

Vittorio Pampanin

La dimensione espressiva degli enunciati normativi nella letteratura giuridica americana.

Sommario: 1. Introduzione – 2. L’analisi espressiva del diritto di tipo valutativo (o morale) – 3. (*segue*) Applicazioni dell’ottica espressiva nel diritto costituzionale – 4. (*segue*) Applicazioni dell’ottica espressiva nel campo della regolazione – 5. L’analisi espressiva di tipo consequenzialista – 6. (*segue*) Le molteplici spiegazioni della “funzione espressiva” delle norme – 7. La valenza di un approccio espressivo nell’analisi delle norme giuridiche

1. Introduzione

Può la legge avere una valenza “simbolica”, “espressiva” o “significativa”? Può la legge “inviare un messaggio”? E se sì, deve allora una legge essere valutata anche per ciò che essa simbolizza, esprime o comunica? Rispondere affermativamente a tutti questi interrogativi significa sostenere una teoria espressiva del diritto.

Nell’ambito della letteratura giuridica americana si è appunto sviluppato negli ultimi venti anni un importante indirizzo di pensiero che ha riconosciuto e valorizzato nell’analisi dei fenomeni giuridici la dimensione “espressiva” del diritto, intesa come la capacità delle norme giuridiche (ma anche in generale delle misure pubbliche) di trasmettere dei concetti, dei significati o più semplicemente di veicolare dei messaggi ben al di là di quanto emerga dalla semplice loro enunciazione testuale¹.

La radice di questo movimento è profonda e risale a scritti degli anni ’70 in cui la dimensione espressiva del diritto è stata colta per prima in materia penale, come emerge ad esempio nel lavoro di Joel Feinberg “*The expressive Function of Punishment*” del 1965, secondo cui la pena è essenzialmente “espressiva” in quanto essa possiede “un significato simbolico largamente mancante nelle altre forme di afflizione”².

¹ La bibliografia in argomento si presenta molto estesa; tra i contributi più recenti si vedano R.H. McAdams, *The Expressive Powers of Law: Theories and Limits*, Harvard University Press, 2015; A. Eisenberg, *Expressive Enforcement*, in *UCLA L. Rev.*, 2014, p. 858 e ss.; D.E. DePianto, *Sticky Compliance: An Endowment Account of Expressive Law*, in *Utah L. Rev.*, 2014, p. 327 e ss.; J.I. Turner, *The Expressive Dimension of EU Criminal Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2012, p. 555 e ss.; C. Bennett, *Political Theory And Criminal Punishment: Expressive Punishment and Political Authority*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2011, p. 285 e ss.; D. Keats Citron, *Law's Expressive Value in Combating Cyber Gender Harassment*, in *Mich. L. Rev.*, 2009, p. 373 e ss.; A. Geisinger, *A Theory of International Expressive Law*, in *Vand. L. Rev.*, 2007, p. 77 e ss.

² Cfr. J. Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in *Monist*, 1965, p. 397, ristampato in J. Feinberg, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, 1970, p. 98. L’articolo di Feinberg ha suscitato un acceso dibattito tra i penalisti, alcuni dei quali hanno confutato le sue tesi: vedi C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, 1987, pp. 41-46; M. Davis, *Punishment as Language: Misleading Analogy for Desert Theorists*, in *Law & Phil.*, 1991, p. 311 e ss.; M.S. Moore, *The Moral Worth of Retribution*, in F. Schoeman (a cura di), *Responsibility, Character, and*

L'affermarsi di quelle che gli stessi proponenti definiscono come vere e proprie "teorie espressive del diritto" è tuttavia riscontrabile solo a partire dagli anni '90, grazie alla popolarità acquisita dagli iniziali contributi di tre autori in particolare: Richard H. Pildes, Dan Kahan e Cass. R. Sunstein.

Nel suo lavoro *What Do Alternative Sanctions Mean?* Dan Kahan riprende in sostanza il filone di studi dedicato alla dimensione espressiva del diritto in ambito penale sostenendo che le usuali proposte di rimpiazzare la detenzione con sanzioni meno onerose, come le ammende o l'impiego in lavori socialmente utili, sarebbero poco persuasive perché ignorano la dimensione espressiva della pena: la detenzione simboleggia infatti una condanna morale mentre il messaggio comunicato dalle pene alternative esprime un biasimo di gran lunga inferiore³.

Richard H. Pildes formula invece una prima teoria espressiva in materia elettorale muovendo dalla decisione della Suprema Corte *Shaw v. Reno* che aveva annullato la modifica di un distretto elettorale introdotta per aumentare il potere di voto agli afro-americani. Pildes sottolinea che il governo non può infatti ridisegnare un distretto elettorale dando l'impressione che il criterio della razza sia prevalso su tutti gli altri valori tradizionalmente considerati in materia; secondo la Corte la delimitazione di alcuni distretti operata in modo bizzarro e irregolare suggerirebbe proprio quella impressione. Pildes rileva dunque come la decisione *Shaw v. Reno* condanni in sostanza quello che egli definisce come danno espressivo (*expressive harm*) prodotto dal messaggio sociale che il governo ha in tal modo veicolato⁴.

In lavori successivi lo stesso autore propone peraltro una teoria espressiva di più ampio respiro destinata ad abbracciare un esteso ventaglio di disposizioni costituzionali⁵, sostenendo che la dimensione espressiva dell'azione di governo giocherebbe un ruolo centrale, ma sottostimato nel diritto costituzionale in quanto consente di valutarne la legittimità sulla base dei valori che essa esprime e indipendentemente dalle conseguenze materiali che la stessa produce⁶.

the Emotions: New Essays in Moral Psychology, Cambridge University Press, 1987, pp. 179 e 181; altri le hanno invece difese e condivise: vedi R.A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, 1986, p. 233 e ss.; R. Nozick, *Philosophical Explanations*, Harvard University Press, 1981, p. 363 e ss.; J. Hampton, *Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution*, in *UCLA L. Rev.*, 1992, p. 1659 e ss.; I. Primoratz, *Punishment as Language*, in *Phil.*, 1989, p. 187 e ss.

³ Cfr. D.M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1996, pp. 597-601. L'autore riafferma l'idea che la risposta dello Stato ad una azione criminale debba comunicare "a linguistic message" (ad es. un messaggio di biasimo) in numerosi articoli successivi: cfr. Dan M. Kahan, *Social Influence, Social Meaning, and Deterrence*, in *Va. L. Rev.*, 1997, pp. 382-385; Id., *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, in *Mich. L. Rev.*, 1998, pp. 1639-1643; Id., *Punishment Incommensurability*, in *Buff. Crim. L. Rev.*, 1998, pp. 704-706; Id., *Social Meaning and the Economic Analysis of Crime*, in *J. Legal Stud.*, 1998, pp. 615-617; Id., *The Secret Ambition of Deterrence*, in *Harv. L. Rev.*, 1999, pp. 419-435.

⁴ Cfr. R.H. Pildes, R.G. Niemi, *Expressive Harms, "Bizarre Districts," and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances After Shaw v. Reno*, in *Mich. L. Rev.*, 1993, p. 483 e ss.

⁵ Cfr. R.H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in *Hastings L.J.*, 1994, p. 711 e ss.; Id., *Principled Limitations on Racial and Partisan Redistricting*, in *Yale L.J.*, 1997, p. 2505 e ss.

⁶ Cfr. R.H. Pildes, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, in *J. Legal Stud.*, 1998, pp. 760-762.

Dal canto suo Cass R. Sunstein sostiene la valenza espressiva del diritto a partire da un oggetto di indagine completamente diverso, ossia dal concetto di incommensurabilità riferito alle scelte dell'autorità pubblica. Secondo Sunstein alcune scelte pubbliche sarebbero incommensurabili nel senso che non è possibile paragonare il loro valore misurandolo in base ad un'unica scala, in particolare di tipo utilitaristico o di analisi costi-benefici⁷; ad esempio, come comparare in termini di costo la scelta tra proteggere una zona selvaggia e incontaminata o aprirla allo sviluppo commerciale? Scelte di questo tipo sono incommensurabili sulla base di una scala di valore utilitaristica poiché quest'ultima non può cogliere le considerazioni espressive che le giustificano.

Sunstein conclude per conseguenza che una società dovrebbe identificare il tipo di valori cui vuole attenersi e mantenerli fermi anche se le conseguenze delle scelte possano risultare oscure o imprevedibili⁸: una società dovrebbe ad esempio insistere a mantenere una legge anti-discriminazione per ragioni espressive anche qualora non sappia se da tale legge i membri delle minoranze ricevano effettivamente aiuto⁹.

La dimensione espressiva del diritto è stata peraltro indagata non soltanto sotto il profilo della legittimità e della correttezza dell'azione di governo o della legge che esprima dei significati in contrasto con i valori fondanti di una comunità (finalità questa che risulta centrale in particolare negli studi di Pildes ma che emerge anche in quelli di Sunstein), ma anche, come in seguito vedremo, secondo una diversa prospettiva, attenta alle conseguenze prodotte dal diritto sulla società e volta in particolare ad analizzare l'influenza della legge sulle norme sociali e per loro tramite sulle condotte dei consociati. È stato lo stesso Sunstein a promuovere questo cambio di prospettiva nell'ambito delle teorie espressive¹⁰, adottando la formula "*expressive function of law*" per identificare la funzione del diritto nell'esprimere valori sociali e nell'incoraggiare le norme sociali a muoversi in particolari direzioni¹¹.

⁷ Cfr. C.R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, in *Mich. L. Rev.*, 1994, p. 780 e ss.

⁸ In un articolo successivo scritto in collaborazione con Pildes in riferimento al più ampio tema della regolazione, Sunstein ripropone questi concetti affermando che *«policy choices do not just bring about certain immediate material consequences; they also will be understood, at times, to be important for what they reflect about various value commitments – about which values take priority over others, or how values are best understood»*: cfr. R.H. Pildes, C.R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1995, p. 66.

⁹ Cfr. C.R. Sunstein, *Incommensurability*, cit., p. 823.

¹⁰ Cfr. C.R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, in *Colum. L. Rev.*, 1996, p. 953, dove l'A. chiarisce in che termini egli vuole affrontare il tema dell'espressività del diritto sottolineando da un lato come *«An account of legitimate grounds for changes in norms will overlap a great deal with - and may even be reducible to - an account of the legitimate bases for governmental action»*, dall'altro come invece *«My purpose here is hardly to offer such an account»*.

¹¹ *Ibidem*, dove l'A. definisce la formula *«expressive function of law – a term that I use to identify the function of law in expressing social values and in encouraging social norms to move in particular directions»*; Id., *On the Expressive Function of Law*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1996, pp. 2024-2025, dove afferma: *«I explore the expressive function of law – the function of law in “making statements” as opposed to controlling behavior directly. I do so by focusing on the particular issue of how legal “statements” might be designed to change social norms»*. Sunstein aveva già fatto ricorso a questa formula anche in precedenza, ma per esprimere il diverso concetto per cui la funzione espressiva del diritto consisterebbe nel *«reflecting and communicating particular ways of valuing human goods»*: cfr. C.R. Sunstein, *Incommensurability*, cit., p. 780.

È dunque possibile osservare che se alcuni studiosi hanno sostenuto una concezione ampia, non consequenzialista della dimensione espressiva del diritto nel senso che ciò che rende una legge o un'azione pubblica giusta è il semplice fatto di esprimere valutazioni e atteggiamenti coerenti con dati valori, altri invece hanno sviluppato una concezione più limitata di tipo consequenzialista, che prende in esame gli effetti della legge oltre che il suo intrinseco carattere espressivo¹².

1. L'analisi espressiva del diritto di tipo valutativo (o morale)

La maggior parte degli autori che si sono occupati della dimensione espressiva del diritto lo ha fatto avendo come principale interesse quello di fornire delle teorie valutative o "moralì" delle norme: essi si sono cioè interessati alla valutazione degli enunciati legali alla luce del loro contenuto espressivo a prescindere dalla considerazione dei relativi effetti¹³. Semplificando si può dire che in base a una tale analisi espressiva del diritto l'attività normativa può essere considerata buona o cattiva, giusta o sbagliata, legittima o illegittima in funzione del messaggio da essa espresso¹⁴.

Queste teorie si interessano in particolare al modo in cui attraverso atti o enunciati vengono espressi degli atteggiamenti o delle prese di posizione nei confronti dei destinatari con riferimento a determinati valori fondamentali (il rispetto della persona, l'uguaglianza, le libertà...), suggerendo in sostanza che una scelta normativa può considerarsi veramente corretta soltanto se si esprime anche mediante modalità appropriate. Esse pertanto non valutano il perseguimento di certi scopi o l'utilizzo di certi mezzi espressivi, ma si preoccupano piuttosto di verificare se le modalità di espressione della norma risultino coerenti e adeguate rispetto alle finalità perseguite e ai valori considerati.

Ora il significato di un'espressione verbale scritta o anche di un semplice gesto può assumere valenze differenti a seconda del punto di vista preso in considerazione, se cioè quello delle intenzioni dell'attore/parlante o quello da attribuire all'enunciato secondo il suo senso comune¹⁵. Secondo gli espressivisti del diritto il significato di una

¹² Tale ricostruzione è proposta in questi termini da M.P. Vandenberg, *Essay the Social Meaning of Environmental Command and Control*, in *Va. Envtl. L. J.*, 2001, p. 201. L'esistenza di una connessione e di un'apparente "sovrapposizione" tra sostenitori della natura espressiva del diritto e sostenitori del ruolo del diritto nel definire le norme sociali viene peraltro già segnalata da M.D. Adler, *Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2000, pp. 1372-1373.

¹³ In tal senso cfr. M.D. Adler, *op. cit.*, pp. 1376-1377.

¹⁴ Le teorie espressive morali del diritto si sviluppano avendo come riferimento le teorie espressive dell'azione per poi estendere gli stessi principi alle enunciazioni giuridiche intese come azioni poste in essere da un soggetto collettivo quale è lo Stato: vedi E.S. Anderson, R.H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2000, p. 1506 e ss., in particolare 1510 e ss. dove ulteriormente si chiarisce come «*expressive norms regulate action by regulating the acceptable justifications for doing them*».

¹⁵ Per una riflessione generale sul significato linguistico e sulle sue sottocategorie cfr. S. Blackburn, *Spreading the Word: Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford University Press, 1984, p. 110 e ss.; R.M. Martin, *The Meaning of Language*, The MIT Press, 1987, p. 65 e ss.; A. Avramides, *Intention and Convention*, in B. Hale, C. Wright (a cura di), *A Companion to the Philosophy of Language*, Wiley-Blackwell, 1997, p. 60 e ss. Con specifico riferimento al diritto cfr. H.M. Hurd, *Sovereignty in Silence*, in

proposizione non dipende né dalle intenzioni del parlante né solamente dalla comprensione del destinatario. In particolare il significato espressivo di una disposizione normativa non può risiedere nella mente del legislatore o genericamente in quella del pubblico, ma dipende da come esso si relaziona con una serie di altre norme riconosciute e condivise dalla comunità¹⁶. Questo perché il significato (espressivo) di una norma non inerisce a quella norma considerata isolatamente, ma è il prodotto dell'interpretazione all'interno del complessivo contesto in cui è adottata e applicata: solo così è possibile attribuirle il suo corretto significato "sociale". In questo senso per cogliere il significato espressivo di un atto, questo va inserito in un contesto interpretativo che risulta costruito dalla società¹⁷.

Coloro che sostengono le teorie espressive del diritto non si limitano quindi a porre attenzione al significato "letterale" o comunque al significato che è ricavabile dagli enunciati sulla base delle comuni regole e convenzioni linguistiche, ma ritengono invece che le decisioni legali posseggano ulteriori significati, oltre quelli meramente descrittivi o prescrittivi.

In questo senso è stato sottolineato come gli espressivisti siano "tipicamente dualisti" (*typically dualist*)¹⁸: essi cioè sostengono che le formulazioni/enunciazioni legali non solo possano creare diritti, imporre doveri, garantire libertà ecc., ma che siano anche in grado di stigmatizzare, approvare, condannare, di manifestare rispetto o biasimo, o esprimere altri significati che non dipendono dall'esclusiva volontà/capacità di prescrivere.

Una manifestazione emblematica di questo "approccio" dualista emerge all'interno delle teorie espressive dall'elaborazione del concetto di *expressive harm*, cioè di danno espressivo, che un soggetto può subire quando è trattato secondo modalità che esprimono atteggiamenti negativi o inappropriati nei suoi confronti¹⁹. Ad esempio un'iniziativa dello Stato volta ad introdurre all'interno degli edifici pubblici settori separati per le persone di colore, oltre alla limitazione che provoca, manifesta innanzitutto un atteggiamento negativo, di disprezzo.

Ovviamente un soggetto può soffrire anche di un danno "non espressivo" alla propria persona, alle proprie cose, alla propria reputazione; anche questi eventuali danni sono importanti nella valutazione di una legge o di un'iniziativa pubblica, tuttavia essi non sono significativi nello stesso modo²⁰: mentre infatti il danno espressivo è frutto di una

Yale L. J., 1990, p. 945 e ss., spec. 953.

¹⁶ Cfr. L. Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1995, p. 949 e ss. ove riferendosi al significato espressivo in termini di *social meaning* l'A. spiega come egli ricorra al termine *social* «*not to distinguish social meaning from individual meaning (whatever that would be), or meaning more generally, but rather to emphasize its contingency on a particular society or group or community within which social meaning occurs*»: p. 952.

¹⁷ Cfr. C. Geertz, *"From the Native's Point of View": On the Nature of Anthropological Understanding*, in *On the Nature of Anthropological Understanding in Local Knowledge*, 2000, pp. 55, 58, 70.

¹⁸ In tal senso cfr. M.D. Adler, *Expressive Theories of Law*, cit., p. 1399.

¹⁹ Cfr. R.H. Pildes, *Why Rights Are Not Trumps*, cit., p. 75.

²⁰ Per una considerazione analoga in ambito penale cfr. D.M. Kahan, *Social Influence, Social Meaning and Deterrence*, cit., p. 383 dove l'A. chiarisce che «*Punishment does more than impose disutility on the offender; it also expresses the community's moral condemnation*» e che poiché differenti sanzioni

misura o di una prescrizione che manifesta una valutazione scorretta, il danno “non espressivo” ne è la sua conseguenza causale (come è nell’esempio di prima la limitazione fisica delle persone di colore dovuta all’introduzione di settori separati).

Secondo questa impostazione un’iniziativa pubblica o una legge viene considerata “sbagliata” per il solo fatto che essa esprima valutazioni non consentite, senza che si abbia riguardo ad ulteriori problematiche legate alle sue conseguenze materiali²¹. In questo senso dunque teorie espressive di questo tipo vengono anche definite non-conseguenzialiste²².

2. (segue) Applicazioni dell’ottica espressiva nel diritto costituzionale

L’analisi della dimensione espressiva del diritto ha trovato grande riscontro in particolare nel settore del diritto costituzionale, dove essa ha saputo fornire una migliore comprensione degli schemi decisionali seguiti dalla Corte Suprema americana nonché dei principi costituzionali che di volta in volta hanno trovato concreta applicazione²³.

In questo senso una lettura espressiva del diritto costituzionale mostra la sua particolare valenza in due tipi di evenienze: il primo si ha quando i giudici rilevano che la legge esaminata non ha causato danni materiali o altri danni e nondimeno la dichiarano illegittima per aver manifestato uno scopo o un orientamento incostituzionale; il secondo tipo si presenta invece quando vengono esaminate leggi che producono conseguenze simili, ma la Corte ne censura solo alcune: dato che le conseguenze causali sono le stesse, il discrimine tra queste leggi deve quindi risiedere altrove, ossia in considerazioni di natura espressiva²⁴.

Secondo gli studiosi la giurisprudenza incorpora dunque considerazioni di natura espressiva in almeno due modi. Da un lato la lettura espressiva dei principi costituzionali rende inammissibili tutte le leggi che manifestino atteggiamenti intollerabili: quelli che esprimono disprezzo, ostilità o inappropriato paternalismo verso gruppi razziali, etnici, religiosi. Dall’altro essa respinge leggi che dando peso a classificazioni sospette, esprimono una concezione divisiva dei consociati, una concezione cioè che rappresenti la loro appartenenza razziale, etnica, religiosa o di altro

posseggono diverso potere espressivo allora «*a community that cares about deterrence ought to concern itself not just with how much pain different punishments impose and how many dollars they cost, but also with how forcefully they communicate society's condemnation*».

²¹ In argomento cfr. B. Williams, *A Critique of Utilitarianism*, in J.J.C. Smart, B. Williams (a cura di), *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge University Press, 1973, pp. 108-109, ove si osserva che spesso le persone rifiutano di compiere un atto spiacevole anche se il loro rifiuto può comportare conseguenze peggiori.

²² Cfr. M.P. Vandenbergh, *Essay the Social Meaning*, cit., p. 201. Cfr. anche A. Strudler, *The Power of Expressive Theories of Law*, in *Md. L. Rev.*, 2001, p. 495, dove descrive le caratteristiche delle teorie espressive del diritto in contrapposizione a quelle consequenzialiste, evidenziando come queste ultime non siano in grado di cogliere gli stessi profili di cui sono capaci le prime.

²³ In materia costituzionale respinge considerazioni di natura espressiva in favore di un approccio consequenzialista L. Alexander, *Constitutional Theory and Constitutionally Optional Benefits and Burdens*, in *Const. Commentary*, 1994, p. 287.

²⁴ Cfr. E.S. Anderson, R.H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, cit., pp. 1532.

tipo come più importante della comune identità come cittadini e che lasci quindi intendere come la prima possa giocare un ruolo determinante nei processi decisionali²⁵.

Entrambe queste applicazioni caratteristiche di una teoria espressiva del diritto emergono chiaramente dall'analisi di alcuni casi giurisprudenziali inerenti sia alla *Equal Protection Clause* ossia al principio di uguaglianza della Costituzione americana²⁶, sia alla *Establishment Clause*²⁷.

Per chiarire la problematica connessa all'utilizzo del principio di uguaglianza, in particolare con riguardo a distinzioni di natura razziale, viene spesso fatto riferimento ai casi di misure di modifica dei distretti elettorali.

Un primo esempio emblematico è dato dalla sentenza *City of Richmond v. United States*²⁸. Con essa la Suprema Corte riconosce che la struttura dei distretti elettorali in esame, anche dopo alcune contestate annessioni territoriali, continua a soddisfare completamente i requisiti richiesti affinché non vi siano effetti discriminatori²⁹; secondo un'ottica meramente consequenzialista, per cui il principio di uguaglianza si occuperebbe soltanto delle conseguenze materiali della vicenda, la pronuncia dovrebbe concludersi con un giudizio di legittimità. Invece la Corte si spinge oltre per sostenere che, quando è presente un fine discriminatorio, le annessioni devono essere invalidate anche se tutti i loro effetti legali sono accettabili, poiché «*acts generally lawful may become unlawful when done to accomplish an unlawful end*».

Nelle disposizioni sindacate la Corte ravvisa una "pesante offesa razziale" (*gross racial slurs*) e la "spogliazione" di diritti (*despoiling*) di un gruppo di cittadini, attribuendo così ad esse un significato negativo e degradante. Nell'affrontare una delle poche leggi con finalità discriminatorie ma senza effetti discriminatori, sia la posizione assunta dalla Corte sia il linguaggio da essa utilizzato per sostenerla confermano dunque che a rendere incostituzionale una legge o una disposizione sono i danni espressivi che essa produce, ossia il messaggio che essa esprime anche a prescindere dai suoi esiti³⁰.

²⁵ Ivi, p. 1534.

²⁶ In argomento cfr. C.R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in *Duke L. J.*, 1990, pp. 438-357; R.H. Pildes, R.G. Niemi, *Expressive Harms*, cit., p. 483 e ss.; D. Hellman, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, in *Minn. L. Rev.*, 2000, p. 1 e ss.

²⁷ In tema cfr. S.D. Smith, *Symbols, Perceptions, and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test*, in *Mich. L. Rev.*, 1987, p. 266 e ss.; D.L. Beschle, *The Conservative as Liberal: The Religion Clauses, Liberal Neutrality, and the Approach of Justice O'Connor*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1987, p. 151 e ss.; W.P. Marshall, *"We Know It When We See It": The Supreme Court and Establishment*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1986, p. 495 e ss.

²⁸ Cfr. *City of Richmond, Virginia v. United States*, 422 U.S. 358, 363 (1975). Nel 1970 la popolazione della città di Richmond era per il 52 per cento di colore e il consiglio comunale era composto da nove membri eletti in un'unica circoscrizione cittadina. A seguito di alcune contestate annessioni territoriali la percentuale di persone di colore nella città scendeva al 42 per cento e le regole elettorali venivano modificate in modo da eleggere i rappresentanti sulla base di più circoscrizioni individuali, di cui 4 a larga maggioranza di persone di colore. Questo cambiamento ha comportato che il potere di voto delle persone di colore fosse (comunque) proporzionato alla loro popolazione all'interno della città.

²⁹ I giudici sostengono infatti che dal momento che la struttura elettorale post annessioni riflette correttamente il livello del potere di voto della popolazione di colore, non si può ritenere che le annessioni abbiano prodotto un effetto discriminatorio.

³⁰ Analoga considerazione emerge implicitamente nel caso *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222, 232 (1985) in cui viene sindacata una previsione della costituzione dello Stato dell'Alabama che disponeva la

Altri esempi significativi riguardano casi di modifiche dei distretti elettorali fondate sul fattore razziale, senza che peraltro il potere di voto della popolazione di colore ne venisse diminuito o diluito. Talvolta la Corte ha ammesso questa suddivisione delle circoscrizioni elettorali fondata sulla componente razziale trattandosi di circoscrizioni ragionevolmente omogenee; l'ha invece esclusa in presenza di circoscrizioni disegnate in modo artificioso e arbitrario. In una importante pronuncia la Corte ha in particolare così stabilito che quando una legge «subordina a considerazioni razziali i principi in materia di definizione delle circoscrizioni elettorali che tradizionalmente sono indifferenti al fattore razziale, tanto che queste considerazioni diventano predominanti la Costituzione è violata»³¹. Ciò che incide nel diverso giudizio della Corte non sono dunque conseguenze di natura materiale, che come visto non sussistono, ma quelle di tipo espressivo: certe modalità di definire le circoscrizioni possono trasmettere il messaggio che le preferenze elettorali riflettano l'appartenenza razziale, esprimendo dunque, nell'ottica della Corte, una concezione incostituzionale del ruolo della razza nel disegno delle istituzioni democratiche³².

Esempi analoghi si hanno in relazione alla *Establishment Clause*, che impone di non manifestare apprezzamento o di non dare aiuto ad una religione rispetto ad un'altra così da evitare il rischio di creare divisioni tra i consociati per ragioni religiose o di avvantaggiare una religione su un'altra.

In questo senso consentire la collocazione di una rappresentazione religiosa (presepe) su suolo pubblico, viene considerato incostituzionale, anche se ciò non comporta alcun significativo aiuto ad una data religione o un trattamento differenziato tra i suoi aderenti e gli altri cittadini poiché in quel modo viene diffuso un messaggio di approvazione per quella determinata religione e di minor considerazione per i non aderenti.

In altre occasioni, per converso, la Corte ha invece considerato costituzionali leggi che avevano disposto l'esenzione dal pagamento delle tasse per le organizzazioni religiose in genere, cioè leggi che avevano come principale effetto quello di agevolare il fenomeno religioso, e che dunque in base ad un test puramente consequenzialista avrebbero anche potuto essere considerate in contrasto con la *Establishment Clause*. Invero ciò che è ritenuto decisivo per il sindacato di legittimità è che la legge non abbia

privazione dei diritti civili di coloro che fossero condannati per crimini concernenti la turpitudine morale. Tale previsione aveva avuto un impatto razziale grandemente sproporzionato a danno delle persone di colore, inducendo la Corte ad affermare che fosse stata adottata per motivi razzisti. Tuttavia con il passare del tempo si era venuta a creare una discrepanza tra le finalità originarie della legge e le conseguenze effettivamente prodotte, portando ad un impatto razziale molto inferiore se pur significativo nel presente. Nonostante ciò la Corte dichiara all'unanimità l'illegittimità di quella norma per le sue originarie finalità razziali indipendentemente dalle conseguenze materiali attualmente prodotte.

³¹ Cfr. *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 916 (1995).

³² Considerazioni simili a quelle emerse nei casi delle circoscrizioni elettorali ispirano il differente trattamento riservato dalla Corte suprema alle modalità di accesso all'università intese a favorire la pluralità razziale: mentre non viene consentito un sistema basato su quote, è invece ammessa la previsione di corsie preferenziali. Da un punto di vista consequenzialista, attento cioè solo alle conseguenze prodotte, l'alternativa sarebbe di per sé indifferente: una volta che il fattore razziale viene preso in considerazione poco importa se ciò avvenga in un modo o in un altro. Cfr. *Regents of the University of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 315-19 (1978).

l'effetto di comunicare un messaggio di approvazione o disapprovazione per una data confessione; solo ove la legge ha questo effetto, intenzionale o meno che sia, la religione diventa un fattore discriminante nella percezione pubblica.

Una lettura in ottica espressiva di disposizioni normative o di iniziative pubbliche rende così più semplice comprendere in che senso anche la forma può avere una rilevanza morale e legale³³. La forma in questo senso rileva non per un mero interesse esteriore: differenti modi di formulare una disposizione o una misura possono esprimere messaggi più o meno rispondenti al ruolo appropriato che deve essere attribuito secondo i principi costituzionali alla razza o alla religione nella vita pubblica.

Più in generale è impensabile che un ordinamento giuridico non distingua tra le forme attraverso cui le disposizioni possono essere adottate: ciò perché i valori sottostanti che la legge cerca di proteggere, sia in ambito costituzionale che altrove, richiedono per la loro stessa tutela che le disposizioni siano assunte in modi che esprimano rispetto per quei valori³⁴.

Un'appropriata considerazione della forma nel diritto non deve dunque essere identificata con il formalismo giuridico concernente l'applicazione di regole legali, categorie, concetti e forme senza aver riguardo per gli scopi o i valori che si intendono soddisfare o tutelare. Una visione espressiva al contrario presta attenzione proprio a quegli scopi e a quei valori, mentre l'attenzione che essa rivolge alla forma non richiede affatto che quest'ultima debba essere applicata in un modo rigido o meccanico³⁵.

3. (segue) Applicazioni dell'ottica espressiva nel campo della regolazione

Alcuni studiosi hanno proposto di applicare una visione espressiva del diritto anche con riferimento al campo della regolazione o, meglio, hanno operato qualche tentativo in tal senso a partire da una critica alla tradizionale valutazione della regolazione in termini di costi-benefici che andrebbe sostituita in alternativa da una valutazione incentrata sulla dimensione espressiva³⁶. Secondo questa impostazione il limite degli approcci alle scelte di regolazione basati sull'analisi costi benefici è che essi si concentrano necessariamente sulle conseguenze quantitative o materiali prodotte da tali scelte mentre non riescono a tenere in considerazione le loro dimensioni espressive.

Per dimensione espressiva di una determinata scelta pubblica si intendono come sopra visto i valori che la stessa consente di riconoscere e di considerare come suoi obiettivi, nello specifico contesto in cui è adottata³⁷. In questo senso nella valutazione delle scelte di regolazione pubblica si devono prendere in considerazione non soltanto i

³³ Cfr. L. Katz, *Form and Substance in Law and Morality*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1999, pp. 568-579, ove si sottolinea che le regole giuridiche e morali sono espressive attraverso le differenze di forma con cui un'iniziativa o una disposizione viene assunta.

³⁴ Cfr. E.S. Anderson, R.H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, cit., p. 1564.

³⁵ Cfr. R.H. Pildes, *Forms of Formalism*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1999, p. 607.

³⁶ In tal senso cfr. M.D. Adler, *op. cit.*, p. 1447, che si riferisce in particolare agli scritti di Richard H. Pildes, Elisabeth S. Anderson, e Cass R. Sunstein. In argomento cfr. anche M.P. Vandenberg, *Essay The Social Meaning*, p. 202.

³⁷ Cfr. R.H. Pildes, C.R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, cit., p. 66.

benefici materialmente conseguenti, ma anche quelli simbolici: una decisione può essere importante non solo per le conseguenze che direttamente determina, ma anche per il fatto che rappresenta o simbolizza l'osservanza di determinati principi³⁸.

Il punto di partenza della proposta di valorizzare la dimensione espressiva della regolazione è suggerito dal fatto che, stante l'esistenza di una pluralità di valori pubblici che possono venire in rilievo nell'adozione di una scelta, alcuni di essi si mostrano incommensurabili con altri, nel senso che, essendo considerati di rilievo incomparabilmente più elevato, il loro rispetto è espresso attraverso il rifiuto di ogni bilanciamento o contemperamento³⁹. Questo tipo di scelta non può essere spiegato esclusivamente adottando una scala di preferenza consequenzialista, cioè in termini di conseguenze prodotte, ma impone di prendere in adeguata considerazione anche le ulteriori valutazioni che intervengono nell'influenzare le scelte e che ne determinano il significato espressivo⁴⁰.

Una riprova di ciò si ha chiaramente in materia ambientale ove si possono osservare alcuni fenomeni che difficilmente troverebbero spiegazione in base ad un approccio ad esempio utilitarista.

È infatti comune constatare da un lato come non poche persone considererebbero un'offesa la proposta di accettare denaro per consentire un certo livello di deterioramento ambientale e come le stesse persone sostengano infatti che i beni ambientali hanno un valore infinito o che lo sforzo per tutelarli non dovrebbe essere negoziato in favore di altri pur importanti valori, ma dovrebbe avvenire "indipendentemente dal costo"⁴¹.

Più in generale si osserva come, allorché siano in gioco valori riconosciuti particolarmente importanti (l'ambiente, la salute, la dignità umana...), il loro confronto con altri valori viene considerato inappropriato o immorale in quanto un tale accostamento esprimerebbe un degrado o uno svilimento del valore ritenuto superiore⁴². Questo spiega come alcune scelte pubbliche vengono sostenute proprio in quanto riflettono una sorta di "assolutismo ambientale" che si manifesta ad esempio nelle disposizioni sulla tutela delle specie in pericolo le quali, proibendo ogni bilanciamento salvo che in rare eccezioni, avrebbero la capacità di comunicare un significato pregnante in quanto assunte a simbolo di una corretta concezione della relazione tra esseri umani e ambiente⁴³. Per converso altre misure ambientali, come i sistemi di regolazione delle emissioni attraverso il commercio dei c.d. "certificati verdi", risultano non di rado contestate in quanto rifletterebero una valutazione inappropriata dei beni ambientali, veicolando il messaggio che essi sono normali beni di consumo di cui è

³⁸ In tal senso cfr. R. Nozick, *Nature of Rationality*, Princeton, 1993, p. 28.

³⁹ Cfr. M.D. Adler, *op. cit.*, pp. 1449-1450.

⁴⁰ Cfr. R.H. Pildes, E.S. Anderson, *Slingshot Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics*, in *Colum. L. Rev.*, 1990, p. 2146.

⁴¹ Cfr. C.R. Sunstein, *Incommensurability*, cit. p. 835.

⁴² Cfr. R.H. Pildes, E.S. Anderson, *op. cit.*, p. 2150.

⁴³ Cfr. C.R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, cit. p. 2046.

possibile disporre a fronte di un certo prezzo⁴⁴.

Si tratta di fenomeni che possono riflettere irrazionalità, confusione, scarso inquadramento di importanti questioni, esercizio di potere da parte di gruppi di interesse, o pura e semplice casualità, ma secondo un'ottica che valorizza la dimensione espressiva del diritto è possibile confermare che la valutazione sociale dei beni ambientali dipende dalla considerazione che i diversi beni sociali non debbano essere valutati secondo la stessa scala di misura, ma secondo criteri differenti e più appropriati. Molte apparenti anomalie così svaniscono o diventano più facilmente comprensibili in quanto in un'ottica espressiva il rifiuto di accettare certi compromessi riflette ed esprime proprio questo tipo di giudizio⁴⁵.

Altro esempio di come può assumere rilevanza la dimensione espressiva di una scelta pubblica si manifesta, tra gli altri, con riferimento alle misure attinenti alle attività produttive o commerciali, che spesso comportano difficili bilanciamenti tra gli interessi dei lavoratori e quelli dei consumatori. Si pensi alla decisione di abbassare tariffe protettive (dazi) che potrebbe incidere negativamente sugli attuali lavoratori, mettendo a rischio i loro posti di lavoro, mentre potrebbe migliorare il benessere dei consumatori, rendendo i prodotti disponibili ad un prezzo inferiore. Supponendo che in situazioni del genere i regolatori abbiano ripetutamente privilegiato gli interessi dei consumatori, questa circostanza potrebbe dare ai lavoratori coinvolti la sensazione che, in ogni caso, la comunità politica stia subordinando i loro interessi a quelli di altri. Dovendo nuovamente affrontare un simile conflitto, potrebbe ben essere razionale ed opportuno da parte dei decisori pubblici optare per una soluzione che valuti con maggiore attenzione gli interessi dei lavoratori rispetto a quelli dei consumatori; e ciò anche se in termini di costi-benefici aggregati, i vantaggi dei lavoratori risultassero inferiori ai danni subiti dai consumatori. Una tale scelta risulterebbe giustificata proprio perché in grado di riflettere la convinzione sociale che gli interessi dei lavoratori vanno presi in seria considerazione.

L'esempio evidenzia come la considerazione per i valori che risultano espressi attraverso le scelte di regolazione – ovverosia le dimensioni espressive delle scelte pubbliche – sia di per sé un aspetto che deve essere tenuto adeguatamente in conto da parte dei regolatori⁴⁶. Questi aspetti espressivi o simbolici sono rilevanti in molti contesti regolatori al pari di altri aspetti che condizionano le scelte pubbliche: ciò che fa un'attività di regolazione è infatti almeno in parte, interpretare definire e promuovere interessi e valori comuni. Le decisioni di oggi condizionano anche i significati e le soluzioni delle scelte future⁴⁷.

Dunque gli atti di regolazione, come ad esempio i programmi pubblici di determinati settori, non forniscono soltanto una disciplina di servizi, ma manifestano anche una

⁴⁴ In argomento cfr. S. Kelman, *What Price Incentives?: Economists and the Environment*, 1982, p. 27-28, ove si sottolinea come una società fallisce nell'adottare misure che stigmatizzano una condotta inquinante per promuovere delle politiche ambientali quando esse si basano su incentivi economici.

⁴⁵ Cfr. C.R. Sunstein, *Incommensurability*, cit. p. 837.

⁴⁶ Cfr. R.H. Pildes, C.R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, cit., pp. 67-68.

⁴⁷ Cfr. R.H. Pildes, C.R. Sunstein, *op. cit.*, p. 70.

qualche valenza espressiva, contribuendo a creare su certi temi una coscienza pubblica, o favorendo la comprensione dei programmi pubblici e con ciò la loro attuazione⁴⁸.

Più in generale, queste considerazioni aiutano a chiarire perché quando viene valutata una norma giuridica ci si deve anche chiedere se essa esprima una valutazione appropriata di un evento, una persona, un gruppo o un'attività. Le dimensioni espressive delle norme giuridiche sono infatti significative e operano su un piano che non coincide con quello degli effetti sociali prodotti: una società può individuare valori cui attenersi e promuoverli per il solo fatto che li ritenga giusti, indipendentemente dalle effettive conseguenze che la loro promozione può comportare⁴⁹.

4. L'analisi espressiva del diritto di tipo consequenzialista

Nell'ambito degli studi che valorizzano la dimensione espressiva del diritto intesa come la sua capacità di "fare affermazioni", che va oltre quella di condizionare direttamente i comportamenti, si incontra, accanto all'impostazione sin qui vista che valuta una legge esclusivamente in riferimento al senso dei suoi enunciati, un ulteriore orientamento, secondo cui una norma deve essere valutata non tanto o, meglio, non soltanto in base a ciò che essa esprime, ma piuttosto in base alle conseguenze che ne derivano⁵⁰. In questo senso certi enunciati ed espressioni sarebbero da considerarsi preferibili nella misura in cui essi producano in definitiva delle migliori conseguenze⁵¹.

Secondo questo diverso approccio l'attenzione alle conseguenze delle disposizioni normative ha il merito di ridurre il volume e l'intensità dei contrasti politici spostando il dibattito da valori fondamentali a questioni che possono essere soggette, almeno in linea di principio, a verifiche empiriche. Questo aspetto rappresenterebbe dunque un elemento importante a favore di una considerazione del diritto incentrata sulle sue conseguenze, spiegando almeno in parte anche le ragioni di attrattiva di una impostazione utilitarista⁵².

Si noti che in quest'ottica la "dimensione espressiva" del diritto viene intesa più propriamente come la sua "funzione espressiva", cioè come la capacità di esprimere

⁴⁸ In tal senso cfr. R.H. Pildes, *The New Public Law: The Unintended Cultural Consequences of Public Policy: A Comment on the Symposium*, in *Mich. L. Rev.*, 1991, p. 936 e ss., p. 942.

⁴⁹ Cfr. C.R. Sunstein, *Incommensurability*, cit., p. 820.

⁵⁰ Cfr. R.H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, in *Or. L. Rev.*, 2000, p. 373, ove molto chiaramente si sostiene che «*law matters for what it says in addition to what it does*».

Tra i numerosi contributi in materia, relativi ai più diversi settori giuridici, si vedano O.H. Dombalagian, *The Expressive Synergies Of The Volcker Rule*, in *B.C. L. Rev.*, 2013, p. 469 e ss.; J.C. Fromer, *Expressive Incentives In Intellectual Property*, in *Va. L. Rev.*, 2012, p. 1745 e ss.; S. Yeh, *Laws and Social Norms: Unintended Consequences of Obesity Laws*, in *U. Cin. L. Rev.*, 2012, p. 173 e ss.; M. Wittlin, *Buckling Under Pressure: An Empirical Test of the Expressive Effects of Law*, in *Yale J. on Reg.*, 2011, p. 419 e ss.; M.A. Christiansen, *A Great Schism: Social Norms and Marijuana Prohibition*, in *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 2010, p. 229 e ss.; T.R. Holbrook, *The Expressive Impact of Patents*, in *Wash. U. L. Rev.*, 2006, p. 573 e ss.; R.H. McAdams, *The Expressive Power of Adjudication*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2005, p. 1043 e ss.

⁵¹ Cfr. C.R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, cit., pp. 2025-2026.

⁵² In questi termini cfr. C.R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, cit. p. 964, nota 233.

concetti e significati allo scopo di modificare e orientare le norme sociali⁵³; con la conseguenza che, ogni apprezzamento delle affermazioni contenute in una disposizione di legge dovrebbe essere fondato non semplicemente sul valore intrinseco delle stesse, ma anche su una valutazione dei possibili effetti nei confronti delle norme sociali ovvero su valutazioni ponderate delle relative conseguenze⁵⁴.

Un tale approccio espressivo si inquadra nel più ampio filone di studi che si occupa degli effetti del diritto sulle norme sociali e quindi dei rapporti tra norme legali e norme sociali, un settore che è stato indagato in particolare dagli studiosi di *law and economics* e che si concentra appunto sui problemi della c.d. gestione delle norme sociali (*norms management*)⁵⁵. In questo ambito, noto come *Law and Economics of Norms* (LEN), si sono manifestati orientamenti diversi circa il modo di configurare la relazione tra regole formali/legali e norme (sociali)⁵⁶, con riferimento a parametri di efficacia e di effettività delle norme; e peraltro anche alcuni studiosi che si sono occupati della funzione espressiva della legge hanno prestato la medesima attenzione alla modalità con cui il diritto può ridefinire le norme sociali, così da incrementare il livello di osservanza all'ordinamento da parte dei consociati⁵⁷.

È risaputo che le norme sociali possono essere definite come regole di condotta condivise e approvate in una determinata comunità, anche se non sancite dal diritto: in altre parole esse rappresentano i comportamenti che normalmente ci si aspetta dagli altri soggetti in determinate situazioni⁵⁸. Si pensi per esempio al galateo, che contiene tutta una serie di norme sui comportamenti considerati dovuti in vari contesti; ed invero si riscontrano norme sociali per quasi ogni aspetto della vita di relazione. Tanto più una norma sociale o di costume è radicata e condivisa nell'ambito di una comunità, tanto più

⁵³ Ivi, p. 964, ove si afferma che «many laws have an expressive function. They "make a statement" about how much, and how, a good or bad should be valued. They are an effort to constitute and to affect social meanings, social norms, and social roles. Most simply, they are designed to change existing norms and to influence behavior in that fashion».

⁵⁴ In tal senso cfr. C.R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, cit., p. 2045.

⁵⁵ Per una ricostruzione dei principali orientamenti cfr. Y. Feldman, J. Nadler, *Expressive Law and File Sharing Norms*, in *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 05-18, Northwestern University School of Law, 2005, p. 15 e ss.

⁵⁶ Un primo orientamento sostiene che le norme giuridico-formali esercitino un impatto distruttivo sul contenuto e la funzione di quelle sociali: vedi tra gli altri M.A. Cohen, *Norms Versus Laws: Economic Theory and the Choice of Social Institutions*, in K.J. Koford, J.B. Miller (a cura di), *Social Norms & Economics Institutions*, University of Michigan Press, 1991, p. 95 e ss.; E.A. Posner, *The Regulation Of Groups: The Influence of Legal and Non legal Sanctions on Collective Action*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1996, p. 133 e ss.; L. Bernstein, *Merchant Law In A Merchant Court: Rethinking The Code's Search For Immanent Business Norms*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1996, p. 1765; B.S. Frey, *Institutions and Morale: the Crowding-Out Effect*, in A. Ben-Ner, L. Putterman (a cura di), *Economics Values & Organisation*, Cambridge University Press, 1998, p. 437 e ss. Un secondo orientamento, peraltro minoritario, sostiene invece che l'effetto della legge sulle norme sociali sia minimo: vedi in particolare R.A. Kagan, N. Gunnigham, D. Thornton, *Explaining Corporate Environmental Performance: How Does Regulation Matter?*, in *Law. & Soc'y Rev.*, 2003, p. 51 e ss.; J.M. Darley, K.M. Carlsmith, P. Robinson, *The Ex Ante Function of the Criminal Law*, in *Law & Soc'y Rev.*, 2001, p. 165 e ss.

⁵⁷ Per una puntuale ricostruzione della letteratura in argomento cfr. R.H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, in *Mich. L. Rev.*, 1997, pp. 339-350.

⁵⁸ Cfr. R. Cooter, *Expressive Law and Economics*, in *J. Legal Stud.*, 1998, p. 587.

essa è in grado di condizionare i comportamenti dei consociati⁵⁹, dando così soluzione ai c.d. problemi di azione collettiva⁶⁰.

Il meccanismo che assicura ad una regola sociale di trovare attuazione è rappresentato dall'imposizione di "sanzioni sociali" come la disapprovazione e il corrispondente sentimento di vergogna suscitato in coloro che violano detta regola, o addirittura, in una modalità più estrema, da una vera e propria forma di esclusione sociale; queste sanzioni rappresentano un'importante forza motivazionale che induce le persone a seguire i comportamenti richiesti dalla norma⁶¹.

Per questo alcuni studiosi ritengono che attraverso la dimensione espressiva della legge sia possibile modellare il comportamento intervenendo su dette regole sociali sia per modificarle, ove queste siano considerate inadeguate o negative, sia per crearne di nuove, ove esse risultino invece del tutto assenti, in modo da raggiungere gli scopi che il legislatore si è prefissato⁶².

In altri termini viene riconosciuta agli enunciati normativi la capacità di esprimere valutazioni o prese di posizione che possono cambiare la percezione dei consociati in ordine a ciò che sia giusto o sbagliato, opportuno o inopportuno ovvero più in generale a quali atteggiamenti condividere e quali invece disapprovare, indipendentemente dal tenore prescrittivo delle disposizioni, ossia a prescindere dalle conseguenze direttamente disposte dalla legge⁶³. Il messaggio espressivo veicolato dalla legge e percepito dai destinatari può cioè innescare dei cambiamenti nel modo di valutare certi atteggiamenti e certe condotte da parte della comunità, tanto da determinare la creazione di nuove norme sociali o da orientare diversamente quelle già esistenti, condizionando in tal modo i comportamenti degli individui⁶⁴.

⁵⁹ Questo profilo viene evidenziato per primo in R.C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991, in cui l'A. spiega come in una specifica comunità della California (Shasta County) le controversie legate ai danni prodotti dal passaggio incontrollato del bestiame sulle terre altrui vengono risolte dai proprietari esclusivamente sulla base di norme sociali consolidate, senza quindi alcun ricorso a regole formalizzate in disposizioni di legge.

⁶⁰ I problemi di azione collettiva vengono generalmente affrontati nell'ottica della cooperazione tra i consociati: vedi ad esempio D. Chong, *Collective Action and the Civil Rights Movement*, 1991; R. Hardin, *Collective Action*, 1982; Mancur Olson, Jr., *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 1965; E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1990.

⁶¹ Cfr. C.R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, cit., pp. 2029-2030, ove si osserva peraltro come l'operatività più efficace delle norme sociali avviene *ex ante*, per cui la semplice aspettativa della vergogna – vista come una sorta di tassa sociale, a volte molto alta – è normalmente sufficiente a produrre conformità alla norma.

⁶² Cfr. L. Lessig, *op. cit.*, p. 956, dove si afferma che «*If social meanings exist, they are also used. They not only constitute, or guide, or constrain; they are also tools--means to a chosen end, whether an individually or collectively chosen end.*».

⁶³ Cfr. P.H. Huang, Ho-Mou Wu, *More Order Without More Law: A Theory of Social Norms and Organizational Cultures*, in *J.L. Econ. & Organisation*, 1994, pp. 390-391, ove si sottolinea come «*the scope of law and economics can be expanded by incorporating the role of emotions into the study of how social order can be maintained without further law.*».

⁶⁴ Si dimostra critico rispetto a questa impostazione R.E. Scott, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*, in *Va. L. Rev.*, 2000, p. 1603 e ss., ove si afferma che «*a rational choice theorist offers an alternative explanation in which the law "expresses" something only in a Bayesian sense*» e più precisamente che gli effetti che gli espressivisti attribuiscono alla legge «*can be analyzed in terms of*

Un esempio spesso utilizzato da questi espressivisti si riferisce ad una condotta largamente diffusa e ritenuta dannosa per il benessere della comunità come è quella del fumare, comportamento che il legislatore può essere interessato a regolare per esigenze di tutela della salute; modificare questa condotta sociale può invero risultare difficile o per il significato attraente che ad essa viene associato in certi contesti (ad esempio quale dimostrazione di indipendenza, di ribellione o di spavalderia da parte dei giovani), oppure più semplicemente perché ad essa non è associato nessun giudizio negativo da parte della comunità⁶⁵. Una legge che si limitasse ad imporre il divieto di fumare non riuscirebbe ad essere veramente efficace, cioè a determinare un rilevante calo del numero di fumatori, perché da un lato non farebbe altro che rinforzare proprio quei significati “trasgressivi” che rendono la condotta diffusa tra i giovani, dall’altro esprimerebbe un giudizio di valore che, non essendo necessariamente condiviso dal contesto sociale, potrebbe venire sostanzialmente disatteso.

Diversamente, ricorrendo ad opportuni enunciati, la legge potrebbe invece cercare di rappresentare quel comportamento negativo come la manifestazione di una debolezza personale o di una mancanza di rispetto per gli altri o di una scarsa cura personale, facendo cioè leva su altri valori condivisi⁶⁶, così da cambiare la percezione sociale della condotta che si vuole modificare, ottenendo che gli stessi soggetti si sentano incentivati a cambiare i propri comportamenti; e ciò indipendentemente dalle conseguenze dirette delle prescrizioni normative⁶⁷.

L’attenzione per la dimensione espressiva della legge si rivolge in sostanza alla sua capacità di condizionare i comportamenti dei consociati anche senza ricorrere a qualche

changes in the costs and benefits of particular behaviors. On this account, the role of norms is to provide information to the actor about the external environment. Information is both valuable and costly, so rational choice theory would predict that people would engage in investments to acquire such norm-related information up to the point where marginal return equals marginal cost».

⁶⁵ Il ricorso alla tematica del fumo per affrontare la dimensione espressiva della legge rappresenta uno strumento argomentativo tipico nella letteratura in argomento: cfr. ad esempio R.A. Kagan, J.H. Skolnick, *Banning Smoking: Compliance Without Enforcement*, in R.L. Rabin, S.D. Sugarman (a cura di), *Smoking Policy: Law, Politics, And Culture*, 1993, p. 69 e ss.; L. Lessig, *op. cit.*, p. 1025 e ss.; C.R. Sunstein, *On Expressive Function of Law*, cit., p. 2033 e ss.; Id., *Social Norms and Social Roles*, cit., p. 918 e 951-952; R.H. McAdams, *op. cit.*, p. 346; Id., *A Focal Point Theory of Expressive Law*, in *Va. L. Rev.*, 2000, p. 1714 e ss.; D. Dharmapala, R.H. McAdams, *The Condorcet Jury Theorem and the Expressive Function of Law: A Theory of Informative Law*, in *Am. L. & Econ. Rev.*, 2003, pp. 7-11.

⁶⁶ In relazione alle modalità cui si può ricorrere per determinare un cambiamento nella percezione di certi comportamenti all’interno di una comunità cfr. L. Lessig, *op. cit.*, p. 1009 e ss., ove si identificano alcune tecniche definite “semiotiche” ossia volte a incidere direttamente sul significato attribuito a certe condotte. Una di queste è il c.d. *tying*, cioè “legare” o associare ad una particolare condotta un significato ulteriore che sia però conforme a quanto il legislatore vuole che quella condotta rappresenti. Per un esempio del ricorso a questa tecnica nello specifico settore della disciplina ambientale cfr. M.P. Vandenbergh, *Essay the Social Meaning of Environmental Command and Control*, cit. p. 217 e ss.

⁶⁷ Ad esempio, attraverso l’introduzione di limitazioni del fumo in luoghi diversi come ospedali, esercizi commerciali, uffici pubblici o anche parchi naturali le disposizioni di legge esprimono l’idea che quella condotta sia dannosa per la salute, sia irraguardosa per le altre persone o sia nociva per l’ambiente, influenzando in questo modo sulla percezione complessiva che gli individui possono avere del fumo e inducendoli a cambiare il proprio giudizio, contribuendo così alla formazione in proposito di una nuova o diversa norma sociale, che in definitiva li induca a non fumare anche in luoghi dove sarebbe consentito farlo.

tipo di sanzione legale che operi come incentivo a conformarsi alla condotta prescritta dalla norma di legge, la cui osservanza avviene quindi in modo tendenzialmente spontaneo⁶⁸.

5. (segue) Le molteplici spiegazioni della “funzione espressiva” delle norme

Le modalità in cui le leggi grazie alla funzione espressiva del diritto riescono a condizionare i comportamenti sociali ricevono spiegazioni diverse. Secondo una prima ricostruzione, cui in parte si è già accennato, attraverso le sue disposizioni la legge non farebbe altro che segnalare ai cittadini un cambiamento nella percezione sociale di certi comportamenti; poiché tale segnale proviene da istituzioni cui è riconosciuto il ruolo di rappresentare la collettività, i cittadini sono indotti a ritenere che la condotta o l'atteggiamento descritti dalla norma di legge siano quelli che normalmente la società si aspetta vengano tenuti⁶⁹. Il legislatore in sostanza interviene su fattori quali l'approvazione e la disapprovazione che operano come degli incentivi o dei costi sociali cui l'individuo va incontro attenendosi a una condotta valutata positivamente dalla comunità o discostandosi invece da essa⁷⁰; in questo modo i singoli per non incorrere nella disapprovazione si adegueranno spontaneamente alla nuova condotta o al nuovo atteggiamento segnalati dalla legge⁷¹.

Questa spiegazione “attitudinale” della funzione espressiva del diritto consente di chiarire meglio come un enunciato normativo sia in grado di produrre cambiamenti anche molto rilevanti nella percezione dei consociati e dunque indirettamente nei loro comportamenti. Da un lato, come visto, segnalando che un certo comportamento è approvato dalla collettività la legge può infatti letteralmente creare una nuova norma sociale e determinare così un cambiamento radicale, qualora in precedenza non sussistesse una posizione condivisa capace di esprimere approvazione o disapprovazione. Dall'altro la legge è però in grado di produrre effetti notevoli nei comportamenti anche quando essa induce soltanto cambiamenti limitati rispetto a norme sociali già esistenti: ciò che amplifica la sua capacità espressiva è il c.d. “effetto

⁶⁸ Questa rappresenta dunque una impostazione che si differenzia da quella influenzata dall'analisi economica del diritto, secondo cui la legge impone sanzioni per risolvere problemi di cooperazione. Partendo dalla constatazione di come il bisogno di cooperazione sia pervasivo nelle relazioni intersoggettive, l'analisi economica del diritto concepisce infatti le sanzioni come uno strumento molto efficace a disposizione del legislatore per intervenire sui benefici/profitti dei singoli in modo che la cooperazione diventi la strategia dominante; cfr. in tal senso R.H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, cit., pp. 1650-1651.

⁶⁹ Cfr. R.H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, cit., p. 358 e ss. ove si chiarisce come «democratically enacted legislation provides information about what elected representatives believe their constituents approve and disapprove».

⁷⁰ Per un esempio di tale meccanismo espressivo in materia di compensi dei managers privati cfr. S. Gopalan, *Say on Pay, and the SEC Disclosure Rules: Expressive Law and CEO Compensation*, in *Pepperdine Law Review*, 2007, p. 115 e ss. reperibile in www.ssrn.com.

⁷¹ Sulle ragioni per cui l'approvazione può motivare il comportamento cfr. R.H. McAdams, *op. cit.*, p. 343 e ss. ove si osserva che «There are at least two reasons why approval motivates behavior. An individual may value approval intrinsically because it satisfies a preference for esteem or instrumentally because it helps to achieve other ends».

feedback” che si verifica quando i consociati approvano o disapprovano un dato comportamento in funzione della frequenza con cui esso si manifesta.

Accade infatti che quanto più un comportamento ritenuto scorretto si manifesta raramente, tanto più esso appare difforme dalla condotta comunemente adottata e viene quindi maggiormente disapprovato; in ragione di ciò, quando una legge esprime per una condotta un livello di disapprovazione superiore rispetto a quello percepito in precedenza (in virtù di una norma sociale), può determinarsi di per sé una riduzione della frequenza, così che quanti assumano quella condotta vengono ad essere disapprovati più intensamente; ma una maggiore disapprovazione porta ad una ulteriore diminuzione della frequenza con cui la condotta tende a verificarsi, innescando così una reazione che è in grado di amplificare notevolmente gli effetti prodotti dalla prima disapprovazione segnalata dalla legge⁷².

Secondo questa impostazione “attitudinale”, elemento determinante affinché la funzione espressiva eserciti in concreto i suoi effetti è dato dalla “credibilità” di cui gode l’istituzione che pone la norma e cioè dalla convinzione radicata nella società che essa esprima davvero la posizione comunemente condivisa riguardo a quella data condotta o atteggiamento: quanto più grande è la credibilità dell’operato di un’istituzione, tanto più intensa è la percezione che essa rappresenti la maggioranza delle preferenze e dei giudizi e quindi tanto maggiore risulta l’efficacia espressiva che essa può esercitare⁷³. Per altro verso assume rilievo anche la dimensione dell’ambito territoriale in cui l’istituzione opera, nel senso che più essa è “vicina” alla comunità che la esprime e più grande è la sua capacità di influenzare le condotte dei consociati: i fattori motivazionali dell’approvazione e della disapprovazione sono infatti sentiti con maggiore intensità in una comunità circoscritta.

Un’ulteriore spiegazione di come la legge possa, in certe circostanze, avere una funzione espressiva e quindi influenzare i comportamenti dei cittadini, indipendentemente dal fatto che siano previste o meno delle sanzioni, si fonda sull’idea che, grazie all’attività di conoscenza che impronta l’attività legislativa, la legge può anche offrire informazioni circa le caratteristiche del reale⁷⁴. Queste informazioni, consentendo alle persone di migliorare le proprie conoscenze o credenze in merito a certe situazioni o a certe condotte, possono cambiare il comportamento degli individui indipendentemente dall’effetto deterrente della legge⁷⁵.

La funzione espressiva della legge così intesa può dar vita a due distinti effetti: il primo viene denominato effetto educativo e si verifica in quanto gli individui, a seguito

⁷² Per la descrizione del *feedback effect* sostanzialmente in questi termini cfr. R.H. McAdams, *op. cit.*, p. 371 e ss.

⁷³ Al contrario quanto più l’azione del legislatore appaia condizionata da gruppi di pressione o da interessi particolaristici, tanto minore sarà la capacità espressiva esercitata dalla legge sui comportamenti dei cittadini: cfr. ancora R.H. McAdams, *op. cit.*, p. 374.

⁷⁴ Tali informazioni devono essere tenute distinte da quelle fornite dalla legge circa l’esistenza di una certa norma di condotta condivisa (norma sociale) che stanno alla base della teoria espressiva “attitudinale”: vedi *supra* nota 67.

⁷⁵ Cfr. D. Dharmapala, R.H. McAdams, *The Condorcet Jury Theorem and the Expressive Function of Law*, cit., pp. 2-3.

delle informazioni ricevute, decidono di cambiare direttamente il proprio comportamento. Per esempio, se l'informazione ricavabile da una legge che pone limitazioni al fumo è nel senso di segnalare dei pericoli per la salute, la conseguenza può essere che i fumatori decidano di ridurre volontariamente l'intensità delle loro abitudini. Analogamente, un motociclista può decidere di indossare il casco ricavando dalla legge che lo impone l'informazione che questa condotta può assicurare benefici in termini di sicurezza maggiori di quanto in precedenza egli pensasse.

Il secondo effetto, indicato invece come "effetto norma", si verifica quanto la legge non influisce direttamente sul comportamento dei singoli, ma altera i costi sociali connessi a certe condotte grazie alle "sanzioni" imposte dalla società a chi non si conforma ad una data norma. Per esempio quando viene adottata una legge che aumenta la percezione del rischio associato al fumo, ciò può generare un cambiamento della norma (sociale) contro il fumo, diventando più probabile che i non fumatori "sanzionino" coloro che violano la nuova norma⁷⁶.

Ciò che deve essere sottolineato è che in questi casi gli effetti prodotti sulle condotte sociali dalla legge sono informativi e non attitudinali, nel senso che il comportamento dei non fumatori che "sanziona" chi viola la norma non dipende dalle aspettative circa il comportamento normalmente tenuto degli altri, bensì dalla nuova consapevolezza del rischio associato al fumo prodotta dalla legge⁷⁷.

Va detto che le ricostruzioni sin qui proposte per spiegare le modalità operative della funzione espressiva della legge non sono state elaborate con la pretesa di fornire una risposta definitiva, ma intendono piuttosto offrire diverse possibili chiavi di lettura che non si escludono vicendevolmente e che dunque possono utilizzarsi in modo congiunto al fine di una migliore comprensione del fenomeno⁷⁸; sono d'altronde gli stessi autori delle diverse ricostruzioni che sottolineano come per spiegare in modo compiuto gli

⁷⁶ Viene peraltro fatto notare che la dimensione espressiva in termini di informazione fornita da una legge non produce sempre e necessariamente entrambi i tipi di effetti descritti, ma spesso può manifestare soltanto l'effetto educativo. Per esempio se una norma prescrive l'obbligo del casco per i motociclisti non si ha alcun effetto norma perché nessun altro soggetto ha un incentivo a far rispettare quella regola; cfr. *ivi*, p. 5.

⁷⁷ Cfr. in tal senso J.A. Noguera, J. Tena-Sanchez, F.J. Leon, *Is There an Informative Effect of Law? An Experimental Test*, in *Journal of Law and Society*, 2014, n. 4, p. 580.

⁷⁸ Nella letteratura sono invero diverse le ricostruzioni proposte. Una di queste concentra la propria attenzione sul profilo specifico dei problemi di coordinazione delle azioni collettive, sostenendo che la legge fornirebbe un "punto focale" attorno al quale i soggetti possono coordinare i propri comportamenti: nelle situazioni in cui gli individui hanno un comune interesse a coordinarsi, una norma giuridica può guidare il comportamento semplicemente influenzando le reciproche aspettative circa la condotta degli altri; cfr. R.H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, cit., p. 1650 e ss.

Secondo un'impostazione parzialmente diversa, la legge indurrebbe invece dei cambiamenti nella attendibilità della condotta che essa intende regolare, influenzando in tal modo le norme sociali e le aspettative dei singoli: a seguito dell'adozione di una nuova legge, le persone sarebbero portate a rivedere la probabilità di incorrere in caso di violazione in una sanzione sociale, ritenendo che a sua volta la maggior parte degli altri consociati si aspetti che la legge venga rispettata: cfr. A. Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, in *Iowa L. Rev.*, 2003, p. 35 e ss, spec. p. 70.

In generale, per una rassegna delle principali posizioni cfr. Y. Feldman, J. Nadler, *Expressive Law and File Sharing Norms*, cit., pp. 18-24.

effetti espressivi della legge sarebbe necessario ricorrere alla loro combinazione⁷⁹.

6. La valenza di un approccio espressivo nell'analisi delle norme giuridiche

Il ruolo centrale giocato dal linguaggio nell'approccio al diritto sviluppato dagli espressivisti consente di accostare questo orientamento al più ampio panorama degli studi incentrati sul rapporto tra lingua e diritto confermandone l'importanza per l'analisi del fenomeno giuridico⁸⁰. Se è vero che il tema è stato da tempo indagato sotto molteplici profili, nell'ottica dei giuristi gli studi del settore hanno trovato nuovo slancio negli ultimi anni secondo una duplice direzione: per un verso è emersa con forza la problematica della traduzione ed interpretazione di testi giuridici composti in lingue diverse da quelle del lettore, specialmente sotto la spinta delle esigenze di armonizzazione non solo normativa ma anche terminologica e linguistica che accompagnano il processo di costruzione di un diritto comune europeo⁸¹; per altro verso lo sguardo è stato rivolto alla qualità della formulazione e redazione delle regole, considerando le concrete modalità di espressione che caratterizzano il linguaggio giuridico, alimentando il movimento di pensiero volto a promuovere l'adozione di un "plain language" nella scrittura di testi giuridici⁸²: un linguaggio piano, semplice, facile, in contrapposizione alle caratteristiche tradizionali del linguaggio giuridico che lo renderebbero inadatto a comunicare efficacemente con i cittadini⁸³, in modo da

⁷⁹ In tal senso ad esempio R.H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, cit., p. 340, nota 4, dove si afferma che «probably some combination of explanations will be necessary to account fully for the law's expressive effect».

⁸⁰ Per una panoramica sull'evoluzione del pensiero sul rapporto tra diritto e linguaggio si veda P. Di Lucia, *Normatività, diritto, linguaggio, azione*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 3-42; U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 1994.

⁸¹ Cfr. O. Roselli, *Il diritto come linguaggio. Riflessioni sulle trasformazioni del linguaggio e delle funzioni del diritto*, in *Law and Literature*, vol. 6, 2013, pp. 6-7, ove si sottolinea come «il tema della traduzione dei testi normativi è di rilevantissimo delicato rilievo nel processo di integrazione europea. La stessa armonizzazione delle legislazioni nazionali dell'Unione sconta la difficoltà non solo linguistica ma più propriamente giuridica quando le direttive (e, comunque, la normativa) europee usano espressioni linguistiche che non trovano diretto medesimo riscontro nelle varie legislazioni». In tema vedi anche P. Grossi, *Un dialogo con i comparatisti su lingua e diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014, 3, pp. 409-420; B. Pozzo, *La traduzione dall'inglese come lingua giuridica nel contesto del multilinguismo europeo: problemi e prospettive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 3, pp. 651-662; A. Ortolani, *Le lingue del diritto. Nuove prospettive in tema di traduzione e interpretazione del diritto plurilingue*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, 1, pp. 203-216.

⁸² Sull'affermarsi del movimento favorevole al "plain language" a livello internazionale e sulle resistenze presenti invece nell'ordinamento statunitense cfr. B.C. Jones, *Plain Language Prospects in American Public Law: Insiders Weigh In*, in *Am U. Modern Am.*, 2013, p. 15 e ss. Per un'introduzione al tema cfr. C. Williams, *Legal English and Plain Language: an introduction*, in *ESP Across Culture*, 2004, n. 1, p. 111 e ss.

⁸³ Ossia il ricorso a parole antiche, termini tecnici, inutili neologismi, sigle indecifrabili, frasi lunghe e verbose, con un periodare tortuoso e una cattiva gestione dell'informazione; cfr. D. Fortis, *Il plain language: quando le istituzioni si fanno capire*, in *I quaderni del MdS*, 2003, p. 3, reperibile in <http://www.mestierediscrivere.com/quaderni/>. In argomento vedi anche P. Mercatali, *Plain language*, in *Informatica e diritto*, 1988, fasc. 3, pp. 53-65.

soddisfare quelle esigenze di chiarezza e facile comprensione dei testi normativi che ne facilitino l'interpretazione e l'applicazione da parte dei destinatari⁸⁴.

Parzialmente diverso è, come sopra riferito, il punto di vista di chi si concentra sugli enunciati normativi secondo un approccio espressivista, in base a cui le caratteristiche delle proposizioni giuridiche e le loro modalità espressive rilevano non tanto per la forma, come avverrebbe in un'ottica di *plain language*, quanto piuttosto per il messaggio che riescono a veicolare a di là del significato letterale dei termini utilizzati⁸⁵. Una lettura espressiva delle disposizioni normative o delle iniziative pubbliche si rivela dunque in certo modo di più ampio respiro dato che non si ferma ad un'analisi puramente stilistica e linguistica, ma è in grado di evidenziare e valorizzare anche l'importanza della dimensione sociale propria del diritto e del linguaggio.

Peraltro anche nelle riflessioni elaborate sia da giuristi che da linguisti in ordine al rapporto tra diritto e lingua è ormai consolidata, come noto, l'idea che elemento comune ad entrambi i fenomeni consista appunto nella loro dimensione e natura sociale⁸⁶. In particolare il linguaggio è visto come espressione di una cultura e costituisce quindi un modo attraverso il quale si rappresenta la realtà⁸⁷, dato che «un termine o un'espressione linguistica è conseguenza di una conoscenza, di una percezione, di un sentire, di una costruzione culturale, di una dinamica sociale»⁸⁸.

Lingua e diritto possono così essere concepite entrambe come istituzioni⁸⁹, ossia come un complesso di valori, di schemi di comportamento, di consuetudini che definiscono e regolano, in modo relativamente durevole, l'agire di una determinata società⁹⁰. Non sorprende allora che già nell'ambito degli studi sul linguaggio giuridico

⁸⁴ F. Bambi, *La chiarezza della lingua del diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, 42, pp. 191-200; M. Cipri, *Plain language nella pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2013, p. 27 e ss.; G. Pastore, *L'arte della lingua sta nell'essere inteso: la comunicazione legislativa*, in *Sociologia del diritto*, 2010, 3, pp. 152-161; D. Fortis, *Il linguaggio amministrativo italiano*, in *Revista de Llengua i Dret*, 2005, p. 47 e ss; M.K. Osbeck, *What is "good legal writing" and why does it matters?*, in *Drexel L. Rev.*, 2012, p. 417 e ss.

⁸⁵ La prospettiva di chi promuove l'adozione di un *plain language* è invero più ristretta, come emerge chiaramente dalla considerazione che «*A document can be effective even though it is not well written because there are other factors besides writing quality that can enable a document to advance the writer's purpose [...]* Conversely, *a document can be well written even though it does not advance the writer's purpose*»: cfr. In tal senso M.K. Osbeck, *What is "good legal writing" and why does it matters?*, in *Drexel L. Rev.*, 2012, pp. 424-425.

⁸⁶ Sui diversi modi di intendere il rapporto tra diritto e linguaggio presenti nelle riflessioni di filosofi, giuristi e linguisti cfr. M.A. Simonelli, *Note storiografiche sulla socialità del diritto e del linguaggio*, in *Sociologia del diritto*, 2012, p. 39 e ss. Il punto di incontro più importante nell'evoluzione del rapporto tra lo studio del diritto e quello del linguaggio viene individuato nell'opera di coloro che hanno sostenuto rispettivamente nel campo del diritto così come della lingua la loro comune natura di istituzione: vedi specialmente S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977, p. 27 e ss; G. Devoto, *Civiltà del dopoguerra (Pensieri sul mio tempo)*, Firenze, Sansoni, 1955, p. 114 e ss; G. Nencioni, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, Pisa, Scuola Normale Superiore, 1989, p. 101 e ss.

⁸⁷ Cfr. in tal senso R. Gualdo, S. Telve, *Linguaggi specialistici dell'italiano*, Carocci, 2012, p. 411.

⁸⁸ Cfr. O. Roselli, *Il diritto come linguaggio* cit., p. 4.

⁸⁹ Cfr. P. Grossi, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1, p. 6, ove si richiama il pensiero di S. Timpanaro, *A proposito del parallelismo tra lingua e diritto*, in *Belfagor*, 1963, p. 1, secondo cui «per il Devoto e il Nencioni la lingua è un'istituzione umana storico-sociale al pari del diritto».

⁹⁰ Cfr. cfr. M.A. Simonelli, *op. cit.*, p. 48.

si esprima la convinzione secondo cui «la linguistica giuridica oggi non soltanto è chiamata ad esprimersi sugli aspetti lessicali o grammaticali dei testi a vario titolo giuridici, ma vede allargare i propri orizzonti ad una considerazione del *discorso giuridico* nel suo insieme»⁹¹. Sottoporre ad analisi semantica non soltanto un testo ma un discorso significa ricavare il suo senso dall'insieme dei contesti in cui è inserito e considerare accanto alle sue finalità specifiche anche le tracce dei valori sociali che esso esprime. Considerando il discorso giuridico nel suo insieme, il contributo che l'analisi linguistica può dare, oltre ad una maggiore leggibilità e razionalizzazione del dettato normativo, è quello di conseguire una maggiore consapevolezza delle scelte ideologiche e valoriali che risultano convogliate dal linguaggio⁹². Attraverso le formule linguistiche entra nella dimensione giuridica quel tipo di rappresentazione del reale che è proprio di una data società.

Si può allora notare come l'approccio espressivo al diritto sembri implicitamente riflettere proprio alcune di queste considerazioni, in quanto, riconoscendo importanza al significato sociale di un enunciato, ossia al significato che esso assume in un dato contesto interpretativo "costruito" dalla società, si propone di darne una valutazione sia sotto il profilo dell'adeguatezza dei valori manifestati, sia sotto il profilo della capacità di incidere concretamente sulla società attraverso il condizionamento delle condotte dei consociati.

A quest'ultimo riguardo si deve ricordare che anche per la linguistica giuridica la dimensione sociale, riconosciuta sia alla lingua che al diritto, viene intesa secondo una ulteriore accezione come la rispettiva capacità di influenzare e di modificare il reale. Secondo quanto evidenziato dagli studi di linguistica pragmatica di Austin e Searle⁹³, «produrre lingua in forma di testi significa agire sulla realtà e modificarla in modo più o meno efficace ed efficiente»⁹⁴. Viene così osservato come «lo scopo del linguaggio giuridico non è rappresentare la realtà, ma modellarla con parole con forza emotiva, e parole con funzione tecnica»⁹⁵.

Non occorre sottolineare la stretta assonanza che simile impostazione presenta con le posizioni sostenute dall'approccio espressivo nella sua versione consequenzialista. Come sopra rilevato, anche gli studiosi appartenenti a questo orientamento riconoscono infatti agli enunciati normativi la capacità di esprimere valutazioni o prese di posizione che possono cambiare i giudizi dei consociati, condizionando in tal modo i loro comportamenti.

Tutto ciò spiega la specifica attenzione che entrambi i filoni di studio riservano conseguentemente alle modalità espressive degli enunciati normativi, in quanto

⁹¹ Cfr. in questi termini D. Antelmi, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, in G. Garzone, F. Santulli, *Il linguaggio giuridico*, Giuffrè, 2008, p. 99.

⁹² Cfr. in questi termini D. Antelmi, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, in G. Garzone, F. Santulli, *Il linguaggio giuridico*, Giuffrè, 2008, p. 117.

⁹³ Cfr. J.A. Austin, *Quando dire è fare*, Marietti, Torino, 1974; J.R. Searle, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 1976.

⁹⁴ Cfr. in tal senso S. Cavagnoli, *Linguaggio giuridico e linguistica applicate: perchè interagire*, in *Cultura e diritti*, 2012, p. 15.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 18-19.

considerate determinanti rispetto ad un'altra esigenza fondamentale del diritto ossia quella dell'effettività delle norme, intesa come la loro capacità di raggiungere gli obiettivi per i quali sono poste in essere dal legislatore. Tanto i valori che vengono tradotti dagli enunciati quanto le modalità espressive che risultano utilizzate condizionano direttamente i profili della efficacia e della effettività delle norme e dunque la capacità delle disposizioni di incidere concretamente sulla realtà e sui comportamenti sociali.

In questo senso un approccio espressivo all'analisi delle norme consente di comprendere ad esempio perché certe disposizioni risultino, alla prova dei fatti, scarsamente ottemperate dai loro destinatari e dunque poco efficaci: esso consente invero di indagare e valutare l'effettività di una normativa sotto il profilo dell'importanza che riveste, tanto nella sostanza che nella forma, il messaggio dell'enunciato normativo e il suo rapporto con le norme sociali presenti nella comunità⁹⁶.

Da tale punto di vista l'analisi espressiva del diritto assume allora rilievo non solo in una dimensione descrittiva ma anche nella costruzione di indicazioni normative: essa cioè può rappresentare un punto di partenza sia per offrire la valutazione critica di normative già esistenti sia per fornire indicazioni utili alla formulazione di nuove⁹⁷. Basti pensare all'analisi di impatto della regolazione intesa come strumento per garantire un maggior livello di qualità delle regole, funzionale ad un più efficace ed efficiente conseguimento degli obiettivi posti dal regolatore pubblico.

Lo snodo fondamentale di questa procedura consiste come ben noto nella valutazione anticipata di una disposizione normativa in via di adozione, che, basandosi sull'analisi economica dei costi e dei benefici attesi, fornisce indicazioni sulla scelta di regolazione più efficiente che dovrebbe essere adottata dal legislatore. È stato tuttavia sottolineato come l'analisi economica non sempre riesca a fornire un valido supporto nell'individuare la soluzione più adeguata per l'interesse pubblico, dato che «le scelte dei singoli possono essere mosse anche da fattori soggettivi e incentivi sociali che si pongono al di là della presunta razionalità individuale»⁹⁸.

In questo senso un'analisi espressiva delle regole che affianchi la valutazione economica offerta dall'analisi costi/benefici consentirebbe di tenere in debita considerazione anche fattori significativi che diversamente non acquisterebbero rilievo.

⁹⁶ In questo senso si veda lo studio di A. Geisinger, *Are Norms Efficient? Pluralistic Ignorance, Heuristics and the use of Norms as Private Regulation*, in *Ala. L. Rev.*, 2005, p. 1 e ss.

⁹⁷ Vedi in tal senso W. Van Der Burg, *The expressive and communicative functions of law, especially with regard to moral issues*, in *Law and Philosophy*, 2001, pp. 43-44.

⁹⁸ Cfr. M. de Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, pp. 190-191, ove in proposito si richiama il lavoro di P. Koslowski, *Principles of Ethical Economy*, Dordrecht, 2001, p. 244, secondo cui «*The economy is not governed by economic laws alone, but is determined by human person, in whose desires and choices a complete ensemble of economic expectations, social norms, culture views, and ethical ideas about the good is always in effect*».