



Teoria e Critica della **Regolazione Sociale**

Quaderno 1/2007

Damiano Canale

VIZI E VIRTÙ DEL PRAGMATISMO CONCETTUALE

Centro Studi TCRS

Via Crociferi, 81 - 95124 Catania - Tel. +39 095 230478 - tcrs@lex.unict.it

Damiano Canale
Università Commerciale Luigi Bocconi - Milano
damiano.canale@unibocconi.it

In:
Pragmatismo concettuale e proceduralismo giuridico
Quaderno 1/2007

ISSN: 1970-5476
Centro Studi
"Teoria e Critica della Regolazione sociale"
Via Crociferi, 81 - 95124 Catania
Tel. +39 095 230478 – Fax +39 095 230462
tcrs@lex.unict.it
www.lex.unict.it/tcrs

Damiano Canale

VIZI E VIRTÙ DEL PRAGMATISMO CONCETTUALE

1. *Teoria del diritto e regola di riconoscimento*

E' agevole notare come la teoria del diritto contemporanea sia segnata da una forte frammentazione. Per un verso il teorico del diritto si propone di conoscere il diritto quale esso è; per altro verso tale obbiettivo viene perseguito in modi del tutto diversi. Talora attraverso un'analisi di tipo concettuale, focalizzata sugli usi di alcune parole chiave del vocabolario dei giuristi (Hart 1994). In altri casi mediante un'indagine di stampo sociologico-politico, che pone in evidenza come l'esistenza del diritto muti in funzione dei contesti culturali (Twining 2000, p. 14; Tamanaha 2001, pp. 150 ss.). In altri casi ancora, ricostruendo il set di valori e di principi morali in grado di fornire un'immagine del diritto pienamente desiderabile da parte di ciascuno (Finnis 2003, pp. 112-113; Dworkin 1984, p. 190).

Quelli appena richiamati sono soltanto alcuni esempi, tratti dal contesto anglosassone, degli innumerevoli modi di condurre la ricerca teorica in campo giuridico oggi disponibili in letteratura¹. Modi che in alcuni casi sembrano integrarsi vicendevolmente, ma che il più delle volte si presentano invece come alternativi. L'adozione dell'uno esclude la possibilità di considerare la conoscenza del diritto fornita dagli altri come una conoscenza genuina². Ne segue dunque, parafrasando Hart, una tendenziale attitudine "imperialista" da parte del teorico del diritto (Hart 1994, p. 243): colui che non adotta il metodo considerato adeguato non può conoscere il diritto quale esso è. Ciò conduce a due possibili risultati: ad uno sdegnoso disinteresse per gli approcci teorici diversi dal proprio, oppure ad un confronto critico con approcci alternativi, teso a dimostrare come l'altrui pretesa di verità sia erronea o priva di fondamento.

In *The Requirements of the Pragmatist turn and the Redefinition of the Concept of Law* (2006), Jacques Lenoble offre un esempio assai interessante di

¹ Vedi a tal proposito Dickson 2004; Bix 2003b, pp. 541 ss.; Guastini 1996, parte I.

² Per una discussione più approfondita di questo punto vedi Giudice 2005 e Bayles 1990.

questo secondo atteggiamento da parte del teorico del diritto. Interessante perché pone a confronto approcci conoscitivi assai lontani tra loro: da un lato alcuni sviluppi dell'*analytical jurisprudence* hartiana, ed in particolare il pragmatismo concettuale di Jules Coleman, dall'altro lato il proceduralismo contestuale sviluppato dallo stesso Lenoble, che affonda le proprie radici nella tradizione filosofico-giuridica continentale. Lo scenario nel quale ha luogo questo confronto critico è costituito dal dibattito attorno alla regola di riconoscimento, quella regola cioè che determina, nella prospettiva di Hart, i criteri di validità delle norme giuridiche, spiegando al contempo come il diritto eserciti la propria specifica autorità, ovvero fornisca delle ragioni per agire in grado di governare le condotte sociali.

La mossa fondamentale compiuta da Lenoble all'interno di questo dibattito consiste nell'invertire il consueto ordine di spiegazione dell'autorità del diritto. Secondo l'*analytical jurisprudence* contemporanea, per quanto non senza significative eccezioni³, l'autorità del diritto trova origine in una serie di fatti sociali, e può essere spiegata nei termini di un "accordo" convenzionale tra i funzionari relativo ai criteri di validità delle norme giuridiche. In seconda battuta, va poi determinato se l'individuazione delle norme giuridiche valide includa o meno dei giudizi di natura morale, o sia comunque condizionata dagli atteggiamenti intenzionali (credenze, desideri, intenzioni, ecc.) dei funzionari e dei consociati. Si tratta dunque di un ordine di spiegazione che va dal basso verso l'alto, tipico della tradizione empirista anglosassone. Lenoble, al contrario, sviluppa un ordine di spiegazione che va dall'alto verso il basso, in continuità con uno stile di ricerca di tipo trascendentale. Egli prende le mosse dalla struttura trascendentale dell'atto di giudizio, al fine di chiarire le caratteristiche di quei giudizi mediante i quali le norme giuridiche vengono applicate. Ciò lo conduce ad evidenziare come la pretesa delle norme di governare i comportamenti sociali trovi soddisfazione solo se i contenuti direttivi che esse esprimono sono riconosciuti dalla maggioranza dei loro destinatari ultimi. Questa peculiare configurazione della teoria del giudizio consente di intercettare in modo originale il concetto di autorità, così come di spiegare la validità e l'obbligatorietà del diritto muovendo dagli atteggiamenti intenzionali dei consociati.

³ Mi riferisco, in particolare, alla teoria dell'autorità legittima sviluppata da Joseph Raz: cfr. Raz 1979, 1986, 1994. Per una ricostruzione critica della teoria dell'autorità del diritto di Raz vedi Schiavello 2004, pp. 115 ss.

Detto in una battuta, Lenoble si propone di veicolare una rivincita delle dinamiche sociali e politiche sulla pretesa autoritativa del diritto, dal momento che quest'ultima potrebbe trovare soddisfazione soltanto in virtù di una cultura giuridica comune, di un sostrato di credenze contestualmente condivise, di un rinnovato legame tra fatti e valori. Una cultura giuridica che non è già data, ma che spetta alle stesse istituzioni giuridiche e politiche, mediante adeguati dispositivi di governance, alimentare e rendere effettiva.

In questo contributo non considererò nel dettaglio la complessa articolazione di *Teoria della norma e teoria della governance*, né cercherò di fornire un quadro critico complessivo del pragmatismo concettuale di Jules Coleman. Il mio intento è piuttosto quello di mostrare quali problemi ponga la discussione nel campo della teoria del diritto qualora ad entrare in dialogo tra loro siano ordini di spiegazione diversi di un medesimo concetto o di un medesimo fatto sociale. A tal fine considererò in primo luogo come il pragmatismo concettuale di Coleman potrebbe replicare agli argomenti critici formulati da Lenoble, evidenziando la loro fallacia. In seconda battuta, mostrerò che gli argomenti critici di Lenoble, se considerati alla luce dell'impianto generale di una filosofia del diritto di ispirazione trascendentale, sfuggono alle fallacie che Coleman potrebbe imputare loro, conducendo tuttavia la nostra discussione in un vicolo cieco. In sede conclusiva, tenterò infine di evidenziare a quali condizioni possa essere sviluppato un dialogo genuino tra approcci diversi nel campo della teoria del diritto, puntando l'attenzione su alcuni aspetti problematici più generali dei due approcci teorici considerati.

2. *L'argomento del formalismo*

Il contributo forse più originale fornito da Jules Coleman al dibattito post-hartiano sulla regola di riconoscimento è costituito dal tentativo di analizzare il criterio di validità delle norme giuridiche in termini genuinamente normativi. La regola di riconoscimento, secondo Coleman, non descrive come i funzionari identificano le norme giuridiche valide, né riduce la validità delle norme alla loro effettività. La regola di riconoscimento non va cioè confusa con la pratica sociale che essa articola, né con i risultati di tale pratica. Secondo Coleman "la regola di riconoscimento è una regola, e quindi un'entità astratta, proposizionale. La pratica

è costituita in parte da un comportamento, e non è quindi un'entità proposizionale. La regola ha condizioni di soddisfacimento; la pratica no" (Coleman 2006, p. 147). Allo stesso tempo, Coleman nega che una concezione normativa delle regola di riconoscimento conduca a prendere congedo dal paradigma giuspositivista, nella sua versione standard. La sua presa di posizione teorica non va cioè confusa con l'adesione ad una concezione interpretativa del diritto *à la* Dworkin, e dunque con una presa di distanza dai tre pilastri fondamentali del positivismo giuridico hartiano – la tesi secondo la quale l'esistenza e i contenuti del diritto dipendono da una serie di fatti sociali (*Source Thesis*), la tesi della separabilità tra diritto e morale (*Separability Thesis*) e la tesi della discrezionalità giudiziale nei casi di ambiguità e di vaghezza delle norme (*Discretion Thesis* o *Limit of the Law Thesis*)⁴.

Ma com'è possibile, nel medesimo tempo e sotto il medesimo rispetto, attribuire alla regola di riconoscimento un'origine fattuale, una natura normativa e uno status convenzionale? La risposta offerta da Coleman è la seguente: il contenuto della regola di riconoscimento non è fissato dall'effettivo comportamento dei funzionari né da un insieme di principi di moralità politica, quanto piuttosto da schemi di interazione convenzionali che impongono ai funzionari dei veri e propri obblighi in ordine all'applicazione dei criteri di validità (Coleman 2006, pp. 167 ss.)⁵. Questa soluzione consente a Coleman di rendere compatibile un approccio "pragmatista" al concetto di diritto coi principi del positivismo hartiano, aprendo quest'ultimo ad orizzonti di ricerca originali. Il problema dell'autorità del diritto può trovare una soluzione plausibile soltanto analizzando la struttura della pratica sociale che fissa i criteri di validità delle norme giuridiche, e nei limiti di suddetta analisi.

Lenoble accoglie con un certo favore la concezione pragmatista della regola di riconoscimento delineata da Coleman⁶, ma rivolge contemporaneamente ad essa

⁴ Per una chiara formulazione di queste tesi vedi Hart 1990.

⁵ La convenzione di coordinazione a cui sarebbe riconducibile la regola di riconoscimento viene spiegata da Coleman nei termini della *shared cooperative activity* (SCA) descritta da Michael Bratman. L'attività attraverso la quale i funzionari individuano le norme giuridiche valide avrebbe cioè le medesime caratteristiche dell'attività di cantare in duetto, di costruire qualcosa insieme, del dai-e-vai nel gioco del basket e così via: "Suppose that you and I sing a duet together, and that is a SCA. I will be trying to be responsive to your intentions and actions, knowing that you will by trying to be responsive to my intentions and actions. This mutual responsiveness will be in the pursuit of a goal we each have, namely, our singing the duet. You can have this goal for different reasons than I do; but at least we will each have this as a goal. Finally, I will not merely stand back and allow you to sing your part of a duet. If I believe that you need my help I will provide it if I can" (Bratman 1992, pp. 327-328). Cfr. anche Bratman 1993. Per una analisi critica della SCA-theory vedi tuttavia Mele 2001.

⁶ Lenoble osserva in particolare che a) un approccio pragmatista alla regola di riconoscimento non misconosce gli aspetti "interpretativi" del concetto di diritto, sfuggendo al *semantic sting* imputato da

l'accusa di formalismo. L'argomento del formalismo, nella versione proposta da Lenoble, è costituito in realtà da un insieme di argomenti teorico-giuridici tra loro eterogenei. Proviamo ad enunciare i principali:

- 1) argomento dell'indifferenza rispetto al criterio di legittimità;
- 2) argomento dello statalismo;
- 3) argomento della circolarità e del riduzionismo;
- 4) argomento dell'indifferenza rispetto alle credenze sociali.

Consideriamo ora questi argomenti critici nel dettaglio, ipotizzando in che modo il pragmatismo concettuale di Coleman potrebbe replicare loro.

Argomento dell'indifferenza rispetto al criterio di legittimità. Lenoble afferma che secondo Hart e Coleman "*this function of regulation by the law is supposed effected independent of every specific institutional arrangement that would mobilise the elaboration of the norm with a view to associating its ultimate addressees, that is, the citizens*" (Lenoble 2006, p. 42). Una ricostruzione pragmatista della regola di riconoscimento sarebbe cioè inadeguata perché indifferente rispetto al criterio di legittimità delle norme giuridiche che contraddistingue la comunità politica di riferimento. Questo argomento, se considerato nei termini proposti, costituisce un esempio di fallacia di rilevanza: la sua premessa non intrattiene alcun rapporto con la conclusione. Proviamo ad esplicitare questo punto. In apertura di *La pratica dei principi*, Coleman osserva come sia opportuno distinguere le spiegazioni teoriche dalle giustificazioni teoriche (Coleman 2006, p. 33). Mentre una spiegazione teorica tenta di chiarire qual è la natura di qualcosa (un'azione, una regola, una pratica, un'istituzione), o meglio perché qualcosa è così e non altrimenti, una giustificazione teorica tenta di fornire ragioni a sostegno della bontà, della giustizia, della legittimità, dell'adeguatezza di qualcosa. Non si tratta, si badi bene, di una distinzione riconducibile alla dicotomia descrittivo/prescrittivo. Tanto le spiegazioni quanto le giustificazioni sono rette da regole per la formazione dei concetti; questi due tipi di discorso, inoltre, sono

Dworkin al positivismo giuridico hartiano; b) evidenza come sia logicamente impossibile definire delle procedure-tipo per fissare le credenze sociali; c) mostra come l'esistenza del diritto dipenda da dispositivi istituzionali in grado di rendere possibile la pratica cooperativa che fissa i criteri di validità (Lenoble 2006, pp. 11-17).

spesso tra loro correlati⁷. Non di meno, senza alcuna premessa ulteriore, da una spiegazione non è possibile inferire una giustificazione né da una giustificazione inferire una spiegazione. L'argomento dell'indifferenza rispetto al criterio di legittimità trae invece da una premessa giustificativa una conclusione esplicativa: se la regola di riconoscimento giustifica un regime politico illegittimo, allora la regola di riconoscimento non spiega l'esistenza e l'autorità del diritto. Si tratta evidentemente di un *non sequitur*: nella prospettiva di Coleman vi possono essere forme di organizzazione giuridica dei rapporti sociali illegittime, così come forme legittime di organizzazione non giuridica di un gruppo sociale⁸. Il problema della legittimità non pregiudica cioè la capacità esplicativa di una teoria. Ciò accadrebbe se fosse possibile configurare una relazione di tipo deduttivo tra un antecedente giustificativo e un conseguente esplicativo, una possibilità tipicamente sostenuta da un approccio giusnaturalista standard alla teoria del diritto, da cui Lenoble, per altro verso, sembra prendere congedo.

Si potrebbe tuttavia obiettare che l'argomento dell'indifferenza rispetto al criterio di legittimità ha in realtà una pretesa fondativa di tipo politico-istituzionale, non una pretesa esplicativa. Tale argomento si propone di specificare quali sono le ragioni necessarie e sufficienti di esistenza del diritto all'interno di una comunità politica democratico-costituzionale. Per specificare la condizione di legittimità che una ricostruzione pragmatista della regola di riconoscimento sarebbe tenuta a soddisfare, Lenoble punta infatti l'attenzione sul principio di maggioranza. La formulazione dell'argomento che stiamo discutendo sembrerebbe essere cioè la seguente: 'se la regola di riconoscimento non si fonda sul principio di maggioranza, allora la regola di riconoscimento non spiega l'esistenza e l'autorità del diritto'. Se formulato in questi termini, l'argomento dell'indifferenza rispetto al criterio di legittimità è viziato da circolarità e risulta pertanto inconsistente. Il principio di maggioranza, che contraddistingue, in età moderna, un regime politico di tipo democratico, costituisce infatti un criterio di legittimità puramente formale – indifferente cioè rispetto ai contenuti delle disposizioni giuridiche, e dunque alla loro

⁷ In base alla teoria tripartita della conoscenza (cfr. Gettier 1963), ad esempio, *S* sa che *p* se e solo se 1) *p* è vera, 2) *S* crede che *p* sia vera, 3) la credenza di *S* in *p* è giustificata. Se dunque, in base a questa definizione, si dà il caso di una conoscenza genuina soltanto in presenza di una credenza vera e giustificata, non di meno la giustificazione di una credenza non implica che tale credenza sia vera, né la verità di una credenza implica che essa sia giustificata. Cfr. Vassallo 2003.

⁸ Vedi su questo punto la discussione condotta da Coleman della teoria dell'autorità legittima di Raz: Coleman 2006, cap. IX. In sintesi, si potrebbe dire che per quanto il diritto avanzi costitutivamente una pretesa di legittimità, come sottolineato da Raz, il soddisfacimento di tale pretesa non costituisce una condizione necessaria di esistenza del diritto.

giustizia o adeguatezza sociale. Tale criterio trova inoltre solitamente formulazione a livello costituzionale, vale a dire in una disposizione giuridica valida gerarchicamente sovraordinata. Ne seguono due conseguenze distinte. Per un verso, sotto il profilo logico, il principio di maggioranza non è in grado di spiegare la validità delle norme giuridiche, poiché tale spiegazione include tra le sue premesse la conclusione. L'argomento che stiamo discutendo incorre cioè in una petizione di principio, dal momento che il principio di maggioranza è trattato giuridicamente come tale in virtù della norma valida che lo esprime. Per altro verso, sotto il profilo politico-istituzionale, l'accusa di formalismo rivolta al pragmatismo giuridico si fonda a sua volta su un criterio di legittimità puramente formale, rivelandosi inconsistente. Nella prospettiva di Lenoble, la dittatura della maggioranza, fenomeno diffuso anche nelle odierne democrazie mature, non sembra poter trovare migliore giustificazione della dittatura della minoranza. Né sembrano rilevanti, contrariamente a quanto accade per un approccio pragmatista, le conseguenze politiche e sociali che derivano dall'applicazione del principio di legittimità formale, come ad esempio la spoliticizzazione dell'agire individuale e dei corpi sociali intermedi, l'occultamento delle dinamiche reali di contrattazione politica o le forme di manipolazione del consenso pubblico (in una battuta, i mali della democrazia⁹). Il mancato approfondimento esplicativo del concetto di legittimità rischia in altri termini di inficiare il tentativo di Lenoble, per altro condiviso dal pragmatismo giuridico, di ricongiungere la teoria del diritto alla teoria dell'agire sociale.

Argomento dello statalismo. Strettamente correlato alla tesi appena discussa è l'argomento in base al quale un approccio pragmatista al concetto di diritto ridurrebbe "the conditions of satisfaction of governance by law" all' "establishment of the institutional structures of the modern state" (Lenoble 2006, p. 41). I criteri di validità delle norme giuridiche fissati dalla regola di riconoscimento si fonderebbero cioè, in fin dei conti, sulle regole di organizzazione dei pubblici poteri che contraddistinguono la forma-Stato. Tali regole, in effetti, trovano legittimazione attraverso il meccanismo di rappresentazione politica, vera e propria pietra angolare della forma-stato moderna, un meccanismo che, a partire da Thomas Hobbes, consente di identificare i precetti giuridici con la volontà di tutti i consociati

⁹ Lo stesso Coleman non ha mancato di evidenziare i pericoli e le distorsioni a cui può condurre l'applicazione del principio di maggioranza negli ordinamenti democratico-costituzionali: cfr. Coleman e Ferejohn 1986, in particolare p. 11.

(cfr. Hofmann 2003 e Duso 2003). Non solo. Se da un lato l'esistenza della regola di riconoscimento dipende dall'articolazione istituzionale dello stato, per altro verso essa attribuisce validità giuridica a tale organizzazione. In virtù della regola di riconoscimento, infatti, la volontà collettiva, mediata dall'attività dei funzionari, fissa anche le norme giuridiche secondarie che articolano l'organizzazione istituzionale dello stato. Ne seguirebbe, pertanto, che non può darsi regola di riconoscimento se non in virtù della forma-stato, e che non può darsi forma-stato se non in virtù della regola di riconoscimento. Questa relazione biunivoca, istituita dall'argomento dello statalismo, appare tuttavia insussistente. Va infatti ricordato come una delle acquisizioni più significative dell'*analytical jurisprudence hartiana* consiste nello sganciare la nozione di autorità del diritto dalla nozione di autorità politica, nel senso classicamente attribuito a quest'ultima da John Austin. Una norma giuridica è valida, nel senso che appartiene all'ordinamento, non se è espressione della volontà del sovrano ed è generalmente osservata dai consociati, ma se è trattata come tale dai funzionari, e se questi ultimi assumono un atteggiamento critico-riflessivo nei suoi confronti, accostandosi al diritto dal punto di vista interno (Hart 1994). Questa mossa teorica ha un duplice vantaggio. Da un lato consente di spiegare l'autorità del diritto e il funzionamento delle istituzioni giuridiche nel contesto politico della forma-stato, un contesto cioè nel quale i funzionari esercitano una funzione pubblica riconducibile al potere sovrano, e dunque al principio di rappresentazione politica moderno. Per altro verso, tale mossa consente di estendere questo ordine di spiegazione alle strutture istituzionali non statali (nelle quali i funzionari non esercitano cioè funzioni pubbliche), prestandosi potenzialmente a dar conto delle forme di regolamentazione giuridica di origine negoziale, arbitrare, inter-statale e sovra-statale che caratterizzano l'universo del diritto contemporaneo.

Tornando dunque alla relazione biunivoca enunciata precedentemente, mentre il condizionale 'non può darsi forma-stato se non in virtù della regola di riconoscimento' è vero, il condizionale 'non può darsi regola di riconoscimento se non in virtù della forma-stato' è falso. La regola di riconoscimento, nella versione sviluppata da Coleman, consente infatti di spiegare l'esistenza e l'autorità del diritto anche in contesti non statali. La relazione biunivoca su cui si regge l'argomento dello statalismo si rivela pertanto insussistente.

Argomento della circolarità e del riduzionismo. Una delle obiezioni tipicamente rivolte alla teoria della regola di riconoscimento, nella sua configurazione hartiana, consiste nel ravvisare in essa il vizio della circolarità. La versione standard di questa obiezione è la seguente: se la regola di riconoscimento è fissata dal comportamento e/o dagli atteggiamenti intenzionali dei funzionari, il fatto che un individuo sia qualificato o meno come funzionario dipende dall'esistenza della regola di riconoscimento. Come è possibile replicare a tale obiezione? Coleman distingue due diversi ruoli giocati dai funzionari. In prima battuta un gruppo di individui decide di seguire una certa regola, assumendo che essa fornisca loro buone ragioni per agire. Se tale regola si afferma socialmente, al punto da stabilire i criteri di appartenenza ad un sistema di regole generalmente osservate, allora esiste un sistema giuridico, in virtù del quale tali individui verranno concepiti come funzionari. I funzionari sono dunque tali in virtù della regola di riconoscimento, "ma non sono funzionari ... anteriormente ad essa. Il loro comportamento rende possibile la regola; ma è la regola che li rende funzionari" (Coleman 2006, p. 182)¹⁰.

Lenoble considera riduttiva questa spiegazione. Essa non sarebbe in grado di rispondere al seguente interrogativo: come viene individuato il gruppo di persone incaricato di fissare i criteri di validità delle norme giuridiche? Questa operazione di selezione è considerata da Coleman come un fatto bruto, non suscettibile di una spiegazione ulteriore. Diversa è l'opinione di Lenoble. Questo fatto assume una rilevanza concettuale, poiché spiega l'esistenza del diritto. Occorre dunque indagare a quali condizioni questo fatto possa verificarsi, un'operazione che, secondo Lenoble, conduce alla seguente conclusione: "the law only exists by mobilising a background practice which has the form of a cooperative action (deliberation on a rule which provides good reasons to act) among persons who are not 'officials'" (Lenoble 2006, p. 27). Solo in virtù di una pratica sociale cooperativa sarebbe infatti possibile individuare i funzionari, e spiegare quindi l'assetto istituzionale che garantisce la validità del diritto. Nella prospettiva di Lenoble, detto altrimenti, l'autorità del diritto non è analizzabile a prescindere dal progetto di una forma di vita comune, giudicata razionalmente desiderabile dalla maggior parte dei consociati.

¹⁰ Per una discussione di questa tesi vedi Perry 2002, pp. 1779 ss.

Questa formulazione dell'argomento del riduzionismo, tuttavia, confonde impropriamente due problemi distinti. Da un lato il problema della genesi dei funzionari, che esige una spiegazione causale-funzionale, dall'altro il problema dell'autorità del diritto, che esige una spiegazione concettuale. Questi due problemi, in virtù del tipo di soluzione che ciascuno di essi richiede, sono tra loro indipendenti: da una spiegazione causale-funzionale non si può inferire una spiegazione concettuale e viceversa¹¹. Il processo di istituzione dei funzionari non spiega cioè l'autorità del diritto, né la validità e l'obbligatorietà del diritto spiegano il processo di istituzione dei funzionari. Coleman evidenzia non a caso come l'obiezione di circolarità rivolta alla tesi della regola di riconoscimento non abbia per oggetto un problema di tipo concettuale (che cos'è il diritto?), ma un problema di tipo storico-evolutivo (come nasce la regola di riconoscimento?). Negli ordinamenti giuridici contemporanei, la regola di riconoscimento assume certo rilevanza in un contesto istituzionalizzato, risultato di un insieme complesso di trasformazioni storiche che hanno coinvolto, negli ultimi due secoli, l'organizzazione della società, lo strutturarsi dei processi politici e delle istituzioni giuridiche, come pure lo statuto disciplinare delle scienze sociali. Come Coleman a più riprese sottolinea, tuttavia, l'esistenza della regola di riconoscimento non può trovare una spiegazione storico-evolutiva, ma soltanto una spiegazione concettuale di tipo normativo, che rinvia, secondo l'*analytical jurisprudence post-hartiana*, al tema wittgensteiniano del seguire una regola, e alle sue innumerevoli interpretazioni in chiave teorica¹². Ne segue che l'obiezione di riduzionismo formulata da Lenoble è sì fondata per quanto concerne l'istituzione dei funzionari, la cui genesi storica e funzionale è assai più articolata di quanto supposto da Coleman. Tale obiezione è invece infondata nel momento in cui pretende di trarre dall'argomento di Coleman una conseguenza di tipo concettuale, relativa alla natura della regola di riconoscimento¹³. Se questa ricostruzione coglie nel segno, ne seguono due corollari degni di attenzione.

¹¹ Ciò è vero qualora non si aderisca, come nel caso di Coleman, ad una teoria causale o disposizionale dei concetti: vedi Fodor 1998.

¹² Cfr. Narváez 2004 e Iglesias 1998. Chi spiega la natura della regola di riconoscimento in termini meramente fattuali incorre infatti nel ben noto paradosso di Kripkenstein, in base al quale non può darsi il caso di un comportamento conforme alla regola, poiché qualsiasi comportamento può essere interpretato come un'applicazione della regola stessa. Cfr. Kripke 1982. Per una discussione del paradosso scettico di Kripke vedi, da ultimo, Lalumera 2004. Coleman si confronta con questo problema in Coleman e Leiter 1993, pp. 549 ss.

¹³ Riassumendo, Coleman formula un argomento che spiega F1 (l'istituzione dei funzionari) ma non F2 (l'esistenza della regola di riconoscimento), sebbene Lenoble creda che per Coleman la spiegazione di F1 implichi la spiegazione di F2. Lenoble, per converso, formula un argomento che mostra l'inadeguatezza della spiegazione di F2 che Coleman inferirebbe dalla spiegazione di F1, traendone tuttavia delle

Primo corollario. L'argomento del riduzionismo non confuta la tesi secondo cui sono gli schemi di interazione cooperativa che governano il comportamento dei funzionari a fissare la regola di riconoscimento, e dunque le condizioni di esistenza del diritto. Una norma giuridica esiste, infatti, indipendentemente dal fatto che i consociati desiderino conformarsi ad essa. La norma giuridica che punisce il furto costituisce una ragione per non rubare indipendentemente dal fatto che i consociati riconoscano desiderabile non rubare e si comportino di conseguenza. Il mancato riconoscimento della norma, infatti, non rende la norma invalida, né impedisce che essa venga applicata dai funzionari per sanzionare le condotte difformi. La norma che punisce il furto è valida, nella prospettiva di Coleman, se esiste tra i funzionari una pratica di adesione a dei criteri di validità delle norme in base ai quali la norma che punisce il furto è applicata in caso di furto. Ne segue pertanto, conformemente alle ipotesi esplicative di Hart, che "l'accettazione della regola di riconoscimento dal punto di vista interno da parte dei funzionari è un requisito concettuale della possibilità del diritto; l'accettazione del punto di vista interno da parte della maggioranza della popolazione non è un requisito concettuale, né di efficacia" (Coleman 2006, p. 144)¹⁴.

Secondo corollario. L'applicazione dell'argomento del riduzionismo conduce ad una conclusione paradossale, una conclusione cioè che non dimostra la verità dell'ipotesi critica sostenuta da Lenoble, ma che corrobora piuttosto un'ipotesi diametralmente opposta. La spiegazione dell'autorità del diritto fornita da un approccio pragmatista alla regola di riconoscimento, infatti, potrebbe essere considerata riduttiva non perché non include tra le condizioni necessarie di esistenza del diritto il riconoscimento delle norme da parte dei cittadini, ma perché tra tali condizioni non è inclusa la scelta regolativa compiuta dal legislatore, vale a dire l'atto di produzione della formulazione normativa i cui contenuti direttivi saranno applicati dai funzionari. Perlomeno in sede di interpretazione e di applicazione dello statute law, infatti, tale atto costituisce una precondizione

conclusioni false in ordine F2, per quanto vere in ordine a F1. Ammesso che F1 e F2 siano indipendenti, lo saranno infatti anche le loro ipotesi esplicative.

¹⁴ Ciò si lega alla distinzione, proposta da Coleman e Shapiro, tra un *comportamento governato da norme* e un *comportamento guidato da norme*. Mentre nel caso di un comportamento governato da norme il destinatario della norma è semplicemente soggetto ad essa, indipendentemente dal fatto che la consideri una buona ragione per agire, nel caso di un comportamento guidato da norme, la norma è la ragione in base alla quale l'agente agisce (Coleman 2006, p. 148).

necessaria affinché la regola di riconoscimento sia dotata di contenuto¹⁵, ovvero sia affinché il comportamento convergente e interdependente dei funzionari consista nell'applicazione di norme giuridiche. L'argomento del riduzionismo, detto altrimenti, si presta tutt'al più a giustificare una spiegazione in termini imperativistici della regola di riconoscimento, non ad estendere il requisito del punto di vista interno alla maggioranza dei cittadini. Come osservato in precedenza, tuttavia, si tratta di un tipo di spiegazione incompatibile con l'ipotesi di partenza formulata da Lenoble, e espressamente rifiutato dallo stesso Coleman, per quanto Lenoble imputi erroneamente a quest'ultimo una forma implicita di imperativismo giuridico.

Argomento dell'indifferenza rispetto alle credenze sociali. La discussione dell'argomento del riduzionismo appena proposta risulta tuttavia parziale. Lenoble associa infatti la tesi del riduzionismo ad un argomento di più ampia portata, che concerne l'impianto epistemologico della teoria del diritto sviluppata da Coleman. Tale argomento muove dal seguente interrogativo: come possiamo spiegare il fatto che la pretesa del diritto di governare i comportamenti sociali viene o meno soddisfatta? La risposta offerta dall'*analytical jurisprudence*, da Hart in avanti, è chiara. Per rispondere a questi interrogativi è necessario procedere ad un'analisi di tipo concettuale, che individui le condizioni necessarie e sufficienti di esistenza del diritto, quelle condizioni cioè che consentono al diritto di fornire ragioni per agire genuine e di governare i comportamenti sociali in virtù di esse. La teoria della regola di riconoscimento costituisce il risultato di questo percorso teorico. Essa spiega come vengono determinati i criteri di validità delle norme giuridiche e a quale condizioni esse siano efficaci. Si tratta di criteri che, perlomeno nella prospettiva di Coleman, hanno a loro volta un contenuto normativo, fissato da quella peculiare pratica di interazione cooperativa che caratterizza l'attività dei funzionari nell'individuazione e nell'applicazione delle norme giuridiche.

Secondo Lenoble questa spiegazione dell'esistenza del diritto, e della sua specifica normatività, è del tutto insufficiente. Affinché il diritto governi effettivamente i comportamenti dei consociati sono necessarie delle condizioni ulteriori, che fanno capo alla struttura dei contesti sociali che le norme giuridiche si propongono di governare. Se non si procede in questa direzione esplicativa, osserva

¹⁵ Questo aspetto dell'autorità del diritto, considerato concettualmente irrilevante da parte di Coleman, è invece considerato essenziale, nel contesto dell'*analytical jurisprudence* contemporanea, da Bix 2003a, pp. 287 e 295; Raz 1994, pp. 199-204; Posner 1990, pp. 272 ss.

Lenoble, la teoria della regola di riconoscimento si rivela ingannevole e idealizzata (Lenoble 2006, p. 41). Ingannevole perché non in grado di individuare le condizioni necessarie e sufficienti di esistenza del diritto. Idealizzata perché questo modello teorico non è in grado di spiegare il fatto che il diritto venga o meno considerato obbligatorio all'interno di un contesto sociale. Se considerato da questo angolo visuale, l'argomento dell'indifferenza rispetto alle credenze sociali costituisce un corollario di una tesi di più ampia portata, l'argomento del mentalismo, il quale conduce a considerare l'intero impianto critico di *The Requirements of the Pragmatist turn and the Redefinition of the Concept of Law* in termini rinnovati.

3. *L'argomento del mentalismo*

Lenoble afferma a più riprese che l'argomento del mentalismo è una tesi di tipo epistemologico, una tesi che concerne cioè la conoscenza del diritto (cfr. Tuzet 2005; Villa 1993). Tale argomento sembrerebbe dunque vertere su interrogativi come 'che tipo di conoscenza è la conoscenza del diritto?', 'la conoscenza del diritto include valutazioni morali e politiche?', 'qual è o quale dovrebbe essere il metodo di conoscenza del diritto?' Si tratta – detto per inciso – di domande tradizionalmente di grande interesse per i teorici del diritto. Dalla risposta fornita a tali quesiti dipende infatti non solo lo statuto della scienza giuridica, ma anche la funzione riconosciuta all'applicazione delle norme, per lo meno nel caso si ritenga che l'applicazione di una norma presupponga la conoscenza dei suoi possibili contenuti. Ma non è questo, in ogni caso, l'oggetto dell'argomento che stiamo discutendo. La domanda che Lenoble si pone è piuttosto la seguente: se il diritto avanza in quanto tale la pretesa di governare autoritativamente e legittimamente le condotte sociali, a quali condizioni tale pretesa può trovare soddisfazione? Detto più precisamente: come deve essere fatto il mondo dei comportamenti sociali affinché il diritto sia ciò che il diritto è in base al concetto che ne abbiamo, vale a dire un modo di governare i comportamenti degli individui in virtù delle ragioni per agire che il diritto fornisce loro? È facile osservare come questo interrogativo abbia certo una finalità conoscitiva: la sua risposta consiste nella conoscenza di qualcosa. Ma questo qualcosa è una condizione di possibilità, vale a dire un'entità di tipo trascendentale. Ora, se esista una conoscenza di tipo trascendentale e quali siano

le proprietà di una conoscenza siffatta, è da Kant in avanti questione notoriamente controversa¹⁶. Ai fini della presente discussione, basti osservare che nel dibattito filosofico contemporaneo sull'apriori una condizione di possibilità costituisce una conoscenza di tipo trascendentale se e solo se è necessaria e universale (cfr. Goldman 1999). Dovremmo tornare più avanti su questo punto, laddove si tratterà di chiarire a quale tipo di conoscenza del diritto dia accesso l'approccio pragmatista di Coleman. Per il momento è opportuno tuttavia concentrare l'attenzione sull'argomento trascendentale sviluppato da Lenoble e in particolare della teoria del giudizio sviluppata da quest'ultimo.

Il punto focale dell'argomento del mentalismo è costituito infatti dalla struttura dell'atto di giudizio mediante il quale le norme giuridiche vengono applicate. La centralità riconosciuta a questo aspetto deriva dal fatto che secondo l'*analytical jurisprudence* hartiana, e le principali correnti della filosofia del diritto contemporanea, il diritto soddisfa la propria pretesa di governare le condotte sociali in primo luogo grazie all'attività applicativa compiuta dai funzionari. Una considerazione, questa, implicita nella stessa funzione teorica attribuita alla regola di riconoscimento, in quanto condizione e criterio di esistenza del diritto. Ma qual è la struttura di questo atto di giudizio? Secondo Lenoble il giudizio applicativo è *reversibile* e *asimmetrico*. Consideriamo innanzitutto la prima proprietà del giudizio applicativo, vale a dire la sua reversibilità¹⁷.

Sostenere che il diritto avanza in quanto tale la pretesa di governare i comportamenti sociali equivale a dire, nel lessico di Searle (Searle 1983), che le norme giuridiche hanno una direzione di aggiustamento da mente a mondo (*mind-to-world*). Le norme giuridiche si propongono cioè di modificare la realtà sociale in modo conforme ai loro contenuti direttivi. Affinché questa trasformazione del mondo si realizzi effettivamente, tuttavia, è universalmente necessario, secondo Lenoble, che i contenuti direttivi della norma si inseriscano in un contesto determinato, soddisfacendo le condizioni alle quali il mondo si lascia effettivamente

¹⁶ Per una ricostruzione di questo dibattito vedi Ferrari 2003. Sulla rielaborazione critica della conoscenza trascendentale nel campo della filosofia analitica, vedi invece Coffa 1991.

¹⁷ La teoria del giudizio applicativo proposta da Lenoble si fonda sulla peculiare reinterpretazione della filosofia del giudizio di Fichte sviluppata da Livet 1987 e da Maesschalck 1996. La descrizione proposta nel testo ne costituisce una semplificazione, condotta oltretutto utilizzando un lessico ad essa estraneo, quello della filosofia della mente di John Searle. Tale scelta è giustificata dal tentativo, condotto in questa discussione, di rendere intelligibili le tesi di Lenoble al teorico del diritto di formazione analitica.

trasformare mediante l'applicazione delle norme giuridiche¹⁸. Da qui la reversibilità dell'atto di giudizio. Per un verso l'applicazione della norma si propone di trasformare i comportamenti sociali in un contesto già esistente, per altro verso il contesto già esistente fissa le condizioni alle quali il progetto prefigurato dalla norma può trovare effettiva realizzazione. Se l'atto di giudizio non si adatta riflessivamente al contesto sociale in cui la norma trova applicazione, i destinatari ultimi della norma utilizzeranno le ragioni per agire che essa fornisce loro in un modo diverso da quanto inizialmente prospettato dalla norma stessa, non soddisfacendo quindi la sua pretesa regolativa. Ciò si lega alla seconda proprietà del giudizio applicativo: l'asimmetria. Secondo Lenoble, le restrizioni che il contesto di applicazione genera sulla capacità della norma di governare i comportamenti sono prioritarie rispetto al processo di aggiustamento del mondo sociale alla norma giuridica applicata¹⁹. Detto in altri termini, il giudizio applicativo ha una struttura riflessiva, in base alla quale l'aggiustamento della norma al mondo è logicamente antecedente all'aggiustamento del mondo alla norma: il primo aspetto del giudizio rende possibile il secondo.

Mi sembra che questa tesi conduca a ridefinire la struttura dell'atto intenzionale sotteso all'applicazione di una norma giuridica nel modo seguente. Nel caso delle norme giuridiche, la direzione di aggiustamento mente-a-mondo (mind-to-world) si sdoppia in due momenti: una direzione di aggiustamento mente-a-menti (mind-to-minds) e una direzione di aggiustamento menti-a-mondo (minds-to-world). La norma giuridica si proietta non immediatamente sul mondo, ma sugli atteggiamenti intenzionali (desideri, credenze, intenzioni ecc.) dei destinatari ultimi della norma stessa²⁰. Se i contenuti della norma non sono coerenti con gli atteggiamenti intenzionali dei destinatari, vale a dire non si prestano ad essere trattati da questi ultimi come buone ragioni per agire, il mondo dei comportamenti

¹⁸ "Tout acte (toute décision, toute règle, toute norme) présuppose l'attente de sa "réalisabilité", c'est-à-dire la transformation possible d'un contexte existant en un contexte nouveau sous la contrainte des conditions de justification que permettent de produire les opérations de la raison. Ainsi, l'opération de justification n'épuise pas la processualité de sa réalisation. Elle s'articule à une seconde exigence qui concerne son effectuation et qui porte sur "l'insertion de l'acte dans un contexte". L'enjeu n'est pas ici de définir une action valide mais de rendre cette action cohérente avec un monde, c'est-à-dire, répetons-le, de transformer le contexte existant (le domaine d'application toujours déjà perçu) au profit d'un contexte nouveau mais en respectant une contrainte de cohérence" (Lenoble 1999, pp. 19-20).

¹⁹ "Dans cette "opération de retour" de l'application sur la justification, ce qui est premier est l'exigence de cohérence du monde qui doit résulter de l'insertion de la finalité définie par la norme, laquelle passé ainsi à l'arrière-plan" (Lenoble 1999, p. 21).

²⁰ Si noti, ad ogni modo, che la nozione di intenzionalità collettiva è assai controversa. Vedi su questo punto Celano 1999.

sociali non può conformarsi al contenuto prescrittivo della norma, ma assumerà una conformazione diversa, che non realizza i fini perseguiti dalla regolamentazione giuridica. Sotto il profilo teorico, questa spiegazione del giudizio applicativo conduce dunque ad includere tra le condizioni necessarie di esistenza del diritto la sua adeguatezza rispetto al contesto di applicazione. Il diritto può esercitare la sua autorità se è coerente con le intenzioni collettive dei suoi destinatari ultimi, con le loro credenze, desideri, valori.

Secondo Lenoble la teoria del diritto contemporanea ha in realtà parzialmente preso atto della struttura reversibile e asimmetrica del giudizio applicativo, ma l'ha interpretata in termini mentalisti²¹. Ronald Dworkin, ad esempio, riconosce che l'esistenza del diritto dipende dal fatto che i suoi contenuti direttivi esprimano dei principi di moralità politica nei quali ogni consociato potrebbe riconoscere i propri. Dworkin affida tuttavia il soddisfacimento di questa condizione all'attività interpretativa di un giudice idealizzato, in grado di fissare i contenuti delle norme giuridiche sulla base di morale sostanziale omogenea, che egli suppone condivisa da tutti i consociati a prescindere dai contesti d'azione singolari (Dworkin 1984). Coleman sembra compiere un passo ulteriore nella direzione indicata da Lenoble. La sua teoria pragmatista della regola di riconoscimento identifica il criterio di validità delle norme giuridiche non facendo appello ad un insieme di precetti morali sostanziali, né ad un mero fatto. Tale criterio è fissato dalla struttura normativa di una pratica sociale, la quale guida il comportamento convergente e interdipendente dei funzionari nell'applicazione delle norme giuridiche. La ricostruzione teorica di Coleman non riuscirebbe tuttavia a dar conto del carattere reversibile e asimmetrico del giudizio applicativo, cadendo anch'essa nella trappola del mentalismo. La pratica cooperativa dei funzionari, infatti, fissa la regola di riconoscimento indipendentemente dai singoli contesti di applicazione. Ne deriva, in base all'argomento del mentalismo, che per consentire al diritto di governare effettivamente i comportamenti sociali, le intenzioni collettive che fanno da sfondo alla pratica cooperativa dei funzionari dovrebbero coincidere con le intenzioni collettive dei destinatari ultimi delle norme, ma ciò non è possibile in base all'ipotesi esplicativa di Coleman. Nella prospettiva di quest'ultimo, infatti, la

²¹ Nel lessico di Lenoble e Maesschalck, il termine 'mentalismo' denota la seguente ipotesi teorica: "what enables the determination of the effects of a norm or of a public policy is supposed to be linked to rules ... located in every mind and therefore a function of mental capacities which do not at all depend on a thinking subject's exterior context" (Lenoble e Maesschalck 2003, p. 4, nota 10).

shared cooperative activity dei funzionari non “riflette” le intenzioni collettive dei destinatari delle norme, ma si limita a coordinare l’attività dei funzionari indipendentemente dal contesto sociale di riferimento. Da qui l’insufficienza del pragmatismo concettuale anche sotto il profilo epistemologico. Poiché la teoria dell’agire cooperativo non considera il peso delle variabili contestuali nei processi di regolazione sociale, Coleman non disporrebbe di strumenti conoscitivi sufficienti per spiegare l’autorità del diritto.

Come sfuggire dunque alla trappola del mentalismo? Lenoble adotta una strategia esplicativa più articolata. L’applicazione di un qualsiasi progetto di regolazione sociale non si riduce alla sola attività dei funzionari, ma si articola in momenti ulteriori: da un lato nella definizione legislativa del progetto di regolamentazione, dall’altro lato nella partecipazione attiva dei destinatari al determinazione di tale regolamentazione. La possibilità di una norma giuridica di iscriversi effettivamente in un certo contesto sociale dipende infatti dal modo in cui si è precedentemente costruito il problema a cui essa intende rispondere e dalla scelta delle sue possibili soluzioni. I dispositivi di governance vanno proprio in questa direzione: essi mirano a rendere partecipi alla determinazione dei contenuti della norma i suoi potenziali destinatari, mediante l’istituzione di procedure ad hoc. In questo modo, da un lato i contenuti della norma possono risultare coerenti col contesto di applicazione, dall’altro lato le procedure di governance conducono i destinatari finali della norma a determinare i caratteri distintivi del contesto di applicazione, sotto forma di intenzioni collettive e di valori contestualmente condivisi. Ciò consente a Lenoble, in senso più generale, di ricongiungere la teoria della diritto alla teoria dell’agire sociale, riconfigurando in modo filosoficamente più pregnante il dibattito contemporaneo sui meccanismi di governance.

Il quadro teorico delineato da Lenoble è di notevole interesse sotto molti profili. Esso infatti coglie uno dei principali aspetti problematici dell’analytical jurisprudence contemporanea. Come ha recentemente sottolineato Aldo Schiavello, il positivismo hartiano fornisce una “caratterizzazione troppo debole dell’accettazione del diritto” (Schiavello 2004, p. 195). L’esistenza del diritto sembra cioè dipendere dalla sua capacità di prescrivere dei modelli di comportamento compatibili con le credenze, i desideri e le convinzioni morali della

maggioranza dei cittadini²². In Lenoble il problema dell'accettazione viene radicalizzato, assumendo una valenza concettuale. L'accettazione del diritto non viene concepita come una condizione di esistenza dell'ordinamento complessivamente inteso, ma come condizione di validità e di obbligatorietà di ogni singola norma. A prescindere dal riconoscimento dei suoi contenuti direttivi entro un determinato contesto sociale, la norma non esprime genuine ragione per agire e non può dunque essere qualificata come giuridica.

Ma l'argomento del mentalismo non si limita a sottolineare questo aspetto problematico. Esso riconfigura implicitamente anche gli argomenti critici considerati nella prima parte di questa discussione. Vediamo sinteticamente in che modo, ripercorrendoli a ritroso.

Argomento dell'indifferenza rispetto alle credenze sociali. Se l'esistenza del diritto dipende dagli atteggiamenti intenzionali dei suoi destinatari ultimi, ne segue che la validità giuridica di una norma (la sua appartenenza all'ordinamento) è condizionata necessariamente e universalmente dalla sua "validità morale". L'argomento dell'indifferenza rispetto alle credenze sociali giunge cioè a confutare la tesi della separabilità (*Separability Thesis*), laddove per "validità morale" di una norma si intende tuttavia, in senso lato, la coerenza dei suoi contenuti direttivi rispetto agli atteggiamenti intenzionali (credenze, desideri, intenzioni, valori) dei suoi destinatari. Questo argomento, pertanto, per un verso prende le mosse da una tesi di tipo epistemologico, per altro verso introduce una tesi di tipo concettuale, che finisce col revocare in dubbio uno dei principi fondamentali del positivismo giuridico hartiano. Va notato come Lenoble prenda implicitamente posizione contro la tesi della separabilità a conclusione di un itinerario teorico del tutto diverso da quello percorso da Dworkin. Dworkin, come noto, sostiene che esistono standard giuridicamente validi in virtù della loro validità morale, la quale non troverebbe origine in una serie di fatti sociali. Lenoble sostiene invece che uno standard è giuridicamente valido se governa effettivamente le condotte dei consociati, e ciò è possibile se i contenuti direttivi di tale standard sono coerenti con i contenuti di una morale sociale contestualmente condivisa.

Argomento della circolarità e del riduzionismo. La nuova formulazione assunta dall'argomento dell'indifferenza rispetto alle credenze sociali presenta sotto

²² Questo argomento è sviluppato, per quanto secondo angolature diverse, da MacComick 1994, p. 320, e Raz 1996, pp. 260 ss.

una luce nuova anche l'argomento della circolarità e del riduzionismo. In base a quanto appena osservato, l'accettazione delle norme da parte della maggioranza dei consociati si rivela un requisito concettuale di esistenza del diritto. L'interazione cooperativa che caratterizza, secondo Coleman, l'attività dei funzionari giunge cioè ad includere, in base alle premesse di Lenoble, anche i comportamenti dei destinatari ultimi della norma. Con ciò non viene misconosciuto il ruolo dei funzionari nella determinazione della regola di riconoscimento. L'accettazione di tale regola da parte dei funzionari si configura piuttosto come una condizione necessaria ma non sufficiente di esistenza del diritto. Se inteso in questi termini, l'argomento della circolarità e del riduzionismo formulato da Lenoble sfugge alle fallacie evidenziate in precedenza. In primo luogo, tale argomento non conduce a conclusioni paradossali, non finisce cioè col giustificare una concezione imperativistica del diritto. Per un verso esso certo ribadisce la centralità della funzione legislativa e regolamentare, vale a dire del processo mediante il quale viene definito un progetto di regolamentazione sociale. Per altro verso, tuttavia, questa funzione assume un'articolazione complessa, in modo da consentire, mediante l'ausilio delle procedure di governance, la partecipazione dei destinatari ultimi delle norme alla formulazione dei testi normativi. In secondo luogo, questa presa di posizione teorica finisce con l'istituire un nesso concettuale tra il problema dell'autorità del diritto e il problema dell'istituzione dei funzionari. L'istituzione dei funzionari non è un fatto bruto, descrivibile soltanto in termini causali e funzionali. Se si accoglie la tesi in base alla quale l'esistenza del diritto dipende dalla sua accettazione sociale in un contesto dato, il ruolo dei funzionari dipende a sua volta dall'esistenza da una preventiva pratica di cooperazione sociale che riconosce ad essi tale ruolo. Qualora venga considerata sotto questo angolo visuale, pertanto, la teoria della norma di riconoscimento di Coleman torna ad essere afflitta dal vizio della circolarità. Non solo. La struttura asimmetrica riconosciuta da Lenoble al giudizio applicativo finisce col revocare in dubbio un secondo principio fondamentale del positivismo giuridico hartiano, vale a dire la tesi della discrezionalità giudiziale (*Discretion Thesis*). In base all'ipotesi esplicativa di Lenoble, se si concepisce l'esistenza del diritto come una funzione dipendente dalla morale contestualmente condivisa, i funzionari non godono di discrezionalità nella determinazione del significato delle formulazioni normative. Affinché il diritto governi la società, oltretutto soddisfi le proprie condizioni di esistenza, è infatti universalmente

necessario che il significato attribuito dai funzionari alle formulazioni normative realizzi i fini che le procedure di governance fissano all'interno di un contesto sociale. Nei casi di ambiguità e di vaghezza delle norme, il giudice non può cioè decidere in modo discrezionale, ma deve applicare le regole morali contestualmente condivise.

Argomento dello statalismo. La tesi della reversibilità e dell'asimmetria conduce a ridefinire anche il rapporto tra autorità del diritto e autorità politica. Come osservato in precedenza, l'argomento dello statalismo è fallace se questi due tipi di autorità sono indipendenti. In questo caso, la relazione biunivoca tra regola di riconoscimento e forma-stato si rivela infatti insussistente. Non di meno, la rilevanza concettuale attribuita da Lenoble all'accettazione del diritto trasforma l'autorità giuridica in una variabile dipendente dall'autorità politica. Abbiamo infatti osservato come nella prospettiva di Lenoble la pretesa autoritativa del diritto possa trovare soddisfazione solo se i destinatari delle norme partecipano alla determinazione dei loro contenuti mediante opportune procedure di governance. La forma di cooperazione sociale attivata da tali procedure assume pertanto immediatamente una rilevanza politica, in una forma tuttavia non riducibile al modello rappresentativo dello stato moderno. Qual è il risultato di questa ricostruzione teorica? Da un lato Lenoble ribadisce che l'esistenza del diritto dipende dai processi di deliberazione politica, dall'altro lato egli afferma che tali processi non sono riducibili alla logica della forma-Stato. Qualora il circuito che lega l'individuazione del diritto valido all'applicazione delle norme e alla loro accettazione sociale fosse preso in appalto dai funzionari, conformemente alla teoria della regola di riconoscimento, si assisterebbe quindi ad una sorta di presa di potere da parte di questi ultimi, garantita dall'assetto istituzionale dello stato. Se queste premesse sono valide, l'accusa di statalismo (giudiziale) che Lenoble rivolge a Coleman è pertanto giustificata.

Argomento dell'indifferenza rispetto ai criteri di legittimità. Ma se l'esistenza del diritto dipende dai processi di deliberazione politica che garantiscono la sua accettazione sociale, ne seguono due conseguenze ulteriori. In primo luogo, un sistema di regolamentazione della società genuinamente giuridico è possibile soltanto nel contesto politico di una democrazia deliberativa, nel quale ogni progetto di regolamentazione sociale costituisce il risultato di uno scambio di ragioni, in assenza di coercizione, a cui partecipano anche i destinatari delle norme

(Habermas 1992)²³. Se così stanno le cose, il problema dell'autorità del diritto, a cui la teoria della regola di riconoscimento tenta di offrire una risposta, si connette intimamente al problema della legittimità, e dunque alla giustificazione del diritto stesso. Spiegare cos'è il diritto, e a quali condizioni la sua pretesa di autorità viene soddisfatta, equivale a giustificare i suoi contenuti direttivi (le ragioni per agire che esso fornisce ai suoi destinatari ultimi) dal punto di vista politico e sociale. La capacità del diritto di governare le condotte sociali dipenderebbe cioè dall'attivazione di procedure deliberative in grado di garantire un consenso diffuso, basato su ragioni persuasive per tutti i soggetti coinvolti. L'argomento dell'indifferenza rispetto ai criteri di legittimità, se osservato da questo angolo visuale, non cade pertanto in una petizione di principio e sfugge al contempo alla fallacia dell'irrilevanza. Ma il concepire una spiegazione teorica nei termini di una giustificazione teorica sortisce un effetto ulteriore. Viene infatti revocato in dubbio il terzo e più fondamentale principio del positivismo hartiano, vale a dire la tesi delle fonti sociali (*Source Thesis*). Nella prospettiva di Lenoble, l'esistenza del diritto dipende certo da una serie di fatti o comportamenti sociali, ma tali comportamenti assumono una rilevanza giuridica soltanto se si articolano sulla base di un modello procedurale di interazione cooperativa – tematizzato dalle dottrine della governance e della democrazia deliberativa – che trova fondamento in una teoria del giudizio necessaria e universale.

4. *Un dialogo idiosincratico*

A quale esito approda dunque la nostra discussione? Dovrebbe apparire a questo punto chiaro che lo scambio di ragioni tra il proceduralismo contestuale di Lenoble e il pragmatismo concettuale di Coleman è soltanto apparente. Gli argomenti critici di Lenoble, una volta collocati nel contesto teorico dell'*analytical jurisprudence* contemporanea, si rivelano fallaci o inconsistenti. La critica di Lenoble riacquista forza argomentativa una volta considerata alla luce della prospettiva del proceduralismo contestuale, ma in questo modo essa si accontenta di negare i presupposti teorici della sua controparte discorsiva (i tre pilastri del positivismo giuridico hartiano). Ne segue che gli argomenti critici formulati da Lenoble in *The*

²³ Vedi su questo punto Heat 2001; Cohen 1998; Boham e Rehg 1997; Cohen 1989.

Requirements of the Pragmatist turn and the Redefinition of the Concept of Law non sono né validi né invalidi. La loro validità dipende da premesse epistemologiche, ontologiche e metafisiche non esplicitate. Se le premesse implicite dell'argomentazione sono quelle dell'analytical jurisprudence contemporanea, gli argomenti discussi sono invalidi. Se le premesse implicite sono quelle del proceduralismo contestuale di Lenoble, tali argomenti sono validi.

Potremmo dunque concludere, in termini più generali, che non è possibile un genuino confronto dialettico tra ordini di spiegazione diversi nel campo della teoria del diritto se non sottoponendo a discussione i presupposti impliciti del loro rispettivo vocabolario esplicativo: i requisiti epistemologici delle conoscenze che una teoria del diritto si propone di acquisire, gli impegni ontologici che fanno da sfondo a tali conoscenze, gli assunti metafisici che giustificano tali impegni, o che si ritiene non possano giustificarsi. Nel caso questi aspetti di natura filosofica non vengano tematizzati, il confronto tra teorie rischia di risolversi in un dialogo idiosincratico, nel quale ciascun dialogante si limita a tradurre nel proprio linguaggio gli stimoli esercitati dal linguaggio altrui, senza assumere nei suoi confronti un atteggiamento perlomeno caritatevole.

Senza alcuna pretesa di completezza, in sede conclusiva tenterò dunque di esplicitare alcuni presupposti impliciti delle indagini di Coleman e di Lenoble, al fine di chiarire con maggiore accuratezza quale tipo di conoscenza giuridica tali indagini si propongano di fornire.

5. *Variazioni sul tema*

Nelle pagine introduttive di *La pratica dei principi*, Jules Coleman afferma che la sua ricerca nel campo della teoria e della filosofia del diritto è condotta mediante un metodo pragmatista. Ma quale significato assume qui il predicato "pragmatista"²⁴? La risposta di Coleman è la seguente: "Il pragmatismo che adottato

²⁴ La domanda è quanto mai pertinente: nella giurisprudenza statunitense contemporanea, infatti, il termine "pragmatista" assume significati assai diversi. Solo per fare qualche esempio, talora questo termine viene utilizzato, in senso generico, come sinonimo di "pratico" (Cross 2000), "antiformalista" (Luban 1996), "strumentale" (Posner 1996); in altri casi si riferisce ad un atteggiamento nei confronti del diritto che rifugge da qualsiasi premessa di tipo teorico (Faber 1999); in altri casi ancora indica un "deeply-considered theoretical framework, a framework congenial to a wide range of substantive ethical and legal positions" (Kutz 2002, p. 1644). Per un quadro generale del pragmatismo giuridico

è, in primo luogo, un insieme di principi sul contenuto semantico delle teorie e sui criteri che le giustificano" (Coleman 2006, p. 19). La ricerca di Coleman è cioè principalmente un'indagine meta-teorica: si propone di fornire una "spiegazione concettuale" del contenuto di una teoria, al fine di conoscere a quali condizioni essa è giustificata²⁵. Certo, non di una teoria qualsiasi, ma di una teoria che spiega fatti sociali come l'autorità del diritto, la validità delle norme giuridiche, la loro obbligatorietà, oppure concetti giuridici come quello di responsabilità civile, a cui Coleman ha dedicato molti suoi scritti.

Come si articola questo peculiare metodo pragmatista, che nelle pagine precedenti abbiamo etichettato utilizzando l'espressione "pragmatismo concettuale"²⁶? Per chiarire il significato di una teoria, al fine di accertare se la spiegazione dei fatti sociali che essa fornisce è corretta, occorre innanzitutto analizzare le relazioni inferenziali tra gli enunciati che la compongono, ovverosia quando è giustificato trarre da una o più premesse una certa conclusione. La validità di tali inferenze dipende non solo dalle regole della logica classica, ma da una molteplicità di elementi ulteriori: il sistema sintattico e semantico della lingua, gli schemi concettuali che fanno da sfondo all'applicazione di un concetto, le credenze e gli altri atteggiamenti intenzionali che fissano di volta in volta tali schemi²⁷.

L'istanza pragmatista che può essere scorta in questo approccio filosofico consiste da un lato nel cogliere il significato di un asserto teorico nelle conseguenze inferenziali che esso produce all'interno di una teoria o di un complesso di teorie; dall'altro lato nel verificare la correttezza esplicativa di una teoria sulla base della sua capacità di produrre un miglioramento complessivo nella previsione e nel controllo dei comportamenti sociali (cfr. Coleman 2006, p. 42, nota 11). La riflessione di Coleman attorno al problema alla regola di riconoscimento, oggetto degli argomenti critici formulati da Lenoble, non pretende in tal senso di offrire una spiegazione originale dell'autorità del diritto:

contemporaneo, vedi Dickstein 1998. Per un'analisi del metodo pragmatista, nella versione sviluppata da Peirce, e delle sue implicazioni nel campo del diritto, vedi Tuzet 2006.

²⁵ Come Coleman non manca di precisare (cfr. Coleman 2006, p. 38, nota 6), nei suoi scritti il predicato "pragmatista" non si riferisce dunque alla tradizione filosofica di Peirce, Dewey, James e Mead, quanto piuttosto la peculiare rivisitazione di tale tradizione condotta da autori – in realtà difficilmente assimilabili tra loro – come Sellars, Quine, Davidson e Putnam.

²⁶ Riprendo questa definizione da Zipursky 2000.

²⁷ Per un'analisi puntuale del metodo pragmatista elaborato da Coleman vedi Himma 2002, pp. 1121-1128.

“Ciò che distingue i buoni filosofi dagli altri non è l’inventare nuovi paradigmi ... La buona filosofia è come il buon blues. I grandi suonatori di blues innanzitutto ci fanno vedere che stanno suonando un blues ... poi vanno avanti, suonano intorno e attraverso le cose familiari, uniscono i punti in modi insoliti, a volte in modi impressionanti, poi ci riportano di nuovo indietro alle cose familiari, approfondendo così la nostra comprensione e mostrandoci le straordinarie possibilità insite in ciò che già conosciamo. In questo modo, essi allargano la forma, lavorando nello stesso tempo al suo interno. La filosofia è simile. Non ci educa mistificando la nostra esperienza. Essa illumina le pratiche nelle quali siamo impegnati. Chiarisce la nostra comprensione di quello che facciamo. Se ciò ci mette in grado di farlo meglio, tanto di guadagnato” (Coleman 2006, p. 16).

Il pragmatismo concettuale di Coleman si configura, in altri termini, come un’insieme di variazioni su un tema dato: quello hartiano della regola di riconoscimento. Questo approccio muove dal paradigma giuspositivista di Hart e dai suoi sviluppi critici contemporanei; lo scompone in un insieme di asserti teorici, al fine di accertare quali inferenze possano essere validamente tratte da essi; verifica se la spiegazione di certi fatti sociali fornita da tali inferenze è concettualmente giustificata.

Che tipo di conoscenza del diritto offre dunque il pragmatismo concettuale di Coleman? Questo approccio teorico non pretende di fornire una conoscenza diretta del diritto, ma di conoscere le “condizioni di possibilità” di una teoria del diritto costruita a partire dai principi del positivismo giuridico hartiano.

A quest’altezza del discorso, è possibile rinvenire un tratto apparentemente comune tra il pragmatismo concettuale di Coleman e il proceduralismo contestuale di Lenoble, un tratto che ci consente finalmente di porre a confronto i presupposti impliciti di questi due approcci. Come abbiamo osservato precedentemente, anche Lenoble indaga le “condizioni di possibilità” di qualcosa. Con due differenze rilevanti, tuttavia. La prima concernente l’oggetto condizionato, la seconda le proprietà di tali condizioni.

Lenoble indaga le condizioni di possibilità di una pratica sociale che consiste nel governare i comportamenti dei consociati. Coleman ricerca invece le condizioni di possibilità di una teoria, o di un insieme di teorie, il cui scopo è spiegare tale pratica. Questa asimmetria spiega come mai gli argomenti critici formulati da Lenoble non scalfiscano l’impianto teorico del pragmatismo concettuale, e come mai le repliche a tali argomenti che il pragmatismo concettuale potrebbe a sua volta formulare, non colgano il progetto teorico perseguito da Lenoble. Il proceduralismo contestuale prefigura un assetto delle istituzioni giuridiche e politiche dedotto dalla

struttura trascendentale del giudizio e congruente col fine che tali istituzioni si propongono di realizzare (governare i comportamenti sociali). Il pragmatismo concettuale si propone invece di fornire una spiegazione più perspicua del diritto esistente analizzando le implicazioni concettuali del positivismo giuridico hartiano. Questa differenza prospettica diventa più chiara se consideriamo le proprietà che contraddistinguono questi due tipi di condizioni.

Secondo Lenoble, una condizione di possibilità è filosoficamente tale solo se è necessaria e universale. Ne costituiscono un esempio i requisiti di reversibilità e di asimmetria del giudizio. Tali requisiti sono necessari nel senso che non può darsi il caso che una norma giuridica governi effettivamente i comportamenti sociali se essa non è coerente con gli atteggiamenti intenzionali dei suoi destinatari ultimi. Al contempo, detti requisiti sono universali nel senso che non dipendono dal contesto particolare di giudizio, sebbene evidenzino i limiti contestuali di qualsivoglia regolazione sociale. Nella prospettiva di Lenoble, pertanto, la necessità che contraddistingue le proprietà del giudizio è una necessità *de re*²⁸: essa caratterizza una verità metafisica, dalla quale dedurre le condizioni di esistenza del diritto e delle relazioni sociali indipendentemente dai contesti particolari.

Nella prospettiva di Coleman, invece, una condizione di possibilità è filosoficamente tale solo se è necessaria, a prescindere dalla sua universalità. Il pragmatismo concettuale, come osservato in precedenza, muove infatti da un'ipotesi teorica (i tre principi del positivismo giuridico hartiano) per dedurre le conseguenze concettualmente necessarie. I risultati di questo lavoro teorico potrebbero tuttavia rivelarsi incapaci di migliorare la previsione e il controllo dei comportamenti sociali. L'ipotesi di partenza potrebbe dimostrarsi falsa alla prova dei fatti, costringendoci a formulare un'ipotesi esplicativa diversa. La necessità a cui fa riferimento Coleman è pertanto una necessità *de dicto*: essa si predica di enunciati teorici, e consiste, parafrasando Quine, nell'immunità di tali enunciati entro il sistema delle conoscenze provate: se rinunciassimo a tali enunciati

²⁸ Nel lessico della logica medioevale, un enunciato modale è *de dicto* se il modo che lo qualifica agisce su tutto l'enunciato ('Necessariamente Socrate è saggio'; 'Necessariamente gli uomini sono mortali'); un enunciato modale è invece *de re* se specifica il modo nel quale il predicato inerisce al soggetto, vale a dire la connessione modale tra una proprietà e un individuo ('Socrate è necessariamente saggio') o una classe ('Gli uomini sono necessariamente mortali'). Sulla distinzione tra necessità *de re* e necessità *de dicto* nella logica modale quantificata odierna, vedi Hughes e Cresswell 1968, pp. 215-221; Kneale 1962; Prior 1955, pp. 209-215; von Wright 1951, pp. 25-28. Sulla distinzione tra modalità *de dicto* e *de re* nella logica deontica, vedi Rossetti 1999. Per una ricostruzione in chiave inferenzialista di questa distinzione vedi invece Brandom 1994, pp. 608 ss.

verrebbe meno la capacità esplicativa della teoria considerata nel suo complesso²⁹. Non di meno gli enunciati teorici sono rivedibili se intervengono nuove conoscenze. Essi non avanzano cioè una pretesa di universalità: sono necessari in senso relativo e non assoluto³⁰.

I presupposti impliciti dei due approcci considerati non ci consente di condurre oltre la discussione. Le riflessioni teoriche di Coleman e di Lenoble fanno infatti capo ad epistemologie e ontologie inconciliabili, da cui dipende il contenuto delle loro tesi, il tipo di conoscenza che esse si propongono di fornire, il rapporto tra tale conoscenza e il mondo dei fatti ed dei comportamenti sociali. Mentre nel caso di Lenoble la conoscenza giuridica e l'esistenza del diritto trovano fondamento in una metafisica robusta, incentrata sulla dinamica dell'atto di giudizio, Coleman aderisce piuttosto alla rinuncia quineana a qualsiasi forma di filosofia prima³¹, a favore di una sorta di naturalismo concettuale empiricamente orientato. Resta a questo punto un'ultima domanda da considerare. I due contendenti raggiungono effettivamente la conoscenza del diritto che si propongono di conseguire? Mi sembra vi siano buone ragioni per dubitarne.

Per quanto riguarda il proceduralismo contestuale di Lenoble, ammettendo pure che i requisiti di reversibilità e asimmetria del giudizio siano necessari, nel senso specificato poc'anzi, da ciò non segue la loro absolutezza o universalità. Consideriamo ad esempio il caso di una regolamentazione giuridica tesa a prevenire, all'interno di un tessuto sociale ad alta densità mafiosa, il verificarsi di delitti di mafia. Di fronte a questo fine regolativo, i contenuti della norma giuridica non possono trovare fondamento nelle credenze e nelle intenzioni dei suoi destinatari ultimi. Il realizzarsi del fine regolativo è qui anzi condizionato dal

²⁹ Cfr. Quine 1961. "The descriptive project of jurisprudence is to identify the essential or necessary features of *our* concept of law. No serious analytical philosopher ... believes that the prevailing concept of law is in any sense necessary: that no other concept is logically or otherwise possible. Nor do we believe that our concept of law can never be subject to revision. Quite the contrary. Technology may someday require us to revise our concept in any number of ways. Still, there is a difference between the claim that a particular concept is necessary and the claim that there are necessary features of an admittedly contingent concept" (Coleman 1998, p. 393).

³⁰ Sulla distinzione tra necessità assoluta e necessità relativa, con riferimento tanto alla modalità *de dicto* quanto alla modalità *de re*, vedi Hale 2002. Sulle implicazioni di tale distinzione nel campo della teoria del diritto, vedi Bix 2003.

³¹ Vedi a tal proposito le lapidarie affermazioni di Quine 1968, pp. 185 ss.

³² A prescindere dall'esempio appena discusso, va ad ogni modo notato, in termini generali, come l'aggiustamento mente-a-menti che caratterizzerebbe la struttura del giudizio applicativo si configuri piuttosto, in un regime politico di tipo democratico, come un aggiustamento mente-a-menti della maggioranza. In base a quadro teorico sviluppato da Lenoble, gli atteggiamenti intenzionali delle minoranze non sembrano cioè assumere alcun effettivo rilievo politico e giuridico, venendo di fatto esclusi dal processo "circolare" di regolamentazione sociale.

mutamento di tali atteggiamenti intenzionali, vale a dire da una trasformazione del contesto sociale di riferimento, che l'applicazione della norma si propone di favorire. Detto in senso più generale, le credenze degli attori sociali non sempre sono vere né le loro intenzioni sono moralmente giustificate, al punto da meritare un riconoscimento da parte del diritto. Se così fosse, il diritto stesso non avrebbe più alcuna ragion d'essere, in quanto il suo ruolo regolativo potrebbe essere assunto, senza residuo alcuno, dalla morale sociale contestuale. Si potrebbe qui obiettare, tuttavia, che l'esempio appena considerato rafforza, anziché indebolire, il quadro esplicativo proposto da Lenoble. Secondo il proceduralismo contestuale, infatti, la struttura riflessiva del giudizio implica non solo l'adattamento della regolamentazione sociale al contesto, ma anche una contemporanea trasformazione delle credenze e delle intenzioni di sfondo da cui dipende l'effettività della regolamentazione sociale. Ma quand'anche si accogliesse questa tesi, nell'esempio considerato risulterebbe in ogni caso rovesciato il rapporto asimmetrico che lega la regolamentazione sociale alle credenze e alle intenzioni collettive. Contrariamente a quanto postulato da Lenoble, i contenuti delle norme risulterebbero logicamente prioritari rispetto agli atteggiamenti intenzionali dei loro destinatari ultimi. Un primato sancito dal fatto del potere, del tutto occultato da questo approccio teorico³².

La teoria del giudizio sviluppata da Lenoble, pertanto, ha certo il merito di mostrare la stretta correlazione che sussiste tra la formulazione dei progetti normativi, l'applicazione delle norme e la loro accettazione sociale: essa raffigura la regolazione sociale come un processo complesso, la cui efficacia dipende dall'interazione coordinata di fattori diversi. Non di meno questo approccio estende impropriamente alcune considerazioni di tipo teoretico (relative cioè alla struttura trascendentale del giudizio) in ambito pratico, un ambito che intrattiene un rapporto affatto diverso con la sfera empirica. Quand'anche si accolgano le premesse metafisiche del proceduralismo contestuale, mi sembra in altri termini che la struttura reversibile e asimmetrica del giudizio si imponga in alcuni domini ma non in altri³³. Ciò per un verso impedisce a Lenoble di dar conto della

³³ Lo testimonia Fichte medesimo, punto di riferimento privilegiato dell'argomentazione di Lenoble. Fichte riconosce certo una natura riflessiva al giudizio in sede di deduzione dei principi trascendentali della *Dottrina della scienza*, ovverosia laddove si tratta di specificare la struttura originaria della soggettività (cfr. Lauth 1986; Philonenko 1966). La dinamica del giudizio muta tuttavia radicalmente nel dominio del diritto, e in particolare in sede di applicazione delle norme giuridiche. In questo ambito particolare, il giudizio applicativo assume una struttura rigidamente sussuntiva: consiste nella meccanica

dimensione coercitiva del diritto³⁴, per altro verso conduce il proceduralismo contestuale a prospettare una giuridificazione dei processi di formazione delle credenze, delle intenzioni e dei valori sociali, irreggimentati dalle procedure di governance, che non mi sembra auspicabile.

Per quanto riguarda invece il pragmatismo concettuale di Coleman, questa proposta teorica si accontenta di sviluppare, secondo itinerari certo originali, le ipotesi esplicative del positivismo giuridico hartiano, senza tuttavia accertare che tali ipotesi trovino riscontro nella realtà. La metafora musicale delle variazioni su un tema dato evidenzia cioè come in Coleman venga per certi versi esasperata la tendenza autoreferenziale dell'*analytical jurisprudence* contemporanea. Anziché fornire una conoscenza del diritto quale esso è, questo indirizzo teorico rischia di fornire una conoscenza del diritto quale Hart credeva che fosse, basata su ipotesi esplicative formulate più di un cinquantennio fa. C'è da chiedersi, tuttavia, se la realtà giuridica contemporanea si presti ancora ad essere conosciuta muovendo da tali ipotesi, o non esiga piuttosto una spiegazione alternativa³⁵. In tal senso la tradizione pragmatista di Peirce, Dewey e Mead, da cui Coleman dichiara esplicitamente di prendere congedo, potrebbe fornire alcuni utili spunti di riflessione al pragmatismo concettuale, mostrando come il contenuto dei concetti giuridici non venga determinato dall'analisi compiuta dai teorici del diritto, ma dalle conseguenze che tali concetti producono nel lavoro degli operatori giuridici e nella vita degli individui.

Riferimenti bibliografici:

Bayles, M. 1990. "What is Jurisprudence About? Theories, Definitions, Concepts, or Conceptions of Law?". *Philosophical Topics*, 18, n. 1, pp. 23-40.

applicazione della norma giuridica, i cui contenuti non dipendono dalla morale, né tanto meno dalle credenze e dalle inclinazioni dei destinatari della norma. Cfr. Fichte 1994, § 14 e § 21. Su questo punto vedi Rametta 1999; Renaut 1986.

³⁴ Sul rapporto tra diritto e coercizione, considerato dal punto di vista del pragmatismo concettuale, vedi Coleman e Simchen 2003, p. 40.

³⁵ Cfr. Perry 2002, p. 1757. Come sottolinea opportunamente Keith Culver, sembra in tal senso più appropriato interpretare l'opera di Hart "as a serving a special philosophical purpose" piuttosto che come un semplice saggio di general jurisprudence: "Hart's philosophical purpose is to contribute one step forward to a broad and general understanding of social life. This purpose is justified by meta-theoretical-evaluative virtues of clarity and unity of explication in the picture delivered by applying philosophical techniques to *relations* between law and other social phenomena" (Culver 2001, p. 368).

- Bix, B.H. 2003a. "Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?". *Ratio Juris*, 16, n. 3, pp. 281-295.
- Bix, B.H. 2003b. "Raz on Necessity". *Law and Philosophy*, 22, pp. 537-559.
- Bohman, J. e Rehg, W. (eds.) 1997. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- Brandom, R.B. 1994. *Making It Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. Cambridge-London: Harvard University Press.
- Bratman, M.E. 1992. "Shared Cooperative Activity". *The Philosophical Review*, 101, n. 2, pp. 327-341.
- Bratman, M.E. 1993. "Shared Intention". *Ethics*, 104, n. 1, pp. 97-113.
- Celano, B. 1999. "Collective Intentionality, Self-referentiality, and False Beliefs: Some Issues Concerning Institutional Facts". *Analyse & Kritik*, 21, n. 2, pp. 237-250.
- Coffa, J.F. 1991. *The Semantic Tradition from Kant to Carnap: to the Vienna Station*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cohen, J. 1989. "Deliberation and Democratic Legitimacy", in Hamlin e Pettit 1989, pp. 17-34.
- Cohen, J. 1998. "Democracy and Liberty", in Elster 1998, pp. 185-232.
- Coleman, J.L. 2006. *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, trad. it. di G. Pino. Bologna: il Mulino.
- Coleman, J.L. e Ferejohn, J. 1986. "Democracy and Social Choice". *Ethics*, 97, n. 1, pp. 6-25.
- Coleman, J.L. e Leiter, B. 1993. "Determinacy, Objectivity, and Authority". *University of Pennsylvania Law Review*, 142, n. 2, pp. 549-637.
- Coleman, J.L. 1998. "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis". *Legal Theory*, 4, pp. 381-425.
- Coleman, J.L. e Simchen, O. 2003. "'Law'". *Legal Theory*, 9, pp. 1-41.
- Comanducci, P. e Guastini, R. (a cura di) 1998. *Analisi e diritto 1998*. Torino: Giappichelli.
- Comanducci, P. e Guastini, R. (a cura di) 1999. *Analisi e diritto 1999*. Torino: Giappichelli.
- Cross, F.B. 2000. "Pragmatic Pathologies of Judicial Review of Administrative Rule-making". *North Carolina Law Review*, 78, n. 4, pp. 1013-1070.

- Culver, K. 2001. "Leaving the Hart-Dworkin Debate". *The University of Toronto Law Journal*, 51, n. 4, pp. 367-398.
- Dickson, J. 2004. "Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey". *Legal Theory*, 10, pp. 117-156.
- Dickstein, M. 1998. *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Durham, NC: Duke University Press.
- Duso, G. (a cura di) 1999. *Il potere. Per una storia della filosofia politica moderna*. Roma: Carocci.
- Duso, G. 2003. *La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto*, 2. ed. ampliata. Milano: F. Angeli.
- Dworkin, R. 1984. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Elster, J. (ed.) 1998. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferrari, M. 2003. *Categorie a priori*. Bologna: il Mulino.
- Fichte, J.G. 1994. *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza (1796-97)*, a cura di L. Fonnesu. Roma-Bari: Laterza.
- Finnis, J. 2003. "Law and What I Truly Should Decide". *American Journal of Jurisprudence*, 48, pp. 107-129.
- Fodor, J.A. 1998. *Concepts. Where Cognitive Science Went Wrong*. Oxford: Oxford University Press.
- George, R.P. (ed.) 1996. *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- Gettier, E.L. 1963. "Is Justified True Belief Knowledge?" *Analysis*, 23, pp. 121-123.
- Giudice, M. 2005. "Ways of Understanding Diversity Among Theories of Law". *Law and Philosophy*, 24, pp. 509-545.
- Goldman, A.I. 1999. "A Priori Warrant and Naturalistic Epistemology". *Noûs*, 33, pp. 1-28.
- Guastini, R. 1996. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Habermas, J. 1992. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und der demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hale, B. 2002. "The Source of Necessity". *Noûs*, 36, pp. 299-319.
- Hamlin, A. e Pettit, P. (eds.) 1989. *The Good Polity*. Oxford: Basil Blackwell.

- Hart, H.L.A. 1990. "El nuevo desafío del positivismo jurídico". *Sistema*, 36, pp. 3-19.
- Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law. Second Edition*. Oxford: Clarendon Press.
- Heath, J. 2001. *Communicative Action and Rational Choice*. Cambridge: The MIT Press.
- Himma, K.E. 2002. "Substance and Method in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory". *Virginia Law Review*, 88, n. 5, pp. 1119-1228.
- Hofmann H. 2003. *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hughes, G.E. e Cresswell M.J. 1968, *An Introduction to Modal Logic*. London: Methuen.
- Iglesias Vila, M. 1998. "Una critica al positivismo hartiano: El problema del seguimiento de reglas", in Comanducci e Guastini 1998, pp. 129-144.
- Kneale, W.C. 1962, "Modality "De Dicto" and "De Re"", 1962, in Nagel, Suppes e Tarsky (eds.) 1962, pp. 622-633.
- Kripke, S. 1982. *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Oxford: Basil Blackwell.
- Kutz, C. 2002. "Pragmatism Regained". *Michigan Law Review*, 100, n. 6, pp. 1639-1660.
- Lalumera, E. 2004. *Concetti e normatività. Il paradosso scettico di Kripke e la filosofia analitica della mente*. Padova: il Poligrafo.
- Lauth, R. 1986. *La filosofia trascendentale di J.G. Fichte*, a cura di C. Cesa. Napoli: Guida.
- Lenoble, J. 1999. "La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle". *Carnet de centre de philosophie de droit*, n. 23.
- Lenoble, J., Maesschalck, M. 2003. *The Action of Norms: Towards a Theory of Governance*. The Hague, London, New York: Kluwer.
- Livet, P. 1987. "Intersubjectivité, réflexivité et récursivité chez Fichte". *Archives de philosophie*, 50, n. 4, pp. 581-619.
- Luban, D. 1996. "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?". *Cardozo Law Review*, 18, n. 1, pp. 43-73.
- Maesschalck, M. 1996. *Droit et création sociale chez Fichte. Une philosophie moderne de l'action politique*. Paris-Louvain: Peeters.

- Mele, A.R. 2001. "Review of M.E. Bratman, *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999". *Ethics*, 111, n. 2, pp. 400-403.
- Nagel, E., Suppes, P. e Tarsky, A. (eds.) 1962. *Logic, Methodology and Philosophy of Science*. Stanford: The University Press, Stanford, vol. I.
- Narváez Mora, M. 2004. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Perry, S.R. 2002. "Method and Principle in Legal Theory". *The Yale Law Journal*, 111, n. 7, pp. 1757-1813.
- Philonenko, A. 1966. *La liberté humaine dans la philosophie de Fichte*. Paris: Vrin.
- Posner, R. 1990. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Posner, R. 1996, "Pragmatic Adjudication". *Cardozo Law Review*, 18, n. 1, pp. 1-20.
- Prior, A.N. 1955. *Formal Logic*. London: Oxford University Press.
- Quine, W.V.O. 1961. *From a Logical Point of View*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2. ed.
- Quine, W.V.O. 1968. "Ontological Relativity". *The Journal of Philosophy*, 65, n. 7, pp. 185-212.
- Rametta, G. 1999. "Diritto e potere in Fichte", in Duso 1999, pp. 275-295.
- Renaut, A. 1986. *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*. Paris: PUF.
- Raz, J. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. 1994. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. 1996. "Intention in Interpretation", in George 1996, pp. 249-286.
- Rossetti, A. 1999. "Modalità *de re* vs. modalità *de dicto* nella logica deontica", in Comanducci e Guastini 1999, pp. 165-181.
- Schiavello, A. 2004. *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli.
- Searle, J. 1983. *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Tamanaha, B.Z. 2001. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Tuzet, G. 2005. "La conoscenza giuridica". *Notizie di Politeia*, 21, pp. 42-62.
- Tuzet, G. 2006. *La prima inferenza*. Torino: Giappichelli, in corso di pubblicazione.
- Twining, W. 2000. *Globalisation and Legal Theory*. London: Butterworths.
- Vassallo, N. 2003. *Teoria della conoscenza*. Roma-Bari: Laterza.
- Villa, V. 1993. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*. Torino: Giappichelli.
- von Wright, G.E. 1951. *An Essay in Modal Logic*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company.
- Zipursky, B.C. 2000. "Pragmatic Conceptualism". *Legal Theory*, 6, pp. 457-485.