DIRITTI COMPARATI
Comparare i diritti fondamentali in Europa

IL GIURISTA E LE CONSEGUENZE DELLE REGOLE. IN MEMORIA DI RICHARD POSNER (1939–2026)

Posted on 19 Novembre 2026 by Giuseppe Portonera

1. Il 10 novembre è morto, a ottantasette anni, Richard Posner, il giurista americano più citato di sempre, stando almeno alle rilevazioni disponibili. Giudice federale d'appello per trentasei anni, professore alla Law School di Chicago, autore di decine di libri e di oltre tremila *judicial opinions*, è nato a New York nel 1939 da genitori vicini al Partito comunista. Ha studiato letteratura inglese a Yale e diritto a Harvard, per poi diventare *clerk* alla Corte Suprema di William Brennan, lo "stratega" della rivoluzione *liberal* nella giurisprudenza statunitense, avviata negli anni della Warren Court e proseguita anche durante la (relativamente) più conservatrice Burger Court. Il giovane Posner era anch'egli un *liberal*, e trovò perciò un impiego prima come funzionario alla Federal Trade Commission e poi presso l'ufficio del Solicitor General, allora retto da un'altra icona progressista, Thurgood Marshall. Sul finire degli anni '60, però, Posner maturò un'evoluzione politica, iniziando a muoversi verso destra. La causa scatenante fu la reazione ai movimenti studenteschi e di protesta che infiammavano le piazze americane; ma per l'uomo di pensiero fu in verità decisivo l'incontro con Aaron Director e George Stigler, due dei padri fondatori della cosiddetta scuola di Chicago.

Proprio a Chicago Posner compì la propria carriera accademica, pubblicando, poco più che trentenne, la prima edizione (1973) del celebre manuale *Economic Analysis of Law* (giunto, nel 2014, alla sua nona edizione). Nemmeno dieci anni dopo, nel 1981, venne nominato da Ronald Reagan alla Corte d'appello del Settimo Circuito. Posner entrò in servizio il 1° dicembre del 1981, ricoprendo l'incarico di Chief Judge della Corte tra il 1993 e il 2000, ed è rimasto in carica fino alle sue dimissioni, il 2 settembre 2017, all'età di 78 anni. Negli ultimi anni, peraltro, la sua parabola politica si è in parte invertita: dopo la crisi del 2008 Posner ha preso le distanze dal liberismo della maturità e da un Partito repubblicano nel quale non si riconosceva più.
Durante il suo mandato giudiziario, Posner ha conservato l'incarico di insegnamento universitario a Chicago, come *part-time senior lecturer*, e ha pubblicato centinaia di opere, tra monografie e saggi su rivista. Soltanto tra le prime, si possono ricordare *The Economics of Justice* (1981), *Law and Literature* (1988), *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Sex and Reason* (1992), *Overcoming Law* (1995), *How Judges Think* (2008) e *A Failure of Capitalism* (2009). Titoli come questi dicono, per un verso, della vastità dei suoi interessi di ricerca e, per altro verso, di un gusto per la polemica e per le idee controverse che egli ha sempre coltivato.

2. Il nome di Posner è indissolubilmente legato al metodo dell'analisi economica del diritto o, come è anche noto, del *law and economics*. A Chicago aveva trovato un'elaborazione già solida e che si era misurata con i problemi della concorrenza e della regolazione (Director e Stigler) e aveva posto la questione dell'estensione del calcolo economico ai comportamenti "non di mercato", valutando in particolare l'efficacia degli incentivi normativi sulle condotte dei potenziali criminali (Becker). Ma Posner si è applicato a quel metodo da giurista, e ha perciò il merito – insieme a Guido Calabresi – di averlo fatto entrare nello strumentario dei giuristi. Tra gli anni '60 e il principio degli anni '70, Calabresi dà alle stampe i suoi lavori sull'allocazione del costo dei danni in materia di responsabilità civile secondo il criterio del *cheapest cost avoider*, così giustificando su basi di efficienza, anche in chiave di prevenzione del danno stesso, il criterio di imputazione oggettiva, mentre Posner pubblica prima *Natural Monopoly*

and Its Regulation (1969) e poi *Taxation by Regulation* (1971). Nel primo saggio, contesta che l'esistenza di un monopolio naturale basti di per sé a giustificare la regolazione pubblica, giacché i mali del monopolio sarebbero sopravvalutati e i controlli avrebbero un'efficacia dubbia e costi elevati. Nel secondo, osserva che la regolazione può essere utilizzata come una forma di tassazione, nella misura in cui obbliga un'impresa a fornire servizi in perdita (o a prezzi inferiori al costo) a determinati gruppi, finanziandoli attraverso i profitti ottenuti da altri servizi redditizi. L'intuizione di Posner non si limitò a questo aspetto, ma si spinse a suggerire che spesso sono le stesse imprese regolate a promuovere tali soluzioni perché, attraverso l'erogazione di alcuni servizi in perdita, possono motivare la conservazione di profitti monopolistici in altri ambiti. Per questa ragione, *Taxation by Regulation* contribuì a gettare le basi per la teoria della cattura del regolatore. Successivamente, nel manuale *Economic Analysis of Law*, Posner ha impiegato il metodo dell'analisi economica, in un vero e proprio *tour de force*, per analizzare quasi ogni ambito del diritto: dal contratto alla sanzione penale, dalla famiglia alla responsabilità civile, dalla proprietà – fisica e intellettuale – alle relazioni lavorative, dai mercati finanziari alle discriminazioni, dalla tassazione alla libertà di parola etc.

Menzionare, insieme, Posner e Calabresi è anche utile per dire di due visioni nient'affatto convergenti sull'impiego di quel metodo: proprio Calabresi ha infatti sostenuto che si dovrebbe tenere distinta l'analisi economica del diritto di matrice posneriana dal *law and economics*, giacché mentre nella prima la teoria economica è il punto fermo dal quale si giudica il diritto, onde ciò che non vi si lascia ricondurre è presto dichiarato irrazionale, il secondo muove dal diritto così com'è e, se la teoria non riesce a spiegarlo, ci si chiede se non sia la teoria a dover essere arricchita, perché in quelle regole può essersi cristallizzato un punto di vista che l'economista non ha ancora considerato.

Invero, nell'impostazione di Posner c'è una certa pretesa di universalità del metodo, non scevra di aspetti problematici. Si può, in particolare, ricordare il tentativo di spiegare l'intero *common law* (in senso stretto, quale diritto di produzione giudiziale) in riferimento al raggiungimento di

risultati efficienti sul piano dell'allocazione delle risorse. Secondo tale *Efficiency Hypothesis*, un cui primo abbozzo si trova già in Coase, l'efficienza non sarebbe soltanto una conseguenza inintenzionale del tradizionale metodo di risoluzione delle controversie nei sistemi di *common law*, ma proprio un criterio guida per l'elaborazione giurisprudenziale delle norme, ossia una sorta di «implicit economic logic»: i tribunali, operando su base casistica e attraverso la stratificazione dei precedenti, tenderebbero infatti ad adottare quelle soluzioni che minimizzano i costi sociali delle controversie, perciò favorendo allocazioni di risorse più efficienti. Ben nota, in proposito, è la formalizzazione che egli diede di alcune decisioni di Learned Hand in materia di responsabilità civile, che a suo giudizio esprimevano, per l'appunto, un'interpretazione in termini di efficienza del criterio di imputazione basato sulla colpa che sarebbe stata a lungo implicita nelle sentenze angloamericane.
L'*Efficiency Hypothesis* non ha conquistato unanimità di consensi, andando incontro a critiche che sono sia esterne al metodo dell'analisi economica del diritto con il quale è stata elaborata, sia interne a quest'ultimo. Le prime si appuntano essenzialmente sulla sottovalutazione degli argomenti morali che informano il discorso giuridico e, più in generale, della deontologia giuridica che sorregge gli ordinamenti. Vero è che le norme possono talora riflettere un giudizio di valore coordinato col principio di utilità, in linea con quella che il filosofo tedesco Nicolai Hartmann ha descritto quale «morale dei mezzi»; nondimeno, l'esperienza storica suggerisce che l'impostazione delle questioni giuridiche non rinuncia a una spiegazione o comprensione su base etica. In altre parole, una cultura giuridica è ben più ampia dei soli ragionamenti di tipo economico, e anche questi ultimi non sono sempre assiologicamente neutrali. Quanto alle critiche interne, si è osservato che l'efficienza, come obiettivo di politica del diritto, può essere perseguita con regole anche molto diverse tra loro.

3. Sul piano della più ampia *legal philosophy*, per usare l'espressione tipica dell'ambiente d'oltreoceano, Posner era un *pragmatist*, inserendosi in una tradizione che egli faceva rimontare a Oliver Wendell Holmes Jr., il suo "intellectual hero", e nella quale annoverava anche altri eminenti giuristi,

come Hand, Cardozo e Jackson. Per tale ragione, era un critico implacabile dei più importanti orientamenti culturali a lui contemporanei, da quelli originalisti di Bork e Scalia a quelli che, con Dworkin, propugnano una "lettura morale" della Costituzione. Proprio perché *pragmatist*, Posner ha confessato – con un certo gusto provocatorio – di riservare «very little attention to legal rules, statutes, constitutional provisions. A case is just a dispute. The first thing you do is ask yourself—forget about the law—what is a sensible resolution of this dispute?». Il passo successivo, aggiungeva, era verificare se a quella soluzione si opponesse un precedente della Corte Suprema o un altro ostacolo giuridico: «And the answer is that's actually rarely the case. When you have a Supreme Court case or something similar, they're often extremely easy to get around». Ciò che per lui contava davvero erano «the consequences of legal rules», come ha scritto Cass Sunstein: «You adopt a rent control law. What are its effects? You adopt a maximum hour law. What does that actually do? You move from negligence to strict liability in tort. How are people affected by that? You expand the reach of antitrust law. What does that do for, or to, consumers? Posner *always*asked that kind of question. He got all of us to ask that kind of question. Before Posner, law professors and lawyers often *ignored*that question».

Con queste parole, Sunstein ha sintetizzato una verità importante, che è appunto l'apertura del ragionamento giuridico a certe argomentazioni di tipo pragmatico e che ha costituito un prezioso arricchimento, nella misura in cui ha concorso a correggere l'unilateralismo del formalismo giuridico. Appare però eccessivo ritenere che prima di Posner, e in generale dell'avvento dell'analisi economica del diritto, i giuristi ignorassero del tutto l'importanza delle conseguenze o degli effetti di una regola di decisione. Basti pensare all'argomento *ab absurdo*, che rifiuta l'interpretazione che ascrive a un enunciato normativo un significato che sia assurdo proprio tenuto conto delle conseguenze che determinerebbe. In proposito, è utile allora cogliere una sollecitazione, che nella dottrina italiana è venuta da Luigi Mengoni, a distinguere tra quelle che possono definirsi, da una parte, conseguenze immediate – e sono gli effetti giuridici necessariamente implicati nell'ambito normativo – e, dall'altra,

conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la norma presumibilmente può produrre nel tessuto sociale. È su queste ultime, come testimoniato anche dagli esempi fatti da Sunstein, che Posner ha richiamato l'attenzione del giurista, il quale dovrebbe perciò anche porsi la questione della giustificazione della decisione in base alle ripercussioni che essa avrà sui comportamenti sociali. Si tratta di un richiamo puntuale, che una moderna cultura giuridica non può trascurare. Purché, c'è da aggiungere, ciò avvenga sempre nel rispetto di quegli specifici vincoli che presidiano la distinzione tra la creazione del diritto e la sua applicazione.