

Allegra Grillo*

Il diritto come fenomeno sociale.

La multidisciplinarietà nell'empirismo di Schauer.

ABSTRACT

Unprecedented insights into the idea of the nature of law can be gained by observing legal phenomena in their social manifestations. Frederick Schauer disagreed with the search for the fundamental characteristics of law and recognised the value of an empirical, multidisciplinary approach. Understanding a phenomenon requires synthesising perspectives from sociological, psychological, political, and economic domains.

This essay uses a qualitative and conceptual analysis to examine Schauer's understanding of law as a social phenomenon. On the one hand, the empiricist viewpoint directs the author towards theoretical models that accurately capture the concrete reality of law as it is reflected in legal reasoning and jurists' practices; on the other, empiricism guides him towards the recognition of legal reasoning styles that prioritise commonsense arguments over other modes of argumentation.

Schauer's philosophical programme becomes a sampler of methodological choices to be applied in legal reasoning and a warning of how others burden innovation if one assumes that the ultimate goal of philosophical and legal research is to provide ideas and models that can improve the normative and social arrangements that currently exist.

KEYWORDS

Schauer, defeasibility, social sciences, folk psychology.

INDICE

1. Introduzione. 2. Frederick Schauer tra realismo giuridico e formalismo. 2.1. Strategia decisionale basata su regole e tesi formalista. 2.2 Defettibilità. 3. Il diritto come fenomeno sociale. 3.1. Dicotomie. 3.2. La realtà diventa oggetto di indagine. 3.3. Folk psychology. 3.4. Multidisciplinarietà. 4. Possibili implicazioni. 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il presente saggio si articola in tre sezioni.

La prima introduce il pensiero di Frederick Schauer, illustrando alcune delle tesi cardine della sua teoria giusfilosofica. In particolare, si soffermerà sui problemi delle strategie decisionali, sul formalismo e sulla defettibilità, poiché configurano i profili più salienti per la nostra analisi.

La seconda sezione è dedicata alla concezione di diritto come fenomeno sociale proposta da Schauer, e, in particolare, alla valutazione dei punti di forza e di debolezza della scelta di intraprendere una ricerca che si fonda sull'osservazione dei fenomeni giuridici come risultante dell'inevitabile interazione collettiva. L'idea è mettere a fuoco le ragioni che inducono Schauer a preferire la descrizione dei modelli empirici alla teorizzazione astratta e poi vagliare il modo in cui questa strategia di azione viene espressa nell'indagine filosofica. Più specificamente, verrà trattata la scelta metodologica di Schauer di rigettare le concettualizzazioni dicotomiche e la tendenza a impostare la realtà concreta come oggetto della sua indagine filosofica. L'ultima parte della seconda

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

sezione sarà, poi, volta a evidenziare come queste scelte dell'autore lo conducano a combinare direzioni molto diverse e, talvolta, in tensione fra loro: il ricorso alla *folk psychology*, per un verso, e la multidisciplinarietà per un altro. Infatti, l'impostazione orientata all'osservazione della realtà empirica, da un lato, asseconda la tendenza dell'autore ad accogliere affermazioni di senso comune nel suo programma filosofico, dall'altro, conduce Schauer a ritenere che l'analisi dei concetti giuridici debba essere corroborata dalla ricerca empirica e supportata da studi sulla dimensione sociologica, psicologica, politica ed economica del diritto.

La terza ed ultima sezione, infine, aspira a svelare sia i profili filosofici, sia gli elementi metodologici presupposti da Schauer, funzionali al suo modo di concepire l'indagine giusfilosofica: un risultato utile soprattutto per chi condivide con l'autore l'utilità di ricorrere ad analizzare il rapporto tra diritto e società.

2. Frederick Schauer tra realismo giuridico e formalismo.

Frederick Schauer¹ si approccia allo studio del diritto con la dichiarata pretesa di restituire una visione oggettiva e descrittiva dei sistemi giuridici, perlomeno di quello statunitense. Aderisce dunque alla classica bipartizione tra fatto e valore, discorsi descrittivi e prescrittivi, senza negare recisamente, però, che alcuni discorsi si tingono di sfumature di grigio, essendo afflitti da un'ambiguità tra descrizione e prescrizione, derivante dall'uso (maldestro) del linguaggio, non della distinzione in sé². Se la scelta metodologica iniziale è, dunque, di tipo avalutativo, e quindi di stampo tipicamente positivista, la prospettiva a partire dalla quale Schauer si rivolge al diritto, invece, è quella delle scienze sociali: per scoprire come il diritto opera realmente è necessario guardare il fenomeno giuridico "dal punto di vista esterno", attraverso un sistematico studio empirico. Dai testi di Schauer si evince con chiarezza che questa impostazione deriva da alcune tesi del Realismo giuridico³ nordamericano,⁴ che l'autore accoglie e riconosce come proprio sostrato filosofico.

In particolare, rileva la tesi giusrealista secondo cui i giudici decidono sempre sulla base di intuizioni e ragioni extra-giuridiche (psicologiche, economiche, politiche e in generale ideologiche), e poi, a livello di contesto di giustificazione, motivano le loro decisioni *ex post* con argomenti giuridici. Come dimostra lo studio di Llewellyn, i canoni interpretativi possono essere piegati a qualsiasi soluzione normativa del caso⁵. Schauer, pur aderendo di fondo a questa tesi, riconosce, almeno nei casi chiari, un ruolo guida al significato letterale delle disposizioni giuridiche: di fatto, l'autore valorizza la plausibilità delle affermazioni realiste intese nella loro accezione più moderata

* Dottoranda in Filosofia del diritto presso l'Università di Genova, allegra.grillo@edu.unige.it.

Ringrazio Damiano Canale (Università Bocconi) per il supporto nella comprensione delle diverse posizioni filosofiche e la guida lungo il percorso di ricerca. Desidero, inoltre, esprimere la mia gratitudine per i preziosi e puntuali consigli di Alessio Sardo e Giovanni Battista Ratti (Università di Genova).

¹ Frederick Schauer (1946-2024) è stato "David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law" presso la Facoltà di legge della Virginia University, nonché professore Frank Stanton del Primo Emendamento presso la Kennedy School of Government dell'Università di Harvard, dove ha insegnato dal 1990 al 2008 e dove è stato anche decano.

² "There are, of course, controversies about and challenges to these venerable distinctions as well, some but not all of which come from perspectives loosely labeled as 'postmodern. And it is true that many purported descriptions have a normative element to them, with values being smuggled in under the cover of purported neutral description. Nevertheless, it is sufficiently implausible to insist that there is no difference between 'John fired a gun whose bullet entered Mary's heart and caused her death' and 'John ought to go to prison for murdering Mary' allegedly sophisticated challenges to any of the distinctions in the text need not detain us any further here" Schauer 2009: 205.

³ Per un quadro completo sul realismo nordamericano si rimanda a Tarello 1962.

⁴ Gli autori realisti a cui Schauer fa maggiormente riferimento sono Holmes 1897, Frank 1930, Llewellyn 1930, 1950, e Moore, Callahan 1943. L'influenza del pensiero realista è evidente nei seguenti punti delle opere di Schauer: 1991: 191-195; 2009: 124-147; 2015: 62-63 e 130-131; 2011, par. 2 e 3.

⁵ Llewellyn 1950 e 1960.

apprezzandole in quanto frutto di un'osservazione empirica del diritto, ossia del modo in cui operano i giudici, i legislatori, e di come reagiscono i destinatari.

Oltre al realismo americano, è possibile annoverare tra le teorie che hanno suggerito a Schauer di orientarsi verso lo studio empirico del diritto la "Legal Process School"⁶. Si pensi all'idea espressa nel "Legal Process" secondo cui il concetto diritto non si esaurisce con il diritto positivo, vale a dire, non è coestensivo con un insieme di regole prodotte da un'autorità, bensì è un processo di creazione dinamica che implementa *policies* per promuovere il *general welfare*. Questo non è riducibile a regole o norme (tesi normativista), perché include il modo – i processi – con cui queste vengono applicate e, quindi, la loro capacità di guidare le condotte dei consociati dal punto di vista sociale⁷. Quest'approccio si pone in consonanza con la tendenza di Schauer a soffermarsi sull'effettività delle norme giuridiche, più che sulla loro validità formale⁸.

Questa prospettiva empirica, olistica e, in ultima analisi, tipica dello studio del diritto inteso come scienza sociale, sembra arricchire la visione del fenomeno giuridico, che non viene percepito esclusivamente come linguaggio, bensì come un fenomeno sociale complesso che opera *con* il linguaggio. Infatti, rivolgendo lo sguardo agli organi di applicazione e agli interpreti del diritto, si scorge come il linguaggio operi da canale di guida, o punto di partenza,⁹ rispetto al ragionamento giuridico, che però comprende una dimensione cognitiva essenzialmente connessa al comportamento, non direttamente riducibile a linguaggio. Risulta allora innegabile che il diritto sia, in misura rilevante ma non esclusiva, una funzione del potere del linguaggio¹⁰. Orbene, Schauer enfatizza l'importanza del linguaggio nel diritto come elemento distintivo del ragionamento giuridico, come perno del funzionamento delle regole, come fattore dirimente nell'individuazione dei casi in cui residua un margine di discrezionalità, e così via¹¹. Tuttavia, il linguaggio non viene mai a coincidere con il diritto stesso, ma rimane un suo strumento. Basti pensare all'ineliminabile fenomeno della trama aperta, per il quale anche la regola formulata nel modo più rigoroso possibile è esposta alla possibilità che non si sappia se applicarla o meno, giacché la conoscenza umana della realtà è imperfetta¹², come lo è la capacità di predire il futuro. L'eventuale sopravvenuta inadeguatezza della norma segna, per Schauer, lo iato tra un linguaggio immobile e una realtà in costante cambiamento¹³, aprendo la via ad aggiustamenti caso per caso.

Il marcato interesse dell'autore, da un lato, per la manifestazione concreta del diritto nella società, e dall'altro, per il linguaggio, trovano una prima sintesi nell'analisi empirica di come gli individui concepiscono e comprendono il mondo circostante. Secondo Schauer questo passaggio si realizza mediante generalizzazioni, le quali spiegano l'origine e il funzionamento delle regole. L'autore si dedica dettagliatamente allo studio delle regole e al loro ruolo nei contesti decisionali; individua due possibili metodi di decisione – uno, generalista, basato sull'osservanza delle regole e uno,

⁶ Schauer ha conseguito il titolo di Juris Doctor presso la Harvard University nel 1972, dove successivamente ha insegnato dal 1994 al 2008. Nel periodo della sua formazione "The Legal Process" era il testo di studio che rappresentava il pilastro della "established legal community" (vd. Sebok 1996, Eskridge e Frickey 1987). Di qui, l'interesse per l'ascendenza esercitata della Legal Process School sul pensiero di Schauer.

⁷ Hart e Sacks 1994: 2 e 5.

⁸ "It is useful at the outset to see that the strength of a rule resides not so much in a rule's logical status or linguistic meaning as in the conditions surrounding its applicability, acceptance, and enforcement" Schauer 1991: 8.

⁹ Ma non necessariamente come punto di arrivo.

¹⁰ Sul punto, Barberis afferma che il diritto va pensato come discorso, come linguaggio in uso come comportamento linguistico costituente parte di quel tutto che è il comportamento sociale. Cfr. Barberis 1990: 90 e ss.

¹¹ Schauer 1985: 13 e 18.

¹² Schauer distingue il concetto di trama aperta da quello di vaghezza sostenendo che il primo coincide con la possibilità che anche il termine meno vago possa risultare tale come conseguenza della nostra imperfetta conoscenza del mondo e della nostra limitata abilità di predire il futuro (Schauer 1991: 73). Diversamente, la vaghezza in ambito giuridico non è tanto un problema epistemico quanto un problema valutativo, come ben illustrato da Hart in *The Concept of Law* (1961).

¹³ Schauer 1991: 34-37.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

particolarista, sulla scelta caso per caso¹⁴ – e ne illustra pregi e difetti: se il modello generalista preserva la stabilità anche sacrificando l'efficienza e la giustizia di singole deliberazioni¹⁵, il modello particolarista accantona invece l'elemento della stabilità (e con esso, la prevedibilità) per perseguire giustizia ed efficienza caso per caso¹⁶. Per questo, sarebbe opportuno trovare un compromesso fra i due approcci. Una volta formulata questa analisi concettuale, Schauer focalizza la sua attenzione sulla forza autoritativa delle regole, specialmente quando l'ottemperanza alla prescrizione della regola produce un risultato non desiderabile o scorretto da un punto di vista economico, sociale o morale. Questi casi di inadeguatezza della regola sono definiti dall'autore come “esperienze recalcitranti”, in cui l'osservanza di quanto prescritto determina un'applicazione sovra- o sotto- inclusiva¹⁷.

Secondo Schauer, a fronte di un'esperienza recalcitrante è possibile che la forza autoritativa della regola ceda il passo alle ragioni esterne alla regola, che ne suggeriscono l'accantonamento in un caso particolare; questo fenomeno è colto dalla nozione di “defettibilità”. Le ragioni esterne possono coincidere anche con fattori extra-giuridici e in questo senso la fonte ultima della defettibilità è, per Schauer, di tipo cognitivo, anziché linguistico come ritengono altri autori¹⁸.

Sulla base di questi concetti, Schauer formula la sua idea di “giuspositivismo presuntivo” secondo cui esiste una presunzione in favore del risultato generato dall'interpretazione letterale e acontestuale della regola applicabile; tuttavia, tale risultato è defettibile quando una regola diversa, non necessariamente scritta o giuridica, offre delle ragioni urgenti per non seguire la prima regola presuntivamente applicabile. Si sottolinea, peraltro, che l'idea di Schauer secondo cui la non conclusività di una norma giuridica può essere determinata anche da fattori extra-giuridici lo pone in contrasto con chi ritiene che la fonte ultima della defettibilità sia linguistica e la riduce ad un'antinomia.

Approfondirò ora alcuni di questi passaggi al fine di inquadrare con più chiarezza le posizioni di Schauer. In particolare, esaminerò più nel dettaglio il modello della strategia decisionale basata su regole, la tesi del formalismo e quella della defettibilità.

¹⁴ “Both species of decision-making, the particularistic and the rule-based, project the generalizations of the past onto the realities of that past's future. The two diverge, however, when a decision-maker applying yesterday's generalizations to today is faced with a recalcitrant experience – a situation in which application of the generalization to the current decision appears to frustrate rather than serve the justification lying behind the generalization. In such cases, particularistic decision-making adapts the generalization to the needs of the moment, treating the prior generalization as entitled to no intrinsic weight in the calculus of decision. Rule-based decision-making, however, rejects the continuous revisability of generalizations, and consequently imbues them with force even in those cases in which that force appears misplaced” Schauer 1991: 78.

¹⁵ Il filo rosso che accomuna i diversi argomenti a favore della strategia basata sull'osservanza delle regole è l'idea di stabilità del sistema. Così spiega Schauer 1991: 155: “The argument from reliance presupposes some mutually accessible consistency of understanding between rule-enforcer and addressee, the argument from efficiency takes ease of decision-making to be a good in itself, and the argument from risk-aversion takes decision-maker errors to be more serious than the errors that are built into rules unable to adapt to a changing reality. Thus, the virtues fostered by reliance, efficiency, and risk-aversion share a focus on stability for stability's sake. All three arguments take the dampening of variance as a good to be pursued in its own right, and see rules as instruments of that dampening process”.

¹⁶ Schauer riconduce l'idea di giustizia e di imparzialità, attribuite di norma al diritto, alla strategia decisionale caso per caso: “It is particularistic rather than rule-based decision-making that recognizes all relevant similarities, thereby ensuring that substantively similar cases will in fact be treated similarly” Schauer 1991: 137.

¹⁷ Cfr. paragrafo successivo, nota 21.

¹⁸ Si pensi a Rodríguez 2014, che per un verso riduce la fonte della defettibilità a un'antinomia, e per un altro verso, ritiene che le regole possano giustificare un numero sempre finito di eccezioni, in quanto “la tesi che non sia mai possibile formulare precisamente le condizioni di applicazione di una regola non può essere usata come argomento a sostegno della defettibilità delle regole, giacché ne implica piuttosto l'inesistenza” Sardo 2014: 57.

2.1 Strategia decisionale basata su regole e tesi formalista.

Schauer prende le mosse da una dettagliata analisi di come funzionano le regole e, più in generale, le norme giuridiche, per sostenere che la fattispecie astratta di ciascuna norma è una generalizzazione prescrittiva dei casi che producono un certo risultato che il legislatore vuole promuovere o vietare¹⁹. Sicuramente ci saranno dei casi concreti, suscumbibili nella fattispecie astratta, a cui non è desiderabile applicare una tal norma. Per esempio, in ossequio a un certo canone di giustizia, sarebbe ingiusto applicare la regola che vieta l'ingresso in un ristorante ai cani *anche* al cane perfettamente addomesticato che accompagna una persona cieca. A fronte degli inevitabili casi di sovra- o sotto- inclusione²⁰, il decisore deve stabilire se applicare la regola o meno. Per Schauer questo è un punto dirimente perché segna la differenziazione tra le due possibili strategie decisionali: la decisione caso per caso e la decisione nel rispetto delle regole. La prima opzione è il “model of conversation” che prevede decisioni prese caso per caso in cui le regole vengono adattate alla specificità del caso di specie e dunque risultano malleabili. Seguendo questa strategia decisionale le regole e le generalizzazioni in essa contenute sono trattate come massime di esperienza (*rules of thumb*) prive di forza normativa, accantonabili ogni qualvolta sia necessario per soddisfare la *ratio* della regola²¹. La seconda opzione è il “model of entrenchment”²², ossia la strategia decisionale basata su regole (interpretate letteralmente): la regola si applica così com'è formulata, indipendentemente dall'evenienza di un caso di sovra o sotto inclusione.

Questi due modelli decisionali corrispondono a due diversi rapporti tra la regola così come è stata formulata e la sua *ratio*, ossia lo scopo che ha originato l'esigenza stessa di formulare la regola²³, detto altrimenti la sua ragione soggiacente (*justification lying behind the rule*). È appena il caso di notare che la concezione teleologica delle regole, come mezzi per perseguire fini sociali obiettivi, è tipica della scuola del *Legal Process*²⁴. Nel modello conversazionale non esiste una vera e propria demarcazione tra i due concetti nella misura in cui la formulazione della regola è rimodulata di volta in volta al fine di raggiungere sempre lo scopo della regola. Di conseguenza, la regola non costituisce mai, di per sé, un vincolo inderogabile e autonomo per la decisione. Diversamente, nel modello

¹⁹ In genere, le regole possono essere formulate con un enunciato condizionale composto da una prima proposizione detta antecedente (se x), e da una seconda che esprime la conseguenza che deriva o deriverebbe dal realizzarsi della condizione indicata nell'antecedente (allora y). Infatti, la verità dell'antecedente è necessaria per l'applicabilità della regola, mentre il conseguente esprime ciò che deve accadere quando le condizioni specificate nell'antecedente hanno luogo (vd. Schauer 1991: 23-24). Per Schauer, le regole nascono a seguito di un reale e precedente comportamento che il diritto ritiene necessario regolare. Tale condotta viene perimetrata nell'antecedente della regola. Questa concezione si muove lungo gli stessi binari dell'osservazione del filosofo John Searle secondo cui non esiste osservazione senza osservabilità (vd. Searle 1969).

²⁰ La sovrapposizione tra le diverse classi di proprietà possedute da un singolo caso particolare dà origine a fenomeni di sovra e sotto inclusione. La generalizzazione dell'antecedente della regola è sovra-inclusiva quando include cose che nel caso particolare non soddisfano lo scopo della regola, mentre è sotto-inclusiva quando esclude cose che nel caso particolare soddisfano lo scopo della regola (Schauer 1991: 17-53).

²¹ Schauer 1991: 38-42.

²² Con *entrenchment* (in italiano “blindatura”) Schauer intende quel fenomeno psicologico per cui le generalizzazioni si fissano, si insediano nel nostro apparato concettuale rendendo le proprietà escluse meno accessibili (Schauer 1991: 83)

²³ Non solo. In realtà Schauer usa il termine *ratio* o ragione soggiacente anche quando questa non è temporalmente anteriore alla regola.

²⁴ Hart, Sacks 1994: 3: “the principle of institutional settlement [...] builds upon [...] the fact that human societies are made up of human beings striving to satisfy their respective wants under conditions of interdependence, and the fact that this common enterprise inevitably generates questions of common concern which have to be settled, one way or another, if the enterprise is to maintain itself and to continue to serve the purposes which it exists to serve”.

Barzun 2013: 9: “The term ‘Process Theory’ describes a school of legal thought marked by several interrelated themes. These include: a recognition that courts often ‘make’ law rather than ‘find’ it; the observation that courts have a significant, but limited, role to play within a legal system that includes other important decision-making institutions such as legislatures and administrative agencies; and finally, an insistence that despite the indeterminacy of some legal materials, adjudication can be rational in so far as those materials—whether case law, statutes, or the Constitution—are applied in a principled manner and interpreted by reference to their purpose”.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

blindato (*entrenched*) la formulazione della regola opera *sic et simpliciter* ogni volta che il caso di specie rientra nella classe di casi definita nell'antecedente (il predicato fattuale della generalizzazione prescrittiva), indipendentemente dal fatto che la sua applicazione soddisfi lo scopo della regola (nei termini del *Legal process*, la *policy* soggiacente), e indipendentemente dal fatto che il caso di specie sia causalmente rilevante, o sia un caso di sovra o sotto-inclusione. Nel modello blindato le regole esercitano una pressione normativa che prescinde dal raggiungimento dello scopo e dalla desiderabilità della loro applicazione in un'occasione particolare.

Ecco che la demarcazione tra le due strategie decisionali mette in evidenza il concetto di regola poiché esso si colloca nel punto di divergenza tra la generalizzazione e la giustificazione. Schauer spiega questo passaggio così:

“It is exactly a rule’s rigidity, even in the face of application that would ill serve its purpose, that renders it a rule. This rigidity derives from the language of the rule’s formulation, which prevents the contemplation of every fact and principle relevant to a particular application of the rule. [...] Formalism in this sense is therefore indistinguishable from “rulism”, for what makes a regulative rule a rule, and what distinguishes it from a reason, is precisely the unwillingness to pierce the generalization even in cases in which the generalization appears to the decisionmaker to be inapposite. A rule’s acontextual rigidity is what makes it a rule”²⁵.

L'estratto appena citato consente di introdurre nella nostra analisi il tema del formalismo. Schauer è sostenitore di un formalismo giuridico di tipo testualista,²⁶ definito come la tendenza, per così dire, a “prendere sul serio” il significato testuale delle regole, anche quando ciò può arrecare delle ingiustizie nel caso concreto²⁷. Schauer presenta questa sua posizione non tanto come un modo in cui bisognerebbe approcciare le regole, bensì come l'unica alternativa per rimanere entro il modello decisionale basato su regole, che promuove la stabilità e la certezza del sistema giuridico come obiettivi a lungo termine. Come spiega Ratti, Schauer individua la peculiarità del ragionamento giuridico proprio nell' “adesione al principio istituzionale, sicché favorire risultati di indole generale e tendenzialmente stabili conduce, ineludibilmente, a scartare, in molte occasioni, quella che in altri ambiti verrebbe considerata la soluzione corretta del caso concreto”. L'arido formalismo che contraddistingue il ragionamento giuridico risponde agli ideali di efficienza generale del sistema²⁸. Se il formalismo coincide con il concetto di regola stessa, ovvero sia con l'idea di prendere le regole sul serio e di riconoscergli una pressione normativa indipendente dalla sua *ratio*, allora non essere formalisti implica l'adesione a un modello conversazionale. Infatti, Schauer afferma recisamente “It is formalistic [...] to treat the form of a legal rule as more important than its deeper purpose, or more important than reaching the best all-things-considered judgment in the particular context of a particular case”²⁹.

Il formalismo, tuttavia, non è giustificato unicamente dalla realizzazione della certezza delle posizioni giuridiche, ma anche da altre due ragioni: l'eguaglianza e l'evitamento degli errori.

Per capire in che senso il formalismo promuove l'eguaglianza bisogna partire da una considerazione di Schauer: il principio di disparità di trattamento tra casi diversi non è il logico corollario del principio di eguaglianza tra casi uguali³⁰. Difatti, quando si applica il principio di uguaglianza si trattano egualmente due casi che allo stesso tempo presentano sia delle somiglianze sia delle differenze. Come spiega Schauer,

²⁵ Schauer 1988: 535.

²⁶ Tra tutte le accezioni di formalismo qui si intende “il formalismo come caratteristica appunto del ragionamento dei giuristi, caratteristica che si ricollega al ruolo centrale delle norme o regole nel ragionamento pratico-giuridico”, Pintore 2017: 48.

²⁷ Schauer 2009: 33.

²⁸ Ratti, Velluzzi 2018: 13-14.

²⁹ Schauer 2009: 30.

³⁰ Schauer 2003: 203.

“rules do not simply or necessarily gather up cases that are antecedently alike in some relevant respect. By ignoring differences that the justifications or rationales lying behind those very rules would recognize, as with the differences between a wet and a dry road that the safety rationale lying behind the typical speed-limit rule would recognize, rules often treat as alike those cases that are relevantly different; and it is frequently only the fact of the rule itself that forces the rule-follower to treat the different cases similarly”³¹.

Dunque, seguire una regola significa trattare allo stesso modo tutti i casi inclusi nella medesima fattispecie astratta, e di conseguenza è l’inclusione nella stessa regola a rendere i casi simili³².

Infine, Schauer giustifica l’esigenza del formalismo con l’argomento dell’evitamento degli errori. Sin da Aristotele si ha contezza del fatto che l’applicazione rigorosa delle regole di diritto genera anche risultati ingiusti o non desiderati da chi le ha prodotte³³. Secondo Schauer, però, la soluzione a questo problema, dovuto alla generalità delle regole, non risiede nel devolvere il potere di correzione di questi errori ai giudici: non è detto che un essere umano chiamato a decidere il caso di specie commetta meno errori, o errori meno gravi, di quanto avvenga a causa delle generalizzazioni intrinseche nelle regole giuridiche³⁴.

2.2 Defettibilità.

Il concetto di defettibilità (*defeasibility*) delle norme giuridiche è controverso³⁵. I filosofi del diritto hanno fornito a numerose risposte alle domande sostanziali che l’idea di defettibilità solleva: “Quali norme sono defettibili? Ciò che è defettibile lo è necessariamente o contingentemente? La defettibilità inficia la validità o l’applicabilità delle norme giuridiche?”³⁶.

Schauer interpreta la pervasività della defettibilità come un fenomeno potenziale: (quasi³⁷) tutte le norme giuridiche *possono* essere accantonate in presenza di ragioni più forti del grado di resistenza della norma in questione. Infatti, la forza normativa di ciascuna norma va intesa come un *continuum* che oscilla tra massime d’esperienze, quando è al minimo, e regole imperative, quando è al massimo. Le norme sono presuntivamente indefettibili poiché hanno una propria forza normativa senza cui, altrimenti, si incorrerebbe in un modello conversazionale; al contempo, le norme sono potenzialmente defettibili dato che non sono conclusive quando la loro forza è minore della pressione contingentemente esercitata da fattori esterni³⁸.

Il concetto di presuntività del diritto può essere calato nella realtà del soggetto che deve decidere se applicare una data norma. Davanti a un caso concreto, il decisore “dà un’occhiata veloce” sia alle norme giuridiche³⁹, sia agli elementi non di diritto; qualora non ravvisi ragioni di evidente ingiustizia o indesiderabilità, non sposterà più il suo sguardo su ciò che è extragiuridico e si concentrerà

³¹ Schauer 2003: 207.

³² Schauer 2003: 206: “Following a rule means treating all the cases falling under the rule in the same way, and consequently it is the fact of falling under the same rule that renders the cases alike”.

³³ Schauer 2003: 49-51.

³⁴ Schauer 2003: 55, 100.

³⁵ Per una ricostruzione genealogica del dibattito sulla defettibilità in ambito giuridico si veda Ferrer e Ratti 2012.

³⁶ Ferrer e Ratti 2010: 602.

³⁷ Schauer parla di un *continuum* ai cui poli opposti ci sono rispettivamente le *rules of thumb* e le regole imperative, i.e. insuperabili, dotate del maggior grado di forza normativa.

³⁸ Le regole sono spesso disattese per applicare o direttamente la ragione soggiacente (fallimento interno) o altre ragioni extragiuridiche (defettibilità esterna). Questa asserzione è ciò che Schauer tenta di integrare coi propri aggiustamenti alla teoria positivista. In particolare, l’autore accoglie le critiche mosse da Dworkin al positivismo circa l’incapacità di prendere atto della prassi americana di trattare le regole da applicare come non conclusive, ossia potenzialmente superabili o modificabili da altri fattori. Ciò accade quando il risultato prodotto dall’applicazione della regola non è desiderabile politicamente o moralmente (vd. Schauer 1991: 210).

³⁹ L’attenzione del decisore sulle norme giuridiche non si concentra solo su quelle “locali”, i.e. più specifiche rispetto alla fattispecie concreta, in ossequio al brocardo “lex specialis derogat generali”, ma anche su quelle “più distanti” o comunque più generali.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

sull'applicazione delle norme di diritto applicabili. Diversamente, se già a prima vista è possibile scorgere la sussistenza di ragioni pressanti per la risoluzione del caso in una direzione diversa da quella dettata dalla regola più specifica, allora il decisore dovrà vagliare tutte le ragioni in gioco al fine di soppesarne la forza. Più precisamente, Ratti osserva che una norma giuridica può essere defettibile sia in virtù della sua presunta ragione soggiacente, sia in virtù della sua trama aperta. Se una regola, che in circostanze normali si applica in modo non problematico al ricorrere della fattispecie astratta, è afflitta dal fenomeno della trama aperta, allora interviene necessariamente una riformulazione mediante il rigetto o l'accettazione della rilevanza di una proprietà "marginale" qualsiasi e della conseguente decisione circa le implicazioni logiche della norma originaria⁴⁰. Allorché la forza normativa della norma giuridica più specifica è inferiore a quella di una norma giuridica più generica, della policy soggiacente, oppure di una ragione extragiuridica, la norma di diritto più specifica viene *disapplicata*. È opportuno evidenziare che questa defettibilità si concretizza nel momento in cui vi è una ragione tanto urgente da superare la forza della norma giuridica più specifica, e non quando semplicemente la norma giuridica produce un risultato erroneo o subottimale⁴¹.

Nel momento in cui Schauer riconosce la defettibilità delle norme giuridiche accetta anche che fattori extragiuridici prendano il sopravvento nella risoluzione di controversie giuridiche. Ma è legittimo che questi fattori extragiuridici partecipino al calcolo decisivo di un giudice? Quando accade, ciò che è extragiuridico *diventa* automaticamente giuridico rientrando nel ragionamento giuridico del giudice? Schauer risponde così:

"But in every case that rule will be tested against a larger and unpedigreeable set of considerations, and the rule will be set aside when the result it indicates is egregiously at odds with the result that is indicated by this larger and more morally acceptable set of values. Whether we call this array of overriding factors 'law' or not is a dispute that is to some extent terminological"⁴².

Questo passaggio è rilevante, tra le altre cose, perché dà modo di osservare l'apertura di Schauer a un panorama più sfaccettato di quello fornito da un approccio dicotomico, che richiederebbe di qualificare ogni elemento come giuridico o non giuridico. Schauer qui fornisce un'idea di diritto più ampia e interconnessa alle altre manifestazioni sociali, accantonando l'esigenza di definire il confine tra ciò che è diritto e ciò che non lo è.

Ora, dopo aver illustrato brevemente alcune delle tesi schaueriane di stampo più analitico e, in ultima analisi, concettuale, è il caso di approfondire le modalità con cui l'autore realizza la sua attitudine empirica e i risultati che vengono raggiunti concependo il fenomeno giuridico come una parte integrante e comunicante del mondo delle scienze sociali.

3. Il diritto come fenomeno sociale.

Come accennato, uno degli scopi di questo articolo è valutare i punti di forza e di debolezza della scelta di Schauer di intraprendere una ricerca che si fondi sull'osservazione dei fenomeni giuridici come risultante dell'inevitabile interazione collettiva. L'idea è mettere a fuoco le motivazioni che inducono Schauer a preferire l'osservazione empirica alla teorizzazione astratta e poi vagliare il modo in cui questa strategia di azione viene espressa nell'indagine filosofica. Dopo aver delineato questi profili, è possibile identificare quale impostazione filosofica e quali elementi metodologici siano funzionali ad una ricerca giuridica imperniata sul rapporto tra diritto e società.

⁴⁰ Per approfondire la relazione tra il riconoscimento del fenomeno della trama aperta, il concetto di defettibilità e il positivismo metodologico si rimanda a Ratti 2009: 141-171.

⁴¹ Schauer 1991: 204.

⁴² Schauer 1991: 205.

3.1 Dicotomie.

Le scelte di campo che Schauer compie e pone alla base della sua indagine filosofica sono, in primo luogo, quella di rifiutare una struttura di pensiero dicotomica e, in secondo luogo, quella di focalizzare la ricerca attorno agli elementi salienti per la comprensione del fenomeno giuridico.

Con riferimento al rigetto delle dicotomie, Schauer verosimilmente segue l'impostazione di Lon L. Fuller⁴³ – una delle figure più influenti nella Scuola del “Legal Process” – distaccandosi dal mondo delle etichette e delle definizioni dai confini certi. Schauer preferisce ricorrere all'idea di *continuum*, vale a dire di spettro che si sviluppa da un estremo all'altro contenendo al suo interno tutte le diverse sfumature⁴⁴.

In relazione, invece, al secondo tema, l'autore sostiene che il concetto di salienza sia centrale nello studio degli “human artifacts”, a differenza dell'approccio essenzialista che non deve essere adoperato⁴⁵. E siccome il diritto è una costruzione sociale, e non un fenomeno naturale⁴⁶, l'approccio essenzialista non è adeguato all'indagine del diritto⁴⁷. Schauer concorda con Brian Leiter⁴⁸ nell'affermare che la ricerca della natura del diritto non debba essere un esercizio per individuarne le proprietà essenziali.

Dunque, è opportuno sostituire la demarcazione con la differenziazione. Il fatto che possa non esservi una linea di demarcazione tra ciò che è diritto e ciò che non lo è non significa che le due entità siano identiche o coestensive. Differenziare, infatti, significa concentrare le differenze, non segnare un confine⁴⁹. La capacità o meno di tracciare confini precisi non pregiudica l'esistenza di una differenziazione utilizzabile⁵⁰: tra un granello di sabbia e un mucchio di sabbia vi è una differenza anche se, come dimostra il Paradosso del Sorite, non è possibile stabilire il punto preciso di demarcazione.

Per Schauer quindi il ricorso alla differenziazione, invece che alla demarcazione, insieme con un approccio anti-essenzialista configura una strategia vincente verso l'innovazione. Esplorare la natura del diritto esaminando le sue proprietà tipiche e salienti, ma non essenziali, può aiutarci a dire qualcosa sul diritto che ancora non sappiamo e che potremmo essere interessati a scoprire⁵¹. Ma in che modo l'adozione di queste prospettive può essere strategica nell'indagine filosofica?

Chiaramente le possibili risposte a questa domanda riposano sulle diverse finalità che possono essere ricondotte alla filosofia del diritto, e più in generale ai discorsi attorno al diritto. Facendo proprio l'assunto che lo scopo ultimo di tale attività sia quello di auspicare a un miglioramento del diritto, sia questo da intendersi in termini morali, politici, economici, di efficienza o altro, allora ha senso dire che un modo più sfaccettato e meno dicotomico di concepire il diritto può aiutare a restituire un'idea più realistica e concreta del fenomeno giuridico. Il diritto guardato per come si manifesta nella vita della compagine sociale, negli effetti che comporta o meno sulla condotta dei suoi destinatari, è il diritto analizzato nei suoi tratti salienti. Una volta dipinto il quadro giuridico con i colori della realtà, sarà più intuitivo cogliere i punti di debolezza che inficiano a livello micro e macro la qualità dei rapporti giuridici.

⁴³ Si veda Porciello 2016: 32 e 53-57.

⁴⁴ Questo vale, ad esempio, per gli indicatori deontici (Schauer 1991: 8), per le norme giuridiche in senso stretto e i principi (Schauer 2009: 190), e per gli *easy and hard cases* (Schauer 2009: 154).

⁴⁵ Con essenzialismo si intende quell'approccio volto a individuare i tratti costanti che contraddistinguono sempre un concetto da un altro. Nel campo della filosofia del diritto, tra tutti Shapiro (2011), Dickson (2001).

⁴⁶ “Law is a social construction and not a natural kind” (Schauer 2012: 458).

⁴⁷ Schauer 2012 : 462 ; Schauer 2016 : 92.

⁴⁸ Leiter 2011.

⁴⁹ Schauer 2016: 262.

⁵⁰ “Two things which cannot be demarcated may nonetheless be differentiated” Schauer 2012: 462.

⁵¹ Schauer 2012: 467.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

È bene notare che un'operazione di questo tipo non può separare nettamente i suoi connotati descrittivi da quelli prescrittivi. O meglio, si tratta di un iter caratterizzato da spazi di stretta oggettività, ma anche da discorsi *de iure condendo*, e ancora, e soprattutto, da aree che si collocano lungo un *continuum* tra questi due poli. L'esplorazione del fenomeno giuridico presuppone una distinzione ordinaria tra diritto e non diritto, che, a differenza di una dicotomia metafisica, possiede una gamma di applicazione e non ci sorprende se non si applica sempre⁵². Guardando al pensiero filosofico si Putnam, si può prendere in prestito il suo esempio dei concetti etici spessi, come "crudele" o "crimine", sovente utilizzati nei testi normativi o nella ricostruzione della fattispecie concreta: si tratta di termini che ignorano la presunta dicotomia fatto/valore e ammettono di venir usati talvolta per scopi normativi e altre volte come termini descrittivi. La dicotomia tra il mondo così com'è, indipendentemente da qualsiasi prospettiva locale, e le nostre proiezioni risulta insostenibile⁵³.

Ebbene, se giunti a questo punto si torna sulle tracce di Schauer, è interessante rintracciare tanti punti concordanti con quanto sopra esposto. Spesso, infatti, il discorso dell'autore coniuga elementi descrittivi ed elementi prescrittivi. Al contempo, però, Schauer professa la sua appartenenza al mondo del positivismo giuridico e dunque conferma l'esigenza di attenersi alla dicotomia essere/dover essere⁵⁴. La coesistenza di queste due tensioni opposte nell'opera di Schauer sembra in un qualche modo arrestare la sua audacia. Nel tentativo di trovare una posizione mediana, Schauer preferisce ragionare per concetti graduati piuttosto che per estremi, ma non rinuncia alla pretesa di correttezza della dicotomia essere/dover essere.

3.2 La realtà diventa oggetto di indagine.

Dopo aver messo a fuoco e condiviso i pilastri metodologici che Schauer applica alla sua ricerca – ossia il rifiuto del pensiero dicotomico, dell'essenzialismo e della demarcazione in favore di una concettualizzazione per *continuum* e di una individuazione delle qualità in virtù della loro salienza – , è il caso di passare al tema dell'oggetto d'indagine. Infatti, se lo scopo ultimo rimane quello di auspicare a un miglioramento del diritto, la ricerca deve perimetrare il proprio oggetto di interesse ponendo al centro l'interazione reale del diritto vigente con la società. Come e in che misura le norme giuridiche vengono osservate? Quale grado di aderenza vi è tra la *ratio* della regola, o comunque la sua formulazione, e le preferenze dei suoi destinatari? Quale tasso di efficienza raggiunge l'applicazione di una certa norma rispetto all'utilità collettiva e al raggiungimento del più equo bilanciamento di interessi? Quali altre regole si relazionano in modo conflittuale o concordante con la norma giuridica? Esistono norme non giuridiche che agiscono sulle condotte dei loro destinatari in modo simile al diritto?

⁵² Putnam 2004: 15-16.

⁵³ Putnam 2004: 39-48.

⁵⁴ Si prenda il seguente esempio. In "Playing By The Rules" Schauer si è proposto di descrivere analiticamente il funzionamento e il ruolo delle regole prescrittive, isolando così un preciso oggetto di ricerca dal panorama più vasto dell'universo giuridico. Ora, quando Schauer guarda alla necessità di prendere decisioni e individua due modi per farlo, distingue tra decisioni prese secondo regole e decisioni prese in modo particolaristico. Questa visione viene proposta da Schauer come un'analitica descrizione del modo in cui in cui vengono prese le decisioni giudiziali, ma in realtà cela un impianto prescrittivo che coinvolge l'intera teoria dell'autore. Se il processo decisionale di singoli individui, gruppi di persone, organismi istituzionali con diverse funzioni, viene semplificato nel binomio "regole/case by case", non si ottiene una descrizione dettagliata di un fenomeno complesso, bensì una struttura di pensiero che ti chiede da che parte stare. Rappresentare in modo dicotomico le alternative decisionali ha come conseguenza quella di aprire la strada a posizioni partigiane su quale alternativa scegliere. Ed è proprio su questa via che si sviluppa il resto del libro. Schauer elenca pregi e difetti di entrambi i modelli decisionali, ma si schiera a favore della strategia basata su regole come dimostrano le sue affermazioni sul formalismo e sulle virtù che le regole promuovono, prima tra tutte la certezza del diritto. Si veda Schauer 2020: 57; 1991 e 2009.

Tutte queste domande possono essere specificate prendendo in considerazione una certa area del diritto o, ancora di più, una certa normativa vigente, oppure facendo riferimento a una certa tematica sociale. Tutte queste domande sollevano interrogativi su questioni concernenti la manifestazione concreta del fenomeno giuridico. Sebbene le relative risposte possano essere generalizzate e teorizzate ricorrendo ad un approccio più metafisico, i quesiti rimangono intrinsecamente legati a un dato reale: c'è bisogno di rilevare gli effettivi comportamenti dei consociati nonché i loro interessi, al fine di cogliere le conflittualità che si generano per via della mera esistenza di questi interessi e quelli che, invece, si rafforzano o nascono per via di un intervento giuridico. Questi sono, ancora, i dilemmi che Schauer si pone e sulla base delle quali articola e sviluppa la sua ricerca filosofica.

Nel paragrafo seguente verranno illustrati diversi passaggi in cui risulta con più evidenza il ricorso di Schauer a questo genere di domande. A tal proposito sarà interessante analizzare le varie implicazioni che questa impostazione determina, specialmente sul fronte delle 'fonti di sapere' che Schauer inserisce nel suo programma filosofico. Da un lato, nel suo studio della realtà giuridica l'autore si avvale della prospettiva di scienze sociali quali l'economia, la sociologia e la psicologia, dall'altro si serve anche di tesi scientificamente e accademicamente meno validate che sembrano appartenere perlopiù all'alveo del senso comune. È, dunque, opportuno scendere nel dettaglio di questi due aspetti della ricerca di Schauer, i quali rappresentano due riflessi diversi della medesima impostazione empirica.

3.3 Folk psychology.

L'etimologia dell'espressione 'senso comune' risale alla locuzione greca κοινή αἴσθησις ("sensazione comune"), con cui Aristotele designò l'atto percettivo che fonde in unità i dati dei vari organi di senso, riferendoli all'unico oggetto da cui sono determinati⁵⁵. Nell'uso corrente, con senso comune si intende la normale intelligenza delle cose, comune a ogni individuo equilibrato, e più genericamente il modo d'intendere e di giudicare che sarebbe proprio della maggior parte degli uomini⁵⁶.

I discorsi filosofici sul senso comune si sono sviluppati nel tempo andando a toccare diverse sfaccettature del tema. Il senso comune è stato valorizzato su un piano metodologico degli studi scientifici seguendo l'idea che l'approccio alla scienza debba essere empirico e *bottom-up*. In particolare, gli studi cognitivi come quelli sociali possono essere significativamente guidati dal senso comune, definibile come "everyday knowledge and argumentation"⁵⁷. L'idea è che esistono caratteristiche sistematiche, in gran parte nascoste, nella conoscenza e nell'argomentazione scientifica e quotidiana, e quindi la formazione di una teoria su di esse è in linea di principio possibile⁵⁸. In letteratura è stata indagata la relazione tra senso e diritto rispondendo a quesiti come: "Che ruolo giocano o dovrebbero giocare l'opinione pubblica e il sentire collettivo nella determinazione del contenuto del diritto?"⁵⁹; "Che autorità epistemica ha rivestito il senso comune in ambito giuridico nel corso della storia?"⁶⁰; Come si atteggiavano le credenze e le conoscenze pregresse in fase di stipulazione contrattuale tutte le volte in cui non interviene la consulenza di un esperto?"⁶¹; "Il senso comune può essere fuorviante nella strutturazione di interviste in uno studio empirico di sociologia del diritto?"⁶².

⁵⁵ Aristotele 2001 e 2002.

⁵⁶ Enciclopedia Treccani alla voce "senso comune". Per un'analisi del senso comune come fondamento e mezzo per individuare il diritto vigente si rimanda a Jori 2010: 11-32.

⁵⁷ Kuipers and Mackor 1995: 25.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Finkel 1995.

⁶⁰ Rosenfeld 2011.

⁶¹ Wilkinson-Ryan, Hoffman 2015.

⁶² Black 1979.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

Inoltre, molti filosofi e scienziati cognitivi hanno ravvisato che alcune norme ed interpretazioni giuridiche si basano su credenze relative ai comportamenti umani che non rispecchiano le attuali conoscenze psicologiche. Più specificamente, si tratta di prospettive giuridiche impostate su speculazioni quotidiane sugli stati mentali che costituiscono una teoria informale delle cause del comportamento, la cosiddetta 'folk psychology'. La 'folk psychology' utilizza termini di uso quotidiano come 'credenza', 'desiderio', 'fame', 'dolore', 'volontà', 'intenzione', 'movente' e così via, per definire quanto accade a livello mentale nella quotidianità degli individui attraverso esperienze sensoriali, comportamenti e pensieri astratti⁶³.

Tornando a Schauer, difficilmente il senso comune si trova a stridere con le affermazioni dell'autore. Le tesi sostenute e, ancor di più, le argomentazioni utilizzate risuonano *prima facie* come delle verità autoevidenti proprio per la loro assonanza al comune sentire, piuttosto che per le dimostrazioni logiche o scientifiche che le sorreggono. Anzi, spesso i supporti di studi scientifici sono assenti o molto carenti, specialmente quando le assunzioni in questione riguardano i processi mentali o questioni psicologiche. Su questa stessa linea Alessio Sardo osserva che

“A ben vedere, contrariamente a quanto afferma Schauer, molte delle sue affermazioni non sono supportate da alcuno studio serio, né statistico, né di altro tipo. Il più delle volte trovano riscontro solo all'interno di una sorta di *folk psychology* elaborata, o presupposta, dallo stesso Schauer, prendendo libera ispirazione da alcuni libri di psicologia behaviorista, o partendo da credenze e considerazioni radicate nel senso comune”⁶⁴.

Quanto detto finora vale, ad esempio, per la tesi secondo cui le persone che seguono il diritto solo perché è diritto sono pochissime, sempre che esistano. Questa idea è esposta nell'opera “The Force of Law”⁶⁵ nei seguenti termini: si consideri una persona che ha deciso una linea d'azione dopo aver tenuto conto di una serie di ragioni egoistiche e morali che non dipendono dal diritto; successivamente, tale persona scopre che la legge vieta l'azione che aveva deciso di compiere o impone di agire come si era promesso di non fare. È allora il caso di chiedersi se esiste la persona che adempirà la prescrizione del diritto, sebbene l'insieme delle ragioni che non hanno a che fare con il diritto⁶⁶ indichi il contrario. In particolare, Schauer si domanda se esista qualcuno che seguirebbe una prescrizione giuridica quando questa indica un corso d'azione opposto a quello desiderato, pur senza alcuna minaccia di coercizione. Detto altrimenti, le persone osservano il diritto indipendentemente dal suo contenuto? La risposta che l'autore si dà è negativa: non esiste nessuno così, oppure si tratta davvero di una minoranza irrilevante di persone.

Per dirla con Schauer,

“If we distinguish the reasons provided by law from the reasons provided by morality, policy, prudence, and everything else, and if we distinguish the reasons provided by law from the various forms of enforcement that law typically employs to assure actual decision according to those reasons, then to what extent do these sanction-independent legal reasons actually influence decisions?”⁶⁷

L'obiettivo dell'opera di Schauer è mettere in luce l'importanza dell'aspetto coercitivo del diritto e per farlo abbandona l'analisi normativa dell'obbedienza al diritto in quanto tale in favore di un punto di vista empirico e descrittivo. Non è rilevante riflettere in modo astratto sull'obbedienza al diritto in quanto diritto, se poi non esiste una percentuale significativa di persone che obbediscono al

⁶³ Commons e Miller 2007: 7-10.

⁶⁴ Sardo 2018: 90.

⁶⁵ Schauer 2016.

⁶⁶ L'insieme delle ragioni non giuridiche da considerare per scegliere una linea d'azione è definito da Joseph Raz “balance of reasons” e le ragioni in esso contenute sono indicate come “first-order reasons” (Raz 1999: 25-33).

⁶⁷ Schauer 2015: 54.

diritto, senza essere sottoposti a coercizione, quando le prescrizioni normative sono in contraddizione con le preferenze dei soggetti.

Riassumendo, in concordanza con la posizione realista nordamericana, Schauer afferma che le persone non seguono il diritto a meno che non abbiano altre ragioni per farlo, siano queste morali, prudenziali, egoistiche, sociologiche o politiche. Di conseguenza, è opportuno riconoscere alla coercizione un ruolo importante.

Se il discorso di Schauer è chiaro, lo stesso non si può dire per le fonti che dovrebbero supportare l'affermazione su cui, poi, viene elaborata la tesi della coercizione.

Per esempio, Schauer sostiene che le persone di alcuni paesi come la Finlandia e la Svizzera seguono in modo più ossequioso rispetto agli statunitensi le regole del codice della strada. Senza aggiungere ulteriori riferimenti a studi scientifici che accertino questa intuizione diffusa tra le persone, egli afferma che:

“What we can conclude from the existence of cultural variation is that there are plainly more puzzled people in some countries than others, and the prevalence of sanction-independent compliers will nevertheless vary with time and place, as well as with a host of more fine-grained cultural variables”⁶⁸.

O ancora, Schauer giunge alla conclusione che:

“To the extent that both lay and legally trained people treat the law as less important than their law-independent judgments, the empirical foundations of the people’s preferred courses of action are undercut even further”⁶⁹.

A sostegno del fatto che gli operatori giuridici percepiscono e individuano il diritto da applicare in vista dei risultati che essi stessi preferiscono, Schauer richiama quanto affermato dal realismo giuridico statunitense⁷⁰ e dagli studi critici del diritto⁷¹. Per quanto d'avanguardia e di rilevanza filosofica essi possano essere; tuttavia, non sono assistiti da conferme neuroscientifiche, behavioriste, o da approfonditi studi scientifici.

Invece, per rinvigorire l'idea che anche i profani del mondo giuridico si comportino parimenti agli esperti, in “The Force of Law” è riportato uno studio che, secondo Schauer, dimostra che le giurie popolari generalmente preferiscono, in caso di conflitto, quella che essi considerano essere la decisione giusta piuttosto che quella conforme al diritto positivo⁷². Tuttavia, se si pone a confronto questa sintesi dell'autore con quanto affermato nello studio⁷³, sembrerebbe che Schauer abbia, almeno parzialmente, desunto ciò che gli era utile. Peraltro, anche trascurando questo aspetto, è difficile sostenere una tesi così impegnativa sulla base di un solo studio, che riguarda una sola categoria di persone.

In definitiva, il ragionamento di Schauer scorre con disinvoltura non tanto perché è scientificamente e logicamente robusto, bensì perché è in assonanza con il comune sentire.

Un'altra tesi priva di sostegno scientifico, sociologico o statistico è quella secondo cui decidere in base alle regole e accettare risultati subottimali permette nel lungo periodo di raggiungere l'ottimo a livello sistemico⁷⁴. Schauer non ricorre ad alcuna scienza sociale per dimostrare che i giudici risolvendo i casi con il modello conversazionale commettono più errori di quante decisioni ‘sbagliate’

⁶⁸ Schauer 2015: 74.

⁶⁹ Ivi. 65.

⁷⁰ Frank 1930 e Leiter 2007.

⁷¹ Kennedy 1986.

⁷² Schauer 2015: 65.

⁷³ “Results revealed that inadmissible evidence (IE) has a reliable effect on verdicts consistent with the content of the IE. Judicial instruction to ignore the inadmissible evidence does not effectively eliminate IE impact. However, if judges provide a rationale for a ruling of inadmissibility, juror compliance may be increased” Steblay 2006.

⁷⁴ Schauer 2016: 251-262; Sardo 2018: 90-92.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

vengono assunte con un'applicazione formalista delle regole. Non si spiega per quale motivo, l'applicazione delle regole formulate dai legislatori sia più ottimale nel lungo termine, di *default*, rispetto alla possibilità dei giudici di raggiungere l'ottimo nel caso concreto.

Alle spalle di questa tesi c'è l'impianto prescrittivo a cui si è sopra fatto cenno, ma ciò non giustifica l'enunciazione di intuizioni o pretese nella veste di dati empirici.

Infine, è opportuno ricordare che anche la tesi dell'autonomia semantica del significato⁷⁵ lascia spazio per ipotizzare che si tratti di un tentativo di impreciosire con i concetti della filosofia del linguaggio una percezione propria del senso comune. Schauer vuole mettere in evidenza che ci sono delle parole e degli enunciati che possono univocamente essere compresi a livello base da tutti coloro che parlano quella lingua. Se diverse persone che parlano italiano entrano in una classe e trovano alla lavagna la scritta: "il gatto è sul tavolo", tutti comprenderanno il significato basilare che l'enunciato evoca. All'autore non sembra interessare, ad esempio, il fatto che l'acontestualizzazione del proferimento impedisca di comprendere di quale gatto si stia parlando e cosa rientri nella categoria 'tavolo'. A Schauer importa affermare che "il gatto è sul tavolo" è una frase che ha un senso ed è comprensibile da chiunque conosca l'italiano. Nulla di più. È un'intuizione di senso comune.

Ora, sebbene questa tendenza a ricorrere al senso comune sia giustificata da ambizioni prescrittive, essa configura comunque un *vulnus* argomentativo, nonché una contraddizione rispetto alla dichiarata intenzione di Schauer di studiare il fenomeno giuridico da una prospettiva più ampia che coinvolga le scienze sociali. La pretesa di un approccio empirico richiede un effettivo utilizzo delle tesi e degli studi sociologici, antropologici, e specialmente neuroscientifici; altrimenti, si ottiene un mero ornamento del generico modo d'intendere e di giudicare della maggior parte degli uomini.

3.4 Multidisciplinarietà.

La tendenza ad accogliere affermazioni di senso comune nel programma filosofico di Schauer è stata verosimilmente assecondata dalla sua impostazione orientata all'osservazione della realtà empirica. Se questo atteggiamento offre il fianco alle osservazioni critiche esposte in precedenza, esso costituisce, al contempo, il riflesso della scelta metodologica precisata nei paragrafi precedenti. La teoria del diritto dovrebbe focalizzare la sua attenzione, secondo Schauer, su ciò che è saliente negli ordimenti giuridici contemporanei. L'analisi dei concetti giuridici dovrebbe essere corroborata dalla ricerca empirica e supportata da studi sulla dimensione sociologica, psicologica, politica ed economica del diritto. La comprensione del fenomeno giuridico passa, allora, attraverso la sintesi di prospettive diverse. La multidisciplinarietà diventa via d'accesso per osservare i meccanismi del diritto nella realtà degli ordinamenti attuali⁷⁶. Schauer stesso chiarisce la posizione in questi termini:

⁷⁵ Secondo la tesi dell'autonomia semantica, simboli come parole, frasi, enunciati e paragrafi hanno la capacità di veicolare il significato indipendentemente dagli scopi comunicativi di chi usa tali simboli in una determinata circostanza. Schauer ritiene che le parole abbiano un significato che prescinde dal loro contesto di proferimento, come dimostra una qualunque comunicazione tra due persone che parlano la stessa lingua: per ciascuna parola proferita i due parlanti condividono un limitato numero di significati, se non uno solo. La capacità di comunicare in italiano, ad esempio, ci permette di differenziare un testo costituzionale da un romanzo e, per quanto abbozzata possa essere la comprensione reale del testo, comunque sarà maggiore della comprensione di un testo scritto in una lingua sconosciuta al lettore. È altresì vero, però, che il linguaggio non può essere separato del tutto dal suo contesto perché il significato di quanto proferito diventa chiaro solo se alcune circostanze sono esplicite. Il linguaggio non trascende completamente la cultura di cui è parte nella misura in cui linguaggio e società sono l'uno parte dell'altro.

In conclusione, il fatto che il linguaggio sia legato al contesto non significa che il linguaggio sia il contesto. Il linguaggio opera sostanzialmente tramite un sistema di regole che rende possibile alle persone di capirsi tra loro in un certo contesto. (Si confronti con Schauer 1991: 55; 1988: 524-528; 1985: 13-14).

⁷⁶ Questo approccio prende le mosse dall'impostazione della "Legal Process School", cfr. nota 7.

“My inquiry is directed not to the concept of law but to the phenomenon of law. Such an inquiry is partly and necessarily conceptual at the outset, but turns empirical more quickly than much of traditional analytic jurisprudence (itself a practice) has seemed willing to confront. Understanding law may well be fostered by various disciplines doing what they do best, whether it be philosophy, or sociology, or economics, or something else, but it may also be fostered by a willingness to move as the inquiry demands from one such discipline to another”⁷⁷.

Questa impostazione diventa, allora, non solo una scelta metodologica, ma anche una critica e un rifiuto di alcuni aspetti della filosofia analitica del diritto o, se non altro, dell’analisi concettuale intesa alla maniera di Joseph Raz e dei suoi epigoni. Secondo Schauer, il compito della filosofia del diritto non è quello di individuare le proprietà necessarie del diritto, cioè quelle sempre presenti in qualsiasi ordinamento giacché compiere una ricerca metafisica dell’essenza del diritto ci allontana dalla reale manifestazione del fenomeno giuridico. Più precisamente, Schauer sostiene che un’ostinazione nella ricerca delle proprietà essenziali (ma non necessariamente molto rilevanti dal punto di vista esplicativo) può offuscare le caratteristiche salienti del diritto.

Ecco un primo passo sostanziale verso il superamento di alcuni ‘dogmatic slumbers’⁷⁸ creati da un dibattito ormai divenuto stagnante. Non necessariamente è la strada giusta, ma impostare un metodo di lavoro diverso da quello che ha caratterizzato il pensiero giusfilosofico del secolo scorso è una strategia funzionale a esplorare nuove latitudini.

La scelta di un’indagine empirica come linea d’azione lascia trasparire l’obiettivo di un discorso *de iure condendo*. Una solida e omnicomprensiva visione del fenomeno giuridico rappresenta un punto di partenza essenziale per la formulazione di un contributo volto a migliorare gli attuali sistemi giuridici. In particolare, l’ideazione di soluzioni innovative passa per un profondo studio delle necessità del sistema, le quali spesso si collocano proprio nei punti di intersezione tra ciò che è tradizionalmente considerato diritto e ciò che, più propriamente, rientra nel campo di studio delle neuroscienze, dell’economia, della sociologia, e così via.

Basti pensare al caso della *soft regulation*⁷⁹, che rappresenta un buon esempio essenzialmente per due motivi. In primo luogo, essa dimostra che, per la comprensione della normatività giuridica, non è sufficiente il riferimento tradizionale all’autorità e ai requisiti formali del processo produttivo delle norme⁸⁰. In secondo luogo, guardando alla *soft regulation* emergono con chiarezza le connessioni tra il concetto di normatività e le caratteristiche della società regolata. Quando i confini della statualità o delle branche del diritto svaniscono cedendo il posto a forme normative prodotte da nuovi meccanismi di governance composti da attori privati e/o pubblici, si accentua l’esigenza di studiare le dinamiche economiche e sociologiche che concorrono alla proliferazione dei centri decisionali e ai contenuti giuridicamente trasversali della *soft regulation*⁸¹. Il cambiamento dei soggetti che creano norme rispecchia il cambiamento dei fenomeni da regolare.

Per comprendere la produzione normativa che nasce da questa rete di centri decisionali su scala globale, è strettamente necessario aver prima conosciuto le cause economiche e sociologiche che promuovono questo cambiamento.

⁷⁷ Schauer 2004: 1956.

⁷⁸ Canale, Tuzet 2016: 162.

⁷⁹ La *soft regulation* o *soft law* “consiste nell’insieme di strumenti, spesso informali (comunicazioni, inviti, segnalazioni, note informative, auspici, messaggi, ecc.), volti a influenzare i comportamenti delle autorità amministrative e dei soggetti amministrati. La *soft law* mette in discussione il principio di tipicità delle fonti e degli atti amministrativi con valenza regolatoria, che costituisce un’esplicazione del principio di legalità, nonché la nozione di vincolatività. [...] La componente autoritativo-prescrittiva di questo tipo di fonti appare recessiva rispetto a quella per così dire persuasivo-sollecitatoria. Il grado di effettività della *soft law* dipende essenzialmente dall’autorevolezza dell’organo da cui essa promana” (Clarich 2013: 97-98). Per un’approfondita analisi del fenomeno della *soft law* si rimanda a Bin 2009 e Mostacci 2008.

⁸⁰ Pariotti 2017: 12.

⁸¹ Ivi: 16.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

Una volta riconosciuta l'esigenza di esaminare i vari fili che compongono la trama e l'ordito del tessuto sociale, onde comprendere le manifestazioni del fenomeno giuridico, alcuni passaggi di Schauer diventano più chiari.

In particolare, è possibile vedere sotto una nuova luce l'ambiguità del termine 'norma' che ripetutamente si presenta nell'opera dell'autore. Schauer usa il termine 'norma' attribuendogli almeno tre sensi diversi. Anzitutto, con norma viene inteso "l'atto prescrittivo linguistico", vale a dire l'atto di chi emana una norma avanzando la pretesa di fissare uno schema di comportamento obbligatorio o permesso per una classe di soggetti.

Il secondo senso con cui l'autore usa il termine 'norma' è quello di prescrizione che fornisce ragioni per agire, vale a dire quel comando o direttiva che è effettivamente accettato dal destinatario. Infine, Schauer usa 'norma' per riferirsi alle 'norme sociali', ossia gli schemi di comportamento effettivamente seguiti da una comunità di riferimento⁸².

È appena il caso di constatare che i tre sensi usati per il termine 'norma' sono idonei a indicare sia norme giuridiche sia norme non giuridiche. In *Playing By The Rules*, infatti, Schauer usa il termine 'rules' prima per riferirsi alle norme in generale, poi intendendo le norme giuridiche.

Ancora più interessante è notare che tra il termine 'norma' inteso nel senso di ragione per agire e di norma sociale vi è in comune il rimando al principio di effettività. Mi spiego meglio: una ragione per agire è tale se la norma è accettata dal singolo destinatario⁸³, mentre una norma sociale è tale se è accettata da più destinatari, ossia da una comunità di riferimento. Dunque, sia le ragioni per agire, sia le norme sociali rispettano il principio di effettività, inteso in senso ampio, in virtù del quale la norma è da considerarsi esistente, qualora sia generalmente accettata dai suoi destinatari⁸⁴.

Di contro, l'atto prescrittivo linguistico non è per definizione una norma che rispetta il principio di effettività nella misura in cui non richiede accettazione alcuna da parte dei suoi destinatari.

Ora, siccome Schauer usa indistintamente il termine norma, è come se riconoscesse a un unico concetto di norma almeno due diversi volti, come fossero due facce di una stessa medaglia. Per Schauer sembra non potersi scindere l'aspetto testuale della norma da quello della sua effettività.

Questo modo di intendere il concetto di norma è ambiguo da un punto di vista analitico, ma concordante con l'approccio empirista di Schauer orientato a cogliere il fenomeno giuridico per come si manifesta. Di qui, l'impossibilità di scindere tra la manifestazione della norma nella forma di enunciato linguistico e nella forma di comportamento umano e sociale.

4. Possibili implicazioni.

L'idea che sottende la tesi di questo articolo è quella secondo cui la ricerca filosofica e giuridica abbia come fine ultimo quello di fornire idee e modelli che possano rendere migliori gli attuali assetti normativi e sociali. Pertanto, non si tratta un'impresa puramente descrittiva, ma assiologicamente orientata. Da questa prospettiva, il programma filosofico di Schauer diventa un campionario di scelte metodologiche da attuare in campo di ricerca giuridica; invero, un'analisi attenta del suo discorso filosofico può aiutare a individuare le strade avanguardiste da percorrere.

⁸² Schauer 1991: e.g., 5, 160, Sardo 2018: 77-78.

⁸³ La norma deve essere accettata non necessariamente anche seguita.

⁸⁴ Più precisamente Guastini definisce il principio di effettività come "quella regola in virtù della quale: (a) una norma deve considerarsi esistente – anche se non risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora sia generalmente accettata ed osservata dai suoi destinatari, e reciprocamente (b) una norma non può considerarsi esistente – anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari" (Guastini 2014: 248).

Nel testo ho voluto estrarre il principio senza il riferimento alla validità nell'ordinamento, allo scopo di valorizzare il tema dell'accettazione della norma – anche non giuridica – da parte dei destinatari. Infine, ho fatto reticenza del participio "osservata" per non aprire in questa sede il tema sulla conclusività delle norme.

Una strada interessante che Schauer intraprende e a cui può essere utile far ricorso è quella dell'analisi delle regole e del loro carattere sovra e sotto-inclusivo. Se la fattispecie astratta delle regole è una generalizzazione dei casi che si vogliono assoggettare alle conseguenze giuridiche della regola, allora con più evidenza si coglie come vi siano casi che ricadono nella fattispecie astratta sebbene la loro inclusione nella fattispecie sia incompatibile coi fini perseguiti dalla norma; o ancora, casi che non ricadono nella fattispecie astratta, ma che sotto il profilo teleologico vi dovrebbero ricadere.

Orbene, questa concettualizzazione della struttura e della casistica delle regole ci permette di ragionare sull'indesiderabilità della applicazione di certe regole non solo da un punto di vista morale, ma anche da una prospettiva più generale. Dunque, focalizzare l'attenzione sui casi di sovra o sotto inclusività permette non solo di aprire un dibattito su quale sarebbe la conseguenza giuridica migliore sotto un profilo morale, bensì solleva anche una domanda a monte: "tale dibattito va aperto o no?". In altri termini, a fronte di un caso di sovra o sotto inclusività, il primo passo è quello di chiedersi se applicare o meno la norma indipendentemente da ogni altro fattore e quindi proprio in virtù del suo essere regola; se la risposta è 'no', allora si passa al secondo passaggio, ossia valutare la conseguenza giuridica più opportuna a realizzare la *ratio* della norma nel caso di specie.

Schauer risponde alla prima domanda sostenendo che è opportuno applicare la regola anche nei casi di sovra e sotto inclusione onde evitare che l'applicazione della regola diventi opzionale. Schauer, come si è visto, distingue tra strategia decisionale basata su regole e strategia decisionale caso per caso, preferendo la prima in forza delle sue tesi formaliste. Di conseguenza, Schauer non si pone il problema di quale conseguenza giuridica sia più opportuna nella misura in cui è sempre il caso di applicare la regola, poiché altrimenti si ridurrebbe la forza normativa della regola stessa. Solo in alcuni casi estremi di lampante e insopportabile ingiustizia, Schauer ammette la prevaricazione sulla norma giuridica di fattori che esulano dalla regola.

Di fatto, è come se dinnanzi ad una società complessa dove gli interessi e i conflitti tendono a un numero infinito, Schauer reagisse constatando che proprio a causa di tale viluppo inestricabile non si possono creare regole perfette che realizzino sempre il migliore risultato. Inoltre, se una norma è frutto di generalizzazione probabilistica, è ineludibile che abbia problemi di sfasatura rispetto alla ragione o alle ragioni che ad essa soggiacciono; a fronte di questa impossibilità, conviene perseguire qualcosa di altrettanto auspicabile ma che sia raggiungibile, come la certezza delle posizioni giuridiche. E di qui un'applicazione formalista delle regole, indipendente dalla loro desiderabilità e che non ponga dubbi sui risultati dell'applicazione del diritto⁸⁵.

Ora, la reazione di Schauer dinnanzi all'infinità di interessi che governano la creazione e l'effettiva efficacia delle norme non è l'unica possibile⁸⁶. A partire dallo stesso assunto, può sorgere un rigetto per l'applicazione formalista delle regole proprio perché incapace di soddisfare istanze eterogenee, mutevoli e imprevedibili. Dinanzi a una realtà in costante variazione, si potrebbe optare - come fa la teoria del "Democratic Experimentalism" - per un cambio di registro in termini procedurali, abbandonando i canonici passaggi giuridici che seguono il principio della separazione dei poteri⁸⁷. Più precisamente, la dissonanza tra l'applicazione delle regole e ciò che viene percepito come equo, desiderabile, efficiente può indurre ad attenuare la distinzione tra emanazione e attuazione. Questa attenuazione si potrebbe realizzare, ad esempio, discostandosi dalla regola quando va contro la sua ragione teleologica e utilizzando quel momento come segnalazione per il rinnovo della regola stessa. L'idea è che un costante aggiornamento prevenga disfunzionamenti futuri; quindi, operare un perenne efficientamento del sistema normativo diventa la regola procedurale a cui si

⁸⁵ Il medesimo ragionamento potrebbe essere applicato al tema della certezza del diritto: a fronte dell'ineliminabile margine di discrezionalità e interpretabilità che pervade l'applicazione del diritto, conviene non perseguire un obiettivo irraggiungibile. È interessante ravvisare come Schauer si protegga da questa prospettiva attraverso le argomentazioni tesi dell'acontestualità semantica del linguaggio e con la sua adesione alla tesi hartiana degli "hard and easy cases". Si confronti con Schauer 1991: 55-56; 2009: 137; 1985: 6 e 10.

⁸⁶ L'autore stesso non nega naturalmente la percorribilità di altre strade.

⁸⁷ Dorf, Sabel 1998: 315.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

devono attenersi tutti, specialmente coloro i quali agiscono a livello basso e intermedio poiché godono di una vicinanza maggiore alle problematiche concrete che le singole regole sollevano⁸⁸.

Ora senza entrare nel merito della teoria architettata da Dorf e Sabel, è estremamente interessante notare che partendo da una constatazione empirica molto simile circa il crescente insorgere di posizioni sovrapposte, si sviluppano due reazioni diverse: una è quella di Schauer che si fa garante dei principi dello stato liberale, l'altra è quella del "Democratic Experimentalism" che non cerca una soluzione nel contenuto delle norme ma nel modo in cui vengono prodotte e applicate.

5. Conclusioni.

L'indagine filosofica di Frederick Schauer, come quella di tanti filosofi del diritto, è stata magneticamente attratta da questioni riguardanti la natura e il funzionamento del diritto. La sua ricerca è stata un particolare dedicata all'analisi teorica delle regole e della loro defettibilità rivendicando, però, la necessità di avvicinare lo studio analitico e concettuale alla manifestazione pratica del diritto. Ecco che allora il focus di attenzione si è spostato sulle condotte dei destinatari delle regole e sulle dimensioni sociologiche, politiche e morali che afferiscono tali condotte. Il desiderio di Schauer di inserire nel suo programma filosofico una particolare attenzione per lo studio empirico del diritto si è realizzato a volte in modo negativo determinando delle debolezze argomentative, come nel caso del ricorso alla *folk psychology*; altre volte, invece, questo approccio multidisciplinare ha fornito interessanti spunti per una ricerca giuridica avente ad oggetto il diritto inteso come uno degli elementi che compongono il quadro delle scienze sociali. I modelli e le intuizioni di Schauer possono, infatti, trovare interessanti applicazioni nello studio di come le regole vengono applicate e della loro capacità di guidare le condotte dei consociati.

BIBLIOGRAFIA

Aristotele 2001, *L'anima*, in G. Movia (ed.), Milano: Bompiani.

Aristotele 2002, *Parva Naturalia*, in A.L. Carbone (ed.), Milano: Bompiani.

Barberis M. 1990, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino: Giappichelli.

Barzun C. L. 2013, "The Forgotten Foundations of Hart and Sacks", *Virginia Law Review*, 99 (1): 1-62.

Bin R. 2009, Soft Law, No Law, in A. Somma (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino: Giappichelli: 31 e ss.

Black D. 1979, "Common Sense in the Sociology of Law", *American Sociological Review*, 44 (1): 18-27.

Canale D. e Tuzet G. 2016, "Introduction to Schauer and The Force of Law", *Ratio Juris*, 29 (2): 160-163.

Clarich M. 2013, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna: Il Mulino.

Commons M. e Miller P. 2007, "Folk Psychology and the Law: Why Behavioral Science Needs to Replace Folk Psychology", *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, 96: 7-30.

Dickson J. 2001, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford e Portland: Bloomsbury.

Dorf M.C. e Sabel C. F. 1998, "A Constitution of Democratic Experimentalism", *Cornell Law Faculty Publications*, 98 (2): 267-473.

Eskridge W. e Frickey P. 1987, "Legislation Scholarship And Pedagogy In The Post-Legal Process Era", *University of Pittsburgh Law Review*, 48: 691-699.

⁸⁸ Dorf, Sabel 1998: 316-323; Sabel, Simon 2017: 5-9.

- Ferrer Beltrán J. e Ratti G.B. 2010, "Validity And Defeasibility In The Legal Domain", *Law and Philosophy*, 29 (5): 601- 626.
- Ferrer Beltrán J. e Ratti G.B. 2012, Defeasibility and Legality: A Survey*, in Id., *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press: 11-38.
- Finkel N. J. 1995, *Commonsense Justice: Jurors' Notions of the Law*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Frank J. 1930, *Law and the Modern Mind*, New York: Brentano's.
- Guastini R. 2014, *La sintassi del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Hart H.L.A. 1961, *The Concept of Law*, in P. A. Bulloch e J. Raz (eds. 2012), Oxford: Oxford University Press.
- Hart H. e Sacks A. 1994, *The Legal Process: basic problems in the making and application law*, New York: The Foundation Press.
- Holmes O.W. Jr 1897, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, 10 (8): 457-78.
- Kennedy D. 1986, "Freedom and Constraint in Adjudication. A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Studies*, 36: 518-562.
- Kuipers T. e Mackor A. R. (eds.) 1995, *Cognitive Patterns in Science and Common Sense*, Amsterdam e Atlanta: Rodopi.
- Jori M. 2010, *Del diritto inesistente: saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa: ETS.
- Leiter B. 2007, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, New York: Oxford University Press.
- Leiter B. 2011, "The Demarcation Problem In Jurisprudence: a new case for skepticism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 31: 663-677.
- Llewellyn K.N. 1930, *The Bramble Bush: on our law and its study*, New York: Oceana.
- Llewellyn K.N. 1950, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed", *Vanderbilt Law Review*, 3: 395-406.
- Llewellyn K.N. 1960, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown & Co.
- Moore U. e Callahan C.C. 1943, "Law and Learning Theory: a study in legal control", *The Yale Law Journal*, 53 (1): 1-136.
- Mostacci E. 2008, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova: CEDAM.
- Pariotti E. 2017, "Self-regulation, concetto di diritto, normatività giuridica", *Ars interpretandi*, 2: 9-27.
- Pintore A. 2017, "Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer", *Revista de la Facultad de Derecho*, 79: 47-74.
- Porciello A. 2016, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale*, Pisa: Edizioni ETS.
- Putnam H. 2004, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other*, Cambridge (MA): Harvard University Press, tr. it., *Fatto/Valore. Fine di una dicotomia*, Roma: Fazi Editore.
- Ratti G.B. 2009, *Norme, principi e logica*, Roma: Aracne.
- Ratti G.B. e Velluzzi V. 2018, Stabilità e affinamento delle soluzioni alle questioni di diritto. Variazioni su Schauer, in F. Schauer, tr. it., (2018), *Il ragionamento giuridico*, Roma: Carocci editore: 11-28.
- Raz J. 1999, *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez J. L. 2014, *Teoria del diritto e analisi logica*, N. Muffato, G.B. Ratti e A. Sardo (eds.), Madrid: Marcial Pons.
- Rosenfeld S. 2011, *Common Sense: A Political History*, Cambridge (MA) e Londra: Harvard University Press.
- Sardo A. 2014, Defettibilità, ideologia e contesto, in J. L. Rodríguez, *Teoria del diritto e analisi logica*, Madrid: Marcial Pons: 53-70.
- Sardo A. 2018, *Due voci del costituzionalismo*, Madrid: Marcial Pons.
- Sebok A. 1996, "Reading 'The Legal Process'", *Michigan Law Review*, 94 (6): 1571-95.

IL DIRITTO COME FENOMENO SOCIALE.

LA MULTIDISCIPLINARIETÀ NELL'EMPIRISMO DI SCHAUER.

- Sabel C. F. e Simon W. H. 2017, Democratic Experimentalism, in J. Desautels-Stein, e C. Tomlins, (eds.), *Searching For Contemporary Legal Thought*, Cambridge e New York: Cambridge University Press.
- Schauer F. 1985, "Easy Cases", *Southern California Law Review*, 58: 399-440.
- Schauer F. 1988, "Formalism", *The Yale Law Journal*, 97 (4): 509-548.
- Schauer F. 1991, *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press, tr. it., *Le regole del gioco*, Bologna: Il Mulino.
- Schauer F. 2003, *Profiles, probabilities, and stereotypes*, Cambridge (MA) e Londra: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Schauer F. 2004, "The Limited Domain Of The Law", *Virginia Law Review*, 90 (7): 1909-1956.
- Schauer F. 2009, *Thinking Like A Lawyer*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Schauer F. 2011, Editor's Introduction: Llewellyn On Rules, in K.N. Llewellyn, *The Theory of Rules*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Schauer F. 2012, "On the Nature of the Nature of Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 98 (4) :457-467.
- Schauer F. 2015, *The Force Of Law*, Harvard: Harvard University Press, tr. it., 2016, *La forza del diritto*, Sesto San Giovanni: Mimesis.
- Schauer F. 2009, *Thinking Like A Lawyer*, Cambridge (MA): Harvard University Press, tr. it., 2018, *Il ragionamento giuridico*, Roma: Carocci editore.
- Schauer F. 2020, *Rules, Defeasibility, and the Psychology of Exceptions*, in L. Bartels e F. Paddeu, Oxford: Oxford University Press: 55-64.
- Searle J. 1969, *Speech Acts: an Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro S.J. 2011, *Legality*, Cambridge (MA) e Londra: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Stebly N. 2006, "The Impact On Juror Verdicts Of Judicial Instruction To Disregard Inadmissible Evidence: A Meta-Analysis", *Law & Human Behavior*, 30: 469-492.
- Tarello G. 1962, *Il realismo giuridico americano*, Milano: Giuffrè.
- Wilkinson-Ryan T. e Hoffman D. A. 2015, "The common sense of contract formation", *Stanford Law Review*, 67 (6): 1269-1302.