

NORMA, OBBLIGO
E SANZIONE.
UNA RILETTURA DI ALCUNE
NOZIONI GIURIDICHE
A PARTIRE DALLA
PRAGMATICA
DI ROBERT BRANDOM

LEONARDO **MARCHETTONI**



Norma, obbligo e sanzione.
Una rilettura di alcune nozioni giuridiche
a partire dalla pragmatica di Robert Brandom

Norm, Obligation and Sanction.
A Reading of Some Legal Notions
After Robert Brandom's Pragmatics

LEONARDO MARCHETTONI

Università di Parma, Dipartimento di Giurisprudenza
Email: leonardo.marchettoni@unipr.it

ABSTRACT

L'obiettivo del lavoro è fornire una nuova caratterizzazione della nozione di obbligo giuridico a partire dalla pragmatica di Robert Brandom. Nella prima parte, dopo aver esposto brevemente i termini del problema concernente il significato della nozione di obbligo giuridico, introduco alcuni elementi relativi alla semantica di Robert Brandom e formulo una proposta di applicazione delle idee ispiratrici del modello brandomiano al caso del diritto. Quindi, sollevo la questione del rapporto fra il contenuto delle norme istituite e gli atteggiamenti normativi dei singoli agenti, concludendo che entro il *framework* brandomiano non è possibile immaginare la presenza di norme condivise. Nella seconda parte cerco di fornire alcune indicazioni più specifiche su come il modello potrebbe essere adattato per accogliere alcune caratteristiche peculiari del diritto.

The essay aims at providing a new understanding of legal obligation after Robert Brandom's pragmatics. In the first part, after summarizing two opposite interpretations of the notion of legal obligation, I will introduce the elements of Brandom's semantic theory and suggest a way to apply these ideas to law. Then, I will discuss the relation between norms and deontic attitudes. I will conclude that within Brandom's framework there is no room for conceiving of shared norms. In the second part, I will attempt to provide some suggestions about how to accommodate certain specific features of law.

KEYWORDS

Legal obligation, norm, sanction, Robert Brandom, H.L.A. Hart

Obbligo giuridico, norma, sanzione, Robert Brandom, H.L.A. Hart

Norma, obbligo e sanzione. Una rilettura di alcune nozioni giuridiche a partire dalla pragmatica di Robert Brandom

LEONARDO MARCHETTONI

1. *Introduzione* – 2. *Il concetto di obbligo giuridico: un'interpretazione pragmatista* – 2.1. *Tesi predittiva e tesi normativa* – 2.2. *Una riformulazione del problema* – 2.3. *Norme generali e atteggiamenti particolari* – 3. *Autorità, riconoscimento, corti* – 3.1. *Autorità e riconoscimento* – 3.2. *Il ruolo delle corti* – 4. *Conclusioni*.

1. *Introduzione**

In questo lavoro mi propongo di dire qualcosa riguardo al significato dei vocaboli normativi. Ne emergerà un'immagine non convenzionale del diritto. Il mio punto di partenza è il tradizionale dibattito intorno al significato degli enunciati contenenti il termine “obbligo”. Per cercare di sciogliere gli interrogativi sollevati da tale questione introdurrò alcuni elementi della teoria dell'istituzione sociale delle norme di Robert Brandom. Questa mossa mi consentirà di ripercorrere alcuni luoghi familiari della teoria del diritto.

I punti che mi propongo di toccare sono i seguenti. Nella prima parte, dopo aver esposto brevemente i termini del problema concernente il significato della nozione di obbligo giuridico, introduco alcuni elementi relativi alla semantica di Robert Brandom e formulo una proposta di applicazione delle idee ispiratrici del modello brandomiano al caso del diritto. Quindi, sollevo la questione, attinente all'interpretazione dei testi di Brandom, del rapporto fra il contenuto delle norme istituite e gli atteggiamenti normativi dei singoli agenti, concludendo che entro il *framework* brandomiano non è possibile immaginare la presenza di norme condivise.

Nella seconda parte cerco di fornire alcune indicazioni più specifiche su come il modello potrebbe essere adattato per accogliere alcune caratteristiche peculiari del diritto. Mi soffermerò in particolare sulle prestazioni di riconoscimento compiute dalle corti e sul ruolo giocato dal requisito di autorità. Va da sé che trattandosi di temi estremamente complessi che vanno a toccare nodi cruciali della riflessione filosofico-

* Una versione preliminare di questo testo è stata presentata il 23 marzo 2016 nell'ambito del Seminario di filosofia politica e sociale, Dipartimento ALEF, Università di Parma. L'autore ringrazia Wolfgang Huemer e Italo Testa per i loro commenti in quella occasione. Grazie anche a Luca Baccelli e a due anonimi referees di *Diritto & Questioni Pubbliche* per alcune utili osservazioni critiche.

giuridica, le riflessioni che presenterò nella seconda parte rivestono in molti casi carattere meramente programmatico rispetto a future e più puntuali ricerche.

2. Il concetto di obbligo giuridico: un'interpretazione pragmatista

2.1 Tesi predittiva e tesi normativa

Il concetto di norma è una delle nozioni centrali della teoria e della filosofia del diritto (vedi PINO 2013). Ma cosa sono precisamente le norme? Qual è il loro statuto ontologico e quale il loro rapporto con concetti attigui come quelli di obbligo e di sanzione? Una via di accesso privilegiata a questi interrogativi si guadagna attraverso il dibattito sulla nozione di obbligo giuridico. Vale la pena di notare che la questione che vorrei brevemente discutere, quella del significato del sintagma “obbligo giuridico”, non va confusa con la questione molto più vasta, seppure ovviamente interrelata, del perché si deve obbedire al diritto (su quest'ultimo tema cfr. SCHIAVELLO 2013). Questa distinzione va tenuta presente al momento di introdurre questo dibattito.

Riguardo al problema del significato degli enunciati¹ contenenti il termine “obbligo” (o espressioni equivalenti), si registrano in letteratura due tesi prevalenti²:

1. Secondo la *tesi predittiva* gli enunciati che attribuiscono un obbligo a un soggetto risultano traducibili in enunciati condizionali che ricollegano la probabilità di una sanzione al mancato adempimento dell'obbligo: “Tizio ha l'obbligo di fare x” è perfettamente equivalente a “Se non farà x, Tizio probabilmente incorrerà in una sanzione”. Pertanto sussiste una relazione concettuale *necessaria e diretta* fra la nozione di obbligo e quella di sanzione.

2. Secondo la *tesi normativa* gli enunciati che attribuiscono un obbligo a un soggetto risultano traducibili in proposizioni vertenti sull'esistenza di norme: “Tizio ha l'obbligo di fare x” è perfettamente equivalente a “Esiste una norma valida che comanda a Tizio di fare x”. Pertanto la relazione concettuale fra la nozione di obbligo e quella di sanzione è non necessaria e al più *mediata* da quella che lega obbligo e norma valida³.

¹ A rigore il problema riguarda più precisamente gli enunciati *conoscitivi* contenenti il termine “obbligo”, vale a dire quegli enunciati nei quali si descrive uno stato di fatto concernente obblighi, in contrapposizione agli enunciati *prescrittivi* con i quali si comanda un certo comportamento. Nel resto di questo lavoro trascurerò questa precisazione riferendomi implicitamente agli enunciati conoscitivi.

² La partizione non tiene conto delle numerose variazioni che si possono riscontrare all'interno dei due campi. Per esempio, Andrei Marmor ha recentemente distinto fra un obbligo *interno*, che vige in virtù delle norme convenzionali che costituiscono le regole del discorso giuridico, e un obbligo *esterno*, relativo a norme politico-morali che impongono di prendere parte al “gioco del diritto”. Vedi MARMOR 2009, 168-169.

³ L'esistenza di una mediazione di questo tipo è particolarmente evidente per esempio nel caso di Kelsen: Kelsen sostiene che la norma giuridica vada caratterizzata come un condizionale che fa seguire

Non è difficile vedere come entrambe le tesi siano insoddisfacenti. Nel caso della tesi produttiva – è stato notato – da un lato, dire che la sanzione che incombe sull'obbligato Tizio sarà probabilmente eseguita non sembra tautologico; dall'altro, dire che Tizio, benché obbligato giuridicamente, sfuggirà probabilmente alla sanzione non sembra contraddittorio⁴. Per quanto riguarda la seconda tesi, si può notare che, una volta che la nozione di esistenza di una norma venga depurata da qualsiasi commistione con il profilo dell'effettività – che rischierebbe di ricondurla al momento sanzionatorio –, essa si riduce alla mera validità formale. Di conseguenza, la nozione di obbligo si presenta connotata dal medesimo carattere formale, nel senso di ribadire l'esistenza dell'obbligo stesso attraverso la norma da cui esso dipende.

A ben vedere, del resto, gli opposti limiti delle due concezioni dipendono dai due diversi punti di vista che ciascuna di esse rappresenta: il realismo giuridico nel caso della tesi predittiva e il normativismo nel caso della tesi normativa⁵. Secondo il primo punto di vista, infatti, la nozione di obbligo va realisticamente intesa come inseparabile da quella di sanzione; secondo i normativisti, invece, la nozione di obbligo può essere compresa soltanto in rapporto a quella di norma valida (GUASTINI 2014, 64-65).

È facile concludere che la tesi predittiva e quella normativa sono censurabili in quanto unilaterali, ma non è immediato riconoscere in che modo esse possano essere fruttuosamente combinate. Infatti, sostenere che “Tizio ha l'obbligo di fare x” è perfettamente equivalente a “Esiste una norma che comanda a Tizio di fare x e se non farà x, Tizio probabilmente incorrerà in una sanzione” sembra *ad hoc*. Una soluzione più soddisfacente dovrebbe cercare di trovare un legame più profondo fra obbligo, sanzione e norma. Evidentemente, una tale soluzione non potrebbe assumere una nozione formale di norma valida, dal momento che l'esistenza di una norma dal punto di vista formale è legata al soddisfacimento di certi criteri, appunto, formali, del tutto svincolati dalla fattualità della sanzione. In ciò che segue sosterrò che una possibile risposta può essere elaborata a partire

una sanzione al verificarsi di un determinato evento, mentre l'obbligo giuridico consiste nella «norma giuridica nel suo rapporto col comportamento concreto di un determinato individuo da essa stabilito» (KELSEN 1934, 83).

⁴ Vedi HART 1982 (l'articolo di Hart costituisce la riproduzione – con alcune modifiche – di un testo apparso originariamente in italiano: HART 1966). Vedi anche HART 1961, 98 ss. È stato osservato – GAVAZZI 1966 – che l'argomento hartiano, dal momento che trascura che le nozioni probabilistiche fanno riferimento a classi di individui, più che a soggetti singoli, sarebbe inefficace contro una versione raffinata della teoria che facesse dipendere l'esistenza dell'obbligo dalla probabilità della sanzione in capo a un membro della classe di agenti cui l'obbligato appartiene. In risposta, si può notare come molto dipenda dal modo in cui è individuato il soggetto obbligato: infatti, se l'improbabilità della sanzione può essere facilmente spiegata in rapporto a un soggetto determinato, più difficile sembra ammettere che nel caso di un soggetto generico possa dirsi al tempo stesso che è obbligato e che di esso è improbabile la sanzione.

⁵ Storicamente, mentre la prima è stata proposta da Jeremy Bentham, ripresa da John Austin e riscoperta da Oliver Wendell Holmes, la seconda è stata sviluppata in particolare da Herbert Hart. Vedi: BENTHAM 1776, Cap. 5; AUSTIN 1832, *Lecture I*; HOLMES 1897; HART 1961 e 1982.

da alcune considerazioni sulla natura dei fenomeni normativi sviluppate da Robert Brandom.

2.2 Una riformulazione del problema

Nei primi tre capitoli di *Making It Explicit* (BRANDOM 1994) Brandom introduce una prospettiva originale sui fenomeni normativi. In estrema sintesi si può dire che Brandom, per sfuggire alla dicotomia regulismo/regolarismo in materia di norme – ove per “regulismo” si intende la tesi secondo la quale le regole sono oggettivamente esistenti come idee platoniche, mentre la tesi regolarista sostiene che le regole sono riconducibili a regolarità di comportamento empiricamente osservabili –, si affida a una prospettiva pragmatista nella quale il mondo normativo – Brandom si riferisce in primo luogo alle regole che governano il funzionamento del linguaggio ma le questioni che solleva sono più generali – viene *istituito* dal comportamento sociale e nel quale le regole in vigore in un determinato momento sopravvivono sugli atteggiamenti deontici dei singoli individui, vale a dire sul modo in cui essi valutano le performance degli altri soggetti e giudicano gli autori di tali prestazioni.

Un punto importante è che per Brandom la teoria che rappresenta le regole come prodotto di un’attività sociale non può essere formulata in un linguaggio deprivato di nozioni normative. In altre parole, gli atteggiamenti deontici non possono essere ridotti, senza una sostanziale perdita esplicativa, a disposizioni comportamentali espresse in un linguaggio interamente naturalizzato, perché quel linguaggio deve contenere almeno le risorse linguistiche necessarie a esprimere la distinzione tra sanzioni negative – volte a punire comportamenti inappropriati – e positive – volte a premiare comportamenti appropriati. Inoltre, in un sistema normativo sufficientemente complesso non è possibile nemmeno offrire una naturalizzazione dell’attività di sanzionare in quanto le sanzioni *esterne* – che consistono nel conferire un certo male o un certo bene – sono accompagnate da sanzioni *interne* – che consistono in un mutamento dello status normativo del soggetto agente (sul tema cfr. MARCHETTONI 2014).

A sua volta, la caratteristica essenziale degli elementi che fanno parte del mondo concettuale è quella di essere legati fra loro *inferenzialmente* vale a dire in base a nessi che consentono di demarcare i modi validi di passare dagli uni agli altri. Per esempio, l’affermazione: “il tavolo è scarlatto” vincola – “*commits*” – chi l’ha pronunciata ad accettare l’asserzione “il tavolo è rosso”, a respingere “il tavolo è verde”, e dà titolo – “*entitles*” –, in presenza di adeguate premesse, ad asserzioni ulteriori. In questo modo, “scarlatto” si lega inferenzialmente sia a “rosso” che a “verde”. Ne segue che i concetti familiari di cui ci serviamo per parlare del mondo rivelano una struttura articolata – che preclude una visione atomistica – e una dimensione normativa, nella misura in cui è possibile separare le transizioni corrette da quelle incorrette.

Ora, questi due aspetti, la dimensione sociale e quella inferenziale, sono connessi fra loro perché ciò da cui dipende la correttezza dei nessi inferenziali sono proprio gli atteggiamenti deontici degli agenti. La dimensione normativa dei concetti, che si manifesta nella possibilità di distinguere tra inferenze corrette e inferenze incorrette, dipende/è istituita dagli atteggiamenti deontici degli agenti.

La semantica di *Making It Explicit* può essere facilmente generalizzata. Brandom propone di analizzare uno specifico ambito di interazione sociale – il linguaggio – considerando le mosse che gli attori sociali compiono nel corso dei loro scambi linguistici in rapporto alle norme istituite dalla comunità dei parlanti, norme che definiscono quali *performances* linguistiche sono ammissibili in base alle disposizioni a sanzionare dei parlanti. Nel caso più generale si potrebbe cercare di comprendere quali comportamenti sono socialmente ammissibili sulla base delle norme istituite dai parlanti attraverso le loro disposizioni sanzionatorie. L'assunzione di fondo, molto comune nella riflessione sociologica, almeno da Weber in poi, è che l'azione sociale è comprensibile solo in quanto articola un sistema di norme.

Se si cerca di applicare il *framework* brandomiano al caso generale si potrebbe adottare il seguente punto di partenza: l'obbligo sociale rappresenta una specifica forma di *commitment*. L'obbligo non rappresenta uno *status* meramente formale, non fa riferimento a un catalogo astratto di regole, ma si concretizza nelle disposizioni a sanzionare. Nello stesso modo in cui i concetti che articolano la pratica linguistica sono legati inferenzialmente, di modo che le diverse "mosse" dei parlanti comportano diversi *status* normativi, anche le azioni che dischiudono il mondo sociale definiscono una struttura che prevede obbligazioni conseguenti alle azioni compiute. Per esempio, l'atto di entrare in chiesa può comportare il dovere di togliere il cappello.

Nel caso specifico del diritto, peraltro, una volta stipulato che l'obbligo giuridico configura un tipo specifico di *commitment*, alcune differenze fra il caso semantico, analizzato da Brandom, e quello giuridico saltano subito all'occhio. Senza alcuna pretesa di completezza, si possono sottolineare almeno aspetti come il ruolo dell'autorità e delle istituzioni e la testualità, intesa come importanza dei testi scritti. Alcuni di questi plessi tematici verranno affrontati nell'ultima sezione di questo lavoro. Per il momento vorrei sottolineare che a mio avviso l'acquisizione più importante che la teoria brandomiana promette di apportare all'analisi della nozione di obbligo giuridico è che in essa i tre termini, obbligo, sanzione e norma, sono compresenti in un modello di spiegazione unitario. La tesi predittiva era censurabile perché in essa l'elemento ulteriore rispetto all'obbligo, cui l'obbligo stesso era dichiarato equivalente – la probabilità della sanzione –, veniva introdotto come non contiguo, non relato all'obbligo stesso: l'obbligo di Tizio è equivalente alla probabilità della sanzione ma il nesso concettuale obbligo/sanzione sembra stipulato dal proponente della tesi, tant'è vero che è possibile sensatamente immaginare un obbligo senza una probabile sanzione. Per converso, se l'obbligo di Tizio è posto come equivalente all'esistenza di una norma, il nesso sembra inattaccabile sul piano

concettuale ma non viene a incidere sul comportamento: l'esistenza di una norma formalmente valida comporta l'esistenza di un obbligo ma non si comprende in che modo l'obbligo trapassi dal mero dover essere alla sfera dei meccanismi che muovono le nostre vite. In altre parole, l'astratta doverosità non incide sulla sfera soggettiva.

Ora, la concezione brandomiana dell'istituzione sociale delle norme presenta il vantaggio di legare obbligo, sanzione e norma in un modo convincente. Le norme sono istituite dagli atteggiamenti deontici dei soggetti, quindi dal modo in cui essi concretamente valutano le proprie e altrui prestazioni. Tali atteggiamenti riposano su disposizioni a sanzionare (positivamente o negativamente). Quindi, la sanzione si lega all'obbligo, non in quanto probabile conseguenza della mancata osservanza dell'obbligo stesso, ma come concretizzazione dell'obbligo in relazione alla concezione normativa degli agenti. Al tempo stesso, l'esistenza della norma non si pone come manifestazione di un astratto dover essere, ma viene concepita in rapporto al punto di vista degli agenti che, nelle loro mutue relazioni, conformano il loro comportamento sulla base di valutazioni dell'adeguatezza o della mancata correttezza delle performance dei consociati. In definitiva, l'esistenza di un obbligo in capo a Tizio non equivale alla probabilità di incorrere in una sanzione sorretta dall'esistenza di una norma, ma al fatto che i consociati di Tizio intrattengano atteggiamenti deontici che li dispongono a sanzionare le sue performance istituendo così una correlativa norma che disciplina il suo comportamento⁶.

Quest'ultimo aspetto rivela però anche un limite della teoria brandomiana. Infatti, sussiste una distanza tra le norme in gioco e le concezioni normative dei singoli attori. Le regole sono un prodotto sociale, tuttavia attraverso le loro relazioni i soggetti sembrano dare vita a oggetti astratti che si aggiungono alle concezioni normative dei singoli individui, senza essere a esse riducibili. Questo esito è controintuitivo, perché non è chiaro in che modo la pluralità degli atteggiamenti normativi degli attori sociali possa istituire regole astratte sovraordinate. Se l'istituzione delle norme deriva dalle pratiche di valutazione delle *performances* messe in atto dai soggetti, in che modo è ipotizzabile l'esistenza di norme trascendenti la totalità degli attori sociali?

2.3 Norme generali e atteggiamenti particolari

Ricapitoliamo: nella sezione precedente ho sostenuto che la teoria della genesi pragmatica delle norme elaborata da Robert Brandom rappresenta una promettente

⁶ Naturalmente, un'affermazione così netta richiede alcune precisazioni/integrazioni in rapporto agli aspetti specifici del diritto che menzionavo nel capoverso precedente. Su alcune di queste problematiche mi riservo di tornare nelle sezioni successive. Il ricorso all'armamentario teorico brandomiano presenta anche il vantaggio di legare insieme due dimensioni – l'aspetto dell'esistenza di regolarità empiricamente verificabili e l'aspetto inerente al nesso tra comportamento oggettivo e ragioni soggettive – che è essenziale negli approcci al diritto incentrati sul concetto di convenzione. Vedi per esempio: MARMOR 1998; 2009.

risorsa per porre rimedio al carattere unilaterale delle spiegazioni correnti in tema di obbligo giuridico. Ricorrendo all'armamentario brandomiano, infatti, si riesce a mettere in rapporto il concetto di sanzione, quello di obbligo e quello di norma, superando il limite della teoria predittiva dell'obbligo, che risolveva l'obbligo nella probabilità di una sanzione, e della teoria normativa, che viceversa collegava l'esistenza di un obbligo alla presenza di una norma. Adesso, l'armamentario brandomiano permette di collegare le due nozioni, nella misura in cui riconduce l'istituzione delle norme agli atteggiamenti deontici dei soggetti entro una certa comunità, dal momento che tali atteggiamenti costituiscono una proiezione del funzionamento dei meccanismi sanzionatori.

A questo punto, si tratta di fare chiarezza sulle modalità di istituzione di norme generali da parte di singoli atteggiamenti deontici. Come è possibile passare dagli atteggiamenti deontici individuali alle norme? Quali norme vengono istituite dagli atteggiamenti confliggenti degli attori? In particolare, se due o più soggetti dissentono fra loro sulla valutazione di una condotta, quale norma viene istituita?

In astratto, potremmo immaginare tre risposte agli interrogativi che sollevavo poc'anzi.

a. Viene istituita quella norma che è più *corretta* – dove con “corretto” si fa riferimento a una proprietà che trascende la prassi.

b. La norma istituita risulta dal conflitto degli atteggiamenti in gioco e ne costituisce, in un senso da precisare, il *superamento*.

c. Non viene istituita una norma astratta ma i singoli attori rimangono intrappolati nelle loro concezioni personali.

Le prime due risposte sembrano, a prima vista, le più plausibili ma presentano entrambe, a mio avviso, problemi insormontabili. Per quanto riguarda a), infatti, sembra contraddittorio rispetto all'ispirazione pragmatista della teoria, far dipendere l'istituzione delle norme da supposte proprietà trascendenti la prassi⁷. Il caso di b) è, a ben vedere, simile. Per quanto questa soluzione sembri quella privilegiata dallo stesso Brandom⁸, la sua problematicità diventa chiara non appena ci si domandi cosa significa, in concreto, che vengono istituite le norme che emergono dalla dinamica sociale dei confliggenti atteggiamenti. Per decidere quale norma emerga dal conflitto bisogna godere di un punto di vista privilegiato.

⁷ Una discussione più completa di questo punto e del punto successivo dovrebbe introdurre alcuni dettagli riguardo al modo in cui, secondo Brandom, gli agenti tengono traccia degli atteggiamenti deontici dei loro interlocutori – il cosiddetto *deontic scorekeeping* – che risulterebbero fuori luogo in questa sede anche perché fanno riferimento al contesto specifico – quello della semantica – della proposta brandomiana, complicando in modo non necessario il quadro complessivo. Mi auguro quindi che le sintetiche annotazioni cui mi limito risultino sufficienti per il mio scopo.

⁸ Vedi BRANDOM 1994, cap. 9, dove tuttavia Brandom approda alla conclusione che gli unici standard a fronte dei quali è possibile giudicare dell'appropriatezza delle modalità con le quali si è svolto un certo scambio linguistico sono quelli del *last judge*, vale a dire dell'ultimo soggetto che ricostruisce lo svolgersi dello scambio dialogico.

Ma non c'è niente nella concezione brandomiana che autorizzi a pensare che alcuni punti di vista sono privilegiati rispetto agli altri, pertanto non sussiste nemmeno lo spazio teorico per mettere in atto questa manovra⁹.

Né, d'altra parte, è possibile ipotizzare, come pure Brandom sembra frequentemente suggerire, che il compito di sciogliere il contrasto fra atteggiamenti confliggenti possa essere assolto dalla comunità nel suo complesso. Il problema principale infatti, è che non è affatto chiaro in che modo la comunità possa esprimere un atteggiamento normativo separato e sovraordinato rispetto a quelli degli individui che la compongono: come insegnano le riflessioni di Rousseau, l'ipotesi di una volontà generale è sempre assediata dal rischio di dissolversi nella somma di volontà particolari, collegato all'emersione delle differenze che separano i singoli individui¹⁰.

Ne segue che, a dispetto delle apparenze, la terza soluzione è quella più coerente con l'impianto della teoria. Secondo questo punto di vista, gli atteggiamenti deontici non istituiscono norme comuni ma, per così dire, ciascun agente resta intrappolato nel proprio mondo normativo¹¹. Da questo punto di vista, lo slogan dell'istituzione sociale delle norme è probabilmente fuorviante, dal momento che, come chiarisce Brandom, il contenuto delle norme è sempre prospettico, nel senso che può essere specificato soltanto da una certa prospettiva e non sussiste alcun contenuto comune che passi dal punto di vista di un dato parlante a quello degli altri (BRANDOM 1994, 600). In pratica, ciò significa che i singoli agenti nel valutare una condotta dispongono di un insieme di istruzioni di base che orientano il contenuto della valutazione stessa e stabiliscono come reagire nei diversi casi¹². Il risultato potrebbe essere etichettato come una forma di scetticismo sulle norme¹³: l'impossibilità di definire norme emergenti dal conflitto degli atteggiamenti deontici ci induce a rifiutare *tout court* il concetto di norma generale e a concettualizzare i fenomeni normativi in modo differente. L'idea guida è semplice: nel confrontarsi con il

⁹ Come scrive lo stesso Brandom, il problema di decidere quali affermazioni sono vere viene risolto «differently from different points of view, and although these are not all of equal worth, there is no bird's-eye view above the fray of competing claims from which those that deserve to prevail can be identified» (BRANDOM 1994, 601).

¹⁰ Il riferimento qui è alla nota distinzione che Rousseau nel *Contratto sociale* traccia tra “volontà generale” e “volontà di tutti”. Da notare che anche gli studi contemporanei nel settore della cosiddetta “intenzionalità collettiva” assumono che le intenzioni ascrivibili al gruppo nel suo complesso si distinguono dalle intenzioni individuali perché presuppongono l'assunzione di un punto di vista condiviso. Vedi, per esempio, TUOMELA 2007.

¹¹ Questo esito era stato anticipato da Ronald Loeffler: «Instead, there are only scorekeepers *holding* each other to certain semantic standards under concrete discursive circumstances, *treating* themselves and others as responsible to justify their acknowledged substitutional commitments upon request, and entering into processes of negotiation in the case of manifest disagreement» (LOEFFLER 2005, 58).

¹² In che maniera sia concretamente strutturato tale insieme di istruzioni è un interrogativo che travalica lo scopo di questo saggio e la competenza del suo autore.

¹³ Lo scetticismo sulle norme, generalmente collegato alla tradizione realista, da Jerome Frank a Stanley Fish, è stato il bersaglio polemico di HART 1961, cap. 7 e di DWORKIN 1986, cap. 2.

mondo i soggetti agenti mettono in campo le disposizioni che ciascuno ha acquisito attraverso le proprie esperienze precedenti sotto forma di formulazioni linguistiche, intuizioni, conoscenze tacite, ecc. Tali disposizioni non valgono a configurare regole generali e astratte in senso tradizionale – se lo facessero dovremmo ammettere che queste ultime esistono già oggettivamente, “platonicamente” o sono spiegabili naturalisticamente – per esempio, secondo una logica evolutiva – perché non sono state istituite socialmente. Pertanto le disposizioni non possono nemmeno istituire norme comuni a più agenti: rimangono istruzioni “private”, legate ai singoli attori. Tuttavia, ciascun agente influenza gli agenti vicini con il proprio comportamento, dal momento che esse sono soggette a mutamento in accordo con quanto previsto da disposizioni di ordine superiore.

In definitiva, ciascun agente si comporta come un giudice che deve decidere dell’applicazione di istruzioni linguistiche e regole di esperienza ai casi concreti che di volta in volta gli si presentano, sempre che si accetti di concettualizzare la prassi giudiziale come un’attività nella quale i giudici costruiscono le norme applicate sulla base di un patrimonio di formulazioni linguistiche e materiali eterogenei e del confronto con il caso da disciplinare.

Se la distanza tra norme e atteggiamenti normativi può essere azzerata, viene ristabilita la continuità fra obbligo e disposizioni a sanzionare. Nell’economia del mio discorso questo risultato comporta che l’idea di obbligo e quella di norma siano ridotte all’attivarsi di disposizioni comportamentali. Il risultato è l’istituzione di una relazione tra obbligo e sanzione in cui la disposizione a sanzionare si inserisce in luogo del concetto di norma.

Sulla base delle considerazioni precedenti si potrebbe abbozzare una stipulazione di questo tipo: un atteggiamento deontico è descrivibile come una disposizione ad adeguare il proprio comportamento allo *status* normativo che consegue alla (in)corretta esecuzione di una certa *performance*¹⁴, attribuendo, in ultima analisi, una certa istanza di ciò che si ritiene (male) bene all’autore della *performance* stessa. Di conseguenza, il sussistere di un obbligo in capo a Tizio sarebbe interpretabile come il darsi di adeguati atteggiamenti deontici da parte di Tizio stesso e dei suoi consociati: atteggiamenti che contemplanò, in ultima istanza, la disposizione a sanzionare (nel senso specificato sopra). Lo scenario che ne risulta vede una pluralità di soggetti che agiscono sulla base di disposizioni acquisite socialmente, valutano il comportamento degli altri attori e adeguano di conseguenza le proprie risposte comportamentali. In questo mosaico, tuttavia, manca ancora un fondamentale tassello. Non è chiaro in che modo i soggetti possano variare le proprie disposizioni di base o, che è lo stesso, acquisire le disposizioni di grado superiore al primo che modificano le loro disposizioni di *default*.

¹⁴ Corretta o incorretta ovviamente secondo gli standard, vale a dire le disposizioni di default, del soggetto giudicante.

Questo ambito problematico, peraltro, è stato analizzato con cura da Brandom che identifica, da un lato, nelle acquisizioni percettive, e dall'altro, nelle relazioni interpersonali, i fondamentali meccanismi attraverso i quali i soggetti modificano la propria competenza normativa. Se sono propenso a valutare in un certo modo una certa classe di *performances*, posso modificare le mie disposizioni in conseguenza della risposta ambientale oppure in conseguenza dell'incontro con un altro soggetto che ritengo investito da una particolare autorità normativa (BRANDOM 1994, 169 ss.). Cosicché tutto il problema della modifica delle disposizioni viene ricondotto al problema del possesso delle disposizioni di grado superiore al primo, vale a dire disposizioni a variare le proprie disposizioni di *default*.

Se si mette da parte il problema dell'acquisizione delle disposizioni di base, l'immagine che ne risulta è quella di una rete, ancorata, da un lato al mondo esterno tramite gli input percettivi, e aperta dall'altro alle valutazioni operate dagli altri agenti, entro la quale circolano informazioni idonee a sbloccare la dotazione disposizionale dei soggetti, alterando le loro propensioni comportamentali. Le disposizioni dei singoli agenti possono essere viste come "istruzioni" che richiedono di agire in un certo modo. Esse si modificano in relazione alle disposizioni di altri agenti e agli input percettivi in accordo con apposite istruzioni di secondo ordine che specificano in quali casi riconoscere il dato sensoriale come prevalente o un altro soggetto come più autorevole. A loro volta, tali disposizioni di secondo ordine possono essere modificate in base a disposizioni di ordine superiore, e così via. L'esito è quello di una sorta di *network* di istruzioni che forniscono indicazioni sul comportamento da seguire e si strutturano sulla base di una complessa articolazione interna che tiene conto dello status dei diversi *performers*. Entro questo *network* il medium che circola può essere espresso tramite il ricorso al concetto di "informazione": l'apertura al mondo esterno e il confronto con le prassi di altri soggetti agenti fanno circolare unità di informazione che valgono a modificare le disposizioni di default degli attori.

Si può osservare che in questa accezione quasi "informatica" il concetto di disposizione non esibisce alcuna ascendenza naturalistica. Non c'è niente che richieda l'adozione di un'ontologia fisicalista (cfr. MARCHETTONI 2014). Pertanto, la concezione dell'obbligo giuridico che ho proposto e che mira a risolverlo nelle variabili disposizioni a sanzionare esibite dai diversi agenti non comporta un esito naturalistico.

Cosa rimane allora dell'idea di "seguire una regola comune"? Ho sostenuto che nella prospettiva teorica del pragmatismo brandomiano risulta problematico rendere conto dell'esistenza di norme astratte comuni a più soggetti. D'altra parte, uno degli obiettivi dichiarati di Brandom è quello di costruire un'impalcatura teorica che dia conto del carattere di oggettività delle norme e della possibilità, da parte dei membri di una certa comunità, di seguire regole comuni. Al tempo stesso, la nozione di oggettività viene ridefinita in coerenza con la nuova

impostazione generale. Infatti, mentre nel lessico filosofico tradizionale – almeno dal Kant della prima *Critica* in poi – “oggettività”, “oggettivo” fanno riferimento a un requisito di indipendenza da fattori inerenti al soggetto conoscente, all’interno del vocabolario brandomiano il requisito di oggettività viene collegato alla possibilità di errore da parte di tutti i membri della comunità coinvolta. Brandom caratterizza l’oggettività del contenuto concettuale come «the way in which its proper applicability is determined by how things are in such a way that anybody and everybody might be wrong in taking such a content to apply in particular circumstances» (BRANDOM 1994, 529). Si tratta quindi di una nozione “debole” di oggettività, che non a caso è stata criticata da quanti ritengono imprescindibile l’associazione tra oggettività e norme trascendenti¹⁵. L’idea è quella secondo la quale l’inesistenza di regole oggettive in senso forte – vale a dire, indipendenti dall’attività dei soggetti e dalle loro contingenti dotazioni – non risulta di impedimento rispetto al verificarsi della situazione in cui tutti i soggetti sono in errore nell’applicazione di contenuti concettuali a determinate circostanze. Infatti, basta immaginare un osservatore esterno che occupi una posizione che gli consenta di rilevare l’errore commesso dagli altri parlanti perché si realizzino le condizioni richieste dalla definizione di oggettività. Per questi motivi, la concezione brandomiana di oggettività si riduce a una caratteristica formale della struttura sociale dei contenuti concettuali (BRANDOM 1994, 597).

Adesso, occorre domandarci in che modo questa nozione di oggettività si proietti sul problema che ci interessa più da vicino. Nella sua risposta ad Habermas, Brandom sottolinea che l’attività di comunicare non presuppone che due o più agenti facciano esattamente le stesse mosse – questo risultato richiederebbe la presenza di regole trascendenti, proprio ciò che Brandom nega – ma consiste nella capacità di reagire in modo appropriato alle mosse di altri soggetti, e questo esito richiede soltanto che gli agenti condividano una struttura comune che consenta l’armonizzazione delle condotte dei singoli (cfr. BRANDOM 2000, 363). Più in generale, tutti i problemi concernenti l’applicazione di regole comuni possono essere visti come problemi di sincronizzazione delle rispettive condotte, nei quali ciascun agente opera sulla base della propria concezione delle regole, e quindi, in ultima analisi, sulla base delle proprie disposizioni ad agire. Applicando questa strategia al problema della spiegazione dell’obbligo giuridico, da cui sono partito, si approda a una concezione nella quale il riferimento alle concezioni normative soppianta quello alle norme. Anzi, la norma può essere vista come un *quid* che unifica retrospettivamente una pluralità di concezioni normative individuali¹⁶. Tuttavia, resta ferma per effetto della struttura complessiva della

¹⁵ Vedi, a questo proposito, lo scambio con Jürgen Habermas: HABERMAS 2000 e BRANDOM 2000.

¹⁶ In proposito, vedi anche la discussione della concezione kantiana di norma nel primo capitolo di BRANDOM 1994.

pratica la possibilità di distinguere in via di principio *status* normativi come la validità, da situazioni di fatto nelle quali la totalità dei soggetti rilevanti ritiene che una determinata norma sia valida.

Avremmo quindi questa conclusione. Essa sintetizza un approccio al significato degli enunciati concernenti gli obblighi giuridici irriducibile alle tesi esaminate in precedenza:

3. L'asserzione relativa alla presenza di un obbligo giuridico è traducibile in proposizioni vertenti sul contenuto di concezioni normative e quindi, in ultima analisi, sull'esistenza di idonee disposizioni a sanzionare in capo di chi afferma la presenza dell'obbligo in questione: “*a* afferma che Tizio ha l'obbligo di fare *x*” è perfettamente equivalente a “Esiste in capo ad *a* una disposizione a sanzionare Tizio se Tizio non fa *x*”.

Questa tesi si espone a un'immediata critica: *a* può affermare che Tizio ha l'obbligo giuridico di fare *x* anche se non possiede nessuna disposizione a sanzionare il suo eventuale comportamento difforme? Posso asserire che Tizio abbia l'obbligo di indossare le cinture di sicurezza anche se non sono disposto a sanzionarlo in alcun modo? La chiave per rispondere a questa critica sta nel modo in cui si intende l'espressione “disposizione a sanzionare”. Infatti, se si intende questa espressione in modo sufficientemente ampio si riesce a rendere conto del contenuto di “obbligo”. Per esempio, anche chi non possiede alcuna disposizione a sanzionare chi non indossa le cinture di sicurezza è comunque disposto a reagire alla condotta di chi circoli senza cinture in maniera diversa da come farebbe di fronte a chi, diciamo, circola con i finestrini abbassati: per esempio, ritenendo giustificato nel primo caso, ma non nel secondo, il comportamento del vigile che elevi una contravvenzione a Tizio. Pertanto, nell'accezione più ampia, il riferimento alle disposizioni a sanzionare include in maniera complessiva tutte le disposizioni che dipendono dalla concezione normativa di chi enuncia l'obbligo giuridico.

L'esito complessivo è un assetto nel quale l'esistenza di una pluralità di concezioni normative riveste un ruolo centrale. Il presupposto irrinunciabile è la postulazione di una struttura che rende possibile “oggettivare” le differenze fra la concezione normativa di chi parla e quella di chi ascolta. Sulla base del darsi di una struttura di questo tipo, lo statuto deontico dei singoli soggetti, e quindi i loro rispettivi obblighi, viene ricostruito a partire dalle concezioni di chi, di volta in volta, sta parlando. Gli enunciati inerenti l'esistenza di obblighi sono quindi traducibili in enunciati che vertono sul contenuto delle concezioni normative dei parlanti e, in ultima analisi, sulle loro disposizioni a sanzionare, intese in modo ampio. Da qui si ricava che, entro questo modello, si rinuncia a istituire un legame tra obbligo e norma perché la norma stessa è dissolta nella pluralità delle concezioni normative dei parlanti, di cui rappresenta l'unificazione retrospettiva. Al tempo stesso, il modello presuppone una struttura entro la quale possa risaltare la distanza tra quello che la norma richiede (nella prospettiva di un singolo agente)

e quello che essa richiede nella concezione normativa di uno o più altri agenti. In questo senso, il modello rende conto dell'oggettività delle norme, analogamente a quanto Brandom sostiene a proposito dei concetti: le norme "istituite" dai consociati sono oggettive perché tutti – al limite, anche un'intera comunità – possono trovarsi in errore intorno alla qualificazione deontica di uno stato di cose.

3. Autorità, riconoscimento, corti

3.1 Autorità e riconoscimento

Nelle sezioni precedenti, attraverso il confronto con la pragmatica di Robert Brandom, ho cercato di porre le basi di un'immagine alternativa del diritto. Sono partito dal problema tradizionale dell'obbligo giuridico. Ho sostenuto che tale problema può essere affrontato in maniera più soddisfacente se si costruisce la nozione di obbligo a partire dagli atteggiamenti deontici degli attori. La peculiarità di questa soluzione è che, mentre ricollega obbligo e disposizioni a sanzionare, evidenzia come queste ultime istituiscano la norma che sancisce l'obbligo stesso. Ho poi sostenuto che l'approccio pragmatista seguito in *Making It Explicit* conduce a ritenere che le norme siano, per così dire, dissolte nelle variabili concezioni normative dei soggetti agenti, dal momento che non è pensabile alcuna forma di unificazione della pluralità degli atteggiamenti deontici sottostanti. Questo esito comporta la proposizione di un nuovo punto di vista intorno all'obbligo giuridico. Infatti, asserzioni concernenti l'esistenza di obblighi giuridici in capo a determinati soggetti risultano traducibili in enunciati concernenti la concezione normativa, e quindi le disposizioni a sanzionare, intese in senso lato, di chi formula l'asserzione. Questa nuova concezione può ben essere detta un tentativo di mediare tra la concezione predittiva e quella normativa, in quanto cerca di combinare gli elementi salienti di entrambe, trasformandoli: della teoria predittiva recupera l'attenzione verso il momento sanzionatorio, concentrandosi tuttavia non sulla possibilità che il comportamento venga sanzionato, ma sulle disposizioni sanzionatorie, intese in senso ampio, del soggetto che asserisce l'esistenza dell'obbligo; della teoria normativa recupera il nesso tra obbligo e norma, ma lo declina sostituendo alle norme astratte le concezioni normative dei singoli agenti. Adesso si tratta di vedere in che modo l'immagine complessiva del diritto risulta conseguentemente variata.

Il punto di volta del modello che propongo è rappresentato dalla distinzione tra norma e concezioni normative e dalla tesi secondo la quale tale distinzione non comporta la riducibilità della validità alla presunzione di validità da parte di un insieme di agenti. Questa tesi è un'evidente applicazione della concezione che Brandom sviluppa in *Making It Explicit* e che è diretta a sostenere l'oggettività – nel senso debole già specificato di possibilità di errore da parte di tutti gli agenti – delle

norme concettuali (cfr. BRANDOM 1994, cap. VIII). Tuttavia, questo accostamento comporta anche alcuni problemi. Come si è detto, Brandom sviluppa il proprio modello normativo in riferimento alle norme concettuali che regolano la sfera linguistica. È evidente che il caso delle norme giuridiche, che a noi interessa più da vicino, si sottrae a un puntuale accostamento a questo idealtipo. Nella seconda sezione ho indicato alcune caratteristiche specifiche del diritto che dovrebbero essere approfondite nell'ottica dell'applicazione di un modello di derivazione brandomiana. In questa sezione conclusiva vorrei riprendere brevemente queste tematiche. Naturalmente, non sarò in grado di proporre una trattazione esaustiva: sarà sufficiente, in questa sede, fornire alcune indicazioni preliminari intorno al modo in cui possono essere sviluppate, lasciando ad altra occasione una ricognizione più accurata dei problemi in gioco.

La differenza specifica più consistente risiede nel fatto che nel caso delle norme giuridiche esistono procedure definite che conducono alla validità. In rapporto alle norme di cui si occupa Brandom non si verifica niente del genere. Le norme di cui ci parla Brandom vengono "istituite" socialmente, prescindendo da una procedura definita. La valutazione intorno alla correttezza della loro applicazione è rimessa alla negoziazione tra i soggetti dotati di competenza specifica e gli altri interessati. È chiaro che esistono autorità istituzionali – esperti, accademie – chiamate a dirimere eventuali controversie in campo linguistico, ma in ogni caso questo genere di fenomeni rimane sullo sfondo. Per questo Brandom può concludere, irenicamente, che nei processi di produzione delle norme, autorità e responsabilità si intrecciano e si bilanciano, secondo un paradigma riconoscitivo che si approfondisce nei lavori seguenti del filosofo americano, anche attraverso un prolungato confronto con Hegel¹⁷.

È chiaro che, nel quadro di una riflessione sul genere di normatività propria del diritto, la questione dell'autorità – dove il concetto di autorità connota l'istanza capace di fornire ragioni per fare o per credere qualcosa – di cui i singoli soggetti sono investiti, è assolutamente centrale. Nonostante Brandom fornisca una lettura unilaterale della nozione di autorità, che tende ad appiattirla su un genere di sapere, nell'economia del modello che sto cercando di tratteggiare la complessità delle relazioni di autorità è indiscutibile, nel senso che il riconoscimento di autorità in capo a taluni soggetti si presta ad essere decodificato in accordo con una pluralità di modelli esplicativi: in termini razionali, di potere, di status, ecc.

¹⁷ Cfr. BRANDOM 1994, 50-52, 161 ss. Come è noto, per Hegel il riconoscimento è il processo attraverso il quale l'autocoscienza giunge a includere nel suo punto di vista la presenza di autocoscienze diverse da sé stessa. Tale nozione è stata interpretata da Brandom – in coerenza con la sua interpretazione del concetto di autorità – come se il meccanismo riconoscitivo fosse legato a una forma di sapienza, ancorata, in ultima analisi, a disposizioni che legano gli individui al mondo esterno. Vedi: HEGEL 1807, IV, A, 109-10; BRANDOM 2007; 2009, capp. 1-2. Brandom stesso ha tentato di applicare alcuni di questi concetti al diritto, assumendo Dworkin come riferimento: cfr. BRANDOM 2014.

Certamente, il nesso tra autorità e sapienza, sottolineato da Brandom, può essere utilizzato come criterio distintivo dell'autorità *legittima*, in accordo con una caratterizzazione che da Platone giunge fino a Joseph Raz. Tuttavia, è importante notare che anche l'importo della nozione di autorità si atteggia diversamente nel caso della reinterpretazione pragmatista di Brandom. La conseguenza più evidente è che la stessa nozione di autorità legittima diventa prospettica. Secondo le concezioni tradizionali sussistono alcuni requisiti oggettivi che l'autorità deve soddisfare per essere ritenuta legittima. Per esempio, secondo la *service conception* di Raz l'autorità legittima si contraddistingue perché le sue direttive permettono di raggiungere un bilanciamento di ragioni per l'azione migliore di quello che coloro che a essa sono soggetti potrebbero conseguire autonomamente (cfr. RAZ 1979; 1986; 2009). Nel momento in cui si tenta di immergere questa concezione nel contesto della teoria brandomiana, anche la tesi secondo la quale il carattere legittimo dell'autorità risiede nella razionalità delle direttive che emana deve declinarsi nel senso di ammettere che tale razionalità, e quindi anche l'effetto legittimante che ne discende, siano prospettiche, varino in relazione alle diverse concezioni normative dei singoli agenti. Ma questo richiede anche, visto che non è più possibile contare su criteri assoluti – non prospettici, indipendenti dalle singole concezioni normative – di razionalità, e quindi neanche sull'esistenza di un punto di vista esterno dal quale sia possibile rivederle criticamente, una riflessione sulle situazioni contingenti che radicano l'autorità contestuale delle istituzioni e al tempo stesso la plurivocità dei percorsi attraverso i quali l'autorità opera.

3.2 *Il ruolo delle corti*

La vita del diritto coinvolge, a diverso titolo, molte categorie di soggetti, sia fisici – giudici, politici, funzionari della Pubblica Amministrazione, avvocati, giuristi accademici, ecc. – che istituzionali – corti, organismi politici, amministrazioni pubbliche, ecc. In un certo senso, è probabilmente possibile sostenere che si tratta di un *medium* pervasivo, al pari del linguaggio, in quanto nel suo sviluppo entrano le esistenze di tutti i soggetti. All'atto pratico, dal punto di vista di una ricostruzione teorica del contenuto del diritto, molti contributi, tuttavia, risulteranno di impatto trascurabile. Al tempo stesso, si pone l'esigenza di esercitare una sorta di economia cognitiva focalizzando l'attenzione su alcuni soggetti in particolare. A questo proposito, fermo restando che è possibile operare scelte teoriche differenti, sulla scia di una venerabile tradizione realista, si potrebbe decidere di limitare l'insieme degli attori rilevanti per la comprensione del diritto alla totalità delle corti.

Le ragioni di questa scelta non risiedono tanto in un'opzione a favore del *law in action* rispetto al *law in books*. Si tratta piuttosto del fatto che focalizzarsi sull'attività delle corti permette di tenere insieme molteplici aspetti dell'esperienza giuridica. Cerco di illustrare brevemente questo punto. In primo luogo le corti

operano una prestazione di riconoscimento del diritto valido¹⁸. In questo senso, nel loro operato vengono in causa gli aspetti procedurali e istituzionali del diritto – per dichiarare il diritto valido, le corti devono individuare soggetti competenti e procedure corrette. Inoltre, l’esperienza dei giudici li porta a confrontarsi con la dimensione testuale del diritto: vale a dire, la circostanza ovvia che il diritto moderno è prima di tutto un diritto iscritto in testi che il giudice si trova a interpretare e ad applicare al caso concreto, operandone una riscrittura nel documento che decide la controversia a lui sottoposta (cfr. GAZZOLO 2014).

La conclusione di questa riflessione dovrebbe essere quella di riformulare il modello brandomiano che avevo provvisoriamente proposto nella seconda sezione in modo da collegare l’identificazione delle norme al comportamento delle corti. Come conseguenza, la stipulazione che ho proposto in precedenza dovrebbe essere modificata nel senso di prevedere che il sussistere di un obbligo in capo a Tizio sarebbe interpretabile come il darsi di adeguati atteggiamenti deontici da parte dei giudici, atteggiamenti che contemplano, in ultima istanza, la disposizione a sanzionare positivamente o negativamente, in conformità a quanto una norma (ritenuta) valida contempla.

La definizione, tuttavia, richiede un’integrazione. Quali giudici? Le corti costituzionali? Quelle di legittimità? I tribunali di merito? Solo le corti apicali o anche quelle di livello inferiore? E che dire della giurisdizione amministrativa, delle corti internazionali, degli organismi giudiziari che tuttavia non sono corti in senso proprio (come i *panels* del WTO)? È chiaro che non si può dare una risposta univoca a questo tipo di domande. Privilegiare soggetti diversi può rivelare prospettive differenti dalle quali contemplare i fenomeni giuridici, consentendo, altresì, differenti livelli di risoluzione. Per questo motivo la domanda “quali giudici?” non consente risposte definitive. La limitazione di attenzione all’operato delle corti deriva dall’esigenza di restringere a un ambito determinato lo spettro dei fenomeni sociali che hanno a che fare con il diritto. Da questo punto di vista, la legittimità di indagini empiriche differenti non è che un corollario dell’idea teorica generale secondo la quale per studiare il diritto bisogna disporsi a una metodica quanto inesauribile opera di ricostruzione di un *network* estremamente complesso.

Quest’ultima osservazione ci porta ad apprezzare alcune conseguenze dell’opzione metodologica in favore dell’analisi del comportamento delle corti. Una delle motivazioni soggiacenti alla scelta di privilegiare l’operato dei giudici

¹⁸ Questa affermazione evoca immediatamente il tema hartiano delle norme di riconoscimento. Una riflessione minimamente sistematica intorno alle possibilità di una reinterpretazione brandomiana della questione richiederebbe un lavoro a sé stante, anche per l’enorme bibliografia che si è accumulata sull’argomento. Qui posso soltanto accennare a una linea guida: l’idea generale è che questa reinterpretazione dovrebbe seguire una traiettoria hegeliana, tenendo presente la lettura che della nozione hegeliana di riconoscimento ha offerto Brandom, vale a dire quella di una relazione di equivalenza – riflessiva, simmetrica e transitiva. Cfr. BRANDOM 2007.

risiede, come ricordavo più sopra, nel fatto che esso ci presenta una via d'accesso a molteplici connotati del diritto: il legame con l'autorità, l'attenzione alle procedure, il carattere istituzionale, e via dicendo. Questa affermazione può essere sostanziata dicendo che ciascuna corte, nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, deve ricostruire autonomamente un frammento del *network* del diritto, in particolare per quanto riguarda l'identificazione delle norme valide e applicabili, le interpretazioni prevalenti, ecc. Ciò porta i giudici a stabilire relazioni di riconoscimento – in senso hegel-brandomiano più che hartiano – con altri giudici. In questo senso, essi “istituiscono” socialmente i criteri che presiedono alla qualificazione di un certo insieme di norme come diritto valido.

In concreto, se si accetta di restringere il focus sull'operato delle corti, si può immaginare di analizzare la rete i cui nodi sono gli elementi di un certo sottoinsieme delle corti e i cui archi sono costituiti dalle relazioni “di riconoscimento” che le collegano – per esempio, ma l'argomento meriterebbe una riflessione più accurata, le manifestazioni con cui si riconosce, implicitamente o esplicitamente attraverso citazioni, il lavoro di altre corti considerate più “simili”¹⁹. Si deve presupporre che ciascuna corte, nell'espletamento delle proprie attività, produca una rappresentazione interna di questo tipo, che riporti la sua percezione del proprio posizionamento all'interno della rete complessiva del diritto. Di modo che la costruzione complessiva comporta il vantaggio di fornirci un'immagine di insieme nella quale filtrano le auto-percezioni particolari.

La proposta di focalizzare l'attenzione sull'operato dei giudici presenta anche l'indubbio vantaggio di consentire una tematizzazione più efficace del cosiddetto “diritto globale”. Come è generalmente riconosciuto, infatti, il diritto contemporaneo tende a eludere molte delle caratteristiche tradizionalmente associate al fenomeno giuridico (cfr. CASSESE 2006; FERRARESE 2012). In questo contesto, proprio l'operato dei giudici detiene una particolare rilevanza. A sua volta, esso può essere decodificato in termini di influenze di tipo causale – la propensione a sanzionare dei giudici influenza causalmente il comportamento degli agenti, scoraggiando i comportamenti giudicati “trasgressivi”, ma influenza anche l'operato di altri giudici, del legislatore, ecc. –, oppure in relazione alle condizioni in base alle quali essi possono inserirsi nel circuito di produzione del diritto valido – i giudici forniscono un orizzonte normativo che orienta l'agire di altri soggetti, anche in questo caso non solo i destinatari delle norme ma anche altri giudici, politici, ecc.²⁰ Questo dualismo coglie una duplicità insita nella stessa proposta

¹⁹ Un problema interessante è quello di differenziare le relazioni giudici-giudici da quelle giudici-legislatore. Una soluzione potrebbe consistere nell'immaginare che le seconde costituiscono i punti attraverso i quali la rete si “ancora” al mondo esterno, attraverso l'acquisizione dei testi sui quali si esercita l'interpretazione.

²⁰ Non può sfuggire come questa dicotomia ricordi il dualismo habermasiano fra “agire strategico” e “agire comunicativo”.

teorica di Brandom. Il discrimine fra le due letture non è di carattere ontologico ma riguarda la prospettiva dell'osservatore: si situa nelle assunzioni relative alla somiglianza fra i soggetti implicati nel senso che, in coerenza con quello che ho sostenuto nella terza sezione riguardo all'impossibilità di una condivisione assoluta di contenuti normativi, quanto più si ritiene condiviso il punto di vista del giudice, la sua concezione normativa, tanto più si può descrivere la sua azione come istituzione di norme comuni. Questo nesso è evidente nel caso del dibattito contemporaneo intorno al cosiddetto *judicial borrowing*, vale a dire il fenomeno per cui le corti internazionali tendono a "prendere in prestito" le pronunce e i principi di diritto formulati da altre corti. La possibilità di ritenere che tale fenomeno preluda alla costruzione di un catalogo di principi universali dipende dalle assunzioni che si è disposti a sottoscrivere relativamente alla similarità fra le corti: soltanto se si tende a concepire l'esistenza di qualcosa come una comunità internazionale dei giudici si concluderà che il fenomeno del *judicial borrowing* conduca alla produzione di un diritto globale. Altrimenti, tutta la vicenda si riduce al resoconto di fenomeni di influenza da parte di corti particolarmente autorevoli a carico di altre corti "inferiori" (cfr. MARCHETTONI 2015).

Questo dualismo ha due importanti ripercussioni. In primo luogo, per quanto riguarda le prestazioni di riconoscimento connesse all'attività delle corti. Queste prestazioni consistono in generale nella dichiarazione di un certo contenuto normativo. Le corti dichiarano il diritto, nel senso di pronunciarsi su quale sia il diritto valido e applicabile al caso concreto. Così facendo arricchiscono la sfera dell'esistenza giuridica, perché tale operazione, lungi dal portare alla luce un supposto diritto preesistente, realizza una prestazione creativa con cui altri soggetti saranno chiamati a fare i conti. Non solo, questa dichiarazione può consistere nel riconoscimento di un principio formulato da un'altra corte oppure da una delle parti in causa. Tale prestazione è particolarmente rilevante in quanto consente l'emersione nell'ambito giuridico e politico di fenomeni che fino a quel momento non ne facevano parte – per esempio, il venire alla luce di nuove forme di soggettività politica, il cristallizzarsi di pretese normative, e così via. Tuttavia, se si vuole adattare questo caso all'impianto della proposta teorica brandomiana bisogna equiparare la rete formata dalle corti alla rete dei parlanti. La rete delle corti è ancorata all'esterno attraverso gli atti con i quali i giudici recepiscono novità legislative e si sviluppa nelle relazioni che le singole corti intrattengono le une con le altre. Queste relazioni vanno a influenzare il contenuto delle diverse pronunce, nel senso che ciascuna corte tenderà a conformarsi al principio di diritto enunciato dalla o dalle corti che essa ritiene più autorevole/i. Per questa via, l'attività dichiarativa/produttiva del diritto viene a insistere su relazioni di riconoscimento che, in ultima analisi, riguardano sempre altri attori, anche quando si traducono nella ricognizione di contenuti normativi. Per altro verso, su di essa si innesta la divaricazione fra lettura causale e lettura normativa, perché quanto più sono estese le assunzioni relative alla similarità

fra corti, e quindi più forte risulta la presunzione relativa alla facoltà di istituire regole comuni, tanto più risulta preclusa la possibilità di analizzarne il comportamento solo in termini di influenze causali.

Il secondo punto riguarda invece il modo in cui viene afferrata l'idea dell'autorità dei giudici. Ho detto più sopra che il concetto di autorità connota l'istanza capace di fornire ragioni per fare o per credere qualcosa. Il carattere specifico dell'attività dei giudici consiste nel fornire soluzioni a episodi di conflitto che *a)* siano assistite dalla possibilità di ricorrere, in ultima analisi, alla coazione fisica, *b)* siano emanate invocando a supporto ragioni che rinviano al sistema normativo. Entrambi i fattori, su livelli differenti, concorrono a definire due plausibili modalità in cui vengono fornite ragioni *giuridiche* a supporto delle scelte degli attori. Dunque, gli elementi autoritativi propri del diritto, che valgono a distinguerlo dagli altri sistemi normativi, possono essere colti compiutamente soltanto considerando la rete normativa costituita dalle singole corti, ma chiaramente il significato dell'intera nozione muta sensibilmente a seconda che si accolga la lettura causale o quella normativa. Infatti, nel primo caso verrà svolta una riflessione diretta a mostrare le ragioni particolari che si celano dietro una determinata decisione, mentre nel secondo verrà proposta un'indagine volta a ricostruire un percorso razionale che conduce alla decisione assunta sulla base di ragioni congruenti con un sistema normativo generale. Anche questa volta, l'elemento di distinzione fra le due letture è rappresentato dal livello di similarità che si presume sussistere fra le corti. Infatti, quanto più le corti vengono ritenute simili fra loro, tanto più è possibile ipotizzare l'operatività di meccanismi decisionali analoghi e tanto più ne risulterà una complessiva omogeneità dei prodotti normativi finali.

Questa circostanza si somma a un profilo ulteriore: si tratta del fatto che la misura dell'autorità è importante sia in rapporto al modo in cui ciascuna corte gestisce le relazioni con le altre corti – viene conferito maggior rilievo alle decisioni di corti reputate maggiormente dotate di autorità – sia per misurare il grado di influenza di ciascuna corte – l'autorità dei giudici varia a seconda del contenuto delle loro pronunce e del modo in cui esse vengono accolte. Anche questo aspetto si lega al dualismo tra letture causali e letture normative. Nel senso che quella distinzione comporta una corrispondente divaricazione nelle modalità secondo le quali viene decodificato l'elemento dell'autorità. Infatti, soltanto se si presume una sufficiente similarità fra le corti è possibile ricostruire razionalmente il legame dell'autorità con la validità, poiché è possibile configurare un orizzonte normativo comune e quindi l'indirizzo interpretativo seguito dalla corte più "autorevole" si salderà al riconoscimento della validità del quadro normativo emergente; altrimenti la riflessione sulle motivazioni che fondano l'autorità delle corti rimane consegnata a un orizzonte particolaristico e strategico.

4. Conclusioni

In questo saggio, seguendo Brandom, ho proposto di interpretare la nozione di obbligo nei termini degli atteggiamenti deontici dei membri di un determinato gruppo sociale. Oltre Brandom, ho sostenuto che gli atteggiamenti deontici sono interpretabili come insiemi di disposizioni a sanzionare e che questa ricostruzione si pone in contrasto con l'idea dell'istituzione di norme oggettive. Ho sostenuto che la visione che ne emerge è interpretabile in termini informativi e che le relazioni che legano i diversi agenti possono essere utilmente concepite nel quadro di un *network* il cui mezzo circolante è l'informazione. Ne deriva una concezione nella quale la nozione di obbligo viene analizzata sulla base delle diverse concezioni normative dei soggetti e ricondotta, in ultima analisi, alle disposizioni a sanzionare intese in senso ampio.

Nella seconda parte ho sostenuto che un approccio derivato dalla pragmatica di Brandom richiede alcuni specifici adattamenti per rendere conto del caso del diritto. In questo senso, ho proposto di sostituire i parlanti che sono al centro dell'analisi brandomiana con le corti, ottenendo una prospettiva teorica incentrata sull'operato dei giudici. Inoltre, si rende necessario tenere traccia della posizione di autorità di cui sono investite le corti all'interno della rete complessiva di produzione/articolazione del diritto. Compiere questo passaggio significa tematizzare le relazioni di riconoscimento che legano le corti le une alle altre e che le connettono agli altri soggetti implicati nel discorso intorno al diritto. Tali relazioni, a loro volta, possono essere concettualizzate in termini causali oppure in termini normativi, a seconda delle assunzioni relative alle similarità degli attori rilevanti che si mettono in campo.

Riferimenti bibliografici

- AUSTIN J. 1832. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, Il Mulino, 1995 (ed. or. *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, 1832, trad. it. di G. Gjylapian).
- BENTHAM J. 1776. *Un frammento sul governo*, Milano, Giuffrè, 1990 (ed. or. *A Fragment on Government*, London, 1776, trad. it. di S. Marcuzzi).
- BRANDOM R.B. 1994. *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994.
- BRANDOM R.B. 2000. *Facts, Norms, and Normative Facts: A Reply to Habermas*, in «European Journal of Philosophy», 8, 2000, 356 ss.
- BRANDOM R.B. 2007. *The Structure of Desire and Recognition: Self-Consciousness and Self-Constitution*, in «Philosophy & Social Criticism», 33, 1, 2007, 127 ss.
- BRANDOM R.B. 2009. *Reason in Philosophy: Animating Idea*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2009.
- BRANDOM R.B. 2014. *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, in HUBBS G., LIND D. (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Abingdon, Routledge, 2014, 19 ss.
- CASSESE S. 2006. *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- DWORKIN R. 1986. *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989 (ed. or. *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, trad. it. di A.N. Radicati di Brozolo).
- FERRARESE M.R. 2012. *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- GAVAZZI G. 1966. *In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico*, in «Rivista di filosofia», 57, 2, 1966, 165 ss.
- GAZZOLO T. 2014. *Interpretazione e (ri)scrittura*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 14, 2014, 451 ss.
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.
- HABERMAS J. 2000. *From Kant to Hegel: On Robert Brandom's Pragmatic Philosophy of Language*, in «European Journal of Philosophy», 8, 2000, 322 ss.
- HART H.L.A. 1961. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002 (ed. or. *The Concept of Law*, with a "Postscript", Oxford, Oxford University Press, 1994, trad. it. di M.A. Cattaneo).
- HART H.L.A. 1966. *Il concetto di obbligo*, in «Rivista di filosofia», 57, 2, 1966, 125 ss.
- HART H.L.A. 1982. *Legal Duty and Obligation*, in ID., *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, 127 ss.

- HEGEL G.W.F. 1807. *Fenomenologia dello spirito*, Milano, Rusconi, 1995 (ed. or. *Phänomenologie des Geistes*, Bamberg und Würzburg, Joseph Anton Goebhardt, 1807, trad. it. di V. Cicero).
- HOLMES O.W. 1897. *The Path of the Law*, in «Harvard Law Review», 10, 1897, 457 ss.
- KELSEN H. 1934. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (ed. or. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934, trad. it. di R. Treves).
- LOEFFLER R. 2005. *Normative Phenomenalism: On Robert Brandom's Practice-Based Explanation of Meaning*, in «European Journal of Philosophy», 13, 2005, 32 ss.
- MARCHETTONI L. 2014. *Brandom's Theory of the Institution of Norms*, in «Philosophical Inquiries», 2, 2, 2014, 37 ss.
- MARCHETTONI L. 2015. *Dialogo fra corti e judicial borrowing: una prospettiva inferenzialista*, in «Rivista di filosofia del diritto», 4, 1, 2015, 149 ss.
- MARMOR A. 1998. *Legal Conventionalism*, in «Legal Theory», 4, 4, 1998, 509 ss.
- MARMOR A. 2009. *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- PINO G. 2013. *Norma giuridica*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 144 ss.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- RAZ J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- RAZ J. 2009. *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SCHIAVELLO A. 2013. *Perché obbedire al diritto?*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 472 ss.
- TUOMELA R. 2007. *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View*, New York, Oxford University Press, 2007.