.

«La questione non è una questione matematica di punti immaginari e di linee, di eguaglianza e ineguaglianza, di diritti o di doveri privi di contenuto, ma è una questione di gradi relativi di potere economico, o fisico, presenti nei processi che determinano la scelta fra possibili alternative. Si tratta, allora, di un problema di valutazione, dei giusti rapporti fra gradi relativi di potere che certi soggetti esercitano su altri⁴⁹.

«La definizione di Locke non consente alcuna comparazione fra le alternative, perlomeno nel mondo reale, dove le risorse sono limitate, e costituiscono perciò un ostacolo alla volontà. È un concetto vuoto, meramente logico, non quantitativo, del tutto simile alle linee e ai punti immaginari della matematica⁵⁰.

Per Commons lo studio della scelta economica è la dimostrazione che una volontà astratta è un punto di riferimento fallace per orientarsi nell'analisi del comportamento umano. I diritti individuali formalmente sono sempre uguali e, su un piano puramente teorico, è identica la volontà di esercitarli, se immaginata imperturbabile e sciolta da ogni riferimento concreto con la realtà. Nei fatti però l'esercizio della volontà degli uomini, all'interno delle transazioni, non avviene mai in condizioni di eguaglianza poiché esistono numerosi limiti e condizionamenti che circoscrivono le possibilità di determinarsi. Una volta che si prendono in considerazione le effettive opportunità che si prospettano ai singoli, ci si accorgerà che per ciascuno il campo della volontà è molto diverso, i gradi di potere che ha a disposizione sono dissimili e quantitativamente il diritto di qualcuno può risultare inferiore o maggiore di quello di qualcun altro. Nel mondo delle transazioni descritto in LFC i diritti individuali sono suscettibili di un'infinità di asimmetrie possibili.

⁴⁶ COMMONS 1924, 130-143.

⁴⁷ Francamente Commons sia in LFC sia in IE non appare però un interprete rigoroso dei grandi classici della letteratura.

⁴⁸ L'approccio di Commons alle realtà quantitative non va confuso con l'apertura alla formalizzazione matematica ma piuttosto come un calcolo aritmetico elementare riguardo relazioni di maggiore o minore quantità.

⁴⁹ COMMONS 1924, 135.

⁵⁰ COMMONS 1924, 135 s.

«Dal punto di vista della nozione astratta di volontà, come mera facoltà di fare o di non fare, i due diritti possono anche essere uguali, ma solo perché il nulla è uguale al nulla. Dal punto di vista, invece, del concetto quantitativo di volontà, come scelta fra alternative reali, in una situazione di limitate opportunità, il diritto del primo soggetto è infinitamente più grande (forse diecimila volte più grande) del diritto del secondo»⁵¹.

La transazione stessa ha rilevanza solo in relazione alla sua possibilità o potenzialità che coincide con il campo di azioni che si prospetta alle volontà che vi prendono parte. Di conseguenza anche la libertà, altro concetto fondamentale delle dottrine economiche e politiche, per Commons non ha alcun significato in termini assoluti ma va sempre contestualizzata ai limiti che caratterizzano la transazione e deve essere osservata in relazione alla sua dimensione quantitativa.

Analizzando la struttura della transazione si può evidenziare quanto sia centrale la figura del quinto soggetto, estraneo allo scambio, che rappresenta l'autorità sopraordinata alle parti. Senza di essa non potrebbero avere luogo le scelte tra i diversi gradi di potere e verrebbero meno anche gli altri partecipanti. Mancherebbe infatti alcuna certezza che gli intervenuti possano instaurare relazioni che non culminino in conflitti o che, anche se ciò avvenisse, possano giungere a una soluzione pacifica e legittima. Diritti e doveri consistono infatti in attese circa i comportamenti che gli altri dovrebbero tenere nei nostri riguardi⁵². L'uniformarsi delle azioni dei singoli alle aspettative è garantita solo dalla presenza di funzionari in grado di esercitare una coercizione verso i partecipanti alla transazione. Quando i rapporti umani si conformano a linee di condotta certe assumono i connotati di "rapporti giuridici" ma per ciò avvenire si richiede che i comportamenti attesi non siano solo quelli dei contraenti ma anche e soprattutto quelli dei pubblici ufficiali o delle corti.

«[S]ono le speranze a conferire valore a quell'insieme di qualità fisiche che chiamiamo aspettative. La stessa cosa succede per i diritti e i doveri. Essi non sono altro che le attività che desideriamo, o temiamo, che gli altri compiano: speranze o paure rispetto a certi rapporti umani che vengono, così, oggettivati e a cui viene dato corpo»⁵³.

«Siccome quando si stabilisce un dovere si determina anche la nascita di un corrispondente diritto, la creazione di diritti equivale alla creazione di doveri. E il rapporto giuridico diritto-dovere fra due soggetti non è altro che una aspettativa correlata ad una regola di condotta abbastanza certa, una "predizione" secondo Corbin [...] i rapporti giuridici differiscono da quelli non giuridici solo per il fatto che i primi riguardano le aspettative rispetto all'attività di funzionari pubblici quando utilizzano i poteri coercitivi»⁵⁴.

La conclusione che diritto e dovere nascono simultaneamente e in stretta relazione tra loro serve a Commons per inoltrarsi nell'indagine sui legami giuridici che intercorrono tra i soggetti coinvolti nella transazione e che costituiscono nei fatti i limiti entro i quali le scelte economiche avvengono. In questi passaggi i LFC si riallacciano al dibattito, molto acceso nella filosofia del diritto americana, riguardo l'uso dei concetti giuridici e che coinvolse Hohfeld e Kocourek, entrambi più volte citati nell'opera. A dire il vero si tratta di una delle parti più ostiche del testo. Non è il nostro scopo provare a ricostruire dettagliatamente l'analisi sviluppata sulle categorie concettuali, sulla quale esiste comunque una valida e recente letteratura⁵⁵, ed è preferibile coglierne i punti più rilevanti. La premessa è la classificazione dei concetti giuridici di Hohfeld, che ne individua otto fondamentali raggruppandoli in due categorie:

⁵¹ COMMONS 1924, 134. Nella stessa pagina è esplicativo l'esempio del lavoratore e della ditta.

⁵² Tesi condivisa dagli autori realisti.

⁵³ COMMONS 1924, 157.

⁵⁴ COMMONS 1924, 157 s.

⁵⁵ FIORITO, VATIERO 2009; FIORITO 2010; VATIERO 2010.

gli “opposti giuridici”, che sono rispettivamente le coppie diritto-non diritto, privilegio-dovere, potere-incapacità, immunità-soggezione; i “correlativi giuridici”, cioè diritto-dovere, privilegio-non diritto; potere-soggezione; immunità-incapacità. I primi ci indicano i concetti basilari dai quali traiamo al rovescio per conseguenza la loro negazione, i secondi pongono i concetti in relazioni tra loro specificando per ognuno di essi il rispettivo complemento. LFC accoglie questo schema con l’eccezione, non trascurabile, di cambiare l’espressione “opposti” con quella di “limiti”. Quest’ultimo termine, che ha una connotazione quantitativa, consente, a detta dell’autore, di cogliere meglio sia i limiti esterni alla transazione, riguardanti la possibilità di esercitare un potere, sia quelli che sorgono all’interno di essa tra le parti e concernenti i gradi di potere.

Altre due modifiche Commons le inserisce sostituendo alcuni termini nella griglia di Hohfeld. Per cominciare il “privilegio” cede il posto alla “libertà” come negazione del dovere. L’altro intervento riguarda l’espressione “non diritto” che per la sua astrattezza viene rimpiazzata dalla “soggezione”, da intendersi come l’esposizione di un soggetto all’esercizio della libertà di un altro tale da causargli una limitazione. Nelle intenzioni dell’autore, i cambiamenti apportati attribuirebbero allo schema di Hohfeld maggiore concretezza e una dimensione quantitativa prima assente⁵⁶. Lo scopo analitico di Commons è infatti osservare il dispiegarsi della scelta economica, che ricordiamo è un’opzione tra gradi di potere, all’interno della transazione. I concetti giuridici descritti disegnano l’insieme delle condizioni che limitano e quantificano la scelta degli individui⁵⁷. Limiti che determinano i comportamenti economici ma che, coerentemente con il messaggio epistemologico dell’opera, possiamo rilevare solo nella loro veste giuridica.

«I due “opposti”, ma intesi nel senso di “limiti”, (diritti e situazioni prive di tutela) variano inversamente fra di loro, proprio come i loro correlativi, dovere e libertà. La libertà, è semplicemente il limite posto all’adempimento di un dovere, non l’assenza di un qualsiasi dovere in assoluto. Libertà e dovere sono i limiti presenti in ogni negozio: là dove vi è il confine di un dovere, inizia il limite della libertà autorizzata. Diminuire il dovere di un soggetto significa aumentare la sua libertà. Ma significa anche diminuire la protezione e l’assistenza promessa alla controparte; e significa anche ampliare la mancanza di tutela rispetto ai danni che gli possono essere arrecati dal soggetto la cui libertà è aumentata, senza che il primo possa ricorrere a rimedi giuridici»⁵⁸.

Ricordiamo che diritti, doveri, libertà, soggezioni, etc. assumono però significato solo all’interno di un rapporto giuridico cioè in presenza di un’autorità che vigili sulla loro osservanza e all’occorrenza la imponga con la coercizione. Un diritto individuale per essere tale deve necessariamente accompagnarsi con il potere di ottenerne il rispetto, facoltà che consiste nella possibilità di invocare in proprio favore l’intervento di una forza pubblica. Senza questa condizione sarebbe impossibile il pacifico dispiegarsi delle transazioni e quindi di ogni attività economica. Il diritto è nei fatti un’attesa che si verifichino determinati comportamenti in primis da parte degli altri soggetti, quando le parti spontaneamente adempiono i loro compiti, e in secondo luogo da parte dei funzionari dello Stato quando il primo evento non si verifica. È proprio in questo secondo caso che il meccanismo che sottostà allo stato di diritto appare visibile, quando entra in gioco la coercizione di chi vigila. La prestazione oggetto dei diritti ha una sua concretezza solo perché esiste questa garanzia ultima per consentirne l’applicazione. L’intervento dei giudici o degli ufficiali pubblici non avviene però all’interno della medesima transazione ma ne viene a determinare una nuova dove intervengono il soggetto leso, chi ha contravvenuto alle regole e l’autorità⁵⁹.

⁵⁶ Commons procede nella sua analisi attraverso la costruzione di schemi. Cfr. COMMONS 1924, 151-169.

⁵⁷ Commons ripropone, con maggiore chiarezza, il suo schema in IE. Cfr. COMMONS 1934, 78.

⁵⁸ COMMONS 1924, 169.

⁵⁹ Questa transazione è descritta nei LFC con l’ausilio di uno schema. Cfr. COMMONS 1924, 181. La struttura è però

Il ricorso a questa seconda transazione rivela una ben precisa concezione riguardo l'attuazione delle regole che entra in contrasto con quella che Commons ritiene la filosofia del diritto tradizionale. L'idea che il diritto si applichi automaticamente, semplicemente in forza del comando legislativo, e che la sua titolarità ne comporti implicitamente il pieno godimento è una convinzione intellettuale lontanissima dalla realtà. Altrettanto falsa è la credenza che lo Stato assicurerà sempre il pieno rispetto del diritto leso e soprattutto in relazione alle aspettative soggettive degli individui. In LFC, come in buona parte della letteratura della Law and Economics, il diritto è oggetto di un processo di demistificazione volto a ridimensionare l'importanza della sua apparenza nominale per richiamare l'attenzione sui limiti ai quali la sua reale applicazione va incontro. Come abbiamo visto i rapporti giuridici sono soggetti ai condizionamenti che sorgono all'interno delle transazioni e anche il ricorso ai funzionari pubblici, quando vengono violati, finisce per dare vita a una seconda transazione caratterizzata, a sua volta, da limitazioni, gradi di potere e discrezionalità, che riguardano le decisioni delle parti, comprese quelle dei funzionari.

«Questa identità fra diritto e rimedio, benché generalmente accolta, viene talvolta confusa, quando la si applica all'analisi dei concetti giuridici. E ciò a ragione di certe astrazioni tratte dalla filosofia del XVIII secolo che attribuiscono alle nozioni di diritto e dovere una "sostanza" eterna, celestiale, naturale e preesistente, considerandole indipendenti dal comportamento reale dei giudici, per lo meno quelli di questo mondo, e dei funzionari che sono, invece i soggetti da cui dipende il riconoscimento di tale identità, oltretutto la sua applicazione»⁶⁰.

Se ne deduce che la stessa deliberazione dei pubblici ufficiali non è un'entità astratta e universale ma al contrario presenta una dimensione quantitativa e che alla fine incide sui gradi di potere degli individui coinvolti.

Per Commons il diritto privato è dunque inscindibile da quello pubblico che attribuisce mansioni e poteri per risolvere le controversie e per ripristinare la legalità. Immaginare il diritto come sufficiente a se stesso e ignorare quanto concerne la sua applicazione e il suo rispetto conduce alla nascita delle rendite, delle frodi, delle truffe o dei monopoli.

«In quanto entità astratta, che sta in un infinito sconosciuto, o in quanto diritto in senso puramente morale, non fondato su nessuna autorità, al di fuori di rapporti concreti, o in quanto diritto esistente solo in un tempo lontano, ingenuamente si può credere che un diritto abbia un'esistenza autonoma, quale è implicita nell'espressione "diritto sostanziale" anche se viene applicata a entità prive di sostanza. Mentre i giuristi insistono nel ritenere che un diritto (right) giuridico o morale esista come fatto, anche se l'ordinamento non prevede nessun rimedio specificamente collegato ad esso, il legislatore sagace, i "lobbisti", o i corruttori, vanno al cuore del diritto privandolo dei rimedi. Infatti in quanto realtà effettiva, vivente, un diritto esiste solo nei confronti dei comportamenti che ci si aspetta da parte dei funzionari pubblici, ed è lì che lo vanno a cercare l'intrigante accorto, l'uomo d'affari, il lavoratore, e vi trovano la sua vera sostanza. L'idealismo dà a questa aria fritta una sede ed un nome; ma chi è saggio si domanda invece che cosa faranno i giudici, le giurie e i funzionari»⁶¹.

LFC, nel descrivere il ricorso del cittadino al potere collettivo, distingue tra il "potere sostanziale" e il "potere rimediale". Si tratta di due facoltà che sono inscindibilmente legate tra loro e che

diffonde da quella delle transazioni tradizionali poiché non si compone di cinque elementi ma di quattro, considerando che l'autorità ha una duplice apparenza, verso la parte lesa e verso il contravventore. Tuttavia potremmo idealmente ricostruire la quinta fondamentale se prendessimo in considerazione un'autorità superiore a quella in questione che ha il compito di sorvegliare sul suo operato giudiziario o amministrativo. COMMONS 1924, 186-188.

⁶⁰ COMMONS 1924, 181.

⁶¹ COMMONS 1924, 185.

scaturiscono da una medesima fonte. La loro comune origine risiede proprio nel diritto detenuto dall'individuo e che conferisce la capacità di godere della tutela dell'autorità e di invocarne l'intervento. Il potere sostanziale è la possibilità per un soggetto di dare vita a rapporti giuridici che, per essere tali, comportano quindi un riconoscimento da parte dello Stato e l'impegno a che siano rispettati. Questa promessa da parte delle istituzioni pubbliche dà al detentore del diritto anche un potere rimediabile che consiste nell'essere in grado di pretendere dai funzionari pubblici che costringano i contraenti ad adempiere la prestazione oggetto della transazione o a riparare il danno arrecato. Il potere sostanziale appartiene quindi alla sfera del lecito, alla quale vanno ricondotte le diverse attività umane e tra queste quelle economiche, il potere rimediabile è la garanzia che in presenza di un atto illegittimo avverrà, a nostra richiesta, una reazione da parte dei funzionari pubblici. Senza quest'ultimo il diritto individuale rimarrebbe un desiderio con scarsa probabilità di ottenere il rispetto dei consociati.

Chiudiamo questa nostra rassegna, sui concetti fondamentali sopra i quali Commons elabora la sua analisi dell'ordinamento giuridico, con una definizione che riassume efficacemente la visione che LFC ha del diritto:

«Questo è il “diritto”. Sembra che sia un'entità separata dalla condotta dei giudici, delle giurie e degli *sheriffs*. Invece il diritto è la bussola, che indirizza verso un ideale in mezzo a probabilità incerte; ed è un ideale morale, formulato e indicato da una maggioranza, riunita secondo certe regole del diritto costituzionale, o attraverso la lenta formazione del *common law*: si limita a segnalare una probabilità che i funzionari dello Stato agiscano conformemente a quell'ideale»⁶².

Vedremo ora come le norme e le decisioni degli operatori giuridici determinino il dispiegarsi dei fenomeni economici.

3. *La teoria giuridica dei fenomeni economici*

I LFC esordiscono in apertura del primo capitolo proponendo una definizione del concetto di Economia che serve a introdurre la vocazione profondamente eterodossa dell'opera. Commons descrive il valore e l'economia come delle relazioni quantitative delle parti con il tutto. Ciò che li differenzia è che mentre il primo rappresenta una somma, la seconda è un multiplo il cui risultato non necessariamente deve essere di entità superiore agli elementi di partenza e da ciò dipende la possibilità di esprimere giudizi sulle configurazioni sociali. L'economia consiste infatti nei rapporti che combinano insieme fattori di qualità diversa il cui esito è o superiore o inferiore alla loro somma.

Naturalmente non è però la considerazione dell'aspetto quantitativo della realtà economica ciò che contraddistingue i LFC ma gli interrogativi che si pone sulle relazioni sociali che vi sottostanno. Le teorie economiche che si sono succedute nel corso dei secoli presentano alcune caratteristiche comuni riguardo l'elemento temporale e i rapporti umani. Sono infatti dottrine che tentano di spiegare causalmente il valore attuale o risalendo a fattori antecedenti, quale il costo del lavoro per gli economisti classici, o attraverso la massimizzazione di un beneficio presente, come sostiene la scuola economica neoclassica. Scarsissima riflessione è riservata invece al futuro e agli obiettivi dei processi economici. Per Commons il progresso impone una riconsiderazione riguardo le spiegazioni che desideriamo sui fenomeni dell'economia e la necessità di spostare l'attenzione da quelle che definisce “cause efficienti” alle “cause finali”. Quanto avviene nel presente è infatti determinato dagli scopi che gli individui hanno per il loro avvenire e dai comportamenti che pongono in essere per conseguirli. La

⁶² COMMONS 1924, 201.

teoria economica si deve dunque concentrare sulle aspettative degli uomini piuttosto che su eventi passati o immediati⁶³.

Altrettanto insoddisfacente è il modo in cui gli economisti focalizzano le relazioni umane. Per i LFC siamo in presenza di due tipologie: le dottrine che approfondiscono il rapporto tra l'uomo e la natura e quelle che si soffermano sui legami tra gli individui. Entrambe finiscono per esaltare lo scambio di merci nel mercato astraendo da qualsiasi elemento riguardante l'etica, il diritto, la politica o la società e senza alcun interesse per la reale comprensione del comportamento umano.

«Definiamo questi due gruppi di teorie come teorie meccanicistiche del valore e del costo, perché prendono a modello della teoria economica le scienze fisiche, e fondano le loro soluzioni su quello che possiamo definire il principio della meccanica»⁶⁴.

La critica di Commons, coerentemente con la sua appartenenza al movimento istituzionalista, è rivolta dunque verso il meccanicismo, individuato come il principio ispiratore dell'ortodossia economica. L'opera esprime apertamente un rifiuto verso rappresentazioni del fenomeno economico che si esauriscono in una astratta e atemporale meccanica dei prezzi da descrivere mediante formalizzazioni mutuata dalla fisica.

«Il principio della meccanica formulato da Sir Isaac Newton, divenne un principio esplicativo non solo per le scienze fisiche, ma anche per la biologia e la fisiologia e per le scienze umane, come la psicologia, l'etica, il diritto, l'economia e la scienza politica. A poco a poco, il principio di scarsità, costantemente dato per scontato, ma non altrettanto costantemente esposto in forma sistematica, cominciò ad essere messo in evidenza [...] Il principio di scarsità non fu così influente da mutare le abitudini intellettuali di coloro che erano abituati a pensare secondo i principi della meccanica; ma, piuttosto contribuì a dare a quest'ultimo una formulazione più precisa nell'ambito delle teorie dell'utilità marginale»⁶⁵.

Ne risulta una visione dell'economia imperturbabile e automatica dove ogni ingranaggio, come in un macchinario, funziona sempre nella stessa maniera senza possibilità di variare o evolversi. I fenomeni sociali finiscono per perdere ogni contatto con la dimensione umana alla quale appartengono e si riducono a formule matematiche di un modello.

«Applicati all'economia questi principi danno una rappresentazione statistica e matematica di tutti i fattori complementari che si combina in un insieme di relazioni, di intervalli e di previsioni di prezzi. Molto correttamente i fenomeni economici si riducono a formule matematiche di prezzi e se, attraverso esperimenti appropriati si scopre che la formula coincide con il movimento reale dei prezzi, allora la spiegazione è completa. L'economia diventa, come l'astronomia e la fisica, un sistema di numeri e di equazioni che noi chiamiamo il meccanismo dei prezzi, valido sulla base di prove sperimentali; e tutta la scienza viene ridotta in termini numerici senza far ricorso a concetti volutaristici, metafisici, spiritualistici»⁶⁶.

Una scienza economica con tale impostazione restringe la sua azione alla descrizione del funzionamento di un ordine ideale rinunciando alla comprensione del fine che l'attività economica si prefigge e

⁶³ COMMONS 1924, 43.

⁶⁴ COMMONS 1924, 46.

⁶⁵ COMMONS 1924, 47.

⁶⁶ COMMONS 1924, 455. Commons prevede l'uso della matematica in economia, piuttosto che per la formalizzazione di modelli, per lo studio statistico delle probabilità del verificarsi degli eventi attesi nelle transazioni. Cfr. COMMONS 1981, 52.

che attiene al campo della volontà degli uomini. Gli individui al contrario operano sempre in funzione di un obiettivo futuro da ottenere ed affinano continuamente, nella società e all'interno delle sue articolazioni collettive, gli strumenti tecnici ma soprattutto giuridici e politici che tornano utili ai loro scopi. L'economia politica ha invece nel corso dei secoli abbandonato lo studio della volontà umana cercando di ricondurre i fenomeni economici a entità fisiche soggette a leggi naturali universali e senza alcun finalismo. Una critica che Commons riserva, con un certo manicheismo, a tutto il pensiero economico successivo al mercantilismo e che finisce per coinvolgere anche il padre dell'istituzionalismo, Veblen.

«La teoria economica fin dal tempo dei fisiocrati ha cercato di sbarazzarsi della volontà umana e di spiegare i fenomeni economici in termini fisici o edonistici. La volontà umana era stata il sostegno principale dei mercantilisti e delle dottrine economiche dei padri della chiesa. Ma la volontà era arbitraria, capricciosa e contraria alle leggi naturali. Ci sono due fasi in cui queste teorie fisiche tentarono di fare a meno della volontà. Quella dei diritti naturali e dell'equilibrio fisico, o dell'evoluzione predestinata, di Quesnay, Adam Smith e Marx; e la fase della selezione naturale, dell'evoluzione cieca, successiva a Darwin, il cui esponente più importante in economia è Veblen»⁶⁷.

Per i LFC il meccanismo che regola l'economia non è un prodotto spontaneo della natura ma il frutto di una deliberata selezione artificiale che consiste in numerosi adattamenti e progressi nel corso del tempo. Prendendo atto di questa condizione alla teoria economica si pongono una serie di interrogativi, in parte altrimenti ignorati, circa l'utilità o meno degli scopi umani, la loro eticità, l'efficienza dell'ordine che si è creato e il suo fattore limitante che ne condiziona il funzionamento. Una serie di questioni che allontanano di molto dal cammino valutativo che l'economia aveva intrapreso.

La teoria economica di Commons si contraddistingue quindi per la centralità che riconosce al futuro, inteso come attese che gli individui nutrono verso determinati eventi, e all'aspetto strumentale che la realtà giuridica, istituzionale e politica svolge nei fenomeni economici.

«“Valore” ed “economia” da sostantivi diventano verbi: “valore” si trasforma in “creare valore” (*valuing*), “economia” in attività economica (*economizing*). E l'attività economica diventa il modo di funzionamento delle regole di condotta all'interno di una nazione o di una organizzazione economica. Una transazione è l'unità di base di questi processi, isolati a fini di osservazione scientifica: “valore” ed “economia” diventano milioni di persone che creano valore e compiono attività economiche, per mezzo di miliardi di singole operazioni, sulla base di un numero infinito di regole operative, in un arco di tempo che non ha inizio né fine»⁶⁸.

Quella che i LFC propongono non è una scienza comportamentistica ma “volontaristica” interessata quindi a studiare gli obiettivi voluti e perseguiti dagli individui per mezzo di azioni concrete e attraverso l'ausilio di norme, organizzazioni e autorità pubbliche⁶⁹.

«Il punto di partenza di queste ultime non sono le merci e i sentimenti, ma gli obiettivi, proiettati nel futuro, che si esprimono nelle regole di condotta che guidano tutte le transazioni da cui traggono origine i diritti, doveri, le libertà, la proprietà privata, gli ordinamenti statali e le varie associazioni. Tutte queste cose sono anche le promesse o le minacce reciproche (espresse o tacite) che fissano i limiti del comportamento umano nei rapporti sociali ed economici. Al posto delle merci o dei sentimenti il punto di osservazione diventa la

⁶⁷ COMMONS 1924, 455 s.

⁶⁸ COMMONS 1924, 51 s.

⁶⁹ Riguardo la collocazione di Commons tra comportamentismo e volontarismo cfr. FIORITO 2010.

transaction, fra due o più persone, che guardano al futuro. Si costruisce così una teoria della “volontà umana in atto”; una teoria cioè del valore e della attività economica come “relazione”, in parte dell’uomo con la natura, ma principalmente degli uomini fra loro: rapporti costituiti sia di quantità, sia di aspettative (cioè di quantità future)»⁷⁰.

In questa prospettiva lo studio di regole e istituzioni assume una funzione essenziale per la comprensione del fenomeno economico poiché queste sono in grado di incidere sulle attese dei cittadini e sull’esercizio della loro volontà. Il fattore limitante che caratterizza l’analisi dell’economia con Commons si tramuta da un dato puramente naturale, che rimane comunque contemplato, in un vincolo giuridico che pone delle condizioni alle scelte dei singoli per incanalarle dentro azioni compatibili con quelle degli altri individui. La definizione di economia politica inserita in chiusura dell’opera spiega molto chiaramente che:

«Lo Stato, però, ripartisce anche i fattori su cui esercita il controllo. Dischiude certe aree, località o risorse, invece di altre, E fa ciò, non direttamente, come fanno gli individui; ma indirettamente attraverso le norme che guidano i rapporti fra gli individui. Incoraggia e protegge certe attività o classi di attività, certe occupazioni e lavori, piuttosto che altri. Limita determinate attività considerate nocive per lo Stato nel suo complesso. La sua maniera di distribuire i fattori è la maniera di distribuire gli incentivi agli individui e alle associazioni di individui, perché essi agiscano in una direzione piuttosto che in altre. Questa ripartizione di incentivi, attuata per mezzo delle norme, ad individui e ad associazioni, è l’Economia Politica»⁷¹.

Il nuovo compito della teoria economica è dunque di spiegare il controllo collettivo che le associazioni, le amministrazioni pubbliche o lo Stato esercitano sulle attività economiche attraverso il diritto⁷². Commons radicalizza così le conclusioni alle quali era giunto nei suoi lavori precedenti quando individuava due distinte tipologie di attività ricadenti nella sfera economica: la libera azione individuale e la coercizione pubblica⁷³. Gli economisti avevano negligenemente trascurato la seconda il cui studio avrebbe invece completato il campo di indagini dell’economia politica. Nell’opera del 1924 registriamo dunque un avanzamento in un percorso di eterodossia che pone l’esercizio del potere collettivo e principalmente di quello pubblico come il vero oggetto di studio della scienza economica.

Come abbiamo già argomentato l’unità fondamentale di ogni interazione sociale è la transazione e il suo oggetto è essenzialmente lo scambio di mercato, un concetto tipicamente economico che in LFC necessita di una veste giuridica per avere una rilevanza analitica. Tuttavia anche l’idea di scambio assume connotati dissimili da quelli tipici dell’economia neoclassica. Non sono la merce o l’utilità i protagonisti e neanche la soddisfazione del consumatore e del venditore al tempo presente.

«I prezzi sono infatti “valori nominali” e sono le aspettative (*expectations*) di certi comportamenti giudiziari rispetto alle promesse e alle obbligazioni. L’economia moderna non è un’economia fondata sul baratto, come i fisiocratici e gli economisti classici ritenevano, né si fonda sul piacere e sul dolore, come gli economisti utilitaristi pensavano, ma è un’economia di prezzi, come, di fatto, le consuetudini economiche e le consuetudini giudiziarie la considerano: l’attività economica non è uno scambio di merci; è un acquisto e una

⁷⁰ COMMONS 1924, 46.

⁷¹ COMMONS 1924, 464.

⁷² COMMONS 1924, 48.

⁷³ COMMONS 1893, 61.

vendita di merci. È un'economia dove vi sono compratori e venditori, persone che prendono e danno in prestito, e dove nessuno si serve del baratto»⁷⁴.

Nello scambio descritto da Commons ciò che viene trasferito è un diritto il cui esercizio attiene a uno scenario futuro successivo alla transazione, è una facoltà di un contraente di ottenere in un tempo determinato il godimento di un vantaggio da parte degli altri contraenti. Una definizione che viene riproposta anche in IE:

«Le transazioni, così definite, non sono “Scambio di beni”, nel senso fisico del trasferimento, esse sono l'alienazione e acquisizione, tra individui, di diritti su proprietà future di cose fisiche, determinate dalle *working rules* collettive della società»⁷⁵.

Dato che i protagonisti dell'atto economico fondamentale non sono i beni di mercato, concepiti astrattamente, ma dei diritti di proprietà oggetto di negozi giuridici, è su di essi che si concentra l'analisi economica dei LFC. La definizione di “proprietà” che l'opera propone esula da ogni requisito di materialità, associato piuttosto all'idea di “possesso”, e prende connotati di intangibilità⁷⁶. La sua natura va individuata nella titolarità di un diritto su un valore di scambio, qualcosa che consentirà di avere un reddito al compimento di una transazione. In questo modo la proprietà viene sciolta dal concetto del detenere e assume un significato commerciale, la sua essenza è attribuibile a un atto di vendita e di compera e va proiettata dunque all'interno di un'attività economica.

«Se il significato di proprietà (come nozione distinta dal diritto di proprietà) non sta semplicemente nel fatto di possedere una cosa ma nella libertà di acquistare, utilizzare e disporre di beni, allora il significato di proprietà va cercato nei progetti che ciascuno fa rispetto alla loro utilizzazione; e il valore di un bene consiste nell'attività che con esso intendiamo compiere [...] Il passaggio dalla nozione di diritto di proprietà da quella di un diritto che si esercita sul valore d'uso dei beni, a diritto sul loro valore di scambio, ha comportato un cambiamento nell'oggetto stesso della proprietà: da beni materiali ad attività economiche»⁷⁷.

Commons riconducendo la proprietà a un diritto su un valore di scambio finisce per legarla al concetto di libertà.

«Un elemento estremamente importante per capire bene il significato di tale termine, è il fatto che esso unisce proprietà e libertà in un identico concetto. Proprietà afferisce a qualsiasi oggetto che può essere comperato o venduto; e dal momento che anche la propria libertà può essere venduta o comperata, anch'essa è un bene e perciò anche la libertà è oggetto di diritti di proprietà»⁷⁸.

Si tratta di uno dei passaggi analitici meno chiari dell'opera dato che più volte definizioni e argomentazioni si confondono tra loro, si sovrappongono o si contraddicono. Provando comunque a fare ordine, dal ragionamento dell'autore sembrano emergere due posizioni. In una prima tesi la libertà è riferibile anch'essa a un valore di scambio e in quanto tale ricade all'interno dei possibili modi in cui si presenta un diritto di proprietà. Allo stesso tempo però riscontriamo anche una seconda tesi in base

⁷⁴ COMMONS 1924, 334.

⁷⁵ COMMONS 1934, 58. La traduzione è mia.

⁷⁶ Sulle trasformazioni del concetto di proprietà nella cultura americana cfr Horwitz 2004, 259-302.

⁷⁷ COMMONS 1924, 70.

⁷⁸ COMMONS 1924, 70 s.

alla quale la libertà è connaturata all'esercizio del diritto di proprietà e di conseguenza la proprietà e il libero esercizio delle attività economiche apparirebbero come la medesima cosa. La libertà sembrerebbe dunque avere una duplice veste, da un lato è un bene oggetto di scambio e dall'altro è il requisito delle procedure che portano alla scelta economica e al trasferimento della proprietà.

«Abbiamo visto che la libertà è considerabile in termini di valore e che è una forma di proprietà. Ciò è vero in due sensi. In primo luogo perché permette di ottenere dei beni in cambio di qualcosa. Il valore della libertà è, perciò, il valore di scambio del bene che si riceve. Il secondo senso per cui si può dire che la libertà è un valore riguarda il surplus che lo scambiarela determina, e che è l'equivalente della differenza fra le sue diverse utilizzazioni possibili. Possiamo dire che il primo dei due sensi indica il potere di scambio, o potere di acquisto, o potere contrattuale, o semplicemente potere. Il secondo è la scelta fra possibilità, fra alternative, o più semplicemente, la possibilità di compiere opzioni vantaggiose»⁷⁹.

È probabile che la convinzione a cui Commons perviene, ma che non riesce a esprimere con sufficiente chiarezza e coerenza, è che la proprietà, poiché intangibile e quindi intesa come valore di scambio, finisce per coincidere perfettamente con la sfera della libertà degli individui e tradursi così nella facoltà di agire economicamente attraverso le transazioni. Bisogna precisare che su questo punto non si riscontra una particolare chiarezza anche in opere precedenti e la sovrapposizione tra l'idea di libertà e di proprietà appare ricorrente nei lavori di Commons. In *The Distribution of Wealth* tuttavia la soluzione teorica adottata risulta sicuramente più efficace poiché definisce la proprietà «non un singolo diritto assoluto, ma un fascio di diritti»⁸⁰. Un concetto che riscuoterà un discreto successo nell'analisi economica del diritto e che tra varie evoluzioni giungerà fino a Coase⁸¹.

Indipendentemente dalla debolezze espositive di LFC, alla libertà e alla proprietà viene legato il processo di determinazione del valore, che nell'introduzione è indicato come il vero interrogativo dell'opera. Come abbiamo appena ripetuto, nella transazione l'oggetto dello scambio è il diritto e questo altro non è che un valore di scambio, cioè la possibilità per chi lo detiene di ottenere un vantaggio che accrescerà il suo reddito. Di conseguenza l'idea di valore proposta dai LFC non si riferisce a beni tangibili ma a diritti. Assodato che il diritto protagonista della transazione è quello di proprietà, siamo giunti alla conclusione, seppure rilevata tra molte contraddizioni, che questo coincida con l'esercizio di una libertà individuale. Traendo le conseguenze del ragionamento, sicuramente non lineare, il valore economico in uno scambio di mercato è quindi espressione del diritto alla libertà di cui si gode al momento della transazione.

Abbiamo spiegato che in LFC, dove vi è tanta insistenza sulla dimensione quantitativa dei concetti giuridici, la scelta economica è relativa a gradi di potere la cui entità è circoscritta e quantificata dalle alternative che emergono nella struttura della transazione. Le decisioni che l'individuo assume sono il risultato della sua libertà che gli ha consentito di optare tra le differenti gradazioni del potere in questione⁸². Il diritto oggetto dello scambio assume così un valore che è in relazione al potere che è in grado di esercitare.

La fonte del valore economico non è quindi riconducibile a fattori fisici, costi di produzione o del lavoro e neanche a misure dell'utilità marginale di un bene ma alla libera facoltà dell'uomo di

⁷⁹ COMMONS 1924, 79.

⁸⁰ COMMONS 1893, 92. La traduzione è mia. Anche in questa opera non è però possibile trovare una chiara esposizione su cosa identifica o distingue i concetti di libertà e proprietà e infatti la medesima definizione è utilizzata per entrambe. Cfr. COMMONS 1893, 70. Tuttavia l'idea che sia libertà e proprietà siano dei "bundle of rights" sembrerebbe lasciare intendere una pressoché completa identità nell'esercizio delle attività economiche.

⁸¹ Riguardo l'idea della proprietà come "bundle of rights" nella storia del pensiero economico cfr: KLEIN, ROBINSON 2011.

⁸² Il legame tra il concetto di libertà e di potere stabilito da Commons è respinto e stigmatizzato da HAYEK 1960, 35.

selezionare possibili scenari, relativi a gradi di potere, all'interno di una transazione. In contrasto sia con la natura oggettiva che gli attribuivano i classici sia con quella tipica dell'accezione neoclassica, il valore non rappresenta un dato inalterabile, dipendente dal verificarsi di determinate circostanze nel momento della sua produzione o dalle universali relazioni tra la domanda e l'offerta che legano i consumatori e i produttori. È piuttosto un processo di determinazione operante di volta in volta all'interno di ogni transazione in relazione a degli scopi futuri perseguiti dai partecipanti e rispondente a condizionamenti, vincoli e finalità sanciti dal contesto legale e dalle autorità.

«Se il valore fosse una cosa esterna ai beni e fissa, esistente fisicamente, ogni bene avrebbe sempre un unico valore, senza distinzione di tempo e di luogo. Ma siccome il valore è un processo di valutazione, ne consegue che è lo scopo della valutazione che determina il valore. Se lo scopo è quello di definire il rapporto, fra compratore e venditore, o fra creditore e debitore, o fra datore di lavoro e dipendente, o fra sovrano e cittadino, e tutto ciò viene espresso in prezzi, allora probabilmente ci saranno tanti valori per lo stesso bene quante sono le varietà di questi rapporti elementari fra gli uomini. Il prezzo in questo caso è la misura della giustizia e della ingiustizia, allo stesso modo in cui è conseguenza del gioco della domanda e dell'offerta; per cui quando i prezzi vengono sempre più ampiamente controllati dallo Stato, e dalle associazioni imprenditoriali e dai sindacati, questi diventano sempre più evidentemente misura della giustizia e dell'ingiustizia»⁸³.

Dal punto di vista procedurale Commons distingue tra quella che definisce “opportunity” e ciò che chiama propriamente “power”. La differenza sta nella presenza o meno di costi che la volontà dell'individuo deve valutare e tenere in conto. La scelta economica conduce a un incremento del potere di cui si dispone ma questo può ottenersi o senza alcun onere o corrispondendo una contropartita. Nel primo caso siamo in presenza di una *opportunity* cioè di un'espansione priva di sacrifici e che consiste nel selezionare tra gradi di potere alternativi ma tutti egualmente gratuiti. Nel secondo caso siamo propriamente dentro i meccanismi dello scambio di mercato e la scelta deve prendere in esame sia i gradi di potere che è fattibile perseguire ma anche quelli che bisognerà cedere in cambio. La distinzione tra *opportunity* e *power* è quindi nella presenza o meno di costi opportunità che la volontà deve valutare⁸⁴. Di conseguenza LFC distingue tra la nozione di rapporto di scambio e rapporto di surplus, ritenute entrambe misure di potere economico. La prima ci indica il grado di potere finale che i contraenti hanno una volta terminato lo scambio, raffrontando ciò che hanno ceduto con quanto hanno acquisito. La seconda rileva la differenza tra i gradi di potere delle opzioni che si presentano al momento della scelta.

Un dato che appare con evidenza è che l'immagine di scambio che ci descrive Commons è lontana da quell'idea di equa e simmetrica soddisfazione delle parti teorizzata dagli economisti neoclassici. Nella transazione i gradi di potere dei contraenti sono spesso diversi in origine e ancora di più lo divengono nel momento conclusivo quando una parte sovente risulta avere incrementato il proprio vantaggio sull'altra. Allo stesso tempo però, su almeno un punto, si può intravedere una linea di continuità con il mainstream teorico che precede l'opera. Nonostante le forti prese di posizione verso l'idea di *homo oeconomicus*, l'individualismo metodologico e il tentativo di elaborare una scienza interessata all'aspetto collettivo dei fenomeni economici, i protagonisti della transazione rimangono dei soggetti razionali interessati a massimizzare il proprio vantaggio. Muta sicuramente il contesto di riferimento, che è dominato da concetti giuridico-politici quali potere-libertà-diritti, ma la preoccupazione dei partecipanti alla transazione è, come per gli attori economici della teoria neoclassica, incrementare il proprio benessere. Un'eredità della formazione austriaca di Commons che sopravvive al tentativo di rompere con l'economia ortodossa.

⁸³ COMMONS 1924, 293.

⁸⁴ Anche la distinzione tra *opportunity* e *power*, che Commons riconduce ai concetti di proprietà e libertà, non è esposta in modo del tutto lineare. Cfr. COMMONS 1924, 79-90.

Riguardo l'analisi del valore, nei LFC, non si può prescindere dalla considerazione del ruolo che gioca quella fondamentale figura che, nella transazione, è l'autorità costituita. La sua presenza e il suo eventuale intervento, o sotto forma di funzionario amministrativo o ancora di più come Corte di giustizia, sappiamo che rappresenta la bussola in un mondo di incertezze per orientare le aspettative dei singoli. L'attività economica può avere luogo solo in presenza di tale garanzia e osservando il processo di formazione del valore il fenomeno appare immediatamente riscontrabile. Commons distingue un "valore psicologico", riconducibile ad aspetti soggettivi, e un "valore reale" che attiene alla sfera produttiva delle merci. Entrambi però sono forme iniziali del valore e antecedenti al compimento della transazione e come tali, pur avendo una loro rilevanza, non hanno alcuna visibilità finale. Nell'economia descritta dai LFC ogni fenomeno deve mostrarsi sotto una veste legale che, in questo caso, è il prezzo di vendita, contrattualmente stabilito, che viene indicato come "valore nominale". Non è però assicurato che il prezzo risultante da una transazione sia corrispondente alle aspettative e che abbia una correlazione con i valori psicologico e reale, dei quali dovrebbe essere una sintesi. Sono le sentenze delle Corti che permettono di giungere a questo risultato e consentono ai processi dell'economia di funzionare.

«Il sistema dei prezzi è molto simile al sistema del linguaggio o al sistema dei numeri. Parole, prezzi e numeri sono elementi nominali e non reali. Sono segni e simboli necessari per operazioni pratiche, e per il funzionamento delle *working rules*; tuttavia sono gli unici mezzi efficaci con cui gli uomini riescono ad entrare in rapporto gli uni con gli altri in maniera sicura e precisa riguardo ad oggetti reali. Ma anch'essi possono essere incerti ed imprecisi. Le parole non adempiono il loro scopo se non comunicano quello che effettivamente si vuole dire; i numeri sono menzogneri se non indicano le quantità effettive; ed i prezzi sono maggiorati o diminuiti se non riflettono il valore reale. Ogni transazione ha questi tre aspetti: è costituita da un incontro di volontà, da un trasferimento di merci, da un processo di determinazione dei prezzi. Una transazione contiene perciò sia il valore reale, sia quello psicologico, sia quello nominale. Le Corti nelle loro decisioni, attraverso le *common rules*, si sforzano di fare in modo che il valore nominale (i prezzi) rappresenti, con la maggiore approssimazione possibile, il valore psicologico (previsione) e il valore reale (quantità di merci). Il loro scopo è quello di costruire una combinazione che fornisca un "valore ragionevole"»⁸⁵.

La teoria del valore oggettivo, tipica del pensiero economico classico e marxista, e quella del valore psicologico, che contraddistingue la successiva fase storica della scuola economica neoclassica, nell'ipostazione di Commons assumono entrambe una dimensione più contenuta divenendo le componenti di una complessa teoria del "valore giudiziario o amministrativo". Un valore la cui origine, piuttosto che dal libero e naturale interagire delle forze del mercato, deriva dalla volontà di un'autorità che media discrezionalmente tra fattori soggettivi e oggettivi.

Strettamente connesso è il ragionamento dei LFC sulla moneta il cui uso strumentale non può prescindere dai risvolti legali e giuridici che assume nella società. Anche la circolazione monetaria, come tutti i fenomeni dell'economia, non esiste nella forma astratta e asettica descritta dall'ortodossia economica e necessita dell'intervento delle autorità. Non si tratta semplicemente del riconoscimento del corso legale ma di quella funzione di garanzia che in ultima istanza attribuisce ai giudici la facoltà di decidere sulla quantità e qualità del mezzo di scambio adoperato. Anche la moneta è oggetto di aspettative che solo le Corti di giustizia possono garantire. Circostanza che la rende tutt'altro che neutrale come ritenevano i classici e che introduce un elemento di discrezionalità, rappresentato dalle sentenze dei magistrati, che ha effetti sui meccanismi monetari e che è stato trascurato dagli economisti.

⁸⁵ COMMONS 1924, 52 s. Le affermazioni di Commons sul linguaggio rivelano evidenti influenze del pragmatismo americano.

«Quindi non è tanto il materiale con cui è fatto il denaro, né il meccanismo monetario e creditizio, come sembrerebbe di potere desumere dai comportamenti giudiziali, che determina la misura del valore e gli strumenti di scambio. Non è l'oro, ma l'attributo di moneta legale dato all'oro, proprio dai giudici, a determinare il prezzo che gli uomini d'affari pagheranno per le merci, perché è con questa attribuzione che diviene possibile sanzionare i contratti, pagare i debiti, stabilire i guadagni e le perdite di un'impresa»⁸⁶.

Ciò che in generale emerge è il rigetto esplicito in Commons degli automatismi del mercato, del funzionamento spontaneo della sfera economica e di ogni processo naturale di eterogenesi dei fini. L'economia è governata deliberatamente e strumentalmente da norme giuridiche, istituzioni pubbliche e autorità volute dagli uomini e in relazione ad obiettivi precisi. La mano invisibile di Smith, figlia di quella cultura giusnaturalista e meccanicista respinta dai LFC, è ritenuta un'immagine ingannatrice dei meccanismi che regolano l'economia di una nazione.

«Questo errore dei fisiocratici, di Adam Smith e degli economisti classici è spiegabile con il fatto che ciò che chiamavano ordine naturale o divina provvidenza era semplicemente il common law che silenziosamente si sviluppava nelle decisioni dei giudici che selezionavano e standardizzavano le consuetudini»⁸⁷.

I giudici diventano così una figura fondamentale per ogni processo economico e si ritrovano ad esercitare un ruolo più essenziale anche di quello degli operatori economici. Dalle loro scelte dipendono due ordini di fenomeni che la scienza economica non può ignorare. Il primo concerne i fini pubblici che, contenuti nelle sentenze e per mezzo di esse, indirizzano l'economia di una nazione, il secondo riguarda il mutamento storico istituzionale che le decisioni delle corti determinano e che consente alla realtà economica di evolvere verso forme più avanzate.

4. *Mutamento storico, operatori del diritto e fini pubblici*

L'idea di cambiamento domina i LFC già a partire dalle prime pagine e ne costituisce uno degli elementi fondamentali della visione epistemologica. L'economia descritta nell'opera si concretizza nel dispiegarsi di processi orientati verso traguardi futuri ed è quindi normale che si contraddistingua per una tendenza alla perenne trasformazione. Il dato significativo è che il mutamento economico si realizza attraverso un'evoluzione dell'assetto istituzionale e legale e solo come tale può essere osservato e studiato. La storia costituzionale⁸⁸ rientra così tra gli strumenti analitici ricorrenti nel testo e il nostro autore affida a essa la dimostrazione di alcune delle sue tesi sulla dinamica del capitalismo, seppure anche questa volta con uno stile espositivo ostico e un eccesso di semplificazioni concettuali⁸⁹.

Nell'intervallo quasi millenario che va dal XI fino al XX secolo Commons individua tre fasi che scandiscono il progresso dell'economia e che riguardano il meccanismo di determinazione del valore. Da un contesto dominato dalla produzione agricola si giunge all'avvento della società commerciale per poi pervenire alla realtà industriale contemporanea. In ognuno di questi stadi il valore è il risultato di rapporti giuridici, espressione del quadro istituzionale e normativo nel quale avvengono. Le transazioni tra proprietario terriero e affittuario, tipiche del periodo feudale, stabiliscono il valore dell'affitto, quelle tra

⁸⁶ COMMONS 1924, 334.

⁸⁷ COMMONS 1924, 330.

⁸⁸ Sul pensiero costituzionale di Commons cfr. VANCURA 2011.

⁸⁹ Commons, seppure cita una grande quantità di fonti documentarie, non appare un interprete rigoroso degli eventi storici.

creditori e debitori, proprie della società commerciale, conducono ai prezzi di mercato e la contrattazione tra datore di lavoro e lavoratore, caratteristica delle nazioni industrializzate, fissa il salario.

Il cambiamento economico diventa dunque oggettivo solo al mutare delle norme e della giurisprudenza che, da una condizione nella quale sono tutelate esclusivamente proprietà tangibili e persone fisiche, giunge con il tempo a contemplare la protezione delle attività economiche incorporee e per ultimo del lavoro. Un progresso giuridico testimone del passaggio da un'epoca di violenza fisica a uno stato di pacifica espansione dell'economia. Questo scenario coincide con un'evoluzione del potere politico che subisce un graduale processo di costituzionalizzazione. Tale trasformazione non si esaurisce solo con la nascita delle costituzioni e con la democratizzazione delle istituzioni pubbliche ma prevede il sorgere di nuovi poteri e strutture come il sistema bancario o l'organizzazione industriale.

Nell'ideale periodizzazione elaborata da Commons il mutamento storico, riassunto in tre tappe, è dunque riscontrabile nella sua compiutezza sotto un triplice aspetto riguardante le attività produttive, l'apparato legale e l'assetto di potere.

«Lo stadio agricolo si fonda sui rapporti fra proprietario terriero e affittuario, e i negozi che gli sono propri sono quelli atti a determinare il contratto d'affitto del sistema feudale. Lo stadio commerciale si fonda sui rapporti fra creditore e debitore, ed i negozi tipici di questa fase sono quelli che servono a determinare i prezzi. Lo stadio industriale è quello del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore, e i negozi sono quelli che servono a determinare i salari e il sistema salariale. Dalle trattative per pattuire i contratti di affitto si svilupparono il sistema di governo costituzionale e l'idea di sovranità e, inoltre, gli istituti della proprietà tangibile, dell'eguaglianza personale e della libertà dei proprietari. Dal sistema dei prezzi si svilupparono il sistema bancario e il potere finanziario, con gli istituti della proprietà incorporea ed intangibile e con la libertà e l'eguaglianza nel fare e nell'applicare i contratti. Dalla contrattazione industriale si sono sviluppati un sistema di potere industriale e l'istituto del "posto di lavoro" nell'industria, dove vi è libertà, ma non ancora l'applicazione completa dei contratti»⁹⁰.

Differentemente dalla teoria degli stadi di Adam Smith, nella quale ciascuno stadio è contraddistinto da un preciso modello di sussistenza, nei LFC il fattore caratterizzante delle diverse fasi evolutive è la tipologia di assetto legale che regola i rapporti giuridici tra gli attori economici.

Indipendentemente dalla coerenza teorica e validità della ricostruzione storica, il dato che emerge è che sono gli operatori del diritto i protagonisti del progresso economico di una nazione. Alcune delle parti analitiche più importanti dei LFC si sviluppano proprio prendendo in considerazione significative sentenze delle corti americane che avrebbero consentito l'evolversi dei fenomeni dell'economia verso la moderna società industriale. Si tratta di passaggi fondamentali dell'opera, non tanto per i contenuti e le conclusioni a cui giungono, ma perché ci mostrano l'approccio di Commons allo studio dell'economia politica. La minuziosa e complessa analisi dei dettati delle sentenze, che si dispiega per numerose pagine, rappresenta concretamente il metodo che l'economista dovrebbe adottare per osservare e comprendere la realtà economica⁹¹.

Il valore, il tema di maggior rilievo per il nostro autore, è ritenuto oggetto di una profonda trasformazione a partire dagli ultimi decenni dell'ottocento e i riscontri vengono individuati nelle decisioni espresse dai giudici su alcuni casi ritenuti emblematici riguardo la proprietà e la libertà di impresa⁹². Il

⁹⁰ COMMONS 1924, 397.

⁹¹ Commons si sofferma sulle sentenze delle corti statunitensi e su alcuni atti legislativi principalmente nei capitoli II e V dei LFC a cominciare dallo Slaughter House Case del 1872 e proseguendo con l'esame di un numero considerevole di casi giudiziari nell'arco di due decenni e oltre.

⁹² Commons individua cinque tappe nel processo evolutivo del valore che da un'accezione puramente fisica, definita

presente lavoro non ci consente di approfondire nel dettaglio il percorso storico argomentativo dell'autore o prenderne in considerazione i contenuti e ci limitiamo a rilevare che è proprio in questi passaggi che si manifesta quella che noi abbiamo definito "l'analisi giuridica dell'economia".

Piuttosto ci interessa mettere in luce ciò che i LFC indicano come la "politica del diritto" la cui funzione è di indirizzo per l'evoluzione del sistema giuridico e di conseguenza per l'economia della nazione.

L'economista americano si sofferma a lungo sul significato di "due process of law" che lo induce a riflettere sulla duplice funzione che riscontra nel concetto di norma. Muovendo dalla posizione di John Austin e ripercorrendo poi tutte le diverse dottrine giuridiche a lui note, Commons si interroga se la regola vada intesa principalmente come la prescrizione di una determinata condotta formale, che individui, funzionari e organizzazioni devono seguire per agire in piena legittimità, oppure come un principio di giustizia rivolto verso uno scopo. La conclusione a cui giunge, dopo un ragionamento lungo e mai lineare come è nello stile del libro, è che la natura del diritto si compone sempre di una "forma" e di una "sostanza".

«La forma è la procedura. La procedura è "la maniera in cui il fine del diritto può essere realizzato". Mentre la sostanza è proprio questo fine. Con il termine "sostanza" non si intende un'entità esterna che si nasconde dietro le cose e le persone, ma nella mente, mentre la forma sta nei comportamenti. La sostanza riguarda il futuro, la forma il presente. La prima è la giustizia dei fini, la seconda la giustezza delle procedure: insieme costituiscono il *due process of law*»⁹³.

Sia forma sia sostanza sono entrambe indispensabili e dal rispetto della prima dipendono fattori essenziali come le aspettative degli individui e la certezza della loro eguaglianza davanti alla legge. Il procedimento giudiziario è infatti per Commons il trattamento uguale che si riserva ai singoli in relazione a qualità oggettive che si riscontrano nelle transazioni che li coinvolgono e che sono definite da specifiche classificazioni formulate dagli operatori del diritto⁹⁴. Tuttavia è più che evidente che i LFC attribuiscono una maggiore importanza alla sostanza della norma poiché ne esprime il fine e ne consente l'evoluzione nel corso del tempo.

Lo scopo del diritto non è qualcosa di oggettivo e determinato una volta e per sempre ma è il risultato di un orientamento che legislatori, funzionari o giudici assumono in un preciso momento storico su un certo fenomeno e che è soggetto a mutare nel corso del tempo. Esiste una "politica del diritto" che è volta ad attribuire contenuti alle regole giuridiche e a indirizzarle verso il perseguimento di una finalità ritenuta di pubblica utilità. Le scelte sui fini derivano necessariamente da una qualche forma, più o meno ampia, di discrezionalità che funzionari o corti esercitano nelle loro funzioni in relazione a dei valori ritenuti di prioritario interesse⁹⁵.

La discrezionalità di chi interpreta la norma ha una funzione fondamentale per il cambiamento storico della società poiché senza di essa l'aspetto formale del diritto prevarrebbe costringendo la realtà a permanere in una condizione di immutabile staticità. È la facoltà delle corti, così come delle

"valore residuale", perviene alla nozione ultima di "valore dell'attività economica" che contempla anche quelle intermedie di "valore dell'impianto", "valore d'avviamento" e "valore politico". Gli economisti tradizionalmente osservavano solo la prima e più elementare forma del valore senza scorgerne gli aspetti più complessi e immateriali che sono invece individuati e definiti dai giudici nelle loro sentenze. Cfr. COMMONS 1924, 276-285.

⁹³ COMMONS 1924, 438 s.

⁹⁴ I passaggi dell'opera nei quali Commons descrive i processi classificatori operati dai giudici sono tra quelli dove è più evidente scorgere l'influenza del pragmatismo americano Cfr. COMMONS 1924, 428-438.

⁹⁵ COMMONS 1924, 439 s.

altre autorità costituite, di mutare i propri convincimenti sui significati delle norme, in relazione a nuovi obiettivi pubblici, che consente all'economia e alla società di trasformarsi⁹⁶.

«Certamente questi mutamenti di definizioni non sono arbitrari, ma derivano da nuove condizioni e da nuove situazioni. Restano peraltro discrezionali [...] Le nuove definizioni sono nuove valutazioni e classificazioni dei fatti; cioè un nuovo schema di distribuzione di incentivi nell'economia nazionale, che si tramuta in una nuova legislazione ed in un mutamento delle norme che presiedono al funzionamento della società»⁹⁷.

È stato oggetto di approfondimento come deve essere classificata la teoria del mutamento istituzionale di Commons⁹⁸. Questa infatti, per la sua complessità e per lo stile analitico incompiuto e mai preciso, offre più di uno spunto per essere giudicata in maniera divergente se non addirittura alternativa. I LFC a un primo sguardo contengono sia elementi riconducibili a un'idea di progresso guidato da un disegno razionale di riforma sia alcuni aspetti tipici di una visione evuzionista delle istituzioni sciolta dal perseguimento di uno scopo preordinato⁹⁹. Entrambe le ipotesi appaiono suggestive e non c'è dubbio che tra le pagine dell'opera è possibile rintracciare riscontri per entrambe. Questo però è una debolezza che abbiamo già argomentato e che non deve indurre a credere che non esista una conclusione alla quale l'economista americano giunge, seppure lasciando nello scritto tracce delle tesi e argomentazioni opposte con le quali si è confrontato.

Nei fatti l'insistenza con la quale i LFC sottolineano il fondamentale ruolo dell'autorità nell'indirizzare, attraverso la politica del diritto, il percorso futuro che le norme e le istituzioni devono seguire è fin troppo palese per essere sottovalutata. Si tratta di scelte deliberate e in funzione di obiettivi condivisi e ispirati da valori che non è possibile confondere con forme di cambiamento spontaneo e senza finalità.

Ciò che può trarre in inganno è la circostanza che il mutamento non ha origine da un unico potere centrale ma è diffuso e affidato a una ampia e variegata rete di operatori del diritto. La convergenza delle decisioni non è però il frutto di una qualche forma di eterogenesi poiché si fonda sulla conservazione, trasmissione e comunicazione delle leggi, dei regolamenti, delle interpretazioni e delle sentenze e su una gerarchia di autorità sopraordinate e distinte tra loro per grado e funzione. La costruzione della complessa realtà giuridica e costituzionale della nazione non è mai priva di un ordine preciso che la regoli.

Inoltre Commons, come abbiamo dimostrato nel precedente paragrafo, si era già espresso molto nettamente a sfavore di quelle dottrine economiche e politiche che non riconoscono un cosciente ruolo guida alla volontà umana nei processi di trasformazione della società.

Per avere una qualche validità la tesi evuzionista necessiterebbe altrimenti di una spiegazione chiara e definitiva su quale sia la molla che sollecita il cambiamento storico. Questo può essere imputabile o al naturale dispiegarsi delle attività economiche o alle scelte di giudici e funzionari che intuiscono quale sia l'assetto migliore per ampliare la disponibilità di libertà e diritti degli individui e delle imprese. Solo nel primo caso potremmo riconsiderare l'ipotesi di un processo spontaneo di mutamento sul quale gli operatori del diritto interverrebbero successivamente per agevolarlo. Tuttavia in Commons non è rintracciabile una posizione esplicita su questo interrogativo e gli argomenti che conducono verso il secondo scenario sono sufficientemente chiari.

⁹⁶ In questi passaggi Commons rivela la sua convergenza con le tesi sostenute dal realismo giuridico.

⁹⁷ COMMONS 1924, 441 s.

⁹⁸ VANBERG 1997.

⁹⁹ Vanberg giunge alla conclusione che quella di Commons può essere considerata una soluzione di compromesso tra i due distinti approcci.

Conclusione

Al termine di questo saggio crediamo sia emerso abbastanza chiaramente come i LFC possano definirsi un'opera non solo eterodossa nelle sue fondamenta epistemologiche e nel suo impianto teorico ma propugnatrice di un'economia politica radicalmente alternativa.

Lo è certamente nel panorama della Law and Economics, dalla quale differisce significativamente poiché non si accosta al diritto con l'intento di studiarlo applicando gli strumenti dell'economia neoclassica ma attraverso percorsi d'indagine divergenti. Più in generale, si distanzia dal mainstream della scienza economica con cui condivide ben poco e verso il quale muove critiche che finiscono per contestarne ogni validità.

Un dissenso piuttosto esplicito lo abbiamo riscontrato su alcuni aspetti riguardanti il metodo e la visione dell'economia, come la critica all'individualismo e all'idea di *homo oeconomicus*, incompatibili con la prospettiva collettiva che domina la realtà sociale descritta da Commons. Altrettanto ferma è l'opposizione al meccanicismo che conferisce alle teorie economiche una connotazione automatica, universale e atemporale lontana dalla concreta esperienza umana. Risulta inoltre come un ulteriore elemento di disaccordo l'importanza riservata agli obiettivi futuri contrapposta all'attenzione che le scuole economiche, soprattutto in riferimento al valore, hanno sovente attribuito al passato o alla massimizzazione nel tempo presente. Tutti aspetti facilmente riconducibili al pensiero istituzionalista al quale è ascrivibile LFC.

Tuttavia il testo in questione presenta alcune peculiarità che vanno oltre quel comune background di critiche all'ortodossia che lega gli esponenti dell'istituzionalismo. Quella di Commons, che abbiamo voluto definire "analisi giuridica dell'economia", è un'idea profondamente diversa di scienza economica poiché ne muta sia l'oggetto sia gli strumenti. La stessa circostanza che lo studio del diritto non costituisce un ampliamento della sfera d'indagine dell'economista ma ne diventa l'unico protagonista è una rottura netta nel panorama scientifico di riferimento così come l'averne sostituito i concetti tradizionali della letteratura economica con quelli giuridici e averne rimpiazzato nella stessa maniera l'analisi.

Si tratta di capovolgimenti nel metodo e nella dottrina che vanno ricondotti alla concezione dei fenomeni economici e della loro dinamica che contraddistingue i LFC.

Per comprendere le ragioni profonde che differenziano l'opera dal mainstream generale occorre richiamare la definizione di economia politica, già citata in precedenza, che Commons riporta nel finale e che è perfettamente coincidente con la funzione pubblica esercitata dallo Stato. Il diritto modella e dà consistenza alle attività economiche perché è lo Stato che crea, attraverso le proprie regole legislative o giudiziarie, la sfera dell'economia. Lo si intuisce abbastanza chiaramente quando nell'opera più volte si ribadisce che i fattori limitanti che condizionano le scelte economiche, più che le risorse naturali, sono i vincoli giuridici e politici. Limiti e incentivi legali costituiscono un meccanismo che, a differenza di quanto riteneva la scienza economica tradizionale, è artificiale e dotato di finalità pubbliche precise e deliberate¹⁰⁰.

¹⁰⁰ «Quindi una teoria economica deve partire dal fine per il quale il meccanismo artificiale in questione è stato progettato, modellato e rimodellato; e chiedersi, in primo luogo, se questo fine sia utile o inutile, legittimo o illegittimo, morale o immorale, giusto o sbagliato. Deve domandarsi, poi, se il meccanismo artificiale in questione realizza quel fine in un modo efficiente o economico; e in caso contrario quale è il fattore limitante fra migliaia, che si oppone al funzionamento efficiente; e in quale misura questo fattore può essere controllato. La teoria economica, quindi, deve considerare come vengono adottate e mutate le norme aziendali, le norme delle organizzazioni, il *common law*, le leggi che regolano le attività e i negozi di tutti i consociati. Si tratta di una teoria, meglio, di una scienza che riguarda i meccanismi artificiali. [...] Lo stesso vale anche per tutti i fenomeni dell'economia politica. Essi sono il risultato di diritti di proprietà e dei poteri pubblici, quali sono stati modellati e rimodellati, nel passato, dai giudici,

Come conseguenza i LFC procedono verso una traiettoria lontana dalla neutralità etica, che la scienza economica stava progressivamente adottando, rivendicando la necessità di prendere in considerazione i valori e la morale pubblica che dominano le scelte collettive¹⁰¹.

Nonostante il tentativo posteriore di conciliazione operato nelle IE con l'intento di proporsi come un completamento degli aspetti trascurati dall'economia neoclassica, dal lavoro del 1924 emerge un quadro epistemologico e analitico che appare di profonda rottura e radicalmente alternativo alla economia tradizionale e che rappresenta il messaggio originario dell'autore¹⁰².

Il limite di questo testo è di risultare ostico, complesso e anche debole nel rigore espositivo. Lo testimonia soprattutto la trattazione del valore nella quale avremmo dovuto trovare riscontro della validità del metodo adottato e una dimostrazione precisa del nucleo dottrinario dell'opera e invece ci siamo imbattuti in un insieme difficilmente districabile di argomentazioni confuse.

Indipendentemente dalla sua natura fortemente eterodossa, si tratta di uno scritto carico di intuizioni originali e potenzialmente feconde di sviluppi per la scienza economica contemporanea¹⁰³. Altrettanto utile può rappresentare la sua lettura per il giurista poiché nelle pagine che abbiamo passato in rassegna si possono rintracciare lucide analisi sull'incidenza che le norme e le istituzioni hanno sul dispiegarsi dei fenomeni economici e allo stesso tempo sui limiti al quale l'applicazione del diritto, la legislazione e in genere la funzione pubblica può andare in contro nella moderna società industriale. Occorre però accostarsi ai LFC senza lasciarsi scoraggiare dallo stile infelice e operare una scomposizione dei suoi contenuti più innovativi per depurarli da tutte quelle tesi, teorie e dottrine male argomentate o contraddittorie tra di loro. Un dato che ci appare assodato è che non si può ridurre il lavoro di Commons a un tentativo pionieristico di Law and Economics sia perché nei fatti dimostra di essere un rovesciamento di ciò che intendiamo per analisi economica del diritto sia perché il suo obiettivo scientifico è molto più ampio e generalista.

dalle assemblee legislative e dal potere esecutivo, per controllare i comportamenti attraverso le norme che li indirizzano ai fini ritenuti utili dai legislatori e dagli interpreti». COMMONS 1924, 437 s.

¹⁰¹ «Eppure, in una scienza che riguarda i rapporti umani non vi è nessuna precisa linea di demarcazione fra utilità, simpatia e dovere, fra economia, etica e diritto. Il diritto, ovvero le norme di funzionamento di una società, cerca di eliminare come meglio può gli incentivi alla violenza e per ciò elimina, come meglio può, gli altri incentivi non etici. Ma gli elementi etici e non etici rimangono, semplicemente perché gli scambi sono transazioni fra soggetti, pubblici o privati». COMMONS 1924, 465.

¹⁰² Kaufman ritiene che il pensiero di Commons costituisce un'alternativa eterodossa all'economia neoclassica ma allo stesso tempo offre più di un elemento per integrarla dove mostra le sue maggiori debolezze teoriche. Cfr. KAUFMAN 2007.

¹⁰³ Oliver Williamson, premio Nobel 2009 per l'economia, ha rivendicato più volte nel corso degli anni la propria vicinanza teorica al pensiero di Commons. WILLIAMSON 1975; 1985; 1996; 2005.

Riferimenti bibliografici

- BIDDLE J.E., SAMUELS W. 2007. *Introduction to the Transaction Edition*, in: COMMONS J.R., *Legal Foundations of Capitalism*, New Brunswick (USA) and London (UK), Transaction Publishers, x-xxxvi, 1924.
- COMMONS J.R. 1893. *The Distribution of Wealth*, Charleston, Bibliolife, 1st New York, Macmillian, 2011.
- COMMONS J.R. 1924. *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, il Mulino, 1981 (ed. or. *Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillian, 1924, trad. it. di E. Pisani).
- COMMONS J.R. 1934. *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, New Brunswick (USA) and London (UK), Transaction Publishers, 1st New York, Macmillian, 2009.
- COMMONS J.R. 1950. *The Economics of Collective Action*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1st New York, Macmillian, 1970.
- DEWEY J. 1924. *Logical Method and the Law*, in «10 Cornell Law Quarterly», 17, 1924, 17-27.
- FISCHER W.W., HORWITZ M.J., REED T. A. 1993. *American legal realism*, London, Oxford University Press, 1993.
- FIORITO L. 1998. *L'emergere di una eterodossia preludio ed ascesa dell'istituzionalismo americano*, in «Quaderni del Dipartimento di Economia Politica dell'Università di Siena», 226, 1998, 1-37.
- FIORITO L. 2010. *John R. Commons, Wesley N. Hohfeld and the Origins of Transactional Economics*, in «History of Political Economy», 42, 2, 2010, 267-295.
- FIORITO L., VATIERO M. 2009. *Beyond Legal Relations. "Wesley Newcomb Hohfeld's Influence on American Institutionalism"*, in «Quaderni del Dipartimento di Economia Politica dell'Università di Siena », 582, 2009, 3-20.
- HAYEK F.A. 1960. *La società libera*, Firenze, Vallecchi editore, 1969 (ed. or. *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, trad. it. M. Bianchi Lavagna Malagodi).
- HORWITZ M.J. 1992. *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, Bologna, il Mulino, 2004 (ed. or. *The Transformation of American Law 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, trad. it. di E. Caglieri, A. Zanelli).
- KAUFMAN B.E. 2007. *The institutional economics of John R. Commons: complement and substitute for neoclassical economic theory*, in «Socio-Economic Review», 5, 2007, 3-45.
- KLEIN D.B., ROBINSON J. (eds) 2011. *Property: A Bundle of rights?*, in «Econ Journal Watch», 8, 3, 2011, 193-291.
- LLEWELLYN K. 1930. *A Realistic Jurisprudence: The Next Step*, in «Columbia Law Review», 30, 4, 1930, 431-465.
- PAGANO U. 1995. *Economia e diritto*, in BOITANI A., RODANO G. (eds), *Relazioni pericolose: l'avventura dell'economia nella cultura contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 291-316.
- RAMSTAD Y. 1986. *A Pragmatist's Quest for Holistic Knowledge: The Scientific Methodology of John Roger Commons*, in «Journal of Economic Issue», 20, 4, 1986, 1067-1105.
- RUTHERFORD M.H. 1983, *John Roger Commons' Institutional Economics*, in «Journal of Economic Issues», 17, 3, 1983, 721-744.
- RUTHERFORD M.H. 1994. *Institutions in Economics: the Old and the New Institutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- RUTHERFORD, M.H. 1997. *American Institutionalism and the History of Economic Thought*, in «Journal of the History of Economic Thought», 19, 1997, 178-195.
- RUTHERFORD, M.H. 2000a. *Institutionalism Between the Wars*, in «Journal of Economic Issues», 34, 2, 2000, 291-303.

- RUTHERFORD M.H. 2000b. *Understanding Institutional Economics: 1918-1929*, in «Journal of the History of Economic Thought», 22, 2000, 277-308.
- RUTHERFORD M.H. 2003. *American Institutional Economics in the Interwar Period*. in SAMUELS W., DAVIS J., BIDDLE J. (eds), *A Companion to the History of Economic Thought*, Oxford, Blackwell, 2003, 360-376.
- RUTHERFORD M.H. 2006. *Wisconsin Institutionalism: John R. Commons and his Students*, in «Labor History» 47, 2006, 161-188.
- RUTHERFORD M.H. 2008. *Institutionalism*, Old. New Palgrave Dictionary of Economics, 2nd Edition, London, Macmillan, 2008.
- TARELLO G. 1962. *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962.
- VANBERG V.J. 1997. *Institutional Evolution through Purposeful Selection: The Constitutional Economics of John R. Commons*, in «Constitutional Political Economy», 8, 1997, 105-122.
- VANCURA M. 2012. *John R. Commons and American Constitutionalism*, in «Studi e Note di Economia», XVII, 1, 2012, 73-111.
- VATIERO M. 2010. *Un confronto tra i rapporti giuridici in Hohfeld e in Commons*, in «Studi e Note di Economia», XV, 1, 2010, 37-51.
- WILLIAMSON O.E. 1975. *Markets and Hierarchies*, New York, The Free Press, 1975.
- WILLIAMSON O.E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Macmillan, 1985.
- WILLIAMSON O.E. 1996. *The Mechanisms of Governance*, New York, Oxford University Press, 1996.
- WILLIAMSON O.E. 2005. *The Economics of Governance*, in «American Economic Review», 95, 2, 2005, 1-18.