

CARLOS BERNAL PULIDO

Austin, Hart e Shapiro:

Tre variazioni sul diritto inteso come entità fondata in una pratica sociale

ABSTRACT

This paper aims to employ some background knowledge in social ontology in order to offer an explanation of three emblematic positivistic interpretations of the social practice thesis, namely, the interpretations that are to be found in the theories by Austin, Hart and Shapiro. This examination will accomplish two purposes. On the one hand, it will illuminate new aspects of the theories by Austin and Hart by means of establishing to what extent they succeed in accounting for the intuition that law is a socio-ontological entity, or in simpler words, that law is something that we do together. On the other hand, it will shed light on some basic elements of Shapiro's Planning theory of law that make it possible to understand law as a socio-ontological entity.

Il presente contributo vuole ricorrere ad alcune conoscenze di *background* proprie dell'ontologia sociale al fine di offrire una spiegazione di tre interpretazioni giuspositiviste emblematiche della tesi della pratica sociale, e cioè quelle che possiamo ritrovare nelle teorie di Austin, Hart e Shapiro. Quest'analisi raggiungerà due obiettivi. Da un lato, illuminerà nuovi aspetti delle teorie approntate da Austin e Hart, determinando in quale misura abbiano successo nello spiegare l'intuizione che il diritto sia un'entità socio-ontologica o, più semplicemente, che il diritto sia qualcosa che creiamo insieme. Dall'altro, farà luce su alcuni elementi basilari della *Planning Theory* del diritto proposta da Shapiro, che permette di concepire il diritto come un'entità socio-ontologica.

KEYWORDS

social practice thesis, Planning Theory of Law, Austin, Hart, Shapiro.

tesi della pratica sociale, Planning Theory del diritto, Austin, Hart, Shapiro.

CARLOS BERNAL PULIDO*

*Austin, Hart e Shapiro:
Tre variazioni sul diritto inteso come entità fondata in una pratica sociale***

1. *Ontologia sociale e natura del diritto* – 2. *Austin e il diritto come disposizione all'obbedienza nei confronti del Sovrano* – 3. *Hart e l'accettazione delle regole* – 4. *La Planning Theory del diritto*
4.1. *La Teoria dei Piani di Shapiro* – 4.2. *Le attività giuridiche come forme di pianificazione sociale*
4.3. *Il diritto come pratica sociale nella Planning Theory del diritto.*

1. *Ontologia sociale e natura del diritto*

Il diritto ci circonda. Innumerevoli attività giuridiche ci impegnano quotidianamente: acquistiamo e vendiamo beni materiali e immateriali, guidiamo, ci sposiamo, assumiamo persone e affittiamo cose, paghiamo le tasse, rispettiamo i comandi e le proibizioni giuridiche ed esercitiamo i poteri che ci sono conferiti dal diritto. Tutte queste attività sono oggettivamente reali. Tuttavia, la loro esistenza dà luogo a rompicapi: non possiamo rendere conto di queste attività nello stesso modo in cui spieghiamo le realtà di tipo naturale (come le tigri o gli alberi). Di conseguenza, esse non possono essere descritte nei termini delle scienze empiriche.

Un'intuizione plausibile è che la realtà delle attività giuridiche dipenda dall'abilità che noi, come esseri umani, abbiamo di agire collettivamente – vale a dire: come membri di gruppi o di soggetti plurali. Quest'abilità è generalmente chiamata "socialità"¹. L'esercizio di tale abilità ci consente di creare una speciale porzione della realtà, che potremmo chiamare "realtà sociale". Attraverso il nostro agire insieme, in gruppo, noi siamo capaci di produrre fatti sociali – ad esempio, il fatto che esista uno stato chiamato Australia, o che Barack Obama sia l'attuale Presidente degli Stati Uniti – e istituzioni –

* Associate Professor at Macquarie Law School (Sydney, Australia). E-mail: carlos.bernal-pulido@mq.edu.au.

** Questo lavoro è parte di un progetto più ampio sull'ontologia sociale e la natura del diritto finanziato da un *Macquarie Research Development Grant*. Ho scritto alcune sezioni di questo lavoro durante un soggiorno di ricerca alla Yale Law School. Ringrazio dunque Scott Shapiro per avermi ospitato a Yale e per avermi fornito preziosi commenti e suggerimenti. Per una serie di commenti sul progetto in generale e sulle stesure preliminari del presente lavoro devo ringraziare anche le seguenti persone: Kirk Ludwig, Brian Bix, Stanley L. Paulson, David Copp, Marina Oshana, Denise Meyerson, Larry Solum, Kevin Walton, Euan MacDonald, Robert D'Amico, Ryan Zarhai, gli studenti e colleghi che erano presenti alle mie lezioni o seminari presso l'*Annual Conference of the Australian Society of Legal Philosophy*, che si è tenuta alla Melbourne Law School (giugno 2010); presso il *Julius Stone Institute of Jurisprudence* della *Sidney Law School* (aprile 2011); presso il *Centre for Research Excellence of Legal Governance* (Core) della Macquarie Law School (maggio 2011), presso il Dipartimento di filosofia della *University of Florida* (giugno 2011) e, infine, presso la *Annual Conference of the Australian Society of Legal Philosophy*, che si è nella *University of Queensland*, a Brisbane (luglio 2011).

Traduzione di Alessio Sardo da *Austin, Hart, and Shapiro: Three Variations on Law as an Entity Grounded in a Social Practice*, in «Rechtstheorie», 44, 2013, 157-188.

¹ Sul concetto di socialità si vedano GILBERT 1996, 6 e 263 ss.; GILBERT 2000, 1 ss.; TUOMELA 2007, 11 e 66.

lingue, Stati, circoli sociali, chiese e via dicendo. I fatti sociali e le istituzioni appartengono alla realtà sociale: una porzione di realtà che esiste oltre la realtà fisica e naturale. Le entità che appartengono alla realtà sociale sono epistemologicamente “oggettive” ma ontologicamente “soggettive”. Non sono meno conoscibili oggettivamente degli oggetti naturali e fisici, sebbene la loro esistenza dipenda dalla soggettività delle menti umane e, in particolare, da certe attitudini soggettive degli agenti che partecipano alle pratiche su cui esse si fondano². Per esempio, il fatto che Barack Obama sia l’attuale Presidente degli Stati Uniti non è meno conoscibile oggettivamente del fatto che ci sia un albero nel giardino fuori di casa mia. D’altra parte, l’esistenza di questo fatto sociale dipende da certi atteggiamenti soggettivi propri di certi individui rilevanti, implicati in una pratica in cui si riconosce Barack Obama come il Presidente, accordando un certo status alle regole che appartengono alla Costituzione degli Stati Uniti d’America: quello di enunciati che determinano chi ha l’autorità per essere il Presidente della nazione.

L’ontologia sociale è un ramo della filosofia analitica che studia la natura delle entità che appartengono alla realtà sociale. Nel corso degli anni Ottanta e Novanta, alcuni contributi di Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle e Raimo Tuomela hanno fissato i principi fondamentali dell’ontologia sociale³. Da quel momento, con un processo di espansione progressiva, un numero sempre crescente di filosofi e scienziati sociali ha discusso questi principi, e li ha applicati per rappresentare la struttura ontologica di una grande varietà di entità⁴: comunicazione, tecnologia, musica, arte, linguaggio, emozioni, violenza, valori, cittadinanza, diritti umani, governo, legislazione, corporazioni, e altre istituzioni politiche e giuridiche.

Avendo presente l’intuizione che il diritto appartiene alla realtà sociale, e che la realtà del diritto dipende quindi dalla nostra socialità, anche alcuni teorici del diritto hanno utilizzato il lavoro fondazionalista sull’ontologia sociale per spiegare alcuni aspetti collegati alla natura del diritto. Una tesi comune fra questi teorici è che il diritto, inteso come un insieme di norme valide, si fonda su una pratica sociale. Utilizzerò l’espressione “tesi della pratica sociale” per riferirmi a questo *claim*. Tre diverse rappresentazioni recenti della tesi della pratica sociale sono state offerte, rispettivamente, da Christopher Kutz in *Complicity*⁵, da Rodrigo Sanchez Brigido in *Groups, Rules and Legal Practice*⁶, e da Scott Shapiro in *Legality* (quest’ultima è la più raffinata)⁷. Tuttavia, alcune delle intuizioni fondamentali di queste ricostruzioni non sono completamente nuove. Molte possono essere già ravvisate nell’idea di abitudine all’obbedienza di Austin, e nelle trattazioni di Hart, secondo cui l’accettazione di regole implica l’esistenza di una pratica sociale⁸, e il sistema giuridico si fonda sulle pratiche dei pubblici funzionari relative all’accettazione della regola di riconoscimento, che specifica i criteri ultimi di validità giuridica⁹.

In questa prospettiva, il presente contributo vuole ricorrere ad alcune conoscenze di *background* proprie dell’ontologia sociale al fine di offrire una spiegazione di tre interpretazioni giuspositiviste emblematiche della tesi della pratica sociale; mi riferisco a quelle che possiamo ritrovare nelle teorie

² SEARLE 2010, 1 ss.

³ Si confrontino in particolare: BRATMAN 1992a, 327-341; BRATMAN 1999; GILBERT 1990, 1-14; GILBERT 1992; GILBERT 1999, 141-171; GILBERT 2002, 53-71; MILLER 1992, 275-295; MILLER 1995, 51-67; MILLER 2001; SEARLE 1990, 401-415; SEARLE 1995; SEARLE 2006, 12-29; SEARLE 2010; TUOMELA, MILLER 1988, 367-389; TUOMELA 1989, 471-496; TUOMELA 2002; TUOMELA 2005, 327-369; TUOMELA 2007.

⁴ TSOHATZIDIS 2007, 1 s.; LUDWIG 2007, 49 s.

⁵ KUTZ 2000.

⁶ SANCHEZ BRIGIDO 2010.

⁷ SHAPIRO 2011.

⁸ HART 1961, 46 ss.

⁹ HART 1961, 116.

di Austin, Hart e Shapiro. Quest'analisi raggiungerà due obiettivi. Da un lato, illuminerà nuovi aspetti delle teorie approntate da Austin e Hart, determinando in quale misura abbiano successo nello spiegare l'intuizione che il diritto sia un'entità socio-ontologica o, più semplicemente, che il diritto sia qualcosa che creiamo insieme. Dall'altro, farà luce su alcuni elementi basilari della *Planning Theory* del diritto proposta da Shapiro, che permette di concepire il diritto come un'entità socio-ontologica. Molti dei commentatori di *Legality* hanno trascurato questi elementi¹⁰, focalizzando piuttosto la loro attenzione sulla *Planning Theory* del diritto vista alla luce del dibattito fra positivismo giuridico e diritto naturale, e della discussione intorno alla convenienza d'includere la coercizione nella spiegazione della natura del diritto. Il presente lavoro, invece, esaminerà la *Planning Theory* intesa come teoria socio-ontologica del diritto.

Prima d'intraprendere quest'analisi, sarà necessario chiarificare il concetto di pratica sociale. Questa nozione si presta ad essere interpretata in una pluralità di modi diversi, come peraltro è già successo. Per i nostri propositi attuali, io userò una concezione molto ampia e inclusiva di pratica sociale, intesa come insieme di atti intenzionali collettivi, ricorrenti¹¹. Ovviamente, circolano ricostruzioni del concetto di azione intenzionale collettiva molto diverse fra loro¹²; tuttavia, vi sono almeno due condizioni necessarie che sono comuni a tutte le concezioni più rappresentative delle azioni intenzionali collettive¹³:

(1) L'azione dev'essere compiuta da alcuni agenti individuali che agiscono insieme, come gruppo. Un'azione collettiva non è né l'azione di un agente collettivo dotato di una mente e d'intenzioni proprie, e tantomeno la sommatoria di azioni parallele e scollegate di alcuni agenti individuali.

(2) Gli agenti individuali che agiscono insieme devono farlo in accordo a – e a causa di – alcune *We-intentions*. Le *We-intentions* sono intenzioni che hanno un contenuto specifico: il loro contenuto implica che il gruppo compia le azioni rilevanti per mezzo di un'azione individuale appropriata dei suoi membri¹⁴.

A questo si deve aggiungere che, tipicamente, gli agenti individuali che agiscono insieme devono condividere una conoscenza appropriata relativa alla *performance* dell'azione da parte del gruppo, nonché le *We-intentions* degli altri suoi membri.

Intesa mediante l'ausilio di questa concezione ampia di pratica sociale, la tesi della pratica sociale afferma che il diritto è radicato in un insieme ricorrente di azioni intenzionali collettive, eseguite da alcuni agenti individuali appropriati, che agiscono come gruppo, d'accordo con, e a conseguenza di, alcune *We-intentions* appropriate, condividendo una conoscenza appropriata circa l'esecuzione dell'azione da parte del gruppo, e le *We-intentions* dei suoi membri. Le teorie del diritto che accettano, esplicitamente o implicitamente, la tesi della pratica sociale, pretendono di spiegare quale tipo di agenti partecipino a essa. Qual è il contenuto delle loro *We-intentions*? Come condividono la conoscenza appropriata di quello che fanno insieme? Come si collegano fra loro all'interno di un gruppo – o di più gruppi – per creare un'istituzione? Come sorge la normatività all'interno di questo schema istituzionale? E come possiamo distinguere le pratiche giuridiche dagli altri tipi di pratiche sociali e di attività collettive intenzionali? L'obiettivo specifico del presente lavoro è di comprendere che tipo di risposte offrono le teorie di Austin, Hart e Shapiro a queste domande, spiegando il diritto come fondato in qualcosa che facciamo insieme.

¹⁰ SCHAUER 2010, 605. TAMANAH (mns.); CELANO 2013, 129 s.; MURPHY 2011, 369; WALDRON 2011, 883-902; EDMUNDSON 2011, 273-291. Ringrazio Brian Tamanaha per avermi permesso di leggere e citare il suo manoscritto.

¹¹ Su un concetto altrettanto largo di pratica sociale, si veda TUOMELA 2002, 3.

¹² Per un elenco e una valutazione di queste ricostruzioni si veda LUDWIG (mns.), 210 s.

¹³ Su questi elementi e sulla loro rilevanza per rendere conto della natura del diritto si veda SANCHEZ BRIGIDO 2009, 305 ss.

¹⁴ LUDWIG (Mns.), 168.

2. Austin e il diritto come disposizione all'obbedienza nei confronti del Sovrano

In *The Province of Jurisprudence Determined*, John Austin sviluppa una ricostruzione della natura del diritto che potrebbe essere interpretata come una versione della tesi della pratica sociale. I principali elementi di questa ricostruzione sono quattro:

(1) Ogni legge è un comando¹⁵.

(2) Un comando è espressione del desiderio che qualcuno compia, o si astenga dal compiere, una certa azione, supportato dalla minaccia che una sanzione (un male) gli “farà visita” nel caso in cui non esaudisca il desiderio¹⁶.

(3) Tutto il diritto positivo è determinato da una persona sovrana, o da un corpo sovrano di persone¹⁷.

(4) Una persona, o un corpo di persone, è sovrano se sono soddisfatte le seguenti tre condizioni. In primo luogo, questa persona o corpo dev'essere un superiore, determinato e comune, rispetto alla maggioranza dei membri della società¹⁸. In secondo luogo, ci dev'essere un'abitudine generale all'obbedienza nei suoi, o nei loro, confronti; questo è un po' come dire che la maggioranza della società deve avere l'abitudine di obbedire o sottomettersi a lei, o a loro. In terzo luogo, questa persona, o corpo di persone, che è superiore *non* deve avere l'abitudine di obbedire a un altro individuo, il quale altrimenti sarebbe, a sua volta, superiore.

Orbene, è possibile dimostrare che la teoria del diritto come comando di Austin non è altro che una versione della tesi della pratica sociale, se ricostruiamo questi elementi partendo dall'ultimo e andando verso il primo, utilizzando la prospettiva del concetto di pratica sociale.

Questo compito può essere effettuato in due passaggi. Il primo consiste nell'analizzare l'abitudine all'obbedienza come un'attività o un insieme di azioni ricorrenti. In questo modo, dire che la maggioranza della popolazione deve avere un'abitudine a obbedire nei confronti del sovrano è come dire che deve ripetutamente obbedire al sovrano. Ciò significa che la maggioranza della popolazione deve ripetutamente compiere, o astenersi da, azioni riconosciute come comandi del sovrano, e la cui prescrizione o divieto sia supportata da una minaccia di sanzioni. Correlativamente, il sovrano non dovrà obbedire a nessun altro, ma dovrà continuamente effettuare l'azione di promulgare comandi – vale a dire, esprimere desideri indirizzati alle persone – di compiere o astenersi da certe azioni, uniti alla minaccia che una sanzione incomberà su di loro nel caso in cui non adempiano a quanto sia stato ordinato.

Il secondo passaggio consiste nel comprendere l'abitudine generale all'obbedienza come un esercizio d'intenzionalità collettiva espletata dal sovrano che emette gli ordini e dalla maggioranza della popolazione che obbedisce. Tre elementi del concetto di esercizio d'intenzionalità collettiva sono chiaramente istanziati nell'abitudine generale all'obbedienza. In primo luogo, questa è un'attività compiuta da diversi individui. Anzi, a maggior ragione, poiché l'abitudine all'obbedienza dev'essere generale, questo tipo di azione ricorrente non può, per definizione, essere compiuta da un individuo soltanto. È un'attività che dev'essere necessariamente compiuta da molti individui, che insieme costituiscono la “generalità” o “la maggior parte” dei membri della società. In secondo luogo, queste azioni ricorrenti non sono compiute da “la maggior parte” della popolazione, intesa come un tipo di super-agente, ma attraverso le azioni di soggetti che appartengono a questa maggioranza e che agiscono insieme come gruppo, o come un gruppo di gruppi. In terzo luogo, costoro compiono le azioni soddisfacendo le esigenze espresse dai comandi del sovrano in maniera intenzionale, motivati dalla minaccia di sanzioni. Come spiega

¹⁵ AUSTIN 1832, 21.

¹⁶ AUSTIN 1832, 21.

¹⁷ AUSTIN 1832, 165.

¹⁸ AUSTIN 1832, 169.

Davidson¹⁹, le intenzioni sono radicate in desideri e credenze. Nel caso in esame, gli agenti che obbediscono al sovrano hanno il desiderio di compiere le azioni da lui comandate, e credenze intorno a come farlo, e ciò condurrà poi alla formazione d'intenzioni dirette a concretare forme specifiche di movimenti corporei, il cui esito è letto come un conformarsi a quanto è comandato.

Da questa prospettiva, la teoria di Austin ha il merito di accrescere la conoscenza sulla natura del diritto, evidenziando che una proprietà essenziale del diritto riposa sull'esistenza ricorrente di una certa azione intenzionale da parte di una pluralità di soggetti.

Nondimeno, la teoria del diritto di Austin va incontro ad almeno due difficoltà nella spiegazione del diritto come una pratica sociale: il problema della collettività e quello della normatività. In primo luogo, l'abitudine generale all'obbedienza non è necessariamente un'azione collettiva nel senso socio-ontologico dell'espressione. In altre parole, il fatto che vi sia un'abitudine a obbedire a un sovrano all'interno di una certa popolazione non è condizione sufficiente per affermare che i membri che costituiscono la maggioranza della popolazione agiscano insieme intenzionalmente in nessuno dei sensi di questo termine. Il concetto di abitudine generale all'obbedienza è ambiguo, consentendo almeno due letture: una lettura distributiva e una collettiva²⁰. D'accordo con la lettura distributiva, l'abitudine generale all'obbedienza equivale a dire che la maggioranza degli individui di una comunità ha un'abitudine personale e indipendente all'obbedienza verso i comandi emanati dal sovrano. L'interesse personale e la paura della sanzione potrebbero motivare un agente a obbedire in maniera ricorrente al sovrano. In conformità a quest'interpretazione, l'abitudine generale all'obbedienza corrisponde a un mero aggregato delle azioni personali ricorrenti di obbedienza da parte dei membri individuali della maggioranza della popolazione. Questo modo di vedere differisce dalla lettura collettiva, secondo cui l'abitudine generale all'obbedienza è un'azione intenzionale collettiva. Ciò implica che gli individui che rappresentano la maggioranza della popolazione agiscono insieme in accordo a, e in ragione di, alcune *We-intentions* appropriate, il cui contenuto è che la maggioranza della popolazione, come gruppo, compie l'attività di obbedire ai comandi emanati dal sovrano per mezzo delle azioni individuali appropriate dei suoi membri.

A questo punto sorge però un problema interpretativo, corrispondente alla seguente questione: la migliore lettura dell'abitudine all'obbedienza di Austin è quella distributiva o quella collettiva? Austin non si è occupato direttamente della questione. Il fatto che il sovrano debba essere un superiore "comune" potrebbe suggerire una lettura collettiva. Tuttavia, la conclusione non segue da questo fatto: infatti, è possibile che vi sia un superiore – e uno soltanto – che minacci la popolazione con delle sanzioni e che ciascun membro della maggioranza della società obbedisca in maniera del tutto indipendente²¹. L'esistenza di un superiore comune non presuppone necessariamente la coordinazione e l'interdipendenza di azioni e *We-intentions* da parte di agenti differenti.

Oltre alla collettività, un secondo problema dell'abitudine generale all'obbedienza di Austin è la sua incapacità di spiegare la normatività del diritto. H.L.A. Hart ha richiamato l'attenzione su questo

¹⁹ Secondo Davidson, il compimento di un'azione comincia con un tipo di pro-attitudine motivazionale (un desiderio) verso la realizzazione di un certo stato di cose, cui l'azione è collegata, e con la credenza che questo stato di cose si produrrà davvero come risultato dell'azione. DAVIDSON 2001, 83 s.

²⁰ Per un'interpretazione collegata a questa, ma non identica, si veda LUDWIG (mns.), 35 s.

²¹ Anche H.L.A. Hart, senza tutto il background delle teorie sull'ontologia sociale, aveva in mente quest'intuizione quando diceva che l'abitudine generale all'obbedienza è un concetto troppo semplice perché spieghi la natura del diritto. Infatti, affermava: «Affinché si produca tale abitudine non c'è bisogno che i membri del gruppo concepiscano, in qualche modo, il comportamento generale, e potrebbero addirittura non sapere che il comportamento in questione sia generale. A maggior ragione, non è nemmeno richiesto che loro si sforzino per insegnare a, o per intendere di, mantenerlo. È sufficiente che ognuno, per conto suo, creda nella stessa maniera in cui lo fanno gli altri». Si confronti HART 1961, 56.

problema, argomentando che l'abitudine generale all'obbedienza non può catturare alcuni truismi sulla dimensione normativa del diritto, come il fatto che una deviazione dal comportamento generale produca critiche, e che la gente pensi che tali critiche siano giustificate o, in altre parole, che vi siano buone ragioni per criticare i comportamenti devianti²². Inoltre, l'abitudine generale a obbedire non può spiegare il truismo che l'autorità giuridica non è semplicemente quella che ha la capacità d'imporre conformità, ma è quella che ha il “*diritto* giuridico di farlo”²³, e che tale diritto, o, per essere più precisi, tale competenza giuridica di imporre sanzioni, unita a una competenza generale a dettare norme sulla popolazione, produce non solo un'abitudine, ma anche una soggezione a obbedire all'autorità giuridica, e un'obbligazione a seguire le norme giuridiche da essa promulgate.

Queste considerazioni portano alla conclusione che la teoria del diritto di Austin non possa spiegare il diritto né in termini di pratica sociale nel senso di pratica collettiva, né in termini di pratica normativa.

3. *Hart e l'accettazione delle regole*

La critica di Hart alla teoria del diritto come comando l'ha condotto a sostenere che il diritto si fonda su una “pratica più complessa”, vale a dire, una pratica normativa sociale consistente nell'accettazione delle regole sociali.

Hart affermava che l'accettazione di una regola sociale implica i requisiti di esistenza di un'abitudine, vale a dire, l'esecuzione di certe azioni ricorrenti da parte di una pluralità d'individui. In questo senso, implica regolarità nel comportamento sociale. Tuttavia, sono necessari altri tre elementi: (1) che la devianza determini l'insorgenza di critiche e l'imposizione di sanzioni e, di conseguenza, che vi sia una pressione verso la conformità; (2) che le critiche per devianza e l'imposizione di sanzioni siano considerate legittime, giustificate o fatte per buone ragioni; (3) il cosiddetto aspetto “interno” delle regole, vale a dire, che gli agenti «debbono considerare il comportamento in questione come uno standard generale che dev'essere seguito dall'intero gruppo»²⁴. L'aspetto interno delle regole cambia la maniera in cui i membri della società percepiscono le regolarità nel loro comportamento sociale. Essi compiono alcune azioni intenzionali ricorrenti associate all'obbedienza di regole perché considerano tali azioni come standard generali che devono essere seguiti dalla società intera.

È chiaro che anche i primi due elementi sono insiemi di azioni ricorrenti o, in altre parole, un'attività condotta da più individui. Quindi, il concetto di accettazione di regole approntato da Hart implica tre tipi di attività sociali o regolarità nel comportamento sociale: l'abitudine a obbedire, l'abitudine a criticare le devianze e l'abitudine a considerare tali critiche come legittime.

Cionondimeno, il terzo elemento è di un genere differente. Si riferisce all'atteggiamento che i membri della società manifestano di fronte al diritto. Hart chiama quest'atteggiamento: «punto di vista interno»²⁵. Come rilevato in maniera illuminante da Shapiro, il punto di vista interno non si riferisce soltanto al punto di vista degli *insiders* – o partecipanti – alla pratica sociale del diritto. Il suo riferimento è piuttosto uno speciale tipo di atteggiamento che questi partecipanti potrebbero avere: l'atteggiamento di accettazione della regola²⁶. E l'atteggiamento di accettazione della regola è una disposizione verso ciò che l'aspetto interno delle regole descrive, vale a dire, adottare uno schema di

²² HART 1961, 55.

²³ SHAPIRO 2011, 76 s.

²⁴ HART 1961, 55 s.

²⁵ HART 1961, 225.

²⁶ SHAPIRO 2006, 1159.

comportamento come standard di condotta, come guida per la condotta prescritta a tutti i membri della società, e offrire una ragione legittima per conformarsi allo schema di comportamento e per criticare le devianze. Nel *Post-script a The Concept of Law*, Hart definisce l'accettazione nel modo seguente:

«[L'accettazione] consiste nella disposizione costante degli individui ad assumere tali schemi di condotta sia come guide per le loro azioni future, sia come standard di critica che potrebbero legittimare richieste e varie forme di pressione»²⁷.

A questo punto, sorgono però diverse questioni. In primo luogo, come dovrebbe essere inteso il concetto di accettazione di regole? In secondo luogo, l'accettazione di regole andrebbe concepita in termini di azione intenzionale collettiva o come l'impegno a forme di azione intenzionale collettiva? Collegata a questa seconda questione: l'accettazione di una regola implica necessariamente la collettività? Infine, l'accettazione della regola risolve il problema di rendere conto della normatività e, sotto quest'aspetto, rappresenta uno sviluppo della *jurisprudence* e un passo avanti in comparazione alla teoria del diritto come comando di Austin?

Nel *Post-script a The Concept of Law*, Hart suggerisce che l'accettazione delle regole sia una disposizione costante. Da un lato, questa potrebbe essere intesa nel senso di un atteggiamento proprio della maggioranza dei membri di una società, vale a dire, essere disposti o proclivi ad assumere gli schemi di comportamento conformi al diritto come guide per la condotta futura, agire in conformità ad essi, e criticare la devianza dagli stessi, dimodoché gli schemi di comportamento del diritto servano come ragioni di queste azioni e critiche. Ad ogni modo, questa versione del concetto di accettazione d'una regola sembra troppo debole: potrebbe essere interpretata problematicamente nel senso che l'atteggiamento dei membri della società sia tale che sia *possibile* che loro assumano gli schemi proposti dal diritto come guide per la condotta futura, e non che lo facciano già, *effettivamente*²⁸. Questo non sembra essere in linea con l'analisi di Hart del punto di vista interno, che implica che i membri di una società considerino realmente questi schemi come standard generali che devono essere seguiti da tutti.

Tuttavia, Shapiro ha suggerito che, all'interno della teoria di Hart, l'accettazione della regola dovrebbe essere interpretata come se implicasse un impegno ad agire secondo la regola, che per lui sembra equivalere ad avere l'intenzione di conformarsi alla regola. Per dirla con le parole di Shapiro:

«[...] un certo soggetto assume il punto di vista interno rispetto a una regola quando intende conformarsi ad essa, criticare gli altri per il fatto di non conformarsi, non criticare gli altri quando questi criticano ed esprimere le proprie critiche usando un linguaggio valutativo»²⁹.

Se, da un lato, il suggerimento di Shapiro permetterebbe di accomodare gli schemi di comportamento che ci attenderemmo dall'accettazione di una regola in senso hartiano – infatti, una forma di accettazione potrebbe essere semplicemente un impegno come quello appena descritto – d'altro canto sembra “sovra-intellettualizzare” quello che Hart ha in mente: attribuisce all'agente troppa consapevolezza auto-cosciente delle regole; sembrerebbe dunque possibile parlare di agenti che accettano regole senza pensare che essi abbiano costituito l'intenzione di seguirle. Vi sono molte regole che disciplinano la vita sociale, che noi effettivamente seguiamo e che sono il risultato di pressioni sociali di vario tipo che equivalgono a una forma di addestramento, ma che noi non abbiamo mai esplici-

²⁷ HART 1961, 225.

²⁸ Sul fatto che le disposizioni implicino la possibilità di una proprietà, e non già una proprietà attuale, si confronti FARA 2006.

²⁹ SHAPIRO 2006, 1163.

tamente rappresentato e articolato (e nemmeno terzi hanno svolto quest'operazione al posto nostro). Piuttosto abbiamo sviluppato, in varie circostanze, abitudini di comportamento che creano disposizioni ad assumere i comportamenti in questione come regole per la condotta futura – come se avessimo un impegno intenzionale di tipo condizionale a seguirle quando sorgono le circostanze rilevanti – anche se noi non ci rappresentiamo le regole stesse. Esse fanno parte di ciò che Searle chiama *background* dell'intenzionalità³⁰. Questo esprime l'idea che vi sia un elemento interno di accettazione di regole, e cioè, il punto di vista interno, che è espresso da una disposizione ma che non implica un impegno esplicito a conformare il comportamento al loro contenuto³¹.

Riguardo alla seconda questione, ossia, se l'accettazione di regole implichi la collettività, il problema è che anche l'accettazione di regole ammette, alternativamente, una lettura distributiva e una collettiva. Sotto questo profilo, dal punto di vista del concetto di collettività, l'accettazione collettiva di regole è simile all'idea di Austin di abitudine generale all'obbedienza. È possibile che ciascuno dei membri della società, individualmente, obbedisca alle regole, critichi deviazioni, consideri queste critiche legittime e abbia una disposizione individuale a considerare certe regole sociali come schemi di comportamento per sé e per la società intera. Secondo quest'interpretazione, l'accettazione di una regola sarebbe il prodotto della combinazione di due elementi: un elemento esterno, corrispondente a un insieme di azioni aggregative ricorrenti di conformismo rispetto a certe regole sociali, di critica delle deviazioni e di considerazione di queste critiche come legittime; un elemento interno, corrispondente a un insieme di disposizioni aggregative individuali a conformarsi alle regole, e a criticare deviazioni dalle stesse. L'elemento interno è una *I-attitude* e non una *We-attitude*. Nella lettura distributiva, l'accettazione di una regola consiste nella formazione di una disposizione individuale a guidare il comportamento tramite questa o, in altre parole, a formare l'intenzione condizionale di agire in maniera conforme nelle circostanze in cui sia applicabile. All'opposto, secondo la lettura collettiva, l'accettazione di una regola può essere intesa come una maniera di formare all'interno di un gruppo le appropriate *We-intentions* condizionali, focalizzate sull'agire conformemente alle regole nelle circostanze appropriate. Comunque, tutto ciò richiede alle regole di essere norme che governano azioni comuni, implicando altresì che i membri della maggioranza della società pensino all'accettazione delle regole sociali del diritto come attività relazionate al gruppo o, in altre parole, come un'azione intenzionale ricorrente che il gruppo dovrebbe eseguire attraverso le azioni individuali dei propri membri consistenti nel conformarsi alle regole, criticare le deviazioni e considerare queste critiche come legittime, e che la disposizione a conformarsi a queste regole e a criticare le devianze sia una *We-attitude*. Una *We-attitude* implica che ciascun membro della maggioranza di una società abbia un atteggiamento correlato all'accettazione delle regole sociali del gruppo come attività collegata al gruppo. In questo senso, io avrò una *We-attitude* verso l'accettazione di regole se mantengo l'attitudine che noi, come gruppo, consideriamo le regole sociali rilevanti come guide per la nostra condotta, siamo disposti a conformarci a esse, e a criticare devianze.

Hart non ha fornito ulteriori chiarificazioni sulla questione, e, in fin dei conti, la sua teoria non esclude la lettura distributiva. In analogia alla preoccupazione di Austin di precisare l'idea che le persone hanno un'abitudine a obbedire verso un superiore comune, Hart si concentrava nell'identificare le regole giuridiche come un insieme comune di regole sociali. Hart argomentava che il diritto è una combinazione di due tipi di regole sociali: primarie e secondarie. Mentre le regole primarie richiedono ai loro destinatari di fare o, in alternativa, di astenersi da certe azioni (generano obbligazio-

³⁰ SEARLE 1983, cap. V. Il *background* dell'intenzionalità è teorizzato come un insieme di abilità, capacità, e presupposizioni che, sebbene non siano rappresentazionali, rendono possibile la rappresentazione.

³¹ Ringrazio Kirk Ludwig per i suoi suggerimenti sul punto.

ni), le regole secondarie conferiscono poteri per creare, cambiare e riconoscere regole primarie³². Lo strumento chiave per risolvere il problema di identificare soltanto un insieme di regole sociali come regole giuridiche è la regola di riconoscimento secondaria. La regola di riconoscimento aspira a rimediare al problema dell'incertezza sulle regole giuridiche: essa è una «regola per l'identificazione definitiva delle regole primarie»³³. Questa regola dev'essere accettata solo dai pubblici ufficiali. Gli altri membri della società potrebbe semplicemente obbedire alle regole primarie che passano il test della regola di riconoscimento. L'accettazione della regola di riconoscimento da parte dei pubblici ufficiali è la chiave per identificare l'insieme di regole che appartengono al sistema giuridico. Per dirla con Hart: «ogniquale volta la regola di riconoscimento sia accettata, tanto i privati cittadini, quanto i funzionari hanno a disposizione criteri autoritativi per identificare le regole primarie che impongono obblighi»³⁴. In questo senso, il fondamento delle pratiche sociali del diritto è la pratica sociale di accettazione della regola di riconoscimento da parte dei pubblici funzionari. Tuttavia, anche l'accettazione della regola di riconoscimento da parte dei pubblici funzionari può essere soggetta, alternativamente, alla lettura distributiva e a quella collettiva. È possibile che, fra i pubblici ufficiali, ciascuno accetti individualmente una regola di riconoscimento del tipo: quanto promulgato dalla Regina in Parlamento è diritto. Quest'accettazione non è necessariamente collettiva nel senso socio-ontologico dell'espressione.

In una maniera compatibile, Shapiro sostiene che la regola di riconoscimento è sociale in due sensi:

«In primo luogo, la regola di riconoscimento esiste ed ha il contenuto che ha perché, e soltanto perché, vi sono certi fatti sociali. In particolare [...] il fatto che i membri di un gruppo assumano il punto di vista interno verso certe regolarità comportamentali e lo usino per valutare la validità di norme che cadono nella loro portata. In secondo luogo, la regola di riconoscimento è sociale nel senso che fissa uno standard di ampiezza pari a quella del gruppo»³⁵.

Nessuno di questi due sensi implica necessariamente la collettività. È possibile dire che i membri della società assumono il punto di vista interno nei confronti di una certa regolarità comportamentale, secondo un'interpretazione distributiva. Inoltre, la fissazione di uno standard esteso a tutto il gruppo non dipende da *We-attitudes* sociali necessariamente collegate alla lettura collettiva. Anche il sovrano di Austin imposta i suoi comandi come standard del gruppo.

Questa concezione della pratica del diritto come accettazione della regola di riconoscimento da parte dei pubblici ufficiali genera un altro problema connesso al concetto di collettività. Siccome la regola di riconoscimento dev'essere accettata soltanto dai funzionari, e non dalla maggioranza della popolazione, non possiamo dire che il diritto sia propriamente una pratica sociale, ma solo una pratica dei pubblici funzionari: in altre parole, il diritto non è una pratica sociale di tutto il gruppo in cui il sistema giuridico esiste³⁶. L'unico requisito esteso a tutta la società che Hart stabilisce per l'esistenza di un sistema giuridico è che le regole primarie siano generalmente obbedite. Sebbene egli sostenga che spesso la regola di riconoscimento è anch'essa (passivamente) accettata dai cittadini attraverso l'obbedienza alle decisioni dei pubblici funzionari, nella sua teoria dev'essere effettivamente e attivamente accettata come standard per l'intera società solo dai pubblici funzionari³⁷. In conseguenza

³² HART 1961, 81 e 94.

³³ HART 1961, 95.

³⁴ HART 1961, 100.

³⁵ SHAPIRO 2011, 84.

³⁶ WILKINSON 2010, 447.

³⁷ HART 1961, 61.

di ciò, nella teoria di Hart, il fondamento di tutto il sistema giuridico corrisponde alla pratica dei pubblici funzionari di compiere, in maniera ricorrente, l'azione esterna di creare, mutare e applicare norme primarie secondo la regola di riconoscimento, in unione all'elemento interno e, cioè, all'assumere la regola di riconoscimento come standard per l'intera società, insieme alla disposizione a conformarsi ad essa, e a criticare il discostamento dalla stessa.

Questo elemento consente alla teoria di Hart di spiegare perché una condotta che è largamente praticata all'interno di una società possa, al contempo, essere proibita dal diritto. Il requisito necessario è che la condotta sia proibita da una regola promulgata da un'autorità, e che la promulgazione di questa regola avvenga secondo i criteri stabiliti dalla regola di riconoscimento. Siccome la regola di riconoscimento dev'essere accettata solo dai pubblici funzionari, allora costoro avranno accettato che un'autorità proibisca una condotta largamente praticata all'interno della società. Quindi, ci possono essere regole giuridiche che non sono seguite o che sono persino in conflitto con le pratiche attuali.

Comunque, la caratterizzazione del diritto come una pratica dei pubblici funzionari e non dell'intera società crea dei problemi all'interno della teoria di Hart. In primo luogo, non può spiegare perché la pratica di un pubblico funzionario possa originare regole che sono giuridicamente vincolanti per l'intera società. Se solo i pubblici funzionari devono accettare la regola di riconoscimento e le regole primarie promulgate nel suo rispetto, allora soltanto loro dovrebbero essere all'interno dell'ambito di normatività del diritto. C'è un'asimmetria tra gli agenti che eseguono la pratica che costituisce il fondamento del sistema giuridico e gli agenti che sono vincolati dalle regole dello stesso sistema. Questo problema dimostra che la teoria di Hart è simile (se non addirittura identica), in alcuni aspetti, a quella di Austin. Secondo Hart, la differenza fra la sua teoria e la teoria del diritto come comando, dal punto di vista dei soggetti di diritto, è che, mentre il destinatario del comando di Austin è solo obbligato, il destinatario della regola di Hart ha un obbligo. E la differenza tra essere obbligato e avere un obbligo è precisamente che, nella seconda situazione, l'aspetto interno della regola è presente nell'agente. D'altro canto, se i cittadini non accettano la regola di riconoscimento ma obbediscono solo alle regole primarie, allora non hanno davvero l'attitudine interna verso la regola di riconoscimento e, di conseguenza, è difficile che possano averla nei confronti delle regole primarie e secondarie del diritto, promulgate d'accordo con essa. Obbediscono a queste regole perché le hanno create i funzionari: hanno quindi un'abitudine senza un atteggiamento.

Per quanto riguarda la terza questione, la teoria della pratica sociale di Hart non può rendere conto della normatività del diritto. Questa impossibilità emerge dalla sua concezione della regola di riconoscimento. Hart caratterizza la regola di riconoscimento mediante tre proprietà³⁸. In primo luogo, è una regola secondaria o, in altre parole, una regola che verte su altre regole. Questa regola stabilisce i criteri per identificare le regole primarie di un sistema giuridico. In secondo luogo, è una regola ultima: è il fondamento per la validità di tutte le altre regole primarie e secondarie del sistema giuridico. Infine, la regola di riconoscimento è una regola che impone obblighi, perché crea – nei confronti dei pubblici ufficiali – il dovere di riconoscere e applicare come regole giuridiche tutte le regole che sono create secondo i criteri stabiliti dalla regola di riconoscimento.

Shapiro sostiene che questa costruzione della regola di riconoscimento fallisce³⁹. Secondo Shapiro, nella teoria di Hart le regole sociali sono ridotte a pratiche sociali. Da un lato, questa è una buona strategia, che consente a Hart di approntare una giustificazione per la normatività del diritto senza violare la Legge di Hume, che stabilisce l'impossibilità di derivare il dovere dall'essere. Sulla scorta dell'analisi di Hart proposta da Kevin Toh⁴⁰, Shapiro afferma che Hart sottoscrive una forma di espressivismo,

³⁸ SHAPIRO 2011, 84 s.

³⁹ SHAPIRO 2011, 102.

⁴⁰ TOH 2005.

in cui il tipo di normatività prodotta dalle regole giuridiche è solo legale, e non anche morale: si ha normatività quando i pubblici funzionari assumono il punto di vista interno nei confronti delle regole giuridiche. Questo implica che abbiano effettuato dei giudizi normativi con cui hanno stabilito di assumere le norme giuridiche come standard per la guida e per la valutazione della condotta. Ciò avviene mediante giudizi normativi sulla validità giuridica. Hart li chiama “internal statements” e li considera fattuali nel senso che esprimono l’esistenza di un impegno ad assumere la regola come standard per la condotta futura⁴¹.

In questo modo, la regola di riconoscimento, come pratica sociale, è un fatto che determina l’insorgenza di altri fatti: le azioni collettive intenzionali di decidere casi secondo regole, eseguite dai pubblici funzionari, e l’accettazione interna di queste regole come linee guida per la condotta futura. Di conseguenza, la teoria del diritto deriva l’essere dall’essere, rispettando così la Legge di Hume, e non commettendo nemmeno una fallacia naturalista.

Tuttavia, secondo Shapiro, la riduzione della regola di riconoscimento e delle altre regole sociali a pratiche sociali è un errore di categorizzazione; egli argomenta che sarebbe così perché «regole e pratiche appartengono a categorie metafisiche differenti»⁴². Mentre le regole sono oggetti astratti, oggetti di pensiero, e non delle entità che esistono all’interno del tempo e dello spazio, le pratiche sono eventi concreti: hanno luogo all’interno del mondo naturale e interagiscono causalmente con altri eventi fisici.

Sono d’accordo con Shapiro sul fatto che regole e pratiche appartengano a categorie metafisiche differenti, e che, mentre le regole sociali sono oggetti astratti, le pratiche sociali sono eventi concreti. Le regole sociali sono oggetti di pensiero che potrebbero essere ricostruiti solitamente ricorrendo alla forma logica di condizionali: «Se hanno luogo le circostanze C, allora l’azione A è richiesta». Secondo la definizione offerta all’inizio del presente lavoro, le pratiche sociali sono insiemi di azioni collettive intenzionali ricorrenti. In aggiunta, possiamo dire che le azioni sono eventi⁴³. Per questa ragione, le pratiche sociali sono insiemi di eventi, e gli eventi sono particolari. Un evento è un cambio di stato in un oggetto o in porzioni di spazio che persistono nel tempo.

Ciononostante, mi piacerebbe suggerire un’interpretazione alternativa della ricostruzione di Hart, secondo cui, nella sua teoria, le regole sociali non sono ridotte a pratiche sociali, ma sono piuttosto fondate in esse: ciò che Hart afferma realmente è che una pratica sociale consistente nell’accettazione della regola di riconoscimento è il fondamento del sistema giuridico o, in altre parole, che la validità di tutte le regole del diritto è fondata nella pratica degli ufficiali di accettare la regola di riconoscimento ultima. Questo significa che Hart non ha commesso alcuna fallacia di categorizzazione. Infatti, egli non afferma che oggetti astratti (regole) sono riducibili a eventi concreti (pratiche sociali), ma solo che questi oggetti astratti sono validi perché c’è una pratica, vale a dire: un insieme di azioni intenzionali concrete, compiute dai funzionari, che consistono nell’accettazione della regola di riconoscimento e nell’assumere questi oggetti astratti (le regole giuridiche prodotte secondo la regola di riconoscimento) come standard per la condotta futura dell’intera società. Secondo quest’interpretazione, la regola di riconoscimento e tutte le altre regole del sistema sono fondate soltanto su questa pratica dei funzionari.

Tuttavia, Shapiro avrebbe un’obiezione contro quest’interpretazione, perché sostiene che «le pratiche sociali non generano necessariamente regole sociali» con l’aiuto del seguente esempio preso dal baseball:

«Nel baseball, per esempio, la terza base normalmente si avvicina alla casa base quando sospetta un *bunt*. Inoltre, qualora non si avvicinasse, sarebbe criticato per non averlo fatto. Avvicinarsi, in altre parole, sarebbe

⁴¹ SHAPIRO 2011, 100.

⁴² SHAPIRO 2011, 103.

⁴³ Sulla tesi secondo cui le azioni sarebbero sottoclassi di eventi si vedano DAVIDSON 2001, 118-122 e KIM 1993, 49.

una pratica sociale hartiana. Tuttavia, non c'è alcuna regola che *richieda* alla terza base di avvicinarsi quando ci si attende un *bunt*. Orbene, si confronti questa pratica con quella secondo cui il battitore è eliminato al terzo strike. La seconda attività è governata da una regola»⁴⁴.

Comunque, forse Hart non ha bisogno di dimostrare che le pratiche sociali necessariamente generano regole sociali, se vuole rendere conto della normatività del diritto e della possibilità che l'autorità giuridica sia fondata sulla pratica sociale di accettazione della regola di riconoscimento. A Hart è sufficiente mostrare che è concettualmente possibile che le pratiche sociali producano regole o, più precisamente, che le pratiche sociali possano generare regole sociali.

Ciononostante, Hart non riesce a dimostrarlo. Egli non spiega perché, se i pubblici funzionari accettano la regola di riconoscimento, sono vincolati da essa e da tutte quelle regole create secondo la regola di riconoscimento. Non spiega perché l'accettazione della regola di riconoscimento attribuisca normatività a questa regola e perché, come conseguenza di ciò, essa diventi una regola che impone doveri ai pubblici funzionari. Certamente, nell'ottica di Hart, accettare la regola di riconoscimento implica che i funzionari siano disposti ad assumerla come premessa nel ragionamento pratico. Comunque, ciò non implica che essi debbano realmente assumerla come premessa nel ragionamento pratico, e nemmeno che debbano essere disposti ad assumerla come tale. La disposizione dei pubblici funzionari ad assumere la regola di riconoscimento come premessa per il ragionamento pratico non li vincola alla regola di riconoscimento e nemmeno a continuare ad essere disposti ad accettarla.

E, ancor peggio (e qui l'asimmetria fra la pratica dei funzionari e quella dei cittadini diventa rilevante), Hart non può spiegare il fatto che, dall'accettazione della regola di riconoscimento da parte dei pubblici funzionari, segua che anche i cittadini siano vincolati dalla regola di riconoscimento e da tutte le altre regole generate all'interno del sistema, il cui fondamento è costituito dalla regola di riconoscimento. Anche se ammettiamo, per amore di discussione, che l'accettazione della regola di riconoscimento determini l'insorgenza del vincolo per i pubblici funzionari, da ciò non si può derivare che la regola sia vincolante anche per i cittadini che non l'hanno accettata.

Infine, la teoria di Hart non è in grado di spiegare l'autorità giuridica o, in parole più semplici, perché i funzionari siano tali. Il suo punto di partenza è che il fondamento del sistema giuridico sia la pratica dei funzionari di accettazione della regola di riconoscimento. Ma come si diventa funzionari? Da dove deriva la loro autorità? La fonte non può essere la regola di riconoscimento, per due ragioni: in primo luogo, perché i funzionari esistono prima della regola di riconoscimento – è la pratica dei funzionari che determina l'insorgenza della regola di riconoscimento. In secondo luogo, la fonte non può essere la regola di riconoscimento perché questa non è una regola che conferisce poteri, ma una regola che impone obblighi. Quindi, non può essere la fonte del potere degli ufficiali. Di conseguenza, non è chiaro perché la regola di riconoscimento, e le altre regole del sistema, vadano obbedite e abbiano forza vincolante.

4. *La Planning Theory del diritto*

Nel suo libro *Legality*, Scott Shapiro offre una ricostruzione del diritto come fondato su pratiche sociali normative. La sua ricostruzione aspira a risolvere i problemi con cui si erano scontrati Austin e Hart; Shapiro denomina il suo approccio: *The Planning Theory of Law*.

Rispetto a Austin e Hart, Shapiro si trova in una posizione migliore per rendere conto del diritto come pratica sociale: è in grado di sfruttare i summenzionati progressi nel campo dell'ontologia sociale. Infatti,

⁴⁴ SHAPIRO 2011, 103 s.

la sua *Planning Theory* del diritto è influenzata dalla *Planning Theory* delle intenzioni difesa da Bratman, nonché dalla teoria delle azioni condivise e attività condivise dello stesso Bratman⁴⁵.

La tesi principale di Shapiro è la cosiddetta *Planning Thesis*, secondo cui «l'attività giuridica è un'attività di pianificazione sociale»⁴⁶. Questo significa che: «L'attività giuridica è molto più che la semplice attività di formulare, adottare, ripudiare, modificare e applicare norme per i membri della comunità. È l'attività di pianificare»⁴⁷.

Al fine di difendere questa posizione, Shapiro sviluppa due teorie differenti: una teoria dei piani (*plans*) e una teoria delle pratiche giuridiche come pianificazione sociale. Seguendo la tradizione del positivismo giuridico, egli sostiene fermamente che le regole giuridiche siano piani, e che i piani siano fondati solo su fatti sociali, la cui esistenza dipende dalla loro adozione e accettazione. I piani sono creati attraverso l'adozione e sono mantenuti attraverso l'accettazione. L'esistenza di un piano non dipende dai meriti del contenuto di tale piano, ma solo dal fatto che sia stato adottato e accettato⁴⁸.

4.1. La Teoria dei Piani di Shapiro

Per prima cosa, esaminiamo la teoria dei piani di Shapiro. Secondo l'Autore, i piani sono norme. Sono «entità proposizionali astratte che richiedono, permettono, autorizzano gli agenti ad agire, o non agire, in determinati modi, a certe condizioni»⁴⁹. In questo senso, svolgono lo stesso ruolo delle regole hartiane: funzionano come «guida/e per la condotta e parametro/i per la valutazione»⁵⁰.

Shapiro caratterizza la nozione di piano isolando undici caratteristiche:

(1) I piani sono parziali e, quindi, hanno una struttura a nido: «Nascono come gusci vuoti e, mano a mano che si aggiungono dettagli, divengono più completi e utili»⁵¹.

(2) I piani sono composti: «Hanno parti che sono loro stesse piani»⁵².

(3) I piani servono per razionalizzare il comportamento futuro del pianificatore e di altre persone⁵³.

(4) I piani possono essere disegnati per altre persone. È possibile che un piano sia seguito o, in altre parole, applicato da una persona diversa rispetto a quella che l'ha ideato⁵⁴.

(5) I piani riducono i costi di deliberazione. Una volta che abbiamo stabilito un piano, non abbiamo più bisogno di prendere decisioni sul corso dell'azione futura. I piani sono deliberazioni anticipate su ciò che si dovrà fare. Per dirla con Shapiro: «il valore di un piano è che fa il lavoro di pensare al posto nostro»⁵⁵.

(6) I piani generano normatività in virtù dei principi della razionalità strumentale: se fisso un piano allo scopo di anticipare la deliberazione futura, è, per me, razionale aderire al piano e svolgere

⁴⁵ Michael Bratman sviluppa la sua teoria del comportamento intenzionale collettivo in una serie di articoli, sulla base della sua celebre *Planning Theory* delle intenzioni. Su quest'ultima si veda almeno BRATMAN 1992b. La prospettiva di Bratman è esposta in quattro lavori: BRATMAN 1992a, 2; BRATMAN 1993, 97-113; BRATMAN 1999, 130 s.; BRATMAN 2002, 142-161.

⁴⁶ SHAPIRO 2011, 195.

⁴⁷ SHAPIRO 2011, 195.

⁴⁸ SHAPIRO 2011, 195. Una questione di cui non mi occuperò ora è che un piano non può essere adottato senza esistere. In questo caso, l'adozione di un piano non può spiegarne l'esistenza.

⁴⁹ SHAPIRO 2011, 127.

⁵⁰ SHAPIRO 2011, 127.

⁵¹ SHAPIRO 2011, 121.

⁵² SHAPIRO 2011, 130.

⁵³ SHAPIRO 2011, 122.

⁵⁴ SHAPIRO 2011, 126.

⁵⁵ SHAPIRO 2011, 127.

l'azione da esso richiesta. Correlativamente, è per me irrazionale abbandonare il piano, salvo che non entri in gioco una ragione stringente per farlo.

(7) I piani sono entità positive: «Sono creati attraverso l'adozione e mantenuti tramite l'accettazione»⁵⁶.

(8) I piani sono la strategia più efficace per coordinare il comportamento collegato ad attività complesse, controverse e arbitrarie, vale a dire attività che richiedono conoscenza e abilità, potrebbero produrre dispute, e potrebbero lasciare spazio a comportamenti imprevedibili⁵⁷.

(9) I piani possono essere attività condivise nel senso precisato da Bratman. Più persone possono condividere uno stesso piano⁵⁸.

(10) I piani possono essere gerarchizzati. Consentono una divisione del lavoro di tipo verticale⁵⁹.

(11) I piani possono regolare attività di massa. Compensano la sfiducia che i membri di un gruppo potrebbero nutrire reciprocamente in questo tipo di attività⁶⁰.

4.2. *Le attività giuridiche come forme di pianificazione sociale*

La seconda teoria proposta da Shapiro è una teoria del diritto fondata su quella dei piani. Questa è sviluppata in due passaggi: servendosi di un'euristica simile al ben noto stato di natura, nel primo passaggio Shapiro offre una rappresentazione di come un sistema giuridico possa essere creato attraverso l'adozione e l'accettazione di piani. Usando la metodologia dell'analisi concettuale, nel secondo passaggio chiarifica quali sono le proprietà essenziali di un'attività giuridica intesa come una forma di attività sociale.

a) Il diritto nell'Isola dei Cuochi

Shapiro spiega il fine dell'euristica dello stato di natura, che nel suo libro s'istanza all'interno di una comunità immaginaria di cuochi che creano una società su di un'isola del Sud Pacifico: l'Isola dei Cuochi. L'esempio serve per dimostrare che un sistema giuridico «può essere costruito solo attraverso

⁵⁶ SHAPIRO 2011, 128.

⁵⁷ SHAPIRO 2011, 123-134.

⁵⁸ SHAPIRO 2011, 135. Secondo Bratman, affinché una certa attività si possa dire attività cooperativa-condivisa, deve soddisfare i seguenti requisiti: (1) Responsività mutua nel perseguimento dello scopo comune, ossia, responsività mutua verso le intenzioni e le azioni degli altri agenti; (2) Impegno all'attività condivisa. Bratman sostiene che è necessario che i sotto-piani degli agenti si mescolino in una maniera che non violi i sotto-piani degli altri agenti. È altresì necessario che le intenzioni degli agenti siano inter-dipendenti. È richiesto che ciascun agente intenda che il gruppo effettui l'azione condivisa d'accordo con il piano del gruppo e i sotto-piani degli agenti. Inoltre, è necessario che gli agenti s'impegnino a "mescolare" i loro piani, e il tutto in assenza di coercizione. Infine, nel caso in cui Tizio e Caio siano membri del gruppo che compie un'azione collettiva intenzionale, affinché la loro azione comune di fare J sia un'attività cooperativa condivisa, Tizio deve intendere di fare J in parte per l'intenzione di Caio di realizzare J, e i suoi sotto-piani. Bratman sostiene anche che le attività cooperative condivise implicano sistemi d'intenzioni non coartate, relative all'azione condivisa, che siano *interlocking* e riflessivi nel modo appropriato. Inoltre Bratman indica come terzo requisito (3) l'impegno al mutuo supporto, ossia, l'impegno a supportare gli sforzi sostenuti dagli altri partecipanti. Se un'azione eseguita da più agenti non soddisfa questo requisito, tale azione non è cooperativa, ma è solo espressione di un'intenzionalità condivisa. In un'azione cooperativa le intenzioni degli agenti devono essere minimamente stabili dal punto di vista cooperativo. Un'intenzione è minimamente stabile sotto i profili cooperativi se si realizzano circostanze, rilevanti dal punto di vista cooperativo, in cui l'agente manterrebbe tale intenzione. BRATMAN 1992a, 327.

⁵⁹ SHAPIRO 2011, 141.

⁶⁰ SHAPIRO 2011, 143.

l'azione umana»⁶¹. L'Autore crede che, se le cose stanno in questi termini, allora si può dimostrare che il giuspositivismo è vero, per la seguente ragione: «Per creare un, od operare su un, sistema giuridico non è necessario possedere una legittimità morale per imporre obbligazioni giuridiche e conferire diritti: basta poter contare sull'abilità di pianificare»⁶².

L'euristica dell'Isola dei Cuochi comincia con due persone che cucinano assieme e che decidono di creare una compagnia che si occupa di prodotti alimentari. La compagnia diventa un'impresa di grande successo e comincia ad assumere dipendenti e a produrre enormi profitti. Tuttavia, proprietari e dipendenti decidono di vendere la compagnia e di trasferirsi in un'isola del Sud Pacifico. Per la complessità dell'operazione e per mancanza di coordinazione, la vita senza regole si dimostra decisamente sconveniente. Per questa ragione, cominciano a pianificare. Ciononostante, questo produce enormi costi nella deliberazione e nella contrattazione. Di conseguenza, decidono di elaborare un piano maestro, vale a dire, un piano dei piani. Inoltre, introducono una gerarchia attribuendo ad alcuni il potere di pianificare per il gruppo intero. Ma, siccome quest'attribuzione di potere è imperfetta perché le persone possono morire, dimettersi o diventare fisicamente o mentalmente incapaci, allora decidono di creare istituzioni, "strutture astratte di controllo" destinate al compimento di certe funzioni. Shapiro denomina queste istituzioni "l'ufficio", in modo colloquiale⁶³. Siccome l'ufficio si dimostra un'invenzione di successo, ne vengono creati altri: alcuni svolgono la funzione di creare piani, altri di applicarli. Quelli che adottano i piani promulgano direttive volte a regolare il comportamento e ad autorizzare altre decisioni che stabiliscono di attribuire la gente a pianificare per conto loro.

b) Proprietà essenziali del diritto

aa) La coercizione non è una proprietà essenziale del diritto

Shapiro sostiene che il sistema giuridico è posto in essere quando le istituzioni sono create. La sua spiegazione di questo fenomeno è la seguente:

«A questo punto, sembra abbastanza pacifico affermare che l'Isola dei Cuochi abbia sviluppato un sistema giuridico. I pianificatori sono i pubblici funzionari; quelli che adottano i piani sono i legislatori; quelli che li applicano, sono i giudici. Il piano maestro è la costituzione che definisce i loro uffici. I piani creati e applicati da questi ufficiali nel perseguire il piano condiviso sono le leggi del sistema: le direttive di condotta sono regole che impongono doveri e le direttive che autorizzano a creare altre linee guida sono quelle che conferiscono poteri. Infine, gli abitanti dell'isola agiscono tutti secondo un piano. Sono cittadini che si attengono al diritto»⁶⁴.

Da quest'affermazione Shapiro trae la conclusione che la coercizione non è una proprietà necessaria del diritto: la sua idea è che quest'euristica provi la possibilità di un sistema giuridico privo di sanzioni. Inoltre, Shapiro ritiene che l'uso della coercizione sia un metodo più costoso, inefficace e pericoloso di combattere ciò che lui chiama il problema del "cattivo carattere", ossia: la trasgressione di norme morali⁶⁵. Naturalmente, non è escluso l'uso della coercizione nel diritto. Infatti, sostiene che talvolta il diritto usi la coercizione e che, quando succede questo, il ricorso alla coercizione avvenga in una maniera organizzata. Ciò che Shapiro afferma è che ci possa essere diritto anche senza l'uso della forza.

⁶¹ SHAPIRO 2011, 156 s.

⁶² SHAPIRO 2011, 156.

⁶³ SHAPIRO 2011, 166.

⁶⁴ SHAPIRO 2011, 169.

⁶⁵ SHAPIRO 2011, 174.

Ma, a questo punto, sorge una questione rilevante: se la coercizione non è una proprietà necessaria del diritto, una proprietà che è stata tradizionalmente impiegata per distinguere i sistemi giuridici da altri tipi di sistemi normativi come la morale o la religione o, ancora, l'etichetta, quale sarà allora la proprietà specifica del diritto, vale a dire, la proprietà che fa del diritto ciò che è e non qualcos'altro? La congiunzione di pianificatori, soggetti che adottano piani, soggetti che li applicano, piano maestro, piani, direttive di condotta, direttive che autorizzano, e soggetti che seguono il piano può essere ravvisata anche in altre attività di pianificazione, come gli sport organizzati, i giochi, le chiese e i circoli. Quindi, la domanda rimane: che cosa distingue il diritto da queste altre attività di pianificazione?

bb) La tesi dello scopo morale

Shapiro sostiene che la proprietà distintiva del diritto stia nel suo scopo: questa è chiamata *tesi dello scopo morale*⁶⁶. Secondo questa tesi: «lo scopo fondamentale delle attività giuridiche è di rimediare ai difetti morali nelle circostanze di legalità»⁶⁷.

Il concetto è ulteriormente spiegato nel modo seguente: «[...] i sistemi giuridici sono istituzioni di pianificazione sociale e il loro scopo fondamentale è di compensare i difetti delle forme alternative di pianificazione nelle circostanze di legalità»⁶⁸.

Tracciando un'analogia con le ben note “circostanze di giustizia” di Rawls⁶⁹, Shapiro sostiene che: «Le circostanze di legalità si ottengono ogniqualvolta una comunità abbia problemi morali seri e numerosi, le cui soluzioni sono complesse, contenziose e arbitrarie»⁷⁰.

L'autore pensa che sia possibile trattare il bisogno di regolare la condotta all'interno del *framework* dato dall'esistenza di questi problemi attraverso molte strategie diverse, come ordini spontanei e improvvisati, o persino mediante forme non giuridiche di pianificazione, quali: accordi privati, consensi della comunità, gerarchie personalizzate. D'altro canto, dal punto di vista di Shapiro, questo genererebbe costi e rischi molto alti. Lo scopo del diritto è di compensare i difetti delle forme di pianificazione non-giuridiche. E la maniera in cui il diritto svolge questo compito è “pianificando” nella maniera “giusta”, vale a dire: adottando e applicando piani moralmente sensibili in una maniera moralmente legittima⁷¹. Lo scopo del diritto è di diminuire il rischio che cattivi piani siano adottati in relazione non a un morale specifico, bensì a tutti i problemi morali possibili.

cc) Le regole fondamentali del sistema giuridico come piani condivisi

Una seconda caratteristica essenziale del diritto, secondo Shapiro, è che le regole fondamentali del sistema giuridico costituiscono un piano condiviso. I membri del gruppo elaborano questo piano al fine d'intraprendere un'attività collettiva che sia pubblicamente accessibile e accettata dalla maggioranza dei membri del gruppo. Seguendo Hart, Shapiro afferma che i membri del gruppo sono solo i pubblici funzionari, e non tutti i membri della società. Per questa ragione, le loro intenzioni e azioni condivise creano le regole fondamentali del sistema giuridico. Per dirla con le parole di Shapiro: «Se vogliamo scoprire l'esistenza o il contenuto delle regole fondamentali di un sistema giuridico,

⁶⁶ SHAPIRO 2011, 215. Il fine attribuito dallo scopo morale «è centrale per l'identità del diritto». Nella stessa pagina, Shapiro afferma: «Se vogliamo spiegare che cosa fa del diritto il diritto, dobbiamo vederlo come avente necessariamente uno scopo morale»; inoltre «è parte dell'identità del diritto l'avere una missione morale».

⁶⁷ SHAPIRO 2011, 213 s.

⁶⁸ SHAPIRO 2011, 171.

⁶⁹ RAWLS 1999, 109.

⁷⁰ SHAPIRO 2011, 170.

⁷¹ SHAPIRO 2011, 171.

dobbiamo guardare solo [...] ai fatti sociali [...], solo a quello che gli ufficiali pensano, intendono, affermano e fanno da queste parti»⁷².

Il contenuto di queste regole fondamentali non dipende da alcun fatto morale. Il piano condiviso potrebbe essere addirittura “moralmente detestabile”. E le cose stanno così perché, se fosse diversamente – vale a dire: se un piano dipendesse da fatti morali – non potrebbe risolvere i disaccordi, e ridurre l’arbitrarietà e la complessità, perché i membri del gruppo dovrebbero stabilire quali siano i fatti morali appropriati e se si possano davvero cogliere.

Comunque, questo conduce al seguente problema: come tutto ciò può essere compatibile con l’idea che la proprietà specifica del diritto sia il suo scopo morale? Com’è possibile che una pratica giuridica abbia uno scopo morale – vale a dire, la ricerca del piano giusto – e, allo stesso tempo, consenta piani moralmente detestabili? La risposta di Shapiro è la seguente: «Ciò che fa del diritto il diritto è l’averne uno scopo morale, non il soddisfacimento di tale scopo»⁷³.

dd) La possibilità dell’autorità giuridica

Una terza caratteristica essenziale del diritto è che «qualcuno ha autorità giuridica solo se è autorizzato dal piano maestro di un sistema giuridico particolare». Questa è una condizione necessaria ma non sufficiente. Affinché qualcuno abbia autorità giuridica, anche i membri della comunità devono essere disposti a «seguire le norme create [dall’autorità giuridica] per guidare la loro condotta»⁷⁴. Quindi, le autorità giuridiche devono avere anche l’abilità di motivare i loro sottoposti a obbedire al diritto⁷⁵. La prima condizione è soddisfatta quando i membri della comunità s’impegnano a deferire alla persona o al corpo di persone che sono state indicate come autorità giuridiche. La seconda condizione è soddisfatta perché entra in gioco la razionalità strumentale. Siccome i membri della comunità hanno autorizzato le autorità giuridiche a pianificare per loro, la razionalità strumentale richiede loro di obbedire ai piani emanati da tali autorità.

ee) La normatività del diritto

Questo punto si riferisce a una quarta caratteristica essenziale del diritto, vale a dire, al fatto che, nella *Planning Theory*, la normatività del diritto è solo una questione di razionalità strumentale. Shapiro sostiene che «la normatività del piano maestro di un sistema giuridico ha spesso una forma molto limitata»⁷⁶. Egli è d’accordo con Hart sul fatto che le regole fondamentali del sistema giuridico esistono solo se i pubblici funzionari adottano un atteggiamento di accettazione verso di esse. Comunque, Shapiro impone un vincolo addizionale. Siccome queste regole fondamentali sono parte di un piano condiviso, esse richiedono agli ufficiali di avere un atteggiamento più complesso di quello richiesto dal punto di vista interno di Hart. Con le parole di Shapiro:

«[...] l’accettazione di un piano implica qualcosa in più del semplice impegnarsi a fare la propria parte: ci si deve impegnare anche a permettere agli altri di svolgere i loro compiti. Inoltre, accettare la propria parte equivale ad adottare un piano. In altre parole, accettare la propria parte non corrisponde semplicemente a

⁷² SHAPIRO 2011, 177.

⁷³ SHAPIRO 2011, 214.

⁷⁴ SHAPIRO 2011, 179 s.

⁷⁵ Forse è sufficiente che i soggetti siano motivati a obbedire alle autorità legali e non anche che le autorità siano considerate pure come le cause della motivazione.

⁷⁶ SHAPIRO 2011, 182.

impegnarsi a seguire il piano; uno s'impegna anche a riempire il piano, ad assicurare coerenza rispetto alle proprie credenze, sotto-piani, e altri piani, e a non cambiarli in assenza di una ragione stringente per farlo»⁷⁷.

Quindi, secondo la *Planning Theory* del diritto, i pubblici funzionari devono avere un atteggiamento di accettazione delle regole fondamentali, che implica "l'adozione di piani". Shapiro sostiene che, in questo modo, entrano in gioco le norme della razionalità strumentale che attengono all'attività di pianificazione. Ai funzionari è richiesto di attenersi ai piani e di non riaprire la deliberazione sulle questioni decise a meno che non vi sia «una ragione stringente per farlo»⁷⁸. Shapiro denomina questi requisiti di razionalità dei sistemi giuridici «la razionalità interna del diritto». Quindi, la normatività del diritto consiste nell'obbligazione che vincola rispetto a questa razionalità interna. Non è necessariamente una normatività morale perché «non c'è ragione per pensare che i piani maestri di ogni sistema giuridico possibile saranno moralmente legittimi»⁷⁹. Come conseguenza, le autorità giuridiche non hanno il potere di creare e imporre obbligazioni morali. Hanno solo il potere di imporre obbligazioni giuridiche, dal punto di vista giuridico. Queste obbligazioni sono vincolanti solo dal punto di vista legale (finché permane la loro legalità), ma non dal punto di vista morale.

ff) Alcune altre caratteristiche specifiche del diritto come pianificazione sociale

Sulla scorta di tutte queste premesse, anche Shapiro caratterizza l'attività giuridica come una pianificazione sociale che si unisce ad altre caratteristiche specifiche, vale a dire, caratteristiche che ci permettono di distinguerla da altre attività di pianificazione. Tali caratteristiche sono le seguenti:

(1) Le leggi intese come piani sono risoluzioni⁸⁰. Esse sono norme di diritto positivo che risolvono disaccordi morali intorno a ciò che dev'essere fatto. Salvo che non vi siano ragioni stringenti in gioco, il riferimento ad esse prevale sulla deliberazione, negoziazione o contrattazione.

(2) Le leggi come piani sono dispositive⁸¹. Dispongono il destinatario all'obbedienza. Questo elemento istanzia la condizione di efficacia del diritto.

(3) L'attività giuridica come pianificazione è propositiva. Il suo scopo è di creare norme⁸².

(4) L'attività giuridica è un'attività di pianificazione sociale in tre sensi diversi: (a) «Crea e amministra le norme che rappresentano gli standard comuni di comportamento»; (b) «Disciplina le attività più comuni attraverso *policies* generali»; (c) «Disciplina le attività più comuni attraverso standard accessibili pubblicamente»⁸³.

(5) L'attività giuridica è un'attività condivisa. Shapiro spiega quest'affermazione nel modo seguente: «l'attività giuridica è un'attività condivisa nel senso che i vari attori giuridici implicati svolgono i loro ruoli all'interno della stessa attività di pianificazione sociale: alcuni partecipano creando e modificando piani, altri partecipano applicandoli»⁸⁴.

Tuttavia, Shapiro non intende dire che l'attività giuridica sia un'attività condivisa intenzionale. Afferma che non c'è bisogno che i funzionari intendano intraprenderla purché, di fatto, lo facciano. Possono intraprenderla in maniera totalmente alienata dal processo. L'unica cosa che gli viene richiesto è di accettare il piano maestro.

⁷⁷ SHAPIRO 2011, 183.

⁷⁸ SHAPIRO 2011, 183.

⁷⁹ SHAPIRO 2011, 184.

⁸⁰ SHAPIRO 2011, 201.

⁸¹ SHAPIRO 2011, 202.

⁸² SHAPIRO 2011, 202.

⁸³ SHAPIRO 2011, 203.

⁸⁴ SHAPIRO 2011, 204.

La tesi dell'attività condivisa spiega che i pubblici funzionari sono membri di gruppi e, di conseguenza, membri di uno specifico sistema giuridico (ad esempio, sono membri del sistema giuridico statunitense e non di quello inglese o francese).

(6) Il disegno di un piano maestro non richiede l'accordo totale di tutti i pubblici funzionari. Richiede soltanto che almeno una parte dei pubblici funzionari tracci almeno una parte del piano maestro⁸⁵.

(7) Unità di un sistema giuridico. C'è unità del sistema giuridico perché include tutte le norme derivate dalla socialità del gruppo di funzionari. Di conseguenza, il diritto di un certo sistema consiste nel piano maestro e nei piani creati d'accordo con esso⁸⁶.

(8) L'attività giuridica è un'attività ufficiale. Gli agenti del diritto occupano uffici⁸⁷.

(9) La normatività del diritto è istituzionale. Non dipende dalle intenzioni dei pubblici ufficiali, ma da autorizzazioni e piani che spiegano come le autorizzazioni dovrebbero essere usate. Le intenzioni sono rimpiazzate dalle procedure⁸⁸.

(10) L'esercizio dell'autorità giuridica è obbligatorio per i soggetti del sistema giuridico. Il consenso rispetto all'autorità giuridica non è condizione necessaria per essere soggetti ai piani emanati dalla stessa. I suoi piani sono vincolanti dal punto di vista giuridico⁸⁹.

(11) Il diritto ha uno scopo morale indipendente da quello dei suoi partecipanti legali. Shapiro sostiene che, nello stesso modo in cui le asserzioni mirano a trasmettere informazioni vere nonostante l'assertore stia mentendo, è una «verità essenziale del diritto il fatto che serva per risolvere problemi morali»⁹⁰. Shapiro afferma che ciò sia possibile per la seguente ragione – una ragione talmente importante ai fini della presente trattazione che, nonostante la sua lunghezza, merita di essere riportata per intero:

«Il diritto ha lo scopo che ha perché i funzionari di alto grado rappresentano la pratica come avente uno scopo morale, o degli scopi morali. Le loro dichiarazioni non devono essere necessariamente sincere, ma devono essere comunque rese. Queste rappresentazioni possono assumere molteplici forme – possono essere contenute in maniera esplicita all'interno di discorsi, cerimoniali, preamboli di costituzioni, prologhi di codici civili, *dicta* giudiziali, o implicitamente attraverso l'atmosfera degli abiti rituali e del discorso, la costruzione di edifici monumentali che ospitano le attività legali, e l'uso d'iconografia religiosa o morale nello scenario giuridico. Forse è ancor più importante rilevare che gli scopi morali del diritto sono rappresentati attraverso il discorso giuridico. Presentando le loro pretese giuridiche come 'obblighi' e non solo come mere 'costrizioni', e il potere come basato sul 'giusto' e non solo sul 'possibile', le élite rappresentano le loro pratiche come qualcosa diverso da un'impresa criminale, o dal perseguimento egoistico di piacere, profitto o gloria»⁹¹.

(12) Il diritto si auto-certifica, nel senso che gode di una presunzione generale di validità.

4.3. *Il diritto come pratica sociale nella Planning Theory del diritto*

La *Planning Theory* del diritto è senza dubbio la ricostruzione più sviluppata del diritto come pratica sociale. Shapiro riesce a raffigurare la pratica giuridica come un'entità socio-ontologica spiegando le

⁸⁵ SHAPIRO 2011, 207.

⁸⁶ SHAPIRO 2011, 208.

⁸⁷ SHAPIRO 2011, 209.

⁸⁸ SHAPIRO 2011, 211.

⁸⁹ SHAPIRO 2011, 212.

⁹⁰ SHAPIRO 2011, 216.

⁹¹ SHAPIRO 2011, 217.

attività giuridiche come pianificazione. Come tratteggiato da Shapiro, le attività di pianificazione sono pratiche sociali, vale a dire, insiemi di azioni intenzionali collettive. Condividere un piano, in ciascuna delle sue possibili forme – vale a dire: disegnarlo, applicarlo o attuarlo – implica il compimento di un'azione intenzionale collettiva. In primo luogo, condividere un piano è qualcosa che i membri di un certo gruppo possono fare soltanto insieme. In opposizione al concetto di abitudine generale all'obbedienza di Austin, e al concetto di accettazione di regole di Hart, il concetto di condividere un piano di Shapiro non ammette la lettura distributiva. È collettivo, senza alcuna ambiguità. Nell'elaborare o portare avanti un piano, tutti i membri del gruppo svolgono i loro compiti in maniera intenzionale e il piano è elaborato o portato avanti solo perché agiscono in questo modo. In secondo luogo, l'esistenza di un piano condiviso è conoscenza comune. È impossibile condividere un piano senza conoscerlo. Infine, per condividere un piano i membri di un certo gruppo devono avere una *We-attitude*: l'atteggiamento di accettazione del piano. Shapiro lo spiega in questo modo: «Un piano è condiviso da un certo gruppo se ciascuno dei membri di tale gruppo in un certo senso 'accetta' il piano»⁹². Questo implica anche che ciascuno dei membri del gruppo abbia una *We-intention* cosicché il piano del gruppo sia condotto attraverso le azioni individuali dei suoi membri. Secondo Shapiro, l'accettazione di un piano è una *We-attitude* complessa di ciascuno dei membri del gruppo, che implica quattro elementi: (1) impegno a fare la propria parte; (2) impegno a permettere (o persino ad aiutare) gli altri membri del gruppo a fare anch'essi la loro parte; (3) impegno ad assicurare coerenza fra il piano e gli altri possibili corsi d'azione; (4) impegno a vincolarsi al piano e a non riconsiderarlo in assenza di una ragione stringente per farlo.

Inoltre, Shapiro compie uno sforzo molto originale nell'adattare la teoria di Bratman dell'attività cooperativa condivisa alla spiegazione della prassi giuridica, che è un'attività di massa, che si estende nel tempo, gerarchizzata, e in cui l'alienazione e la mancanza di accordo teoretico e concettuale è pervasiva. La teoria di Bratman, così come la maggioranza delle teorie dell'intenzionalità collettiva, mira a spiegare azioni collettive semplici condotte da un paio di agenti (o comunque da poche persone), quali dipingere una casa o fare una passeggiata insieme, in cui condividono un alto livello di accordo su quello che stanno facendo. Sotto questo aspetto, la *Planning Theory* del diritto contribuisce non solo alla giurisprudenza, ma anche all'ontologia giuridica in generale. Questo è un esempio di come alcuni principi di base dell'ontologia sociale potrebbero essere impiegati per spiegare attività più complesse come le pratiche giuridiche.

A questo proposito Shapiro utilizza diverse strategie, tutte appropriate. In primo luogo, Shapiro non concepisce la pratica giuridica come un'unica attività intenzionale collettiva, ma come un insieme di diverse azioni collettive intenzionali compiute da diversi gruppi: la creazione di un piano maestro (da parte dei padri costituenti), il completamento di questo piano maestro con la creazione di altri piani (da parte del legislatore), l'attuazione dei piani (da parte dell'esecutivo) e le decisioni sui piani (da parte del giudiziario). Shapiro si rende perfettamente conto del fatto che la pratica giuridica è un'attività molto complessa, che non implica un'unica pratica generica, come l'abitudine generale a obbedire al sovrano di Austin, o l'accettazione della regola di riconoscimento da parte dei funzionari di cui parla Hart, ma tutta una serie di pratiche generali concrete e singolari compiute da diversi gruppi.

L'analisi di Shapiro potrebbe essere anche implementata per difendere l'idea che i pubblici funzionari siano organizzati in una pluralità di gruppi su livelli differenti. Per esempio, i legislatori che creano piani sono organizzati in gruppi di prim'ordine di rappresentanti che appartengono a partiti, che a loro volta sono organizzati in gruppi di secondo ordine: comitati della Camera dei Rappresentanti che, a loro volta ancora, appartengono a un gruppo di terz'ordine, la Camera dei Rappresentanti che, a sua

⁹² SHAPIRO 2011, 135: «Un gruppo condivide un piano solo se il piano è stato disegnato, almeno in parte, con il gruppo in mente, come un'attività congiunta costituita dalle azioni individuali di ciascuno dei suoi membri».

volta ancora, appartiene a un gruppo di quart'ordine, il Congresso degli Stati Uniti. Ciascuno di questi gruppi agisce mediante azioni collettive intenzionali compiute dai suoi membri. In gruppi di livello più alto, gli agenti delegati agiscono per conto dei membri dei gruppi di livello inferiore.

In secondo luogo, nella *Planning Theory* del diritto la struttura parziale, nidificata e composita dei piani consente l'esistenza di attività intenzionali collettive fra i membri di gruppi che condividono un accordo concettuale molto debole su ciò che stanno facendo insieme. Per spiegarlo con un esempio, potremmo dire che per l'esistenza del nostro piano di cucinare insieme questa sera, non è necessario che noi siamo d'accordo su tutti i dettagli di questo piano (per esempio, cucinare pesce, con spezie indiane, a casa mia, e così via). Questa caratteristica è particolarmente importante per il compito di spiegare la natura del diritto. Grazie ad essa, la *Planning Theory* si mette al riparo dalle obiezioni sui disaccordi teorici mosse da Dworkin contro il giuspositivismo⁹³. La *Planning Theory* del diritto è in grado di spiegare come ci possa essere una pratica giuridica nonostante l'esistenza di disaccordi fra i praticanti del diritto intorno a quelli che Dworkin denominava fondamenti del diritto: questa teoria è capace di spiegare i disaccordi teorici come una parte del processo naturale di deliberazione e negoziazione fra i membri dei gruppi rilevanti nelle pratiche giuridiche al fine di riempire il contenuto dei piani.

In terzo luogo, la possibilità di pianificare per altre persone o, in altre parole, il fatto che sia possibile per un agente creare un piano che si applichi a un agente diverso, consente alla *Planning Theory* del diritto di spiegare tre intuizioni basilari che presiedono alle pratiche giuridiche: (1) che vi sia una pratica di massa in cui non tutti i membri della società possono partecipare a creare piani e che, conseguentemente, l'esclusione dall'attività di produzione normativa sia un elemento ineliminabile della pratica giuridica; (2) che la pratica giuridica sia una pratica gerarchizzata in cui l'autorità è possibile e necessaria; (3) che la pratica giuridica sia, almeno in parte, eteronoma e normativa, nel senso che ciascun membro della società ha un'obbligazione legale a seguire i piani creati per noi dai legislatori.

Tuttavia, a questo punto, sorgono due questioni fra loro connesse. Da un lato, secondo la *Planning Theory* del diritto, la pratica giuridica richiede a ciascuno dei funzionari di partecipare attivamente con le loro azioni o *We-intentions* individuali alle azioni di gruppo rilevanti per creare e attuare piani, nonché per deliberare su di essi? Dall'altro lato, qual è il fondamento della normatività del diritto? Affinché il diritto sia normativo, nel senso di normatività razionale strumentale dei piani, è necessario che tutti i soggetti del diritto accettino tutti i piani giuridici, o almeno quello maestro?

Per quanto concerne la prima questione, Shapiro sa bene che richiedere questa partecipazione attiva da parte di ogni pubblico funzionario sarebbe un'assunzione priva di garanzie. Naturalmente, ci sono determinate azioni giuridiche in cui tutti i membri del gruppo rilevante soddisfano di fatto tutti i requisiti dell'azione collettiva intenzionale, anche secondo la più esigente rappresentazione socio-ontologica di questo tipo d'azioni. Per esempio, un caso del genere si verificherebbe nel caso della redazione di una decisione da parte della Corte Suprema, in cui tutti i giudici lavorano insieme e d'accordo per decidere un caso secondo il piano. Comunque, non tutte le azioni dei pubblici funzionari richiedono questo livello d'impegno da parte dei gruppi primari, secondari, terziari e via dicendo. Sarebbe persino sconveniente richiedere questo tipo d'impegno, perché limiterebbe eccessivamente la possibilità che il diritto possa risolvere in modo efficiente situazioni complesse e contenziose. Per questa ragione, Shapiro afferma, in modo del tutto plausibile, che, con il tempo, la pratica giuridica si istituzionalizza, e ciò significa che, in molti casi, le intenzioni attuali dei pubblici funzionari non sono più richieste: sono rimpiazzate da procedure⁹⁴.

⁹³ DWORKIN 2006, 151 e 156. Per una delucidazione di quest'obiezione, confronta SMITH 2010, 635-661.

⁹⁴ SHAPIRO 2011, 211.

La seconda questione è collegata a un'obiezione sollevata da Bruno Celano contro la *Planning Theory* del diritto. In *What Can Plans Do for Legal Theory?*⁹⁵ Bruno Celano argomenta che, nella visione di Bratman, i piani sono prodotti e applicati dall'agente stesso per l'azione e il pensiero futuro. Sono strumenti di auto-governo. Al contrario, lo scopo dell'autorità giuridica è di stabilire e applicare piani per gli altri. Di conseguenza, il concetto di piano proposto da Bratman non si potrebbe usare per l'analisi del diritto: non sarebbe utile per una comprensione proficua della natura del diritto. In particolare, Celano afferma che: «Shapiro sfrutta in maniera illegittima la normatività (di Bratman) che il piano ha per un agente, o per gli agenti, che l'hanno adottato per loro stessi, al fine di affermare che anche il diritto è normativo»⁹⁶.

Se ciò fosse vero, allora la *Planning Theory* del diritto non potrebbe spiegare la normatività del diritto in termini di normatività strumentale che sorge dai piani. Celano lo spiega così:

«La razionalità strumentale sarebbe quella tesa al perseguimento di scopi, o fini. Ma i fini, o scopi, di chi? Nel caso dei piani autonomi la risposta è diretta: i miei fini [...]. Ma nel caso dei piani adottati per gli altri compare un'alternativa: stiamo parlando delle norme che sono strumentalmente razionali per il pianificatore o per i destinatari del piano? Salvo che non presupponiamo – un'assunzione priva di garanzia – che questi coincidano, dobbiamo concedere che ciò che è strumentalmente razionale per l'uno, potrebbe non esserlo per gli altri, o viceversa»⁹⁷.

In un'intervista recente resa al *Journal Legal Theory in China*⁹⁸, Shapiro replica a Celano con il seguente argomento: «[...] trattare i piani come interessanti solo per il loro ruolo normativo distintivo nell'azione individuale dimostra una comprensione troppo stretta dei piani: è come mancare il loro aspetto 'tecnologico'».

Non è difficile ravvisare similitudini fra quest'obiezione contro la *Planning Theory* del diritto e l'obiezione contro l'idea di Hart di diritto come pratica dei funzionari e non della società. L'obiezione rivolta contro Hart è che la sua teoria non sarebbe capace di spiegare perché le regole sociali accettate dai pubblici ufficiali vincolino non solo loro, ma tutti i cittadini. L'obiezione di Celano sembra però ancora più forte: sfida la possibilità che i piani siano collettivamente normativi o, in parole più semplici, la possibilità di pianificare per terzi.

Legality contiene una replica plausibile nei confronti della critica di Celano. Pianificare non solo per me stesso ma anche per gli altri membri del gruppo è possibile se, come sostiene Shapiro, «invece di formulare e adottare i propri piani, accettano il piano di deferire a qualcun altro l'attività di pianificazione»⁹⁹. Questa è una possibilità perfettamente sensata che consentirebbe la possibilità dell'aspetto tecnologico dei piani e, allo stesso tempo, di mantenere la normatività strumentale dei piani. La mia accettazione del piano di delegare qualcun altro a pianificare per me crea un'obbligazione strumentale di deferenza rispetto a chi ha adottato il piano.

Tuttavia, il processo con cui si arriva alla possibilità di spiegare la normatività del diritto è una questione più complessa, poiché l'attività giuridica è attività di massa, e si estende nel tempo. Un'estrapolazione stretta richiederebbe a tutti i soggetti del diritto di adottare il piano maestro che attribuisce ai pubblici funzionari il potere di creare, attuare e applicare i piani giuridici. L'assunzione che tutti i soggetti del diritto compiano l'azione intenzionale collettiva di adottare il piano maestro non ha garanzie. Non c'è

⁹⁵ CELANO 2013, 129 s.

⁹⁶ CELANO 2013, 129 s.

⁹⁷ CELANO 2013, 129 s.

⁹⁸ Disponibile on-line al seguente indirizzo: <http://www.legal-theory.net/1327.html> (05.25.2011). Ringrazio Scott Shapiro per avermi fornito il testo dell'intervista nella versione inglese.

⁹⁹ SHAPIRO 2011, 141.

un solo paese in cui la promulgazione di una costituzione sia il prodotto di un'azione intenzionale collettiva cui partecipano attivamente tutti i soggetti di diritto, con le loro *We-intentions* e azioni attuali intese come azioni del gruppo. Shapiro, infatti, non s'impegna nei confronti di questa assunzione, affermando che solo i pubblici funzionari sono i membri del gruppo che devono adottare il piano maestro¹⁰⁰.

Ma allora, sotto questa condizione, come può esistere l'autorità legale e come può essere il diritto normativo? Perché i piani giuridici creati secondo quel piano maestro che è stato adottato solo dai pubblici funzionari sono vincolanti anche per tutti i membri della società?

In *Legality* è possibile individuare due indicazioni rilevanti per rispondere a tale questione. In primo luogo, nell'euristica dell'Isola dei Cuochi, Shapiro afferma:

«Non è necessario che la comunità intera accetti il piano condiviso perché esso venga in essere[...]. Siccome noi [Gli abitanti dell'Isola dei Cuochi] consideriamo i pianificatori sociali come moralmente legittimati, pianifichiamo di permettere a quelli che adottano e applicano i piani di adottarli e applicarli per noi. Per questa ragione, noi consideriamo il piano condiviso come piano maestro del gruppo»¹⁰¹.

Se ciò è generalizzato, allora i fondamenti dell'autorità giuridica e della normatività del diritto sono: il fatto che i soggetti del diritto considerino i pubblici funzionari che elaborano il piano maestro come "moralmente legittimati"; il fatto che pianifichino di consentire a questi pubblici ufficiali di pianificare per l'intera società. Lasciando da parte il problema di determinare che cosa significhi "moralmente legittimo" all'interno di questo contesto, questi requisiti potrebbero essere appropriati per una società relativamente piccola ma sembrano troppo esigenti per essere applicati alla società moderna. Per questa ragione, nella sua caratterizzazione delle proprietà essenziali del diritto, Shapiro sembra considerarla come una possibilità piuttosto che come un vero e proprio requisito: i membri della comunità «potrebbero tutti accettare la politica generale di obbedire al diritto o di ritenere le autorità come moralmente legittimate»¹⁰².

Tuttavia, Shapiro sembra indicare che la normatività del diritto dipenda da due considerazioni più deboli, collegate ai soggetti del diritto: la disposizione dei membri della comunità a seguire i piani adottati secondo il piano maestro¹⁰³, e il fatto che i membri della comunità «normalmente diano tutti retta a quelli che hanno ricevuto l'autorizzazione»¹⁰⁴. La combinazione di queste due condizioni può essere interpretata come accettazione tacita del piano maestro. Quest'accettazione tacita potrebbe essere radicata in attività collettive intenzionali e non intenzionali. Molti cittadini accettano intenzionalmente il piano maestro. D'altra parte, il piano maestro può essere accettato anche in maniera non intenzionale. Nello stesso modo in cui tutti inquiniamo l'ambiente in maniera non intenzionale ogni volta che accendiamo la nostra macchina o usiamo uno spray, tutti noi – come membri della comunità – tacitamente e in modo non intenzionale creiamo l'attitudine di accettare il piano maestro del nostro sistema giuridico, ogni volta che rispettiamo le leggi e le usiamo nel ragionamento pratico. Se questo è vero, allora le pratiche giuridiche sono qualcosa che i pubblici funzionari fanno intenzionalmente insieme perché noi, come membri della comunità, alcuni in maniera intenzionale, altri in maniera non intenzionale, ma comunque tutti, insieme, attribuiamo loro il potere di farlo.

¹⁰⁰ SHAPIRO 2011, 119: «[...] l'esistenza dell'autorità giuridica [...] è la questione del se gli ufficiali rilevanti di tale sistema accettino il piano che autorizza e richiede deferenza a quel corpo».

¹⁰¹ SHAPIRO 2011, 165.

¹⁰² SHAPIRO 2011, 181.

¹⁰³ SHAPIRO 2011, 179: «[...] salvo che i membri della comunità non siano disposti a seguire le norme create per guidare la loro condotta, le norme create non saranno dei piani».

¹⁰⁴ SHAPIRO 2011, 180.

Riferimenti bibliografici

- AUSTIN J. 1832. *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by W.R. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BRATMAN M. 1992a. *Shared Cooperative Activity*, in «The Philosophical Review», 101, 1992, 327 ss.
- BRATMAN M. 1992b. *Planning and the Stability of Intention*, in «Minds and Machines», 1992, 1 ss.
- BRATMAN M. 1993. *Shared Intention*, in «Ethics», 104, 1993, 97 ss.
- BRATMAN M. 1999. *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BRATMAN M. 2002. *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Harvard University Press.
- CELANO B. 2013. *What can Plans do for Legal Theory?*, in CANALE D., TUZET G. (eds.), *The Planning Theory of Law: A Critical Reading*, Dordrecht, Springer, 2013.
- DAVIDSON D. 2001. *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press.
- DWORKIN R. 2006. *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press.
- EDMUNDSON W.A. 2011. *Shmegality: A Review of Scott J Shapiro, Legality*, in «Jurisprudence», 2, 2011, 273 ss.
- FARA M. 2006. *Dispositions*, in «Stanford Encyclopedia of Philosophy», disponibile in: <http://plato.stanford.edu/entries/dispositions/> (consultato il 15.02.2013).
- GILBERT M. 1990. *Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon*, in «Midwest Studies in Philosophy», 15, 1990, 1 ss.
- GILBERT M. 1992. *On Social Facts*, Princeton, Princeton University Press.
- GILBERT M. 1996. *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*, New York-London, Rowman & Littlefield.
- GILBERT M. 1999. *Social Rules: Some Problem's for Hart's Account and a New Appraisal*, in «Law and Philosophy», 18, 1999, 141 ss.
- GILBERT M. 2000. *Sociality and Responsibility*, New York-London, Rowman & Littlefield.
- GILBERT M. 2002. *Acting Together*, in MEGGLE G. (ed.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Frankfurt, Ontos Verlag, 53 ss.
- HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- KIM J. 1993. *Supervenience and Mind. Selected Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KUTZ C. 2000. *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LUDWIG K. 2007. *Foundations of Social Reality in Collective Intentional Behavior*, in TSOHATZIDIS S.L. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht, Springer.
- LUDWIG K. (mns.). *Understanding Collective Action*.
- MILLER S. 1992. *Joint Action*, in «Philosophical Papers», 21, 1992, 275 ss.
- MILLER S. 1995. *Intentions, Ends and Joint Action*, in «Philosophical Papers», 24, 1995, 51 ss.
- MILLER S. 2001. *Social Action: A Theological Account*, Cambridge, Cambridge University Press.
- MURPHY M. 2011. *Legality (Book Review)*, in «Law and Philosophy», 30, 2011, 369 ss.
- RAWLS J. 1999. *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.
- SANCHEZ BRIGIDO R. 2009. *Collective Intentional Activities and the Law*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 29, 2009, 305 ss.

- SANCHEZ BRIGIDO R. 2010. *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht, Springer.
- SCHAUER F. 2010. *The Best Laid Plans*, in «The Yale Law Journal», 120, 2010, 586 ss.
- SEARLE J. 1983. *Intentionality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE J. 1990. *Collective Intentions and Actions*, in COHEN P.R., MORGAN J., POLLACK M.E. (eds.), *Intentions in Communication*, Cambridge, MIT Press, 401 ss.
- SEARLE J. 1995. *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press.
- SEARLE J. 2006. *Social Ontology. Some Basic Principles*, in «Anthropological Theory», 6, 2006, 12 ss.
- SEARLE J. 2010. *Making the Social World*, Oxford, Oxford University Press.
- SHAPIRO S. 2006. *What is the Internal Point of View?* in «Fordham Law Review», 75, 2006, 1157 ss.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, Cambridge, Belknap Press.
- SMITH D. 2010. *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 30, 2010, 635 ss.
- TAMANAH B. (mns.). *What is "General" Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law*.
- TOH K. 2005. *Hart's Expressivism and His Benthamite Project*, in «Legal Theory», 11, 2005, 75 ss.
- TSOHATZIDIS S.L. 2007. *Introduction*, in ID. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht, Springer, 2007.
- TUOMELA R., MILLER K. 1988. *We Intentions*, in «Philosophical Studies», 53, 1988, 367 ss.
- TUOMELA R. 1989. *Actions by Collectives*, in «Philosophical Perspectives», 3, 1989, 471 ss.
- TUOMELA R. 2000. *The Philosophy of Sociality*, Oxford, Oxford University Press.
- TUOMELA R. 2002. *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TUOMELA R. 2005. *We-Intentions Revisited*, in «Philosophical Studies», 125, 2005, 327 ss.
- TUOMELA R. 2007. *The Philosophy of Sociality*, Oxford, Oxford University Press.
- WALDRON J. 2011. *Planning for Legality*, in «Michigan Law Review», 109, 2011, 883 ss.
- WILKINSON M.A. 2010. *Is Law Morally Risky? Alineation, Acceptance and Hart's Concept of Law*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 30, 2010, 447 ss.