

Giovanni Tuzet
Università Bocconi

DUE DOMANDE SIAMESI: NATURA E FUNZIONI DEL DIRITTO*

Organo e funzione sono termini inseparabili.
(Errico Malatesta)

La vera formula del pensiero è: “Il ciliegio è tutto ciò che fa”.
(Ernest Fenollosa)

1. I paradossi delle domande

Si dice che la cosa importante in filosofia è trovare buone domande da cui iniziare¹. Ma per sapere se una domanda è buona bisogna sapere se può trovare risposta. Una domanda che non può avere risposta non è certo una buona domanda, una domanda feconda. Dunque il paradosso è questo: dobbiamo iniziare con una buona domanda ma prima ancora dobbiamo sapere se ha una risposta.

Ci sono vari modi di risolvere il paradosso; uno di essi è dire che, per porci una buona domanda, oltre ad avere un interesse a riguardo dobbiamo sapere non già la risposta, ovviamente, ma se la risposta ci è *praticamente accessibile*, se cioè è un tipo di risposta che possiamo trovare date le nostre capacità e conoscenze². Non è comunque di questo paradosso che voglio trattare: voglio indicarne un altro più insidioso per chi, nel fare filosofia, adotti uno stile analitico.

Si dice che il perseguimento della chiarezza viene ottenuto, fra le altre cose, formulando questioni precise e non ambigue. Prendiamo ad esempio le interminabili dispute sulla nozione di positivismo giuridico³. Ciò che spesso le affligge è che non si distinguono a sufficienza le questioni sollevate, cioè se parlando di positivismo giuridico se ne voglia discutere in termini di metodologia, di teoria o di ideologia del diritto⁴. Chi persegue lo *stile analitico* deve invece distinguere le domande in questione:

1. Con che metodo studiare il diritto?
2. Che cos'è il diritto?
3. Si deve obbedire al diritto?

* Per i consigli e le osservazioni su precedenti versioni di questo lavoro desidero ringraziare Damiano Canale, Edoardo Fittipaldi, Fabrizio Fracchia, Enrico Maestri, Mariateresa Maggiolino, Eleonora Montani, Francesco Mucciarelli.

¹ Sul primato ermeneutico della domanda cfr. H.-G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. Vattimo, Bompiani, Milano, 1983, p. 418 ss. Cfr. C.S. Peirce, *Reasoning and the Logic of Things* (1898), ed. by K.L. Ketner, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1992, p. 258: il rapporto fra domanda e risposta è una forma del passaggio dal vago al definito, di cui i processi evolutivi sono una forma naturale.

² Si consideri anche il cd. paradosso di Fitch, o paradosso della conoscibilità, secondo cui, benché sia plausibile dire che ogni verità è conoscibile, non si può conoscere l'esistenza di verità sconosciute. Cfr. F. Fitch, *A Logical Analysis of Some Value Concepts*, in “The Journal of Symbolic Logic”, vol. 28, 1963, pp. 135-142; J. Salerno (ed.), *New Essays on the Knowability Paradox*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

³ Cfr. M. Barberis, *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in “Analisi e diritto 2006”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1-18.

⁴ Vedi N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, cap. V. Si noti peraltro che Bobbio non parla tanto di “metodologia” quanto di “modo di accostarsi allo studio del diritto”: “non si tratta, infatti, degli strumenti o delle tecniche impiegate nella ricerca, riguardo alle quali il positivismo giuridico non presenta alcuna caratteristica peculiare; ma piuttosto della delimitazione dell'oggetto della ricerca che rivela un certo orientamento verso lo studio di alcuni problemi piuttosto che di altri, e un certo atteggiamento nei confronti della funzione stessa della ricerca” (p. 104). Il “modo” positivista consiste nel dire che, distinti il diritto qual è e il diritto quale deve essere, la scienza giuridica deve occuparsi del primo e farlo con atteggiamento avalutativo.

Sono tre domande diverse e trovo difficile contestarlo. Fin qui tutto bene per l’analisi. Ma il problema è dietro l’angolo, se è vero che a volte, per trovare la risposta a una domanda, se ne devono porre altre. Allora il paradosso diventa questo: per ottenere delle risposte dobbiamo porre delle domande distinte, ma tenendole distinte non avremo le risposte che cerchiamo. Qualcosa del genere non accade sempre, per fortuna, ma come cercherò di dimostrare ci riguarda da vicino in quanto giuristi e dovremmo preoccuparcene più di quanto siamo soliti.

Quando ci troviamo in un simile paradosso? Poniamo che qualcuno dica questo: “La democrazia è più importante della filosofia” (è un esempio che riprendo da un noto saggio di Rorty)⁵. Che enunciato è? Esprime un’asserzione? Un auspicio? Una norma? Un giudizio di valore? A cosa serve? A quali conseguenze conduce? A che condizioni possiamo sottoscriverlo? Mi sembra evidente che la reazione più naturale davanti a chi lo proferisca sia quella di chiedere *perché* – perché la democrazia sia più importante della filosofia. E mi sembra che la reazione più filosofica sia quella di chiedere *in che senso* si usino i termini “democrazia” e “filosofia”, ovvero a quali concezioni della democrazia e della filosofia si stia pensando, ovvero a *che cosa* si faccia riferimento. Non si tratterebbe di domande oziose se si ricorda che assai diverse sono le concezioni della democrazia proposte e discusse nella storia antica e recente⁶, per non parlare delle diverse concezioni della filosofia. Possiamo dire che la democrazia è più importante della filosofia senza avere, anche implicitamente, risposto a queste domande? Credo proprio di no. Allora, semplificando, chi persegue lo stile analitico dovrebbe, se posto di fronte alla questione, distinguere (almeno) queste domande:

- 1) Che cos’è la democrazia?
- 2) Perché la democrazia?

Ora, per rispondere alla seconda domanda dobbiamo rispondere alla prima, giacché per identificare le (importanti) funzioni della democrazia dobbiamo sapere di cosa si tratta (o a quale sua forma ci riferiamo), altrimenti non potremmo selezionare le *sue* funzioni dalla moltitudine dei fenomeni e circostanze con cui abbiamo a che fare. Ma per rispondere alla prima dobbiamo rispondere alla seconda, giacché non sembra possibile sapere di cosa si tratta senza identificarne le funzioni. Dunque il paradosso è questo: per dire cos’è la democrazia dobbiamo sapere a cosa serve; ma per sapere a cosa serve dobbiamo sapere a cosa ci riferiamo. Le due domande si intrecciano ed è difficile se non impossibile rispondere all’una senza rispondere all’altra.

Potremmo chiamarle *domande-cosa* e *domande-perché*⁷. Nel seguito cercherò di dimostrare che la riflessione sul diritto non è immune da un simile problema, in quanto le domande-cosa che si pongono sul diritto si intrecciano ad altrettante domande-perché, in modo tale da non poter rispondere alle une senza rispondere alle altre. Ne seguiranno delle conclusioni metodologiche e delle considerazioni in merito alla distinzione fra discipline come la teoria generale del diritto e la sociologia giuridica, che andrebbero maggiormente integrate di quanto si usi fare oggi⁸.

⁵ R. Rorty, *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in Id., “Scritti filosofici”, vol. 1, a cura di A.G. Gargani, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 237-264.

⁶ Vedine, ad esempio, *almeno due* concezioni in P. Pettit, *Depoliticizing Democracy*, in “Ratio Juris”, vol. 17, 2004, pp. 52-65 e J.L. Martí, *La democrazia deliberativa e i diritti a garanzia della procedura*, in “Ragion pratica”, n. 30, 2008, pp. 131-149.

⁷ Sulla logica delle domande, cfr. D. Harrah, *The Logic of Questions*, in D. Gabbay, F. Guentner (eds.), “Handbook of Philosophical Logic”, vol. 2 (“Extensions of Classical Logic”), D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1984, pp. 715-764, nonché J. Hintikka, *The Semantics of Questions and the Question of Semantics*, in “Acta Philosophica Fennica”, vol. 28, n. 4, 1976.

⁸ Non tratterò invece delle *domande-come*, quelle che chiedono come funziona o si svolge una certa cosa. Spesso presuppongono una risposta a domande-cosa e in molti casi anche a domande-perché. Come funziona un’automobile? Che cos’è? A cosa serve? Se le domande-come riguardano la struttura di qualcosa sono una specificazione di domande-cosa. Ma vedi G.E.M. Anscombe, *Intention* (1957), Oxford, Blackwell, 1972, pp. 46-47, dove si nota che le domande-come possono riguardare una serie di mezzi impiegati per realizzare un fine (ciò che risponde a una domanda-perché).

2. Che cos'è il diritto?

L'ontologia del diritto è la branca filosofica incaricata di rispondere alle domande-cosa relative al diritto e alle entità giuridiche⁹. Infatti le domande-cosa richiedono in genere delle risposte ontologiche¹⁰. In che termini? Filosoficamente richiedono delle *definizioni*. Nei dialoghi platonici se ne possono trovare degli esempi classici quando si chiede cos'è la giustizia, o la virtù, o la filosofia. Qualcosa di analogo accade in ambito scientifico, quando si chiede cos'è un buco nero o cosa sarebbe il bosone di Higgs; e non solo nelle scienze naturali ma anche in quelle sociali, quando si chiede cos'è un mercato finanziario o una corte costituzionale. Senza entrare qui nella faccenda spinosa di cosa significhi definire – qual è la definizione di “definizione”? – mi sembra innegabile che una domanda-cosa richieda che si specifichino le entità (o i fenomeni, se vogliamo utilizzare il vocabolario di Heidegger, *Sein und Zeit*, § 7)¹¹ cui applicare correttamente un concetto. So cos'è una corte costituzionale quando so applicare correttamente questo concetto.

Intendo con ciò riabilitare le vecchie “definizioni reali”? No, nella misura in cui una definizione è sempre la definizione di un termine o di un concetto espresso da un termine. Sì, nella misura in cui definire un termine o concetto significa indicare a quali entità esso si applichi correttamente¹². Ad ogni modo, non si dimentichi che l'impresa del definire è fallibile e perfettibile come ogni altra attività umana e che pertanto, come insegna Socrate, le definizioni non devono prendersi per inattaccabili: in certo senso, fare filosofia non è altro che esaminare delle definizioni, trovarne le eventuali debolezze e gli eventuali vizi, e procedere alla formulazione di nuove definizioni per migliorare le precedenti o sostituirle se viziate.

La spiegazione degli eventi o fenomeni con cui abbiamo a che fare richiede (anche) questo lavoro definitorio e concettuale. Carl Hempel ha incluso fra i vari tipi di spiegazione la *spiegazione mediante concetto*¹³. Essa risponde a domande come “Cosa è successo?” o “Di cosa si tratta?”, quando gli eventi o le entità in questione vengono spiegati classificandoli sotto un concetto. Si pensi alle discussioni sull'Italia fra il 1943 e 1945 e sul modo di intendere correttamente quanto accaduto in quegli anni. Si è combattuta una guerra fra Stati? Una guerra di liberazione nazionale? Una guerra civile? Si pensi altresì alle recenti discussioni sulla globalizzazione. Si tratta di un fenomeno giuridico? O invece politico? O essenzialmente economico? Si tratta di spiegarlo tramite una classificazione concettuale. Ma un uso esplicativo dei concetti classificatori è possibile a condizione che i concetti in gioco siano sufficientemente definiti. Poniamo che qualcuno chieda “Di cosa si tratta?” riferendosi a una norma e desiderando sapere se si tratti di una norma giuridica o di altro tipo. Una risposta adeguata dovrà classificare tale norma sotto un concetto – di norma giuridica, di norma morale o di altro tipo – indicandone le caratteristiche che la fanno appartenere all'estensione di tale concetto; ma questo è possibile solo dove i concetti in gioco siano sufficientemente definiti.

⁹ Cfr. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. III; P. Amselek, C. Grzegorzczak (éd. par), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989; M.S. Moore, *Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology*, in “Law and Philosophy”, vol. 21, 2002, pp. 619-705; P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003; M. Greenberg, *How Facts Make the Law?*, in “Legal Theory”, vol. 10, 2004, pp. 157-198; G. Tuzet, *The Social Reality of Law*, in “Analisi e diritto 2007”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 179-198; P. Comanducci, *Conoscere il diritto*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, a. XXXVIII, 2008, pp. 419-428.

¹⁰ Si noti che il *cosa* inteso in senso generico comprende le domande sul chi, quale, quando, dove, ecc. Ma non è questa la sede per fare una tassonomia delle domande.

¹¹ “La fenomenologia è il modo di raggiungere e di determinare dimostrativamente ciò che deve costituire il tema dell'ontologia” (M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), trad. di P. Chiodi, Longanesi, Milano, 1976, p. 56).

¹² D. Canale, G. Tuzet, *On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?*, in “Ratio Juris”, vol. 20, 2007, pp. 32-44. Cfr. A. Belvedere, M. Jori, L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, terza ed., Giappichelli, Torino, 2008, cap. II.

¹³ C.G. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation. And Other Essays in the Philosophy of Science*, The Free Press, New York, 1965, pp. 453-457.

Cos'è dunque il diritto? In letteratura si trova una selva di risposte a questa semplice domanda. Ne ricordo alcune: un prodotto del mondo dello spirito; l'insieme dei comandi del sovrano; l'insieme delle decisioni dei giudici; un sistema di norme sanzionate e istituzionalizzate; una pratica sociale; un artefatto sociale e normativo. Prendiamone una delle definizioni più recenti: il diritto come artefatto¹⁴. Dire che è un artefatto umano sicuramente non basta, in quanto se ne devono specificare gli aspetti che lo fanno differire da altri artefatti come le seggiole o le sinfonie. Il minimo che si possa aggiungere è che consiste in un artefatto *intellettuale* (non coincide con i suoi supporti fisici), *sociale* (non consiste in opere d'ingegno individuale) e *normativo* (consiste in regole e principi vincolanti). Che ciò possa bastare a distinguerlo da altri ambiti normativi come la morale non è ciò che intendo discutere; mi preme indicarne invece un presupposto non sempre esplicitato: nella misura in cui si parla di *artefatti* si parla di entità non naturali bensì create, poste, costituite dall'uomo; se dunque si tratta di questo e se è vero che in genere le attività e le creazioni umane sono volte a qualche fine, è ragionevole assumere che anche il diritto sia posto per qualche scopo, che sia un mezzo in vista di fini, o in altri termini che abbia o cerchi di soddisfare delle funzioni. Banalmente: se non servisse a qualcosa che artefatto sarebbe? Con ciò si vede subito come una domanda-cosa sul diritto si trasformi rapidamente in una domanda-perché, nella misura in cui è importante capire per quali scopi o funzioni viene posto il diritto e nella misura in cui le sue varie forme (civile, penale, amministrativo, costituzionale, ecc.) si spiegano in termini di diverse funzioni. Dire che il diritto è un artefatto ma non dire a cosa serve non è un buon modo di renderne conto.

Credo che considerazioni del genere si possano estendere, *mutatis mutandis*, agli altri modi di rispondere alla domanda-cosa sul diritto. Non è questa la sede per giudicare quale di essi sia preferibile: ciò che voglio sostenere è che non rendiamo adeguatamente conto del diritto se ci limitiamo alle domande-cosa. Senza averne identificate le funzioni peculiari, è difficile sapere di cosa si tratti. Il punto è stato illustrato con particolare efficacia – pur senza riferimento all'ambito giuridico – in un articolo del 1969 di Hubert Schwyzer in cui si mostra che le regole (costitutive) non sono sufficienti a definire la natura di un'attività¹⁵. L'esempio immaginario di Schwyzer è questo: in Ruritania i sacerdoti svolgono un'attività che ha le stesse regole degli scacchi, ma non è un gioco bensì un rito, il cui esito serve a interpretare la volontà degli Dei; l'autore ne conclude che per comprendere una pratica non è sufficiente coglierne le regole, ma bisogna anche capirne le condizioni e gli scopi. Ciò vale anche per il diritto, credo, sia che venga inteso in termini di pratica o attività, sia che venga inteso in termini di norme o artefatti. (Per semplificare l'esposizione, di seguito lo intenderò nel secondo modo).

3. Perché il diritto?

La teleologia del diritto, se esistesse¹⁶, sarebbe la branca filosofica deputata a occuparsi delle domande-perché relative al diritto, del perché lo poniamo e utilizziamo; di fatto se ne occupa certa sociologia giuridica attenta alle questioni macrosociologiche e ne trattano quei filosofi del diritto che non si accontentano di darne delle definizioni strutturali¹⁷. Perché c'è il diritto? A cosa serve? Quali sono le sue finalità o funzioni?

¹⁴ Così B. Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, a. XXXV, 2005, pp. 161-183. Cfr. A. Schiavello, *Perché obbedire al diritto?*, ETS, Pisa, 2010, cap. III. Peraltro si può dubitare della possibilità di ridurre tutti i fenomeni giuridici ad artefatti, se è vero che un atto o una prassi non sono riducibili a certe entità (gli artefatti) cui danno luogo.

¹⁵ H. Schwyzer, *Rules and Practices*, in “The Philosophical Review”, vol. 78, 1969, pp. 451-467. Cfr. C. Roversi, *Constitutive Rules in Context*, in “ARSP”, vol. 96, 2010, pp. 223-238.

¹⁶ Ma esistono varie concezioni teleologiche del diritto, ben distinte in G. Gometz, *Le concezioni teleologiche del diritto nella letteratura teorico-giuridica. Verso una classificazione*, in “Sociologia del diritto”, n. 3, 2011, pp. 7-43.

¹⁷ Cfr. L.M. Friedman, *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage, New York, 1975; N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), a cura di M.G. Losano, Laterza, Roma-Bari, 2007;

Immaginiamo un qualsiasi artefatto. Viene naturale chiedere a cosa serve, o di quale fine sia il mezzo. Un invito a riflettere in questi termini si rinviene in Heidegger (*Sein und Zeit*, § 15), quando questi asserisce che una “cosa” si manifesta essenzialmente *per*, quale mezzo per un’opera, come la scarpa “è costruita per portarla (è mezzo per camminare), l’orologio è fabbricato per leggervi l’ora”¹⁸; in questa prospettiva le cose sono caratterizzate dalla loro *utilizzabilità*, il che ha fatto parlare di un “pragmatismo” di Heidegger¹⁹.

Vale qualcosa del genere anche in ambito giuridico? Credo proprio di sì e mi rifaccio a quanto è stato sostenuto da Damiano Canale commentando in merito le vedute di Heidegger: “un’arma si manifesta in quanto arma in virtù del soggetto che ne sfrutta le potenzialità offensive e in vista dell’effetto lesivo che deriva dal suo uso, come pure un contratto si manifesta in quanto contratto alla luce dell’accordo tra le parti e in vista dell’adempimento all’obbligazione che da tale contratto scaturisce”²⁰. Gli artefatti giuridici nascono dall’agire umano e sono in vista di esso, dei suoi scopi o funzioni.

Questi spunti possono contribuire a un’ontologia giuridica di tipo funzionalista. Si può così prospettare un funzionalismo che verta non solo sul diritto ma anche sulle entità giuridiche, ossia un programma di ricerca che a proposito del diritto e delle sue entità traduca le domande-cosa in domande-perché. A questo punto, però, sono utili due precisazioni. In primo luogo, sia sottolineato che non stiamo discutendo delle domande-perché in termini normativi, cioè nel senso in cui si chiede “Perché dobbiamo obbedire al diritto?”; ne stiamo discutendo in termini *esplicativi*. Spiegare che un certo mezzo è impiegato per un certo fine non significa deliberare in favore di tale fine o sulla bontà dell’opera. Contro una simile confusione già metteva in guardia Bobbio distinguendo fra l’analisi funzionale come metodo e il funzionalismo come filosofia; non mi sembra inutile ripeterlo oggi e ricordare che l’analisi può rilevare tanto delle funzioni quanto delle disfunzioni o delle funzioni diverse da quelle perseguite²¹.

In secondo luogo, mi sia consentito un approfondimento sul tipo di domande in gioco. Cosa significano le domande aperte da un “perché”? Chiedono di indicare un *per*, come un “rimando di qualcosa a qualcosa”²²? Se ci limitassimo a osservare questo, non avremmo chiarito molto a loro riguardo. Si noti infatti l’equivocità della preposizione “per”²³:

- (i) Ha pianto *per* la gioia (a causa o in ragione di)
- (ii) È venuto *per* incontrarti (al fine di)
- (iii) Passerà *per* mille sofferenze (attraverso).

A. Giasanti, V. Pocar (a cura di), *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano, 1983; R. Treves, *Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, 1987, capp. IX-X; V. Ferrari, *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Laterza, Roma-Bari, 1987; M. Barberis, *L’evoluzione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1998; A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, cap. II.

¹⁸ Heidegger, *Essere e tempo*, cit., p. 96.

¹⁹ Cfr. *ivi*, p. 92 ss. Sul “pragmatismo” di Heidegger vedi A. Koyré, *L’évolution philosophique de Martin Heidegger* (1946), in *Id.*, “Études d’histoire de la pensée philosophique”, Gallimard, Paris, 1995, pp. 271-304, nonché R. Rorty, *Heidegger, contingenza e pragmatismo*, in *Id.*, “Scritti filosofici”, vol. 2, a cura di A.G. Gargani, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 39-69.

²⁰ D. Canale, *La precomprensione dell’interprete è arbitraria?*, in “Ars Interpretandi”, vol. 11, 2006, pp. 327-370, cit. a p. 349. Cfr. anche L. Perissinotto, *Le vie dell’interpretazione nella filosofia contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 40-43.

²¹ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 80-81. Cfr. J. Finnis, *Law and What I Truly Should Decide*, in “American Journal of Jurisprudence”, vol. 48, 2003, pp. 107-129, che sostiene la priorità delle domande-perché sulle domande-cosa; ma nel suo senso le prime sono pratico-normative: non chiedono perché abbiamo il diritto, ma perché avere il diritto. Di altro avviso K.M. Ehrenberg, *Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 29, 2009, pp. 91-113.

²² Heidegger, *Essere e tempo*, cit., p. 94.

²³ Ciò potrà sembrare banale. Eppure su simili equivocità ha proliferato molta filosofia “continentale”. Invece, per un’analisi del “per” associato a funzioni cfr. G. Romano, *Essere per. Il concetto di “funzione” tra scienze, filosofia e senso comune*, Quodlibet, Macerata, 2006, cap. V in particolare.

In (i) viene indicata una provenienza causale (*b* per *a* – a causa o in ragione di); in (ii) una direzione finale (*a* per *b* – al fine di); in (iii) un passaggio (attraverso). Un’espressione *per* tre significati! Un’espressione *unica* e un senso *molteplice*, che per alcuni rivelerebbe delle profondità insospettite²⁴, mentre altri direbbero che le iterazioni del “per” sono sempre delle alterazioni²⁵. Che dirne qui? A mio avviso, questa molteplicità è un fatto il cui valore dipende dagli interessi in gioco: un poeta può apprezzare la densità semantica del “per”; un oracolo può gradire che resista a una decifrazione immediata; mentre un giudice che valuti una testimonianza o interpreti un documento in cui ricorrono dei “per” deve cercare di scioglierne le eventuali ambiguità. Lo stesso fenomeno, insomma, a seconda degli interessi in gioco può essere valutato positivamente o negativamente: come densità o equivocità. Chi persegue lo stile analitico si colloca naturalmente su quest’ultimo versante ed è pronto a notare che, pur non prestandosi a usi come (iii), l’equivocità fra (i) e (ii) si riscontra anche rispetto a “perché”:

- (iv) Ha pianto *perché* era felice (provenienza causale)
- (v) È venuto *perché* vuole incontrarti (direzione finale).

Cosa dire pertanto delle domande-perché? Il “perché” introduce o chiede una spiegazione, la quale può essere in termini di cause o di finalità²⁶. Nel dibattito contemporaneo si preferisce parlare di cause e ragioni, soprattutto per evitare delle implicazioni finalistiche nella spiegazione dell’agire umano; senonché il termine “ragioni” pare a chi scrive di una vaghezza e ambiguità esasperanti: ad esempio, sia (iv) che (v) offrono delle ragioni esplicative ma c’è una differenza importante fra una ragione di tipo causale come in (iv) e una ragione finale come in (v); per mantenere più chiara la loro differenza preferirei parlare di spiegazioni in termini di cause o di finalità²⁷.

Ciò chiarito, possiamo dire con Hempel che spiegare un fenomeno è rispondere alla questione “perché?” (*why*) e non solo alla questione “che cosa?” (*what*)²⁸. Per spiegare compiutamente un fenomeno non è sufficiente classificarlo; è necessario indicarne le cause o le finalità. Le domande-cosa vanno dunque articolate alle domande-perché. Se poi trattiamo di fenomeni sociali e di artefatti umani, anziché di fenomeni naturali, a essere richieste saranno proprio le spiegazioni in termini di scopi, finalità, funzioni.

Noteranno i cultori dello stile analitico a questo punto che ho parlato di “funzioni”, “scopi” e “finalità” senza preoccuparmi delle loro differenze; ovviamente ce ne sono ma non è questa la sede

²⁴ “La presentazione aspettantesi e ritenente, in quanto presentazione propria del prendersi cura, comprende il tempo a partire da un «per-che», il quale, infine, è ancorato nell’«in-vista-di-cui» del poter-essere dell’Esserci. Con questo rapporto di «per», il tempo pubblico manifesta *quella* struttura che abbiamo precedentemente conosciuta sotto il nome di *significatività*” (Heidegger, *Essere e tempo*, cit., p. 495).

²⁵ Si parla di una struttura di iterabilità-alterabilità in J. Derrida, *Limited Inc.* (1988), trad. di N. Perullo, Raffaello Cortina, Milano, 1997. In chiave giuridica cfr. A. Andronico, *La decostruzione come metodo*, Giuffrè, Milano, 2002; Id., *La disfunzione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2006.

²⁶ Ma cfr. A. Varzi, *Mancanze, omissioni e descrizioni negative*, in “Rivista di estetica”, vol. 32, 2006, 109-127, su *spiegazioni e resoconti* causali, secondo cui le prime, a differenza dei secondi, non sempre sono letteralmente vere: non sempre si riferiscono alla vera causa di un evento. Ne discuto in G. Tuzet, *Omissioni su omissioni*, in “Diritto e Questioni Pubbliche”, n. 10, 2010, pp. 227-241, segnatamente pp. 234-236.

²⁷ Per evitare il finalismo e l’idea che la causalità finale proceda dagli effetti alle cause, si noti che le finalità sono gli effetti intenzionali dell’azione e costituiscono il contenuto di stati mentali che precedono l’azione e la motivano. Cfr. Hempel, *op. cit.*, p. 254, nonché J. Cohen, *Teleological Explanation*, in “Proceedings of the Aristotelian Society”, vol. 51, 1950-1951, pp. 255-292.

²⁸ Hempel, *op. cit.*, cap. X: “Studies in the Logic of Explanation” (1948). Le *condizioni logiche* dell’adeguatezza della spiegazione sono: (i) che l’*explanandum* sia una conseguenza logica dell’*explanans*; (ii) che l’*explanans* contenga delle leggi generali richieste per la derivazione dell’*explanandum*; (iii) che l’*explanans* abbia un contenuto empirico (cioè che sia testabile, almeno in principio, tramite l’esperimento o l’osservazione); la sua *condizione empirica* è che gli enunciati che costituiscono l’*explanans* siano veri (ivi, pp. 247-248). Questa analisi, rileva Hempel, si applica tanto alla *predizione* quanto alla *spiegazione*; la differenza fra le due è di carattere pragmatico (ivi, p. 249).

per approfondirle²⁹. Basti ricordare che per “scopi” o “finalità” si intendono in genere gli effetti intenzionali dell’azione, mentre con “funzioni” si copre una gamma di fenomeni assai più vasta; nel seguito parlerò di “funzioni del diritto” comprendendovi tanto i suoi effetti intenzionali quanto i non intenzionali. Chiarito anche questo, veniamo allora alla questione che ci interessa: se si possa rendere conto del diritto in termini di funzioni.

Il funzionalismo è una posizione sostenuta in vari contesti, specialmente in biologia³⁰, in sociologia³¹, nella filosofia della mente e dell’azione³². Si può essere funzionalisti in uno di questi ambiti senza esserlo in altri (come ad esempio era Mead, che rifiutava il funzionalismo in biologia ma lo accettava in sociologia³³). A ciò si accompagna la polisemia del termine “funzione”, su cui cercherò di dare qualche indicazione senza pretese di completezza.

Mentre in *matematica*, genericamente, una funzione sta per una relazione fra elementi tale per cui a ogni elemento di un insieme è associato uno e un solo elemento di un secondo insieme³⁴, in *biologia* per funzione di un organo si intende l’apporto da esso conferito alla vita, al benessere, all’equilibrio del sistema di cui è parte, come indica il classico esempio del cuore la cui funzione è di pompare il sangue. A ciò si articolano varie concezioni di che cosa significhi dare una *spiegazione funzionale* di un tratto biologico. Secondo una delle concezioni più diffuse, un tratto di un organismo è spiegato dalle funzioni che il tratto soddisfa in virtù di un processo biologico; riprendendo l’esempio, che il cuore serva a pompare il sangue ne spiega la presenza in termini di evoluzione biologica, in quanto si tratta di un apporto essenziale alla vita degli organismi che ne sono dotati³⁵.

In *sociologia* le funzioni dei sistemi e sottosistemi sociali sono spesso rappresentate tracciando un’analogia con le funzioni di un organismo, dove una delle somiglianze rilevanti è che gli attori sociali possono non averne la consapevolezza (come nella classica spiegazione di Durkheim per cui la funzione della religione è di produrre o aumentare la coesione sociale). Il che pone almeno due problemi: primo, quali siano i limiti di tale analogia; secondo, quale sia il rapporto fra funzioni e strutture sociali³⁶. A quest’ultimo riguardo, discusso è se il primato sia delle funzioni o delle

²⁹ Secondo G.H. von Wright, *Spiegazione e comprensione* (1971), trad. di G. Di Bernardo, il Mulino, Bologna 1988, cap. I, § 7, la teleologia si divide nei sottodomini di 1) funzioni e tendenze a uno scopo e 2) intenzionalità.

³⁰ Vedi i saggi raccolti in C. Allen, M. Bekoff, G. Lauder (eds.), *Nature’s Purposes. Analyses of Function and Design in Biology*, The MIT Press, Cambridge (Mass.) and London, 1998; D.J. Buller (ed.), *Function, Selection, and Design*, State University of New York Press, Albany, 1999; nonché R.G. Millikan, *Language, Thought, and Other Biological Categories*, The MIT Press, Cambridge (Mass.) and London, 1984 e P.S. Davies, *Norms of Nature: Naturalism and the Nature of Functions*, The MIT Press, Cambridge (Mass.) and London, 2001. Cfr. J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Penguin Books, London, 1995, pp. 16-23 per la tesi radicale secondo cui tutte le funzioni sono relative all’osservatore.

³¹ Vedi in particolare T. Parsons, *The Structure of Social Action*, Mc-Graw-Hill, New York, 1937; Id. *The Social System*, The Free Press, Glencoe, 1951; R.K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, Glencoe, 1949; E. Nagel, *The Structure of Science* (1961), Hackett, Indianapolis, 1979, cap. XIV.

³² Cfr. fra gli altri S. Shoemaker, *Identity, Cause, and Mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984; J. Fodor, *Fodor’s Guide to Mental Representation*, in “Mind”, vol. 94, 1985, pp. 76-100; M.E. Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1987; A. Paternoster, *Introduzione alla filosofia della mente*, nuova ed. aggiornata, Laterza, Roma-Bari, 2010, cap. II.

³³ “It has been legitimately said that there is not any goal presented in biological evolution, that the theory of evolution is part of a mechanical theory of nature. Such evolution works, so to speak, from behind. [...] There is no necessity of bringing in an end toward which all creation moves. [...] The human society that can itself determine what the conditions are within which it lives is no longer in a situation of simply trying to meet the problems that the environment presents” (G.H. Mead, *Mind, Self, & Society* (1934), University of Chicago Press, Chicago, 1967, p. 251).

³⁴ Vedi ad es. M. Frixione, D. Palladino, *Funzioni, macchine, algoritmi. Introduzione alla teoria della computabilità*, Carocci, Roma, 2004, p. 54 ss.; L. Peccati, *Metodi quantitativi per giuristi*, Egea, Milano, 2007, p. 1 ss.

³⁵ Ma il dibattito è articolato. Fra gli altri cfr. L. Wright, *Functions*, in “The Philosophical Review”, vol. 82, 1973, pp. 139-168 e R. Cummins, *Functional Analysis*, in “The Journal of Philosophy”, vol. 72, 1975, pp. 741-765. V. anche Nagel, *op. cit.*, p. 401 ss. sulle spiegazioni teleologiche e p. 520 ss. sul funzionalismo, nonché E. Maestri, *Giudizi di esistenza*, Esi, Napoli, 2009, pp. 98-102.

³⁶ Cfr. l’obiezione di Hempel, *op. cit.*, cap. XI: è impossibile definire *a priori* i requisiti strutturali di un sistema d’azione sociale e *a fortiori* le condizioni del suo equilibrio ottimale.

strutture: se è delle strutture, le funzioni di un sistema sono determinate dalle caratteristiche della struttura del sistema; se è delle funzioni, le strutture di un sistema sono determinate dalle sue funzioni e si modificano in tale prospettiva³⁷.

In *filosofia della mente* le funzioni di uno stato mentale sono invece definite dalle sue cause e dai suoi effetti tipici (in altri termini, a identificare uno stato mentale non è la sua costituzione interna ma il suo ruolo causale all'interno del sistema di cui fa parte)³⁸. Il senso in cui mi sembra più preciso e più chiaro parlare di funzioni, anche a proposito del diritto e delle entità giuridiche, è quest'ultimo: sono funzioni di x le sue cause e i suoi effetti tipici. Dunque, sono funzioni del diritto le sue cause e i suoi effetti tipici. Con la conseguenza che una spiegazione funzionale del diritto ne illustrerà il perché in termini di cause ed effetti tipici e un'analisi funzionale del concetto di diritto dirà che è diritto ciò che viene prodotto da tali cause e produce tali effetti³⁹.

Di fatto la letteratura su questo tema privilegia gli *effetti tipici*, le conseguenze tipiche che il diritto produce; quando si parla di funzioni del diritto si parla prevalentemente di questo e a questo mi atterro per non complicare oltre misura l'esposizione.

Quali sono dunque le funzioni del diritto? Nella letteratura sociologica si trovano numerose risposte, da cui si possono selezionare queste principali funzioni: di controllo o di orientamento sociale; di legittimazione del potere; di promozione della trasformazione sociale; di integrazione o di risoluzione dei conflitti; di distribuzione o di allocazione delle risorse. È plausibile pensare che queste funzioni non siano incompatibili l'una con l'altra e che al contrario il diritto ne realizzi più d'una⁴⁰. Bobbio ha scritto fra gli altri che alla tradizionale funzione repressiva del diritto si è sovrapposta nel corso del Novecento una funzione promozionale attraverso lo strumento delle “sanzioni positive”, ossia incentivi⁴¹. Parallelamente, nella letteratura filosofica si trova un richiamo ai beni e ai valori che il diritto deve (e in qualche misura riesce a) promuovere e tutelare. È stato sostenuto, ad esempio, che “il diritto partecipa all'impresa generale volta al coordinamento delle azioni sociali mediante procedure istituzionalizzate, rafforzate da sanzioni anch'esse istituzionalizzate, in vista di certi beni e valori, che solo così potrebbero essere in qualche modo assicurati”⁴². Le funzioni del diritto sono molte e non esaustivamente enumerabili, ma includono quella di partecipare in modo giusto a certi beni fondamentali⁴³.

Non intendo prendere posizione nel merito e dire quali siano le (principali) funzioni del diritto. La cosa che mi sembra interessante notare è che *l'accento sull'una o sull'altra funzione è strettamente legato al tipo di teoria del diritto che si vuole difendere*. Una teoria del diritto di formazione spontanea (evoluzionismo giuridico), sostiene ad esempio che funzione del diritto è quella di

³⁷ Sulle definizioni strutturali e funzionali e su alcune incertezze nella loro distinzione, cfr. Belvedere, Jori, Lantella, *op. cit.*, pp. 73-77.

³⁸ Così H. Putnam, *Mente, linguaggio e realtà* (1975), trad. di R. Cordeschi, Adelphi, Milano, 1987, pp. 17-18, 318-330. Ma vedi in Id., *The Threefold Cord. Mind, Body, and the World*, Columbia University Press, New York, 1999, pp. 85-86, 118 una critica al suo precedente funzionalismo (che non spiegherebbe il possesso di concetti). Cfr. Romano, *op. cit.*, p. 51.

³⁹ Pur con alcune esagerazioni e un certo eclettismo, la tesi è già in F.S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in “Columbia Law Review”, vol. 35, 1935, pp. 809-849 e Id., *The Problems of a Functional Jurisprudence*, in “The Modern Law Review”, vol. 1, 1937, pp. 5-26.

⁴⁰ Ferrari, *Funzioni del diritto*, cit., individua queste “funzioni ultimative” del diritto: 1) orientamento sociale, 2) trattamento dei conflitti dichiarati, 3) legittimazione del potere; ne parla come di “compiti primari assegnati al diritto dagli attori sociali” (ivi, p. 87 ed. 1995), collocandosi quindi in una prospettiva soggettivistica per la quale sono gli attori sociali a fissare le funzioni del diritto. Cfr. Id., *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 16-21, 246-254; Id., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 61-66; L. Pannarale, *La bottiglia di Leyda. Il giurista ed i suoi paradossi*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 38 ss. nonché E. Fittipaldi, *Scienza del diritto e razionalismo critico*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 178 ss.

⁴¹ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., cap. I.

⁴² F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 13.

⁴³ Ivi, pp. 45-46. Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961/1994), Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. IX.

stabilizzare le aspettative sociali piuttosto che guidare i comportamenti⁴⁴. Non si è d'accordo e si propende per un'altra funzione? Si potrà riscontrare che l'accento su altre funzioni va di pari passo con altre risposte alla domanda-cosa sul diritto. Una teoria imperativista dice che la principale funzione del diritto è quella di controllare i comportamenti, mentre una teoria realista gli attribuisce una funzione di promozione del mutamento sociale, mentre l'analisi economica del diritto si concentra sull'allocazione delle risorse, ecc. In più, diversi tipi di norme si possono intendere alla luce delle loro diverse funzioni. Scott Shapiro ha recentemente ripreso un tema hartiano sostenendo che le norme che conferiscono poteri e quelle che impongono obblighi hanno due diverse funzioni: le prime ampliano la nostra libertà positiva (libertà di), le seconde limitano la nostra libertà negativa (libertà da)⁴⁵. Mentre Bobbio, per fare un altro esempio, ha detto che le norme del diritto privato servono alla convivenza e quelle del diritto pubblico a perseguire degli scopi comuni⁴⁶. Questo tipo di analisi può essere condotto anche molto in dettaglio, norma per norma, regola per regola e principio per principio⁴⁷, tenendo presente che la realizzazione di un certo fine può essere il mezzo per un fine ulteriore e così via (come il fine della risoluzione dei conflitti è un mezzo rispetto alla sicurezza sociale).

Allora il punto mi sembra questo: se prendiamo sul serio le spiegazioni e le analisi funzionali, non possiamo veramente dire cosa il diritto sia se non capiamo a cosa serve; ma ci rendiamo presto conto che non è facile dire a cosa serve se non abbiamo un'idea di cosa sia. Allora le domande-cosa e le domande-perché sembrano interdipendenti, quando per definire il *cosa* si deve definire il *perché* e viceversa.

Questo genere di difficoltà è ben noto a chi si occupa di funzionalismo in filosofia della mente. Come abbiamo detto, in filosofia della mente le funzioni di uno stato mentale sono definite dalle sue cause e dai suoi effetti tipici. Eppure – è una delle obiezioni – per identificarne le cause e gli effetti *tipici* si deve già avere identificato lo stato in questione! A questa difficoltà si può replicare che *qualsiasi cosa* serva a realizzare una certa funzione è identificabile come quel tipo di cosa che serve a realizzare tale funzione. Prendiamo un esempio intuitivo da un altro ambito: qualsiasi cosa si presti a infilzare le vivande e portarle alla bocca è una forchetta, a prescindere dal fatto che abbia un manico e due o più rebbi⁴⁸. Questa replica, pur rigorosa nel difendere l'ortodossia funzionalista, non può negare un'evidenza: di fronte a un soggetto che infilzi le vivande con un cacciavite o con un lungo chiodo non diremmo che sta usando una forchetta, ma che sta usando un cacciavite o un lungo chiodo *come* una forchetta⁴⁹. In questa reazione, se vedo bene, sarebbero implicite due cose: (i) con tale condotta il soggetto realizza la funzione propria della forchetta, ma non lo fa con una forchetta; (ii) la funzione non è sufficiente a definire che cosa sia una forchetta, poiché a tal fine non possiamo trascurarne alcune proprietà strutturali.

⁴⁴ Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, cit., p. 119. Su funzioni e definizione del diritto, vedi ivi pp. 137-138. Cfr. Id., *Evoluzionismo giuridico, diritti ed Europa*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, a. XXXIX, 2009, pp. 397-415.

⁴⁵ S. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 2011, cap. III. Più in dettaglio, sulle funzioni delle norme secondarie in Hart, cfr. D.M. Papayannis, *Spiegazione funzionale e analisi concettuale. Sull'incidenza dei modelli economici nello studio della pratica giuridica*, in “Ars Interpretandi”, vol. 2/2013, pp. 69-109, segnatamente pp. 88-91.

⁴⁶ “Per i privatisti il diritto è una specie di arbitro che è chiamato a dirimere i conflitti; per i pubblicisti, il diritto assume piuttosto la figura del comandante che coordina gli sforzi della sua truppa per vincere la battaglia. Fuor di metafora, per gli uni, il diritto è un insieme di regole di convivenza, per gli altri, un insieme di regole per indirizzare azioni altrimenti disperse verso uno scopo comune” (Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit. p. 133).

⁴⁷ Così O.W. Holmes, *The Path of the Law*, in “Harvard Law Review”, vol. 10, 1897, pp. 457-478: “a body of law is more rational and more civilized when every rule it contains is referred articulately and definitely to an end which it subserves, and when the grounds for desiring that end are stated or are ready to be stated in words” (p. 469). Cfr. E. Sherwin, *Legal Taxonomy*, in “Legal Theory”, vol. 15, 2009, pp. 25-54.

⁴⁸ Prendo l'esempio da Belvedere, Jori, Lantella, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁹ Pur con esempi diversi, il punto è reso efficacemente da Wright, *op. cit.*, pp. 147-148.

Credo che questo valga anche per il diritto. Supponiamo che la (principale) funzione del diritto sia quella di risolvere i conflitti (o più cautamente di trattarne⁵⁰). Potremmo dire che *qualsiasi cosa* capace di risolvere i conflitti è diritto? Temo di no⁵¹. Lanciare una moneta potrebbe essere un modo per risolvere un conflitto, ma non credo che la maggior parte di noi sia disposta a considerarlo un modo di procedere secondo diritto. Per non parlare della soluzione estrema, che sarebbe quella di eliminare una delle parti in causa o addirittura entrambe. Quale meravigliosa efficacia avrebbe questo metodo! Sarebbe funzionalmente perfetto, dal momento che ogni conflitto verrebbe risolto (con l’eliminazione delle parti). Eppure non si tratterebbe di diritto. Perché? Per queste ragioni: (i) l’eliminazione dei contendenti realizzerebbe la funzione del diritto (quella di risolvere i conflitti), ma non lo farebbe tramite il diritto; (ii) la funzione non è sufficiente a definire che cosa il diritto sia, poiché a tal fine non possiamo trascurarne alcune proprietà strutturali, come quella di essere un sistema di norme generali e astratte da applicare a casi particolari e concreti, tramite organi autorizzati a farlo, con determinate procedure, ecc.⁵².

Credo che considerazioni analoghe possano farsi assumendo che la (principale) funzione del diritto sia non tanto la risoluzione dei conflitti ma un’altra fra le funzioni menzionate e menzionabili. Poniamo che sia quella di orientamento sociale: si potrebbe realizzare questa funzione indirizzando le condotte dei cittadini attraverso la sistematica somministrazione di sostanze condizionanti (come in *Brave New World*) o programmandone la mente sin dalla nascita? Sì, ma non sarebbe un modo di orientare le condotte *attraverso il diritto*. E così via. Dunque, ancora, dire a cosa il diritto serva non basta a dire che cosa sia⁵³.

4. Un esempio: la confisca

Per esemplificare più in dettaglio quanto ho detto fin qui farò riferimento a un istituto giuridico, la *confisca*, mostrando la connessione fra il suo “cosa” il suo “perché”. Un esempio del genere mi sembra opportuno per mostrare la concretezza dei problemi in questione e sottolineare che le domande poste sin qui non sono di esclusivo interesse teorico-filosofico.

In cosa consiste l’istituto della confisca? Nel nostro diritto amministrativo, essa è considerata fra i “provvedimenti ablatori” che “sottraggono situazioni favorevoli in precedenza pertinenti al privato”, e più precisamente un provvedimento di carattere reale in quanto incide su diritti reali del destinatario⁵⁴. Questa classificazione non basta a capire però in cosa consista; a tal fine è necessario indicarne la funzione, che tradizionalmente si dice essere quella di sanzionare la commissione di un illecito amministrativo⁵⁵. La *funzione sanzionatoria* permette altresì di distinguerla da un provvedimento ablatorio con funzione cautelare quale il sequestro o ancora dall’espropriazione in quanto motivata da pubblica utilità.

⁵⁰ Cfr. Ferrari, *Funzioni del diritto*, cit., pp. 95-97 ed. 1995.

⁵¹ Ma molti metodi oggi non accettabili lo sono stati; lo erano ad es. le ordalie: “le ordalie erano funzionali come mezzi per risolvere le controversie in maniera rapida, semplice e definitiva” (M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 7).

⁵² Questa è la conclusione a cui perviene anche la concezione “modale” di Leslie Green (dove la peculiarità del diritto non è nei fini ma nel “come” vengono perseguiti), su cui si può vedere Gometz, *op. cit.*, pp. 33-36.

⁵³ Bobbio notava inoltre che fra struttura e funzione “non c’è corrispondenza biunivoca, perché la stessa struttura, per esempio il diritto considerato come combinazione di norme primarie e secondarie, può avere le più diverse funzioni, così come la stessa funzione, per esempio quella abitualmente attribuita al diritto di rendere possibili la coesione e l’integrazione del gruppo, può essere svolta mediante diverse strutture normative” (*Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 100).

⁵⁴ Così E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, quindicesima ed., Giuffrè, Milano, 2013, p. 411.

⁵⁵ “La *confisca* è un provvedimento ablatorio a carattere non già espropriativo, bensì sanzionatorio ed è la misura conseguente alla commissione di un illecito amministrativo: si pensi all’ipotesi di confisca dell’immobile realizzato abusivamente” (ivi, p. 414). Cfr. fra gli altri L. Mazarrolli *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo*, Parte generale, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 858-859.

Per il nostro diritto penale nelle disposizioni del codice, invece, è una misura di sicurezza di tipo patrimoniale e seguendo l’art. 240 c.p. viene detta consistere “nell’*espropriazione ad opera dello Stato di cose attinenti a un reato o di per sé criminose*”⁵⁶. Una prima difficoltà concettuale che allora si incontra è che nel diritto amministrativo, come visto sopra, la confisca è definita un provvedimento “non già espropriativo, bensì sanzionatorio”⁵⁷ (per distinguerla dall’espropriazione, motivata da interesse generale o pubblica utilità), mentre qui è detta consistere “nell’espropriazione” di cose attinenti al reato o comunque criminose. Questa difficoltà può essere superata riconoscendo che il termine “espropriazione” non esprime il medesimo concetto nei due contesti: applicando il canone detto dell’incostanza terminologica⁵⁸ – ma che più propriamente si direbbe dell’incostanza *semantica* – si può sostenere che il termine esprima concetti diversi a seconda del (sotto)sistema giuridico di riferimento. Poniamo allora di collocarci nel sottosistema penale: ciò che secondo l’opinione maggioritaria giustifica l’inquadramento della confisca fra le misure di sicurezza sono le sue *finalità*, consistenti nel prevenire mediante l’espropriazione di date cose la commissione di nuovi reati, interrompendo la relazione fra esse e il reo⁵⁹.

Però negli ultimi anni il legislatore ha introdotto nell’ordinamento delle nuove forme di confisca che hanno revocato in dubbio l’unitarietà dell’istituto. Storicamente la confisca ha mutato più volte carattere: da istituto a carattere sanzionatorio – polarizzato “più sull’autore che sul fatto”⁶⁰ – si è trasformata in misura di sicurezza con il codice Rocco ed è tornata ad avere recentemente, per effetto di numerose innovazioni legislative, una forte connotazione sanzionatoria, come risposta alle attività sempre più varie della criminalità economica e organizzata, soprattutto nella forma obbligatoria e di “confisca per equivalente”, con la quale viene meno il collegamento fra beni confiscabili e specifico reato. Alla base c’è l’idea che “il crimine non deve pagare”. Tuttavia, in conseguenza degli accennati mutamenti, “l’istituto della confisca finisce oggi col ricomprendere sotto una medesima etichetta terminologica ipotesi normative eterogenee, che obbediscono a *finalità* politico-criminali non sempre coincidenti”⁶¹.

Questi interventi del legislatore devono essere articolati in via interpretativa al dettato dell’art. 240 c.p., ai sensi del quale nel caso di condanna “il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose, che ne sono il prodotto o il profitto” (c. I) e ai sensi del quale è sempre ordinata la confisca “delle cose che costituiscono il prezzo del reato” (c. II, n. 1). Una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione penale – 2 luglio 2008, n. 26654, caso “Impregilo” – ha cercato di fare chiarezza sulle nozioni in gioco, in particolare su quella di “profitto del reato”⁶². Assumendo che il dettato legislativo non sia ridondante, tali espressioni significano cose diverse ma non è immediato intendere quali. Il termine “profitto” è quello che suscita maggiori discussioni. Se infatti per “prodotto” del reato si possono intendere le cose create attraverso l’attività illecita (ad es. il denaro contraffatto) e per suo “prezzo” le cose date ad altri (denaro o altra utilità economica) al fine di indurre o istigare questi a commettere il reato⁶³,

⁵⁶ G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, quarta ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 685.

⁵⁷ Casetta, *op. cit.*, p. 414.

⁵⁸ Cfr. R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 170-171.

⁵⁹ Marinucci, Dolcini, *op. cit.*, pp. 685-686. Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, sesta ed., Zanichelli, Bologna, 2010, pp. 845-848; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, settima ed., Cedam, Padova, 2011, pp. 858-860; o anche F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, quinta ed., Giuffrè, Milano, 1963, pp. 603-604.

⁶⁰ A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in “Studi in onore di Giorgio Marinucci”, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, parte III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2103-2155, cit. a p. 2107.

⁶¹ Fiandaca, Musco, *op. cit.*, p. 846 (corsivo mio).

⁶² Su questa decisione v. fra gli altri i commenti di T.E. Epidendio e A. Rossetti in “Diritto penale e processo”, n. 10, 2008, pp. 1267-1281 e 1281-1289 rispettivamente; cfr. l’attenta ricostruzione di F.C. Bevilacqua, *La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale” vol. 52, 2009, pp. 1114-1144.

⁶³ Marinucci, Dolcini, *op. cit.*, pp. 686-687. Ma vedi una diversa caratterizzazione del “prodotto” in Alessandri, *op. cit.*, p. 2126, sulla scorta di una pronuncia delle Sezioni unite del 3 luglio 1996. A complicare le cose c’è anche la nozione di “provento” del reato, che però le Sezioni unite (n. 9/1999) hanno indicato come onnicomprensiva.

rimane indeterminato se per “profitto” si debba intendere l’utilità economica conseguita tramite il reato (ad es. il denaro rubato o quello ottenuto come corrispettivo dello spaccio) *al netto o meno dei costi sostenuti*. La questione può assumere una grande rilevanza economica, come si può facilmente immaginare e come testimonia fra gli altri il caso “Impregilo”, in cui il profitto lordo oggetto di confisca in caso di condanna ammontava a circa 750.000.000 di euro.

In cosa consisteva la controversia? Le Sezioni unite erano chiamate a pronunciarsi sulla legittimità di un sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente (ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità da reato degli enti, artt. 19 e 53) in caso di condanna nei confronti di una società che si era aggiudicata l’appalto del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani della regione Campania ed era stata indagata per truffa e inadempimento contrattuale nei confronti della Pubblica amministrazione. L’ammontare della somma confiscabile era stato calcolato sul profitto lordo conseguito dalla società, ma le Sezioni unite rilevano (punto 6 della motivazione) che manca una definizione legislativa di “profitto”, così come una specificazione da parte del legislatore se il profitto vada inteso come netto o lordo. In ambito economico, nota la Corte, per profitto si intende generalmente il guadagno, ossia il ricavo meno i costi sostenuti; in sostanza, qualcosa che ha natura *residuale*⁶⁴. Mentre, prosegue la Corte, in ambito penalistico la tendenza affermata è quella di equiparare il profitto al ricavo, cioè al lordo. Allora il profitto confiscabile è quello lordo? Il modo più consono di rispondere alla domanda è quello di considerare quali siano le *funzioni* della confisca in quell’ulteriore sottosistema giuridico che è il *diritto penale dell’economia*.

La Corte rileva che il significato desumibile dall’art. 240 c.p. è quello di “vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato”, che si contrappone al “prodotto” e al “prezzo” del reato. La correttezza di tale interpretazione va verificata in relazione al d.lgs. 231/2001, il cui art. 19 indica a detta della Corte (punto 6a della motivazione) la *funzione* sanzionatoria e compensativa della confisca, tesa a ristabilire lo *status quo* antecedente alla consumazione del reato, ossia l’equilibrio economico alterato, “il che contrasta con la tesi del profitto quale «utile netto»”⁶⁵. Per quanto riguarda l’art. 15 del decreto (confisca del profitto della gestione commissariale), il profitto si identifica invece con l’utile netto: la confisca ha qui “una *funzione* diversa, essendo collegata a un’attività lecita che viene proseguita – sotto il controllo del giudice – da un commissario giudiziale nell’interesse della collettività (garantire un servizio pubblico o i livelli occupazionali)” (corsivo mio). Con riferimento all’art. 15, pertanto, il profitto va inteso come “profitto derivante dalla prosecuzione dell’attività” e non come “profitto derivante dalla commissione di un reato”.

Quanto detto, specificano le Sezioni unite, vale per lo scenario di un’attività totalmente illecita, ma non per le imprese che nell’ambito di un’attività lecita compiono occasionalmente e strumentalmente dei reati. A tal proposito è utile secondo la Corte (punto 6b della motivazione) fare ricorso alla (risalente) distinzione dottrinale tra “reato contratto” e “reato in contratto”: il primo ha luogo quando il comportamento penalmente rilevante coincide con la stipulazione del contratto; il secondo quando il comportamento incide soltanto sulla fase di formazione della volontà contrattuale o sulla fase esecutiva. Ora, nel caso di reato in contratto – argomenta la Corte – c’è l’esigenza di differenziare i proventi leciti da quelli derivanti da reato, giustificando con ciò una diversa individuazione del “profitto del reato”, che qui sarebbe da individuare nel profitto netto⁶⁶. Il

⁶⁴ Scriveva Alessandri nel 2006 che per ampliare la nozione di profitto oltre a quella di residuo, o profitto *netto*, ci vorrebbe un espresso intervento legislativo: il profitto è “individuabile, allo stato attuale della legislazione, solo come vantaggio economico effettivamente già ottenuto quale conseguenza immediata o diretta del reato” (ivi, p. 2155).

⁶⁵ “Nei confronti dell’ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. [...] Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato” (d.lgs. 231/2001, art. 19, *Confisca*). “Il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell’articolo 19” (ivi, art. 53, *Sequestro preventivo*).

⁶⁶ “In un appalto pubblico di opere e servizi, pur acquisito a seguito di aggiudicazione inquinata da illiceità (nella fattispecie truffa), l’appaltatore che, nel dare esecuzione agli obblighi contrattuali comunque assunti, adempie sia pure in parte, ha diritto al relativo corrispettivo, che non può essere considerato profitto del reato, in quanto l’iniziativa lecitamente assunta interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita” (punto 6b della motivazione).

principio di diritto che ne segue secondo le Sezioni unite è questo (punto 7 della motivazione): “il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto [...] nei confronti dell’ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente”⁶⁷.

In conclusione (senza prendere partito ma limitandosi a rilevare l’argomento della Corte): bisogna distinguere la confisca come sanzione dalla confisca come misura di sicurezza e bisogna ulteriormente distinguere la funzione sanzionatoria della confisca rispetto a un “reato contratto” e a un “reato in contratto”. Se la funzione è quella di contrastare efficacemente la criminalità organizzata, il profitto oggetto di confisca è per le Sezioni unite quello lordo; ma se in altri casi la funzione è quella di colpire il reato commesso da un’impresa non criminale, il profitto è quello netto⁶⁸.

Questo era già stato configurato peraltro in alcune pronunce della Corte costituzionale (n. 29/1961 e n. 46/1964, richiamate dalla sentenza “Impregilo” al punto 5 della motivazione) in cui si avvertiva “che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con *varia natura giuridica*” e che “il suo contenuto [...] è sempre la [...] privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a *varie finalità*” (corsivi miei).

Tornando così al nostro problema teorico, viene prima l’entità o la funzione? C’è una stratificazione di atti, funzioni ed entità giuridiche in cui è difficile reperire un *primum*. Come fra uovo e gallina, verrebbe da dire. Ma una volta introdotto storicamente il *quid* (provvedimento ablatorio), la cosa importante è coglierne le *funzioni* e i loro mutamenti. Questo interrogarsi sulle funzioni presuppone che si sia identificato in qualche modo il *quid* della discussione, quel tipo di “provvedimento ablatorio” che nella storia ha più volte mutato finalità e che chiamiamo “confisca”. Prova della duttilità e della vitalità di questo istituto è il suo utilizzo “in ordinamenti tra loro diversissimi, anche storicamente lontani: un trasparente indice della *costante* riproposizione dell’opportunità di acquisire allo Stato le «utilità» tratte dal reo (o sospettato tale)”⁶⁹. Infatti per comprendere un istituto siamo abituati a ripercorrerne la storia. Questo permette di distinguerne il cosa, ma in un’ottica funzionale dobbiamo vederne il perché. La storia ci serve per comprendere con cosa abbiamo a che fare, ma in ultima istanza, al fondo della catena storica, rimane la domanda: perché è stato introdotto questo istituto?

Delle due domande siamesi, la domanda sul perché è la più importante. Anche perché le entità istituzionali non esistono al di fuori del discorso e del pensiero che le crea. E sono create per realizzare degli scopi.

5. Atomismo delle domande e olismo delle risposte

Se tutto questo è vero, in conclusione, le domande-cosa e le domande-perché a proposito del diritto sono interdipendenti (benché le seconde siano più importanti): non si può rispondere alle une senza rispondere alle altre. Pur se è corretto porle distintamente, deve essere chiaro che non è possibile rispondervi separatamente. Detto in termini di discipline, teoria generale del diritto e sociologia del diritto sembrano non poter fare a meno l’una dell’altra, pur non dovendo confondersi. Questo mi sembra in linea con la recente *metodologia pragmatista* in sede di teoria del diritto – proposta in particolare da Jules Coleman⁷⁰ – e potrebbe essere sintetizzato in questo modo: mentre da un lato

⁶⁷ Il che peraltro non coincide con il “profitto netto” se le spese sostenute dal reo sono diverse dall’utilità conseguita dalla vittima, come rileva criticamente Bevilacqua, *op. cit.*, pp. 1134-1135.

⁶⁸ Però, come già segnalato nel dibattito americano (v. Alessandri, *op. cit.*, p. 2138), una difficoltà non da poco è quella di *determinare in concreto e provare* quali siano i profitti netti.

⁶⁹ Ivi, pp. 2127-2128.

⁷⁰ J. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001 (il cui cap. III manifesta peraltro delle riserve sulle spiegazioni funzionali utilizzate dall’analisi economica del diritto).

gli analitici vorrebbero distinguere non solo le domande ma anche le risposte, e dall'altro i loro avversari vorrebbero fare il contrario, i pragmatisti promuovono *un atomismo delle domande e un olistico delle risposte*. Cosa si vuole dire con ciò? Che ai fini della chiarezza concettuale le domande devono essere il più possibile distinte; mentre ai fini della comprensione le risposte devono essere il più possibile integrate⁷¹.

⁷¹ Allora a essere siamesi non sono propriamente le domande ma le loro risposte. Le domande lo sono nella misura in cui non possono trovare delle risposte separate.