

DIEGO M. PAPAYANNIS

Spiegazione funzionale e analisi concettuale.
Sull'incidenza dei modelli economici
nello studio della pratica giuridica¹

ABSTRACT

In this article I assess the importance of economic models in the interpretation and general explanation of law. I distinguish between a conceptual explanation, that takes into account the internal point of view, and a functional explanation that focuses mainly on the beneficial effect that legal institutions provide for the communities that hold them. I argue that economic models have no direct bearing on interpretation nor on conceptual explanations of the nature of law, but they can play a very significant role in functional explanations.

KEYWORDS

Economic Models; Legal Interpretation; Conceptual Analysis; Functional Explanation of Law; Functional Kinds.

1. INTRODUZIONE

Difficilmente può negarsi che negli ultimi decenni l'analisi economica ha avuto un impatto significativo sullo studio del diritto. Nel mondo accademico europeo e latinoamericano il suo sviluppo è più recente, ma non è meno importante. In questo saggio mi propongo di analizzare in che modo la teoria economica produce un contributo rilevante alla conoscenza del diritto. Sviscerare tale questione esige, ovviamente, la precisazione di che cosa si intenda per «teoria economica» e per «conoscenza del diritto». Rispetto al primo punto, la storia del pensiero economico mostra che ci sono state diverse correnti o paradigmi, molti dei quali hanno lasciato reminiscenze tra i teorici attuali. Questo fa sì che parlare di «teoria economica», come se fosse un unico insieme di

1. Questo lavoro è stato realizzato nell'ambito del progetto DER2010-21331-C02-02, del Ministerio de Ciencia e Innovación (Spagna). Ringrazio per i loro validi commenti alla prima versione Álvaro Núñez Vaquero e Ignacio Cofone. Lorena Ramírez Ludeña, Pablo A. Rapetti e Sebastián Agüero San Juan hanno letto versioni più recenti e grazie ai loro argomenti mi hanno costretto a rivedere alcune delle tesi, che, nonostante tutto, continuano a essere più radicali di quanto loro avrebbero desiderato. Traduzione dal castigliano, rivista dall'autore, di Francesco Biondo.

assiomi e principi consolidati, unanimemente sostenuti dalla comunità accademica, è in qualche modo inadeguato. Nonostante ciò, nella letteratura più recente sull'analisi economica del diritto si può apprezzare una certa convergenza circa i modelli impiegati per lo studio della realtà giuridica. Si condividono una metodologia, alcuni presupposti e molte conclusioni. Si condivide, per questa ragione, l'idea che lo studio economico del diritto consiste nel predire gli effetti che producono le norme giuridiche sul comportamento di individui razionali, che cercano di massimizzare il proprio interesse, benessere, utilità o preferenze, per cui si ottiene alla fine una determinata assegnazione delle risorse². Anche la cosiddetta analisi economica comportamentale (*Behavioral Law and Economics*) può essere vista come un tentativo di migliorare la capacità predittiva dei modelli tradizionali abbandonando certi presupposti irrealistici, relativi alla perfetta razionalità degli agenti, alla loro irremovibile forza di volontà e al loro invincibile autointeresse³.

Per quanto riguarda la conoscenza giuridica, è necessario distinguere diversi aspetti del diritto che possono essere oggetto di studio. In primo luogo, possiamo essere interessati al diritto come istituzione o a un concreto sistema giuridico che ha luogo in un tempo e in uno spazio determinati. Gli studi generali, come quello che mi prefiggo, lasciano da parte quest'ultima questione e si concentrano sulla prima.

A sua volta, lo studio del diritto come istituzione ammette quanto meno due approcci: quello concettuale e quello funzionale. L'approssimazione concettuale può consistere nello studiare il diritto considerando come lo concepiscono i partecipanti alla pratica giuridica, cercando di identificare i concetti centrali, di delucidare il loro contenuto e il modo in cui tali concetti sono relazionati, al fine di determinare che tipo di pratica è il diritto e come si distingue da altri fenomeni normativi. Il teorico che si imbarca in tali studi, per lo più studi filosofici, applica il metodo dell'analisi concettuale. Il test ultimo per valutare il successo di un'analisi concettuale interna è la sua intelligibilità⁴. L'immagine risultante della pratica deve essere riconoscibile dai partecipanti come la pratica che seguono⁵. Al contrario, chi si interessa dello studio del diritto a partire dalle funzioni che esso svolge nella comunità può prescindere

2. Cfr. R. Posner (1992), trad. sp. 1998, 11; R. Cooter, T. Ulen, 2011, 3.

3. Cfr. C. Jolls, C. R. Sunstein e R. Thaler, 1998, 1475, 1478, 1487, 1498.

4. Cfr. S. Shapiro, 2006, 1166.

5. L'analisi concettuale non deve rappresentare il punto di vista interno. In effetti, gli autori realisti ritengono in generale che l'analisi concettuale si riduca ad analisi linguistica, e suo oggetto principale sono l'eliminazione di ambiguità, il chiarimento degli usi vigenti, la distinzione degli usi descrittivi dagli usi normativi per smascherare le ideologie che soggiacciono a certi discorsi ecc. (cfr. N. Bobbio, 1990, 185-6; R. Guastini [1996], trad. sp. 1999, 58-9). In questo senso, l'uso ristretto che faccio in questo lavoro dell'espressione «spiegazione concettuale» è stipulativo e richiede di adottare un punto di vista esterno moderato.

dal test di intelligibilità. Nella concezione dell'analisi funzionale che difenderò, la ricerca si concentra sulla determinazione del modo in cui il diritto contribuisce a certi obiettivi sociali che si assumono come socialmente buoni.

Un terzo tipo di domanda, per molti la più importante che può formularsi circa il diritto, ha a che vedere con la maniera in cui si determina il suo contenuto. In che condizioni le proposizioni giuridiche sono vere? E, che è quello che qui ci interessa, può l'analisi economica aiutarci a descrivere ciò che il diritto prescrive? Per saperlo dobbiamo avere chiaro che cosa determina la qualificazione deontica di una condotta in una comunità, e ciò dipende ovviamente da che tipo di pratica sia il diritto. In altre parole, un'analisi concettuale come quella che ho menzionato nel paragrafo precedente sarebbe molto deludente se si limitasse a offrire una definizione della parola «diritto» e non si pronunciasse su che cosa determina il contenuto del diritto. Ci sono però ragioni per considerare tale questione separatamente. Tali ragioni hanno a che vedere con il fatto che le diverse posizioni giusfilosofiche divergono circa l'utilità metodologica di un'analisi concettuale così concepita. Alcuni autori, come Ronald Dworkin, ritengono che l'analisi concettuale sia poco interessante. Alla questione rilevante, relativa alle esigenze del diritto, non può risponderci in astratto, attraverso un'analisi concettuale, ma è necessario partecipare a una pratica giuridica concreta e argomentare moralmente⁶. Per questa ragione ho distinto tale questione dalle altre, e la analizzerò dai punti di vista positivista, giusnaturalista e interpretativista.

Riassumendo, al fine di valutare in che maniera la teoria economica può aiutarci nello studio del diritto, si deve analizzare se i modelli economici abbiano una qualche incidenza su:

- a) analisi concettuale del diritto;
- b) analisi funzionale del diritto;
- c) determinazione del contenuto del diritto.

Comincerò con quest'ultimo tema, per passare successivamente ai punti a) e b).

2. IL CONTENUTO DEL DIRITTO: IDENTIFICAZIONE E INTERPRETAZIONE

Le diverse concezioni giusfilosofiche differiscono circa le condizioni di verità delle proposizioni che descrivono il diritto. Se volessimo sapere quando è vero che in una determinata comunità una certa condotta è giuridicamente proibita, dovremmo prima propendere per una concezione giusfilosofica. I positivisti, per esempio, sostengono che in ultima istanza ciò che determina che un'azione sia proibita, sia obbligatoria o facoltativa è un insieme di fatti sociali. In particolare, la teoria di Hart afferma, com'è ben noto, che qualunque sistema giuridico abbia

6. Cfr. R. Dworkin, 2006, 223-6, 234.

il suo fondamento in ciò che egli chiamò una regola di riconoscimento, che non è nulla più che una pratica sociale di identificazione del diritto. La regola di riconoscimento, come qualunque regola sociale, è composta da una regolarità di condotta – i funzionari pubblici identificano il diritto nello stesso modo – e da un’attitudine critico-riflessiva – ritengono che il modello stabilito sia un modello pubblico di comportamento che guida la condotta e giustifica le critiche di fronte alle violazioni⁷. Negli ordinamenti moderni le regole di riconoscimento sono complesse, e di solito identificano le norme di condotta a partire da alcune caratteristiche comuni, come essere state approvate da un organo specifico, avere una lunga storia di vigenza consuetudinaria o essere state create e seguite in diverse decisioni giudiziali. Si noti che l’indagine rilevante per identificare le fonti del diritto avrà a che vedere con certi fatti sociali. Non si dà il caso, quindi, che i modelli economici abbiano qualcosa da dire al riguardo. Secondo il positivista, il metodo corretto per identificare le fonti del diritto consiste nel descrivere un particolare insieme di fatti sociali. Senza dubbio possono elaborarsi modelli relativi alle fonti per spiegare perché, ad esempio, la regolazione attraverso la legislazione è più efficiente della regolazione consuetudinaria. Tuttavia, al fine di identificare le fonti vigenti, il positivista troverà poca utilità nei modelli economici; piuttosto osserverà la condotta ufficiale degli impiegati pubblici, perché questa costituisce i fatti sociali rilevanti. In altre parole, laddove la consuetudine sia la fonte principale, continuerà a esserlo ben oltre ciò che stabiliscano i modelli.

Identificare fonti, tuttavia, non è lo stesso che identificare norme. Conviene qui distinguere tra fonti-processo e fonti-prodotto. Le prime sono la legge, la consuetudine, la giurisprudenza ecc., mentre le seconde sono le formulazioni normative concrete emesse dal Parlamento, trasmesse attraverso la consuetudine o espresse nelle decisioni giudiziali. Le formulazioni, come tali, non sono norme, ma testi o enunciati che esprimono norme. Per sapere qual è la norma creata dal Parlamento si deve svolgere un lavoro interpretativo. Frequentemente l’interpretazione avviene in maniera incosciente da parte degli operatori giuridici. Quando però un giudice o un avvocato affermano che la condotta E è proibita nella comunità C, perché così ha stabilito il Parlamento attraverso la legge L, in realtà l’individuo accetta la regola di riconoscimento di tale comunità e insieme si impegna a seguire un criterio interpretativo (solitamente quello condiviso nella comunità giuridica)⁸ che permette di capire che il testo della legge L proibisce la condotta E. Anche se nella pratica del ragionamento giuridico tutto avviene allo stesso tempo, conviene tenere distinti teoricamente i due momenti: l’identificazione della fonte e la sua interpretazione.

7. H. L. A. Hart, 1994, 56 ss.

8. Certamente, quando un teorico adotta una prospettiva esterna alla pratica, può descrivere il fatto che altri accettano la regola di riconoscimento e convergono in un metodo interpretativo. Dopotutto, questi sono fatti che possono essere descritti in maniera neutrale senza troppa difficoltà.

Nell'interpretazione delle formulazioni normative, a differenza di ciò che capita con le fonti, i modelli economici possono invece avere un ruolo rilevante. Da un punto di vista puramente descrittivo, a volte, sviscerare il significato di alcuni termini richiede di fare appello alla teoria economica. Si pensi, per esempio, alla pratica della difesa della concorrenza. Quando il legislatore proibisce la vendita a «prezzo predatorio», il significato di «prezzo predatorio» sembra dipendere indubitabilmente da considerazioni proprie della teoria economica. È vero che gli economisti molte volte sono in disaccordo circa le condizioni che devono darsi perché un prezzo sia predatorio. Così si è sostenuto che tale prezzo consiste nella vendita al di sotto del costo medio variabile; altri hanno sostenuto che mai è predatorio un prezzo che eccede il costo medio totale, mentre sempre lo è quello che sta al di sotto del costo medio variabile, e i prezzi che si trovano tra il costo medio variabile e il costo medio totale eccezionalmente possono essere predatori. Si è detto anche che il prezzo in sé non può indicare depredazione. Per constatare l'attitudine predatoria si deve analizzare in primo luogo la struttura del mercato rilevante. Dopo, se la struttura è appropriata per la depredazione, deve realizzarsi il confronto tra i costi e i prezzi di vendita. Tutti questi disaccordi hanno avuto un riflesso nella giurisprudenza. Esistono differenze nel concetto di prezzo predatorio tra ordinamenti e, anche più importante, all'interno di uno stesso ordinamento nel corso del tempo⁹. Se è così, perché si deve pensare che i modelli economici *necessariamente* trovino spazio nell'interpretazione delle parole delle leggi a protezione della concorrenza?

Credo che certe pratiche, come la difesa della concorrenza, esplicitino i loro propositi o obiettivi più chiaramente che altre pratiche. Non è controverso che il proposito della difesa della concorrenza sia preservare i mercati competitivi, se può valere la ridondanza, con una molteplicità di soggetti che offrono e soggetti che domandano. Una pratica come la depredazione consiste precisamente nell'eliminare la concorrenza per convertire chi la pratica in monopolista, e con l'esercitare tale potere dominante si restringe l'accesso di altri al mercato. Tenendo conto di ciò, sembra che il legislatore e gli operatori giuridici, nell'usare l'espressione «prezzo predatorio», ancorino il riferimento a quei prezzi capaci di escludere altri competitori dal mercato. Questo è il fenomeno che si vuole regolare, e la teoria economica può contribuire a definirlo. I disaccordi tra i teorici riflettono precisamente il fatto che vi è un fenomeno economico, la depredazione, che può essere ricostruito in modo migliore. Il significato di «prezzo predatorio» non sembra essere fissato necessariamente da ciò che la comunità giuridica o gli economisti credono che l'espressione significhi in un determinato momento. Al contrario, attenersi a una nozione convenzionale rende impossibile interpretare la pratica in maniera coerente con il suo proposito più ovvio. Chi potrebbe pretendere di proteggere il mercato con una

9. Cfr. G. Coloma, 2003, 140-5.

nozione di «prezzo predatorio» che non impedisce l'esclusione della concorrenza? Allo stesso modo, il fatto che dal decennio del 1990 approssimativamente si sia arrivati a un forte consenso tra economisti (e anche nelle decisioni giudiziali nei diversi ordinamenti) su quando un prezzo è predatorio¹⁰ indica che nella materia c'è stato un importante sviluppo teorico.

In conclusione, anche se sembra una banalità, i modelli economici hanno un'incidenza nell'interpretazione dei termini con contenuto economico. E che un termine abbia un contenuto economico dipende da come si è sviluppata la pratica al riguardo. La deferenza tra gli economisti è un indizio circa il fatto che il significato di alcuni termini come «prezzo predatorio» non è convenzionale: non dipende da ciò che la comunità crede che sia; neppure le opinioni degli esperti sono costitutive. Si potrà sempre elaborare un nuovo modello economico che mostri che prima questa nozione era stata utilizzata in modo scorretto. Ma quando questo avvenga, sarà per ragioni convenzionali. La stessa pratica stabilisce il significato facendo riferimento direttamente al fenomeno economico e non alla comprensione condivisa che di questo hanno i partecipanti¹¹.

Passiamo adesso ad altre concezioni giusfilosofiche. Prendiamo l'interpretativismo di Dworkin e la sua concezione del diritto come integrità, essendo questi l'antipositivista più riconosciuto attualmente. Per Dworkin, la distinzione tra l'identificazione delle fonti e l'interpretazione dei testi autoritativi è priva di senso. Egli ammette, certamente, che nella pratica giuridica c'è un certo materiale che tutti i partecipanti identificano senza maggior sforzo e qualificano come giuridicamente rilevante. Questo materiale è preinterpretativo¹². Tuttavia identificare questo materiale non fornisce una risposta alla questione circa ciò che esige il diritto. Per rispondere a questa domanda dobbiamo attribuire un proposito alla pratica e ricostruire il materiale preinterpretativo nel modo che meglio lo adatti alla storia istituzionale e che lo ponga nella sua miglior luce. Questo perché Dworkin assume che il fine della pratica giuridica in generale è la giustificazione della coercizione statale¹³. In questo quadro, risulta impossibile determinare in modo neutrale che cosa esige il diritto, in quanto è impossibile assegnare alla pratica un fine che la renda valida in maniera imparziale o non impegnata.

Per ragioni distinte, quindi, anche la teoria economica può essere rilevante per questa posizione. La sua applicazione non si limiterebbe all'interpretazione dei termini giuridici – perché, come già detto, le distinzioni positiviste non sono che disorientanti per Dworkin – ma piuttosto vedrebbe l'identificazione del diritto

10. Cfr. *ivi*, 145.

11. Questo argomento è basato sulle tesi sull'interpretazione giuridica di L. Ramírez Ludeña, 2012, 239-41.

12. R. Dworkin, 1986, 66.

13. *Ivi*, 96, 110, 190-2.

come un processo interpretativo che ha luogo nella maniera complessa di cui poco prima ho fatto menzione e che culmina con un'affermazione su ciò che prescrive il diritto per un caso concreto. Tutto dipenderà dal fatto se in quel caso ciò che stabilisce il modello è rilevante per giustificare la coercizione statale. Se evitare l'espulsione dei concorrenti attraverso una strategia di prezzi che gli economisti chiamano «predatori» ha il sufficiente peso normativo per giustificare l'uso della coercizione nel caso in questione, allora i modelli economici che specificano quali strategie di prezzi sono predatorie risultano assolutamente rilevanti.

Credo che un argomento simile sia applicabile alle posizioni giusnaturalistiche classiche. Secondo una versione del giusnaturalismo, la conformità morale delle norme è condizione necessaria, ma non sufficiente, della loro validità giuridica. Un'altra versione non predica la necessità che ogni norma sia moralmente adeguata, ma piuttosto impone certe restrizioni morali all'esistenza dei sistemi giuridici. Queste potrebbero essere, per esempio, che il sistema in generale soddisfi i precetti morali, che il sistema persegua un fine morale o che abbia un contenuto morale minimo¹⁴. Nella prima delle versioni, allorquando una qualche conseguenza moralmente rilevante dell'applicazione di una certa norma, come la distribuzione finale delle risorse, l'aumento delle attività dannose, l'aumento della povertà ecc., sia misurabile attraverso l'applicazione di modelli economici, questi avranno un ruolo nell'individuazione della soluzione giuridica. D'altra parte, nella seconda versione, i modelli economici saranno rilevanti quando i limiti morali circa le condizioni di esistenza del sistema dipendono da considerazioni economiche che rendano necessario ricorrere a un modello per affrontare la questione.

In definitiva, per il positivismo giuridico i modelli economici rientrano nell'interpretazione delle formulazioni normative *in modo contingente*, solo quando le disposizioni impiegano termini ai quali la pratica attribuisce un contenuto economico. Per le posizioni antipositiviste, invece, i modelli economici sono rilevanti nella misura in cui siano incorporati da considerazioni normative (o morali).

3. SPIEGAZIONE CONCETTUALE E TEORIA ECONOMICA

Di recente Scott Shapiro ha sostenuto che l'analisi concettuale punta a chiarire la *natura* del diritto – cioè a spiegare che cosa fa sì che il diritto sia il tipo di pratica che è – e che cosa deriva necessariamente da questo¹⁵. Pierluigi Chiassoni ha suggerito che l'impresa, così definita, è guidata da una nostalgia verso la «antica metafisica», pertanto risulta inadeguata come concezione dell'analisi

14. Per le differenti versioni della tesi della connessione necessaria tra il diritto e la morale, si può consultare J. Coleman (2011), trad. sp. 2012, 95-9.

15. Cfr. S. Shapiro, 2011, 8-9.

si concettuale. È infatti discutibile che l'analisi concettuale possa offrire una conoscenza circa il diritto che sia superiore a qualunque indagine empirica¹⁶. Nello stesso senso si potrebbe sospettare che lo studio della natura del diritto, come analisi concettuale, risulti immodesto o ambizioso. Il problema di questo tipo di analisi, secondo Jackson, è che attribuisce troppo peso alle nostre intuizioni al momento di determinare com'è il mondo¹⁷.

Invece, l'analisi concettuale modesta ha a che vedere con ciò che si può affermare circa il mondo data una descrizione in altri termini. L'analisi concettuale, in questa variante, non ha per oggetto la determinazione della natura del mondo, ma la determinazione di ciò che si può dire in termini più fondamentali data una spiegazione del mondo espressa in termini meno fondamentali. In questo modo possiamo scoprire i presupposti metafisici delle nostre teorie¹⁸. La stessa critica è applicabile al progetto hartiano, se lo si interpreta come uno studio della natura del *fenomeno giuridico* e non del *concetto di diritto*.

Mi sovengono due risposte relazionate a questa obiezione. La prima è che se il mondo sociale è costituito dalle credenze e dalle attitudini dei membri della comunità, allora studiare il modo in cui questi interpretano l'oggetto è equivalente a studiare l'oggetto stesso. Questa risposta assume che, per ciò che riguarda i fenomeni sociali, non può fissarsi la distinzione oggetto/concetto. Studiare l'oggetto è studiare i concetti. In qualche modo, studiare il diritto richiede di analizzare l'esperienza giuridica, la forma del ragionamento basato su norme giuridiche, i concetti di norma, sanzione, dovere e molte altre cose.

La seconda risposta restringe l'ambito delle spiegazioni concettuali al punto di vista interno. Studiare la trama concettuale secondo la quale si sviluppa la pratica può offrirci molte informazioni rilevanti sul tipo di pratica che assumiamo essere il diritto, sulla sua differenza con altri fenomeni normativi come la morale o le regole di etichetta ecc. Per questa strategia, alla quale aderisco, l'analisi concettuale del punto di vista interno non esaurisce lo studio del diritto. Come argomenterò in seguito, c'è molto studio empirico altrettanto importante che si deve realizzare se si vuole ottenere una conoscenza completa della pratica giuridica.

Ma in che cosa consiste esattamente un'analisi del concetto di diritto? Generalmente si pensa che analizzare un concetto significhi scomporlo: prendere un'idea complessa, dividerla in diverse parti più semplici e studiare le loro relazioni. Anche se la questione è molto complessa, ci sono due caratteri che sono costanti nei lavori filosofici di questo tipo. Da un lato, come ho detto poco prima, c'è un impegno a spiegare ciò che risulta complesso in termini più semplici. D'altra parte, a volte l'analisi consiste nel collegare i distinti concetti

16. P. Chiassoni, 2013, 153.

17. F. Jackson, 1998, 43-4.

18. Ivi, 28, 44.

che appaiono in una determinata attività. Pertanto, il teorico avrà offerto un'analisi di un concetto *C*, se:

1. riesce a scomporre il concetto *C* in altri concetti più elementari come *H*, *J* e *K*;
2. riesce a ridurre una trama di concetti, come *H*, *J* e *K* a un solo concetto o a pochi concetti più fondamentali come *C* o *C* e *F*;
3. senza scomporre né ridurre i concetti che si studiano, riesce a ricomporre i diversi tratti o caratteristiche del fenomeno che consideriamo evidenti.

Le tre forme di analisi possono essere impiegate in una spiegazione concettuale.

L'analisi di Austin, per esempio, è di tipo riduzionista. Il diritto è assimilato agli ordini di un sovrano sostenuti da minaccia di sanzione, che sono generalmente obbediti. Così, per capire che cos'è il diritto si devono comprendere le nozioni di sovrano, ordine, sanzione e obbedienza generalizzata. Si potrebbe dire che i punti più importanti sono la riduzione dell'idea di autorità all'idea di sovrano e la riduzione delle norme giuridiche agli ordini sostenuti da sanzioni. L'obiezione di Hart allo schema austiniano può sintetizzarsi segnalando che in ogni riduzione c'è una perdita di significato che risulta rilevante per la teoria del diritto. Quando si riducono le norme agli ordini e l'autorità alla figura del sovrano, il fenomeno giuridico si rende inintelligibile dal punto di vista del partecipante: tutte le caratteristiche familiari del diritto devono essere considerate una mera finzione.

Oltre a determinare quali siano le caratteristiche centrali del diritto, Hart fa riferimento ad alcune di tali caratteristiche che egli considera poco controverse¹⁹. In primo luogo, il diritto è un fenomeno normativo. Aspira a guidare la condotta imponendo doveri. Nella teoria austiniana non c'è modo di distinguere l'ordine di un bandito, che fa sì che il destinatario della minaccia si veda costretto a obbedire, dalla norma valida a causa della quale il destinatario ha un *obbligo giuridico*. In secondo luogo, non tutte le norme incluse nei sistemi giuridici impongono sanzioni (e quindi doveri), piuttosto alcune di queste attribuiscono poteri. Nell'interpretare questo tipo di norme, come quelle che permettono di produrre testamenti, come norme che incorporano una sanzione che è la nullità, Austin distorce seriamente il modo in cui queste regole operano nella pratica. In terzo luogo, Austin è incapace di dar conto di tre caratteristiche dell'autorità. In qualunque comunità regolata dal diritto la successione delle autorità, per esempio un rinnovo del potere esecutivo dopo il voto popolare, è marcata da una *continuità* tra i poteri del pubblico ufficiale precedente e quelli dell'attuale. I poteri giuridici del nuovo governante non dipendono dal fatto che si sia generata un'abitudine di obbedienza verso la sua persona. Il governante si converte in autorità nello stesso momento in cui si

19. Le obiezioni di H. L. A. Hart che espongo di seguito si trovano nei capitoli II, III e IV di *The Concept of Law* (1994).

soddisfano i requisiti stabiliti dalle norme del sistema. Allo stesso modo, le norme dell'autorità *sussistono* dopo che i suoi creatori abbiano cessato di esistere. Infine, le autorità sono *limitate* dal proprio diritto. Hanno competenze attribuite dalle norme, e la validità dei loro atti si giudica alla luce di tali norme. Nessuna di queste tre caratteristiche può essere coerente con l'idea del sovrano. Se il diritto è l'insieme degli ordini di chi è generalmente obbedito, non può esserci una continuità tra predecessore e successore, dato che il secondo individuo o insieme di individui avrà necessità di generare la propria abitudine all'obbedienza per essere sovrano; neppure può esserci *persistenza* o sussistenza delle norme, in quanto gli ordini e la minaccia di sanzione cessano di esistere con la vita di chi li ha emessi; e, infine, il sovrano non può essere soggetto a nessuna limitazione giuridica, in quanto ciò implicherebbe che il sovrano limita se stesso. In definitiva, il modello imperativo è incapace di offrire un'adeguata analisi concettuale del diritto, dato che, da un lato, non riesce a ricomporre alcune delle caratteristiche più essenziali dei sistemi giuridici e, d'altro canto, ne distorce altre.

Vediamo adesso se i modelli economici possono offrire qualcosa di interessante per l'analisi concettuale del diritto. La ragione per cui ho considerato con relativa attenzione (almeno, nello spazio di cui dispongo) i problemi della teoria imperativa è che l'enfasi nella minaccia della sanzione ha influito chiaramente sui modelli economici che interpretano le norme giuridiche come norme che impongono diversi costi (o benefici) per diverse attività²⁰. La questione da dirimere è se lo schema di regolazione che stabilisce il diritto può essere ridotto a, o reinterpretato come, un sistema di prezzi da pagare per realizzare certe condotte. Io credo di no. La regolazione giuridica è molto complessa, in quanto il diritto si occupa del comportamento dei cittadini, ma anche della stessa produzione normativa. In altre parole, esistono vari livelli di regolazione giuridica. Hart ha preteso di esporre questo punto affermando che il diritto è l'unione di regole primarie e secondarie²¹. Per evitare questa complessità, concentriamoci per un momento sulla regolazione della condotta dei cittadini.

Le norme primarie sono un insieme di prezzi? Senza dubbio gli individui reagiscono di fronte ai prezzi e alle norme, almeno in alcuni casi. Quindi l'utilità dei modelli economici per studiare il diritto può dimostrarsi solo se il modo in cui le norme operano nel ragionamento pratico è indistinguibile dal modo in cui operano i prezzi. Indubabilmente, nel ragionamento basato su norme funzionano una serie di concetti, come l'obbligo, la responsabilità (in varie accezioni), la critica, la reazione ecc., che non giocano nessun ruolo nel ragionamento o nella regolazione attraverso prezzi. L'infrazione di una norma

20. Cfr. l'analisi e la tassonomia di A. Ogus, 2006, 101-8.

21. H. L. A. Hart, 1994, 81.

genera critica, rifiuto, nonché rancore e risentimento. Come segnala Coleman, chi viola una norma deve una spiegazione e, in alcuni casi, una compensazione o una riparazione. Tutte queste caratteristiche dei sistemi giuridici non possono rientrare nei sistemi di prezzi. In primo luogo, la decisione di pagare o meno un prezzo è immune alla critica, per cui in questo ambito nessuno deve una spiegazione per ciò che ha fatto. In secondo luogo, la mancanza di motivazione adeguata di fronte ai prezzi (conformemente alla legge di relazione inversa tra prezzo e quantità) non giustifica la critica, né l'indignazione o il rancore²². In definitiva, se le caratteristiche più importanti o evidenti della regolazione giuridica non possono rientrare nello schema dei sistemi di prezzi, allora i modelli economici non hanno nulla da offrire alla spiegazione concettuale del diritto.

Ciò non osta a che la migliore spiegazione concettuale di una determinata branca del diritto, come la tutela della concorrenza o la responsabilità extracontrattuale, sia quella fornita dai modelli economici. Come ho spiegato nel paragrafo precedente, in modo contingente possono esistere aree del diritto nelle quali i modelli economici sono rilevanti nella spiegazione concettuale. La tutela della concorrenza è un buon esempio di ciò. Allo stesso modo, se la finalità della responsabilità extracontrattuale fosse la minimizzazione del costo degli incidenti, allora alcuni dei suoi concetti, come la causa e la colpa, potrebbero essere ridotti a un'analisi costi/benefici, nella quale si confronta il costo di evitare un incidente con il valore del danno atteso²³. L'influenza delle considerazioni di efficienza, certamente, dipenderà da ogni pratica, e per questo la responsabilità extracontrattuale in un ordinamento alcune volte deve incorporare elementi che sarebbe inadeguato incorporare in un altro.

In qualunque caso, deve rimanere chiaro che una branca del diritto ispirata da obiettivi di efficienza non cessa di essere un sistema di regolazione giuridica per convertirsi in un sistema di prezzi. Una regolazione della responsabilità extracontrattuale che miri all'efficienza continuerà a essere uno schema di norme, e continuerà a operare nel ragionamento pratico nel modo in cui operano le norme, a differenza dei prezzi. Nonostante ciò, se il fine che soggiace nel risarcimento dei danni è ottenere la maggiore efficienza riducendo la quantità e la gravità degli incidenti, allora i modelli economici potranno spiegare il *contenuto* delle norme che regolano il risarcimento e non la «natura» stessa delle norme che si usano per regolare. Se si comprende la distinzione tra il diritto come pratica generale e il contenuto particolare di ogni area del diritto, non c'è contraddizione nell'affermare che i modelli economici non giocano

22. Cfr. J. Coleman (2011), trad. sp. 2012, 121-2.

23. Questa è l'idea che soggiace alla famosa formula di Hand, espressa in *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947). Cfr. anche l'analisi in D. M. Papayannis, 2009, 193-7.

nessun ruolo nel fornire una buona spiegazione del fine dell'insieme del diritto, ma possono in maniera contingente averlo nella spiegazione del fine di alcune sue parti.

4. SPIEGAZIONE FUNZIONALE E TEORIA ECONOMICA

4.1. *Il modello della spiegazione funzionale*

La spiegazione funzionale nelle scienze sociali condivide alcune caratteristiche delle spiegazioni che di solito si offrono in biologia. In questo campo di conoscenza, le ricerche mirano a scoprire perché ha luogo un *processo* (perché avviene la fotosintesi?), che cosa spiega la presenza di un organo in certe specie (perché i pesci hanno le branchie?) o di qualche *tratto* o *caratteristica* (perché i leopardi hanno macchie?). Le risposte in tutti i casi hanno a che vedere con la funzione che svolge un determinato oggetto (il processo, l'organo o la caratteristica) in un ecosistema o in un organismo. Così, «La funzione del cuore è far circolare il sangue», «La funzione dei polmoni dei piedi è contribuire a che l'individuo si mantenga in equilibrio», «La funzione del fegato è secernere bile» sono tutte affermazioni che hanno la forma di spiegazione funzionale²⁴. Nelle scienze sociali l'idea di organismo è rimpiazzata da quella di sistema sociale, e ciò di cui si predica la funzione, invece di essere un organo o un tratto, può essere una pratica o un'istituzione. Esempi classici in questo senso sono le spiegazioni funzionali della religione o della famiglia. «La religione ha la funzione di ottenere una maggiore coesione sociale tra i membri di una comunità» o «La famiglia svolge la funzione di proteggere i figli e prepararli in modo che si massimizzi la loro attitudine per la sopravvivenza» sono proposizioni che mirano a spiegare certe istituzioni attraverso la funzione che svolgono in un sistema sociale.

In epistemologia esiste un grande dibattito circa che cosa spieghi in realtà la funzione. Ci sono due modi di interpretare un enunciato come «Y è la funzione di x in S». Il primo consiste nel capire che la funzione (Y) spiega perché l'oggetto (x) è presente in S. Questa era la posizione di Hempel, e precisamente per questo egli riteneva che le spiegazioni funzionali fossero invalide. Che la funzione del cuore sia far circolare il sangue non può spiegare causalmente perché il cuore sia presente nei vertebrati, al posto di qualche equivalente funzionale²⁵. D'accordo con il secondo modo di interpretare gli enunciati funzionali, la funzione (Y) spiega il contributo dell'oggetto (x) per la *sopravvivenza* di S. Questa è la posizione di Ernest Nagel²⁶. Entrambe le posizioni

24. Cfr. la spiegazione di C. Hempel, 1965, trad. sp. 1979, 401-5.

25. C. Hempel (1965), trad. sp. 1979 407-8.

26. E. Nagel (1961), trad. sp. 2006, 525-9, 681.

diedero origine a due correnti, chiamate rispettivamente *eziologica* e *disposizionale*. La corrente eziologica ha come rappresentanti più importanti Wright e Millikan²⁷, i quali, abbandonando il modello di spiegazione nomologico dettativo che faceva sì che le spiegazioni funzionali fossero invalide, preservano l'idea che la spiegazione dell'oggetto attraverso la sua funzione abbia relazione con la sua storia causale. La corrente disposizionale, sviluppata successivamente da Cummins²⁸, parte da un interesse teorico riguardo a una capacità di S e si domanda in che maniera l'oggetto contribuisca a realizzare tale capacità²⁹.

Nelle pagine seguenti esporrò principalmente un modello di spiegazione funzionale conforme alla corrente disposizionale. Credo che per quanto riguarda la teoria giuridica, l'origine delle istituzioni e delle pratiche giuridiche possa avere interesse per la storia del diritto, ma non necessariamente per la sua analisi funzionale. La necessità di esplicitare un meccanismo che spieghi la presenza dell'oggetto è un'esigenza epistemica solo per coloro che considerano le spiegazioni in biologia come un modello da seguire rigorosamente. Queste spiegazioni, in generale, operano sulla base della teoria della selezione naturale. La presenza di un tratto, come le macchie nei leopardi, è spiegata facendo riferimento a una mutazione genetica. Questa mutazione ha offerto all'esemplare in particolare un vantaggio comparativo rispetto al resto dei membri della sua specie e ciò gli ha permesso di svilupparsi con maggiore efficienza nel suo ambiente. La sua prole, ereditando gli stessi geni e gli stessi tratti, ha ottenuto uno sviluppo di maggior successo rispetto ai membri della specie. Con il tempo i portatori del tratto che svolge la funzione benefica per la sopravvivenza si sono resi dominanti. L'attribuzione di funzione in biologia opera comodamente su questa teoria che offre il meccanismo necessario.

Nelle scienze sociali, escluso per un caso che presenterò in seguito, è difficile trovare un meccanismo analogo che permetta di spiegare la presenza dei tratti. Per evitare questo problema Pettit propone un modello di spiegazione funzionale nel quale ciò che è rilevante non è spiegare l'origine del tratto, ma la sua resistenza a sparire³⁰. Molto tempo prima, avvertendo il problema, Durkheim sostenne che analizzare in che modo un'istituzione sia utile non equivale a spiegare come sia nata³¹. In questo senso, la spiegazione funzionale della pratica o dell'istituzione non aspira a contare su un meccanismo equivalente alla teoria della selezione naturale, che espliciti come tale pratica o istituzione si siano prodotte per la prima volta e come si siano mantenute rispetto

27. L. Wright, 1973; R. Millikan, 1984.

28. R. Cummins, 1975.

29. Per un confronto tra le due correnti si può consultare P. McLaughlin, 2001, 70-2, 82 ss., 118 ss.

30. P. Pettit, 1996, 298.

31. E. Durkheim (1895), trad. sp. 1986, 141.

ad altri sistemi alternativi. L'unica cosa che si richiede è spiegare che funzione benefica svolge, in modo che si possa ragionevolmente sapere in anticipo che avrà una resistenza di fronte a qualunque tendenza che cerchi di sopprimerla. In definitiva, il meccanismo per il quale si mantengono certi tratti e l'utilità che questi hanno sono questioni che possono essere affrontate in modo indipendente. Mentre la teoria della selezione naturale presuppone che i tratti producano un beneficio per chi li possiede, indagare sull'utilità ha senso anche se non si conosce il meccanismo attraverso il quale coloro che li possiedono sono selezionati.

Per ragioni simili, le spiegazioni funzionali non pretendono che il risultato prodotto dall'oggetto sia non migliorabile o ottimo. In altre parole, la funzione di x in $S \rightarrow Y$, anche quando un ipotetico « x » potrebbe sviluppare la funzione in una maniera migliore. Già avvertiva Durkheim che i tratti generalizzati di una specie offrono ragioni per supporre che sono più utili di quelli eccezionali. Però questo non ci permette di supporre che siano i più utili che esistono o che possono esistere. Non ci sono ragioni per pensare che tutte le combinazioni possibili siano state provate nel corso dell'esperimento. Così, tra i sistemi alternativi concepibili forse ce n'è uno più vantaggioso di quelli che conosciamo³². In definitiva, il modello che espongo non si impegna a esplicitare il meccanismo per il quale le istituzioni o le pratiche sociali sono state selezionate, ma solo a mostrare che la funzione spiega la loro resistenza a sparire, né mira ad affermare che quelle istituzioni o pratiche producano più benefici sociali che qualunque alternativa immaginabile.

Infine, occorre chiarire che nel modello che difendo le funzioni svolte da un'istituzione in un determinato sistema sociale sono, in teoria, opache ai partecipanti, ma non devono necessariamente esserlo. Gli sviluppi teorici sono parte della vita in società, pertanto c'è da aspettarsi che le funzioni scoperte dai ricercatori, dopo un certo tempo, passino a essere conosciute dal resto degli individui. Nonostante ciò, la spiegazione continua a essere funzionale dato che non dipende dall'autocomprensione degli individui, ma piuttosto mira agli effetti benefici prodotti da un'istituzione o da una pratica. In questo senso, non sostengo una versione della spiegazione funzionale tanto esigente come quella di Elster, per il quale è essenziale per questo tipo di teorie che l'effetto benefico dell'istituzione o pratica sia, primo, *non intenzionale* per i membri della comunità; e, secondo, *non riconosciuto* dagli agenti della comunità o, almeno, che gli sia sconosciuto il modo in cui le loro azioni producono l'effetto benefico³³.

La ragione per la quale Elster include queste condizioni, tra diverse altre, come parte di una spiegazione funzionale è che, se gli individui fossero coscienti degli effetti benefici delle loro azioni o se il conseguimento di questi effetti

32. E. Durkheim (1895), trad. sp. 1986, 110.

33. J. Elster, 1984, 28.

fosse intenzionale, la spiegazione passerebbe a essere interna. Credo, tuttavia, che abbia ragione Schwartz nella sua critica a questo modello. La spiegazione potrebbe continuare a essere funzionale a patto che l'effetto benefico sia sì intenzionale, ma gli individui non puntino a produrlo realizzando l'azione alla quale si attribuisce la funzione.

Allo stesso modo, se il riconoscimento dei benefici prodotti dall'istituzione è causalmente inerte, non si capisce perché la spiegazione cesserebbe di essere funzionale; il mero fatto che dopo un certo tempo i partecipanti alla pratica prendano coscienza degli effetti benefici delle loro istituzioni o dei loro modelli di comportamento non va contro l'idea che una spiegazione sia funzionale³⁴. Per esempio, la spiegazione funzionale della religione come uno strumento di coesione sociale potrebbe continuare a essere una buona spiegazione, anche se, dopo un certo tempo, tutti i partecipanti delle pratiche religiose conoscessero i suoi effetti benefici, ma non cercati in modo deliberato. La struttura della spiegazione si manterrebbe sempre che tale conoscenza fosse causalmente irrilevante per il mantenimento della pratica religiosa, cioè sempre che il fatto di conoscere la funzione non influenzasse le motivazioni dei partecipanti a seguire un credo religioso³⁵. Se in qualche momento la funzione entrasse a far parte della motivazione dei partecipanti a seguire una pratica, la migliore spiegazione avverrebbe in termini di propositi. Insistere sul fatto che la spiegazione continua a essere funzionale sarebbe come insistere sull'uso della parola «funzione» invece della parola «proposito», ma non ci sarebbe alcun guadagno epistemico degno di nota. Chiamando tale spiegazione «funzionale» non si otterrà nessun'altra conoscenza ulteriore rispetto a quella fornita da una spiegazione concettuale interna³⁶.

34. J. Schwartz, 1993, 281-2.

35. Questa idea può riassumersi segnalando che le spiegazioni funzionali, a differenza delle spiegazioni basate su ragioni o finalità, non presuppongono l'esercizio della volontà umana. Cfr. R. Brown, 1963, 109.

36. Un esempio semplice può chiarire maggiormente la questione. Supponiamo che un professore universitario lasci aperta la porta del suo ufficio per far circolare l'aria. La migliore spiegazione del perché lasci la porta aperta ha a che vedere con le sue intenzioni o propositi. Si potrebbe adesso dire che la porta aperta ha la *funzione* di facilitare la circolazione dell'aria. Esporre la questione in termini di propositi o funzioni sembra indifferente. Si tratta dello stesso tipo di spiegazione basata sulle intenzioni del soggetto la cui azione vogliamo spiegare. Ma immaginiamo che dopo un certo tempo scopriamo che l'integrazione di quel professore nel gruppo di professori e la sua eccellente relazione con gli allievi si devono, in parte, al fatto che la porta aperta ha prodotto un'immagine di *accessibilità* e *attitudine amichevole*. Tutti coloro che passano dalla sua porta lo salutano e lui ha l'opportunità di rispondere al saluto. Gli studenti si avvicinano perché questo genera in loro fiducia ecc. Si può dire che la porta aperta ha contribuito in modo benefico all'integrazione del professore. Se crediamo che una buona spiegazione di questo risultato benefico sia che il professore ha lasciato la porta aperta da quando è stato assunto dall'università, allora stiamo valutando qualcosa che non può essere offerto dalla spiegazione interna o intenzionale. Si può dire che la migliore spiegazione intenzionale è che il professore lascia la porta

4.2. Il significato dell'attribuzione di funzione

In che cosa consiste esattamente un'attribuzione di funzione? Un'idea abbastanza diffusa mette in relazione le funzioni con le cause. Così, affermare che *x* compie la funzione *Y* sarebbe logicamente equivalente a sostenere che *x* causa *Y*, o che *Y* è effetto di *x*³⁷. Secondo quest'approccio, la *funzione* è associata con ciò che l'organo *fa*. Per esempio la proposizione secondo la quale la funzione del cuore è far circolare il sangue è logicamente equivalente alla proposizione «il cuore fa circolare il sangue».

Le debolezze di questo modello sono evidenti. Chiamiamo *analizzandum* le proposizioni che si riferiscono alla funzione e *analizzanti* le proposizioni che si riferiscono alla trasformazione delle prime in un linguaggio causale. Il modello appena descritto permette che l'*analizzandum* sia falso e l'*analizzante* vero, o al contrario. Se qualche teorico concludesse che la funzione del cuore è far rumore per il fatto che è vero che il cuore fa rumore, avremmo un caso in cui l'*analizzandum* è falso e l'*analizzante* vero³⁸. Ciò dimostra che la corretta traduzione di una proposizione funzionale non può avvenire unicamente nei termini di ciò che l'organo *fa*.

Il cuore fa molte cose, ma non tutte sono sue funzioni. La differenza tra i valori di verità dell'*analizzandum* e dell'*analizzante* in questo modello permette che il primo sia vero, come quando si sostiene «La seguente è una lista completa delle funzioni del fegato: secernere bile... e regola la coagulazione del sangue», e l'*analizzante* falso, dato che il fegato *fa* più cose (come il cuore che fa rumore) di «secernere bile... e regolare la coagulazione del sangue».

Qualunque concezione della spiegazione funzionale, per essere plausibile, deve garantire che l'*analizzandum* e l'*analizzante* abbiano gli stessi valori di verità. Per migliorare il modello, dobbiamo domandarci che cosa manca nella modalità di spiegazione analizzata. La risposta sembra essere che non tutti gli effetti causati da un organo possono essere considerati la sua funzione, perché l'analisi funzionale ha a che vedere con il contributo di un organo (*x*) alle capacità di un organismo o sistema (*S*). Per identificare una funzione tra gli effetti causali dell'oggetto o dell'organo, suggerisce Cummins, si deve nutrire un interesse teorico per una delle capacità di *S*. Così risulta adeguato sostenere che il cuore ha la funzione di spingere il sangue nell'ambito di un'analisi della capacità del sistema circolatorio per trasportare alimenti, ossigeno, scarti ecc. In questo contesto affermare che la funzione del cuore è fare rumore è implausibile, perché non contribuisce in nessun modo alla capacità del sistema circolatorio che stiamo prendendo in considerazione³⁹.

aperta per far circolare l'aria, e insieme che una delle multiple funzioni della porta aperta è di migliorare i suoi rapporti sociali.

37. R. Gruner, 1966, 520.

38. J. Canfield, 1964, 289-90.

39. R. Cummins, 1975, 762.

Come si è sottolineato, questa tesi non risolve il problema. Poiché, anche se accettiamo questa restrizione, potrebbe sostenersi che il corpo umano, tra molte altre cose, ha la capacità di morire per diverse malattie, ciascuna delle quali può essere analizzata nel modo che suggerisce Cummins⁴⁰. La maggioranza delle persone, però, rifiuterebbe di sostenere che il cancro abbia una qualche funzione data dal suo contributo alla capacità generale del corpo a morire. Da ciò deriva che nutrire un interesse teorico per una delle capacità risulta insufficiente.

Un'altra maniera di risolvere questi problemi sulla sovrainclusione consiste nell'introdurre nell'analisi il beneficio che l'oggetto genera. Il rumore è qualcosa che il cuore produce, ma ciò non contribuisce con alcun beneficio all'organismo nel quale il cuore si trova. Questa intuizione secondo la quale la funzione è collegata ai contributi benefici si forma in realtà nelle spiegazioni biologiche che vincolano la presenza di certe caratteristiche presenti in un esemplare con la sua capacità di sussistenza o di riproduzione. La capacità di camuffarsi di alcuni animali contribuisce a incrementare le probabilità che l'esemplare sopravviva agli attacchi del suo predatore. Un membro della specie che mancasse della capacità di camuffarsi, per esempio per un difetto genetico, avrebbe meno probabilità di sopravvivere nel suo ambiente. Per questo possiamo affermare che il camuffamento svolge una funzione.

Se queste valutazioni sono corrette, allora un modello di spiegazione funzionale più preciso potrebbe essere il seguente: «La funzione di x in S è Y » significa che x fa Y ; e che Y è benefico per S , nel senso che se, *ceteris paribus*, Y non fosse realizzato in qualche S , allora la probabilità che si produca l'effetto benefico in quel S sarebbe minore che la probabilità che si produca in un altro S nel quale Y invece si realizza⁴¹. Con una spiegazione in concreto: «La funzione dei cromatofori (cellule pigmentarie) nei cefalopodi è camuffarli» significa che i cromatofori li camuffano; e che il camuffamento è benefico per i cefalopodi, nel senso che se, *ceteris paribus*, il camuffamento non fosse realizzato in nessun cefalopodo, allora la probabilità di sopravvivenza di quel cefalopodo sarebbe minore rispetto a quella di un altro cefalopodo nel quale il camuffamento si produce.

Una volta introdotta l'idea che la funzione suppone un contributo benefico per il sistema, possono apprezzarsi due cose. In primo luogo, rimane chiara la differenza tra la spiegazione causale e la spiegazione funzionale. La nozione di beneficio esplicita la ragione per la quale la verità della proposizione «Il cuore fa rumore» non implica la verità di «La funzione del cuore è far rumore». In secondo luogo, dobbiamo stare attenti al fatto che la possibilità di affermare che un qualche effetto è benefico per il sistema richiede di contare su qualche

40. Cfr. P. Griffiths, 1993, 411.

41. Ho modificato leggermente il modello di J. Canfield, 1964, 292.

teoria del sistema⁴². L'affermazione che alcune caratteristiche svolgono funzioni in un sistema implica il fatto di realizzare un giudizio valutativo alla luce della nostra teoria. Nel diritto questo può essere problematico, in quanto la valutazione, come si vedrà in seguito, potrebbe trasformarsi rapidamente in una selezione normativa di quali funzioni siano proprie dei nostri sistemi giuridici e quali no.

Il modello fin qui elaborato coglie abbastanza precisamente il significato degli enunciati che compongono una spiegazione funzionale. Tuttavia, anche se riesce a differenziare le proposizioni funzionali dalle proposizioni causali, l'elemento causale continua a rivestire una parte essenziale. Per esprimerlo con maggiore precisione, la verità delle proposizioni causali è condizione necessaria della verità delle proposizioni funzionali. Affermare che *x* svolge la funzione *Y*, continua a implicare che *x* fa *Y*. Certamente non implica solo questo. Affermare ciò (che *x* fa *Y*) non è sufficiente per avere una proposizione funzionale, si necessita inoltre che si renda esplicito in che modo il fatto che *x* faccia *Y* è benefico per il sistema in cui *x* è presente. Il problema adesso è che solo *x* può avere la funzione *Y* se può realizzare *Y*. Pertanto, il modello non copre quei casi in cui l'organo *x* ha la funzione *Y*, ma non può realizzarla. Per esempio, i pollici dei piedi di Senofonte svolgono la funzione di aiutarlo a mantenere l'equilibrio, anche se Senofonte non ha mai potuto camminare. Secondo questo modello, i pollici di Senofonte non possono avere nessuna funzione⁴³. Si potrebbe riflettere su questa critica nel modo seguente: Senofonte nacque senza potere camminare e i pollici dei suoi piedi non possono svolgere alcuna funzione in questo contesto. Se però Senofonte fosse nato senza i pollici nei piedi, *ceteris paribus*, avrebbe avuto di partenza meno probabilità di mantenere l'equilibrio. Il modello, quindi, può dare conto del fatto che i pollici di Senofonte hanno una funzione, anche se non la svolgono di fatto. Il controesempio di Senofonte si basa su un caso in cui la clausola *ceteris paribus* non si rispetta.

Nonostante tutto, la critica richiama l'attenzione su qualcosa di interessante che il modello potrebbe incorporare: l'idea di funzione come disposizione; *x* ha la funzione *Y*, se, e solo se, *x* ha la disposizione di fare *Y*, e *Y* è benefico per *S*. La nozione di disposizione è importante per tenere conto di tutti i casi in cui il camuffamento, per esempio, è inefficace, o casi come quello del sistema immunologico. Sembra corretto affermare che la funzione del sistema immunologico è proteggere il corpo contro le infezioni. Nonostante ciò, il processo conosciuto come autoimmunità, nel quale il sistema immunologico attacca il proprio corpo, porrebbe in scacco l'idea secondo la quale il sistema immunologico ha la funzione di proteggere il corpo, intendendo dire con ciò che effettivamente lo protegge. Quindi, se invece di affermare che effettivamente lo

42. J. Schwartz, 1993, 279.

43. M. Risjord, 1999, 306-7.

protegge diciamo che *ha la disposizione* a proteggerlo, l'attribuzione di funzione si manterrà vera, nonostante i controesempi. Evidentemente, quanti controesempi possano verificarsi prima che l'attribuzione di funzione cominci a essere dubbia è una questione ampia. Ancora una volta, così come l'introduzione della nozione di beneficio richiama l'attenzione sulla possibile valutazione nel selezionare una causa come funzione, alcuni autori sostengono che l'introduzione della nozione di disposizione richiami la nostra attenzione sul carattere normativo della stessa idea di funzione: la funzione di *x* non è qualcosa che *x* fa, ma qualcosa che *x* *deve* fare. Il sistema immunologico *deve* proteggere contro le infezioni, i pollici dei piedi *devono* contribuire a mantenere l'equilibrio⁴⁴.

A parer mio, dire che la funzione ha un carattere normativo è indice di confusione. Il sistema immunologico «deve proteggere contro le infezioni» solo se si deve produrre il beneficio che i sistemi immunologici in generale producono. In altre parole, affermare che il sistema immunologico deve proteggere contro le infezioni è un altro modo di dire che la funzione dei sistemi immunologici è proteggere contro le infezioni, e quest'ultima affermazione è riducibile a un'analisi di come le loro caratteristiche strutturali fanno sì che certi tratti, oggetti o processi producano in generale determinati benefici per gli organismi o per i sistemi di cui fanno parte. Non c'è nulla di normativo in tale affermazione, anche se rimane da spiegare perché assumere che qualcosa è benefico non implica un apprezzamento, ma solo una valutazione puramente epistemica.

Come si vedrà nel prossimo paragrafo, se formulato in termini disposizionali, il modello di spiegazione funzionale risulta di grande utilità per la teoria del diritto.

4.3. La spiegazione funzionale nel diritto

Nell'ambito giuridico, a volte in modo inavvertito, si offrono spiegazioni funzionali dei caratteri centrali degli ordinamenti moderni. Questo è il caso, ho suggerito in un'altra occasione⁴⁵, delle teorie di Hart e Shapiro. Altre volte, il richiamo alle funzioni è esplicito, specialmente negli studi di analisi economica del diritto. Posner, per esempio, include nella sua tesi sull'efficienza del *common law* la clausola «come se», nel dire che le regole e le decisioni giudiziali del *common law* possono essere interpretate meglio quando si analizza il lavoro dei giudici *come se* stessero cercando di realizzare un'assegnazione efficiente delle risorse⁴⁶. La sua spiegazione fa riferimento a un qualche tipo di

44. Ivi, 307.

45. Cfr. D. M. Papayannis, 2013b.

46. R. Posner (1992), trad. sp. 1998, 29.

meccanismo sociale che è indipendente dal fatto che i giudici coscientemente mirino alla massimizzazione della ricchezza. In un altro lavoro, egli manifesta il suo rifiuto per le spiegazioni concettuali. Sostiene che la teoria tradizionale è viziata *ab origine* in quanto si avvale di classificazioni come la distinzione tra diritto civile e diritto penale o, all'interno del diritto civile, tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, distinzioni alla cui base giace un pensiero essenzialista che si preoccupa inutilmente di definire la parola «diritto». Lo stesso bisogna dire circa l'associazione del diritto penale con la dissuasione e del diritto al risarcimento con la compensazione. Invece di pensare al diritto o al diritto civile come concetti, li si deve concepire come strumenti. Nei termini della loro *funzione*, il diritto civile e il diritto penale pongono un *prezzo* alle condotte per scoraggiarle o almeno controllarle⁴⁷. Per tale visione è irrilevante che il concetto di diritto al risarcimento abbia un contenuto e alcune implicazioni diverse del concetto di diritto penale; allo stesso modo, tassare un certo tipo di condotta può produrre lo stesso effetto che una regola di responsabilità oggettiva, in quanto entrambe ridurranno il livello di attività. Il contenuto di questi concetti non riduce in alcun modo la possibilità di articolare spiegazioni funzionali di queste istituzioni. Ma non si tratterà di spiegazioni dal punto di vista interno, bensì soltanto esterne. Credo che Posner sbagli rifiutando le spiegazioni concettuali, ma sarebbe anche un errore rifiutare le spiegazioni funzionali solo per il fatto di essere esterne. Alla fine di questo paragrafo spero si possa riconoscere come entrambi i tipi di spiegazione possono sussistere pacificamente in qualunque oggetto di studio, in quanto cercano di dare conto di diversi aspetti della realtà sociale.

4.3.1. Il diritto come istituzione

Sin dalla pubblicazione di *The Concept of Law* una parte importante della filosofia del diritto ha fatto propria la tesi che non dar conto del punto di vista interno è un difetto teorico importante. Ciononostante, come ho appena suggerito, il punto di vista interno è solo un aspetto del diritto come fenomeno sociale. Nelle loro versioni estreme, sia la filosofia dell'analisi concettuale sia la scuola empirista diventano posizioni implausibili quando negano l'utilità di studi differenti rispetto a quelli che propongono. Credo ci siano buone ragioni teoriche per incorporare entrambi i tipi di spiegazione nello studio del diritto. Difatti Hart stesso presenta una spiegazione mista in *The Concept of Law*.

Come è ben noto, Hart realizza un esercizio di analisi concettuale e conclude che il diritto è l'unione di norme primarie e secondarie. Le norme primarie regolano la condotta, mentre le norme secondarie sono norme circa altre norme. I sistemi giuridici contemporanei si caratterizzano, e si distinguono da

47. R. Posner, 1996, 54.

altri fenomeni normativi, per il fatto che contengono un sottoinsieme di norme primarie e un altro sottoinsieme di norme secondarie. Le norme secondarie a loro volta sono la norma di riconoscimento, le norme di mutamento e le norme di giudizio. Queste specificano con carattere autoritativo come, rispettivamente, si identificano le norme primarie, come si modificano e come si determina se sono state violate. La congiunzione di entrambi i tipi di norme di un sistema giuridico dà forma alla dimensione istituzionale del diritto⁴⁸.

Introducendo queste nozioni, quindi, Hart fa riferimento a un mondo pregiuridico nel quale le comunità sono governate soltanto da norme primarie. Egli osserva che quei sistemi soffrirebbero una serie di *difetti*. Spesso ci sarebbero difficoltà a sapere se una norma è parte degli standard della comunità e anche a conoscere il campo di applicazione preciso di quelle norme. Questo difetto è risolto dalla *norma di riconoscimento*. Allo stesso tempo un ordinamento formato soltanto da norme primarie dovrà affrontare i problemi derivanti dal suo carattere statico. L'unico modo di introdurre modifiche e adattare l'insieme di norme alle nuove circostanze sarà il lento processo di formazione consuetudinaria nel quale le consuetudini si vanno trasformando in norme. Le *norme di mutamento* risolvono questo problema. Infine, il terzo difetto della semplice regolazione tramite norme primarie è l'inefficienza della pressione sociale diffusa per esigere il rispetto delle norme. Le dispute circa la violazione di una norma primaria saranno frequenti e interminabili. Questa inefficienza è risolta tramite le *norme di giudizio*⁴⁹.

Questa spiegazione dei tre tipi di norme è puramente funzionale. Ciascuna di queste norme è una caratteristica degli ordinamenti moderni che può essere spiegata a partire dalle funzioni che svolgono. Così, d'accordo con il modello di spiegazione funzionale che ho presentato, l'enunciato «la funzione della norma di riconoscimento nelle comunità contemporanee regolate attraverso il diritto è eliminare l'incertezza su quali norme primarie appartengono al sistema» *significa* che la norma di riconoscimento ha la disposizione a eliminare l'incertezza su quali norme primarie appartengono al sistema; e che quest'ultimo effetto è benefico per la comunità che sostiene quel sistema, nel senso che se, *ceteris paribus*, l'incertezza non fosse eliminata in una comunità, allora la probabilità che si produca l'effetto benefico in quella comunità sarebbe minore rispetto alla probabilità che tale effetto si producesse se l'incertezza fosse eliminata.

È importante notare che la norma di riconoscimento ha solo la disposizione a eliminare l'incertezza, ma per diverse ragioni questo effetto benefico potrebbe non prodursi. Potremmo contare su una norma di riconoscimento difettosa, nel senso che il suo contenuto non specifica i criteri di validità in modo preciso o non risolve i conflitti tra le diverse fonti. In questi casi ci sarà un grado di incertezza ampio, nonostante la comunità conti su una norma di

48. H. L. A. Hart, 1994, 81, 91-7.

49. Ivi, 91-7.

riconoscimento. D'altra parte, così come il cuore ha la disposizione a far circolare il sangue, ma ciò non si avviene in un individuo che ha le arterie completamente ostruite, allo stesso modo una norma di riconoscimento precisa, in un sistema politico instabile, per esempio, sempre al limite della rivoluzione, non garantirebbe certezza. Similmente, un'attitudine legislativa irresponsabile, come un abuso nella creazione e nella derogazione di norme, potrebbe altresì generare incertezza nonostante la capacità dell'esperto giurista di identificare l'origine della norma dopo uno studio puntiglioso. Con le norme del diritto tributario in alcuni paesi avviene qualcosa di simile. Conoscere il diritto tributario richiede un certo livello di esperienza giuridica e un impegno a tempo pieno per seguire i passi del legislatore e degli organi regolatori. In questi sistemi, neppure la norma di riconoscimento eliminerà l'incertezza, anche se tutto ciò è perfettamente compatibile con l'affermare che questa è la sua funzione.

Come si può notare, lo stesso tipo di enunciato funzionale è applicabile alle norme di mutamento e alle norme di giudizio. La spiegazione è genuinamente funzionale, e non concettuale, dato che le norme secondarie *producono questi effetti benefici ma non sono definite a partire da questi*. Una norma di riconoscimento è quella che specifica i criteri di validità, non quella che elimina l'incertezza sull'insieme di norme primarie. Una norma di mutamento è quella che stabilisce i procedimenti per introdurre modifiche, non quella che attribuisce ai sistemi un carattere dinamico. A sua volta, una norma di giudizio è quella che stabilisce come si giudicano le trasgressioni delle norme primarie, non quella che risolve le inefficienze del controllo sociale diffuso. Inoltre Hart non aveva bisogno di far riferimento alle funzioni per affermare che il diritto si caratterizza per il fatto di essere l'unione di norme primarie e secondarie. Che abbia preso questo cammino, ciononostante, suggerisce che vi trovava qualcosa di epistemicamente valido. In alcun modo questa parte della sua spiegazione, che è puramente esterna, completa la sua analisi concettuale del punto di vista interno.

Un altro caso degno di nota, e molto più recente, è quello di Scott Shapiro e del suo libro *Legality*. La tesi centrale di Shapiro è che il diritto sia una forma di pianificazione sociale. Le istituzioni giuridiche elaborano piani per la comunità sulla quale pretendono autorità. Per questa ragione, prescrivono ciò che gli individui possono fare o meno, cioè stabiliscono norme di comportamento per guidare la condotta dei cittadini e identificano coloro che hanno la facoltà di stabilire nuove norme o alterare quelle esistenti. Le norme giuridiche sono piani generali⁵⁰, o quasi-piani⁵¹, creati da coloro che sono autorizzati a elabora-

50. Shapiro definisce i piani come entità proposizionali astratte che richiedono, permettono o autorizzano gli agenti ad agire o meno in un certo modo in determinate circostanze. In questo senso i piani sono norme, ma non tutte le norme sono piani. Le norme morali, per esempio, esistono perché sono valide, non perché qualcuno le abbia adottate. Cfr. S. Shapiro, 2011, 127.

51. Per quasi-piani Shapiro intende le consuetudini. Le norme consuetudinarie non sono piani, ma svolgono le stesse funzioni. Cfr. *ivi*, 140.

re piani per la comunità e l'attività giudiziale non è altro che l'interpretazione e l'applicazione di tali piani. La pianificazione giuridica ha un obiettivo concreto: risolvere i problemi morali che risultano impossibili da risolvere, o che sarebbero risolti in maniera insoddisfacente, attraverso forme alternative di organizzazione sociale⁵².

Si noti che qualunque comunità di individui richiederà per vivere in società di risolvere una serie di problemi che Shapiro qualifica come morali, facendo un uso ampio della parola. Questi includono la regolazione della proprietà, degli accordi contrattuali, dei livelli esigibili di precauzione, i livelli adeguati di imposte, i limiti del potere pubblico, la legittimità della coercizione statale e tanti altri. Evidentemente, le società moderne sono incapaci di risolvere questi problemi in modo efficiente attraverso altre forme di pianificazione sociale o di coordinazione spontanea. Ciò accade perché questi problemi sono complessi, spesso hanno un carattere controverso o polemico e a volte richiedono soluzioni discrezionali. In ciò che si riferisce alla risoluzione dei problemi morali, questi scenari formano ciò che Shapiro chiama «circostanze della legalità»⁵³.

Non posso, qui, passare in rassegna in maniera completa questa teoria, mi limito a segnalare che, per chi fosse interessato a offrire una spiegazione della natura del diritto a partire dall'analisi concettuale, Shapiro dedica uno spazio considerevole alle funzioni del diritto. E «funzioni» non equivale a «propositi». Senza cercare di offrire una spiegazione funzionale, Shapiro usa enunciati che si adattano a questo modello esplicativo, che indicano i benefici di contare su un sistema giuridico anche se questi sono completamente opachi ai partecipanti. I piani (e il diritto è fatto di piani, secondo Shapiro) hanno un'infinità di *vantaggi comparativi* rispetto ad altri modi di governo sociale del comportamento. Infatti, le prime osservazioni dell'autore sulla pianificazione indicano che si tratta di un modo di superare tutti gli inconvenienti derivati dalla razionalità limitata e dai costi della deliberazione. Certo, dopo una riflessione adeguata gli individui potranno riconoscere che queste sono eccellenti ragioni per pianificare, ma, dato che la pianificazione è indipendente dal nostro riconoscimento di queste circostanze, la spiegazione può essere intesa come esterna. Questo si nota con ancora maggiore chiarezza nella sua analisi delle regole della proprietà, i contratti e la responsabilità extracontrattuale. Secondo Shapiro, tutte queste regole possono intendersi come piani generali che creano le condizioni affinché gli individui, perseguendo il loro interesse, portino l'insieme della società al risultato più efficiente⁵⁴. Evidentemente, questa interpretazione delle istituzioni del diritto privato sarebbe rifiutata dagli autori che cercano di studiarle dal punto di vista interno⁵⁵. Ciò indica che, anche nel caso

52. Ivi, 155, 194.

53. Ivi, 170.

54. Ivi, 134.

55. Cfr. J. Coleman, 1992, capp. 16, 18.

in cui Shapiro non lo abbia voluto, la sua teoria offre a tratti spiegazioni interne e a tratti esterne⁵⁶.

Certamente ci si potrebbe domandare, rispetto alla natura del diritto, se la distinzione tra spiegazioni interne ed esterne sia così precisa come la presento. In effetti, non ho offerto un argomento per mostrare che lo studio delle funzioni del diritto è irrilevante per la spiegazione della «natura» del fenomeno giuridico⁵⁷. Joseph Raz, per esempio, ha sostenuto precisamente il contrario: che lo studio delle funzioni del diritto è importante per sviscerare la natura del diritto. Secondo questo autore, dato che il concetto di sistema giuridico non deve essere arbitrario, gli enunciati sulle funzioni *necessarie* di questi sistemi sono di somma importanza⁵⁸. Per approfittare di questa idea, si potrebbe ammettere per vero che le norme secondarie, come ho affermato prima, non sono definite secondo la loro funzione, ma si potrebbe insistere tuttavia nel dire che la loro funzione deriva necessariamente dalla loro natura. Sembra plausibile assumere che se è vero, per esempio, che la norma di riconoscimento specifica i criteri di validità giuridica, allora è necessariamente vero che «ha la disposizione a eliminare l'incertezza su che norme primarie appartengono al sistema»; in questa maniera, se una pratica sociale non avesse questa disposizione, difficilmente si potrebbe considerare articolata sulla base di una norma di riconoscimento. Un ragionamento analogo sarebbe applicabile alle norme di mutamento e di giudizio.

L'argomento, anche se interessante, mi sembra problematico. Evidentemente, le istituzioni sociali possono avere una molteplicità di funzioni. Il diritto penale può avere la funzione di controllo sociale, ma anche quella di trasmettere e alimentare certi valori morali; e può essere che assolve necessariamente a queste funzioni. Tuttavia, né il controllo sociale, né la trasmissione dei valori morali sono funzioni *distintive* del diritto. Altre pratiche informali possono svolgere le stesse funzioni nella stessa maniera o anche in modo più efficiente. Sembra quindi che, al fine di cogliere adeguatamente la natura del diritto penale, dobbiamo concentrarci in modo prioritario sulle sue funzioni essenziali o distintive e, eventualmente, passare poi a quelle necessarie ma non distintive. Pensiamo alla questione con un esempio impiegato da Shapiro e relativo al numero 3. La natura del numero 3 è data sia da ciò che definisce la sua identità, sia da ciò che questa implica necessariamente. Tra le diverse proprietà necessarie del numero 3, solo una combinazione di queste è essen-

56. Per un'analisi completa della teoria di Shapiro, cfr. D. M. Papayannis, 2013b.

57. Ho però offerto un argomento per cogliere che nella ricostruzione del punto di vista del partecipante la distinzione tra spiegazione concettuale e spiegazione funzionale è precisa. La ragione, come ho detto, è che se la funzione forma parte delle ragioni o delle motivazioni per cui gli individui mantengono la loro pratica, la spiegazione funzionale non aggiunge nulla di differente rispetto alla stessa spiegazione intenzionale. Cfr. *supra* par. 4.1 e nota 36.

58. J. Raz, 1979, 164.

ziale. Il numero 3 è un numero intero, dispari, primo, è un numero positivo e viene dopo il 2 e prima del 4, tra molte altre cose. Tutte queste sono proprietà necessarie nel senso che nessun oggetto può essere il numero 3 se manca di qualcuna di queste. Nonostante ciò, solo la combinazione di essere intero, seguire il 2 e precedere il 4 è essenziale⁵⁹. Quindi, nessuno che non colga le proprietà essenziali del numero 3 potrà affermare che ha sviscerato la sua natura. Se qualcuno sostenesse di conoscere la natura del numero 3 e davanti alla domanda si limitasse a dire che è un numero intero, positivo, dispari e primo, gli diremmo che ci sono infiniti numeri che riuniscono queste caratteristiche. Conoscere la natura dell'oggetto richiede, come minimo, conoscerne l'identità. In seguito, quante più proprietà necessarie, ma non distintive, possiamo conoscere, migliore sarà la nostra comprensione della sua natura.

Tornando adesso alle funzioni, sembra che l'indagine completa sulla natura del diritto debba procedere studiando le sue funzioni *essenziali* (o distintive) e alcune delle sue funzioni necessarie (non distintive)⁶⁰. Tuttavia l'esistenza di *funzioni essenziali* nel diritto farebbe sì che le componenti che stiamo analizzando costituiscano *classi funzionali*, dato che se così non fosse non potrebbero essere determinanti al fine di stabilire la sua identità e, in ultima analisi, la sua natura⁶¹. Di conseguenza, una norma di riconoscimento che non abbia almeno la disposizione a eliminare l'incertezza non sarebbe una norma di riconoscimento.

La mia impressione è che questo impegno filosofico sia troppo controverso. Prendiamo un artefatto qualsiasi, diciamo i coltelli. Sembra che tagliare sia la funzione essenziale dei coltelli. Per questa tesi, un oggetto che sia totalmente incapace di tagliare non si qualifica come coltello, non importa con quali intenzioni sia stato creato⁶². A favore di questa posizione, non si può negare che essa riprenda molte volte l'uso del nostro linguaggio: diciamo che Achille usò il coltello *come* cacciavite e questo presuppone che la funzione naturale o essenziale dei coltelli sia tagliare e non avvitare o svitare. Risulta però eccessivo dire che un coltello non più tagliente, e la cui lama non può essere affilata per l'eccessivo uso, non è più un coltello. Diremmo piuttosto che è un coltello

59. Cfr. S. Shapiro, 2011, 9. L'esempio mi sembra chiarificatore per ciò che Shapiro pretende argomentare, anche se la correttezza sostanziale della sua analisi dipende in ultima istanza da questioni complesse e controverse come la natura della matematica.

60. Alcune funzioni necessarie potrebbero essere irrilevanti al fine di determinare la natura di un oggetto. Supponiamo che la matematica, per la sua difficoltà, compia la funzione di limitare la quantità di ingegneri che abbiamo nel nostro gruppo sociale, con l'esito che ci sono diverse professioni. Prendere in considerazione questa funzione sicuramente sarà irrilevante per sviscerare la natura della matematica.

61. In un passo, Michael S. Moore ha definito le classi funzionali come quelle classi la cui identità è legata alla loro funzione. Cfr. M. S. Moore, 2000, 230.

62. Cfr. J. Raz, 1979, 225-6.

ormai deteriorato. E se nella fabbrica avessero commesso un errore nel produrre la lega e la sua lama fosse tanto fragile da potersi spezzare e disfare nel toccare la carne, allora non diremmo che non si è prodotto un coltello, ma che si è prodotto un coltello difettoso. Secondo la mia opinione, è molto probabile che lo stesso si possa dire della maggioranza degli oggetti ai quali si attribuisce una funzione essenziale o necessaria. L'immaginazione filosofica permette quasi sempre di trovare un controesempio nel quale un oggetto che non soddisfa la funzione e che non ha la disposizione a soddisfarla può in ogni modo intendersi come un oggetto che appartiene a una classe in quanto esempio difettoso di tale classe⁶³.

Bene, lo stesso argomento si applica alle norme secondarie. Sono queste il tipo di oggetto la cui natura dipende dalla loro funzione? Vediamo la seguente norma di mutamento: «Un progetto si converte in legge, quando è approvato dalla maggioranza semplice in entrambe le Camere del Congresso. Nessun progetto di legge può essere trattato da una delle Camere del Congresso se non è stato prima approvato dall'altra». Con una regola simile, affinché la Camera dei Deputati possa trattare un progetto di legge, questo dovrebbe essere stato approvato prima dal Senato, ma allo stesso tempo, affinché il Senato possa trattarlo, il progetto dovrebbe essere stato approvato prima dalla Camera. Ovviamente, il difetto di questa regola è che stabilisce condizioni di applicazione circolari, nel senso che la soddisfazione della prima dipende dalla soddisfazione della seconda, e viceversa. In questo contesto, la creazione e l'abrogazione di norme legislative sono impossibili. Una regola di mutamento sarebbe incapace di eliminare il carattere statico dei sistemi giuridici. Ma non diremmo che una regola che stabilisce i procedimenti per introdurre nuove norme ed eliminare le precedenti non è una regola di mutamento perché non soddisfa la sua funzione; piuttosto diremmo che è una regola di mutamento difettosa, ridicola, sconveniente o inutile.

Questo esempio potrebbe ancora generare alcuni dubbi (anche se a me non ne genera), in quanto l'incapacità di questa regola di eliminare il carattere statico è relativa alla sua stessa formulazione. Consideriamo allora un sistema precario, poco sofisticato, che includesse una norma di mutamento come la seguente: «Nessun progetto può convertirsi in legge se non è approvato per maggioranza semplice in entrambe le Camere del Congresso, e controfirmato dall'imperatore Kane». Supponiamo che un secondo prima che questa norma

63. Riconosco che esistono casi interessanti. Mi viene in mente, per esempio, che i disinfettanti potrebbero essere una classe funzionale. Nonostante ciò, la funzione è sempre graduale: esistono buoni disinfettanti, disinfettanti mediocri, disinfettanti cattivi e, credo, disinfettanti difettosi. La possibilità che ci siano elementi difettosi, che neppure hanno la disposizione di svolgere la funzione, sembra mettere in dubbio la stessa idea di classe funzionale. Nonostante ciò, ritengo che il dibattito continui a essere aperto.

costituzionale fosse approvata nello Stato di Xanadu, Kane morisse nel suo palazzo per un inaspettato infarto. Allo stato dei fatti, una volta che la Costituzione di Xanadu fosse approvata, questa regola non avrebbe neppure la disposizione di permettere la creazione e l'abrogazione di nuove regole, pertanto sarebbe incapace di eliminare il carattere statico del sistema giuridico. Se nessun oggetto incapace di svolgere la sua funzione essenziale può appartenere alla classe definita da tale funzione, allora la formulazione adesso richiamata non può essere considerata come una norma di mutamento.

Esempi ancora più semplici e familiari di regole di mutamento *difettose* sono quelle che aumentano in maniera irragionevole i costi di transazione. Dalla prospettiva delle classi funzionali, alcune di queste regole non possono essere considerate regole di mutamento, in quanto sono incapaci di permettere che la comunità si adatti con agilità alle nuove circostanze. Pensiamo a regole che stabiliscono procedimenti legislativi complicati o che richiedono per la creazione e l'abrogazione di leggi che *tutti* i membri del Congresso siano presenti alla votazione e che emettano un voto affermativo. Contro la tesi che sto analizzando, una regola che esige un *quorum* del 100% e l'unanimità dei voti è una regola di mutamento, con tutta sicurezza, nonostante non abbia neppure la disposizione a risolvere i problemi che i sistemi giuridici primitivi affrontano.

In questo senso, una norma di riconoscimento inclusiva, che incorpori la morale come condizione di validità, anche se fosse incapace di eliminare l'incertezza, diciamo, dato il carattere necessariamente controverso della morale, non cesserebbe di essere una norma di riconoscimento, ma piuttosto, in ogni caso, si tratterebbe di una regola difettosa. Lo stesso si dica per le norme di giudizio. Mi piacerebbe evidenziare che l'argomento mantiene la sua forza anche nel caso in cui si creda che esistano classi funzionali; le norme secondarie, che sono fondamentali per definire la natura del diritto nella concezione hartiana, non sarebbero un oggetto di questo tipo. E se non sono classi funzionali, allora non si capisce perché sviscerare la loro natura esigerebbe per forza l'indagine riguardo alle loro funzioni.

Un altro modo di sostenere questo argomento è segnalare che le funzioni non fanno parte della natura di questi oggetti, perché non sono necessarie, ma sono solo contingentemente presenti in alcuni di questi: sono certe norme di riconoscimento, certe norme di mutamento e norme di giudizio quelle che hanno le funzioni menzionate da Hart. Quali? Quelle che usualmente incorporano gli ordinamenti moderni vigenti. Solo le norme di mutamento che non stabiliscono procedimenti troppo complessi o le norme di riconoscimento che instaurano una struttura di autorità più o meno precisa sono solitamente capaci rispettivamente di eliminare il carattere statico del diritto e l'incertezza su quali norme primarie fanno parte del sistema giuridico. In questo senso, si può ritenere che Hart avesse ragione, anche se non per le ragioni che lui crede-

va, quando sostiene che il suo libro poteva intendersi anche come un saggio di «sociologia descrittiva»⁶⁴.

D'altra parte, non credo neppure, come suggerisce Leslie Green, che le funzioni possano imporre una restrizione a un'adeguata teoria del diritto. Green sostiene che un termine è funzionale «se una spiegazione completa del suo significato richiede di fare appello alla sua funzione»⁶⁵; anche se fare appello soltanto alla funzione potrebbe dare luogo a una definizione incompleta. Pensiamo a due termini come «penna stilografica» e «penna biro». Secondo l'autore, dire che sono strumenti per scrivere non offre una spiegazione completa del significato di queste parole, ma neppure sarebbe completa una definizione che escludesse il modo caratteristico in cui ciascun oggetto realizza la sua funzione. Così, la penna stilografica deve possedere inchiostro liquido e una punta, e questa caratteristica morfologica spiega che cosa sia una penna stilografica e in che cosa si differenzia da una penna a sfera: entrambi gli strumenti si differenziano non per la loro funzione, ma per il modo in cui sono capaci di realizzarla. Un altro esempio che forse serve a chiarire il punto è quello dell'antropologo marziano che, vedendo una sedia per la prima volta, è senza dubbio capace di descriverla, ma non comprendendo la sua funzione difficilmente potrà valutare che parti della sedia siano importanti o riconoscere i differenti tipi di sedia come sedie, se esse non condividono esattamente la loro struttura esterna⁶⁶.

Il problema di questi esempi è che le sedie, le penne biro e le penne stilografiche sono artefatti intenzionalmente elaborati dall'uomo con un fine specifico. Se non si tiene in considerazione questo proposito non è possibile comprendere la natura dell'oggetto. Adesso però la tesi è che gli strumenti creati dall'uomo, o, nel nostro caso, le istituzioni sociali come il diritto, non possono essere compresi senza fare appello ai propositi per i quali sono stati creati o che contribuiscono al loro mantenimento. Certamente sono d'accordo con questa tesi, in quanto così inquadrata la questione sembra solo suggerire che le spiegazioni interne richiedono di tenere in conto i propositi dei partecipanti. In altre parole, questi argomenti non mostrano che fare appello alle funzioni, come qualcosa di distinto dai propositi, sia necessario per una buona analisi concettuale del diritto o per sviscerarne la natura.

Nessuna delle teorie che ho passato in rassegna qui è puramente economica. Quella di Hart certamente non lo è, neppure nel caso in cui fosse possibile

64. H. L. A. Hart, 1994, v. La ragione per la quale Hart sostenne che la sua impresa potesse rientrare anche nella sociologia descrittiva è che l'osservazione del contesto sociale in cui sono usate le parole chiarisce molte distinzioni importanti tra tipi di relazioni e situazioni sociali. Tuttavia, è possibile capire che questo aspetto del suo studio è sociologico nella misura in cui si sofferma sulle funzioni che alcuni ordinamenti svolgono a causa delle loro condizioni sociali e culturali particolari. Sulla differenza tra filosofia e sociologia del diritto, cfr. J. Raz, 1979, 104.

65. L. Green, 1998, 121.

66. Cfr. K. Ehrenberg, 2009, 101.

cercare di mostrare come i benefici che producono le regole secondarie in realtà possono tradursi in termini di efficienza. La teoria di Shapiro fa appello occasionalmente all'efficienza, ma la sua spiegazione generale del diritto non risponde a modelli economici. In generale non si offrono spiegazioni funzionali economiche del diritto come istituzione. I sostenitori dell'analisi economica sono interessati alle particolarità di ciascun sistema e a ipotesi che possono sottoporre a test empirico. Un'analisi funzionale dei caratteri necessari del diritto, come quella che realizza Hart, ha un interesse limitato da questo punto di vista. Nella prossima sezione, mostrerò come l'analisi economica può offrire una spiegazione funzionale di alcune caratteristiche contingenti dei sistemi giuridici e di certe branche del diritto positivo.

4.3.2. Il contenuto del diritto

Un ambito nel quale il dibattito teorico sostantivo è stato energico, ma quello metodologico quasi inesistente, è la responsabilità extracontrattuale. Dagli inizi degli anni Settanta il dibattito vede contrapporsi coloro che pensano che la migliore spiegazione della responsabilità extracontrattuale sia quella che fa appello al principio di giustizia correttiva e coloro che sostengono che essa sia uno strumento per minimizzare il costo degli incidenti. Chiaramente, nel dibattito si sono mischiate posizioni normative con posizioni descrittive e molte volte è difficile chiarire quali siano le tesi realmente incompatibili. Ciononostante, una volta identificate le tesi descrittive rilevanti, è possibile risolvere il dibattito attraverso una distinzione metodologica. I sostenitori della giustizia correttiva offrono un'analisi concettuale della pratica e i sostenitori dell'analisi economica offrono una spiegazione funzionale⁶⁷.

I modelli economici delle regole della colpa, della responsabilità oggettiva e quelle norme che si riferiscono al rapporto di causalità nella responsabilità extracontrattuale valutano in che misura queste regole offrano gli incentivi corretti agli agenti che provocano il danno e alle vittime affinché adottino le misure precauzionali migliori e regolino il loro livello di attività lecita che produce esternalità negative⁶⁸. Se si interpretassero questi modelli come un'analisi concettuale, questa si dimostrerebbe implausibile, in quanto l'unica categoria rilevante è l'efficienza o inefficienza del risultato in diversi contesti. Le nozioni di correttezza e scorrettezza dell'azione non sono incorporate nel modo in cui lo sono nel ragionamento giudiziale. Inoltre, il nesso di causalità probabilistico proprio dei giudizi di efficienza non si adatta al modello retrospettivo della responsabilità extracontrattuale⁶⁹. Come analisi concettuale,

67. Questo è l'argomento espresso in D. M. Papayannis, 2012.

68. I modelli più influenti sono S. Shavell, 1987, 2007; W. Landes, R. Posner, 1987.

69. Cfr. D. M. Papayannis, 2013a.

quindi, è deficitaria. Ma se si interpretano i modelli in chiave di spiegazione funzionale, si potrà affermare che le regole solite dei sistemi di responsabilità civile hanno la disposizione a ridurre i costi degli incidenti. Vediamo come.

Denominiamo B la responsabilità extracontrattuale, R la riduzione dei costi degli incidenti, S la comunità rilevante e W l'aumento della ricchezza. La proposizione funzionale potrebbe essere: «La funzione di B è R in S» che, con la regola di traduzione del modello che ho delineato prima, significa che B ha una disposizione a R; e se, *ceteris paribus*, R non avvenisse, allora la probabilità di W in S sarebbe minore che la probabilità di W in un S in cui R avviene. Si noti che l'aumento della ricchezza è una capacità del sistema generale e non esclusivamente della responsabilità extracontrattuale. La responsabilità extracontrattuale ha una disposizione a ridurre il costo degli incidenti e questo contribuisce a che il sistema, che include il resto delle branche del diritto, possa aumentare il livello di ricchezza della comunità.

Così come capita con qualunque ente che non riesce a soddisfare la sua funzione perfettamente, è possibile difendere una spiegazione funzionale della responsabilità extracontrattuale e insieme riconoscere che la disposizione alla massimizzazione della ricchezza può vedersi ostacolata per ragioni che nulla hanno a che vedere con le stesse regole della responsabilità. Posner, per esempio, riconosce che una regola qualsiasi, come il concorso di colpa, può essere la realizzazione di una politica di efficienza anche se non consegue il risultato, forse perché gli individui ai quali si dirige la regola non la conoscono, o perché, dati gli incentivi che ricevono dal sistema di assicurazione, non conformano la loro condotta alla norma, o perché i costi amministrativi determinano che la probabilità che i suoi destinatari debbano pagare un indennizzo è troppo bassa⁷⁰. Nessuna di queste circostanze rende invalida l'analisi funzionale offerta, dato che rimane certo, conforme ai modelli economici, il fatto che la responsabilità extracontrattuale ha la disposizione di mantenere a un livello ragionevole la quantità e la gravità degli incidenti. E, anche se mi occuperò di ciò in seguito, è difficile negare che questo costituisca un beneficio per qualunque comunità.

Rivediamo adesso un'analisi funzionale che è stata offerta esplicitamente come tale e che mira a spiegare il sistema di presa di decisioni giudiziali del *common law*. George Priest – seguendo il lavoro di Rubin⁷¹ – e Cooter e Kornhauser⁷² poco tempo dopo elaborarono un modello per spiegare l'efficienza del *common law* che, secondo me, ammette due letture differenti. Secondo la prima, si tratta semplicemente di un'analisi funzionale di questo tratto del *common law*. In base alla seconda, costituisce un succedaneo della teoria della

70. R. Posner, 1980, 776.

71. G. Priest, 1977; P. Rubin, 1977.

72. R. Cooter, L. Kornhauser, 1980.

selezione naturale in biologia. Il suo merito sarebbe quello di dotare l'analisi economica del diritto di un meccanismo analogo a quello che opera nelle spiegazioni funzionali nelle scienze naturali. Cominciamo con la prima versione.

La tesi di Priest è che la forma con la quale si prendono le decisioni nel *common law* facilita l'assegnazione efficiente delle risorse. Nello specifico segnala che il diritto processuale del *common law* genera una disposizione a che la maggioranza delle regole vigenti siano efficienti, anche quando i giudici abbiano una preferenza per regole inefficienti⁷³. Denomineremo *tesi della selezione efficiente* questa classe di modelli.

L'argomento assume che i costi di transazione sono positivi. Inoltre si assume che la decisione di risolvere un conflitto attraverso una causa o un accordo extragiudiziale dipende da:

1. l'attitudine delle parti al rischio;
2. i costi di citare in giudizio in relazione ai costi di raggiungere un accordo;
3. i guadagni/perdite delle parti risultanti da una determinata sentenza.

Si noti che, se tutto il resto si mantiene costante, le cause che si producono quando le norme che regolano il caso sono inefficienti implicano guadagni/perdite maggiori di quelli che si producono quando le norme sono efficienti. Un altro modo di cogliere lo stesso punto è riconoscere che le regole inefficienti impongono alle parti maggiori costi che le regole efficienti. Questa proposizione è vera per definizione, dato che una regola è inefficiente solo quando impone maggiori costi alle parti rispetto a un'altra. Conseguentemente, non dovrebbe sorprenderci la conclusione di Priest secondo cui è più probabile che si faccia causa su regole inefficienti piuttosto che su regole efficienti, così che le prime saranno oggetto di riesame con maggior frequenza⁷⁴. Ciò perché le parti hanno di più da guadagnare quando sfidano la regola inefficiente piuttosto che la regola efficiente.

Vediamo l'esempio offerto da Priest⁷⁵. Poniamo che i giudici decidano i casi con un qualche criterio non relazionato con l'efficienza del risultato, in modo che, rispetto ai loro effetti sull'assegnazione delle risorse, le decisioni giudiziali possano essere descritte come aleatorie. Essendo due i risultati possibili, la probabilità che la regola creata nella sentenza sia efficiente o inefficiente è di 0,5. Poniamo che 100 casi arrivino a giudizio in un primo momento (T1). Per la ragione testé espressa, le regole pronunciate per 50 di questi casi saranno efficienti e le altre 50 saranno inefficienti. Adesso supponiamo che in un secondo momento (T2) le nuove controversie coinvolgano una riconsiderazione di alcune delle norme create in T1. Diciamo che 30 delle regole inefficienti sono nuovamente *oggetto di causa*. Dati i presupposti del paragrafo precedente, una

73. G. Priest, 1977, 66.

74. Ivi, 67.

75. Ivi, 68-9.

proporzione minore delle regole efficienti sarà oggetto di causa in T2; supponiamo 20 delle 50 vigenti. Questi nuovi 50 casi, costituiti dalla revisione di 30 regole inefficienti e di 20 efficienti, saranno risolti dai giudici aleatoriamente, per quanto riguarda l'efficienza. Pertanto, 25 delle nuove regole saranno efficienti e 25 inefficienti. Quando queste nuove regole si aggiungono all'insieme di regole vigenti che non furono oggetto di causa otteniamo che la proporzione di regole efficienti è aumentata, mentre quella di regole inefficienti è diminuita. Adesso contiamo su 30 regole originariamente efficienti e non oggetto di causa (soltanto 20 delle efficienti furono oggetto di causa) più 25 regole efficienti create dai giudici in T2, e su 20 regole originariamente inefficienti e non oggetto di causa (dato che 30 delle 50 furono nuovamente oggetto di causa) più 25 regole inefficienti create dai giudici in T2. In questo modo, se anche nel momento T1 le regole del sistema includevano 50 regole efficienti e 50 inefficienti, nel momento T2 il sistema include 55 regole efficienti (30 non oggetto di causa e 25 incorporate in un secondo momento) e 45 inefficienti (20 non oggetto di causa e 25 create in un secondo momento). La ripetizione indefinita di questo processo genera una chiara tendenza all'efficienza generale del sistema. La situazione è schematicamente rappresentata nella figura 1.

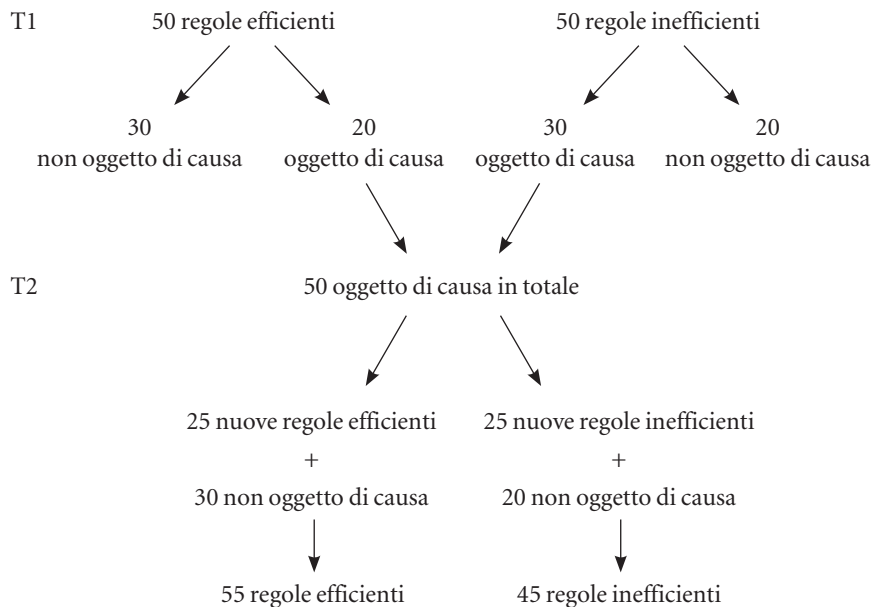
Il meccanismo di selezione di regole efficienti descritto da Priest si rivela immune anche alla resistenza dei giudici a pronunciare sentenze efficienti. Si potrebbe modificare l'esempio in modo che i giudici pronuncino sentenze inefficienti nel 90% dei casi, e il risultato sarebbe lo stesso. L'unica differenza sarebbe che il tasso di crescita delle regole efficienti sarebbe molto minore, cioè il sistema richiederebbe più tempo per espellere le regole inefficienti⁷⁶.

Esistono altri modelli, come quello di Cooter e Kornhauser, che spiegano la tesi della selezione efficiente attraverso il fatto che gli individui che sperano di ricevere maggiori benefici con la vigenza di regole efficienti investono una quantità più alta di denaro nella causa rispetto ai loro avversari, la cui aspettativa di guadagno naturalmente è minore. Il maggior investimento condurrebbe a che la regola che massimizza la ricchezza prevalga rispetto alle sue alternative meno efficienti⁷⁷. Entrambi i modelli hanno ricevuto critiche importanti. Quelle che considero più rilevanti sono quelle che indicano che, data la forza del principio dello *stare decisis*, i costi per modificare un precedente, anche se è inefficiente, sono maggiori di quelli per mantenerlo. Questo distorce gli incentivi a investire nella produzione di regole efficienti, per cui i principi della scelta razionale non condurrebbero necessariamente coloro che beneficiano di regole efficienti a destinare la quantità di risorse ottima per ottenere la modifica del sistema. D'altra parte, le regole giuridiche possono essere considerate beni pubblici, nel senso che, una volta realizzato l'investimento per cambiare la

76. Ivi, 69.

77. R. Cooter, L. Kornhauser, 1980, 147.

FIGURA 1



regola, non è possibile escludere altri da questo beneficio. Questo significa che la produzione di regole giuridiche produce esternalità positive e, dato che è impossibile evitare che altri traggano beneficio dalla nuova regola, tutti tenteranno di approfittare gratuitamente dell'investimento altrui. Di conseguenza, il livello di investimento sarà minore di quello ottimo. Queste due ragioni offrirebbero incentivi affinché gli individui, invece di investire nel mutamento del diritto, destinino le loro risorse principalmente alla prova dei fatti e a fornire un'argomentazione per vincere il caso con la regola inefficiente in vigore. Questa strategia garantisce una internalizzazione totale dei benefici dell'investimento e un risparmio dei costi addizionali associati al tentare di modificare una regola ben consolidata, ma non garantisce il miglioramento del sistema pronosticato dalla tesi della selezione efficiente⁷⁸. La ragione è che questa strategia, anche se è individualmente massimizzatrice, rimane collettivamente inefficiente.

Non è questo il luogo per cercare di migliorare il modello della selezione

78. Per una sintesi delle critiche più comuni a questi modelli cfr. A. Hirsch, 2005.

efficiente, ma intuisco che le critiche che gli si formulano, anche se è importante tenerle in considerazione, non sono concludenti. Tra le altre cose, si dovrebbe considerare la possibilità di spiegare lo stesso *stare decisis* come un principio che contribuisce all'efficienza. Allo stesso modo, i costi di cambiare un precedente non sono identici in tutti i momenti storici: quando la società in generale richiede un cambiamento, i costi legati alla modifica del precedente di solito diminuiscono. Infine, il fatto che l'investimento nel cambiamento delle regole sia subottimale non va contro la predizione che le regole saranno espulse dal sistema, piuttosto ci dice che questo investimento potrebbe influire solo sulla celerità del processo di depurazione.

Al di là delle critiche che questi modelli possono meritare, credo che i teorici dovrebbero continuare nel cammino da essi tracciato. La ragione più importante per approfondire questa linea di ricerca è che, come ho anticipato, questi modelli ammettono una seconda interpretazione secondo la quale i meccanismi di selezione efficiente di regole potrebbero occupare nelle spiegazioni funzionali fornite dall'analisi economica del diritto lo stesso posto che occupa la teoria della selezione naturale in biologia. Si pensi che allo stesso modo in cui si distingue tra il meccanismo in biologia – la teoria della selezione naturale – e l'analisi di un tratto in particolare come la presenza dei cromatofori nei cefalopodi, si potrebbe distinguere il meccanismo della selezione efficiente dall'analisi di un istituto come la responsabilità extracontrattuale. La prima spiegazione mira a giustificare come sia possibile che un *tratto utile* appaia, si estenda e si stabilisca in una specie; la seconda tenta di mostrare che funzione svolge il tratto nella specie nella quale è apparso.

La teoria della selezione naturale spiega quale sia il meccanismo per il quale i cromatofori, per esempio, sono un tratto diffuso tra i cefalopodi. La biologia marina spiega quale beneficio è prodotto dai cromatofori (permettono ai cefalopodi di camuffarsi e sfuggire ai predatori con un successo maggiore che se mancassero di questo tratto). Analogamente, la tesi della selezione efficiente è elaborata per esplicitare il meccanismo per il quale le regole efficienti formano parte del *common law*. Da parte loro le analisi che ho prima menzionato mirano a mostrare in che modo la responsabilità extracontrattuale che include una combinazione di regole di responsabilità oggettiva, colpa e causalità, tra le altre cose, offre gli incentivi corretti agli individui affinché la quantità e la gravità degli incidenti sia ragionevole. Detto in altro modo, la tesi dell'efficienza della responsabilità extracontrattuale non dipende dalla tesi della selezione efficiente, che punta soltanto a esplicitare il meccanismo per il quale le migliori regole, dal punto di vista dell'assegnazione delle risorse, a lungo andare proliferano. Se la responsabilità extracontrattuale è efficiente, il meccanismo spiegherà perché queste regole hanno prevalso rispetto ad altre meno efficienti: perché esse sono state sfidate in giudizio in misura minore rispetto alle regole alternative. La combinazione di successo di un'analisi funzionale con un meccanismo di sele-

zione supporrebbe un passo avanti importante dell'analisi economica rispetto al resto delle scienze sociali.

4.4. Valutazione nell'attribuzione di funzioni

Un'ultima riflessione che mi piacerebbe realizzare ha che vedere con una questione che ho lasciato aperta nella sezione precedente. Lì facevo allusione al fatto che l'elaborazione di una spiegazione funzionale richiede un qualche tipo di valutazione nel selezionare alcuni tra tutti gli effetti causali, o meglio, tra tutte le disposizioni a produrre effetti, per attribuire loro il titolo onorifico di *funzione*. Il cuore fa circolare il sangue e fa anche rumore, ma solo il primo fatto costituisce una delle sue funzioni. La ragione di ciò è che la circolazione del sangue è benefica per l'individuo portatore dell'organo, mentre la generazione del rumore è indifferente. In questo caso sembra facile notare che il primo tratto è benefico mentre il secondo non realizza alcun contributo rilevante. Se si analizza un caso più complesso si vedrà che il giudizio che qualcosa è benefico richiede di contare su una *teoria del sistema* di cui si tratta. Per esempio, la responsabilità extracontrattuale ha la disposizione a ridurre il costo degli incidenti, e questo è benefico per la comunità che adotta queste regole. Ma la responsabilità extracontrattuale ha anche una disposizione a indennizzare le vittime degli incidenti. Ciononostante, non è frequente che gli studi di analisi economica includano come obiettivo del sistema l'indennizzo. Neppure Calabresi, che si preoccupa dei costi secondari – quelli che si producono quando le perdite causate dagli incidenti ricadono su coloro che si trovano nelle condizioni peggiori per sopportarle –, considera che l'indennizzo è una delle funzioni della responsabilità civile⁷⁹. Perché? L'indennizzo non è benefico?

Secondo la visione ortodossa, l'indennizzo è un corollario della dissuasione. È necessario affinché gli agenti che danneggiano ricevano incentivi per adottare misure precauzionali ottime. Oltre a ciò, l'indennizzo è irrilevante. Ci si può accorgere che la decisione dei sostenitori dell'analisi economica di considerare la riduzione del costo degli incidenti una funzione, ma non così l'indennizzo, è valutativa. Tuttavia non credo che questa valutazione sia innocente. Non credo che si tratti di una semplice valutazione epistemica. Il diritto degli illeciti civili ha una disposizione, tra altre cose, a indennizzare le vittime, a dissuadere gli agenti che danneggiano, a ridurre il costo degli incidenti, a esprimere certi valori di giustizia e a definire diritti tra attori e convenuti. Anche così, l'unica funzione che i sostenitori dell'analisi economica del diritto sono soliti riconoscere si collega all'efficienza nel controllo delle attività dannose.

Ciò mostra che l'analisi funzionale può servire per mascherare dottrine e

79. Cfr. G. Calabresi, 1970, 27.

ideologie, invece di offrire una buona spiegazione dei fenomeni sociali. Potrebbe anche mostrare che spesso è questa esattamente la sua funzione. Ma nulla di ciò, ovviamente, rende invalide le spiegazioni funzionali. Per mantenere la loro validità, l'unico requisito che richiedono è che l'attribuzione di funzione sia valutativa e non normativa, cioè che possa realizzarsi in modo neutrale senza che queste spiegazioni siano un mezzo per realizzare valori morali⁸⁰. Così come nelle scienze naturali si assume che la sopravvivenza è dotata di valore per le specie e per ciascun esemplare in particolare, nelle scienze sociali la spiegazione funzionale potrebbe sostenere che tutto ciò che contribuisce alla sopravvivenza della comunità è benefico. Non c'è ragione per accettare che, mentre la spiegazione delle macchie dei leopardi in base ai benefici che il camuffamento comporta è perfettamente ammissibile, non lo è la spiegazione della responsabilità extracontrattuale sulla base della riduzione degli incidenti. Se un tipo di spiegazione risulta epistemicamente legittimo in quanto assume che il contributo alla preservazione della specie sia un beneficio prodotto dal tratto, allora si deve anche accettare la legittimità epistemica delle spiegazioni che prendono come benefico tutto ciò che contribuisce al benessere e alla sussistenza della comunità che si sta studiando.

Come osserva McLaughlin, uno degli impegni metafisici insiti nell'attribuire funzioni è che l'oggetto o la caratteristica alla quale si attribuisce la funzione fa parte di un tutto del quale si può predicare che mira a un bene, cioè è capace di beneficiare della funzione alla luce del perseguimento di questo bene. Quando si assume che i leopardi hanno di mira un bene e che le loro macchie contribuiscono a questo bene, stiamo dicendo che le macchie contribuiscono alla loro autoriproduzione (al fatto che il leopardo continui a vivere, permettendo che le sue cellule continuino a riprodursi). D'altra parte, negli studi sociali, che cosa significa che le comunità di individui hanno di mira un bene? E questo bene è riducibile al benessere di ciascuno dei suoi membri? McLaughlin rifiuta quest'ultima tesi. Nella sua concezione, il bene di una comunità o di una società, al quale le sue istituzioni o pratiche possono contribuire, si basa anche sulla sua abilità di autoriprodursi⁸¹. In teoria, questa posizione sembra incompatibile con l'individualismo metodologico, ma non credo che lo sia. In ultima istanza, la sopravvivenza è spiegata dalle azioni degli individui che compongono la comunità, il cui insieme si va rinnovando parzialmente durante il tempo. In breve, che una comunità sopravviva significa che i suoi individui e le loro relazioni affettive, culturali o identitarie si riproducono.

Certamente, coloro che rifiutano questo impegno metafisico potranno sempre non tenere conto del beneficio e relativizzare la funzione all'interesse del teorico, così come suggerisce Cummins. In questo caso il teorico si concen-

80. Per un argomento dettagliato in questo senso cfr. K. Ehrenberg, 2009, par. 2, specialmente 108.

81. Cfr. P. McLaughlin, 2001, 191-204.

trerà sulla valutazione della misura in cui un'istituzione o una pratica sono in grado di contribuire a una determinata capacità del sistema sociale. Per esempio, la responsabilità extracontrattuale è il tipo di istituzione capace di controllare il costo degli incidenti? È un buono strumento per questo, è effettivo? È efficace? E, in qualunque caso, come riesce a farlo? Questa alternativa è disponibile, ma ci si deve ricordare che a prescindere dalla nozione di beneficio l'analisi risulta applicabile a fenomeni come le malattie, delle quali mai affermeremmo che abbiano una funzione.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nelle pagine precedenti ho sostenuto che i modelli economici possono contribuire in modo contingente a determinare il significato delle formulazioni normative. Per un positivista tutto dipende dal fatto che la pratica incorpori la pretesa che certi termini abbiano un contenuto economico. Per un giusnaturalista o un interpretativista, invece, l'economia entra nel diritto quando prende parte alla sua giustificazione nel modo adeguato. Qualunque sia la posizione corretta in questo caso, è sperabile che il lavoro interpretativo del giurista sia guidato da un'adesione alla teoria economica.

Ho sostenuto, inoltre, che nell'analisi concettuale del diritto come istituzione, cioè nel tentare di chiarire quali sono le proprietà centrali e distintive del diritto, i modelli economici hanno poco da dire. Uno studio del punto di vista interno rivela che molte delle caratteristiche preminenti delle pratiche giuridiche, come modalità di regolazione normativa, non possono rientrare nello schema concettuale dei sistemi di prezzi. Nei sistemi di prezzi né le idee del dovere o della responsabilità hanno spazio, né sono giustificate le attitudini di critica, di rimprovero o di indignazione per mancanza di reazione di fronte agli incentivi che i prezzi offrono.

Nonostante ciò, ho suggerito che i modelli economici possono trovare spazio nella spiegazione concettuale del contenuto del diritto. Le ricerche dirette a identificare i principi che soggiacciono a una branca del diritto positivo possono concludere che l'efficienza è il principio ordinatore, quello che permette di connettere i diversi elementi distintivi della pratica con maggiore coerenza. Quando questo avviene, la teoria economica realizzerà un ruolo fondamentale. Il contenuto dei concetti centrali che si impiegano nel ragionamento pratico dei partecipanti e nelle loro relazioni interne potrà essere compreso solo facendo appello a modelli economici. Come esempio paradigmatico ho fatto menzione della tutela della concorrenza. Questa pratica è difficile da interpretare senza assumere che i partecipanti hanno il fine di cercare di ottenere l'efficienza.

Infine ho argomentato che le spiegazioni funzionali trovano spazio nel diritto con più frequenza di quanto si pensi. Ho cercato di mostrare che Hart, uno degli esponenti dell'analisi concettuale più influenti del xx secolo, offre

una teoria mista che combina l'attenzione al punto di vista interno con spiegazioni funzionali per offrire una visione più generale del fenomeno giuridico. Più recentemente, nella sua concezione del diritto come piano sociale, Shapiro adotta la metodologia dell'analisi concettuale per illustrare la natura del diritto, ma allo stesso tempo finisce presentando spiegazioni funzionali di molti degli aspetti che egli considera più interessanti delle pratiche giuridiche. Dal lato degli economisti – pragmatici per natura – sembra esserci poco interesse verso gli studi generali sulle proprietà necessarie o distintive del diritto. A loro volta, gli economisti sono più dediti allo studio del contenuto del diritto, dei caratteri propri di alcune pratiche concrete. Per questo, anche se non ci sono studi funzionali al livello di generalità in cui si muovono le teorie di Hart e Shapiro, ci sono infinità di lavori su diversi aspetti delle diverse branche del diritto. Praticamente tutti gli ambiti sono stati affrontati dall'analisi economica.

In conclusione, l'argomento sviluppato in precedenza aspira in parte a favorire una comprensione mista del diritto, che incorpori l'analisi concettuale del punto di vista interno e le spiegazioni funzionali esterne. Dopo queste precisazioni metodologiche spero di avere chiarito che quelle che molte volte si presentano come posizioni opposte in realtà non costituiscono teorie rivali. Due proposizioni come «Il diritto degli illeciti civili è l'implementazione della giustizia correttiva» e «La funzione del diritto degli illeciti civili è ridurre il costo degli incidenti» sono perfettamente compatibili. Inoltre, le teorie che soggiacciono a entrambe risultano profondamente informative o illuminanti. Lo stesso si può dire di due proposizioni come «La regola di riconoscimento specifica i criteri di validità del sistema giuridico» e «La funzione del riconoscimento è eliminare l'incertezza sull'insieme delle regole primarie». Per questo è difficile capire come possano esistere tanti dibattiti tra rappresentanti delle due correnti. Forse c'è il timore che le spiegazioni miste possano cadere nel sincretismo metodologico che denunciava Kelsen⁸², ma non credo che questo sia il caso, in quanto le spiegazioni funzionali e quelle concettuali descrivono uno stesso fenomeno di studio da diverse prospettive. Una volta compreso questo, molti dei dibattiti contemporanei, specialmente nell'ambito della filosofia del diritto privato, possono essere meglio inquadrati.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BOBBIO Norberto, 1990, *Contribución a la teoría del derecho*. Debate, Madrid.
 BROWN Robert, 1963, *Explanation in Social Science*. Aldine, Chicago, Illinois.
 CALABRESI Guido, 1970, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, New Haven, Connecticut-London.

82. H. Kelsen (1960), trad. sp. 1979, 15.

- CANFIELD John, 1964, «Teleological Explanation in Biology». *The British Journal for the Philosophy of Science*, 14 (56): 285-95.
- CHIASSONI Pierluigi, 2013, «Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings About Legal Positivism». In *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, edited by Damiano Canale, Giovanni Tuzet, 153-68. Springer, Dordrecht.
- COLEMAN Jules, 1992, *Risks and Wrongs*. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 2011, «The Architecture of Jurisprudence». *Yale Law Journal*, 121 (1): 2-80 (trad. sp. «La arquitectura de la filosofía del derecho». In *Neutralidad y teoría del derecho*, editado por Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, y Diego M. Papayannis, 93-176. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2012).
- COLOMA Germán, 2003, *Defensa de la Competencia*. Ciudad Argentina, Buenos Aires.
- COOTER Robert, KORNHAUSER Lewis, 1980, «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?». *Journal of Legal Studies*, 9 (1): 139-63.
- COOTER Robert, ULEN Thomas, 2011, *Law and Economics*, VI edition. Prentice Hall, Boston, Massachusetts.
- CUMMINS Robert, 1975, «Functional Analysis». *The Journal of Philosophy*, LXXII (20): 741-65.
- DURKHEIM Emile, 1895, *Les règles de la méthode sociologique*. Alcan, Paris (trad. sp. *Las reglas del método sociológico*, Fondo de Cultura Económica, México 1986).
- DWORKIN Ronald, 1986, *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- ID., 2006, *Justice in Robes*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- EHRENBERG Kenneth, 2009, «Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law». *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (1): 91-113.
- ELSTER Jon, 1984, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, revised ed. Cambridge University Press, Cambridge.
- GREEN Leslie, 1998, «The Functions of Law». *Cogito*, 12 (2): 117-24.
- GRIFFITHS Paul, 1993, «Functional Analysis and Proper Functions». *British Journal for the Philosophy of Science*, 44: 409-22.
- GRUNER Rolf, 1966, «Teleological and Functional Explanations». *Mind*, 75 (300): 516-26.
- GUASTINI Riccardo, 1996, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Giappichelli, Torino (trad. sp. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa, Barcelona 1999).
- HART Herbert L. A., 1994, *The Concept of Law*, II ed. Oxford University Press, Oxford.
- HEMPEL Carl, 1965, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*. The Free Press, New York (trad. sp. *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, Paidós, Barcelona 1979).
- HIRSCH Adam, 2005, «Evolutionary Theories of Common Law Efficiency: Reasons for (Cognitive) Skepticism». *Florida State University Law Review*, 32: 425-41.
- JACKSON Frank, 1998, *From Metaphysics to Ethics. A Defence of Conceptual Analysis*. Clarendon, Oxford.
- JOLLS Christine, SUNSTEIN Cass R., THALER Richard, 1998, «A Behavioral Approach to Law and Economics». *Stanford Law Review*, 50: 1471-550.

- KELSEN Hans, 1960, *Reine Rechtslehre*. Franz Deuticke, Wien, II Aufl., vollständig neu bearbeitete, und erweiterte Auflage (trad. sp. *Teoría pura del derecho*, Universidad Autónoma de México, México 1979).
- LANDES William, POSNER Richard, 1987, *The Economic Structure of Tort Law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- MCLAUGHLIN Peter, 2001, *What Functions Explain. Functional Explanation and Self-Reproducing Systems*. Cambridge University Press, Cambridge.
- MILLIKAN Ruth, 1984, *Language, Thought, and Other Biological Categories. New Foundations for Realism*. The Mit Press, Cambridge, Massachusetts.
- MOORE Michael S., 2000, *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*. Oxford University Press, Oxford.
- NAGEL Ernest, 1961, *The Structure of Science*. Harcourt, Brace & World, New York (trad. sp. *La estructura de la ciencia*, Paidós, Barcelona 2006).
- OGUS Anthony, 2006, *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*. Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon.
- PAPAYANNIS Diego M., 2009, *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- ID., 2012, «Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología». *Isonomía*, 37: 61-97.
- ID., 2013a, «Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad». In ID., *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires (in corso di stampa).
- ID., 2013b, «Legality: Between Purposes and Functions». In *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, a cura di Damiano Canale, Giovanni Tuzet, 89-128. Springer, Dordrecht.
- PETTIT Philip, 1996, «Functional Explanation and Virtual Selection». *The British Journal for the Philosophy of Science*, 47 (2): 291-302.
- POSNER Richard, 1980, «A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law». *Hofstra Law Review*, 9: 775-94.
- ID., 1992, *Economic Analysis of Law*. v ed. Aspen Law and Business, New York (trad. sp. *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1998).
- ID., 1996, *Law and Legal Theory in England and America*. Clarendon, Oxford.
- PRIEST George, 1977, «The Common Law process and the selection of efficient rules». *Journal of Legal Studies*, 6 (1): 65-82.
- RAMÍREZ LUDEÑA Lorena, 2012, *Diferencias y deferencia. Una aproximación a la interpretación jurídica desde las nuevas teorías de la referencia* (tesis doctoral). Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- RAZ Joseph, 1979, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Clarendon, Oxford.
- RISJORD Mark, 1999, «No Strings Attached: Functional and Intentional Action Explanations». *Philosophy of Science*, 66 (3). Supplement. *Proceedings of the 1998 Biennial Meetings of the Philosophy of Science Association*. Part 1: Contributed Papers: S299-S313.
- RUBIN Paul, 1977, «Why is Common Law Efficient?». *Journal of Legal Studies*, 6 (1): 51-63.

SPIEGAZIONE FUNZIONALE E ANALISI CONCETTUALE

- SCHWARTZ Justine, 1993, «Functional Explanation and Metaphysical Individualism». *Philosophy of Science*, 60 (2): 278-301.
- SHAPIRO Scott, 2006, «What is the Internal Point of View». *Fordham Law Review*, 75 (3): 1157-70.
- ID., 2011, *Legality*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- SHAVELL Steven, 1987, *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- ID., 2007, «Liability for Accidents». In *Handbook of Law and Economics*, edited by A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, vol. 1, 139-82. Elsevier, Amsterdam *et al.*
- WRIGHT Larry, 1973, «Functions». *The Philosophical Review*, 82 (2): 139-68.