

5. Teoria economica del diritto e teoria della giustizia

di Domenico Da Empoli

1. Introduzione

La teoria economica del diritto è parte della più generale impostazione che ha esteso al sistema istituzionale l'applicazione del paradigma economico.

L'ipotesi di comportamento razionale da parte di individui che hanno l'obiettivo di massimizzare la propria utilità, è stata applicata negli ultimi decenni ad attività che vengono definite «non di mercato», sia perché svolte in ambito pubblico (scelte pubbliche), sia perché rientranti nella sfera privata (matrimonio, famiglia, ecc.).

Tra i campi d'applicazione dell'analisi economica del diritto vi è anche la teoria della «giustizia», intesa come criterio-guida (o insieme di criteri-guida) per risolvere casi in cui si debba ripartire tra individui qualche cosa che sia razionalmente considerata vantaggiosa o svantaggiosa [Rawls 1971].

L'applicazione alla giustizia del concetto di efficienza è propria dei sistemi di *common law*, che sono stati spiegati sulla base dell'ipotesi che i giudici favoriscano le decisioni che tendono a massimizzare il benessere economico [Posner 1979].

In Italia, nel periodo anteriore alla codificazione, esisteva un sistema di «diritto comune» nel quale, malgrado tutte le inadeguatezze del sistema giudiziario dell'epoca, la tendenza del giurista a collegare aspetti economici e giuridici doveva essere molto più pronunciata di quanto non sia stato dopo la codificazione¹.

Una conferma a questa tesi sembra venire dall'opera di due studiosi come Cesare Beccaria e Gian Domenico Romagnosi, le cui trattazioni sono basate sull'ipotesi di massimizzazione del benessere da parte di individui razionali e quindi possono essere considerate (soprattutto per quanto riguarda la trattazione di Beccaria) esempi molto interessanti di analisi economica applicata alla giustizia.

¹ Una nuova visione al riguardo è presentata in un recente scritto di Lupoi [1993].

2. Cesare Beccaria

Secondo Beccaria [1764, 95] la legislazione è «l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità, o al minimo d'infelicità possibile».

La scelta del sistema giuridico è, quindi, un problema economico, perché consiste nell'identificazione dei mezzi per il conseguimento dell'obiettivo della massimizzazione vincolata dal benessere.

Leggi «chiare e semplici» sono alla base della prevenzione dei delitti, la quale richiede sanzioni adeguate. Afferma Beccaria che «non v'è uomo illuminato, che non ami i pubblici, chiari, ed utili patti della comune sicurezza, paragonando il poco d'inutile libertà da lui sacrificata, alla somma di tutte le libertà sacrificate dagli altri uomini, che senza le leggi poteano divenire conspiranti contro di lui» [Beccaria 1764, 98].

Una prospettiva vicina a quella di *Public Choice* appare quando Beccaria si sofferma sulla politicizzazione della legge che tende a favorire le minoranze organizzate rispetto alle grandi masse dei cittadini: «L'urto immenso degli errori utili ai pochi potenti, contro le verità utili ai molti deboli» [*ibidem*, 100].

Non è, invece, molto conforme a quest'impostazione la fiducia nell'«uomo illuminato [...] avvezzo a vedere la verità, e a non temerla, privo della maggior parte dei bisogni dell'opinione non mai abbastanza soddisfatti, che mettono alla prova la virtù della maggior parte degli uomini» [*ibidem*, 101].

Aggiunge, tuttavia, Beccaria che questi uomini non sono in sé sufficienti, perché la «luce» deve estendersi a molti individui, i quali dipendono dalle istituzioni. Infatti: «una scelta di uomini tali ["illuminati"] forma la felicità d'una Nazione; ma felicità momentanea, se le buone leggi non ne aumentino talmente il numero, che scemino la probabilità sempre grande di una cattiva elezione» [*ibidem*].

Le leggi giuste, e non la severità dei magistrati, devono ispirare i comportamenti dei cittadini.

A questo fine, le leggi devono tener conto in primo luogo della natura umana. Gli uomini hanno rinunciato, attraverso il contratto sociale, ad una parte della loro libertà, non per il bene comune, ma per necessità: «Nessun uomo ha fatto il dono gratuito di parte delle proprie libertà in vista del ben pubblico: questa chimera non esiste che nei romanzi: se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe che i patti, che legano gli altri, non ci legassero: ogni uomo si fa centro di tutte le combinazioni del globo [...]. L'aggregato di queste minime porzioni possibili, forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia; è fatto ma non già diritto» [*ibidem*, 7].

Secondo Beccaria, «giustizia» non è altro che «il vincolo necessario per tenere uniti interessi particolari, che senz'esso discioglierrebbero nell'antico stato d'insociabilità: tutte le pene, che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura» [*ibidem*, 8].

L'entità delle pene, stabilita dalla legge, e non dall'arbitrio del magistrato, dev'essere «utile».

A questo scopo, la pena dev'essere proporzionata al reato commesso: «quel metodo [...] deve esser prescelto, che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace, e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo» [*ibidem*, 31].

È proprio questo l'aspetto più innovatore dell'analisi di Beccaria, non tanto per il risultato (l'attenuazione dell'atrocità delle pene), che pure è quello per il quale la sua opera divenne famosa, quanto per la rigorosa logica del suo ragionamento, fondato su criteri probabilistici che precorrono i moderni sviluppi della teoria economica del crimine [Becker 1968]².

L'impostazione probabilistica domina la trattazione di Beccaria, sia per quanto riguarda la fase inquisitoria che per quanto riguarda l'applicazione delle pene.

L'irrazionalità della tortura del reo sospetto viene dimostrata con le seguenti considerazioni: «S'egli è vero, che sia maggiore il numero degli uomini, che o per timore, o per virtù, rispettano le leggi, che di quelli, che le infrangono, il rischio di tormentare un innocente deve valutarsi tanto di più, quanto è maggiore la probabilità, che un uomo a dati uguali le abbia piuttosto rispettate, che disprezzate» [*ibidem*, 36-37].

L'impostazione probabilistica è ulteriormente sviluppata a proposito della determinazione dell'entità della pena: «La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità, perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia, la debolezza, spesso accordano, ne aumenti la forza» [*ibidem*, 58].

Pertanto: «Perché una pena ottenga il suo effetto, basta che il

² Becker [1968] ha avuto un ruolo pionieristico nell'evoluzione della letteratura su questo tema. Cfr. Andreano e Siegfried [1980].

male della pena ecceda il bene, che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infallibilità della pena, e la perdita del bene, che il delitto produrrebbe: tutto il di più è dunque superfluo, e perciò tirannico» [*ibidem*, 59].

In questo ragionamento vengono individuati con grande acume da Beccaria i due fondamentali elementi della «offerta di reati» nella moderna teoria economica del crimine: la severità della pena e la probabilità che essa sia applicata.

L'ipotesi è che il potenziale criminale commetta un reato qualora l'utilità da lui attesa attraverso questa scelta superi l'utilità attesa che proverebbe dall'utilizzo delle sue risorse in altre attività. Ricorrendo alla simbologia di Becker, se si assume che p sia la probabilità di essere scoperti e puniti, se f è la punizione e u rappresenta le altre possibili variabili rilevanti (della cui importanza lo stesso Beccaria era ben conscio, come dimostra il suo costante riferimento alle condizioni ambientali in cui si compie il reato) nella decisione di offrire reati, la funzione dell'«offerta di crimine», O , può essere espressa mediante la seguente relazione.

$$O = O(p, f, u)$$

nella quale i segni delle derivate prime rispetto a p e ad f sono negativi (mentre il segno della derivata prima di u non può essere anticipato).

L'applicazione di questa funzione alla teoria di Beccaria è utile anche per identificare la sua ipotesi circa la propensione al rischio di coloro che commettono reati. L'argomento di Beccaria in favore di pene «proporzionate al reato» e comunque non atroci era fondato sull'opinione che gli individui fossero maggiormente scoraggiati dal commettere reati quando la probabilità di essere puniti fosse elevata, piuttosto che dall'entità della pena. Come ha dimostrato Becker [1968, 178], è questo il caso dell'individuo che ha preferenza per il rischio.

3. Giandomenico Romagnosi

Secondo Romagnosi [1835, 5], un grave limite nelle analisi degli economisti era costituito dal «divorzio delle dottrine economiche da quelle di *jus* pubblico e privato, per cui si ha un'economia senza freno e un diritto senza reale sanzione».

Infatti, «diritto [...] [è] la forza la più utile esercitata in società e per mezzo della società» [Romagnosi 1835, 7].

L'economia politica, d'altra parte, è «la scienza dell'ordine sociale delle ricchezze». È necessario, pertanto, «un raffronto fra i dettati dell'economia e i dogmi della morale e del diritto sentiti e sanzionati da tutte le buone civili legislazioni» [*ibidem*, 38].

Anche per Romagnosi, è «giusto» ciò che è utile. Egli sostiene, infatti, che questa indagine dovrebbe essere svolta «in prima in una maniera articolata, confrontando le rispettive conclusioni dell'economia e del diritto, indi deve essere fatto in una maniera complessiva, facendo nascere quella pubblica opinione e quella giuridica coscienza, che reclama come giusto ciò che venne dimostrato come desiderabile alla buona e ben ordinata convivenza» [*ibidem*].

Ne deriva che «i dettami del diritto vengono raccomandati e sanzionati dalla forza dei materiali e ben ordinati interessi» [*ibidem*].

Successivamente, sempre Romagnosi prevede per il futuro che «il diritto civile e l'economico pubblico verranno considerati come due rami della stessa scienza, di modo che amendue saranno garantiti con quell'opinione religiosa che viene ispirata dal sentimento della giustizia naturale» [*ibidem*, 78].

Osserva, infatti, Romagnosi che il «punto d'unione» tra l'economia ed il diritto era nello «scopo comune della giurisprudenza e dell'economia» [*ibidem*]. E prosegue: «L'utile giusto viene posto come scopo della giurisprudenza. Pareggiare fra i privati l'utilità, mediante l'inviolato e sicuro esercizio della comune libertà, forma la regola direttrice e pratica di questa giurisprudenza» [*ibidem*].

Più in dettaglio: «Il senso comune (almen nostro) colla qualificazione di *giusto* e di *ingiusto* ha sempre inteso d'indicare una relazione di conformità o di deformità di un dato atto o fatto con una data norma. L'uomo è un ente di fatto che può operare sì bene che male. Come mai può egli essere autore e misura del giusto e dell'ingiusto?» [*ibidem*, 80].

In conclusione, «l'allenza o dirò meglio l'associazione fra le dottrine economiche e le giuridiche, onde costituire una sola scienza ed un sol tutto, non è possibile senza l'unità dei principj della sociale convivenza, sanzionati dall'ordine reale e supremo della natura operante per se stesso come quello della sanità dei corpi».

Quando Romagnosi scriveva queste considerazioni, il codice civile era stato ormai introdotto nei paesi europei (continentali), con la conseguenza che gli studi di diritto e di economia si sarebbero sempre più distanziati. La sua formazione, tuttavia, era ancora quella del «diritto comune» e questo spiega la vicinanza della posizione teorica sua (e di Beccaria) alle moderne impostazioni di «Law and Economics».

Riferimenti bibliografici

- Andreano, R. e Sigfried, J. J. (a cura di) (1980), *The Economics of Crime*, New York, Wiley & Sons.
- Beccaria, C. (1764), *Dei delitti e delle pene* [anonimo e s.l.].
- Becker, G. S. (1968), *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in «Journal of Political Economy», marzo-aprile, pp. 169-217.
- Lupoi, M. (1993), *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in «Il Foro Italiano», vol. V, pp. 431-439.
- Posner R. A. (1979), *Some uses and Abuses of Economics in Law*, in «University of Chicago Law Review», 46, pp. 281-306.
- Rawls J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1991⁴.
- Romagnosi, G. D. (1835), *Collezione degli articoli di economia politica e statistica civile*, vol. X, Firenze, Piatti.