

DAMIANO CANALE

Agire collettivo e normatività del diritto

ABSTRACT

One of the central theses in contemporary jurisprudence is that law is grounded in a social practice. It is far from being clear, however, which the characteristics of this practice would be. Starting from the discussion of the social practice thesis provided by Carlos Bernal-Pulido, this article critically considers whether the practice at the foundation of law can be seen as a form of joint action based upon collective intentionality and common knowledge. The paper reconstructs the idea of law as a social practice in the works of John Austin, Herbert Hart and Scott Shapiro, and shows that an accurate reading of these works leads us to cast doubt on the persuasiveness of Bernal-Pulido's proposal. The practice at the foundation of law, if any, cannot be seen as a form of joint action without making several aspects of law puzzling or unaccountable. Finally, the article tries to shed some light on the contemporary debate about the normativity of law by distinguishing the different theoretical problems that this debate actually tackles.

L'idea che il diritto si fondi su una pratica sociale costituisce una delle tesi centrali del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo. Non è affatto chiaro, tuttavia, quali siano le caratteristiche di tale pratica. Muovendo dal saggio di Carlos Bernal-Pulido pubblicato in questo numero della rivista, l'articolo discute criticamente l'ipotesi secondo la quale la pratica sociale su cui il diritto si fonda costituisce una forma di agire collettivo basato su intenzioni e conoscenze collettive. L'articolo ricostruisce l'idea di diritto come pratica sociale proposta da John Austin, Herbert Hart e Scott Shapiro, e mostra come una lettura accurata delle opere di questi autori conduca a revocare in dubbio la tesi di Bernal-Pulido. La pratica sociale su cui il diritto si fonda, ammesso esista davvero, non può essere descritta come una forma di agire collettivo senza con questo rendere inintelligibili molti aspetti centrali del diritto. In conclusione, l'articolo cerca di chiarire i termini del dibattito contemporaneo sulla normatività del diritto, distinguendo i diversi problemi teorici ai quali tale dibattito cerca di fornire una soluzione.

KEYWORDS

joint action, normativity of law, social practice, Austin, Hart, Shapiro.

agire collettivo, normatività del diritto, pratica sociale, Austin, Hart, Shapiro.

DAMIANO CANALE*

Agire collettivo e normatività del diritto

1. *Introduzione* – 2. *Austin* – 3. *Hart* – 4. *Shapiro* – 5. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

In *Austin, Hart and Shapiro: Three Variations on Entities Grounded in a Social Practice*¹, Carlos Bernal discute una delle tesi al centro del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo: l'idea che il diritto si fondi su una pratica sociale. A tale scopo, Bernal elabora una definizione di pratica sociale come agire collettivo (*joint action*) ripresa dall'ontologia sociale di matrice analitica, per porla poi a confronto con le nozioni di pratica sociale che stanno alla base, rispettivamente, delle teorie del diritto di John Austin, Herbert L.A. Hart e Scott Shapiro. Ciò al fine di «mettere in luce nuovi aspetti delle teorie di Austin e Hart» e di «chiarire alcuni elementi di base della teoria del diritto come pianificazione sociale sviluppata da Shapiro»².

Secondo Bernal, la pratica sociale su cui si fonda il diritto consiste in

«un insieme ricorsivo di azioni intenzionali collettive, compiute congiuntamente da agenti individuali qualificati, i quali agiscono come un gruppo conformemente a, e sulla base di, intenzioni collettive (*we-intentions*). Tali agenti sono inoltre dotati di una conoscenza collettiva (*common knowledge*) di tali azioni e delle intenzioni collettive dei membri del gruppo»³.

Muovendo da questa definizione, l'argomento di Bernal si sviluppa nel modo

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Bocconi, Milano. E-mail: damiano.canale@unibocconi.it.

¹ BERNAL 2013.

² BERNAL 2013, 4.

³ BERNAL 2013, 4. Questa definizione caratterizza la pratica sociale posta a fondamento del diritto come un insieme di azioni e di atteggiamenti che contraddistinguono i partecipanti alla pratica. Tali atteggiamenti comprendono (1) intenzioni collettive (il partecipante alla pratica fa X perché ha l'intenzione che tutti i partecipanti alla pratica facciano X) e (2) conoscenza collettiva (ogni partecipante alla pratica sa che gli altri partecipanti fanno X e che essi intendono che tutti i partecipanti facciano X; egli sa inoltre che gli altri sanno che egli fa X e che intende che tutti facciano X; egli sa altresì che gli altri sanno che egli sa che gli altri fanno X e intendono che tutti facciano X, e così di seguito, *ad infinitum*). Bernal sostiene che questa definizione è neutrale perché semplicemente registra alcune assunzioni condivise nel campo dell'ontologia sociale contemporanea. Questo mi sembra corretto con riferimento al requisito dell'intenzionalità collettiva; per quanto concerne invece il requisito della conoscenza collettiva, va notato che si tratta di una condizione in realtà controversa, che contraddistingue la teoria dell'agire collettivo di Michael Bratman (e Scott Shapiro). Vedi BRATMAN 1999, 102. Per una sintetica ricostruzione delle teorie contemporanee della conoscenza collettiva, rinvio a VANDERSCHRAAF, SILLARI 2014.

seguinte: se il diritto si fonda su una pratica sociale, allora tale pratica avrà necessariamente le caratteristiche appena descritte. Chiameremo questa premessa “Tesi della Pratica Sociale”. Le concezioni del diritto elaborate da Austin e Hart non riconoscono tuttavia queste caratteristiche alla pratica sociale su cui il diritto si fonda; tali concezioni sono pertanto insoddisfacenti e vanno emendate. La concezione del diritto sviluppata da Scott Shapiro sembra più promettente sotto questo profilo: essa infatti soddisfa, se opportunamente precisata, le condizioni fissate dalla Tesi della Pratica Sociale e fornisce dunque una cornice teorica adeguata per l’analisi del diritto dal punto di vista ontologico.

La strategia argomentativa adottata da Bernal presenta due vantaggi. In primo luogo, essa consente di mostrare quale contributo l’ontologia sociale (o, piuttosto, una certa concezione delle entità sociali) possa fornire per rispondere ad alcuni quesiti che monopolizzano il dibattito filosofico-giuridico: “cos’è il diritto?”, “perché il diritto obbliga i suoi destinatari?”, “cosa distingue le pratiche giuridiche da altri tipi di pratiche sociali?” In secondo luogo, Bernal ricollega le risposte che l’ontologia sociale contemporanea offre a tali quesiti alla tradizione dell’*analytical jurisprudence*: l’ontologia sociale non viene cioè presentata come un insieme di tesi filosofiche esoteriche, estranee alla sensibilità del filosofo del diritto e del giurista, quanto piuttosto come un discorso teorico che consente di assumere un atteggiamento critico nei confronti di una delle principali tradizioni della filosofia del diritto moderna, con l’obiettivo di affinare gli strumenti di cui tale tradizione si avvale per conoscere il diritto.

La strategia adottata da Bernal presenta tuttavia alcuni punti deboli. Il primo concerne la struttura logica dell’argomento presentato in apertura. Se la spiegazione S_1 del fatto F non è coerente con la spiegazione S_2 di F – nel senso che S_1 ed S_2 sono contraddittorie o S_1 non soddisfa i requisiti fissati da S_2 – può certo darsi il caso che S_1 , diversamente da S_2 , sia scorretta o poco informativa. Ma potrebbe essere vero il contrario, come pure darsi il caso che tanto S_1 quanto S_2 risultino erronee o poco informative alla prova dei fatti. Detto altrimenti, la circostanza che una certa spiegazione del diritto non sia coerente con la Tesi della Pratica Sociale non prova che tale spiegazione sia da rigettare, né che la Tesi della Pratica Sociale sia corretta e informativa con riguardo al fondamento del diritto. La strategia adottata da Bernal non consente cioè di sottoporre ad un vaglio critico la concezione di pratica sociale proposta nel suo saggio né fornisce argomenti genuini a suo sostegno.

Un secondo punto debole dell’argomento di Bernal concerne la lettura di Austin e Hart che ne costituisce uno degli assi portanti. Mi sembra vi siano almeno due modi per accostarsi a un “classico” della filosofia del diritto. Lo studioso contemporaneo può leggere le opere di Austin e Hart per rinvenire in esse la risposta ai quesiti che oggi lo assillano, anche se tali quesiti non erano neppure concepibili da Austin e Hart, o non hanno semplicemente riscosso la loro attenzione. In questo modo, le opere di questi autori vengono “attualizzate”, conducendo lo studioso contemporaneo o a celebrare il loro imperituro contributo alla conoscenza del diritto, o a denunciare la loro inadeguatezza rispetto ai problemi del presente. Trovo questo modo di leggere i classici della filosofia del diritto filosoficamente fuorviante. Questa lettura proietta infatti su testi scritti nel passato l’apparato concettuale del lettore contemporaneo, col risultato che i contenuti di questi testi risultano significativi e rilevanti nella misura in cui appaiono riconducibili a concetti ad essi in buona parte estranei, concetti che sono ritenuti aprioristicamente adeguati per

analizzare i problemi considerati⁴. Una lettura di questo tipo non consente dunque di scoprire nuovi aspetti nel pensiero dei classici ma sfocia, piuttosto, in un loro uso strumentale. Un testo filosofico viene utilizzato per corroborare o confutare tesi che il suo autore non ha mai sostenuto né poteva, in certi casi, addirittura concepire, o per analizzare problemi che il testo non considera né poteva, in certi casi, considerare.

Un diverso approccio ai classici della filosofia del diritto è tuttavia possibile. Il lettore odierno può tentare di descrivere i problemi filosofici che l'autore ha tentato di risolvere ricostruendo l'apparato storico-concettuale utilizzato a questo scopo, oltre che il contesto filosofico in cui il testo si colloca. Il lettore può quindi valutare – da un punto di vista interno e *detached* – se una certa tesi è corretta, coerente o addirittura illuminante con riferimento alle domande alle quali essa tenta di rispondere. Questo atteggiamento riduce i rischi di sovra-interpretazione e può indurre il lettore a riconsiderare le proprie ipotesi di partenza e l'apparato concettuale utilizzato per formularle, alla luce di metodi di ricerca, concetti e distinzioni che fino a quel momento non aveva considerato e che la lettura dei classici gli ha fatto scoprire. In questa seconda prospettiva, il contributo dei classici consiste cioè nell'indurre il lettore a riformulare le sue domande filosofiche e non nell'aiutarlo a trovare risposte a dei quesiti precostituiti.

Bernal sembra adottare il primo dei due approcci appena descritti nella sua lettura di Austin e Hart. Le tesi di questi autori sono infatti riformulate criticamente alla luce del dibattito contemporaneo nel campo dell'ontologia sociale, e questo al fine di avvalorare la concezione del diritto come pianificazione sociale elaborata da Scott Shapiro, che Bernal chiarisce e difende da alcune obiezioni nella parte finale del suo saggio.

In questo articolo cercherò invece di adottare il secondo approccio delineato in precedenza, e di estenderlo a *Legality* di Scott Shapiro, sebbene questo libro non possa (ancora) essere considerato un classico della filosofia del diritto. Tenterò, in particolare, di mettere in luce come la lettura di Austin, Hart e Shapiro conduca a revocare in dubbio la Tesi della Pratica Sociale, vale a dire l'assunto in base al quale il diritto si fonda su un insieme di azioni collettive compiute da individui che agiscono come un gruppo sulla base di intenzioni e conoscenze collettive. A mio modo di vedere, tanto Austin e Hart quanto Scott Shapiro forniscono buoni argomenti a sostegno della tesi opposta: ammesso e non concesso che il diritto si fondi su una pratica sociale, tale pratica non necessariamente ha le caratteristiche individuate da Bernal.

Nel sostenere questo, non intendo misconoscere il lodevole tentativo compiuto da Bernal di instaurare un dialogo fecondo tra ontologia sociale e filosofia del diritto. Il mio obiettivo è piuttosto quello di porre in luce alcune caratteristiche delle pratiche giuridiche di cui la Tesi della Pratica Sociale non dà conto. Mi sembra infatti che le entità giuridiche abbiano delle proprietà peculiari che le distinguono da entità sociali come il denaro, i golf club, il compiere una passeggiata con un amico o il guidare sul lato destro della strada. L'osservazione di queste differenze è non solo una condizione fondamentale per fornire una spiegazione attendibile dei fenomeni giuridici ma potrebbe anche far progredire la ricerca nel campo dell'ontologia sociale, fornendo ad essa nuovi spunti di riflessione.

⁴ Sottolinea efficacemente questo punto DUSO 1999, 5 ss. Vedi anche DUSO, CHIGNOLA 2005, parte seconda.

2. *Austin*

Seguendo una tradizione che risale a Thomas Hobbes, John Austin afferma che il diritto è uno strumento per esercitare il potere politico. Il diritto è costituito da un insieme di comandi, sostenuti dalla minaccia di sanzione, emanati dal sovrano al fine di guidare la condotta dei consociati. Il sovrano, a sua volta, è semplicemente definito come l'individuo o l'assemblea che è generalmente obbedita e non obbedisce a nessun altro⁵.

Secondo Bernal, la teoria del diritto di Austin può essere vista come una versione della Tesi della Pratica Sociale. Ciò perché l'abitudine all'obbedienza da parte dei consociati, sulla quale l'esistenza del diritto si fonda secondo Austin, può essere tradotta nella nozione di azione collettiva intenzionale e ricorsiva. Nell'obbedire al diritto, il membri di una collettività agiscono insieme: la loro azione è un'azione sociale che dipende dai comandi emanati dal sovrano, il quale in tal modo partecipa alla pratica. Inoltre, dal momento che l'obbedienza generalizzata dei consociati è motivata dalla minaccia di sanzione, i destinatari delle norme giuridiche obbediscono al diritto in forza delle loro credenze, desideri, intenzioni. L'abitudine all'obbedienza si configura cioè come un'azione collettiva *intenzionale*, compiuta dal sovrano e dalla maggioranza dei consociati in quanto membri di un gruppo sociale; un'azione che spiega la natura stesa del diritto e la sua normatività, ovverosia la circostanza che le norme riescano a guidare l'agire dei consociati.

Secondo Bernal, la versione austiniiana della Tesi della Pratica Sociale è tuttavia inadeguata, e questo per due ragioni. In primo luogo, essa non è in grado di spiegare il carattere sociale delle pratiche giuridiche. L'abitudine all'obbedienza non è necessariamente un'azione intenzionale collettiva: può darsi il caso che ciascun consociato obbedisca al diritto sulla base di un'abitudine indipendente da quella degli altri, motivata da intenzioni individuali (*I-intentions*) che in modo non intenzionale danno luogo a condotte convergenti. In aggiunta, l'abitudine all'obbedienza non richiede azioni interdipendenti né coordinazione sociale: ciascun consociato può agire indipendentemente dagli altri, e ciò non condiziona né l'individuazione del sovrano né quella del diritto. In secondo luogo, la versione sviluppata da Austin della Tesi della Pratica Sociale non dà conto della normatività del diritto: essa non cattura cioè alcuni aspetti essenziali dei fenomeni giuridici, come il fatto che alcuni individui considerano le norme giuridiche come ragioni per agire idonee a guidare la condotta propria e quella altrui, come evidenziato da Hart. Pertanto, la teoria del diritto come insieme di comandi sanzionati non spiega perché le norme giuridiche guidino le condotte dei loro destinatari e siano dunque dotate di autorità. Ad opinione di Bernal, «queste considerazioni conducono a concludere che la teoria del diritto di Austin non è in grado di dar conto del diritto né come pratica sociale, intesa come agire collettivo, né come pratica normativa»⁶.

Mi sembra che la conclusione alla quale giunge Bernal sia corretta. Se si assume che il diritto si fonda su una pratica sociale dotata delle caratteristiche descritte dalla Tesi

⁵ «La nozione di sovranità e di società politica indipendente possono essere definite in modo coinciso come segue: se un superiore umano, che non ha l'abitudine di obbedire ad altro superiore umano, riceve l'obbedienza abituale dalla maggior parte dei membri di una data società, allora quel superiore è il sovrano e quella società (che include il superiore) è una società politica indipendente» (AUSTIN 1832, 166; tutte le citazioni di testi in lingua straniera verranno riportate nella traduzione italiana nostra).

⁶ BERNAL 2013, 8.

della Pratica Sociale, la teoria del diritto di Austin non fornisce una spiegazione convincente del perché il diritto sia in grado di guidare le condotte umane. Ma, a mio modo di vedere, la premessa da cui Bernal muove è falsa. La nozione austiniana di abitudine all'obbedienza non può essere tradotta nella nozione di azione intenzionale collettiva ricorsiva senza perdere il significato che le attribuisce Austin e il suo ruolo teorico originario. Se così stanno le cose, la critica di Bernal manca il suo obiettivo. La teoria del diritto come insieme di comandi sanzionati non costituisce una versione *ante litteram* della Tesi della Pratica Sociale; essa revoca piuttosto in dubbio l'idea che il diritto, così come oggi lo conosciamo, si fondi sull'agire intenzionale collettivo di un gruppo di individui. Per quali ragioni?

La nozione di agire intenzionale collettivo è stata coniata al fine di spiegare le caratteristiche di alcuni fenomeni sociali la cui esistenza dipende da ciò che gli individui fanno insieme. La versione utilizzata da Bernal di questa nozione rinvia, in particolare, al concetto di intenzionalità collettiva, il quale consente di spiegare taluni fatti sociali come il risultato della cooperazione tra i membri di un gruppo finalizzata alla realizzazione di un obiettivo comune, oppure di obiettivi individuali interconnessi tra di loro. Richiamando i classici esempi di Michael Bratman e Margareth Gilbert, si pensi al caso di un gruppo di persone che decide di dipingere una casa o al caso di chi compie una passeggiata con un amico. Il compimento di queste azioni richiede forme specifiche di cooperazione fra gli attori sociali coinvolti, le quali non si lasciano ridurre agli schemi tradizionali dell'agire intenzionale individuale. Al contrario, la concezione del diritto di Austin è fondamentalmente non-cooperativa. Essa si basa sul rapporto di dipendenza verticale che si instaura tra il sovrano e gli altri membri di una comunità politica e sul dominio del primo sui secondi. Richiamando le parole di Austin, «i membri della società sono *assoggettati* a un superiore determinato [il sovrano]: ovverosia, i membri della società *dipendono* da esso»⁷. In Austin la condizione di soggezione si pone a fondamento del diritto poiché fissa il contenuto dei termini “diritto”, “comando”, “dovere”, “responsabilità”, “diritti”, “obbligo”, ecc.⁸ Essa è inoltre costitutiva della società politica: all'interno di una società politica le intenzioni dei destinatari della norme sono formalmente sostituite da quelle del sovrano mediante l'ausilio dei comandi legali, e soltanto nel caso tale sostituzione avvenga in modo generalizzato una società politica comincia ad esistere. Le società politiche non sono dunque gruppi sociali in senso naturalistico: esse non dipendono da ciò che gli uomini fanno insieme. Sono piuttosto degli artefatti sociali. Seguendo Hobbes, Austin pone le società politiche (le comunità umane governate dal diritto) in opposizione a società naturali come la famiglia, le associazioni, le chiese, ecc. Una società naturale si compone di individui «che sono legati tra loro da relazioni reciproche» e cooperano in vista di un fine comune⁹. Ciò implica, secondo Austin, che nessuno vive in uno stato di soggezione in una società naturale. Questo non equivale a dire – è il caso di sottolinearlo – che il sovrano e chi è ad esso assoggettato non possono cooperare in vista di un fine comune, né che all'interno delle società naturali non si ricorra alla coercizione e all'uso della forza. La tesi di Austin ha un contenuto diverso: l'agire collettivo non è una condizione *necessaria* affinché il diritto esista né un aspetto saliente di ciò che il diritto di fatto è.

⁷ AUSTIN 1832, 166.

⁸ Cfr. AUSTIN 1832, 22.

⁹ AUSTIN 1832, 170.

La cooperazione tra gli individui costituisce piuttosto una questione che concerne la moralità positiva, ovverosia le condizioni della felicità individuale e del benessere pubblico. Se tutto ciò è corretto, che ruolo svolge l'abitudine generale all'obbedienza nella teoria del diritto di Austin?

A mio modo di vedere, il requisito dell'abitudine generale all'obbedienza opera in questo contesto teorico al modo di un contratto sociale *a posteriori*. Sebbene la teoria politica di Austin sia ampiamente debitrice nei confronti di quella di Thomas Hobbes, Austin non sostiene che la sovranità si fonda su un contratto fittizio tra gli individui, mediante il quale questi ultimi trasferiscono i loro diritti naturali a un corpo comune. La tesi contrattualistica di Hobbes non può essere difesa – afferma Austin – perché non trova alcun fondamento empirico e non è coerente col principio di utilità. L'esistenza della sovranità e del governo politico deriva piuttosto da «una percezione, da parte della maggioranza della popolazione, della sua grande e ovvia convenienza»¹⁰. In altri termini, se la maggioranza della popolazione generalmente obbedisce ai comandi emanati da un individuo che non obbedisce abitualmente a nessun altro, allora questo individuo è il sovrano e ciò che il sovrano comanda è diritto: l'accordo implicito posto a fondamento del diritto può essere osservato soltanto *a posteriori*, sulla base del consenso sociale che esso ottiene. Si potrebbe inoltre sostenere che la nozione di abitudine generale all'obbedienza non è parte del concetto di diritto nella prospettiva Austin; essa è piuttosto parte del concetto di società politica. Se l'obbedienza generalizzata al sovrano viene meno, il diritto per ciò stesso non scompare né mutano i suoi contenuti¹¹. Citando Hobbes, Austin afferma infatti che «il legislatore non è colui la cui autorità ha in origine creato il diritto, ma colui la cui autorità garantisce che il diritto continui ad esserci»¹². Un comando emanato da una autorità politica che non è più obbedito dalla maggioranza della popolazione continua ad essere un comando legale nel caso un'altra autorità lo faccia valere. Qualora ciò accada, si osserva un mutamento nella composizione della società politica e non un mutamento del diritto¹³.

Queste considerazioni conducono a ritenere che la concezione del diritto come insieme di comandi sanzionati non possa essere interpretata come una versione della Tesi della Pratica Sociale, dal momento che il sovrano e la maggioranza della popolazione non agiscono come un gruppo nel senso ontologico del termine. A ciò va aggiunto che la concezione del diritto di Austin esclude in modo categorico che le azioni intenzionali collettive siano parte di ciò che il diritto di fatto è; esse costituiscono piuttosto il risultato in un aspetto della psicologia umana che si connette con la moralità positiva.

Tutto ciò ha delle implicazioni rilevanti per il problema della normatività. Ora, è senz'altro vero che Austin non fornisce una spiegazione adeguata di molti aspetti del diritto, come ha evidenziato Herbert Hart. In particolare, Austin non fornisce una spiegazione convincente delle norme che attribuiscono poteri né delle norme di rango costituzionale. Inoltre, egli non dà conto della funzione costitutiva che le norme giuridiche

¹⁰ AUSTIN 1832, 230 (nota 22).

¹¹ Cfr. AUSTIN 1832, 282 s.

¹² AUSTIN 1832, 282.

¹³ Questa può essere intesa come un'implicita risposta di Austin all'obiezione di Hart secondo la quale la teoria del diritto come insieme di comandi sanzionati non è in grado di spiegare la transizione giuridica da un sovrano ad un altro sovrano (v. HART 1961, cap. 4). Si potrebbe cioè sostenere che la transizione da Rex I a Rex II ha luogo quando i comandi emanati da Rex I continuano ad essere generalmente obbediti anche se è ora Rex II a sanzionarne la violazione.

possono svolgere: del fatto cioè che le norme giuridiche sono in grado di generare entità istituzionali che non esisterebbero indipendentemente da esse. Se questi e altri aspetti del diritto non sono debitamente spiegati o tenuti in considerazione da Austin, lo stesso non si può dire, a mio modo di vedere, per quanto riguarda la normatività del diritto. Austin fornisce una spiegazione psicologica del perché le norme giuridiche guidano le condotte umane e collega questa spiegazione all'abitudine generale all'obbedienza. Nella sesta lezione di *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin sostiene che l'obbedienza abituale al sovrano è riconducibile a tre fattori principali: in primo luogo, «essa è in parte una conseguenza della consuetudine: i consociati obbediscono al sovrano in parte perché, al pari probabilmente dei loro avi, avevano la consuetudine di farlo in precedenza»; in secondo luogo, l'obbedienza generalizzata «è in parte la conseguenza del pregiudizio» a favore di un certo tipo di governo politico o della persona che lo esercita; infine, essa «in parte sorge in forza del principio di utilità», vale a dire perché il governo politico è dai più preferito all'anarchia¹⁴. Pertanto, Austin non sostiene che l'abitudine generale all'obbedienza è motivata dalla minaccia di sanzione. La nozione di sanzione è semplicemente parte della definizione di norma giuridica, una definizione formulata per distinguere le norme giuridiche da altri tipi di norme sociali. In altri termini, per Austin è concettualmente vero che il diritto è un insieme di comandi sostenuti dalla minaccia di sanzione. Al contrario, l'abitudine all'obbedienza è un fenomeno empirico: può essere vero o falso che la maggioranza della popolazione obbedisca generalmente al diritto. Austin riduce dunque la normatività del diritto a un mero fatto: il fatto che, se il diritto esiste, i suoi destinatari si sentono generalmente obbligati a osservarlo. E questo sentimento può essere causalmente spiegato dall'esistenza di fatti psicologici correlati al principio di utilità¹⁵.

Ora, è ben noto che secondo Hart questa spiegazione risulta insoddisfacente. La principale obiezione di Hart ad Austin concerne il fatto che la spiegazione fornita da quest'ultimo dell'obbedienza al diritto confonde una mera regolarità di comportamento con la pratica di seguire una regola. L'abitudine all'obbedienza consiste semplicemente in una condotta che si ripete nel tempo, mentre la pratica di seguire una regola richiede che tale regola sia considerata come una ragione per agire in conformità a quanto previsto dalla regola e per criticare chi non lo fa¹⁶. Bernal fa propria l'obiezione di Hart e la usa per difendere la Tesi della Pratica Sociale. Ma l'obiezione di Hart coglie nel segno? Vi sono ragioni per dubitarne. In primo luogo, come osservato in precedenza, Austin non riduce la normatività del diritto alla minaccia di sanzione. Il fatto che le norme giuridiche siano o meno in grado di guidare l'azione dipende da un insieme complesso di stati psicologici (credenze, desideri, intenzioni) le cui caratteristiche sono indagate dalla psicologia e dalla filosofia morale. In secondo luogo, questa spiegazione è compatibile con l'idea delle norme come ragioni per agire. Il fatto che una certa autorità sia stata obbedita in passato, la predilezione per una certa forma di organizzazione politica e la preferenza per il governo della legge di fronte al pericolo dell'anarchia possono essere considerate come ragioni che condizionano la deliberazione pratica

¹⁴ AUSTIN 1832, 244-246.

¹⁵ Ovviamente la spiegazione psicologica dell'abitudine all'obbedienza proposta da Austin può apparire *naïve* al lettore odierno. Non di meno Austin mostra che la normatività del diritto può essere vista come una questione di fatto suscettibile di un accertamento empirico. Questo tema verrà ripreso nel paragrafo finale del saggio, al quale qui rinvio.

¹⁶ HART 1961, 55.

dei destinatari delle norme: esse spiegano perché questi ultimi obbediscano al diritto e rimproverino chi non lo fa. Per Austin, queste ragioni sono semplicemente parte di una spiegazione psicologica dell'agire individuale che non rientra nel dominio della *jurisprudence*. Se si considerassero queste ragioni come parte di una spiegazione filosofico-giuridica del diritto si finirebbe infatti col confondere, nella prospettiva di Austin, la filosofia del diritto con la filosofia morale e la psicologia.

In sintesi, mi sembra che Austin non si proponga di fondare il diritto su una pratica sociale, nel senso che Bernal attribuisce a questa espressione, né egli poteva in alcun modo concepire il diritto come un fenomeno dipendente da intenzioni collettive. Austin mette piuttosto in luce alcune caratteristiche del diritto che non sono catturate dalla Tesi della Pratica Sociale: la circostanza che la normatività del diritto possa essere intesa in termini di efficacia e di consenso sociale, come pure il fatto che la coercizione svolge un ruolo importante nelle organizzazioni giuridiche quale incentivo per obbedire al diritto¹⁷. Anche qualora si ritenga che la coercizione non sia una caratteristica necessaria del diritto – come Hart, Raz, Shapiro e molti altri sostengono – è difficile negare che essa costituisca un aspetto saliente del diritto così come oggi lo conosciamo, un aspetto che merita una considerazione adeguata da parte della filosofia giuridica¹⁸. Credo dunque che l'ontologia sociale non dovrebbe disinteressarsi programmaticamente della funzione coercitiva del diritto ma fornirne piuttosto una spiegazione adeguata. In tal senso, le tesi di Austin costituiscono una sfida per la Tesi della Pratica Sociale, sebbene la concezione del diritto delineata da Austin non riesca a spiegare in modo convincente molti aspetti del diritto.

3. Hart

Secondo Hart il diritto si fonda su una pratica sociale che consiste nell'accettazione, da parte dei giudici e degli altri funzionari che operano in un certo ordinamento giuridico, di una peculiare regola sociale: la regola di riconoscimento. Secondo Hart, una regola sociale esiste quando tre tipi di comportamento hanno luogo: (a) la maggior parte dei membri di un gruppo sociale tiene regolarmente la condotta C; (b) se si chiede loro perché fanno C, la maggior parte dei membri del gruppo risponde che sta seguendo la regola R, la quale è dunque considerata come una ragione per fare C; (c) i membri del gruppo sociale in questione fanno appello a R per convincere gli altri membri del gruppo a fare C e per criticare le condotte devianti. La seconda e terza condizione di esistenza delle regole sociali delineano ciò che Hart chiama "accettazione della regola":

«[l'accettazione] consiste nella continua disposizione degli individui a considerare una certa linea di condotta sia come una guida per le loro azioni future sia come uno standard per criticare gli altri, il quale può legittimare richieste nei loro confronti e varie forme di pressione sociale»¹⁹.

¹⁷ «Una delle funzioni più importanti del diritto, evidente in una gran varietà di situazioni nelle quali il diritto interviene, sta nel risolvere problemi sociali obbligando gli individui a vincere il loro iniziale incentivo a non tenere un comportamento cooperativo e ad agire contro il loro stesso interesse considerato nel lungo periodo. Minacciando sanzioni in caso di disobbedienza, il diritto è in grado di fornire un servizio alle parti coinvolte: esso mette in grado gli individui di agire in modo cooperativo, di solo nel loro migliore interesse, a prescindere dall'incentivo razionale ad agire in senso contrario» (MARMOR 2011, 43).

¹⁸ Vedi SCHAUER 2010.

¹⁹ HART 1961, 255.

Bernal si chiede se l'accettazione di una regola, concepita nei termini appena descritti, possa essere considerata come una pratica dotata delle caratteristiche descritte dalla Tesi della Pratica Sociale. L'accettazione del diritto dipende da un insieme di azioni compiute da individui che agiscono come un gruppo sulla base di intenzioni e conoscenze collettive?

Bernal osserva come l'accettazione di una regola sia suscettibile di due spiegazioni. In base alla prima spiegazione, che egli chiama "distributiva", i membri del gruppo sociale agiscono sulla base di intenzioni individuali, le quali possono essere differenti in ciascun individuo ma motivare comunque il medesimo comportamento. In base alla seconda spiegazione, che chiameremo invece "collettiva", le disposizioni e gli atteggiamenti degli agenti dipendono da un'intenzione collettiva che li spinge ad agire come un gruppo. Secondo la Tesi della Pratica Sociale, la prima spiegazione non è in grado di dar conto della normatività del diritto giacché le intenzioni individuali non sono sufficienti per generare entità giuridiche. Solo nel momento in cui nascono intenzioni e conoscenze collettive, e un certo numero di agenti qualificati agisce come un gruppo, le istituzioni giuridiche prendono vita.

Bernal correttamente osserva come la spiegazione hartiana dell'accettazione del diritto non presupponga necessariamente una lettura in termini collettivi di questo fenomeno sociale. Le regole sociali di Hart sono compatibili con una descrizione distributiva delle attitudini e degli atteggiamenti dei membri di un gruppo; inoltre, la pratica posta a fondamento del diritto non coinvolge la società nel suo complesso. Un sistema giuridico esiste se la maggior parte dei funzionari accetta la regola di riconoscimento a prescindere da cosa fanno i cittadini. Alla luce di tali considerazioni, la teoria hartiana risulta insoddisfacente secondo Bernal. In primo luogo, «essa non è in grado di spiegare perché la prassi seguita dai funzionari generi regole che sono vincolanti per l'intera società»²⁰; in secondo luogo, Hart «non spiega perché se i funzionari accettano la regola di riconoscimento, essi sono obbligati a seguirla come pure ad obbedire a tutte le altre norme create in conformità ad essa»²¹; in terzo luogo, «Hart non è in grado di spiegare come dall'accettazione della regola di riconoscimento da parte dei funzionari segua che i cittadini sono parimenti vincolati ad obbedire a questa norma»²²; infine, secondo Bernal la teoria hartiana della regola di riconoscimento non sarebbe in grado di dar conto dell'autorità del diritto. Per un verso, l'accettazione della regola di riconoscimento da parte dei funzionari è un elemento costitutivo della pratica sociale posta a fondamento del diritto. Per altro verso, tuttavia, tale pratica non spiega perché i funzionari siano funzionari. Da dove proviene la loro autorità? Di certo, tale autorità non promana dalla regola di riconoscimento, dal momento che si tratta di una regola generata dall'agire dei funzionari medesimi. Pertanto, la spiegazione fornita da Hart è affetta da circolarità e non spiega perché il diritto generi obblighi. Vale a questo punto la pena chiedersi: le osservazioni critiche di Bernal colgono nel segno?

In *The Concept of Law*, Hart usa il termine "accettazione" per riferirsi a una serie di atteggiamenti intenzionali che un osservatore può ragionevolmente ascrivere agli individui sulla base di quanto essi fanno e dicono, vale a dire sulla base di una serie di

²⁰ BERNAL 2013, 14.

²¹ BERNAL 2013, 16.

²² BERNAL 2013, 16.

fatti che osserviamo nella realtà²³. Tali fatti hanno un carattere *sociale*: la loro spiegazione esige di osservare non solo cosa ogni individuo fa e dice singolarmente ma anche il modo in cui gli individui si relazionano tra di loro. A differenza di Austin, che fornisce una spiegazione psicologica dell'abitudine all'obbedienza basata sulle attitudini individuali, Hart propone infatti una spiegazione sociologica dell'obbedienza a una regola. L'obbedienza a una regola può essere resa intelligibile soltanto imputando agli individui atteggiamenti intenzionali che sono distintivi di chi partecipa a una pratica sociale. Ma come può una pratica sociale generare regole sociali, e perché tali regole sono vincolanti? – si chiede Bernal. A mio parere questa domanda è formulata in modo sbagliato. Secondo Hart una pratica sociale non genera regole. Il concetto di regola spiega semplicemente cos'è una pratica sociale, o meglio perché i membri di un gruppo si comportano in un certo modo e quali comportamenti sono richiesti affinché un individuo possa essere considerato membro di un gruppo sociale, vale a dire come un partecipante alla pratica. Sussiste cioè una “relazione interna”, di tipo esplicativo, tra regole sociali e pratiche sociali: le prime non possono essere spiegate indipendentemente dalle seconde e viceversa²⁴.

Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto da Bernal, appare del tutto condivisibile la tesi di Scott Shapiro secondo la quale le pratiche sociali e le regole sociali appartengono a regni metafisici distinti. Le pratiche sociali sono insiemi di eventi interconnessi tra di loro, mentre le regole sociali possono essere concepite come entità astratte che svolgono perlomeno le seguenti funzioni: (1) spiegano l'esistenza di una certa pratica sociale (vale a dire, la connessione tra gli eventi che la costituiscono); (2) consentono di identificare tale pratica mediante l'osservazione della realtà sociale; (3) possono essere usate per guidare e giustificare l'agire individuale. Ora, l'accettazione di una pratica sociale da parte di un individuo implica il suo impegno a seguire la regola che governa tale pratica? Detto altrimenti, un osservatore esterno deve ascrivere atteggiamenti quali credenze, desideri e intenzioni ai partecipanti alla pratica sociale al fine di identificare la pratica medesima e le regole che la governano? Secondo Bernal «è possibile parlare di agenti che accettano regole senza che occorra pensare che tali agenti abbiano l'intenzione di seguirle»²⁵. Vi sarebbero cioè regole che accettiamo in modo non intenzionale, sulla base di assunzioni di sfondo o abitudini delle quali non siamo consapevoli. A mio modo di vedere, tuttavia, questa spiegazione confonde le pratiche sociali governate da regole con altre forme di agire sociale. Quando osserviamo un regola in modo non intenzionale non stiamo seguendo la regola nel senso descritto da Hart. Stiamo semplicemente agendo *in accordo* con la regola, poiché essa non guida la nostra azione. Ci comporteremmo come di fatto ci comportiamo anche se tale regola non esistesse affatto.

²³ Col sintagma “atteggiamento intenzionale” mi riferisco qui ad atteggiamenti psicologici che hanno ad oggetto contenuti proposizionali. Tali stati vengono cioè ascritti agli individui per mezzo di una frase complessa contenente un verbo di atteggiamento psicologico (“credere”, “desiderare”, “volere”, “dubitare”, ecc.) seguito da una subordinata che esprime un contenuto proposizionale. Nell'utilizzare questo sintagma, ad ogni modo, non intendo prendere qui posizione con riguardo al rapporto tra atteggiamenti intenzionali, contenuti proposizionali e contenuti mentali. Nella prospettiva di Hart, gli enunciati che esprimono atteggiamenti intenzionali non designano stati mentali ma ragioni per agire utilizzate da chi osserva il diritto da un punto di vista esterno per *spiegare* le condotte sociali di chi invece partecipa alla prassi giuridica assumendo un punto di vista interno ad essa.

²⁴ BAKER, HACKER 2009, 135 ss.

²⁵ BERNAL 2013, 10.

Se un individuo tiene la condotta C, C costituisce un'istanza del seguire la regola R solo se R è parte delle sue ragioni per fare C. Pertanto, un'azione individuale costituisce un'istanza del seguire una regola solo se tale azione viene compiuta intenzionalmente²⁶. A prescindere dall'ascrizione agli attori sociali di atteggiamenti intenzionali un osservatore non è in grado di distinguere le abitudini dai comportamenti governati da regole.

Se tutto ciò è corretto, il problema della normatività del diritto è delineato da Bernal in un modo che conduce a fraintendere la concezione hartiana dell'accettazione delle regole sociali. Secondo Bernal, e molti altri filosofi del diritto contemporanei, il problema della normatività del diritto consiste nello spiegare perché dobbiamo obbedire al diritto. Da dove scaturiscono le ragioni che giustificano l'obbedienza? Hart, tuttavia, concepisce il problema della normatività in modo diverso: parafrasando Quine, la soluzione di questo problema richiede soltanto di specificare come deve essere fatto il mondo affinché l'asserto "le condotte dei membri del gruppo sociale X sono guidate dalla regola R" sia vero. Come ha sottolineato correttamente Kevin Toh,

«[la normatività del diritto] non costituisce un problema che si trovano ad affrontare i partecipanti a un sistema giuridico che tentano di determinare quali considerazioni – sempre che ve ne sia qualcuna – realmente giustificano l'obbedienza alle norme giuridiche. Si tratta piuttosto di un problema affrontato da chi osserva un sistema giuridico dall'esterno e cerca di individuare quali fatti empirici giustificano il considerare una comunità come caratterizzata da una pratica governata dal diritto»²⁷.

Da ciò segue che Hart non è interessato a spiegare perché i funzionari e i cittadini obbediscono al diritto né a specificare a quali condizioni le norme di un sistema giuridico devono essere obbedite. L'obbedienza al diritto può essere motivata da credenze, desideri e intenzioni assai diverse tra loro. Dal punto di vista della *jurisprudence*, intesa come una forma di "sociologia descrittiva", è sufficiente specificare a quali condizioni la condotta umana può essere propriamente descritta come una pratica governata da regole.

Le medesime considerazioni valgono con riguardo al ruolo dei cittadini in un sistema giuridico. Abbiamo visto che, secondo Bernal, Hart non riuscirebbe a spiegare perché i cittadini siano vincolati alle norme primarie e secondarie dell'ordinamento in forza dell'accettazione della regola di riconoscimento da parte dei funzionari. Hart sostiene, tuttavia, che i cittadini non devono necessariamente condividere, accettare o considerare vincolante la regola di riconoscimento né le norme primarie affinché un ordinamento esista²⁸. In società complesse come quelle in cui viviamo – osserva Hart – l'accettazione generalizzata delle norme giuridiche da parte della popolazione non è che una finzione:

²⁶ Cfr. BAKER, HACKER 2009, 137.

²⁷ TOH 2010, 333.

²⁸ HART 1961, 112. A dire il vero Hart non precisa chiaramente quali siano gli individui la cui pratica è spiegata dalla regola di riconoscimento. A volte fa riferimento «alla pratica delle corti, dei legislatori, dei funzionari e dei privati»; altre volte sembra invece attribuire una importanza speciale alla pratica giudiziale. Cfr. HART 1961, 104-105. Dal punto di vista concettuale, tuttavia, l'osservanza della regola di riconoscimento può essere imputata soltanto ai funzionari. Vedi su questo punto RAZ 1979, 92-93.

«gran parte dei cittadini ordinari – probabilmente la maggioranza di essi – non ha alcuna idea in merito alla struttura del diritto e ai suoi criteri di validità. Il diritto al quale tali cittadini obbediscono è qualcosa che essi conoscono soltanto come “il diritto”»²⁹.

I cittadini possono obbedire al diritto per moltissime ragioni diverse, nella maggior parte dei casi semplicemente perché credono che «è la cosa migliore da fare per loro»³⁰. Hart sostiene, ad ogni modo, che un'indagine attorno alle caratteristiche e alla fonte di queste ragioni non sia rilevante per la *jurisprudence*: «Il fatto che le norme valide in base al test di validità del sistema vengano obbedite dalla maggioranza della popolazione costituisce l'unica prova di cui abbiamo bisogno» – assieme all'accettazione delle norme secondarie da parte dei funzionari – «per stabilire che un sistema giuridico esiste»³¹. Così come in Austin, un'indagine attorno alle fonti dell'obbligatorietà del diritto costituisce un campo d'indagine per la psicologia sociale, la filosofia morale e la filosofia politica, discipline meglio equipaggiate della *jurisprudence* a questo scopo.

Per concludere, Bernal sostiene che la teoria del diritto di Hart non è in grado di spiegare perché i funzionari siano funzionari: se la regola di riconoscimento è quella regola che viene seguita dai funzionari per individuare il diritto valido, in che modo questi ultimi possono acquistare la loro autorità sulla base di tale regola? A ben vedere, nella prospettiva hartiana la risposta a tale quesito non appare molto problematica. Alla luce della relazione interna tra una pratica sociale e la regola che la governa, si potrebbe sostenere che il ruolo dei funzionari è costituito dalla stessa regola di riconoscimento, la quale è non a caso concepita da Hart come una regola definitoria³². Come ha osservato Andrei Marmor,

«quando vi è un insieme di regole che costituiscono un certo tipo di attività [...], tali regole possono costituire sia il tipo di attività in questione sia i particolari ruoli svolti dagli individui in essa. E di certo le regole che costituiscono l'attività sono quelle che vengono di fatto seguite dagli individui che partecipano a tale attività»³³.

In conclusione, è certo vero che Hart non concepisce il diritto come un fenomeno sociale che trova fondamento in una forma di agire collettivo dotata delle caratteristiche descritte dalla Tesi della Pratica Sociale. Ma non è questa una buona ragione per rigettare la teoria hartiana del diritto. Si può certo sostenere che la concezione hartiana delle regole sociali non sia in grado di distinguere i comportamenti guidati da regole dai comportamenti giustificati da ragioni che non consistono in regole³⁴; come pure che Hart «spogl[i] le regole del loro carattere normativo» dal momento che gli

²⁹ HART 1961, 114.

³⁰ HART 1961, 114.

³¹ HART 1961, 114.

³² HART 1994, 111.

³³ MARMOR 2011, 56. Vedi anche COLEMAN 2001, 101.

³⁴ Vedi SCHIAVELLO 2012, 9 ss.; WARNOCK 1971, 45-46. Secondo Warnock, «una persona obbedisce a una regola, e dunque quella regola “esiste”, [...] se quella persona suppone di agire, o che qualcun altro agisca, in quel modo, a prescindere dal fatto che in ogni circostanza vi siano, in quel tempo e luogo, buone ragioni per agire così. [...] Infatti ritenere che vi sia una regola, ed essere disposti ad appellarsi ad essa, sembra tipicamente richiedere l'inclinazione a non considerare i meriti di detta regola, sempre ve ne sia qualcuno, rispetto al caso particolare» (WARNOCK 1971, 47).

enunciati che provano l'accettazione delle regole potrebbero essere proferiti da chi osserva il diritto da un punto di vista esterno³⁵; oppure ancora che l'accettazione di una norma non può che avere un fondamento morale³⁶, o che la teoria hartiana della regola di riconoscimento non dà conto dei disaccordi profondi tra i funzionari con riguardo ai criteri ultimi di validità giuridica³⁷. Queste e altre obiezioni sono state al centro, negli ultimi 40 anni, di un vivace dibattito filosofico-giuridico che non può essere discusso in queste pagine. In base all'argomento proposto in questo saggio, ad ogni modo, mi sembra che le debolezze della teoria del diritto hartiana non dipendano dal fatto che Hart non identifica gli atteggiamenti intenzionali che conducono gli individui ad obbedire al diritto. Questo problema si dissolve non appena viene chiarita la struttura delle pratiche giuridiche, vale dire come accade che i partecipanti a una pratica sociale governata da regole agiscano in modo tale che le loro azioni risultino vicendevolmente condizionate secondo modalità specifiche; un condizionamento, questo, descritto da Hart nei termini dell'avere un obbligo giuridico. Ciò non significata che un'indagine attorno all'origine dell'obbligatorietà del diritto non sia filosoficamente interessante; vale piuttosto il contrario! Ma un'indagine di questo tipo potrebbe meglio essere sviluppata attraverso un dialogo stretto tra filosofia morale, sociologia e scienze cognitive, considerato il carattere interdisciplinare del problema della normatività, il quale richiede una «divisione del lavoro linguistico»³⁸ tra queste discipline. Attribuire alla *jurisprudence* tale compito corre il rischio o di ridurre questa disciplina a una branca della filosofia morale e della filosofia politica, oppure di alimentare l'errata convinzione che l'analisi dei concetti giuridici possa essere sostituita, senza residui, dalla ricerca empirica³⁹.

Alla luce di queste considerazioni, la teoria hartiana del diritto costituisce una sfida per la Tesi della Pratica Sociale. In primo luogo, Hart implicitamente nega che una spiegazione filosofico-giuridica della normatività del diritto debba dar conto del perché le norme giuridiche obblighino i loro destinatari, nel senso che Bernal attribuisce a tale quesito. Rispondere a tale esigenza comporta concepire il metodo e l'oggetto della *jurisprudence* in modo del tutto diverso da quello di Hart. In secondo luogo, Hart mostra in modo convincente come il fatto che i cittadini accettino le norme giuridiche e agiscano collettivamente per conseguire fini condivisi non costituisca una condizione necessaria per l'esistenza di un sistema giuridico. Di fatto, un sistema giuridico può esistere anche se ciò non accade e i destinatari delle norme si conformano ad esse in modo non intenzionale, ovvero sulla base di intenzioni individuali. In questo senso, Hart sembra suggerire che le istituzioni giuridiche sono entità sociali essenzialmente differenti dal denaro o dai golf club, nonostante abbiano talune caratteristiche in comune con queste entità sociali. Si tratta di un'idea che sta anche alla base della concezione delle pratiche sociali sviluppata da Scott Shapiro, cui è dedicato il prossimo paragrafo.

³⁵ RAZ 1999, 58.

³⁶ MACCORMICK 1978, 320.

³⁷ DWORKIN 1986, 3 ss.

³⁸ Cfr. PUTNAM 1975, 227-229.

³⁹ Ho discusso questo problema in CANALE 2009.

4. *Shapiro*

Nell'ultima parte del suo saggio Bernal fornisce una ricostruzione chiara e dettagliata della concezione del diritto come pianificazione sociale sviluppata da Scott Shapiro, giungendo ad osservare che le tesi di Shapiro, a differenza di quelle di Austin e Hart, sono perfettamente coerenti «con i passi avanti compiuti nel campo dell'ontologia sociale»⁴⁰.

Secondo Bernal la teoria del diritto di Shapiro può essere divisa in due parti: una teoria dei piani sociali ed una teoria della pratica sociale come attività di pianificazione. Come ha messo in luce Michael Bratman, il pianificare le nostre azioni costituisce una capacità connaturata alla psicologia umana. Facciamo uso di questa capacità in tutte quelle situazioni in cui, al fine di raggiungere un certo fine, la nostra condotta richiede una guida e un coordinamento nel tempo che esige degli impegni distintivi con riguardo alle azioni future. L'attitudine alla pianificazione rende possibile fare cose insieme agli altri, ovvero sia compiere azioni che consentano di conseguire obiettivi collettivi come pure obiettivi individuali la cui realizzazione richiede la collaborazione altrui. Secondo la reinterpretazione proposta da Shapiro delle tesi di Bratman, i piani sociali sono dotati di alcune proprietà distintive: sono parziali e intersecati tra loro; hanno una struttura composita ricorsiva (i loro elementi costitutivi sono a loro volta dei piani); possono essere elaborati per altri e regolare attività sociali che coinvolgono un gran numero di individui; riducono i costi deliberativi soggettivi; possono essere condivisi tra più individui; generano, infine, obblighi genuini: se un individuo adotta un piano d'azione, questi è razionalmente obbligato a portarlo a termine.

Le caratteristiche attribuite da Shapiro ai piani d'azione consentono di concepire le pratiche giuridiche come attività di pianificazione. Le norme giuridiche possono essere infatti descritte come dei piani che coordinano il comportamento sociale rendendo possibile risolvere dubbi e disaccordi con riguardo alle innumerevoli questioni che costellano la vita sociale. Inoltre, il concetto di piano può essere usato per spiegare il carattere istituzionale dei sistemi giuridici. Quando i gruppi coinvolti nell'elaborazione e nell'esecuzione dei piani giuridici sono di grandi dimensioni, è necessario istituire delle gerarchie tra coloro la cui attività deve essere pianificata. Questa divisione verticale del lavoro rende necessario ricorrere a “piani per pianificare”, i quali determinano, tra le altre cose, chi è autorizzato a pianificare per gli altri e a imporre coercitivamente un piano quando questo non è condiviso. I sistemi giuridici includono infine un *master plan* che svolge le medesime funzioni attribuite da Hart alla regola di riconoscimento: il suo scopo è «guidare, organizzare e monitorare l'attività condivisa dei funzionari»⁴¹. Ma a quali condizioni esiste un *master plan*? Osserva a tal proposito Bernal: «così come Hart, Shapiro ritiene che le regole fondamentali di un sistema giuridico esistano solo se i funzionari hanno un'attitudine che consiste nella loro accettazione»⁴². Tuttavia Shapiro impone una condizione ulteriore: «dal momento che queste regole fondamentali sono parte di un piano condiviso, esse richiedono che i funzionari abbiano attitudini più complesse rispetto a quelle indicate da Hart»⁴³. Accettare un piano sociale *implica* agire conformemente ad esso e permettere agli altri di fare altrettanto in base al principio di

⁴⁰ BERNAL 2013, 17.

⁴¹ SHAPIRO 2011, 177.

⁴² BERNAL 2013, 24.

⁴³ BERNAL 2013, 24

razionalità strumentale. A differenza della regola di riconoscimento hartiana, il *master plan* è intrinsecamente normativo e il suo contenuto dipende dall'agire intenzionale condiviso dei funzionari.

In forza di questa ricostruzione, Bernal giunge alla conclusione che la teoria del diritto come pianificazione soddisfa i requisiti della Tesi della Pratica Sociale. In primo luogo, le attività di pianificazione sono insiemi di azioni intenzionali collettive: condividere un piano è qualcosa che i membri di un gruppo sociale fanno insieme. Da ciò segue che l'attività di pianificazione sociale non è suscettibile di una lettura distributiva: «nell'elaborare e portare a compimento un piano tutti i membri del gruppo svolgono intenzionalmente il loro ruolo e il piano è articolato e portato a compimento perché essi agiscono in questo modo»⁴⁴. In secondo luogo, la condivisione di un piano d'azione presuppone una forma di conoscenza collettiva: non è possibile condividere un piano senza che coloro la cui azione è pianificata ne conoscano il contenuto. Infine, per condividere un piano d'azione i membri del gruppo devono mostrare disposizioni di tipo collettivo, in particolare la disposizione ad accettare il piano. Ovviamente, Shapiro non concepisce la prassi giuridica come un'unica attività intenzionale collettiva: il diritto è costituito da una pluralità di attività compiute da gruppi diversi. Così come nella teoria hartiana della regola di riconoscimento, tuttavia, un sistema giuridico esiste solo se i funzionari accettano il *master plan*, indipendentemente da cosa fanno gli altri membri della società.

La ricostruzione offerta da Bernal delle tesi di Shapiro è ben articolata. Tuttavia essa non pone sufficientemente in evidenza una delle tesi fondamentali della concezione del diritto come pianificazione sociale. Shapiro afferma che uno dei tratti distintivi del diritto consiste nella sua natura istituzionale:

«l'attività giuridica è un'attività condivisa poiché i diversi attori giuridici coinvolti svolgono un ruolo determinato nell'attività di pianificazione: alcuni partecipano a tale attività elaborando e condizionando la pianificazione, altri dando ad essa applicazione»⁴⁵.

Di conseguenza, «la normatività del diritto è essenzialmente "istituzionale"; ciò equivale a dire che le *relazioni giuridiche tra gli individui possono aver luogo indipendentemente dalle intenzioni di questi ultimi*»⁴⁶. Ma se così stanno le cose, a quali condizioni è giustificato asserire che i funzionari accettano il *master plan*? L'accettazione non dipende dagli atteggiamenti intenzionali dei funzionari ma ha luogo quando chi adotta un piano giuridico lo esegue puntualmente e consente agli altri di fare altrettanto.

Shapiro rappresenta dunque il diritto come una tecnologia sociale impersonale che aiuta gli individui a conseguire i loro fini e a risolvere i conflitti sociali. Ciò è reso possibile dalla peculiare struttura dei piani. Come ho osservato in altra sede⁴⁷, i piani sono concepiti come una funzione ricorsiva della psicologia umana che guida le condotte individuali⁴⁸. Questa caratteristica dei piani consente a Shapiro di spiegare fenomeni sociali che coinvolgono una massa di individui, ricostruendoli al modo di

⁴⁴ BERNAL 2013, 27.

⁴⁵ SHAPIRO 2011, 204.

⁴⁶ SHAPIRO 2011, 210 (corsivo mio).

⁴⁷ CANALE 2012.

⁴⁸ SHAPIRO 2011, 204.

agglomerati di regolarità d'azione la cui complessità cresce progressivamente con l'aumentare dei soggetti coinvolti ma le cui caratteristiche funzionali restano sempre le stesse. Se si assume questo punto di vista teorico, il ruolo che Bernal attribuisce agli atteggiamenti intenzionali nella spiegazione dell'agire collettivo può essere svolto da altri piani, i quali determinano le procedure che i funzionari devono seguire nel momento in cui pianificano per gli altri o danno attuazione al *master plan*. In altri termini, nell'agire di una grande massa di individui le intenzioni collettive possono essere sostituite da procedure espresse da piani o da entità normative assimilabili a questi ultimi. Il *master plan*, così come qualsiasi piano sociale, può consistere dunque in un congegno impersonale il cui contenuto non dipende necessariamente, una volta che il *master plan* è stato emanato, dalle intenzioni di qualcuno.

Questo quadro presenta delle interessanti analogie con l'idea di autorità razionale elaborata da Max Weber. Secondo Weber, nei contesti in cui l'autorità politica è esercitata sotto l'egida del diritto, l'obbedienza è dovuta a norme impersonali, dotate di validità formale, che obbligano i loro destinatari perché sono state emanate da individui autorizzati a svolgere il loro ruolo da altre norme⁴⁹. Weber sottolinea tuttavia che i funzionari «sono liberi sotto il profilo personale e soggetti all'autorità solo con riguardo ai loro obblighi impersonali d'ufficio»⁵⁰. Gli atteggiamenti intenzionali dei funzionari non condizionano in alcun modo l'esistenza e la normatività del diritto, la quale dipende dalla struttura razionale degli ordinamenti giuridici moderni. Quali vantaggi offre un'autorità legale puramente impersonale rispetto ad altre forme di autorità? Per un verso, osserva Weber,

«l'esperienza tende a mostrare universalmente che un'organizzazione amministrativa puramente burocratica è (...), da un punto di vista strettamente tecnico, capace di ottenere il più alto livello di efficienza ed è quindi formalmente lo strumento più razionale per esercitare l'autorità sugli uomini»⁵¹.

Per altro verso, tuttavia, le regole così prodotte possono assumere un contenuto qualsivoglia. Richiamando le parole di Shapiro, il *master plan*

«può risultare moralmente odioso. Può attribuire un controllo totale nella pianificazione sociale a un dittatore malevolo o privilegiare i diritti di certi gruppi sociali a svantaggio degli altri. Il piano condiviso può non ricevere supporto da gran parte della popolazione e chi vive sotto il suo giogo può giungere a odiarlo visceralmente. Ciò nonostante, se il *master plan* viene di fatto condiviso dai soggetti rilevanti – vale a dire, se la maggior parte dei funzionari accetta un piano pubblicamente accessibile elaborato per loro – tale piano condiviso esiste»⁵².

I funzionari possono dunque accettare il *master plan* anche se non agiscono come un gruppo. Shapiro raffigura dunque il diritto come una tecnologia sociale dai tratti per

⁴⁹ WEBER 1922, I, III, par. 4.

⁵⁰ WEBER 1922, I, III, par. 4. Secondo Weber questo è il risultato del processo di specializzazione, istituzionalizzazione e formalizzazione degli ordinamenti giuridici che ha avuto luogo in età moderna. È il caso di notare, ad ogni modo, che un ordinamento giuridico non contiene il proprio fondamento normativo in questa prospettiva. Gli ordinamenti giuridici moderni hanno origine nell'assunzione del potere politico da parte del sovrano, la quale ha una base puramente irrazionale.

⁵¹ WEBER 1922, I, III, par. 5.

⁵² SHAPIRO 2011, 177.

certi versi inquietanti – come la stessa veste grafica di *Legality* sembra suggerire⁵³; una tecnologia che consente di coordinare e controllare attività sociali su vasta scala al costo di (potenziali) forme radicali di prevaricazione e ingiustizia.

Va detto che Bernal riconosce come le pratiche sociali di tipo giuridico non siano necessariamente guidate da intenzioni collettive: «la normatività del diritto è istituzionale. Essa non dipende dalle intenzioni dei funzionari ma da autorizzazioni e piani che specificano come tali autorizzazioni devono essere esercitate. Le intenzioni sono sostituite da procedure»⁵⁴. Ma Bernal non sembra trarre tutte le dovute conseguenze da questa affermazione. Innanzitutto, la condivisione di un piano d'azione da parte di più individui ammette una lettura distributiva. Shapiro afferma che un piano condiviso esiste «nel caso sia elaborato avendo in mente il gruppo e in modo tale che i suoi membri possano svolgere un'attività condivisa»⁵⁵. Ma «la teoria del diritto come pianificazione sociale prevede che la condizione di esistenza delle regole fondamentali di un ordinamento giuridico sia costituita dal [mero] fatto che i funzionari accettino tali regole»⁵⁶: l'accettazione ha luogo quando i funzionari danno esecuzione al *master plan* indipendentemente dal tipo di intenzioni che motivano o giustificano la loro azione. Si potrebbe qui obiettare, tuttavia, che Shapiro non giunge a sostenere che le intenzioni collettive non svolgano alcuna funzione all'interno dell'agire sociale su vasta scala. «Ovviamente» – egli afferma – «il carattere istituzionale del diritto si fonda in ultima istanza su intenzioni. Le norme sono legalmente valide perché sono state create sulla base di una regola che la maggior parte dei funzionari accetta»⁵⁷. Tuttavia, le intenzioni collettive caratterizzano necessariamente soltanto l'attività di chi elabora il *master plan*: l'agire collettivo è richiesto nel campo del diritto solo quando si tratta di dar forma alla “prima costituzione”. Una volta che il *master plan* è stato elaborato, i funzionari possono svolgere il loro ruolo semplicemente sulla base di procedure. Possiamo cioè immaginare un sistema giuridico nel quale cittadini e funzionari sono completamente alienati, nel senso che agiscono senza avere in mente il gruppo sociale cui appartengono, ma sono nondimeno in grado di cooperare tra loro e di risolvere i loro conflitti grazie all'ausilio della tecnologia dei piani giuridici.

Tali considerazioni mettono in evidenza come l'espressione “pratica sociale posta a fondamento del diritto” sia in realtà ambigua. Con questa espressione ci si può riferire alla pratica sociale che dà origine a un ordinamento giuridico. In base alla concezione dei diritto come pianificazione sociale, la fondazione di un ordinamento giuridico esige che i membri dell'assemblea costituente agiscano in nome del gruppo: il *master plan* nasce al grido “We, the People”, vale dire quale espressione dell'intenzione collettiva di un intero popolo. Ma l'espressione “pratica sociale posta a fondamento del diritto” può anche designare ciò che garantisce la sussistenza dell'ordinamento giuridico nel tempo. Una volta che l'ordinamento è stato costituito, e il *master plan* è stato emanato, i funzionari possono svolgere i loro ruoli istituzionali mossi da intenzioni individuali e interessi personali senza che questo minacci la sopravvivenza dell'ordinamento medesimo: ciò che conta è che i funzionari eseguano il piano che altri hanno elaborato

⁵³ Mi riferisco alla copertina originale del libro di Scott Shapiro, che raffigura un drappo nero.

⁵⁴ BERNAL 2013, 26.

⁵⁵ SHAPIRO 2011, 177.

⁵⁶ SHAPIRO 2011, 183.

⁵⁷ SHAPIRO 2011, 211.

per loro. In altri termini, l'agire dei funzionari motivato da intenzioni individuali costituisce un'istanza di esecuzione di un piano giuridico se tale agire consiste nell'osservanza di procedure collettive fissate dal *master plan* o derivabili da esso.

Se questa ricostruzione è corretta, ci si potrebbe chiedere se un'attività sociale quale quella appena delineata possa essere ancora concepita come una forma di agire collettivo, e se dunque la concezione del diritto come pianificazione sociale fornisca una spiegazione convincente della normatività del diritto.

Bruno Celano ha sostenuto che i piani d'azione, così come delineati da Bratman e da Shapiro, non possono essere usati per pianificare l'agire sociale su vasta scala. I piani sono infatti strumenti di auto-gestione dell'agire individuale che non sono idonei a guidare e coordinare il comportamento altrui⁵⁸. Nel caso la critica di Celano colga nel segno, le procedure collettive non possono svolgere il ruolo attribuito alle intenzioni collettive, e la teoria del diritto di Shapiro non è in grado di spiegare in che modo il diritto obblighi i suoi destinatari. Bernal discute l'obiezione di Celano nel suo saggio, giungendo alla seguente conclusione: «il fondamento dell'autorità del diritto e la normatività di quest'ultimo risiede nel fatto che i destinatari delle norme giuridiche considerano gli autori del *master plan* come “moralmente legittimati” a pianificare [...] per l'intera società»⁵⁹. La normatività sarebbe cioè spiegata da ciò che Shapiro, rielaborando le tesi di Raz su questo punto, chiama il “fine morale” del diritto: il diritto è una forma di organizzazione sociale che mira a compensare le deficienze connaturate ad altre forme di pianificazione collettiva quali la consuetudine, la persuasione o la promessa, rendendo più stabile la coordinazione e il controllo dell'agire sociale⁶⁰.

A mio modo di vedere la replica di Bernal all'obiezione di Celano non è convincente. La tesi del fine morale del diritto, nella formulazione che assume in *Legality*, dà semplicemente conto di una caratteristica funzionale delle norme giuridiche: il diritto è concepito da Shapiro come un artefatto umano creato con l'obiettivo di fornire soluzioni adeguate ai problemi morali che sorgono nella società, e ciò a prescindere dal fatto che il diritto sia *effettivamente* utilizzato dai funzionari a questo scopo o ponga i suoi destinatari ultimi nella condizione di realizzarlo. Dal punto di vista del diritto, dunque, se attribuiamo autorità giuridica a un funzionario «non gli stiamo necessariamente attribuendo una autorità morale»⁶¹. Chi è soggetto al diritto può essere *legalmente* obbligato a tenere una certa condotta senza che ciò si traduca in un obbligo morale all'obbedienza⁶². Quando affermiamo che siamo giuridicamente obbligati a tenere una

⁵⁸ CELANO 2013.

⁵⁹ BERNAL 2013, 31.

⁶⁰ «Quando in una comunità sorgono numerosi e difficili problemi morali, la cui soluzione risulta complessa, fonte di conflitti o arbitraria, alcune forme di pianificazione come improvvisazione, ordine spontaneo, accordi privati, consenso o gerarchie personali diventano molto onerose fino a diventare impraticabili. Fintantoché la comunità non si dota di un modo per ridurre i costi e i rischi della pianificazione, risolvere questi problemi morali sarà nel migliore dei casi molto oneroso e, nel peggiore, impossibile. In base alla teoria del diritto come pianificazione, il fine fondamentale del diritto consiste nel risolvere tali questioni morali in modo efficiente» (SHAPIRO 2011, 213).

⁶¹ SHAPIRO 2011, 185.

⁶² Shapiro osserva come la pretesa di esercitare un'autorità giuridica avanzata dai funzionari sia suscettibile di due interpretazioni diverse. In base a una interpretazione attributiva (*adjectival*) di questa pretesa, «l'autorità giuridica implica l'autorità morale»: chi esercita un'autorità giuridica esercita anche un'autorità morale in virtù del fatto che egli è un funzionario di una istituzione giuridica. Questa interpretazione è criticata da Shapiro perché «preclude la possibilità che vi siano regimi giuridici moralmente illegittimi» (SHAPIRO 2011, 185).

certa condotta stiamo semplicemente affermando che le norme dell'ordinamento che attribuiscono poteri normativi sono moralmente legittime (assolvono cioè una funzione morale) anche se non siamo moralmente obbligati a seguire le condotte prescritte da chi esercita tali poteri. Pertanto, la tesi del fine morale non è in grado di spiegare in che modo i funzionari possano pianificare per altri individui e indurli a portare a compimento i piani elaborati per loro.

Ma anche se ammettiamo, per amore di discussione, che una pianificazione giuridica su larga scala sia possibile, la *Planning Theory of Law* incontra un ulteriore problema a quest'altezza del discorso. Come osservato in precedenza, Shapiro afferma che i piani sono *intrinsecamente* normativi: i loro destinatari sono obbligati a portarli a compimento poiché così impone il principio di razionalità strumentale⁶³. Sarebbe infatti irrazionale adottare un piano d'azione senza assumere al contempo l'impegno ad eseguirlo: se tale impegno viene meno, il piano cessa infatti di esistere. Occorre tuttavia chiedersi: la razionalità strumentale è di per sé normativa? E se sì, in che modo essa motiva, spiega o giustifica le azioni umane? Contrariamente a quanto Shapiro (e Bernal) sembrano intendere, la risposta a tali quesiti è assai controversa.

Considererò qui di seguito un'obiezione alla (presunta) capacità della razionalità strumentale di obbligare gli individui a tenere una certa condotta che mi sembra di particolare interesse in questo contesto. Nella prospettiva di Shapiro, se una persona pianifica di vincere la lotteria, e crede che se non acquisterà un biglietto della lotteria non realizzerà il suo piano, allora questa persona è obbligata ad acquistare un biglietto oppure sarà costretta a rinunciare al proprio piano. Se ipotizziamo che i piani d'azione abbiano un contenuto intenzionale, la tesi di Shapiro potrebbe essere riformulata nel modo seguente: se P intende vincere la lotteria, e crede che acquistare un biglietto sia un mezzo necessario per vincere la lotteria, allora P è obbligato ad acquistare un biglietto oppure dovrà rinunciare alla propria intenzione di vincere la lotteria. In altri termini, intendere *x*, e credere che *y* sia un mezzo necessario per *x*, costituisce una ragione per *y*. Ora, immaginiamo la seguente situazione: un pazzo intende farsi cadere un pianoforte in testa e crede che acquistare un pianoforte sia un mezzo necessario per raggiungere questo fine, ovvero per soddisfare la sua intenzione. Saremmo disposti a dire che quest'uomo è *razionalmente* obbligato ad acquistare un pianoforte? No di certo. Perché? Il mero fatto di avere l'intenzione di fare qualcosa non è sufficiente per obbligarci a tenere una certa condotta. John Broome ha fornito una giustificazione logica di questa intuizione⁶⁴. Secondo Broome, il principio di razionalità strumentale ammette soltanto una lettura "ampia": assumendo che *y* sia un mezzo necessario per soddisfare il fine *x*, tale principio non è espresso da condizionali aventi la forma "se *x* allora è obbligatorio *y*". La sua forma logica è invece catturata da condizionali come "è obbligatorio che se *x*

Shapiro adotta quindi un'interpretazione prospettica (*perspectival*) dell'autorità giuridica: «il punto qui è riconoscere che, sebbene il termine "autorità" [...] si riferisca a un potere morale, la parola "giuridica" non modifica il nome a cui è associata; il ruolo di questo termine è piuttosto quello di qualificare l'enunciato in cui tale nome ricorre. Quando riconosciamo autorità giuridica a qualcuno [...] stiamo dicendo che, dal punto di vista del diritto, quella persona esercita un potere moralmente legittimo» (SHAPIRO 2011, 185). Allo stesso modo, la tesi del fine morale del diritto è suscettibile soltanto di una lettura prospettica. Affermare che il diritto persegue un fine morale significa che, dal punto di vista del diritto, i piani giuridici sono moralmente legittimi, mentre non significa che i destinatari di tali piani sono (moralmente) obbligati a dar loro esecuzione.

⁶³ Cfr. SHAPIRO 2011, 123, 142-143, 183.

⁶⁴ Cfr. BROOME 1999.

allora y ". Quest'ultimo condizionale è "ampio" perché l'operatore deontico non governa il conseguente ma l'intero condizionale, come nella formula $O(x \rightarrow y)$. Ma la conclusione "obbligatorio y " non può essere inferita da un condizionale normativo di questo tipo mediante *modus ponens*⁶⁵. Detto altrimenti, questa conclusione non segue dal principio di razionalità strumentale: serve una premessa normativa ulteriore affinché ciò si verifichi, una premessa che qualifichi il fine che si intende conseguire come un fine che *dobbiamo* conseguire. Se assumiamo che gli enunciati normativi esprimano ragioni per agire, senza una ragione per realizzare un certo fine non vi è alcuna ragione per adottare i mezzi necessari per realizzare tale fine⁶⁶. Dunque, adottare un piano d'azione non è una condizione *sufficiente* per essere obbligati a realizzarlo. I piani non sono dotati della forza normativa che contraddistingue le norme giuridiche; essi istanziano piuttosto un'esigenza di coerenza tra mezzi e fini che è d'ausilio nella valutazione dell'agire umano⁶⁷.

Sulla base delle considerazioni fin qui sviluppate, il problema che solleva l'adesione di Bernal alla concezione del diritto come pianificazione sociale può essere riassunto nel modo seguente. Se la teoria di Shapiro è corretta, nel senso che fornisce una spiegazione convincente della normatività del diritto, ne segue che la Tesi della Pratica Sociale è a sua volta corretta solo con riguardo all'atto generativo di un ordinamento giuridico, ovvero alla pratica sociale che conduce a promulgare il *master plan*. Affinché un ordinamento cominci ad esistere, infatti, l'agire dei funzionari deve soddisfare le condizioni assai stringenti indicate da Bernal. Una volta che il *master plan* è stato promulgato, tuttavia, l'ordinamento può continuare a esistere anche in assenza di intenzioni collettive in capo ai funzionari o ai cittadini. Per converso, se si ammette che la teoria del diritto come pianificazione sociale non sia in grado di spiegare la normatività del diritto poiché non è possibile pianificare per gli altri, come ha sostenuto Bruno Celano, oppure perché la razionalità strumentale non è fonte di obblighi genuini, come ho tentato di sostenere qui sopra, allora Bernal dovrebbe prendere le distanze dalla teoria del diritto come pianificazione sociale, poiché Shapiro non riesce a dar conto delle caratteristiche distintive della pratica posta a fondamento del diritto – ammesso e non concesso che una pratica di questo tipo esista davvero.

⁶⁵ La norma espressa da un enunciato normativo della forma $O(x \rightarrow y)$ è efficace quando una qualsivoglia condizione di verità del condizionale materiale $x \rightarrow y$ è soddisfatta. Tali condizioni sono inoltre indipendenti dalle cause o dalle ragioni che rendono x e y veri oppure falsi.

⁶⁶ Christine Korsgaard giunge alla medesima conclusione muovendo da premesse diverse. Secondo Korsgaard, il giudizio se si debba tenere la condotta y , qualora y sia un mezzo necessario per conseguire il fine x , dipende dal contenuto di x . Scegliere un fine obbliga a realizzarlo solo se (a) tale fine merita di essere realizzato e (b) costituisce realmente un fine di chi agisce. Vedi su questo punto KORSGAARD 1997.

⁶⁷ Raz e Kolodny hanno sostenuto che la razionalità strumentale non può essere descritta come un requisito di coerenza tra mezzi e fini. Nella loro prospettiva, se ho l'intenzione di tenere una certa condotta vi sarà un fatto normativo che determina se io debba o meno tenere tale condotta. Pertanto, tutti i casi nei quali mezzi e fini sono incoerenti tra loro possono essere facilmente spiegati come violazioni di una direttiva diversa e più fondamentale rispetto al (supposto) impegno alla coerenza tra mezzi e fini generato dal principio di razionalità strumentale (cfr. RAZ 2005 e KOLODNY 2008). In questa prospettiva la razionalità strumentale appare pertanto un semplice mito: non vi sarebbe cioè «alcuna forma di razionalità [...] che merita il nome di razionalità strumentale» (RAZ 2011, 165). Non è possibile discutere l'argomento di Raz e Kolodny in questa sede. Ai fini di questo saggio, basti osservare che l'argomento appena richiamato formula un'obiezione ancor più radicale alle tesi di Shapiro di quella da me formulata.

5. Conclusioni

In questo saggio ho tentato di mostrare come una lettura critica di Austin, Hart e Shapiro metta in luce alcuni aspetti problematici della Tesi della Pratica Sociale elaborata da Bernal sulla scorta di taluni sviluppi dell'ontologia sociale contemporanea. Questa tesi non cattura alcune caratteristiche distintive del diritto, o perlomeno le rende periferiche rispetto a un fenomeno sociale, l'agire collettivo, che non appare, di primo acchito, un "caso centrale" di pratica giuridica. In particolare, la Tesi della Pratica Sociale non dà conto dell'esistenza di relazioni verticali tra chi esercita un potere pubblico o privato e chi vi è assoggettato⁶⁸. Le relazioni di soggezione caratterizzano frequentemente le pratiche e le istituzioni giuridiche; esse sono istanziate da forme di dominio e di controllo interpersonale, non di rado sostenute dall'uso della forza, che non si lasciano descrivere come attività intenzionali collettive⁶⁹. Si potrebbe certo replicare – seguendo in ciò Raz, Shapiro e molti altri – che le relazioni di soggezione non costituiscono una condizione necessaria per l'esistenza delle organizzazioni giuridiche e non sono dunque degne di considerazione da parte del filosofo del diritto. Anche qualora la prima tesi fosse vera, mi sembra che tanto la filosofia del diritto quanto l'ontologia sociale dovrebbe chiedersi se le relazioni di soggezione generate dall'esercizio del potere possono costituire una condizione sufficiente per istituire un ordinamento giuridico o per garantire il governo della legge all'interno di una compagine sociale.

Un'indagine di questo tipo potrebbe gettare nuova luce su una serie di fenomeni che popolano la realtà sociale e giuridica ma che vengono frequentemente considerati dalla filosofia del diritto contemporanea come questioni appartenenti al dominio di discipline diverse, come la filosofia morale o la filosofia politica. Basti pensare alla circostanza che le norme e le istituzioni giuridiche vengono talvolta sistematicamente utilizzate per terrorizzare gli individui, per ridurli in uno stato di prostrazione, per depredate le loro ricchezze, o per manipolare quanto essi credono, desiderano e intendono fare⁷⁰. Dal

⁶⁸ Uso qui il termine "potere" e il sintagma "esercizio del potere" in un senso molto ampio. Seguendo Searle, potremmo dire che «un potere viene esercitato quando un agente impone a qualcun altro di volere qualcosa che questi non avrebbe altrimenti voluto, o limita la percezione che questi ha delle alternative d'azione possibili» restringendo così la rosa delle scelte effettivamente disponibili: vedi SEARLE 2010, 160. La mancata attenzione da parte Hart nei confronti dei modi in cui il diritto riflette, sancisce, rinforza o costituisce le relazioni di potere all'interno della società è stata di recente sottolineata da CELANO 2012.

⁶⁹ I diversi approcci contemporanei allo studio dell'agire collettivo muovono dall'assunto in base al quale i membri di un gruppo sociale sono liberi da forme di coercizione interna di tipo fisico o psicologico nel momento in cui agiscono collettivamente. Inoltre, i gruppi sociali sono di solito raffigurati come immuni da forme di coercizione esterna nella fase di deliberazione e di accettazione delle regole del gruppo. Vedi per tutti TUOMELA 2007, 15. A mio modo di vedere, queste assunzioni di fondo rendono tali approcci di scarso interesse per la teoria e la filosofia del diritto, poiché impediscono una spiegazione adeguata di un gran numero di fenomeni giuridici.

⁷⁰ RAZ 1979, 221-222. Nel criticare la tesi della moralità interna del diritto formulata da Fuller, Raz osserva che «il diritto genera inevitabilmente il pericolo che il potere venga esercitato in modo arbitrario [...]. Allo stesso modo, il diritto può essere instabile, oscuro, retroattivo ecc., e dunque violare la libertà e la dignità delle persone [...]. Il diritto non è semplicemente un fatto della vita [...]. Esso è piuttosto uno strumento nelle mani degli uomini che differisce da molti altri per la sua versatilità e l'attitudine ad essere usato per moltissimi scopi diversi e ugualmente appropriati al loro oggetto» (RAZ 1979, 224 e 226). La tesi che intendo qui sostenere è che l'ontologia sociale dovrebbe chiarire quali proprietà del diritto rendono possibile usarlo come uno strumento di dominio e di oppressione, e se tali proprietà sono parte della natura del diritto, qualora si ammetta che tale natura sia identificabile.

punto di vista giuridico, perché questi fenomeni possono verificarsi? La Tesi della Pratica Sociale stende un velo d'oblio su queste (possibili) funzioni del diritto e tende a concepire le pratiche giuridiche come delle attività ireniche e cooperative che non includono disaccordi radicali e neutralizzano costitutivamente il conflitto. Inoltre la Tesi della Pratica Sociale non pone in luce alcune caratteristiche distintive delle istituzioni giuridiche: ad esempio il fatto che gli atteggiamenti intenzionali dei cittadini possono essere del tutto irrilevanti per l'esistenza di un ordinamento giuridico, o la circostanza che un ordinamento giuridico può esistere anche se i funzionari appaiono completamente alienati e non perseguono alcun fine collettivo⁷¹. Una spiegazione ontologica delle istituzioni giuridiche dovrebbe chiarire perché tutto ciò può accadere.

Allo stesso tempo, ho tentato di evidenziare in questo saggio come il problema della normatività del diritto ammetta soluzioni alternative a seconda del modo in cui esso viene formulato. Come ha notato David Enoch, «è completamente oscuro in che cosa consista il problema della normatività del diritto. In realtà non vi è soltanto un problema sul tavolo: gli studiosi sembrano avere in mente problemi diversi quando usano questa espressione»⁷². In Austin il problema della normatività si configura come una questione empirica: esso consiste nel determinare l'ammontare del consenso sociale necessario affinché un'autorità politica esista; in Hart il problema della normatività presenta un aspetto empirico e un aspetto concettuale: esso concerne l'individuazione dei fatti sociali che un osservatore esterno deve considerare per ascrivere in modo appropriato certe atteggiamenti a degli agenti qualificati; in Shapiro il problema della normatività concerne invece la struttura dell'agire sociale su vasta scala e le condizioni razionali del suo coordinamento e controllo; in Bernal, da ultimo, il problema della normatività riguarda le caratteristiche distintive degli atteggiamenti umani (credenze e intenzioni) dai quali dipende l'esistenza di entità sociali come le norme e le istituzioni giuridiche. Ora, ritengo che distinguere accezioni diverse del problema della normatività sia una condizione indispensabile non solo per chiarirne i contenuti ma soprattutto per individuare il tipo di indagine che la sua soluzione richiede. Si potrebbe addirittura sostenere che il modo in cui il problema della normatività del diritto viene delineato determina il compito della filosofia del diritto e il suo metodo di lavoro. A formulazioni diverse di questo problema corrispondono cioè modi diversi di concepire la ricerca filosofico-giuridica. L'ontologia sociale dovrebbe essere consapevole di ciò e specificare quale contributo essa può offrire a quale tipo di indagine attorno al diritto.

⁷¹ Leslie Green ha formulato una tesi ancor più forte nel delineare il rapporto tra i regimi giuridici istituzionalizzati e le forme di alienazione personale: «il diritto, inteso come sistema istituzionalizzato di norme, è per sua natura endemicamente incline ad alienarsi da chi è soggetto ad esso» (GREEN 2008, 1057). Per una discussione critica di questa tesi si veda WILKINSON 2010.

⁷² ENOCH 2011, 2.

Riferimenti bibliografici

- AUSTIN J. 1832. *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by W.R. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BAKER G.P., HACKER P.M.S. 2009. *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, 2 ed., London, Wiley-Blackwell.
- BERNAL-PULIDO C. 2013. *Austin, Hart and Shapiro: Three Variations on Entities Grounded in a Social Practice*, in «Rechtstheorie», 44, 2013, 1 ss.
- BRATMAN M. 1999. *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BROOME J. 1999. *Normative Requirements*, in «Ratio», 12, 1999, 398 ss.
- CANALE D. 2009. *Consequences of Pragmatic Conceptualism. On the Methodology Problem in Jurisprudence*, in «Ratio Juris», 22, 2, 2009, 171 ss.
- CANALE D. 2012. *Looking for the Nature of Law: On Shapiro's Challenge*, in «Law & Philosophy», 31, 2012, 409 ss.
- CELANO B. 2012. *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2012, 405 ss.
- 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, 129 ss.
- COLEMAN J.L. 2001. *The Practice of Principles. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- DUSO G. 1999. *Storia concettuale come filosofia politica*, in «Filosofia politica», 3, 1999, 393 ss.
- DUSO G., CHIGNOLA S. (eds.) 2005. *Sui concetti giuridici e politici della Costituzione dell'Europa*, Milano, Franco Angeli.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press.
- ENOCH D. 2011. *Reason-giving and the Law*, in GREEN L., LEITER B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 1 ss.
- GREEN L. 2008. *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in «New York University Law Review», 83, 2008, 1035 ss.
- HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Blackwell, 1994.
- KOLODNY N. 2008. *The Myth of Practical Consistency*, in «European Journal of Philosophy», 16, 3, 2008, 366 ss.
- KORSGAARD C.M. 1997. *The Normativity of Instrumental Reason*, in CULLITY G., GAUT B. (eds.), *Ethics and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 214 ss.
- MARMOR A. 2011. *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press.
- MACCORMICK N. 1978. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, a cura di V. Villa, Torino, Giappichelli, 2001 (ed. or. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, trad. it. di A. Schiavello).
- PUTNAM H. 1975. *The Meaning of "Meaning"*, in ID., *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 215 ss.
- RAZ J. 1975. *Practical Reason and Norms*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 1999.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.

- RAZ J. 2005. *The Myth of Instrumental Rationality*, in «Journal of Ethics and Social Philosophy», 1, 2005, 1 ss.
- RAZ J. 2011. *From Normativity to Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- SEARLE J.R. 2010. *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHAUER F. 2010. *Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law*, in «Ratio Juris», 23, 1, 2010, 1 ss.
- SCHIAVELLO A. 2012. *An Immense Task: Hart sull'obbligo di obbedire al diritto*, relazione presentata al convegno *The Framework of Legal Thought. Riflessioni sui cinquant'anni di The Concept of Law di Hart*, Università statale di Milano, 20 gennaio 2012. Disponibile in: <http://www.academia.edu/1483712>.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- TOH K. 2010. *The Predication Thesis and a New Problem about Persistent Fundamental Legal Controversies*, in «Utilitas», 22, 3, 2010, 331 ss.
- TUOMELA R. 2007. *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, Oxford University Press.
- VANDERSCHRAAF P., SILLARI G. 2014. *Common Knowledge*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014 Edition. Disponibile in: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/common-knowledge/>.
- WARNOCK G.J. 1971. *The Object of Morality*, London, Methuen & Co.
- WEBER M. 1922. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, Mohr, 2002.
- WILKINSON M.A. 2010. *Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 30, 3, 2010, 441 ss.