

Corrado Roversi

Artefatti giuridici

Il diritto tra intenzione, storia, funzione

ethos/nomos



G. Giappichelli Editore

Introduzione

Se è vero che lo stimolo filosofico fondamentale è la meraviglia di fronte ad aspetti della realtà che diamo per scontati nella nostra vita quotidiana, allora il problema riguardante l'esistenza delle istituzioni e dei fatti che da esse dipendono è senza dubbio un problema filosofico-giuridico. Diamo tutti per scontato che vi siano scuole alle quali affidiamo i nostri figli, i quali e le quali diventano studenti e studentesse; tutti ci rivolgiamo a funzionari pubblici, ad esempio per ottenere il rinnovo di un documento di identità o di un permesso di soggiorno; ci fidiamo di agenti di polizia nell'esercizio delle loro funzioni più di quanto di fideremmo di vigilantes privati; chiediamo fatture per un servizio ottenuto e forniamo a questo scopo il nostro codice fiscale o la nostra partita IVA; paghiamo il caffè, partecipiamo a concorsi, abbiamo rapporti di lavoro, una casa di proprietà o in affitto, siamo parte di nuclei familiari, membri di associazioni, possediamo un nome e un domicilio di residenza. Si potrebbe andare avanti all'infinito: l'estensione di quella porzione di realtà che dipende da istituzioni giuridiche, quindi dalla sussistenza di un ordinamento giuridico e dalla sua pratica, è vastissima e per molti versi più rilevante e più presente alla nostra coscienza, nella vita di tutti i giorni, rispetto a quella dei fatti cosiddetti "naturali". Siamo talmente immersi in questa realtà costruita da regole che può persino capitare di provare una emozione di sorpresa, di risveglio e disvelamento, come se un velo opaco cadesse dai nostri occhi, quando eventi quali una malattia inaspettata, una nascita, una morte, un cataclisma entrano prepotentemente nella nostra vita a ricordarci che quella istituzionale non è l'unica realtà esistente.

Ma come è possibile che questa realtà esista? In questa domanda risiede la meraviglia filosofica dell'ontologia giuridica. Noi sappiamo che vi sono nel mondo entità naturali in virtù del loro ruolo in una più complessiva struttura fisico-chimica, o biologica, la qua-

le obbedisce a generalizzazioni descrittive. La nostra pianta, che vediamo sul balcone o nel giardino, ha una fisiologia, fondata su una chimica di base, e caratteristiche dettate da una evoluzione biologica, ma niente di tutto questo può spiegare il fatto che essa è nostra, così come non è certo la conformazione anatomica di Sergio Mattarella a spiegare il fatto che è il Presidente della Repubblica Italiana. Eppure, anche questi sono fatti: che cosa, allora, ne determina l'esistenza? Qualcuno direbbe, banalmente: siamo noi a mantenerli in esistenza. Se questo è vero, come facciamo a crearli?

Una risposta abbastanza intuitiva a questa domanda fondamentale può essere che noi accettiamo regole, e che queste regole costituiscono questi tipi di fatti: sono appunto regole *constitutive*. Tuttavia, se provassimo a chiedere alle prossime dieci persone che incontriamo quali regole determinano l'esistenza del Presidente della Repubblica Italiana, molto probabilmente ne avremmo una descrizione parziale, nel caso migliore, o erronea in quello peggiore, e questo risultato si amplificherebbe quanto più tecnico fosse il tipo di fatto istituzionale in esame, la determinazione dell'IVA, ad esempio, o l'acquisto di un immobile. Per altro verso, se anche ci limitassimo semplicemente agli esperti di diritto, sarebbe comunque implausibile sostenere che essi abbiano una conoscenza completa di tutto l'ordinamento giuridico, ancor meno ipotizzare che essi accettino tutte le regole della porzione di ordinamento che conoscono, addirittura ridicolo credere che essi pensino a tutte queste regole, le credano valide nel senso di avere un contenuto mentale in atto. Se vogliamo supporre una accettazione alla base delle istituzioni, dunque, dobbiamo intendere non tanto un insieme di stati mentali sempre presenti, bensì un atteggiamento comportamentale di tipo disposizionale, che consiste nella capacità di esplicitare, laddove richiesto, la propria conoscenza e il proprio supporto delle regole rilevanti.

Tuttavia, anche nel caso in cui supponessimo che il fondamento di esistenza dei fatti istituzionali fosse la disposizione, almeno da parte degli operatori giuridici, ad esplicitare un atteggiamento di supporto alle regole rilevanti ove necessario, rimarrebbe in ogni caso da considerare un problema ancora più basilare. Davvero noi possiamo mutare la natura delle nostre istituzioni semplicemente cambiando il nostro atteggiamento verso di esse? Se gli operatori giuridici smettessero di supportare le norme relative alla conclusio-

ne di contratti di locazione o alla distribuzione di competenza tra Stato e Regioni, dovremmo concludere che locazioni e Regioni non esistono più nel nostro ordinamento? Nel caso di ordinamenti giuridici altamente complessi e formalizzati come il nostro, la risposta è chiaramente negativa. Al di là di fenomeni di desuetudine le cui ricadute ontologiche sono da sempre un tema della filosofia del diritto, più banalmente il mutamento di norme e istituti giuridici prevede procedure di abrogazione, di revisione costituzionale, di ridefinizione di termini contrattuali che vanno ben al di là del semplice “cambiare idea”. Eppure, se anche immaginassimo un ordinamento giuridico interamente consuetudinario, privo di procedure formali per la modifica o la cancellazione di norme ed istituti, sarebbe davvero ragionevole ritenere che il semplice mutamento di opinione dei membri della comunità giuridica determini *ipso facto* e senza ulteriore questione un cambiamento nella natura delle istituzioni più fondamentali in quella comunità? Anche in quel caso estremo, non avrebbe invece senso l’argomentazione di un individuo isolato che, a dispetto del generale cambio di rotta, provasse a mostrare che esso è anti-giuridico, incoerente con la storia, l’evoluzione ed il ruolo che quella istituzione ha sempre svolto? Non avrebbe senso cercare di mostrare che il nuovo atteggiamento è, sul piano giuridico, sbagliato, o che almeno esso determina un cambiamento significativo nella natura dell’istituto? Se l’esistenza dei fatti istituzionali dipendesse soltanto dall’accettazione attuale, questo tipo di argomenti sarebbe senza senso, ma non sono senza senso, quindi forse il problema ontologico-giuridico è più complesso.

Nel capitolo secondo di un mio precedente lavoro pubblicato nel 2012 in questa stessa collana – una monografia intitolata *Constituire* e dedicata alla costituzione della realtà istituzionale – avevo già formulato una critica articolata di due teorie sulla ontologia dei fatti istituzionali, ovvero la teoria della intenzionalità collettiva intesa nel suo complesso ed il cosiddetto “testualismo”. Proprio in conclusione di quel capitolo, avanzavo l’ipotesi che i difetti di queste due concezioni potevano essere superati da una visione delle istituzioni in termini di artefatti, lasciando al lavoro futuro lo sviluppo di una tale ipotesi. Questo libro presenta in forma sistematica il percorso compiuto da allora: la sua assunzione di fondo è che l’analisi metafisica di oggetti ordinari creati da esseri umani, come gli strumenti tecnici

o anche le creazioni artistiche, può illuminare la comprensione della natura del diritto e delle istituzioni giuridiche. Che un sistema giuridico, un insieme di norme o un istituto giuridico siano artefatti può apparire una tesi banale, nemmeno meritevole di ulteriore considerazione. Evidentemente, si tratta di creazioni umane, ma c'è qualcosa di realmente interessante che possiamo trarre da questa ovvietà? In realtà, è necessario distinguere tra l'atteggiamento di chi semplicemente enuncia questa tesi in modo incidentale, come parte di una argomentazione che riguarda altri temi, e chi, invece, la assume a fondamento di un paradigma metodologico. Questo paradigma consiste nel trasporre le analisi sulla metafisica analitica degli artefatti alla filosofia analitica del diritto, valutando fino a che punto esse siano effettivamente trasponibili e quali siano, eventualmente, le peculiarità del fenomeno giuridico che precludono tale possibilità. Si tratta di un approccio che può arricchire il dibattito filosofico-giuridico sulla natura del diritto sia che si insista sulle analogie, come fa tipicamente un sostenitore di una teoria del diritto come artefatto, sia che invece si mostrino delle discontinuità, dunque illuminando il fenomeno giuridico per così dire a contrario, mostrando cioè che, per quanto sembri evidente che il diritto sia una creazione umana, tuttavia esso presenta dei tratti peculiari.

Sebbene la teoria proposta in questo lavoro insista sulla natura artifattuale delle istituzioni giuridiche, essa non implica che tutto ciò che è rilevante per una spiegazione del fenomeno giuridico sia riconducibile in ultima analisi alla natura degli artefatti. Una istituzione giuridica nasce all'interno di uno sfondo di senso valoriale e teleologico, la sua funzione è comprensibile soltanto nel contesto di una specifica cultura giuridica, politica, morale, economica, una cornice che potremmo definire "meta-istituzionale" e che non ha, evidentemente, un carattere esclusivamente artifattuale (non possiamo mutare le coordinate fondamentali della nostra vita sociale con un atto creativo analogo al processo di creazione di un cacciavite). Per altro verso, una istituzione giuridica ha delle ricadute nel comportamento sociale, generando un complesso di pratiche più o meno conformi, a volte strategiche, a volte abusive o anche apertamente devianti – tutto un livello di effetti, spesso non previsti, che potremmo definire "para-istituzionali" – che non sono artefatti in nessun senso, perché non sono definiti attraverso un processo

creativo ma emergono da comportamenti e intenzioni individuali, a volte anche semplicemente reazioni comportamentali irriflesse. È piuttosto la struttura normativa della istituzione, quindi il suo livello propriamente istituzionale a poter essere descritto in termini di artefatti: e, peraltro, anche questa distinzione tra un contesto di sfondo, una struttura normativa e un insieme di regolarità sociali dipendenti dalla pratica effettiva trova una analogia nel dominio artificiale, perché anche gli strumenti tecnici o le opere d'arte si inscrivono in uno sfondo di valori e necessità sociali, che ne rendono comprensibile l'aspetto funzionale e determinano pratiche di utilizzo nella comunità dei fruitori. Ma non sono certo i creatori ad aver creato quelle necessità, così come essi non possono avere un controllo completo sul comportamento della comunità di coloro che fruiscono della loro creazione. Per spiegarmi con un esempio: sebbene l'IRPEF sia un istituto giuridico creato come un artefatto, il ruolo del principio di progressività dell'imposizione tributaria nella nostra comunità giuridica e politica non può essere mutato attraverso un semplice atto dichiarativo ed intenzionale, né possono esserlo le strategie di elusione fiscale o gli effetti della tassazione sui comportamenti di consumo; ma lo stesso vale, ad esempio, per un frigorifero, la cui funzionalità si colloca nel contesto di una intera cultura della alimentazione e della conservazione degli alimenti e produce strategie di uso più o meno peculiari, tutti aspetti non costituiti dal processo di creazione dei frigoriferi.

Una struttura normativa istituzionale intesa come artefatto, dunque, si iscrive ed ha ricadute in aspetti sociali e culturali che non sono artificiali. Questo ha una conseguenza importante: una teoria del diritto come artefatto, pur avendo un considerevole ruolo esplicativo, non spiega tutto ciò che è rilevante per l'ontologia giuridica, perché il riferimento al contesto valoriale e teleologico, da un lato, e al contesto sociale dall'altro è ineludibile nella comprensione delle istituzioni giuridiche. Ciononostante, l'analogia con gli artefatti spiega molto e ha vantaggi teorici inaspettati. Spero che il lettore o la lettrice, giunti alla conclusione di questo lavoro, condivideranno questa mia convinzione.

La struttura del lavoro è la seguente. In primo luogo, svilupperò ulteriormente, rispetto al precedente *Constituire*, la critica ad alcune ontologie delle istituzioni attualmente presenti nella letteratura pro-

dotta dall'ontologia sociale contemporanea. Distinguerò tra diversi tipi di psicologismo, un approccio di stampo economico incentrato sulla teoria dei giochi ed una visione genealogica fondata sul concetto di *emergence*. Nel rilevare i profili problematici di tutti questi approcci, individuerò alcuni requisiti che una ontologia delle istituzioni deve rispettare. Nei Capitoli 2 e 3, passo a costruire la teoria delle istituzioni giuridiche come artefatti. In primo luogo, è necessario affrontare seriamente il problema di quale teoria degli artefatti dobbiamo assumere: questo è il tema in particolare del Capitolo 2, in cui mostro che l'approccio più affidabile per una spiegazione metafisica degli artefatti in generale è quello storico-intenzionalistico. Nel Capitolo 3, spiego come questo approccio può includere agevolmente le istituzioni giuridiche nel dominio degli artefatti ordinari, partendo dagli artefatti tecnici, passando per quelli artistici materiali e infine muovendo a delineare la categoria degli artefatti immateriali. In conclusione del capitolo, argomento che la teoria storico-intenzionalistica delle istituzioni giuridiche come artefatti immateriali così sviluppata può rispettare tutti i requisiti individuati nel Capitolo 1. Infine, nel Capitolo 4, dopo aver esaminato altre varianti della teoria del diritto come artefatto discusse nella letteratura giusfilosofica contemporanea e mostrato che esse possono essere unificate dalla teoria storico-intenzionalistica da me proposta, discuto i vantaggi teorici che tale teoria presenta per la filosofia del diritto, a partire da alcune obiezioni che possono essere sollevate contro di essa.

Nonostante questo libro costituisca un'opera interamente originale e di nuova concezione, in due passaggi argomentativi ho utilizzato materiale già da me pubblicato in passato. In particolare, nel Capitolo 1, §§ 3.1-3.3, e nel Capitolo 4, § 3, ho rielaborato ed integrato in modo inedito passi tratti rispettivamente dai miei lavori *Intenzionalità collettiva e realtà del diritto*, del 2016, e *Law as an Artefact: Three Questions*, del 2019 (rimando alla bibliografia per i riferimenti completi).

Questo lavoro sarebbe stato impossibile senza il confronto con tanti colleghi e colleghe, molti dei quali sono nel tempo divenuti veri amici e amiche, con cui ho discusso negli ultimi anni i temi di cui tratto. Li ricordo in ordine alfabetico: Alberto Artosi, Mauro Barberis, Giorgio Bongiovanni, Marco Brigaglia, Bartosz Brożek, Lu-

ka Burazin, Damiano Canale, Stefano Colloca, Jonathan Crowe, Paolo Di Lucia, Kenneth Ehrenberg, Edoardo Fittipaldi, Jaap Hage, Kenneth Himma, Andrej Kristan, Alba Lojo, Giuseppe Lorini, Luisa Lugli, José Juan Moreso, Claudio Novelli, Lorenzo Passerini Glazel, George Pavlakos, David Plunkett, Giuseppe Rocché, Andrea Rossetti, Antonino Rotolo, Claudio Sarra, Giovanni Sartor, Marco Silvi, Paolo Sommaggio, Brian Tamanaha, Giovanni Tuzet, Michele Ubertone, Chiara Valentini, Vito Velluzzi, Antonia Waltermann. A tutti loro va la mia gratitudine per gli stimoli, le critiche e i commenti che in varie occasioni, in tempi e modi diversi mi hanno permesso di migliorare la teoria qui proposta. Ovviamente, nonostante il loro apporto sia stato per me molto importante, la responsabilità per quanto scritto è interamente mia.

Capitolo 1

Critica delle ontologie istituzionali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ontologia sociale. – 2.1. Definizione e metodologia. – 2.2. Regole costitutive. – 2.3. Fondamenti (*grounds*) e ancore (*anchors*). – 3. Cinque teorie delle ancore della realtà istituzionale (e i loro limiti). – 3.1. Teorie individualistiche della intenzionalità collettiva. – 3.2. Teorie collettivistiche della intenzionalità collettiva. – 3.3. Teorie solipsistiche della intenzionalità collettiva. – 3.4. Vantaggi e limiti delle teorie della intenzionalità collettiva: il problema dell'oggettività e del potere. – 3.5. Istituzioni come equilibri tra interessi strategici: il problema della contingenza. – 3.6. Teorie genealogiche delle istituzioni: il problema della insufficienza. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La tesi centrale di questo lavoro è che le istituzioni giuridiche sono artefatti, ovvero, più nello specifico, che una spiegazione della natura delle istituzioni nei termini della metafisica degli artefatti ha un potenziale esplicativo superiore alle alternative: in buona sostanza, è una migliore soluzione del problema ontologico della filosofia del diritto. Questa tesi parte, quindi, dalla assunzione per cui le teorie metafisiche delle istituzioni presenti in letteratura hanno notevoli problemi teorici.

In questo capitolo, esaminerò le più autorevoli e discusse varianti di queste teorie, mostrandone le potenzialità ma anche i profili problematici. Dapprima fornirò alcuni elementi di introduzione alla ontologia sociale, la disciplina filosofica in cui viene discussa la natura dei fatti sociali ed istituzionali (§ 2.1), introducendo poi il concetto di regola costitutiva (§ 2.2) e la distinzione tra fondamenti ed ancore (§ 2.3) come strumenti essenziali per l'analisi che segui-

rà. In seguito, esaminerò cinque teorie delle ancore della realtà istituzionale ed argomenterò che esse hanno, nel loro complesso, alcuni problemi (§ 3). Questi problemi, argomenterò poi nel Capitolo 2, possono essere risolti da una ontologia delle istituzioni giuridiche come artefatti.

2. Ontologia sociale

2.1. Definizione e metodologia

L'ontologia sociale è la disciplina filosofica che tratta la natura delle entità sociali: gruppi come una comunità, una squadra o un popolo; istituzioni come le convenzioni, i rituali, o il diritto; categorie come la razza, il genere, o la classe sociale; status come il denaro, l'essere un leader o un genitore. Sul piano categoriale, le entità sociali possono essere oggetti (ad esempio, la mia carta di identità o una banconota), proprietà o relazioni (l'essere sposato), o fatti (il fatto che il Presidente ha nominato qualcuno senatore a vita). La natura della società e delle entità sociali è un tema millenario, trattato in filosofia fin dalle origini: tuttavia, nell'analisi che segue ci limiteremo all'ontologia sociale contemporanea.

Certamente, una questione fondamentale riguarda l'esistenza di condizioni necessarie e sufficienti per poter qualificare un'entità come "sociale": quando un oggetto, fatto, o atto è sociale? Quando dipende per la sua esistenza dall'interazione umana, si potrebbe rispondere. Ma cosa intendiamo qui con "dipendere"? L'inquinamento dipende dall'interazione umana, ma sembra controintuitivo classificarlo come una entità sociale, mentre la proprietà, le recessioni economiche, le regole di etichetta sembrano ricadere agevolmente in questa categoria. Dov'è la differenza, quindi? Il concetto di dipendenza esistenziale dall'interazione umana sembra troppo ampio e vago per poter delimitare il dominio dei fatti sociali in modo convincente e non sovra-inclusivo.

Si potrebbe forse rispondere a questa domanda dicendo che le entità sociali non semplicemente dipendono dall'interazione umana, ma da un concetto che gli esseri umani condividono nel parte-

cupare a questa interazione. In questo senso, le entità propriamente sociali non possono esistere ed avere alcun tipo di potere causale se non vi sono regole, convenzioni, paradigmi, o semplicemente concetti di queste entità che siano condivisi tra attori umani, mentre al contrario un'entità come l'inquinamento può devastare il pianeta anche se non ne abbiamo alcuna consapevolezza. Questa soluzione, tuttavia, risponde soltanto in parte al problema, perché esclude per principio che vi possano essere entità sociali dotate di capacità causali di cui non siamo consapevoli. Si tratta di una teoria che limita di molto la capacità di scoperta delle scienze sociali: recessioni economiche e strutture di potere, infatti, possono darsi anche in società in cui questi concetti non esistono (su questo, si veda anche sotto, § 3.5).

Il termine “ontologia” nell’espressione “ontologia sociale” dovrebbe essere inteso in senso ampio, dunque sia come una ricerca su quali tipi di entità possono essere considerate sociali (ontologia propriamente detta, ricerca *su ciò che vi è*) sia come ricerca sulla natura di queste entità, sulle loro proprietà essenziali o necessarie (ricerca *su cosa è* ciò che vi è: in questo caso, “ontologia” viene inteso a significare “metafisica”, e dunque in questo contesto metafisica sociale). La metodologia tipicamente utilizzata in questa disciplina – che anche io assumerò nel complesso in questo lavoro – è una forma di analisi concettuale in un senso molto lato, nella quale paradigmi di entità connotate da concetti sociali vengono analizzati fenomenologicamente per trarne proprietà rilevanti di cui viene fornita una spiegazione, aperta alla falsificazione, in termini di proprietà essenziali. È bene tenere presente, tuttavia, che in questo ambito di studio viene svolta molta ricerca interdisciplinare, sia nelle scienze sociali sia in connessione con la psicologia cognitiva ed evolutiva: anch’io condivido questa impostazione metodologica ed utilizzerò parte di questa ricerca in quanto segue.

L’ontologia sociale è primariamente una ricerca di natura descrittiva, sebbene alcuni autori ed autrici diano ad essa anche una funzione normativa, rilevante per la critica sociale. In questo capitolo tratterò soltanto teorie di natura descrittiva sulla realtà istituzionale, essendo primariamente descrittiva e concettuale la natura della ricerca condotta in questo libro.

2.2. Regole costitutive

L'ontologia sociale, come detto, mira a spiegare la natura delle entità sociali, le strutture logiche attraverso le quali possiamo descriverle e i fattori reali che le rendono possibili: i loro elementi costitutivi. Ed è proprio questo termine, "costituzione" e "costitutivo", ad avere grande rilevanza nella letteratura socio-ontologica. J.R. Searle, uno dei fondatori della ontologia sociale contemporanea, ha descritto i fatti istituzionali come fatti originariamente "resi possibili" da regole costitutive, una nozione che ha antecedenti importanti almeno nella teoria delle norme costruttive di Czesław Znamierowski, nelle considerazioni sulle regole dei giochi compiute da Ludwig Wittgenstein, nella "practice conception" delle regole proposta da John Rawls¹. Secondo Searle, la forma tipica (sebbene non necessaria) delle regole costitutive è "X ha valore di (*counts as*) Y nel contesto C": ad esempio, nel caso di una banconota, "un pezzo di carta con queste e queste caratteristiche ed emesso dalla Banca d'Italia su mandato della Banca Centrale Europea ha valore di 5 euro nel sistema giuridico europeo". Regole di questo tipo definiscono gli elementi essenziali di un'istituzione e ne regolano il funzionamento attribuendo ad essi una "funzione di status" (*status function*) connessa a conseguenze normative (o, per usare l'espressione di Searle, "poteri deontici", *deontic powers*). Più recentemente, Searle ha specificato la sua concezione chiarendo che la formula "count as" deve essere intesa come uno strumento per ricordare

¹ Si vedano A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein* (1981), in *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 237-254; ID., *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein* (1983), in *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 265-312; J.R. SEARLE, *How to Derive "Ought" from "Is"*, in "The Philosophical Review", vol. 73, 1964, pp. 43-58; ID., *The Construction of Social Reality*, Penguin, London, 1996 (1995); ID., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010; J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in "The Philosophical Review", vol. 64, 1955, pp. 3-32; C. ZNAMIEROWSKI, *The Basic Concepts of the Theory of Law. Introductory Remarks*, in Z. ZIEMBINSKI (a cura di), *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*, Rodopi, Amsterdam, 1987, pp. 33-37; ID., *Atti tetici e norme costruttive*, in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, M. JORI, L. FERRAJOLI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Cortina, Milano, 2002, pp. 73-80; ID., *Norma costruttiva ed atto thetico*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", vol. 83, 2006, pp. 279-287.

l'operazione tipica delle regole costitutive piuttosto che come un requisito strutturale, e inoltre che le regole costitutive devono essere intese come atti linguistici più o meno espliciti (che egli chiama *standing declarations*) attraverso i quali si stabilisce collettivamente che qualcosa possiede una determinata funzione di status in un determinato contesto². L'attribuzione di funzioni di status può avvenire secondo tre gradi successivi di complessità: si può attribuire una funzione di status ad un ente concreto (ad esempio, lo status di "re" ad uno specifico individuo), oppure si possono accettare regole costitutive che attribuiscono funzioni di status a enti concreti *di un determinato tipo*, oppure infine, nel caso più complesso, regole costitutive determinano le condizioni per l'esecuzione di atti linguistici che a loro volta possono creare entità istituzionali dotati di funzioni di status (ad esempio, "con un atto compiuto secondo certi criteri è possibile costituire un'associazione")³. Sulla base di questo modello, Searle cerca di mostrare come i fatti istituzionali abbiano una loro peculiare oggettività: essi corrispondono a giudizi *epistemicamente* oggettivi, in quanto le condizioni della loro esistenza e dei poteri ad essi connessi sono soggetti a criteri definiti in modo univoco, ma sono fatti *ontologicamente* soggettivi, perché la loro esistenza dipende in ultima analisi da stati intenzionali umani⁴.

In ontologia sociale vi è stata molta discussione sulla natura delle regole costitutive e sulla loro possibilità, ed alcuni autori hanno aggiunto correzioni importanti al modello di Searle: è stato argomentato, ad esempio, che alcune regole costitutive hanno una forma regolativa (memorabile in questo senso l'esempio portato da A.G. Conte: "L'alfiere deve muovere in diagonale nel gioco degli scacchi"), che la formula "count as" non include l'elemento delle conseguenze normative, il quale andrebbe specificato aggiungendo un ulteriore elemento Z ("X ha valore di Y, connesso alle conseguenze normative Z": è la "XYZ formula" di Frank Hindriks), e in-

² Si vedano rispettivamente J.R. SEARLE, B. SMITH, *The Construction of Social Reality: An Exchange*, in "American Journal of Economics and Sociology", vol. 62, 2003, p. 301; J.R. SEARLE, *Making the Social World*, cit., pp. 99-102.

³ J.R. SEARLE, *Making the Social World*, cit., pp. 93-100.

⁴ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, cit., pp. 13-19; ID., *Making the Social World*, cit., pp. 17-18.

fine che le regole costitutive devono inscrivarsi nell'ambito di uno sfondo di senso pre-esistente, tipicamente espresso da concetti meta-istituzionali che non sono costituiti da regole⁵. In altri casi, si è mostrato invece un più generale scetticismo verso l'idea stessa di regola costitutiva, ad esempio rilevando, come ha fatto David-Hillel Ruben, che tutte le regole possono essere ritenute costitutive di qualcosa (e dunque il concetto, inteso a connotare un tipo di regole, sarebbe sostanzialmente vuoto) o che le regole costitutive non sono necessarie, in quanto, come argomenta Brian Epstein, non sono in grado di specificare a pieno i fondamenti delle entità istituzionali, oppure perché (è la tesi di Frank Hindriks e Francesco Guala, già espressa in modo analogo da Alf Ross) un sistema di regole regolative classiche più definizioni stipulative può svolgere tutto il lavoro teorico necessario per rendere conto dei fenomeni descritti dalle regole costitutive⁶.

2.3. Fondamenti (*grounds*) e ancore (*anchors*)

Indipendentemente dai possibili scetticismi sulla nozione di regola costitutiva, con questo concetto Searle ha permesso di cogliere

⁵ Si vedano, rispettivamente, A.G. CONTE, *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, cit., pp. 279-280; F.A. HINDRIKS, *Rules & Institutions*, Haveka BV, Alblasserdam, 2005, pp. 123 ss.; H. SCHWYZER, *Rules and Practices*, in "The Philosophical Review", vol. 78, 1969, pp. 451-467; G. LORINI, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Cedam, Padova, 2000; A. MARMOR, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009, cap. 9.

⁶ Si vedano, rispettivamente, D.-H. RUBEN, *John Searle's The Construction of Social Reality*, in "Philosophy and Phenomenological Research", vol. 57, 1997, p. 444; B. EPSTEIN, *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 121-123; F. HINDRIKS, F. GUALA, *Institutions, Rules, and Equilibria: A Unified Theory*, in "Journal of Institutional Economics", vol. 11, 2015, p. 472. Come menzionato, le idee di Hindriks e Guala trovano un antecedente in A. ROSS, *Tû-Tû*, in "Harvard Law Review", vol. 70, 1957, pp. 812-825. Per una critica della argomentazione di Epstein e di Hindriks-Guala si veda C. ROVERSI, *In Defense of Constitutive Rules*, in "Synthese", vol. 119, 2021, pp. 14349-14370. Per prospettive recenti sulle regole costitutive e la filosofia del diritto si veda anche il bel volume L. RAMÍREZ LUDEÑA, J.M. VI-LAJOSANA (a cura di), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

un aspetto fondamentale della metafisica dei fatti istituzionali, ovvero il fatto che, a differenza delle spiegazioni fornite dalle scienze sociali, che sono per lo più di natura causale (ovvero volte a identificare i fattori più o meno celati che causano i processi di interazione umana), la spiegazione di questo tipo di fatti fornita dall'ontologia sociale è costitutiva, non causale. È stato Brian Epstein a rilevare questa cruciale differenza metodologica, utilizzando uno strumento teorico fornito dalla metafisica analitica contemporanea, ovvero l'idea di "fondamento", *grounding*⁷. "Essere a fondamento di" (*to ground*), da un punto di vista metafisico, è una relazione di spiegazione costitutiva tra fatti che è transitiva, non riflessiva ed asimmetrica ed è utilizzata in metafisica per descrivere relazioni di dipendenza esistenziale sincroniche e non causali. Ad esempio, il fatto che ho promesso a mio figlio Carlo di comprargli un nuovo videogioco è (in parte) causato dal fatto che ha preso ottimi voti a scuola quest'anno, ma trova fondamento metafisico (*is grounded on*) nel fatto che ho pronunciato le parole "d'accordo, Carlo, ti prometto che ti comprerò quel nuovo videogioco": ho fatto una promessa, costitutivamente, in virtù del fatto che ho pronunciato certe parole con una certa intenzione in un determinato contesto. Secondo Epstein, questo è un modello metafisico generale per la spiegazione dei fatti sociali: il fatto che sto pagando un caffè trova fondamento nel (è costituito da, si dà in virtù del) fatto che sto dando

⁷B. EPSTEIN, *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, cit., cap. 6. Il *grounding* è uno dei temi più discussi nella metafisica analitica contemporanea. Per riferimenti bibliografici di base, si veda R. BLISS, K. TROGDON, *Metaphysical Grounding*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021. In italiano si veda M. CARRARA, C. DE FLORIO, G. LANDO, V. MORATO, *Introduzione alla metafisica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2021, cap. 10. Un riferimento cruciale per il dibattito è certamente K. FINE, *Guide to Ground*, in F. CORREIA, B. SCHNEIDER (a cura di), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 37-80. Interessanti discussioni del *grounding* con riferimento all'ontologia giuridica si trovano almeno in T. GIZBERT-STUDNICKI, *The Social Source Thesis, Metaphysics and Metaphilosophy*, in P. BANAŚ, A. DYRDA, T. GIZBERT-STUDNICKI (a cura di), *Metaphilosophy of Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2016, pp. 121-146; S. CHILOVI, G. PAVLAKOS, *Law-determination as Grounding: A Common Grounding Framework for Jurisprudence*, in "Legal Theory", vol. 25, 2019, pp. 53-76; S. CHILOVI, G. PAVLAKOS, *The Explanatory Demands of Grounding in Law*, in "Pacific Philosophical Quarterly", vol. 103, 2022, pp. 900-933.

al barista un preciso pezzo di metallo emesso dalla Banca d'Italia su mandato della Banca Centrale Europea. Epstein denomina “cornice” (*frame*) l'insieme dei mondi possibili in cui i fatti sociali trovano lo stesso tipo di fondamento, mentre chiama “principio-cornice” (*frame principle*) la formula che esprime in termini generali la relazione di fondamento. Dal suo punto di vista – e questo è un elemento cruciale – queste relazioni di fondamento espresse dai principi-cornice sono a loro volta basate su altri fatti, i quali “ancora-no” (*anchor*) i principi-cornice⁸.

Questa distinzione tra fondamenti ed ancore non è accettata da tutti ed è in ogni caso oggetto di dibattito: si è sostenuto, ad esempio, che essa sia pleonastica, in quanto le ancore rappresenterebbero semplicemente un livello differente di fondamento⁹. Al di là della questione metafisica, tuttavia, è chiaro che la distinzione fornita da Epstein è preziosa almeno sul piano metodologico, in quanto mostra la differenza tra due tipi diversi di ricerca ontologico-sociale. Una cosa è chiedere quali fatti fondino un fatto sociale, altro è chiedere che cosa fondi il fatto che esso è così fondato: ad esempio, cercare le condizioni alle quali si realizza il Presidente della Repubblica (l'elezione e il fatto che l'eletto/a possieda i requisiti per l'elezione) è diverso da chiedere che cosa fondi le regole su queste condizioni, ovvero che cosa spieghi l'esistenza della Costituzione.

L'ontologia sociale contemporanea si è focalizzata di più sulla ricerca riguardante le ancore che su quella riguardante i fondamenti. Questo non stupisce, perché l'analisi dei fondamenti si concentra sulla natura di uno specifico tipo di fatto istituzionale (in ambito giuridico, ad esempio, fatti riguardanti il Presidente, o lo status di proprietario, o il possesso della capacità di agire: tutti temi che sono oggetto di discipline specifiche di diritto positivo), mentre lo studio

⁸ B. EPSTEIN, *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, cit., pp. 78 ss.

⁹ Si veda su questo J. SCHAFFER, *Anchoring as Grounding: On Epstein's The Ant Trap*, in “Philosophy and Phenomenological Research”, vol. 99, 2019, pp. 749-767; B. EPSTEIN, *Anchoring vs. Grounding: Reply to Schaffer*, in “Philosophy and Phenomenological Research”, vol. 99, 2019, pp. 768-781. In italiano, un ottimo punto di riferimento per la ricostruzione del dibattito è C. NOVELLI, *Il contributo della metafisica analitica all'ontologia giuridica: Brian Epstein e Jonathan Schaffer*, in “Ragion pratica”, vol. 60, 2023, pp. 317-341.

delle ancore riguarda la natura delle istituzioni in generale (cosa determina l'esistenza delle istituzioni giuridiche nel loro complesso)¹⁰.

Frank Hindriks e Francesco Guala hanno fornito una descrizione sistematica del dibattito socio-ontologico su questo tema nei termini della distinzione tra regole ed equilibri in teoria dei giochi, dunque tra un approccio più legalistico, per così dire, ed uno più vicino alla teoria economica nel quale le istituzioni sociali sono concepite come il risultato di equilibri tra preferenze strategiche individuali¹¹. Tuttavia, questa distinzione può generare confusione se si intende dire che un approccio in termini di equilibri escluda necessariamente l'idea di regola: sono infatti gli stessi Hindriks e Guala a mostrare che regole ed istituzioni sono un risultato tipico anche negli approcci *game-theoretic*. Per questo motivo, è forse più opportuno ipotizzare che la distinzione tra regole ed equilibri introduca una connessione tra elementi a diversi livelli di profondità: anche nel caso in cui si assuma che la realtà sociale emerge dal coordinamento di strategie individuali, è possibile descrivere quel coordinamento come produttivo di istituzioni in termini di regole. In generale, l'idea di regola – e forse proprio di regola costitutiva – sembra una assunzione fondamentale dietro ad ogni ricerca sulle ancore. Per quanto Epstein, come menzionato sopra, sia critico della nozione di regola costitutiva proposta da Searle, chiaramente vi è una stretta analogia tra queste e i principi-cornice da lui introdotti: anche le regole costitutive, infatti, sono intese a fornire parte del fondamento metafisico dei fatti istituzionali che esse introducono in termini di fatti bruti soggiacenti a questi ultimi. Se si accetta questo parallelo, la ricerca sui fondamenti non è altro che una ricerca sulle regole costitutive rilevanti per un determinato tipo di fatto istituzionale, mentre la ricerca sulle ancore riguarda ciò che pone in essere e sostiene queste regole costitutive. Così, quando si analizza la

¹⁰ Un caso interessante di teoria generale delle istituzioni basata sull'analisi dei fondamenti e non delle ancore è il cosiddetto "*conferralism*" di Ásta Sveinsdóttir (o semplicemente Ásta), la quale sostiene che atti di conferimento di uno status sono parte dei fondamenti di qualsiasi fatto sociale. Tuttavia, si tratta sostanzialmente di una eccezione nel contesto di una predominanza di ricerche centrate sulle ancore. Si veda Á. SVEINSDÓTTIR, *The Categories We Live By*, Oxford University Press, Oxford, 2018, cap. 1.

¹¹ Si veda in particolare F. HINDRIKS, F. GUALA, *Institutions, Rules, and Equilibria*, cit., pp. 461-466.

natura delle istituzioni giuridiche chiedendo cosa determini l'esistenza delle loro regole costitutive, si mette in atto primariamente una ricerca sulle ancore: per questo motivo, l'intera proposta teorica di questo libro – ovvero che le istituzioni siano artefatti – deve essere intesa come una ricerca sulle ancore.

Nel seguito di questo capitolo, analizzerò cinque soluzioni a questo problema che sono state fornite nella ontologia sociale contemporanea e ne mostrerò i limiti, argomentando che una teoria delle istituzioni giuridiche come artefatti è in grado di ovviare a questi limiti. Così facendo, preparerò il terreno per mostrare che quest'ultima teoria rappresenta una migliore soluzione al problema delle ancore delle istituzioni rispetto alle alternative finora sostenute.

3. Cinque teorie delle ancore della realtà istituzionale (e i loro limiti)

3.1. Teorie individualistiche della intenzionalità collettiva

Una parte consistente del dibattito svolto nella ontologia sociale contemporanea parte dall'assunto, riscontrabile in diversi autori, che le entità sociali siano poste in essere da accettazione e credenze collettive. Cosa significa però che intendiamo, accettiamo o crediamo qualcosa collettivamente? Come può una entità collettiva avere stati mentali? Questo tipo di approccio psicologista al problema delle ancore delle entità sociali richiede una teoria della intenzionalità collettiva, ovvero un'analisi delle condizioni alle quali stati mentali normalmente attribuibili ad individui possono essere generalizzati ed attribuiti a gruppi. Non vale tuttavia – è bene notarlo – il contrario: non ogni teoria della intenzionalità collettiva implica un approccio psicologista, poiché è possibile, ad esempio, concepire le intenzioni collettive come atti linguistici piuttosto che come stati mentali, o anche concepirle come entità funzionali attribuite a gruppi al fine di collettivizzarne il processo deliberativo, anche se da ciò non segue che tali gruppi abbiano effettivamente una mente¹².

¹² Si vedano, per tali approcci alternativi, rispettivamente J.D. VELLEMAN, *How to Share an Intention*, in ID., *The Possibility of Practical Reason*, Oxford Univer-

Un approccio possibile alla teoria dell'intenzionalità collettiva è individualista, ovvero sostiene la possibilità di analizzare il fatto che un gruppo intenda fare qualcosa, o che accetti qualcosa, in termini di stati mentali individuali: stati nella forma "Io" – io accetto, io intendo, io credo. La principale caratteristica di questa prospettiva è che essa rigetta l'idea che vi sia un modo specificamente "plurale" per avere stati intenzionali, attuando dunque una forma di riduzionismo. Questo riduzionismo non può tuttavia essere grossolano: come ha mostrato Margaret Gilbert, non si può supporre semplicemente una sommatoria di intenzioni individuali giustapposte alla base delle intenzioni condivise, analizzando cioè "noi intendiamo fare" nei termini di molteplici "io intendo fare", perché sulla base del "noi intendiamo" i membri del gruppo avanzano pretese di supporto cooperativo verso gli altri membri, cosa che non avviene quando gli individui hanno intenzioni individuali indipendenti¹³. Di conseguenza, un'analisi della intenzionalità collettiva in termini di stati intenzionali individuali deve comunque includere un riferimento al gruppo, che tipicamente gli autori ascrivibili a questo approccio analizzano in termine di una rete di mutue credenze (*mutual beliefs*) ricorsive, ovvero credenze su ciò che credono gli altri, su ciò che si crede gli altri credano che noi crediamo, e così via: una rete di stati intenzionali che, nella analisi della filosofia sociale di stampo analitico, viene chiamata "conoscenza comune" (*common knowledge*)¹⁴.

Michael Bratman, ad esempio, ritiene che le intenzioni collettive abbiano la forma "*Io* ho intenzione di far sì che *noi* facciamo" (*I intend that we J*), dunque una serie di intenzioni individuali che fanno riferimento ad un contenuto collettivo e che sono in una determinata relazione. Le intenzioni individuali sono, secondo Bratman, col-

sity Press, Oxford, 2000, pp. 200-220; P. PETTIT, *Groups with Minds of Their Own*, in F.F. SCHMITT (a cura di), *Socializing Metaphysics*, Rowman & Littlefield, Oxford, 2004, pp. 167-193.

¹³ L'argomento contro questo tipo di "spiegazioni per accumulazione" (*summative accounts*) può essere trovato in M. GILBERT, *On Social Facts*, Princeton University Press, Princeton, 1992 (1989), pp. 254-288.

¹⁴ A partire dalla analisi delle convenzioni compiuta da David Lewis: cfr. D. LEWIS, *Convention: A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford, 2002 (1969), pp. 52 ss.