

Marco Segatti

# Norme, abitudini e metodo sperimentale. Una rilettura di *Logical Method and Law* di John Dewey

(doi: 10.1415/115090)

Ragion pratica (ISSN 1720-2396)

Fascicolo 2, dicembre 2024

**Ente di afferenza:**

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

## Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>

## Norme, abitudini e metodo sperimentale Una rilettura di *Logical Method and Law* di John Dewey

*Norms, Habits, and Experimental method. A reading of Logical Method and Law by John Dewey*

This paper critically reads John Dewey's classic essay *Logical Method and Law* (1924) and shows how a (somewhat manipulative) reconstruction of its major arguments, has far-reaching (and underexplored) implications for contemporary analytical philosophy of law. The paper identifies two central theses (respectively, a methodological and a political one), which attempt to connect Dewey's jurisprudential preoccupations, with his broader theoretical ambitions and political goals. Most specifically, the paper proposes an interpretation of Dewey's "habits" and then tests its use for a range of central jurisprudential concepts, like norm (and its conditions of existence and effectivity), social norm, compulsion and commitment. Finally, the paper proposes a political interpretation of Dewey's experimental conception of legal and judicial reasoning. While the paper doesn't provide a definitive defense of either one of such theses, it critically discusses several strategies for overcoming their most visible difficulties and for operationalizing their central proposals, while showing their relevance for contemporary analytical philosophy of law.

*Keywords:* habit – social norm – experimentalism – pragmatism – Dewey.

Marco Segatti, Università di Genova, Via Balbi 30, 16126 Genova e Universitat de Girona, Carrer universitat de Girona 10, 17003 Girona  
segattimr@gmail.com

*Parte della ricerca è stata supportata dall'Unione Europea, nel contesto del programma HORIZON WIDERA, progetto n. 101079177 dal titolo «Advancing Cooperation on the Foundations of Law». Il progetto è realizzato da un consorzio costituito dalle Università di Belgrado, Genova, Lisbona e Surrey. Ho presentato una prima versione di questo lavoro nel contesto del seminario di filosofia del diritto organizzato dall'Università di Girona e dall'Università Pompeu Fabra, celebrato a Barcellona nell'aprile del 2022. Ringrazio in particolare il mio discussant in quella occasione, Nicola Abate, nonché Edgar Aguilera, Diego Dei Vecchi, Luca Malagoli, José Juan Moreso, Diego Papayannis e Josep Maria Vilajosana per i commenti e le critiche. Ho discusso alcuni aspetti della concezione pragmatista di "abitudine", della possibilità di utilizzare il "modello di Becker" per darne una efficace rappresentazione matematica, e delle differenze tra "abitudini" e "preferenze", con Michele Boldrin, Francesco Guala e, specialmente, con Pietro Biroli, ricevendo commenti, critiche e suggerimenti molto utili. Un corso monografico su Mead tenuto da Hans Joas a Chicago ha stimolato il mio interesse per la concezione pragmatista di "abitudine", e mi ha permesso di coglierne la rilevanza per la filosofia del diritto contemporanea. Ringrazio infine i due revisori anonimi e gli editori della rivista Ragon Pratica, i cui commenti mi hanno aiutato a migliorare significativamente il testo.*

## Introduzione

Questo saggio propone una lettura parzialmente nuova del saggio *Logical Method and Law* di John Dewey (*LML*, d'ora innanzi), affiancandone l'analisi allo studio di alcuni lavori coevi dello stesso Dewey, e che, pur evidentemente collegati per temi e impostazione, vanno oltre la dimensione giuridica, o di filosofia del diritto. In particolare, l'articolo studia le monografie *Human Nature and Conduct* (*HNC*, d'ora innanzi), del 1922, e *Ethics* (*ET*, che è in realtà un manuale, ed è stato scritto con Tufts), la cui prima edizione (a cui farò principalmente riferimento) è del 1908; e il saggio breve *Valuation and Experimental Knowledge* (*VEK*) del 1922. Quindi, si cercherà di utilizzare almeno alcune delle intuizioni teoriche fondamentali di Dewey e dimostrarne la rilevanza per la scienza giuridica contemporanea<sup>1</sup>. In particolare, questo saggio identifica due tesi, dal profilo rispettivamente metodologico, e politico, che attraversano le opere di Dewey, ma che tanto la letteratura secondaria, come lo stesso Dewey, non distinguono (sempre) in modo chiaro e convincente.

La tesi metodologica propone una ridefinizione del concetto di abitudine, e ne rivendica l'importanza per la teoria sociale:

Il comportamento sociale deve essere studiato a partire dall'identificazione delle abitudini degli esseri umani. Ma il comportamento abitudinario non è (necessariamente) ripetitivo, automatico e irriflessivo. Un'abitudine è, piuttosto, una configurazione acquisita (cioè non innata) di impulsi, aspettative, abilità, e condizioni contestuali (sia sociali che naturali), che dipende dalle esperienze passate dell'agente, e che riduce il costo (marginale e relativo) dell'attenzione cognitiva e dello sforzo motivazionale nello svolgere una attività.

L'obiettivo di questo saggio è di dimostrare come il concetto di abitudine proposto da Dewey, e qui ricostruito, sia in grado di sostenere una concezione riduzionista, predittiva e, quindi, realista delle norme sociali e, *allo stesso tempo*,

<sup>1</sup> Per un inquadramento del saggio nella storia del pensiero giuridico nordamericano, cfr. Kennedy, Fisher 2006. Per una ricostruzione della c.d. "concezione strumentale del diritto", ispirata alla filosofia del diritto di John Dewey, cfr. Summers 1981 e 1982, aspramente criticato da Moore 1984 e, più recentemente, Tamanaha 2007. Questa invece è l'efficace sintesi di Faralli (2002: 12, 13): «[...] sostantivo "strumentalismo" fa riferimento alla concezione del diritto quale strumento progettato per fini pratici e l'aggettivo "pragmatico" designa altri aspetti non impliciti in "strumentalismo", quali: l'interesse per l'uso concreto del diritto [...]; la fiducia nell'efficacia del diritto a cambiare la società; la preminenza dell'operatore [...] sui principi o sulle concezioni generali nel processo di creazione e applicazione del diritto; la valutazione del successo degli usi del diritto a partire dai suoi effetti o conseguenze, e così via». E ancora (2002: 25): «L'analisi [...] del pensiero di Dewey [...] permette di evidenziare alcuni assunti – la concezione della società e del diritto quali processi in continuo movimento; la considerazione del diritto come mezzo per scopi sociali, valutabile, conseguentemente, in base ai suoi effetti sulla società; la critica al concettualismo e ai metodi logici tradizionali di interpretazione; l'elaborazione di un diverso modello argomentativo [...]».

sia in grado di distinguere tra esistenza e effettività di una norma, senza ridurre i processi di accettazione e internalizzazione normativa a forme di compulsione.

La tesi politica propone invece una peculiare concezione dell'obbligo giudiziale di fedeltà al diritto positivo, delineando una teoria politica consequenzialista e sperimentalista del ruolo del giudice e del ragionamento giuridico:

Un giudice, chiamato a decidere e risolvere una controversia giuridica, deve considerare la controversia presente, e le controversie passate che possiedono somiglianze o differenze rilevanti, come esperimenti pubblici attorno agli effetti della norma generale che sta usando ora (e che i giudici hanno usato nel passato) per decidere; deve altresì assicurarsi che i giudici futuri possano fare lo stesso con le controversie giuridiche che lui stesso ha deciso.

In questo caso, l'obiettivo del saggio è di dimostrare come nonostante tale tesi si basi su di una concezione consequenzialista della valutazione politica, sia però anche in grado di riconoscere ragioni (politiche) molto forti (e ulteriori rispetto alla stabilità delle aspettative pubbliche attorno al contenuto concreto del diritto) che *giustificano* il dovere di fedeltà giudiziale al diritto positivo, e che sono, come si usa dire nella filosofia del diritto contemporanea, ragioni *independenti* dal contenuto del diritto positivo.

### 1. Abitudini, compulsione e dedizione: tesi metodologica

Il saggio *LML* comincia proponendo una distinzione (apparentemente innocua) tra comportamento abitudinario o automatico, e comportamento deliberato o riflessivo. Spesso, dice Dewey, la decisione di un giudice è la mera risposta automatica, e stabile nel tempo, ad una fattispecie concreta. Altre volte, invece, un giudice si trova di fronte a casi e controversie che non permettono una risposta automatica (e già acquisita), ma che richiedono uno specifico sforzo di ragionamento e giustificazione.

Ma cosa intende Dewey, esattamente, per abitudine e comportamento abitudinario? E cosa intende, specularmente, per comportamento deliberato, o compiuto in modo riflessivo? Questa sezione propone una definizione del concetto di abitudine, secondo la peculiare concezione proposta da Dewey, e distingue tra due tipi di abitudini – compulsioni e dedizioni. La prossima sezione si occupa del secondo interrogativo, e ricostruisce la concezione di deliberazione riflessiva, a partire dal concetto di abitudine proposto in questa sezione<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> La distinzione tra comportamento automatico e irriflessivo da un lato, e comportamento deliberato e riflessivo (o controllato) dall'altra è diventata uno dei temi di ricerca più affascinanti (e controversi) della psicologia morale e sociale, e della teoria della mente contemporanee, almeno a partire dalla c.d. rivoluzione cognitivista. Per una discussione critica attorno alla

Così Dewey introduce la sua peculiare concezione di abitudine, all'inizio di *HNC*, 24<sup>3</sup>:

It is a significant fact that in order to appreciate the peculiar place of habit in activity we have to betake ourselves to bad habits, foolish idling, gambling, addiction to liquor and drugs. When we think of such habits, the union of habit with desire and with propulsive power is forced upon us. When we think of habits in terms of walking, playing a musical instrument, typewriting, we are much given to thinking of habits as technical abilities existing apart from our likings and as lacking in urgent impulsion. We think of them as passive tools waiting to be called into action from without. A bad habit suggests an inherent tendency to action and also a hold, command over us. It makes us do things we are ashamed of, things which we tell ourselves we prefer not to do. It overrides our formal resolutions, our conscious decisions. When we are honest with ourselves we acknowledge that a habit has this power because it is so intimately a part of ourselves. It has a hold upon us because we are the habit.

Così, invece, Dewey definisce un'abitudine in *ET* (*ET*, 342, 343):

Habit represents facilities; what is set, organized, is relatively easy. *It marks the line of least resistance.* A habit of reflection, so far as it is a specialized habit, is as easy and natural to follow as an organic appetite. Moreover, the exercise of any easy, frictionless habit is pleasurable. It is a commonplace that use and wont deprive situations of originally disagreeable features. Finally, a formed habit is an active *tendency*. It only needs an appropriate stimulus to set it going. [...] It is a propensity to act in a certain way whenever opportunity presents. Failure to function is uncomfortable and arouses feelings of irritation and lack. [Corsivo nel testo].

Si tratta, come è facile vedere, di una concezione molto peculiare di "abitudine". Per cogliere il senso della proposta di Dewey, vale la pena cominciare dal linguaggio ordinario. Un'intuizione comune attorno al significato ordinario di abitudine definisce il comportamento abitudinario come comportamento automatico, sostanzialmente irreflessivo e non consapevole, e la cui caratteristica principale è una manifesta regolarità, anche in presenza di notevoli modifiche all'ambiente in cui si realizza<sup>4</sup>. La prima tesi metodologica qui esposta nega, innanzitutto, che la caratteristica centrale del comportamento abitudinario sia la sua ripetitività. Questo primo passo nella ridefinizione di abitudine costituisce uno dei tratti comuni più visibili di tutta la tradizione della filosofia pragmatista

rilevanza delle c.d. "*dual process theories*" del giudizio morale (e della cognizione sociale) per una spiegazione della normatività, cfr. Brigaglia 2018, 2016, 2015 e Brigaglia, Celano 2018.

<sup>3</sup> Cfr. anche *HNC*, 41, 42.

<sup>4</sup> Cfr., per esempio, la critica classica di Hart alla teoria del diritto di Austin, basata, secondo Hart, sulla concezione di abitudine come mera regolarità di comportamento: Hart 1961, cap. IV. Devo il riconoscimento della rilevanza della concezione di abitudine proposta da Dewey per l'interpretazione delle critiche di Hart ad Austin ad alcuni commenti di José Juan Moreso.

dei classici (Charles Peirce, William James, John Dewey e George Herbert Mead)<sup>5</sup>. Più recentemente, la stessa letteratura di psicologia cognitiva contemporanea ha condiviso, *grosso modo*, la necessità di ridefinire il significato ordinario di abitudine, e distinguerlo dalla mera ripetizione di un comportamento<sup>6</sup>. Per “abitudine”, uno psicologo cognitivo generalmente intende infatti un processo impulsivo che *riduce* il livello di attenzione cognitiva e lo sforzo motivazionale di un comportamento, condotta o attività; e, quindi, *causa* la regolarità del comportamento (anche se sono disponibili comportamenti meno cari, più utili, più intelligenti, ecc...). Un’abitudine *non* è, quindi, il comportamento che si compie in modo ripetitivo, ma, semmai, il meccanismo psicologico che *causa* tale ripetitività.

La tesi qui esposta aggiunge due ulteriori elementi a questa ridefinizione. Un’abitudine, abbiamo detto, riduce il *costo* (marginale) *relativo* di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere una qualche attività, e non *direttamente* i livelli di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale. Aggiungere *costo*, e qualificare tale costo come *relativo*, permette di cogliere il senso dell’innovazione concettuale proposta da Dewey. “Comportamento abitudinario” non designa un comportamento compiuto in modo ripetitivo, ma non designa nemmeno (necessariamente) un comportamento compiuto in modo *irriflessivo* e *inconsapevole*. Cioè, i comportamenti compiuti in modo ripetitivo, irriflessivo e inconsapevole sono *tipi* particolari di comportamento abitudinario, ma *non* sono gli unici esempi di (comportamenti causati da) abitudini. Un certo costo relativo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere un’attività rispetto ad altre può avere l’effetto di *ridurre* il livello di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere tale attività. Un’abitudine, in questo caso, *causa* un comportamento compiuto in modo irriflessivo, inconsapevole e, quindi, probabilmente ripetitivo, perché causa una riduzione del *livello* di attenzione cognitiva e di sforzo motivazionale di alcune attività, aumentando il costo di attenzione

<sup>5</sup> Per una ricostruzione puntuale della concezione pragmatista di “abitudine”, e del modo in cui tale concezione supera il rigido dualismo tra comportamento automatico e irriflessivo e comportamento deliberato e riflessivo, cfr. Morris 1996: cap. 2, par. 5, e, tra i contributi più recenti, Caruana, Testa 2020; e Hutto, Robertson 2020. Per la rilevanza della concezione pragmatista di abitudine nella storia del pensiero sociologico, cfr. Camic 1986; Joas, 1996. Per darsi conto delle difficoltà della teoria filosofica dell’azione umana di superare il rigido dualismo tra comportamento irriflessivo e comportamento deliberato, cfr. Pollard 2006a, 2006b e Douskos 2017a, 2017b, 2017c. Sull’importanza del concetto di abitudine per la metaetica pragmatista, cfr. Cavell, Sesonke 1951.

<sup>6</sup> Cfr., per una rassegna molto chiara, Gardner, Rebar 2019. Cfr. però i testi collezionati in Caruana, Testa 2020 per la rilevanza della concezione pragmatista di abitudine per la psicologia cognitiva contemporanea. Insomma, la concezione pragmatista di abitudine (e, corrispondentemente, la sua ricostruzione, assai più limitata, che propongo qui) *non* è, con ogni probabilità, la concezione di abitudine più diffusa e conosciuta nella psicologia cognitiva contemporanea. Ciò *non* esclude però, come dimostrano Caruana e Testa, che la concezione pragmatista di abitudine non sia perfettamente integrabile con, e possa contribuire a, i risultati teorici ed empirici della letteratura psicologica contemporanea.

cognitiva e di sforzo motivazionale di attività *alternative*. L'agente non riesce a concentrarsi e a motivarsi nello svolgimento di attività che non siano l'oggetto della sua abitudine. Il comportamento è in questo caso automatico, nel senso di irriflessivo e meccanicamente ripetitivo: l'agente non è capace di resistere a compiere il comportamento ogni qual volta percepisce uno stimolo adeguato, a prescindere dalla valutazione consapevole delle conseguenze del suo comportamento. Chiamerò questo tipo di abitudini "compulsione".

Una variazione del costo relativo può però anche *aumentare* il livello di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere una attività. Il comportamento, più o meno ripetitivo che sia, è in questo caso consapevole e compiuto in modo riflessivo, perché l'abitudine *causa* una riduzione del *costo* di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere l'attività (attraverso l'acquisizione di alcune abilità, per esempio), *senza aumentare* il costo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere attività alternative. Il comportamento è in questo caso automatico nel senso di "facile", perché l'agente si concentra e si motiva a compiere l'attività oggetto della sua abitudine senza percepire un notevole sforzo, ed è in grado di valutarne consapevolmente le conseguenze. Chiamerò questo tipo di abitudini "dedizione".

## 2. Abitudini tra impulsi, preferenze, e deliberazione sperimentale

Sono a questo punto opportune alcune ulteriori definizioni: cosa sono gli "impulsi", le "abilità", "aspettative" e le "condizioni ambientali" a cui si riferisce la ri-definizione del concetto di abitudine qui proposta? Per rendersi conto della portata innovativa (e solo in parte esplorata) della concezione di Dewey di abitudine, poi, vale la pena indicare le principali analogie e differenze tra le diverse concezioni di "preferenza" proposte e usate dalla microeconomia contemporanea, e la concezione di abitudine qui discussa. Infine, concludo questa sezione identificando il carattere "sperimentale" della deliberazione riflessiva secondo la peculiare concezione del comportamento umano proposta da Dewey, e basata sul concetto di abitudine.

Per "impulso" intendo una classe di oggetti che includono appetiti, istinti, riflessi – capacità innate, e che si riferiscono (cioè dipendono da) caratteristiche fisiologiche dell'organismo<sup>7</sup>. Rientrano in questa definizione, pertanto, cose come: la fame, la sete, l'empatia, l'euforia, l'eccitazione sessuale, etc. (cfr. *HNC*, II parte.). Per "abilità" intendo capacità acquisite, cioè capacità che dipendono dalle esperienze passate del soggetto a cui si riferiscono, e che hanno (o possono avere) un decadimento: una certa frequenza di pulsazioni cardiache (a differenza dell'impulso che causa la pulsazione); una certa capacità polmonare (a

<sup>7</sup> Cfr. Morris 1996: cap. 2 (par. 4).

differenza dell'impulso che muove il diaframma); la capacità di muovere gli arti (a differenza della capacità di camminare, che dipende da condizioni ambientali esterne favorevoli); la capacità di leggere e scrivere (a differenza delle attività di leggere e scrivere, che dipendono, anche, dall'aver qualche cosa da leggere, o qualcosa con cui e su cui scrivere, e l'esistenza di condizioni ambientali esterne favorevoli). Per "aspettative" intendo stati mentali, non necessariamente trasparenti al soggetto che li possiede, e che possono essere rappresentati attraverso proposizioni condizionali, che legano una azione, ai suoi effetti. Per condizioni ambientali naturali intendo una misura delle risorse "naturali" che l'agente può reclutare nella sua attività (una certa percentuale di ossigeno nell'aria; una certa pressione atmosferica; una certa temperatura). Per condizioni ambientali sociali intendo, *grosso modo*, ciò che gli economisti chiamano "capitale sociale": una misura delle risorse che l'agente può reclutare nella sua attività e che dipendono dalla sua posizione in un gruppo sociale di riferimento (cioè, *grosso modo*: le risorse a disposizione del soggetto, che dipendono dalle abitudini degli altri membri dei diversi gruppi sociali a cui appartiene).

In che cosa consistono quindi, le principali analogie e differenze tra le diverse concezioni di "preferenza" proposte e usate dalla microeconomia contemporanea, e la concezione di abitudine qui discussa<sup>8</sup>? Come una preferenza secondo l'interpretazione comportamentalista<sup>9</sup>, un'abitudine spiega il comportamento umano a partire da ciò che stimola l'agente nell'ambiente in cui si trova; e tale stimolazione è determinata, almeno in parte, da variabili biologiche o fisiologiche (gli "impulsi"), che limitano, o comunque orientano, la classe di stimoli a cui l'organismo è capace di rispondere. Ma un'abitudine incorpora anche credenze (nella forma di aspettative), oltre ad abilità e condizioni ambientali. Pertanto, la possibilità che l'individuazione di un oggetto (naturale, artificiale, o sociale) come obiettivo dell'azione *conti come* un'adeguata risposta a un impulso, e sia in grado di stimolare il comportamento dell'agente, dipende dall'interazione tra variabili in senso lato personali, o idiosincratiche, dell'agente (come le caratteristiche dei suoi impulsi, le sue aspettative, o le sue abilità), variabili ambientali (tanto naturali, come sociali), e gli effetti dell'esperienze passate dell'agente<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Guala 2019 e 2012 per un'analisi delle diverse interpretazioni di "preferenza" nell'economia contemporanea.

<sup>9</sup> Per interpretazione "comportamentalista" intendo una concezione di "preferenza" che o nega l'esistenza stessa di stati mentali, o nega la loro *conoscibilità*, o nega la loro rilevanza per lo studio del comportamento umano. Quindi, per esempio, una teoria comportamentalista delle "preferenze" considera l'enunciato "X preferisce A a B" come *sinonimo* dell'enunciato "X sceglie A, quando sia A che B sono disponibili". La questione se la teoria psicologica di Dewey fosse o meno, e in che senso, una psicologia comportamentalista è stata oggetto di discussioni molto accese. Cfr. per esempio Morris 1996: capp. 1 e 2 (spec. par. 1 e 2). Per i miei fini, basta essere d'accordo che la concezione di abitudine qui ricostruita non corrisponde alla definizione di "preferenza" data poco sopra.

<sup>10</sup> Cfr. Morris 1996: cap. 2, par. 3; e Alcaro 1997: cap. 15, par. 4 e 5.

Come una preferenza nell'interpretazione edonista, un'abitudine spiega il comportamento umano a partire da esperienze di piacere, o dolore. Ma, nell'interpretazione edonista di preferenza, l'esperienza di piacere o dolore rilevante è identificata come il punto *terminale* della strategia comportamentale dell'agente, e la motiva con la promessa di un premio; l'esperienza di piacere, o di dolore, che spiega il comportamento secondo le abitudini dell'agente è invece identificata come il punto *iniziale* dell'azione, e la spiega come stimolo alla scelta. Cfr. HNC, 201<sup>11</sup>:

Joy and suffering, pain and pleasure, the agreeable and disagreeable, play their considerable role in deliberation. Not, however, by way of a calculated estimate of future delights and miseries, but by way of experiencing present ones. [...] Some objects when thought of are congruent to our existing state of activity. They fit in, they are welcome. They agree, or are agreeable, not as matter of calculation but as matter of experienced fact. Other objects rasp; they cut across activity; they are tiresome, hateful, unwelcome. [...] We do not think of future losses and expansions. We think, through imagination, of objects into which in the future some course of action will run, and we are now delighted or depressed, pleased or pained at what is presented.

Ciò implica che la spiegazione del comportamento sulla base delle abitudini *non* ha bisogno di assumere che l'agente sia sempre e invariabilmente motivato dal perseguimento del suo interesse (sia esso inteso in termini edonistici, egoistici o altruistici). Una persona può *non* essere stimolata dai propri interessi, e nemmeno da oggetti e attività che reputa riflessivamente meritevoli, e, ciononostante, essere un massimizzatore instancabile della propria "utilità": «*Habit represent facilities; what is set, organized, is relatively easy. It marks the line of least resistance*» (ET, 342).

Come una preferenza nell'interpretazione razionalista, un'abitudine implica una valutazione, che dipende da un giudizio *statico*: l'agente rappresenta l'oggetto (naturale, sociale, astratto, concreto o immaginario) che lo stimola, e i mezzi (e i relativi costi) di perseguirlo. Tanto una preferenza, come un'abitudine, pertanto, definiscono tassi marginali di sostituzione tra oggetti diversi: quanto un agente sia disposto a rinunciare a perseguire un obiettivo in ragione della stimolazione (e relativi costi) a perseguirne un altro. Ma una preferenza definisce (tradizionalmente) tassi marginali di sostituzione tra *beni*; un'abitudine definisce invece tassi marginali di sostituzione tra *attività* (intese come combinazioni di beni, unità di tempo, tecnologie di produzione disponibili e condizioni ambientali, sociali e naturali). Inoltre, una preferenza è (tradizionalmente) intesa come completamente trasparente all'agente che la possiede, ed è una buona approssimazione a, almeno, la concezione soggettiva del benessere dell'agente. Un'abitudine, invece, non è (necessariamente) né trasparente, e nemmeno (necessariamente) coincide

<sup>11</sup> Cfr. anche Morris 1996: cap. 2, parr. 6 e 8.

con l'interpretazione (soggettiva o oggettiva) del benessere dell'agente: diversi tipi di abitudini sono più o meno trasparenti all'agente che le possiede, e coincidono (più o meno) con la sua concezione (ragionevole, intelligente, o completamente folle) del suo benessere. *Quali* tipi di abitudini, insomma, sono trasparenti e oggetto di approvazione riflessiva da parte dell'agente che le possiede è una questione empirica, e contingente, e che dipende dalla particolare interazione tra impulsi, aspettative, abilità e condizioni ambientali che le compongono<sup>12</sup>.

Infine, un'abitudine incorpora non solo valutazioni statiche, ma *anche* valutazioni *dinamiche*, e cioè giudizi (più o meno espliciti, più o meno trasparenti, più o meno accurati) attorno agli effetti della propria scelta *presente* per le proprie abitudini *future* (o per quelle altrui). E cioè, la motivazione attuale dell'agente è determinata non solo dalla sua stimolazione a produrre gli effetti prossimi, o immediati, della propria scelta; ma è determinata anche dalla stimolazione a produrre alcuni effetti più remoti, o mediati: gli effetti della propria scelta attuale per le proprie valutazioni e abitudini *future* (o per quelle altrui). La componente dinamica delle valutazioni incorporate in una abitudine permette di tratteggiare, innanzitutto, le condizioni di stabilità diacronica di una abitudine: e, cioè, la probabilità che deviazioni (passate) del comportamento dell'agente *causino* una stimolazione a rettificare il comportamento (presente) secondo le abitudini pregresse. Quanto maggiori devono essere le deviazioni (passate) per inibire lo stimolo a rettificare il comportamento presente, tanto più stabile è la relativa abitudine<sup>13</sup>.

Il carattere dinamico delle abitudini permette, inoltre, di ricostruire la distinzione, solo accennata da Dewey all'inizio di *LML* (ma analizzata in profondità nella terza parte di *HNC* e in *VEK*), tra comportamento abitudinario, e comportamento compiuto a seguito di una deliberazione riflessiva, e di identificare il carattere "sperimentale" che Dewey attribuisce a quest'ultima. Se il comportamento abitudinario è un comportamento che risponde alla stimolazione presente, il comportamento compiuto a seguito di una deliberazione riflessiva è un comportamento che risponde all'*incertezza* nella stimolazione presente (dovuta, per esempio, alla relativa instabilità dell'abitudine corrispondente) e

<sup>12</sup> Con ciò la ri-definizione qui proposta di abitudine si allontana e distanzia da ciò che Brigaglia (2018: 82) chiama "raffigurazione raziocinativa del controllo", ma, e questo è il punto importante, è in grado di reclutarne pressoché completamente il formalismo matematico, e, per tale via, integrarne i risultati analitici, quando e nella misura in cui essi vengano confermati empiricamente. Cfr., per esempio, la concezione di abitudine discussa in questo saggio, con i modelli formali illustrati da Becker 1996 (spec. ai capp. I e IV).

<sup>13</sup> Per un'analisi molto simile di quello che si usa chiamare "trinceramento" di una regola, cfr. Brigaglia 2018: 83, 84, e Brigaglia, Celano 2018. Si noti come il carattere dinamico e l'analisi delle condizioni di stabilità di un'abitudine non solo permette una rappresentazione del "sistema di salienza", che, secondo Brigaglia, coordina le funzionalità automatiche e le funzionalità di controllo del comportamento umano, ma permette, anche, di rappresentare il superamento creativo, più o meno intelligente, più o meno riflessivo, delle abitudini pregresse dell'agente.

che mira a produrre modifiche alle proprie abitudini (o a quelle altrui) *future*. Una deliberazione riflessiva, quindi, è un particolare tipo di comportamento che, in risposta all'incertezza nella stimolazione presente, persegue due tipi di obiettivi: un obiettivo prossimo, o immediato, legato al nesso strumentale tra comportamento scelto e i suoi effetti diretti; e un obiettivo mediato, o remoto, legato alla strumentalità del comportamento scelto rispetto alla conservazione o alla modifica delle proprie abitudini future (o a quelle altrui)<sup>14</sup>.

Allo stesso modo, in un esperimento pratico consapevole la selezione degli obiettivi prossimi, o immediati, della condotta, è svolta dall'agente alla luce del perseguimento di obiettivi più remoti, o mediati. Innanzitutto, l'esperimento serve per acquisire *nuove* informazioni attorno agli effetti delle proprie valutazioni e scelte attuali (obiettivo prossimo, o immediato). Quindi, l'agente usa tali informazioni per modificare le proprie valutazioni e scelte future (obiettivo remoto, o mediato)<sup>15</sup>.

Lo stretto legame tra condizioni di stabilità di un'abitudine, deliberazione riflessiva, e sperimentalismo pratico permette di differenziare ulteriormente quelle che ho chiamato "dedizioni" e "compulsioni". "Dedizione" si differenzia da "compulsione", si è detto, perchè la prima, a differenza della seconda, riduce il costo marginale e relativo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere una attività, *senza* aumentare il costo rispettivo nello svolgere attività alternative. Nel primo caso, a differenza del secondo, l'attività diventa automatica nel senso di facile, perchè l'agente riesce a motivarsi a compierla e a concentrarsi nel suo svolgimento senza percepire notevoli sforzi, consapevole delle sue conseguenze, e con un controllo relativamente migliore della sua esecuzione. Il compimento di una attività sulla base di una "dedizione" è relativamente più sensibile al verificarsi di conseguenze inaspettate, e a concepire la scelta attuale come un esperimento attorno alle valutazioni e ai giudizi incorporati nelle abitudini dell'agente. Una "dedizione" si contraddistingue dal fatto che l'agente è relativamente più sensibile alla possibilità di dover "aprire" la fase deliberativa, per modificare le proprie abitudini<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. VEK, e Anderson 2023.

<sup>15</sup> Data la difficoltà di tale genere di valutazione (attorno alle conseguenze non immediate della decisione), non è certo da escludere che buona parte degli effetti concreti di una decisione *non* siano intenzionali. Anzi, un esperimento pratico è strutturalmente costruito precisamente per produrre conseguenze, almeno in parte, inattese. Quindi: concezione sperimentale del ragionamento pratico da un lato, e dinamicità delle abitudini dall'altro, non solo sono compatibili con una concezione evolucionistica del diritto in generale, e, come vedremo, del diritto giudiziale nello specifico, ma ne rivendicano e sottolineano l'importanza. Per una ricostruzione delle concezioni evolucionistiche del diritto, e della loro relazione con l'ideale del *Rule of Law*, cfr. almeno Barberis 2016.

<sup>16</sup> Cfr. Anderson 2023 che ricostruisce precisamente la ritrosia di Dewey a riempire la sua teoria morale di contenuto direttamente precettivo, preferendo invece concentrarsi nella definizione di un *metodo* di investigazione morale. Cfr. anche Morris 1996: spec. cap. 3 (parr. 1, 5 e 6).

### 3. Le norme nel linguaggio delle abitudini: una chiave di traduzione

Definito il concetto base di abitudine e tracciate le distinzioni più rilevanti tra quest'ultimo e il concetto di preferenza da un lato e di abitudine (secondo il linguaggio ordinario) dall'altro, abbiamo ora i primi strumenti teorici per provare a tradurre (una parte de) il vocabolario della filosofia analitica del diritto nel mondo concettuale della filosofia sociale di John Dewey.

Procederò per definizioni e distinzioni; l'obiettivo è di dimostrare, insieme, la versatilità del linguaggio delle abitudini, e la sua precisione nel rappresentare (e riformulare) tali questioni. Questa sezione propone una prima definizione di norma, qualificando il particolare tipo di riduzionismo non comportamentalista alla base di tale definizione; quindi, la sezione discute la distinzione tra esistenza, effettività, e tipi di internalizzazione di una norma, e tra norma idiosincratica e norma sociale.

Una norma è il *nome* di un'abitudine, che riduce il costo relativo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale di alcune attività. Cioè, una norma, come si usa dire, attribuisce una qualificazione deontica a un comportamento, nel senso che dà un nome alla particolare configurazione di impulsi, abilità, aspettative e condizioni ambientali che causa che l'agente sia stimolato a compiere (o a evitare di compiere) quel comportamento.<sup>17</sup> Per esempio, la norma "è obbligatorio attraversare sulle strisce pedonali" è il nome di una particolare configurazione di impulsi, abilità, aspettative, condizioni ambientali che, dato l'obiettivo di attraversare la strada, stimolano a cercare le strisce pedonali più vicine per attraversare.

Si tratta di una definizione molto generale (e generica), ma sono già possibili alcune precisazioni, e i prossimi paragrafi provano una prima discussione generale di: cosa motiva la complicazione di definire una norma come il *nome* di un'abitudine, invece di dire, più direttamente, che una norma è un'abitudine?

<sup>17</sup> Per un'analisi (critica, ma caritatevole) dell'idea (in parte simile) secondo cui una regola è una rappresentazione mentale che causa comportamenti specifici, perché stimola l'agente a conformarvisi, cfr. Brigaglia 2018: 69. La definizione inoltre è del tutto compatibile con l'interpretazione di Gavazzi (1965: XIII) del Ross di *Kritik der sogenannten praektischen Erkenntnis*: «[v]alidità, valore, dovere sono solo parole per mezzo delle quali si esprime e si razionalizza l'esperienza soggettiva di determinati impulsi». Allo stesso tempo, però, la definizione qui proposta lascia ampio spazio all'interpretazione di Gavazzi (1965: XVIII) del Ross di *Why Democracy?*: dalla circostanza che la ragione, *da sola*, non possa fondare norme di condotta, *non* segue (necessariamente) che *non* possa guidarla in maniera più o meno consapevole, più o meno intelligente, più o meno sensibile alla complessità e all'ampiezza degli effetti di seguire una particolare norma di condotta (sul punto, cfr. la parte III di *HNC*).

### 3.1. Le norme come nomi: un riduzionismo non comportamentalista

La definizione di norma come nome di un'abitudine serve per segnalare che si tratta di una concezione riduzionista delle norme: la definizione è costruita per (e il suo successo dipende dalla capacità di) ridurre le condizioni di esistenza, effettività, validità e giuridicità di una norma a variabili psicosociali. Aggiungere che la norma è un *nome* di un'abitudine e non, direttamente, un'abitudine permette però di fare alcune cose ulteriori. I vantaggi sono cumulativi e la loro identificazione va distribuita nel corso dell'esposizione<sup>18</sup>. Dipendono, però, da una prima considerazione generale: la definizione impedisce, immediatamente e senza ambiguità, un'interpretazione comportamentalista delle norme, secondo cui queste ultime sarebbero una mera ricostruzione logica di classi di comportamenti<sup>19</sup>. La relazione tra abitudine e comportamento è causale, non logica, e una causa non può essere rappresentata come ricostruzione logica dei suoi effetti. Insomma: non è contraddittorio dire "Devo fare X, ma non ne ho nessuna voglia"; o "È vietato fare Y, ma non riesco a resistere alla tentazione di farlo"; e nemmeno è contraddittorio rispondere a "Fai pure Y, nessuno ti scoprirà", dicendo "Il punto non è se mi scoprono o no: il punto è che Y è proibito". La definizione qui proposta dà conto del fatto che queste dichiarazioni sono perfettamente comprensibili e non contraddittorie, perché pur riducendo l'esistenza e le caratteristiche di una norma a variabili psicosociali, non commette l'errore di correlare (*analiticamente*) tali variabili a comportamenti specifici. E cioè, l'esistenza e l'effettività di una norma *non* implicano (necessariamente) che il comportamento del destinatario sia conforme a quanto la norma prescrive o proibisce, e nemmeno impegnano a vincolare il comportamento conforme a una stima specifica della probabilità di incorrere in una sanzione in caso di violazione della norma stessa. L'esistenza di un nome, o l'effettività causale delle variabili a cui si riferisce, *non* escludono la contemporanea esistenza di *altri* nomi, o l'effettività di *altre* cause, e nemmeno impegnano a pronunciarsi su quale sia l'ulteriore origine di tale causa (cioè, se tale origine sia il timore di una sanzione, una cieca obbedienza o una forma di egoismo illuminato; o sia invece il conformismo, una benevolenza ristretta o universale, o il proprio senso di giustizia). Allo stesso tempo, il vantaggio (metodologico) di rappresentare norme a partire dal concetto di abitudine consiste precisamente nella possibilità di identificare quali *altre* variabili influiscano sulla

<sup>18</sup> Cfr. Brennan *et al.* 2013, specialmente cap. II e la comparazione ivi ricostruita di tre concezioni alternative di norma ("*norms as practices*", "*norms as desires*" e "*norms as reasons*"). Gli autori difendono ragionevolmente la terza sulla base dei limiti delle prime due. La concezione qui ricostruita di "*norms as (names of) habits*" è visibilmente più vicina alle prime due che alla terza. La mia ipotesi (la cui verifica va però ben oltre i limiti di questo saggio) è che la concezione di norma qui proposta possa superare le critiche degli aa. (alle prime due), e con ciò costituire una valida alternativa (alla terza).

<sup>19</sup> Devo questa strategia a Putnam 1975: capp. 16, 21 e 22.

probabilità che esistenza, effettività e internalizzazione di una norma causino comportamenti specifici.

### 3.2. Esistenza, effettività, diffusione e tipi di internalizzazione di norme

Se una norma è il nome di un'abitudine; e quest'ultima definisce un modo di attribuire valore a una classe di comportamenti o stati di cosa, le condizioni di esistenza di una norma sono le condizioni di esistenza di un nome di un modo di attribuire valore a una classe di comportamenti o stati di cosa. Banalmente, quindi, l'esistenza di una norma dipende dall'esistenza di (almeno) una persona, che è capace di usare tale norma come *standard* per valutare il proprio o altrui comportamento; ed è pertanto capace di dare un nome a una possibile causa del proprio o altrui comportamento. Da ciò segue che non tutte le norme che esistono siano effettive. Diremo invece che una norma è effettiva, quando la sua esistenza *causa* una riduzione del costo relativo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale di una classe di attività. Diremo che una norma è diffusa quando la configurazione di abitudini che la rende effettiva è diffusa in (cioè condivisa da) una certa popolazione o gruppo sociale.

La distinzione tra "compulsione" e "dedizione" introdotta *supra* permette infine di distinguere tra diversi modi di internalizzare una norma. Una norma può essere internalizzata da una particolare abitudine che diminuisce il livello di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere una attività (e si tratterà quindi di una compulsione), perché *aumenta* il costo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale a svolgere un'attività alternativa. La stessa norma può però anche essere internalizzata da un'abitudine che aumenta il livello di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere una attività (e si tratterà quindi di una dedizione), perché *diminuisce* direttamente il costo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale di svolgere l'attività oggetto della norma.

### 3.3. Norme idiosincratiche e norme sociali

Ma, si dirà: anche ammesso, e non concesso, che queste complicate distinzioni concettuali rendano più perspicuo, preciso, o comunque utile, il concetto di abitudine rispetto, per esempio, al concetto di preferenza, ciò ancora non dice nulla attorno alla possibilità di utilizzarlo per analizzare le caratteristiche delle norme *sociali*. O, detto altrimenti: il concetto di abitudine soffre degli stessi problemi, o limiti, del concetto di preferenza, perché non dà conto della principale caratteristica che separa quest'ultimo dal concetto di norma sociale. Una norma sociale,

si dice giustamente, implica non solo l'esistenza di comportamenti convergenti (elemento che, anche il lettore più severo, può facilmente concedere alle definizioni di esistenza, effettività, e diffusione di un'abitudine), ma, anche, aspettative di *conformità* da parte dei suoi destinatari, (in quanto) associate ad aspettative di reazioni ostili in caso di violazione della norma stessa.

Il problema è facilmente risolvibile con gli strumenti concettuali qui sviluppati. Basta aggiungere un'ulteriore distinzione tra norme idiosincratiche e norme sociali. Le prime sono nomi di abitudini. Le seconde, invece, sono nomi di abitudini che includono aspettative attorno alle conseguenze del proprio (o altrui) comportamento, rispetto al proprio (o altrui) capitale sociale. Formare aspettative attorno alle conseguenze del proprio (o altrui) comportamento, rispetto al proprio (o altrui) capitale sociale, significa formare aspettative condizionate (cioè che dipendono dal comportamento del soggetto) attorno alla possibilità di usare la propria posizione sociale come risorsa per la propria attività. L'effettività di una norma sociale, a differenza dell'effettività di una norma idiosincratica, implica che la relativa abitudine includa, cioè, aspettative attorno alle propensioni, atteggiamenti, giudizi degli *altri* membri del gruppo sociale a cui l'agente appartiene, rispetto alla propria condotta.

#### 4. Norme, ipotesi e metodo sperimentale: la tesi politica

La tesi politica difende una concezione sperimentale dell'obbligo giudiziale di fedeltà al diritto positivo. Il giudice, abbiamo detto, deve considerare il caso che deve risolvere ora, e i casi passati già decisi, come esperimenti attorno agli effetti della norma generale che si accinge ad applicare; il giudice deve altresì garantire che i giudici futuri possano fare lo stesso con i casi che lui stesso decide. Come già ho osservato, questa tesi rappresenta l'argomento centrale del saggio *LML*. Di più: l'uso del metodo sperimentale nel contesto del ragionamento giuridico non è altro che un aspetto particolare di un argomento ancora più ampio, e che attraversa buona parte degli scritti politici di Dewey, attorno all'esigenza (politica) di espandere, e consolidare, l'uso del metodo sperimentale nel ragionamento pratico<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Sulla connessione tra democrazia e metodo sperimentale nel pensiero politico di Dewey, cfr. Faralli 2002: 16, 17; Faralli 1988: spec. cap. II; Alcaro 1997: spec. capp. 4, 5, 7, e 11. Sullo sperimentalismo pragmatista e la peculiare teoria morale di Dewey, cfr. Anderson 2023, e la ricostruzione di Urbinati 1997 dell'"individualismo democratico". Si noti come proprio l'interesse (individuale) allo sperimentalismo che verrà discusso *infra* poco oltre – l'interesse, cioè, a che le proprie valutazioni possano sempre essere (intellettualmente) minacciate dagli effetti delle proprie scelte e dalle valutazioni degli altri – potrebbe spiegare (e giustificare) il fragile vincolo tra individualismo e democrazia che Urbinati cerca di trovare (al netto dei "nemici" che identifica nella ricerca).

Abbiamo già allineato alcuni elementi teorici importanti, attraverso la tesi metodologica e la sua articolazione nel contesto giuridico. Il punto di partenza è lo stretto legame, già segnalato, tra dinamicità delle valutazioni incorporate in una abitudine, le sue condizioni di stabilità, la deliberazione riflessiva, e lo sperimentalismo pratico. Una abitudine incorpora valutazioni dinamiche, e non solo statiche, perché include aspettative attorno agli effetti della scelta attuale, rispetto alle proprie (o altrui) abitudini future. La fase di deliberazione riflessiva si attiva, si è detto, in risposta alla percepita instabilità di un'abitudine, e il suo carattere sperimentale dipende dalla compresenza di due tipi di obiettivi: un obiettivo prossimo, o immediato, legato alla produzione e acquisizione di informazioni attorno agli effetti della scelta; e un obiettivo più remoto, o mediato, legato alla modifica delle proprie abitudini, sulla base di tali informazioni.

Per isolare il tema specifico di interesse, senza ampliare il discorso oltre ogni capacità di gestione concreta, cercherò di produrre l'argomento per supportare la tesi politica nel modo teoricamente più pigro possibile: cercherò di dimostrare, cioè, che lungi dall'essere una tesi rivoluzionaria, gli argomenti che la supportano corrispondono a intuizioni politiche molto comuni, e poco controverse. La discussione che segue, pertanto, è strutturata come tentativo di dare risposta a una domanda fondamentale: Come si giustifica, al titolare di un diritto soggettivo rispetto alla materia oggetto del contendere, che il *suo* caso possa essere usato come esperimento attorno alla soluzione generale di casi simili? L'argomento, vedremo, ha bisogno di alcune premesse politiche molto poco pigre, però, e che non possono essere ricostruite sulla base del solo *LML*. Cercheremo, con qualche difficoltà, qualche indizio negli altri lavori di Dewey già citati.

La prima osservazione rilevante è che questa formulazione della tesi politica è capace di riconoscere argomenti molto forti per cui il giudice *non* debba discostarsi dal diritto positivo (o, più precisamente, dall'interpretazione consolidata del diritto vigente riscontrabile nella prassi giudiziale), anche nel caso in cui le conseguenze di tale applicazione fossero, come si usa dire ora, sub-ottimali rispetto a qualche obiettivo di politica legislativa o ulteriore criterio di valutazione consequenzialista. E cioè: data la tesi politica, è possibile vedere la fedeltà al diritto positivo come un *mezzo* per garantire che il caso attuale possa funzionare da esperimento attorno agli effetti di una norma generale. La circostanza che il giudice A al tempo  $t_1$ , il giudice B al tempo  $t_2$ , e il giudice C al tempo  $t_3$  applichino la *stessa* norma  $N_1$  ai casi  $X_1, X_2, X_3$  è, banalmente, una condizione (necessaria, ma non sufficiente) che contribuisce a garantire, dal punto di vista di C, l'*affidabilità* delle osservazioni in  $X_1$  e  $X_2$  come esperimento attorno a  $N_1$ . Dal punto di vista di A, l'identificazione esplicita della norma  $N_1$ , che usa per la *sua* decisione attuale, è una condizione della *replicabilità*, da parte di B e C, dell'esperimento condotto (per la prima volta o meno) da A stesso attorno all'applicazione di  $N_1$ .

Ora, questa ricostruzione apparirà letteralmente paradossale, cioè è una *reductio ad absurdum* della stessa tesi politica (o, almeno, della formulazione

che ho scelto). Un argomento chiaramente orientato a, per lo meno, invitare i giudici a operare con una certa flessibilità e latitudine interpretativa al momento di decidere casi giuridici, finisce per arrivare molto vicino al vecchio, e non compianto, motto del più becero positivismo ideologico: *Gesetz ist Gesezt*. Non è così, e per buone ragioni. Ma prima è bene indugiare ancora un po' su questa prima approssimazione dell'argomento.

Si noti, innanzitutto, il genere di ragioni attraverso le quali l'argomento giustifica la fedeltà al diritto positivo come obbligo *politico* del giudice. Si tratta di una giustificazione strumentale, e, come si usa dire, indipendente dal contenuto della norma. Abbiamo ragioni per essere fedeli al diritto positivo anche in presenza di forti dubbi (e, magari, qualche certezza) sulla ragionevolezza di quello che ci chiede di fare. La fedeltà al diritto positivo è un *metodo* per verificare *pubblicamente* tale ragionevolezza: *prova* a fare ciò che ti viene detto, e osserva (auspicalmente con un po' di attenzione) quello che succede. Si noti, inoltre, come la tesi non si limita a giustificare solo obblighi di fedeltà al diritto positivo, ma giustifica, anche, *ulteriori* obblighi nel caso in cui il giudice si discosti (per scelta, o necessità) dallo stesso diritto positivo. L'accumulazione di informazioni attraverso il caso  $X_1$ , deciso dal giudice A, e il caso  $X_2$ , deciso da B, potrebbe condurre il giudice C, per buone ragioni consequenzialiste, a *non* seguire l'esperimento condotto da A e B, e decidere  $X_3$  sulla base di  $N_2$ , e *non* sulla base di  $N_1$ . Oppure, il caso che il giudice C deve decidere potrebbe situarsi, come si usa dire, nella penombra del significato attribuito da A e B alla disposizione D. Nel primo caso, C viola il suo obbligo di fedeltà al diritto positivo, mentre nel secondo caso C non può semplicemente adempiere. In entrambi i casi, però, la tesi impone un obbligo *politico ulteriore*: C deve garantire che i giudici futuri possano usare il suo caso come esperimento. Ciò significa, innanzitutto, che C deve indicare esplicitamente il fondamento normativo della sua decisione: in assenza di ciò, i giudici futuri non potranno *replicare* il suo esperimento. Ma C deve anche indicare esplicitamente in che termini e quale misura la sua interpretazione di D ( $N_2$ ), per esempio, si discosti dall'interpretazione di A e B ( $N_1$ ), e con ciò, garantire la *continuità* dell'esperimento che conduce ora, con gli esperimenti condotti da A e B. Solo in questo modo, i giudici futuri potranno considerare le decisioni di A, B, e C come esperimenti *affidabili* delle loro rispettive interpretazioni di D.

Si è detto poco ancora, però, che possa giustificare al titolare di diritti soggettivi, perché il *suo* caso dovrebbe essere legittimamente utilizzato come esperimento. L'argomento, per il momento, funziona solo in via integrativa: l'idea che il giudice debba considerare i casi che decide (nonché i casi decisi in precedenza da altri giudici) come esperimenti attorno alle conseguenze di norme giuridiche *aggiunge* una ragione per pensare che sia possibile giustificare (politicalmente) l'esistenza di obblighi positivi in modo strumentale, e indipendentemente dal loro contenuto. D'altra parte, fedeltà non vuol dire, e non implica necessariamente, cieca obbedienza, e la capacità della tesi politica qui discussa di dire qualcosa in

più al titolare di diritti soggettivi dipende, in larga parte, da come giustifica, e a quali condizioni, il discostamento, da parte del giudice, dal diritto positivo.

Due considerazioni rilevanti: si noti, innanzitutto, che quest'obbligo politico di fedeltà al diritto positivo non dipende (*solo*) da una giustificazione procedimentale, secondo cui il giudice *deve* rispettare la legge positiva in quanto (e nella misura in cui) questa esprime, per esempio, la volontà (democraticamente espressa, e già data, al momento della decisione) del popolo sovrano (o dei suoi legittimi rappresentanti). La fedeltà giudiziale al diritto positivo contribuisce, qui, anche allo stesso processo di *formazione* di tale volontà. Il popolo sovrano, e i suoi rappresentanti, possono farsi un'idea più intelligente attorno a ciò che vogliono, proprio quando i casi giudiziari funzionano efficacemente come esperimenti attorno all'applicazione di norme generali, perché possono imputare effetti alle loro scelte normative in modo più consapevole. Si noti, altresì, come l'obbligo di fedeltà al diritto positivo non dipenda (necessariamente) da un giudizio attorno alle competenze (moralì o epistemiche) dell'autorità che promulga la norma. Affinché un caso giudiziale possa efficacemente funzionare come esperimento non è necessario che l'autorità che promulga la norma sia moralmente o epistemicamente più competente del soggetto che la applica. È necessario, invece, che la scelta dell'autorità non sia incompatibile con i risultati di esperimenti già condotti. Ed è necessario, inoltre, che esistano meccanismi di *feedback* che permettano di acquisire informazioni affidabili attorno alle conseguenze delle norme che produce. Nel primo caso, l'esperimento dato dalla risoluzione del caso non sarebbe un buon esperimento: i suoi risultati sarebbero già conosciuti, e negativi. Nel secondo caso, l'esperimento sarebbe inutile: ha senso fare qualcosa per valutare i suoi effetti, se (e solo se) si è disposti a raccogliere informazioni attorno alle conseguenze di ciò che si è fatto.

Questo genere di considerazioni sono direttamente rilevanti rispetto all'interpretazione della teoria politica di Dewey, perché collegano gli obblighi (politici) del giudice alle caratteristiche istituzionali che garantiscono l'affidabilità e la validità degli esperimenti pubblici e aiutano, pertanto, a dare maggior concretezza all'idea, davvero fondazionale di tutta la teoria democratica deweyana, che vede le comunità politiche in una democrazia come comunità di investigazione attorno a problemi comuni<sup>21</sup>. Non posso esplorare qui queste strategie argomentative (e le loro implicazioni politiche) con il rigore e la profondità che meriterebbero. Il punto fondamentale, però, e direttamente rilevante rispetto alla tesi politica qui discussa, è che ancora non offrono una giustificazione della sperimentazione giudiziale al titolare di diritti soggettivi. Al contrario, questi argomenti sembrerebbero *subordinare* la tutela di diritti soggettivi, alla loro utilità come strumento per garantire l'affidabilità e la replicabilità di esperimenti sociali.

<sup>21</sup> V., in particolare, Dewey, 1927.

Una strategia possibile per superare questa difficoltà sarebbe quella di provare a collegare direttamente lo sperimentalismo delle istituzioni pubbliche a un interesse specifico dei titolari di diritti soggettivi. In questo modo, la tutela stessa dei diritti soggettivi giustificherebbe lo sperimentalismo delle istituzioni pubbliche, e non viceversa. Non è difficile trovare tracce utili a formulare questa strategia nell'opera di Dewey. I paragrafi conclusivi del lungo capitolo di *ET* (cap. XVII, spec. pp. 343, 345, e 362), dedicato alla funzione del "dovere" nella vita morale possono essere interpretati come una proposta di pensare all'internalizzazione di un'obbligazione come a un investimento e, quindi, alla fase deliberativa come a una fase specifica della condotta umana che è diretta, innanzitutto, alla scoperta di informazioni attorno alle conseguenze di una scelta, e, per tale via, serve a modificare le proprie abitudini. La funzione di un dovere, quindi, sarebbe quella di favorire «the expansion of ends and the reconstruction of character», come risposta alla presentazione di uno ostacolo alla propria attività. Insomma, le ragioni che giustificano l'internalizzazione di un dovere non sarebbero, secondo questa ricostruzione, ragioni che escludono la rilevanza di altre ragioni, ma, semmai, ragioni *prolettiche* che hanno a oggetto l'opportunità di modificare le nostre abitudini pregresse.

Se a questo punto aggiungiamo quanto sostiene Dewey attorno all'importanza del diritto soggettivo all'effettività della tutela giurisdizionale, possiamo facilmente produrre un argomento che giustifica lo sperimentalismo delle istituzioni pubbliche, e, più in particolare, lo sperimentalismo nella giurisdizione secondo la tesi (2) (*E*, 454). La titolarità di diritti soggettivi giustifica lo sperimentalismo delle istituzioni pubbliche, perché quest'ultimo serve a proteggere lo stesso tipo di interesse che la prima riconosce: «our freedom lies in the capacity to alter our mode of action, through having our ignorance enlightened by being held for the neglected consequences when brought to accountability by others, or by holding ourselves accountable in subsequent reflection». Più esplicitamente: gli esseri umani hanno un interesse allo sperimentalismo delle istituzioni pubbliche, perché hanno un interesse al riconoscimento dei diritti soggettivi *degli altri*. L'esperienza di essere oggetto di rivendicazioni, e pretese, da parte di altri soggetti, è precisamente ciò che ci permette di ricostruire riflessivamente le nostre abitudini e allargare gli orizzonti della nostra azione – è ciò che ci permette di trasformare riflessivamente il nostro carattere. Anche questo argomento ha alcuni difetti importanti, però. Il giudice sarebbe autorizzato a stabilire che i destinatari della sua decisione abbiano interesse a essere oggetto di *nuove* rivendicazioni e aspettative, tutte le volte in cui reputi, secondo le sue personali convinzioni, che tali soggetti hanno interesse a modificare le loro abitudini – o, ancora peggio: tutte le volte che reputi che hanno interesse a *provare* a modificare le loro abitudini. Insomma, l'argomento qui discusso, in assenza di ulteriori e profonde qualificazioni, per evitare di subordinare il riconoscimento di diritti soggettivi all'interesse pubblico allo sperimentalismo istituzionale,

sarebbe costretto a giustificare un'etica pubblica *perfezionista*, e a giustificare la moltiplicazione di obblighi giuridici, attraverso l'attività giudiziale.

Non è facile determinare se Dewey si fosse accorto del problema, o se queste siano implicazioni non intenzionali del suo argomento. Non è impossibile, però, trovare alcuni indizi su come avrebbe potuto risolverlo più chiaramente<sup>22</sup>. L'osservazione fondamentale sta in questo: non è per nulla ovvio che l'interesse allo sperimentalismo delle istituzioni pubbliche sia un interesse *assoluto*. Innanzitutto, e in negativo, perché è plausibile pensare a tale interesse come a un interesse generale che tollera specificazioni multiple, e incompatibili. Non è assurdo pensare che gli esseri umani abbiano un interesse a diventare "bravi" pittori, o insegnanti, o autisti, o operai, o giostrai, o cuochi. E non è assurdo pensare che diventare "bravi" in una di queste professioni dipenda, tra le molte altre cose, dal fatto di essere (e di essere stati) oggetto di critiche, pretese, rivendicazioni e aspettative da parte di *altri*. Il meccanismo dell'apprendimento, non è impossibile pensare, si fonda, anche, sulla risposta alle critiche e pretese *altrui*. Ma, posto che non è probabile (ed è spesso anzi impossibile) essere "bravi" in tutte le professioni indicate sopra *contemporaneamente*, un'etica pubblica perfezionista avrebbe serie difficoltà a indicare, concretamente, criteri per determinare un margine ragionevole di rivendicazioni reciproche tra individui. Inoltre, e in positivo, l'interesse allo sperimentalismo delle istituzioni pubbliche non è assoluto, nel senso che non è privo di condizioni. E una condizione fondamentale dell'esistenza di tale interesse è che i costi dell'esperimento pubblico vengano distribuiti in modo equo tra i suoi partecipanti. Un conto è diventare "bravi" a fare qualche cosa perché qualcun altro si sta approfittando del nostro lavoro. Altro conto è diventare "bravi" a fare qualche cosa, perché il nostro lavoro contribuisce al lavoro di altri, e il lavoro di altri contribuisce al nostro.

Chiaramente, invocare principi di equa distribuzione senza specificarne il contenuto non aiuta in modo minimamente concreto il ragionamento pratico; e nemmeno, nello specifico, aiuta a formulare criteri di correzione politica del ragionamento giuridico. D'altra parte, manca, mi pare, nella teoria politica di Dewey, una considerazione sistematica ed esplicita del valore dell'uguaglianza, nonostante il fatto che nella sua analisi politica di temi specifici vi siano, almeno implicitamente, notevoli riferimenti a tale valore. Per concludere, mi limito a segnalare il genere di argomento di supporto alla tesi politica (2), che potrebbe fornire una concreta specificazione di principi di equa distribuzione dei costi dello sperimentalismo delle istituzioni pubbliche.

Perché è opportuno che i giudici considerino il caso che hanno di fronte, nonché i casi passati che hanno differenze e somiglianze rilevanti, come esperi-

<sup>22</sup> Per una discussione rilevante nella filosofia politica contemporanea, cfr. Frega 2019, che compara la concezione delle virtù politiche secondo il repubblicanesimo filosofico, con la concezione pragmatista di abitudini, concludendo a favore della seconda.

menti attorno agli effetti della norma generale che stanno applicando? E perché è opportuno che i giudici garantiscano che i giudici *futuri* possano fare lo stesso con il caso che si sta risolvendo ora? Lo sperimentalismo dell'attività giurisdizionale può essere giustificato sulla base del riconoscimento di un particolare interesse che proteggono i diritti soggettivi. La titolarità di diritti soggettivi non protegge, solo, l'interesse a fare ciò che il diritto permette di fare, ma protegge, anche, l'interesse a divenire oggetto di rivendicazioni, pretese e aspettative da parte degli *altri* titolari di diritti soggettivi. Questo interesse, inoltre, giustifica la fedeltà giudiziale al diritto positivo come mezzo, per ricavare informazioni attorno agli effetti della sua applicazione. Non si tratta di un interesse assoluto, però. Il giudice, pertanto, è *politicamente* legittimato a discostarsi dal contenuto consolidato del diritto positivo: 1) quando si accorge che tale contenuto sia *già* stato oggetto di esperimenti, e che tali esperimenti hanno avuto esito negativo; 2) per garantire l'esistenza e l'efficacia di meccanismi di *feedback* attorno agli effetti del diritto positivo; 3) e per garantire l'equa distribuzione dei costi degli esperimenti attorno a tali effetti.

## 5. Conclusione

Questo saggio ha discusso gli argomenti che Dewey elabora in *Logical Method and Law*, affiancando l'analisi del testo alla lettura di alcuni suoi lavori coevi – le monografie *Human Nature and Conduct*, e *Ethics*, nonché un saggio breve, *Valuation and Experimental Knowledge*. Sono state identificate due tesi, dal profilo metodologico e politico, che, si è detto, permettono di qualificare gli argomenti (talvolta solo abbozzati) del saggio *Logical Method and Law*. Si è provato, inoltre, a rintracciare le risorse concettuali e le premesse politiche in grado di difendere la peculiare concezione della scienza giuridica che Dewey propone, e le raccomandazioni che svolge rispetto all'attività giudiziale.

Da un lato, il concetto di abitudine – intesa come configurazione acquisita di impulsi, abilità, aspettative e condizioni ambientali che riduce il costo marginale e relativo di attenzione cognitiva e sforzo motivazionale nello svolgere una attività – si presta, in modo (non eccessivamente) agevole, a fornire un'interpretazione (susceptibile di un'analisi) empirica di un numero notevole di distinzioni concettuali, elaborate (in buona misura, successivamente al lavoro di Dewey) a partire dallo studio del linguaggio giuridico. I vantaggi del possibile successo di questo tentativo di traduzione potrebbero essere significativi, perché permetterebbe la costruzione di un vocabolario teorico utile al dialogo proficuo tra la filosofia del diritto e gli studi empirici dei fenomeni giuridici. Dall'altro lato, la tesi politica qui discussa (2) – secondo cui i giudici hanno un obbligo politico di considerare le controversie che decidono come esperimenti attorno agli effetti delle norme positive, e di assicurarsi che i giudici futuri possano fare lo

stesso con le controversie giuridiche da loro decise – non trascura l’esigenza di giustificare la normatività del diritto positivo, cercando un delicato punto medio tra la possibilità di produrre una giustificazione strumentale e indipendente dal contenuto dell’obbligo giudiziale di fedeltà al diritto positivo, e un modello di giustificazione politica schiettamente consequenzialista. Il nesso tra le due tesi è dato da una concezione sperimentale del ragionamento pratico, che parte da una definizione dinamica di ‘abitudine’ e deliberazione riflessiva, e riesce a riconoscere il possibile contributo dell’attività giurisdizionale nei processi di formazione della volontà popolare.

### Riferimenti bibliografici

- Alcaro, M. (1997). *John Dewey. Scienza, Prassi, Democrazia*, Laterza.
- Anderson, E. (2023). *Dewey’s Moral Philosophy*. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, E., Nodelman, U. (Eds.), disponibile a <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/dewey-moral/>>.
- Barberis, M. (2016). *Possono governare, le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in Pino, G., Villa, V. (a cura di), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, Il Mulino.
- Becker, G. (1996). *Accounting for Tastes*, Harvard University Press.
- Brennan, G., Eriksson, L., Goodin, R., Southwood, N. (2013). *Explaining Norms*, Oxford University Press.
- Brigaglia, M. (2015). *Direzione normativa e teoria della mente*, «Ragion pratica», 44, 103 ss.
- Brigaglia, M. (2016). *Rules and norms. Two kinds of normative behaviour*, «Revus», 30, 33 ss.
- Brigaglia, M. (2018). *Genealogia della normatività. La normatività come controllo*, «Diritto & Questioni Pubbliche», Vol. 18(1), 59-103.
- Brigaglia, M., Celano, B., (2018). *Reasons, rules, exceptions. Towards a psychological account*, «Analisi e diritto 2017», 131 ss.
- Camic, C. (1986). *The Matter of Habit*, «The American Journal of Sociology», Vol. 91(5), 1039-1087.
- Caruana, E., Testa, I. (Eds.) (2020). *Habits. Pragmatist Approaches from Cognitive Science, Neuroscience and Social Theory*, Cambridge University Press.
- Cavell, S., Sesonske, A. (1951). *Logical Empiricism and Pragmatism in Ethics*, «The Journal of Philosophy», Vol. 48, 5-17.
- Dewey, J. (1894). *Austin’s Theory of Sovereignty*, «Political Science Quarterly», Vol. 9, 31-52;
- Dewey, J., Tufts, J. (1908). *Ethics*, Henry Holt and Company.

- Dewey, J. (1922). *Human Nature and Conduct: An Introduction to Social Psychology*, Henry Holt and Company.
- Dewey, J. (1922). *Valuation and Experimental Knowledge*, «Journal of Philosophy», Vol. 31, 325-351.
- Dewey, J. (1924). *Logical Method and Law*, «Cornell Law Review», Vol. 10, 17-27.
- Dewey, J. (1927). *The Public and its Problems*, Henry Holt and Company.
- Douskos, C. (2017a). *Pollard on Habits of Action*, «International Journal of Philosophical Studies», 25(4), 504-524.
- Douskos, C. (2017b). *Habit and Intention*, «Philosophia», 45(3), 1129-1148.
- Douskos, C. (2017c). *The Spontaneousness of Skill and the Impulsivity of Habit*, «Synthese», 196(10), 4305-4328.
- Faralli, C. (1988). *John Dewey*, Cooperativa Libreria Universitaria.
- Faralli, C. (2002). *Alle origini del realismo americano. Pragmatismo e "sociological jurisprudence"*, in Castignone, S., Faralli, C., Ripoli, M. (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, 11-25, Giappichelli.
- Frega, R. (2019). *Bringing Character Back In: From Republican Virtues to Democratic Habits*, «Etica e Politica/Ethics & Politics», Vol. 2, 185-208.
- Gardner, B., Rebar, A. (2019). *Habit Formation and Behavior Change*, disponibile a <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190236557.013.129>.
- Gavazzi, G. (1965). *Introduzione*, in Ross, A., *Diritto e Giustizia*, Einaudi.
- Guala, F. (2019). *Preferences: Neither Behavioral nor Mental*, «Economics & Philosophy» 35: 383-401.
- Guala, F. (2012). *Are Preferences for Real? Choice Theory, Folk Psychology, and the Hard Case for Commonsensible Realism*, in Lehtinen, A., Ylikoski, P. (Eds), *Economics for Real: Uskali Maki and the Place of Truth in Economics*, 137-155, Routledge.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law. 3d Edition* (2012), Oxford University Press.
- Hutto, D.D., Robertson, I. (2020). *Clarifying the Character of Habits*, in Caruana, F., Testa, I. (Eds.), *Habits: Pragmatist Approaches from Cognitive Science, Neuroscience, and Social theory*, 204-222, Cambridge University Press.
- Joas, H. (1996). *The Creativity of Action*, University of Chicago Press.
- Kennedy, D., Fisher, W. (Eds.) (2006). *The Canon of American Legal Thought*, Princeton University Press.
- Moore, M., (1984), *The Need for a Theory of Legal Theories: Assessing Pragmatic Instrumentalism. A Review Essay on Instrumentalism and American Legal Theory by Robert S. Summers*, «Cornell L. Rev. », Vol. 69, 988-1015.
- Morris, D. (1996). *Dewey and the Behavioristic Context of Ethics*, International Scholars Publications.

- Pollard, B. (2006a). *Explaining Actions with Habits*, «American Philosophical Quarterly», 43(1), 57-69.
- Pollard, B. (2006b). *Actions, Habits and Constitution*, «Ratio», 19(2), 229-248.
- Putnam, H. (1975). *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, Vol. 2, Cambridge University Press.
- Summers, R. (1981). *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought-a Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use*, «Cornell L. Rev.», Vol. 66, 861.
- Summers, R. (1982). *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press.
- Tamanaha, B. (2007), *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Urbinati, N. (1997). *Individualismo democratico. Emerson, Dewey e la cultura politica americana*, Donzelli.

