

Federico José Arena

Doveri giuridici, interpretazione, proiettivismo

Dal convenzionalismo allo scetticismo temperato



Teoria del Diritto e Mondo Contemporaneo

1

Collana diretta da:

Pierluigi Chiassoni
(Università di Genova)

Maria Cristina Redondo Natella
(Università di Genova)

Giovanni Battista Ratti
(Università di Genova)

Comitato Scientifico

Manuel Atienza
(Universidad de Alicante)

Mauro Barberis
(Università di Trieste)

Veronique Champeils-Desplats
(Université Paris Ouest)

Paolo Comanducci
(Università di Genova)

Michael Karlsson
(Emerito Università dell'Islanda)

Eric Millard
(Université Paris Ouest)

Riccardo Guastini
(Emerito Università di Genova)

Stanley L. Paulson
(Emerito University of Kansas)

Juan Ruiz Manero
(Universidad de Alicante)

Michel Troper
(Emerito Université Paris Ouest)

Federico José Arena

Doveri giuridici, interpretazione, proiettivismo

Dal convenzionalismo allo scetticismo temperato



è il marchio editoriale dell'Università di Genova



Il presente volume è stato sottoposto a double blind peer-review secondo i criteri stabiliti dal protocollo UPI

© 2019 GUP

Gli autori rimangono a disposizione per gli eventuali diritti sulle immagini pubblicate. I diritti d'autore verranno tutelati a norma di legge.

Riproduzione vietata, tutti i diritti riservati dalla legge sul diritto d'autore

Realizzazione Editoriale
GENOVA UNIVERSITY PRESS
Piazza della Nunziata, 6 - 16124 Genova
Tel. 010 20951558
Fax 010 20951552
e-mail: ce-press@liste.unige.it
e-mail: labgup@arch.unige.it
<http://gup.unige.it>

ISBN: 978-88-94943-73-3 (versione a stampa)



(versione eBook)

ISBN: 978-88-94943-74-0 (versione eBook)

Finito di stampare novembre 2019



Stampa
Centro Stampa
Università degli Studi di Genova - Via Balbi 5, 16126 Genova
e-mail: centrostampa@unige.it

INDICE

Introduzione	11
CAPITOLO 1	
Il convenzionalismo in trappola. La critica di Dworkin	23
CAPITOLO 2	
Il convenzionalismo sofisticato	33
2.1. Il convenzionalismo costitutivo	35
2.2. Il convenzionalismo costruttivo	44
2.3. Il nobile sogno della cooperazione	52
CAPITOLO 3	
La strada verso la libertà. Lo scetticismo temperato	65
3.1. Convenzioni e metodi interpretativi	66
3.2. Proiettivismo e doveri giuridici	71
CAPITOLO 4	
Intenzioni dei giudici e azioni interpretative	77
CAPITOLO 5	
L'ultimo anello: i disaccordi	91
Conclusioni	101
Riferimenti bibliografici	105

*A Paolo e Riccardo,
per il lato italiano della vita*

INTRODUZIONE *

In ambito giuridico, è comune imbattersi in enunciati del tipo: “È obbligatorio irrogare la pena di venticinque anni di reclusione a colui che provoca la morte di un’altra persona”, “Il diritto di famiglia impone al padre il dovere di prestare gli alimenti ai suoi figli” o anche “È vietato fumare negli uffici pubblici”. Dal momento che questi enunciati includono operatori deontici, hanno un’ovvia somiglianza con gli enunciati che vengono solitamente pronunciati quando si valutano determinate azioni senza necessariamente preoccuparsi di ciò che il diritto stabilisce su di esse. Così, gli enunciati sopra elencati sono simili a enunciati del tipo: “Abbiamo tutti il dovere di rispettare la vita degli altri” o “I genitori hanno il dovere di prendersi cura dei loro figli minori” o “È vietato causare danni alla salute degli altri”. Nonostante queste somiglianze, l’analisi dei due tipi di enunciato, vale a dire degli enunciati giuridici e degli enunciati morali, è stata sviluppata in modi diversi; a volte paralleli, a volte convergenti. In questo lavoro proporrò

* Molte persone mi hanno aiutato con le loro critiche e osservazioni. Vorrei ringraziare in particolare Damiano Canale, Pierluigi Chiassoni, Jordi Ferrer, Riccardo Guastini, Giulio Itzcovich, Lorena Ramírez e Pablo Rapetti. Un ringraziamento speciale per Luca Maggoli che gentilmente e con cura ha corretto l’italiano.

un modo di collegare queste due linee d'analisi allo scopo di ricostruire la discussione fra scetticismo e convenzionalismo in ambito giuridico. Questo vuol dire che tradurrò alcune tesi, e alcune critiche, ben conosciute in ambito giuridico, nel linguaggio usato nella discussione metaetica.

I filosofi del diritto spesso discutono sul valore di verità degli enunciati attraverso i quali i giudici identificano il diritto. Questa preoccupazione viene solitamente tradotta nella questione della possibilità di predicare la correttezza o l'erroneità di tali enunciati. Lo scetticismo è il punto di vista secondo cui questi enunciati sono privi di valore di verità, così che ogni affermazione sulla loro correttezza o erroneità è un'affermazione ideologica. Gran parte dei filosofi del diritto relega lo scetticismo, almeno in campo giuridico, nel cantuccio riservato alle teorie considerate superate. Soprattutto dopo la critica rivolta da Herbert Hart nei capitoli cinque e sette del suo libro *Il concetto di diritto*¹. Hart sostiene che una teoria come lo scetticismo, che non spiega l'esistenza dei doveri giuridici, non può nemmeno spiegare gli "enunciati di dovere" formulati dai giudici, cioè, gli enunciati attraverso i quali i giudici affermano/assumono/presuppongono che esistano determinati doveri giuridici². Per Hart, invece, è possibile distinguere,

¹ Nel capitolo 5 "Law as the Union of Primary and Secondary Rules" Hart discute la concezione dell'obbligo giuridico, e nel capitolo 7 ("Formalism and Rule-Skepticism") discute le tesi sull'identificazione del diritto. Hart 1994 [1961].

² Traduco in termini di "esistenza di doveri" l'espressione hartiana "ricadere nell'ambito di applicazione di una regola". Infatti, sec-

in relazione agli enunciati di dovere formulati dai giudici, tra enunciati corretti ed enunciati erronei. Secondo Hart la correttezza o erroneità di un enunciato di dovere dipende da una convenzione giuridica: vale a dire, i doveri giuridici sono convenzionali. Nella versione, semplice, di convenzionalismo del 1961, denominata teoria delle regole come pratiche³, questa convenzione è costituita da una pratica di riconoscimento di norme valide da parte dei giudici.

Sono ben noti gli argomenti che Ronald Dworkin ha diretto contro questa proposta hartiana. Credo che Dworkin sia stato a questo proposito un inatteso alleato dello scetticismo. Infatti, partendo dalla premessa hartiana secondo cui la teoria deve spiegare gli enunciati di dovere giuridici, Dworkin segnala che i giudici pronunciano questi enunciati anche nei casi in cui sono in disaccordo e, afferma, il convenzionalismo non può spiegare tali enunciati. Cioè, il convenzionalismo non riesce a spiegare il fatto che spesso i giudici non sono d' accordo sull'esistenza e il contenuto dei doveri giuridici.

ondo Hart, “[a statement of obligation] characteristic use is not to predict [...] but to say that a person’s case falls under [...] a rule. In fact, however, this difference is not a slight one. Indeed, until its importance is grasped, we cannot properly understand the whole distinctive style of human thought, speech, and action which is involved in the existence of rules and which constitutes the normative structure of society” Hart 1994 [1961]: 88.

³ Chi per primo ha denominato la proposta di Hart in *Il concetto di diritto* (Hart 1994 [1961]), come “la teoria delle norme come pratiche” è stato a mia conoscenza, Joseph Raz in Raz 1990 [1975]: 51.

L'attacco di Dworkin contro il positivismo hartiano ha dato luogo al convenzionalismo sofisticato. Diversi autori pensarono di trovare in una rielaborazione della nozione di convenzione una soluzione a questa obiezione. Fu allora che venne proposto di sostituire la teoria delle regole come pratiche con nozioni più sofisticate di convenzione, in grado di sostenere l'esistenza di doveri giuridici. Tuttavia, Dworkin rimase scettico e riorganizzò i suoi argomenti per dimostrare che le convenzioni non cambiavano le cose.

Ciò che sosterrò è che questa critica di Dworkin mostra che il convenzionalismo, sia nella versione semplice che in quella sofisticata, si trova nella stessa posizione dello scetticismo. Cioè, il convenzionalismo non riesce a spiegare l'esistenza dei doveri giuridici e quindi la sua spiegazione degli enunciati di dovere dei giudici è simile a quella offerta dallo scetticismo. Tuttavia, mi sembra che il problema si trova nella premessa sottesa alla critica hartiana contro lo scetticismo e alla critica di Dworkin contro il convenzionalismo. Infatti, dal mio punto di vista, entrambe le critiche si basano su di una premessa sbagliata: la tesi secondo cui per spiegare gli enunciati di dovere e i disaccordi fra i giudici è necessario mostrare l'esistenza di doveri giuridici. Anzi, mi sembra che abbandonando questa tesi la posizione scettica recuperi il suo fascino, rispondendo alle critiche di Hart ed evitando le obiezioni di Dworkin contro il convenzionalismo.

In ciò che segue non mi soffermerò sui primi due episodi di questa saga e quindi farò riferimento solo brevemente, in questa introduzione, alle versioni iniziali dello

scetticismo e alle critiche di Hart. Mi sembra si tratti di eventi ben noti. Mi soffermerò invece più a lungo sulle critiche di Dworkin al convenzionalismo semplice di Hart, sulla risposta del convenzionalismo sofisticato e sulle ragioni per cui credo che anch'esso non raggiunga il suo scopo. Questo percorso risulta necessario per poter introdurre, benché in modo ancora alquanto provvisorio, una variante temperata dello scetticismo, capace, a mio avviso, di superare tanto gli errori di Hart che le critiche di Dworkin.

La tesi scettica secondo cui non è possibile predicare verità degli enunciati di dovere dei giudici è ambigua, cioè può essere intesa in due modi diversi. Per un verso, il contenuto della tesi sembra essere: la funzione degli enunciati di dovere non è descrittiva, bensì prescrittiva (o ascriviva) e quindi essi non sono né veri né falsi (chiamerò questa formulazione “scetticismo espressivista”). Per un altro verso, il contenuto della tesi sembra essere: gli enunciati di dovere, benché descrittivi, sono tutti irrimediabilmente falsi poiché i doveri giuridici non esistono (chiamerò questa formulazione “scetticismo dell'errore”)⁴. La distinzione è ri-

⁴ Come ho detto, non mi soffermerò qui sulla ricostruzione dello scetticismo. In un altro lavoro provo a definire i contorni di ciò che può essere chiamato lo scetticismo classico dei realisti scandinavi. Axel Hägerström e Karl Olivecrona hanno sostenuto entrambe le versioni ed è nota la difficoltà di conciliarle. Si veda, per Hägerström, Mindus 2009, e, per Olivecrona, Spaak 2011. Per un'analisi delle teorie dell'errore in generale, compresa quella di Hägerström, si veda Olson 2014. Non mi occuperò in questo lavoro della versione descrittivista dello scetticismo che può essere attribuita ad Alf Ross in base a talune interpretazioni della sua opera. Questa versio-

levante per diverse ragioni, ma quella più importante è che le critiche di Hart hanno un impatto diverso su ciascuna di esse. Hart sostiene che la sua teoria sull'uso che i giudici fanno degli enunciati di dovere è vera e che le altre sono "false"⁵. Tradotta nei termini della discussione che propongo, questa affermazione può essere intesa in due modi diversi: la falsità può riferirsi alla tesi sulla funzione degli enunciati di dovere o può riferirsi alla tesi sull'esistenza di doveri giuridici. Si può inferire che, siccome per Hart alcuni enunciati di dovere sono veri o corretti, allora è falsa la tesi dello scetticismo espressivista secondo cui gli enunciati di dovere dei giudici non hanno pretese di verità o di correttezza⁶, ed è falsa la tesi dello scettico dell'errore secondo cui i doveri giuridici non esistono. Infatti, Hart sostiene che nel formulare enunciati di dovere, i giudici affermano che una certa azione ricade nell'ambito di applicazione di una regola giuridica, la quale soddisfa i requisiti della regola di riconoscimento. A sua volta, la regola di riconoscimento è una convenzione fra i giudici; nel senso che i giudici usano in modo convergente determinati criteri per identificare

ne condividerebbe con lo scettico dell'errore la tesi che gli enunciati di dovere sono veri o falsi, ma si discosterebbe da questa versione in quanto afferma che alcuni enunciati possono essere veri se predicano correttamente le decisioni future dei giudici. Si veda il secondo capitolo "The Concept of Valid Law" di Ross 1958.

⁵ Hart 1994 [1961]: 138.

⁶ Contro la lettura maggioritaria di Hart, Kevin Toh sostiene che anche Hart ha proposto una teoria espressivista degli enunciati di dovere. Si veda Toh 2005.

come giuridiche certe norme. Qui non mi soffermerò sui problemi di sussunzione dell'azione nell'ambito di applicazione della norma; mi concentrerò invece sulla possibilità di predicare la correttezza degli enunciati di dovere sulla base dell'esistenza di una convenzione⁷.

Prima di continuare, un chiarimento (non solo) terminologico: per semplicità, d'ora in poi parlerò di verità/falsità degli enunciati di dovere al posto di correttezza/errore. Penso che questo non sia una forzatura della posizione di Hart⁸. Infatti, Hart sostiene che nel formulare enunciati di dovere i giudici esprimono la loro accettazione della convenzione/regola di riconoscimento senza affermare, ma presupponendo, la sua esistenza⁹. La verità o falsità di questa presupposizione dell'esistenza della convenzione è ciò che si discuterà qui trattando della verità o falsità degli enunciati di dovere secondo Hart.

⁷ La nozione di convenzione, come convergenza di comportamento, verrà successivamente specificata nei prossimi due capitoli. Nondimeno, bisogna chiarire sin dall'inizio che ci sono diversi sensi in cui si dice di certe cose che sono convenzioni o convenzionali. In senso ampio, convenzionale vuol dire che dipende dall'agire umano; così convenzionale si oppone a naturale ed è sinonimo di sociale. In un senso più stretto, una convenzione è soltanto una sottoclasse di ciò che è non-naturale; in questo senso una convenzione esiste quando le azioni umane acquisiscono una certa configurazione. Di solito si riconoscono due modi in cui le azioni umane possono far sorgere una convenzione in senso stretto. Da un lato, attraverso un accordo esplicito. Da un altro verso, attraverso la convergenza di comportamento. Si veda Celano 2010 [1997]: 281-282 e 309-311.

⁸ Si veda Hart 1983: 5.

⁹ Si veda Hart 1994 [1961]: 100-110.

Chiarito questo, allora possiamo dire che dal punto di vista di Hart, nel formulare un enunciato di dovere i giudici hanno l'intenzione di affermare l'esistenza di doveri giuridici e che tali doveri giuridici esistono in virtù dell'esistenza di una pratica sociale di riconoscimento tra i giudici. Il problema con lo scetticismo espressivista è che non può spiegare il discorso dei giudici poiché essi parlano come se i doveri giuridici esistessero e usano gli enunciati di dovere allo stesso modo in cui si usano altri enunciati dotati di valore di verità. Per esempio, distinguono tra "essere obbligato" e "sentirsi obbligato", da un lato, e, dall'altro, tra "definitività" e "infallibilità". Questo modo di usare gli enunciati di dovere mostra che lo scetticismo espressivista è falso rispetto alle azioni linguistiche dei giudici.

Riguardo allo scettico dell'errore, la critica è diversa, poiché sia lo scettico che Hart affermano che gli enunciati di dovere sono veri o falsi. Il punto di Hart è che lo scettico sbaglia nell'affermare che, siccome i doveri giuridici non esistono, questi enunciati sono tutti falsi. Per Hart, questi enunciati possono essere veri e ciò dipende dal fatto che esista una convenzione fra i giudici su come identificare doveri legali.

Brevemente, dunque: la critica è che la spiegazione proposta dallo scetticismo espressivista non corrisponde con la forma grammaticale, proposizionale, degli enunciati di dovere dei giudici e quindi da conto dell'atto linguistico dei giudici. Lo scetticismo dell'errore, invece, condivide con Hart la tesi secondo cui gli enunciati di dovere dei giu-

dici hanno pretese di verità. La differenza è che gli scettici esplicitamente negano che esista l'entità a cui essi possano fare riferimento, mentre Hart prova a dimostrare che una tale entità esiste ed è convenzionale.

A questo punto entra in scena Dworkin come alleato inatteso dello scettico. Se le sue critiche contro Hart colgono nel segno, allora mostrano, credo, che anche il convenzionalismo hartiano è una teoria dell'errore. Le critiche di Dworkin mostrano che le convenzioni non spiegano l'uso che i giudici fanno degli enunciati di dovere nei casi di disaccordo. In questi casi, nonostante non esista una convenzione, i giudici continuano ad affermare l'esistenza di doveri giuridici. Questo deficit, sostiene Dworkin, mostra che il convenzionalismo costituisce una spiegazione insoddisfacente anche dei casi di convergenza (i.e., casi in cui non c'è dissacordo). Per evitare questo risultato alcuni convenzionalisti provarono a elaborare nozioni più sofisticate di convenzione. Proverò a mostrare che nemmeno le proposte convenzionaliste più sofisticate riescono a palesare l'esistenza di convenzioni per l'identificazione dei doveri giuridici e che, inoltre, tale tentativo li ha indotti a esagerare i tratti cooperativi della pratica giuridica. Ciò fa sì che il convenzionalismo, sia semplice che sofisticato, si trasformi involontariamente in una teoria dell'errore.

Questo scenario è certamente favorevole a Dworkin, poiché la sua teoria interpretativa sembrerebbe l'unica risposta disponibile. La teoria interpretativa di Dworkin, com'è noto, sostiene che i doveri giuridici esistono quan-

do è possibile avanzare a loro favore il miglior argomento politico-morale che presenti la pratica giuridica nella sua luce migliore. Tuttavia, argomenterò che l'apparenza di risposta unica è prodotta dall'assunzione di una premessa sbagliata, ma condivisa dai convenzionalisti e da Dworkin. La premessa già menzionata secondo cui la spiegazione degli enunciati di dovere e dei disaccordi fra i giudici richiede di dimostrare l'esistenza dei doveri giuridici. Credo che una variante dello scetticismo espressivista permetta di abbandonare questa premessa e di rispondere agli argomenti di Dworkin. Cioè, permette di evitare sia il nobile sogno hartiano della cooperazione, sia l'incubo dello sforzo erculeo che richiede l'ideale irraggiungibile dworkiniano. Comunque, questa variante dello scetticismo richiede di prendere atto di due lezioni che possono essere tratte dalla discussione fra scetticismo, convenzionalismo e Dworkin. Primo, l'importanza delle convenzioni nell'interpretazione; secondo, la necessità di prendere sul serio gli enunciati di dovere dei giudici e i loro disaccordi.

Infine, un'ultima cosa va detta prima di procedere. Questa introduzione potrebbe far supporre il lettore che sia stato affermato in modo apodittico che adottare tacitamente o sostenere esplicitamente una teoria dell'errore è una posizione teorica scarsamente praticabile o senz'altro sbagliata. In realtà non è questo il mio punto di vista: non è facile trovare ragioni generali o di principio per respingere le teorie dell'errore nel loro complesso¹⁰. Certo, ciò non vuol

¹⁰ Si veda, per una discussione degli argomenti che si sono cimentati

dire che le teorie dell'errore siano corrette rispetto a tutte le pratiche discorsive, ma vuol dire che per sapere se lo sono è necessario analizzare ogni pratica discorsiva in particolare e l'uso che degli enunciati in discussione si fa all'interno di esse. Dunque, per rifiutare una teoria dell'errore bisogna offrire argomenti specifici. Nel caso del diritto, penso che la teoria dell'errore debba essere abbandonata perché, diversamente da quanto credeva anche Hart, non corrisponde a ciò che i giudici effettivamente fanno. Più avanti proverò a mostrare che i giudici, quando identificano i doveri giuridici, non descrivono, bensì esprimono i loro atteggiamenti a favore o contro l'esecuzione di determinate azioni e/o interpretazioni. Curiosamente, l'argomento a favore di questa posizione deriva da una rilettura dell'argomento hartiano basato sulla distinzione fra definitività e infallibilità. Il mio argomento sarà che l'analogia proposta da Hart fra *sport* e diritto non funziona e che il modo in cui decidono i Tribunali supremi o le Corti costituzionali dimostra che ci si aspetta che i giudici determinino, entro certi limiti, il contenuto del diritto, e non che scoprono soluzioni pre-esistenti. Cioè, uno sguardo più attento alla pratica ci permette di notare che le azioni linguistiche dei giudici coincidono con quelle attribuite loro dallo scetticismo espressivista.

Procederò come segue. In primo luogo, introdurrò le critiche di Dworkin contro il convenzionalismo semplice. In seguito, esaminerò le risposte che il convenzionalismo sofisticato ha offerto in relazione a queste critiche e mo-

in questa impresa, Daly and Liggins 2010.

sterò perché esse non riescono a sfuggire dalle premesse Hart-Dworkin. In terzo luogo, mostrerò perché le premesse Hart-Dworkin sono infondate e come ciò apra un'alternativa per lo scetticismo espressivista. Questa alternativa implica tuttavia un mutamento nel modo di concepire gli enunciati di dovere dei giudici e l'assunzione di alcune tesi condivise dal convenzionalismo.

CAPITOLO 1

Il convenzionalismo in trappola.

La critica di Dworkin

Il convenzionalismo è un tentativo di spiegare la genesi dei doveri giuridici. Secondo la tesi centrale del convenzionalismo¹, i doveri giuridici sono convenzionali, cioè, l'esistenza di doveri giuridici dipende dal comportamento e dagli atteggiamenti di un insieme di individui. Questa tesi riconosce due fasi: il convenzionalismo semplice di Hart nel 1961 e il convenzionalismo sofisticato dei suoi seguaci, messo a punto a seguito delle critiche di Dworkin.

Come ho menzionato nell'introduzione, nella versione semplice di Hart i doveri giuridici vengono *formati* da una pratica sociale uniforme di riconoscimento di tali doveri da parte dei giudici. Com'è noto, per Hart, dove c'è un ordinamento giuridico, i giudici identificano il diritto in un modo convergente e assumono nei confronti di questa convergenza un atteggiamento critico-riflessivo. Cioè ritengono che la convergenza sia una ragione (o una delle ragioni) per conformarsi al modo in cui gli altri giudici identificano il diritto, e criticano chi non lo fa. Questi sono gli elementi

¹ Qui farò riferimento solo al convenzionalismo in campo giuridico e quindi userò "convenzionalismo" per evitare il più esteso "convenzionalismo giuridico". Si veda Celano 2010 [1997] per una breve analisi dei diversi ambiti del convenzionalismo.

che costituiscono la regola di riconoscimento in quanto regola sociale o convenzione².

Dworkin accetta che il convenzionalismo possa avere un qualche fascino poiché quasi tutti sono d'accordo che alcune azioni umane, come quelle del Parlamento o dei giudici, producono il diritto che incide sulla loro vita³. Tuttavia, Dworkin sostiene che questa teoria è incapace di dare conto del dovere giuridico. Dal suo punto di vista il convenzionalismo ha due possibili versioni. Può essere una tesi su come le convenzioni *costituiscono* i doveri giuridici o una tesi su come le convenzioni *giustificano* i doveri giuridici. Nella prima versione, il convenzionalismo equivale all'affermazione che le convenzioni determinano l'esistenza e il contenuto del dovere. Nella seconda versione equivale all'affermazione che le convenzioni conferiscono sostegno all'esistenza del dovere e ne determinano parzialmente il contenuto⁴. Gli argomenti volti a mostrare che la

² Hart 1994 [1961]: 100-117.

³ Inoltre, dato che per il convenzionalismo l'esistenza del dovere è una questione di soli fatti sociali, sarebbe chiaramente compatibile con il positivismo giuridico. Questo è stato uno dei motivi per cui molti filosofi, che si considerano positivisti, hanno riposto la loro fede nelle convenzioni. Nel presente lavoro non farò tuttavia riferimento al rapporto fra convenzionalismo e positivismo.

⁴ "The fact that a practice [...] exists *justifies* asserting a normative rule to that effect – not because the practice *constitutes* a rule which the normative judgment describes and endorses, but because the practice creates ways of giving offense and gives rise to expectations of the sort that are good grounds for asserting a duty [...] or for asserting a normative rule [...]." (Dworkin 1978: 57). I corsivi sono

versione costitutiva manca il bersaglio si trovano in *I diritti presi sul serio* e sono riformulati in *L'impero del diritto*⁵. Gli argomenti per dimostrare che anche la versione giustificativa manca il bersaglio si trovano principalmente in *L'impero del diritto*.

Contro la versione costitutiva del convenzionalismo, che sarebbe quella difesa da Hart nel 1961 nella sua opera *Il concetto di diritto*⁶, l'attacco di Dworkin si svolge in più

miei. Salvo esplicita indicazione in senso contrario, le pagine delle citazioni delle opere in inglese o spagnolo, anche se tradotte quando inserite nel testo principale, corrispondono alla versione originale.

⁵ Questa ricostruzione richiede che mi venga concesso un certo anacronismo terminologico: da un punto di vista cronologico in *I diritti presi sul serio* Dworkin attacca il positivismo e solo in *L'impero del diritto* il convenzionalismo diventa esplicitamente il suo bersaglio.

⁶ In effetti, in alcuni passaggi delle sue note manoscritte pubblicate postume come "Postscript", Hart sembra di accettare esplicitamente che la sua teoria originale abbracciava già il convenzionalismo (si veda, ad esempio: "Certainly the rule of recognition is treated in my book as resting on a conventional form of judicial consensus" (Hart 1994 [1961]: 267). Inoltre, Hart sottolinea anche che è sbagliato concepire la sua teoria come "interpretativa" o giustificativa. In primo luogo, perché una versione "interpretativa" del positivismo non sarebbe una "teoria dei fatti sociali". In secondo luogo, perché "[w] hereas Dworkin interpretive theory in all its forms rests on the presupposition that the point or purpose of law and legal practice is to justify coercion, it certainly is not and never has been my view that law has this as its point or purpose. Like other forms of positivism my theory makes no claim to identify the point or purpose of law and legal practices as such" (Hart 1994 [1961]: 242). Tuttavia, gli interpreti di Hart non sono completamente d'accordo sul fatto che effettivamente abbia inizialmente abbracciato il convenzionalismo. Ad esempio, Leslie Green e Julie Dickson sostengono che la teoria

fasi. La sua strategia è quella di spingere il convenzionalismo in un angolo filosofico per poi disegnare una porta attraverso la quale potrebbe trovare scampo. Purtroppo, l'uscita prospettata è solo l'ingresso di un'altra gabbia, più piccola.

La prima gabbia è costruita intorno all'esempio del vegetariano. Il convenzionalismo non può spiegare i doveri come quello affermato da un vegetariano in una società non vegetariana. In questo scenario il convenzionalismo può solo vedere il vegetariano come qualcuno che desidera che ci sia un dovere. Ma non è questo ciò che il vegetariano vuole dire: egli sostiene che il dovere esiste già, anche se la società non l'ha ancora riconosciuto, cioè, anche se non si è sviluppata nessuna pratica al riguardo. In questo caso non possiamo spiegare l'affermazione dell'esistenza del dovere sulla base del fatto che il parlante accetta una convenzione, poiché tale convenzione non esiste. Per uscire da questa gabbia, il convenzionalista deve evitare di affermare che tutti i doveri sono costituiti da una pratica sociale uniforme; deve limitare l'ambito della sua teoria alle pratiche già esistenti⁷.

Purtroppo, questo imprigionerebbe il convenzionalismo in un'altra gabbia, giacché egli non riuscirà a dar

di Hart in *The Concept of Law* non fosse convenzionalista e che *la svolta convenzionalista* ha avuto luogo in seguito, con la pubblicazione postuma come "Postscript" delle sue note manoscritte. Si veda Green 1999: 37-41 e Dickson 2007: 382-386. Dickson dubita addirittura che *la svolta convenzionalista* abbia davvero avuto luogo, si veda Dickson 2007: 385 fn. 43.

⁷ Dworkin 1978: 52-53.

conto della differenza fra “morale *concorrente*” e “morale *convenzionale*”. Sebbene in entrambi i casi vi sia una pratica sociale uniforme, nel caso della morale convenzionale i membri della comunità “considerano il fatto della convergenza come una parte essenziale delle loro basi per affermare che la regola esiste”⁸, mentre ciò non avviene nel caso della morale concorrente. In quest’ultimo caso, le persone credono che il dovere continuerebbe ad esistere anche se la pratica scomparisse⁹. Pertanto, la teoria deve limitarsi solo alla morale convenzionale¹⁰.

Ma, di nuovo, la via d’uscita è solo un’illusione. La teoria non è adeguata neppure rispetto alla morale convenzionale “perché non può spiegare il fatto che anche quando le persone considerano una pratica sociale come una parte necessaria dei motivi per affermare un dovere, possono nondimeno essere in disaccordo sulla portata di quel dovere”¹¹. In effetti, i giudici molto spesso non sono d’accordo sull’esistenza e sul contenuto dei doveri giuridici, tanto più che “[h]anno teorie diverse circa il modo in cui devono essere intesi le leggi e i precedenti”¹².

⁸ Dworkin 1978: 53.

⁹ Dworkin 1978: 53-54.

¹⁰ Hart sembra aver accettato che la sua teoria abbia questa portata più limitata nelle sue note manoscritte pubblicate in maniera postuma come “Postscript”, ed è per questo che la sua teoria viene a volte nominata come teoria delle regole *sociali* come pratiche. Si veda Hart 1994 [1961]: 255-256.

¹¹ Dworkin 1978: 54.

¹² Dworkin 1986: 122.

Dworkin presenta alcuni esempi per dimostrare che le cose stanno così; mi concentrerò qui solo su due di essi: *Riggs vs Palmer*¹³ e *TVA vs Hill*¹⁴. In entrambi i casi c'è un disaccordo sull'esistenza e il contenuto di un dovere. In *Riggs*, la maggioranza dei giudici crede che vi sia il dovere giuridico di negare a Elmer l'eredità di suo nonno, mentre la minoranza ritiene che vi sia il dovere di concedere l'eredità. In *TVA* l'esistenza di un dovere di fermare il completamente della diga di Tellico per proteggere il pesciolino rosso viene sostenuta dalla maggioranza e negata dalla minoranza. Chiaramente, questi sono disaccordi. Dworkin afferma che non si tratta di disaccordi empirici, poiché non c'è disaccordo sui fatti del caso, né sui fatti relativi al significato del testo¹⁵. Secondo Dworkin, si tratta di disaccordi sulle basi o sui fondamenti del diritto, cioè su ciò che determina l'esistenza e il contenuto del dovere¹⁶.

¹³ Questo caso è stato introdotto in Dworkin 1978 e ribattezzato "Elmer's case" in Dworkin 1986: 15-20.

¹⁴ Ribattezzato come "The Snail Darter case" in Dworkin 1986: 20-23.

¹⁵ In realtà, ci sono molti disaccordi empirici fra maggioranza e minoranza, e quindi la ricostruzione di Dworkin non è del tutto esatta. Ad esempio, i giudici non sono d'accordo per quanto riguarda l'impatto che, sulle intenzioni controfattuali del Parlamento, ha il fatto che il Parlamento stesso abbia autorizzato la destinazione di nuovi fondi per costruire la diga, dopo che il pesciolino rosso è stato dichiarato specie in pericolo di estinzione.

¹⁶ Eviterò qui l'etichetta "disaccordo teorico" che Dworkin usa in *L'impero del diritto* per riferirsi a disaccordi sui fondamenti, perché ritengo l'etichetta presenti una certa ambiguità. *Infra*, dopo aver discusso il convenzionalismo, introdurrò alcuni chiarimenti supplementari sulle tipologie di disaccordi.

In questi casi, dove non c'è convergenza o comportamento uniforme, il convenzionalismo non può sostenere che l'esistenza e il contenuto del dovere sono incerti, perché ciò comporterebbe abbandonare la tesi che i doveri sono stabiliti dalla convenzione. E questo è così, perché sebbene tutti i fatti sul comportamento sociale siano noti, il contenuto del dovere non lo è¹⁷. Quando sorge un disaccordo di questo genere, dice Dworkin, il convenzionalismo è costretto a dire che non esiste un dovere.

Pertanto, la teoria deve essere ulteriormente indebolita e “considerata applicabile solo ai casi, come ad esempio alcuni giochi, in cui i partecipanti accettano che se un dovere è controverso non è affatto un dovere. Non si applicherebbe quindi ai doveri giuridici”¹⁸. Questo è il piccolo cantuccio filosofico che Dworkin riserva al convenzionalismo. Il convenzionalismo sembra solo in grado di spiegare i doveri che sorgono all'interno dei giochi, dove un dovere non è un dovere se non vi è accordo su di esso¹⁹.

Dworkin disegna una piccola porta di uscita, ma, come Alice che cade nella buca del coniglio, il convenzionalismo è troppo piccolo per raggiungere la chiavetta che la apre. Per raggiungere la chiavetta il convenzionalismo dovrebbe

¹⁷ Dworkin 1978: 55.

¹⁸ Dworkin 1978: 55.

¹⁹ Se il difensore del convenzionalismo argomentasse che i casi di disaccordo possono essere spiegati come casi in cui le persone, che affermano l'esistenza di un dovere in alcuni casi, chiedono di estendere i doveri a casi nuovi, sarebbe soggetto all'obiezione del vegetariano. Si veda Dworkin 1978: 55.

trovare il pasticcino della crescita, vale a dire, dovrebbe essere rafforzato e diventare una teoria giustificativa dei doveri, e non semplicemente costitutiva. Tuttavia, una volta rafforzato, il convenzionalismo non riuscirà a passare attraverso la porta. In *L'impero del diritto* Dworkin afferma che anche se il convenzionalismo dovesse diventare una teoria giustificativa, sarebbe inefficace come giustificazione dei doveri giuridici.

Come teoria giustificativa, il convenzionalismo sosterebbe che i doveri giuridici sorgono in quanto le convenzioni, riguardo a quali istituzioni hanno il potere di produrre il diritto (e in che modo), istanziano l'ideale delle aspettative protette. Questo perché le convenzioni "offrono un avviso ragionevole, dal momento che rendono la coercizione dipendente da fatti semplici a disposizione di tutti, e non da argomenti innovativi fondati sulla moralità politica che giudici diversi possono costruire in modo diverso"²⁰.

Dworkin solleva due obiezioni contro l'affermazione che le convenzioni giuridiche realizzano l'ideale delle aspettative protette. Da una parte, sostiene che il convenzionalismo non può mostrare come essere vincolato dal contenuto delle convenzioni può realizzare l'ideale nei casi in cui le convenzioni non forniscono una risposta. D'altra parte, ritiene che la sorpresa (cioè la frustrazione delle aspettative) non è sempre ingiusta.

Secondo la prima obiezione, il convenzionalismo rafforzato non può superare l'obiezione del disaccordo. Il

²⁰ Dworkin 1986: 117.

convenzionalismo deve accettare che le convenzioni non sono in grado di fornire risposte ai giudici nei casi “in cui l’estensione esplicita delle convenzioni giuridiche non contiene nulla di decisivo a favore dell’una o dell’altra parte, e quindi il giudice deve esercitare la sua discrezione ricorrendo a norme non giuridiche”²¹. Se è così, e la convenzione non si applica alla maggior parte dei casi che arrivano in tribunale, allora la tutela delle aspettative protette risulta indebolita.

Ciò dà luogo alla seconda obiezione. La frustrazione delle aspettative è ingiusta solo quando vengono frustrate da chi le ha intenzionalmente incoraggiate. Se il convenzionalismo fosse praticato e proclamato dalle istituzioni pubbliche, sarebbe ingiusto che queste istituzioni lo abbandonassero. “Ma questo non è vero delle nostre istituzioni, come è stato dimostrato”²². Cioè, data l’esistenza di disaccordi, le autorità non possono essere accusate di incoraggiare le aspettative.

Per riassumere, l’attacco di Dworkin ha come punto di partenza la stessa premessa su cui il convenzionalismo poggia la sua critica contro lo scetticismo: la necessità di spiegare gli enunciati di dovere giuridici proferiti dai giudici, cioè, enunciati attraverso i quali i giudici affermano/assumono/presuppongono che ci sono doveri giuridici. La proposta del convenzionalismo è che queste affermazioni possono essere spiegate sostenendo che i doveri giuridici

²¹ Dworkin 1986: 128-129.

²² Dworkin 1986: 141.

sono convenzionali. Le critiche di Dworkin sottolineano il fatto aggiuntivo che i giudici a volte non sono d'accordo sul contenuto di tali doveri e che anche in quei casi affermano che ci sono doveri giuridici. In caso di disaccordo non c'è convergenza e, quindi, non c'è convenzione. Questo fatto mostra, inoltre, che la convergenza, quando c'è, non è convenzionale e, quindi, che l'esistenza dei doveri non dipende da convenzioni neanche nei casi dove non c'è disaccordo. In definitiva, il convenzionalismo semplice non può mostrare come sorgono i doveri giuridici.

Questa conclusione lascia il convenzionalismo nella stessa posizione che lo scettico dell'errore. Ciò è così, poiché, secondo il convenzionalismo, gli enunciati di dovere dei giudici affermano che esiste una convenzione e che tale convenzione determina l'esistenza di un dovere, e siccome dagli argomenti di Dworkin segue che tale convenzione non esiste, gli enunciati sono inevitabilmente tutti falsi. E la convenzione non esiste, non solo perché a volte ci sono disaccordi, ma perché l'esistenza dei disaccordi dimostra che la convergenza non è convenzionale. Il convenzionalismo semplice diventa così una variante della teoria dell'errore.

Vediamo allora come i convenzionalisti hanno cercato di aggirare le obiezioni di Dworkin esplorando altre alternative per sofisticare la tesi convenzionalista.

CAPITOLO 2

Il convenzionalismo sofisticato

Anche se i difensori del convenzionalismo hanno intrapreso strade diverse, mi sembra che finora tutte le versioni siano rimaste prigioniere nelle stesse premesse Hart-Dworkin. Tutte accettano la tesi secondo cui la spiegazione (1) del fatto che i giudici affermano/assumono/presuppongono che esistono doveri giuridici e (2) del fatto che i giudici si trovino talora in disaccordo sul contenuto di tali doveri richiede la dimostrazione dell'esistenza dei doveri giuridici. Pertanto, tutte hanno cercato di spiegare, in primo luogo, come le convenzioni danno luogo a doveri nei casi di convergenza e, in secondo luogo, come tale spiegazione può essere estesa o adattata ai casi di disaccordo. Il convenzionalismo sofisticato aggiunge che, per spiegare come le convenzioni possono dare luogo a doveri, è necessario specificare che cosa sia una convenzione. Le versioni si differenziano per quanto riguarda la specificazione della nozione di convenzione e la spiegazione che danno ai casi di disaccordo. In primo luogo, alcuni filosofi hanno cercato di difendere il convenzionalismo rimanendo nell'ambito di una relazione costitutiva tra convenzione e dovere, e per ciò chiamerò tale posizione convenzionalismo costitutivo. Questo tipo di convenzionalismo ha avuto storicamente due versioni. Una versione basata su convenzioni di coor-

dinazione difesa, ma poi abbandonata, da Jules Coleman¹. E una versione basata su convenzioni costitutive difesa da Andrei Marmor².

In secondo luogo, alcuni filosofi hanno proposto una versione sofisticata e giustificativa del convenzionalismo. Ad esempio, Gerald Postema ha difeso quello che chiama “convenzionalismo costruttivo”. Secondo Postema, i doveri giuridici derivano da “esigenze politico-morali generali” che possono essere soddisfatte dalle convenzioni giuridiche³.

Tutte queste alternative possono anche essere classificate in versioni interne ed esterne del convenzionalismo. Secondo l’internalismo, ci sono doveri giuridici in virtù di alcuni elementi delle convenzioni stesse. Una versione interna è sostenuta da quei filosofi che ritengono che la

¹ Per quanto ne so, la prima occasione in cui Coleman sostiene questa tesi è nel 1998, si veda Coleman 2001 [1998]: 117 (“I explicitly characterize the rule of recognition as a coordination convention”). Negli articoli precedenti menziona la possibilità, ma non la sostiene in modo esplicito (vedi Coleman 1982). In ogni caso, abbandona questa idea in Coleman 2001: 374.

² Marmor 2009.

³ Postema 1982 e con aggiustamenti sostanziali Postema 2011: 483-545. Altre versioni di questo tipo di convenzionalismo sono stati proposte, con sfumature diverse, da Dimitrios Kyritsis (Kyritsis 2008) e Govert den Hartogh (Den Hartogh 2002). Tuttavia, le versioni di Kyritsis e den Hartogh differiscono dalla posizione di Postema nella misura in cui sostengono la tesi che le convenzioni hanno generalmente la capacità intrinseca di giustificare l’esistenza dei doveri. Postema intende mostrare solo come le convenzioni *giuridiche*, in determinate condizioni, possono generare doveri. Si veda Postema 2011: 497 per una valutazione della differenza.

capacità pratica delle convenzioni derivi autonomamente dai loro elementi costitutivi. Marmor sembra favorire una versione internalista⁴. Secondo l'esternalismo, i doveri giuridici sorgono solo quando convenzioni sono correttamente correlate a *standard* o norme non convenzionali. Postema, ad esempio, sembra privilegiare una versione esterna della capacità pratica delle convenzioni.

Ci sono svariate differenze tra queste due strategie. Il convenzionalismo costruttivo è, direi, una teoria locale, mentre il convenzionalismo costitutivo è globale. Le teorie globali cercano di spiegare i doveri giuridici spiegando la normatività delle convenzioni in generale. Al contrario, le teorie locali pretendono di mostrare come derivano i doveri dalle convenzioni *giuridiche*.

2.1. Il convenzionalismo costitutivo

All'interno del convenzionalismo costitutivo sono stati proposti due insiemi diversi di condizioni per specifi-

⁴ Pure se si trova in una posizione alquanto instabile. Da un lato, egli afferma che una condizione per l'esistenza di una convenzione è l'esistenza di una ragione normativa per seguire la regolarità di comportamento e che le "reasons for action are closely tied with the idea of value" (Marmor 2009: 5). Questo sembra voler dire che l'esistenza di una convenzione implica necessariamente che ci sono delle ragioni normative per seguirla. D'altro lato, egli sostiene che i doveri costituiti dalle convenzioni sono condizionali. In effetti, Marmor dice che "conventional practices create reasons for action only if the relevant agent has a reason to participate in the practice to begin with. [...] The obligation to play by the rules [...] must come from moral and political considerations" (Marmor 2009: 168). Tor-
no su questo punto *infra*.

care la nozione di convezione: quelle che definiscono una convenzione di coordinazione e quelle che definiscono una convenzione costitutiva. Dopo la resa di Coleman, le convenzioni di coordinazione non vengono più proposte come una versione del convenzionalismo costitutivo, quindi non le discuterò in questa sezione. Tuttavia, mi soffermerò più a lungo sulle convenzioni di coordinazione nella prossima sezione, in relazione alla proposta di Postema. Qui discuterò la versione basata su convenzioni costitutive.

Secondo Marmor, le convenzioni costitutive sono un sistema di regole che fundamentalmente hanno le seguenti funzioni: (i) definiscono la pratica, (ii) regolano il comportamento al suo interno e (iii) definiscono alcuni dei valori inerenti alla pratica e il tipo di discorso valutativo ad essa riferito⁵. In altre parole, definiscono la pratica e come farne parte. Chiaramente, questa caratterizzazione si basa sulla distinzione di John Searle fra regole regolative e regole costitutive⁶. Le regole regolative sono regole che regolano forme di comportamento esistenti prima della (e indipendentemente dalla) creazione della regola (ad esempio, “è obbligatorio indossare una cravatta agli esami”). Le regole costitutive sono regole che creano e definiscono nuove forme di comportamento. Searle sottolinea che la distinzione si basa principalmente sui seguenti due criteri. Innanzit-

⁵ Marmor 2009: 36-37.

⁶ Si veda Searle 1969. Anche se non è stato il primo a fare la distinzione, che compare già nel lavoro di John Rawls (Rawls 1955) e Alf Ross (Ross 1968).

to, nel caso delle regole regolative, sempre che la descrizione non si riferisca alla regola, l'azione avrebbe potuto essere descritta allo stesso modo anche se la regola non esistesse. Ad esempio, è possibile descrivere alcune azioni come "fumare in luoghi chiusi" prima che ci sia una regola "È vietato fumare in luoghi chiusi". Al contrario, nel caso delle regole costitutive, il comportamento secondo la regola può ora essere descritto in termini che non avrebbero potuto essere usati se la regola non esistesse. Anche se, prima dell'esistenza delle regole del calcio, è possibile descrivere un'azione come "fare passare la palla dall'altra parte della linea bianca sotto la barra trasversale e fra i due pali", non è possibile descrivere quell'azione come "gol" prima che quelle regole esistano. In secondo luogo, le regole regolative hanno la forma: "Fare X" o "Se si fa X allora Y", mentre le regole costitutive hanno la forma "X conta come Y nel contesto C"⁷.

Marmor propone di concepire le regole costitutive, non come regole che costituiscono azioni particolari o "nuove forme di comportamento", ma come regole che costituiscono una pratica sociale, cioè come regole che costituiscono un'attività⁸.

⁷ Si veda Searle 1969: 33-36.

⁸ "It is only when we have a whole structure of rule-governed activity, with some complexity and interconnections between the rules, that we can say that we have a social practice constituted by rules" (Marmor 2009: 34-35).

Il nostro autore afferma che le convenzioni costitutive possono dare luogo a doveri: “Le regole sociali sono in grado di determinare il loro dovere, per così dire, quando vengono seguite (vale a dire, considerate come vincolanti) da una data comunità, così come le regole degli scacchi determinano il loro ‘dovere’ all’interno del gioco effettivamente giocato dalla comunità rilevante”⁹. Una volta che siamo immersi in una partita a scacchi, le regole del gioco determinano i nostri doveri all’interno del gioco. Analogamente, se i giudici identificassero certe norme come giuridiche seguendo un insieme sistematico di regole, allora sarebbero coinvolti in una pratica che definisce e costituisce le loro funzioni¹⁰.

⁹ Marmor 2009: 161.

¹⁰ Come già detto all’inizio di questo capitolo, Marmor è in una posizione instabile. Questa instabilità è il risultato del seguente dilemma: o Marmor spiega i doveri convenzionali sostenendo che le convenzioni sono legate a valori attraverso ragioni per agire, ma in questo caso non può spiegare le convenzioni sciocche o dannose; oppure afferma che le convenzioni costitutive semplicemente prescrivono mere modalità di comportamento all’interno di alcune pratiche e che il dovere, se esiste, deve sorgere da considerazioni morali, ma per farlo dovrebbe isolare le convenzioni dalle ragioni e dai valori. In un lavoro successivo, Marmor cerca di rispondere a questa obiezione e sembra optare per il secondo corno del dilemma. In effetti, egli dice: “reasons for having a convention might be defeated, sometimes immediately and unquestionably so, by reasons not to have it. Unfortunately, the counter-reasons in play are not always recognized by those who convention it is. That is why bad conventions often exist and sometimes persist for a long time” (Marmor 2011: 497). Ma questa risposta non serve per risolvere il problema: il fatto che una ragione per seguire una pratica possa es-

Ora, esiste un insieme di regole costitutive che definisca la pratica per l'identificazione dei doveri giuridici e che determinano come farne parte? Credo che le convenzioni costitutive, utili come spiegazione di attività analoghe ai giochi, non possano essere estese anche all'attività dei giudici; e ciò a causa delle differenze fra i giochi e quest'ultimo tipo di pratica sociale. In effetti, l'identificazione dei doveri giuridici avviene in un contesto di interazione con una struttura aperta. La struttura aperta dell'interazione è determinata dal fatto che non c'è una netta separazione tra partecipanti e non partecipanti, né, ovviamente, un marcato isolamento dai problemi della vita reale. Benché in alcuni casi specifici ci possa essere una specificazione dei partecipanti, ad esempio le parti di un contratto, i coniugi di un matrimonio, le parti in un procedimento giudiziario, i giudici stessi, ecc. Questo non modifica la struttura aperta dell'interazione, innanzitutto nel caso dell'identificazione dei doveri giuridici. Gli effetti delle decisioni dei giudici, riguardo all'interpretazione e l'esistenza di doveri, si estendono al di là dei partecipanti al procedimento giudiziario.

Pertanto, se le convenzioni costitutive sono regolarità di comportamento che avvengono all'interno di strutture d'interazione simili ai giochi, allora, dato che l'attività dei giudici riguardo l'identificazione dei doveri giuridici non avviene all'interno di una struttura di questo tipo, non è

sere superata o sconfitta da un'altra non dimostra che la pratica è isolata dalla morale, giacché le ragioni morali possono anch'esse essere sconfitte.

possibile affermare che i doveri giuridici derivino da una convenzione costitutiva.

Inoltre, credo che ci siano due ulteriori circostanze che escludono la possibilità di affermare che l'attività dei giudici, relativa all'identificazione dei doveri giuridici, è regolata da una convenzione costitutiva¹¹. Tali circostanze incidono sull'assunzione, implicita nella teoria di Marmor, che la pratica giuridica è un'attività cooperativa. Mi spiego: Marmor accetta che la sua teoria sulle convenzioni costitutive è compatibile con quegli approcci secondo cui un certo proposito cooperativo è una condizione per l'esistenza di alcune pratiche sociali. Tuttavia, Marmor afferma che questa compatibilità non implica che la cooperazione sia una condizione necessaria di tutte le pratiche sociali, né tantomeno delle pratiche regolate da convenzioni costitutive. Quindi, secondo Marmor, la cooperazione non è una caratteristica necessaria della pratica giuridica¹². Oltre

¹¹ Vilajosana ha sostenuto la tesi secondo cui alla base del diritto ci sono convenzioni con una *dimensione* costitutiva. Benché la sua proposta sia vicina a quella di Marmor, Vilajosana ritiene che coordinazione e costitutività non si escludano a vicenda. Pertanto, secondo Vilajosana non esiste una dicotomia categorica tra convenzioni di coordinazione e convenzioni costitutive; si tratta solo di una distinzione tra diverse dimensioni di convenzionalità. Si veda Vilajosana Rubio 2010: 487 n. 49. A mio parere, dal momento che le condizioni per l'esistenza di una convenzione con una dimensione costitutiva sono le stesse che le condizioni per l'esistenza di una convenzione costitutiva, le obiezioni si applicano anche alla proposta di Vilajosana.

¹² Credo che Marmor sia stato indotto a tale conclusione perché basa la sua difesa delle convenzioni costitutive sull'idea che le conven-

a ciò, Marmor nega che la sua teoria sia vincolata alle tesi di Searle sull'intenzionalità collettiva e i fatti istituzionali, sostenendo che la sua teoria non è “tesa a dire nulla circa la metafisica della realtà sociale”. Cioè, secondo Marmor, la sua posizione non è legata alle tesi di Searle sul ruolo dell'intenzionalità collettiva nella spiegazione della realtà sociale¹³.

Tuttavia, se guardiamo più da vicino la teoria di Marmor, è chiaro che la cooperazione è una condizione necessaria per l'esistenza di una convenzione costitutiva. E ciò perché, altrimenti, il comportamento sociale non sarebbe in grado di dare origine a regole costitutive. Per chiarire ulteriormente il punto, si rammentino le idee di Searle su regole costitutive e fatti istituzionali. Tali idee sono applicabili alla teoria delle convenzioni costitutive di Marmor senza necessariamente recare con sé le loro implicazioni metafisiche. Marmor definisce le convenzioni (siano esse di coordinazione o costitutive) dicendo che “v'è un gruppo di persone, una popolazione, P, che normalmente segue R in circostanze C” dove R è una regola¹⁴. Quindi, se la convenzione è di coordinazione, la regola è regolativa, e se la regola è costitutiva, la convenzione è costitutiva. Tut-

zioni non solo risolvono problemi di coordinazione, ma esistono per adempiere anche altre funzioni. Si veda Marmor 2014: 84-85, dove, benché ammetta che le convenzioni costitutive possono risolvere problemi sociali, questi ultimi non sono solo problemi di coordinazione nel senso stretto di Lewis.

¹³ Marmor 2009: 53-54.

¹⁴ Si veda Marmor 2009: 2.

tavia, Marmor assume che lo stesso tipo di comportamento è sufficiente per stabilire se un gruppo di persone segue una regola regolativa oppure una regola costitutiva. Poiché Marmor offre una storia su come il comportamento delle persone possa dare origine a una regola costitutiva, torniamo a Searle.

L'idea di Searle è molto semplice: le regole costitutive consentono alle persone di assegnare funzioni agli oggetti; funzioni che gli oggetti non sarebbero in grado di eseguire solo in virtù delle loro proprietà fisiche. È ben noto l'esempio della tribù primitiva che costruisce un muro attorno al suo insediamento e assegna ad esso la funzione di limitare il suo territorio, anche se il muro si disintegra poco a poco e non è più in grado di respingere gli stranieri¹⁵. Searle dice che l'assegnazione di funzione può essere realizzata solo se le persone coinvolte condividono certi stati mentali, ciò che egli chiama intenzionalità collettiva: "l'elemento cruciale nella intenzionalità collettiva è quello di fare (volere, credere, ecc) qualcosa insieme, e l'intenzionalità individuale di ogni persona deriva dall'intenzionalità collettiva che condivide con il resto"¹⁶. In altre parole: "l'assegnazione collettiva di funzioni a oggetti che non possono svolgere la funzione assegnata unicamente in virtù delle loro intrinseche caratteristiche fisiche [...] è una questione di cooperazione umana [...] [L]'assegnazione collettiva di funzioni, in cui la funzione può essere eseguita solo in virtù di un

¹⁵ Searle 1995: 39-40.

¹⁶ Searle 1995: 24-25.

accordo o accettazione collettiva, è un elemento cruciale nella creazione di fatti istituzionali”¹⁷.

Questa spiegazione di come il comportamento umano può dare origine a regole costitutive mostra perché le convenzioni costitutive sono radicate nella cooperazione, senza necessariamente portare il fardello metafisico che Marmor rifiuta. Senza cooperazione, cioè senza che gli individui coinvolti assegnino a un certo comportamento lo stesso significato (o funzione), non ci sono regole che costituiscono una pratica. Per far sì che un’attività venga definita e costituita da una regolarità di comportamento, è necessario che questo comportamento sia il risultato della collaborazione delle persone coinvolte, riguardo sia alle condizioni per far parte dell’attività, sia al modo di comportarsi all’interno di essa. Pertanto, la cooperazione è necessaria per l’esistenza di regole costitutive convenzionali, cioè, per l’esistenza di regole costitutive che non sono state emanate istituzionalmente¹⁸.

Dal momento che la cooperazione è anche una caratteristica fondamentale della teoria di Postema, esploriamo

¹⁷ Searle 1995: 39. E ancora: “Because physical features specified by the X term are insufficient by themselves to guarantee the fulfillment of the assigned function specified by the Y term, the new status and its attendant function have to be the sort of things that can be constituted by collective agreement or acceptance” (Searle 1995: 44).

¹⁸ Marmor caratterizza esplicitamente la sua teoria come una teoria delle regole costitutive non create da istituzioni. Si veda Marmor 2009: 35-36.

la sua proposta prima di analizzare come l'ipotesi che la pratica giuridica sia un'attività di cooperazione tiene il convenzionalismo sofisticato prigioniero nelle premesse di Hart-Dworkin. Alla fine della sezione successiva, si noterà che il fallimento di entrambi i tipi di convenzionalismo sofisticato ha la stessa origine.

2.2. *Il convenzionalismo costruttivo*

Questo tipo di convenzionalismo sofisticato cerca di raggiungere la chiavetta per aprire e attraversare l'ultima porta progettata da Dworkin e crede di aver trovato il pasticcino della crescita nel valore della cooperazione. Secondo Postema, è possibile dimostrare che i giudici identificano e applicano il diritto sulla base di convenzioni e che queste convenzioni impongono doveri. L'argomento è che una volta stabilizzata, la convenzione genera l'aspettativa che i giudici continueranno a comportarsi in conformità con essa. Sotto determinate condizioni, il fatto che si creino queste aspettative produce il dovere di seguire la convenzione. Nei suoi lavori più risalenti, Postema riteneva che queste convenzioni fossero convenzioni di coordinazione (o "Lewis-convenzioni"¹⁹), mentre, nei suoi lavori più recenti, propone un concetto più ampio di convenzione che definisce "Hume-convenzioni", legate alla cooperazione, e non solo alla coordinazione²⁰. Tuttavia, questi cambiamenti non modificano il ruolo delle convenzioni nella sua teoria.

¹⁹ Postema 1982.

²⁰ Postema 2011: 488-492.

Pertanto, comincerò introducendo le convenzioni di coordinazione alla Lewis e l'argomento di Postema riguardo a come esse permettono di spiegare il sorgere dei doveri giuridici. Poi introdurrò alcune delle obiezioni e la risposta di Postema basata sulle convenzioni di cooperazione alla Hume. Infine, sosterrò che, nonostante i suoi sforzi, questi cambiamenti non impediscono che il convenzionalismo rimanga prigioniero nelle premesse Hart-Dworkin.

Una convenzione di coordinazione è una regolarità di comportamento che risolve un problema ricorrente di coordinazione. Questa è l'idea di convenzione introdotta da David Lewis nel suo libro *Convenzione*²¹. Secondo Lewis, c'è una convenzione, anche in assenza di un accordo esplicito, in determinate situazioni di interazione sociale che hanno proprietà specifiche. Si tratta di situazioni in cui due o più persone con interessi simili devono affrontare due o più possibili linee di azione. Ogni opzione soddisfa gli interessi di tutti in un modo simile, a condizione che tutti scelgano la stessa linea di azione. Per esempio, possiamo immaginare che un gruppo di amiche si trovi davanti a una situazione di questo tipo quando hanno deciso di incontrar-

²¹ Lewis 1969. L'etichetta "convenzione di coordinazione" non è di Lewis. In realtà, Lewis cercava di offrire una spiegazione del concetto generale di convenzione, nella speranza di catturare "our common, established concept of convention" (Lewis 1969: 3). Dopo alcune critiche (si veda Jamieson 1975), Lewis ha ammesso che potrebbero esistere alcuni usi derivati della nozione di "convenzione" che non soddisfano "the defining conditions" del suo "central concept" (Lewis 1976: 113-114).

si senza specificare il luogo e senza essere in grado di comunicare prima dell'incontro. In questa situazione, ci sono molte soluzioni disponibili (diversi bar in cui incontrarsi) e per ogni amica non è particolarmente importante quale bar risulti scelto: per ciascuna di loro la cosa più importante è che si tratti dello stesso bar scelto dalle altre. La situazione diventa problematica perché, anche se tutte sanno che i loro interessi sono gli stessi, vi sono più opzioni (almeno più di una) che li soddisfano. Lewis chiama "problema di coordinazione" una situazione di questo tipo.

Quando un problema di coordinazione è ricorrente, cioè, si presenta regolarmente, la soluzione raggiunta una volta può generare, tra le persone coinvolte, aspettative mutue sul comportamento delle altre e ciò farà sì che nel futuro tendano a convergere nella stessa soluzione. Una volta che il gruppo di amiche si sono incontrate in un bar, tenderanno a tornare nello stesso bar. Ciò che è rilevante riguardo a tale regolarità non è tanto come è iniziata, ma che cominci ad essere ripetuta. In questo caso sarà nata una convenzione di coordinazione²².

²² Quando un'alternativa emerge come una soluzione è detta *saliente*. Un'alternativa può diventare *saliente* in modi diversi, ad esempio, per essere stata scelta da un'autorità, o segnalata da un accordo, o semplicemente in modo spontaneo o accidentale. Tuttavia, una volta che la stessa soluzione comincia a ripetersi, il suo carattere saliente deriva da questo fatto, cioè, dall'essere ripetuta, e non tanto da come ha avuto origine. Tutto ciò che conta per la sua sussistenza è la sua capacità ricorrente di catturare l'attenzione di tutti i soggetti coinvolti nel problema di coordinazione. Si veda Lewis 1969: 38.

Secondo il convenzionalismo, i giudici si trovano davanti a un problema di coordinazione. I giudici hanno la pretesa di guidare il comportamento dei cittadini e per raggiungere questo fine devono dare ai cittadini la possibilità di identificare i loro doveri giuridici. Questo sarebbe impossibile se i giudici decidessero i casi in modi disparati. Per risolvere questo problema, e perché i giudici siano capaci di svolgere in modo efficace il loro lavoro professionale, essi devono convergere nell'identificazione dei doveri giuridici. In particolare, i giudici devono mantenere l'unità e l'integrità della loro attività²³. Se la convergenza nell'identificazione si stabilizza, sarà nata una convenzione di coordinazione. L'esistenza di tale convenzione produce nei cittadini l'aspettativa che i giudici continueranno a identificare il diritto nello stesso modo.

Tuttavia, come abbiamo detto sopra, non tutte le aspettative, anche se ragionevoli, impongono il dovere di soddisfarle²⁴. Secondo Postema, il dovere sorge solo “quando

²³ “Citizens react to, and attempt to anticipate or predict, the law-applying activities of the judiciary as a hole. Thus, if the activity of law applying is to achieve the ends of the law in a reasonably efficient manner, it must be possible to view the activity of law applying as governed by some reasonably coherent pattern. This requires that judges seek to coordinate *their* law-applying activities in order to achieve something tolerably close to a norm of what I have called ‘institutional coherence’” (Postema 1982: 193).

²⁴ Come nell'esempio citato da Postema, il fatto che durante le sue passeggiate quotidiane Kant passi ad un'ora precisa davanti alla finestra di una signora e che su questa base la signora formi l'aspettativa che Kant sarebbe passato ogni giorno in quel momento, non

il contesto in cui le aspettative sorgono e si mantengono è analogo a un'impresa cooperativa per il reciproco vantaggio, in cui le considerazioni di correttezza richiedono conformità²⁵.

Il dovere di rispettare le aspettative sorge quando la frustrazione dell'aspettativa è ingiusta. La frustrazione di un'aspettativa è ingiusta quando chi l'ha incoraggiata finisce per frustrarla.

Queste considerazioni, continua l'argomento, rendono obbligatorio per i giudici conformarsi alle convenzioni sulla cui base identificano i doveri giuridici. Il rapporto tra giudici e cittadini, anche se interdipendente, è asimmetrico. Infatti, i giudici concepiscono, e chiedono agli altri di concepire, la loro attività come dotata di autorità, e questo è chiaramente un modo di indurre aspettative. Questo tipo di attività richiede, secondo la dottrina della responsabilità politica, che i giudici agiscano sulla base di una "teoria pubblica generale" e, quindi, ogni giudice dovrebbe (i) garantire la coerenza tra la sua attività e quella degli altri giudici e (ii) rispettare le aspettative legittime e ragionevoli dei cittadini relative alla loro attività²⁶.

Pertanto, poiché le aspettative indotte devono essere rispettate, e dato che i cittadini hanno il diritto di aspettarsi che i giudici si conformino alla convenzione, i giudici han-

impone a Kant il dovere di soddisfare questa aspettativa. Si veda Postema 1982: 180.

²⁵ Postema 1982: 180.

²⁶ Postema 1982: 197.

no il dovere di rispettare le convenzioni di coordinazione sulla cui base identificano i doveri giuridici²⁷.

Il problema col convenzionalismo sotto questa veste di coordinazione è che, contrariamente a quanto affermato da Postema, i giudici non sembrano trovarsi davanti a un problema di coordinazione quando sono impegnati nell'identificazione del diritto. Cioè, le condizioni che definiscono un problema di coordinazione, come un particolare tipo di interazione strategica, non sono presenti nell'attività dei giudici²⁸. Un problema di coordinazione è una situazione in cui i partecipanti hanno preferenze strutturate in un certo modo: i loro interessi sono simili. Tuttavia, in campo giuridico, in cui è necessario distribuire oneri e benefici, i problemi di interazione sono di diversi tipi e complessità. Concepire l'attività dei giudici come la soluzione di un problema di coordinazione falserebbe il tipo di situazione in cui operano. Utilizzando la stessa terminologia della teoria dei giochi, sembra che la situazione possa essere meglio descritta come un caso di dilemma del prigioniero o come un problema di *fair play*, in cui v'è un conflitto radicale di interessi²⁹. Le convenzioni di coordinazione non sono soluzioni a questi tipi di problemi. È vero, i problemi di

²⁷ Postema 1982: 196-197 e Postema 2011: 498-500.

²⁸ Coleman sollevò tale obiezione in Coleman 2001: 374. Viene formulata anche da Celano in Celano 2010 [2003]: 328

²⁹ Mentre un problema del tipo dilemma del prigioniero coinvolge solo due persone, un problema di *fair play* coinvolge un gruppo di persone. Si veda Celano 2010 [1997]: 312.

coordinazione possono avere diversi gradi. Ci sono casi in cui c'è una coincidenza perfetta d'interessi e casi in cui gli agenti hanno preferenze personali contrastanti per quanto riguarda le diverse alternative. Tuttavia, una situazione in cui v'è un contrasto radicale tra queste preferenze non è un problema di coordinazione, dal momento che il fatto che gli altri si comportino in certo modo non è necessariamente una ragione per comportarsi allo stesso modo.

In breve, se le convenzioni di coordinazione sono regolarità di comportamento che risolvono problemi di coordinazione ricorrenti, allora, dal momento che i giudici non affrontano un problema di coordinazione, non è possibile affermare che i doveri giuridici derivano da una convenzione di coordinazione.

Anche se non esplicitamente, Postema fornisce una risposta a questa obiezione nel suo lavoro più recente. Penso che possa essere interpretata in tal senso la sua proposta di un concetto più ampio di convenzione come soluzione, non solo a problemi di coordinazione, ma a problemi di cooperazione in generale, comprese le forme d'interazione in cui prevale il conflitto di interesse³⁰. Postema sostiene che tale risultato può conseguirsi modificando due elemen-

³⁰ “[..F]ollowing Hume, we can identify coordination elements in other kinds of games in which conflict is more pronounced, not only so-called Battle of the Sexes games, but also iterated prisoner’s dilemma and hawk/dove games with uncertain termination points. We can refer to these as ‘cooperation problems’” (Postema 2011: 489). Erik Lagerspetz propose una strategia molto simile in Lagerspetz 1995.

ti dell'approccio di Lewis. In primo luogo, indebolendo i requisiti perché un'alternativa d'azione costituisca una soluzione. Tutto ciò di cui abbiamo bisogno per risolvere un problema di cooperazione è che “almeno una delle alternative d'azione, a disposizione delle parti, venga preferita da tutte, contro ogni alternativa che sia il risultato di seguire ognuna la propria strada (anche se questa alternativa può non essere ottimale dal punto di vista di ogni parte coinvolta o dal punto di vista del gruppo nel suo complesso)”³¹. In secondo luogo, ampliando il tipo di fatti che determinano il contenuto delle convenzioni. “Ciò che è essenziale per far sì che le convenzioni di cooperazione siano in grado di risolvere i problemi [...] non è la regolarità di comportamento in sé, ma il carattere *saliente* dello schema o modello di comportamento che la regolarità rende pubblico”³². Pertanto, in questa nuova versione, le convenzioni tra i giudici riguardanti l'identificazione dei doveri giuridici sono “schemi d'azioni correlate che permettono ai membri della comunità di risolvere i problemi di cooperazione ricorrenti che si trovano ad affrontare”³³, “ancorando” le aspettative di tutti ad un'unica soluzione³⁴.

³¹ Postema 2011: 491.

³² Postema 2011: 491.

³³ Postema 2011: 492.

³⁴ Questa ampia concezione delle convenzioni incide anche sulla risposta di Postema all'obiezione di Dworkin basata sul disaccordo. Nel suo precedente lavoro Postema ha sostenuto che i disaccordi sono solo nuovi problemi di coordinazione “within a (partially solved) coordination problem. [...] This can be solved in essentially

Credo che l'espansione del concetto di convenzione, proposta da Postema, ne diminuisca il potere esplicativo. Le convenzioni di coordinazione à la Lewis hanno capacità esplicativa in virtù della loro portata limitata. Tuttavia, non mi soffermerò qui sulla proposta di Postema relativa al concetto di convenzione. Invece, cercherò di sostenere che l'assunzione di fondo, comune alle teorie di Postema e di Marmor, circa la natura cooperativa della pratica giuridica nel suo complesso, compresa l'attività dei giudici indirizzata alla determinazione dell'esistenza e il contenuto dei doveri giuridici, è infondata.

2.3. *Il nobile sogno della cooperazione*

Postema sostiene esplicitamente la natura cooperativa della pratica giuridica e, come ho cercato di dimostrare,

the same way as any other coordination problem is solved, namely, by exploiting the mutual expectations that already obtain in the situation” (Postema 1982: 178). Questa risposta non era certamente sufficiente, giacché se disaccordi sono problemi di coordinazione, bisogna accettare che prima della decisione non v'è alcuna soluzione, e quindi non v'è una convenzione preesistente. Invece, la risposta più recente di Postema, basata sull'idea di convenzioni come “schemes of correlated actions”, è che “[c]onventions, on this view, are not static, fixed points, determined strictly by descriptions of the convergent behavior from which they emerge, but rather relatively stable nodes in a dynamic matrix, the full significance of which cannot be appreciated if removed from this matrix. It is that matrix, available to all and to which all contribute, that gives practical force to particular conventional arrangements and provides resources to enable participants to solve novel situations that arise in the course of the practice” (Postema 2011: 495-496). Dove fra le “novel situations” ci possono essere anche dei disaccordi.

Marmor si vede impegnato a sostenerla una volta che si esplorano le profondità searliane delle convenzioni costitutive. Purtroppo, benché esistano spazi di cooperazione all'interno della pratica giuridica, ci sono due circostanze che precludono la possibilità di affermare con ragione che l'attività dei giudici, per quanto riguarda la determinazione dell'esistenza e del contenuto dei doveri giuridici, sia cooperativa. Queste circostanze precludono anche la possibilità di concepire la loro attività come una convenzione costitutiva o di cooperazione.

Una caratteristica essenziale delle azioni sociali è che i risultati che gli individui vogliono produrre o evitare sono determinati anche dalle azioni di altri agenti. L'agente si trova in una situazione in cui l'ottenimento di un risultato richiede un'azione non solo sua, ma anche il contributo di altri agenti. Il risultato si verificherà soltanto se tutti gli agenti coinvolti fanno la loro parte. Pertanto, la cooperazione richiede che ogni agente sia in grado di assumere che gli altri partecipanti all'attività congiunta faranno la loro parte. Ciò richiede, a sua volta, l'esistenza di una base epistemologica per la formazione di un'aspettativa circa l'atteggiamento cooperativo degli altri agenti. La domanda è fondamentale, dal momento che senza informazione affidabile circa il contributo degli altri, gli individui non hanno abbastanza ragioni per partecipare all'attività collettiva. È in virtù di questo fatto che una teoria dell'azione cooperativa deve offrire una storia relativa a come sia possibile ottenere tali informazioni.

Le teorie delle convenzioni costitutive e di cooperazione appena presentate offrono una spiegazione di come, in alcuni casi paradigmatici, la struttura della situazione fornisce una buona base epistemologica per formare tali aspettative.

In primo luogo, nel caso delle convenzioni costitutive, le attività simili ai giochi, a causa della struttura d'interazione chiusa, non presentano problemi a far sì che l'agente, avendo un atteggiamento di cooperazione, possa formarsi un'aspettativa riguardo al fatto che gli altri condividono questo atteggiamento.

Cioè, la chiara individuazione dei partecipanti, l'isolamento da altri problemi della vita reale e la stabilità dell'interazione offrono una buona base epistemologica che permette all'agente formare e conservare l'aspettativa che gli altri faranno la loro parte nell'impresa cooperativa³⁵.

In secondo luogo, come abbiamo visto, un modo comune per risolvere i problemi di coordinazione è approfittare del carattere *saliente* di qualche evento. Un'azione alternativa è *saliente* quando “si distingue dal resto a causa della sua unicità”³⁶. Una volta che l'alternativa *saliente* è stata seguita da più agenti e il problema è stato risolto una o più volte, la coordinazione può essere raggiunta grazie a questi precedenti. Pertanto, quando un fatto acquisisce sa-

³⁵ Searle 2010: 54-55. Certamente, se le regole sono state istituzionalizzate, sarà l'autorità di tali regole, a tutti nota, la base per la formazione delle aspettative.

³⁶ Lewis 1969: 35.

lienza costituisce una base sufficiente, secondo questa storia, per permettere ad ogni agente di formare un'aspettativa sull'atteggiamento cooperativo degli altri.

Tuttavia, credo che la risposta relativa alle attività simili ai giochi e ai problemi di coordinazione non possa essere estesa per coprire la pratica di identificazione del diritto da parte dei giudici e, di conseguenza, penso che non vi siano sufficienti basi epistemologiche per permettere ad ogni agente di formare l'aspettativa richiesta circa l'atteggiamento cooperativo degli altri.

Il primo problema, meno importante, è che gli agenti non possono basarsi sulla credenza di condividere con gli altri la stessa convinzione sulla funzione di ciascuna istituzione giuridica. Come è noto, molti istituti giuridici non hanno una funzione ben condivisa. “Per esempio, qual è lo scopo delle nostre leggi sul matrimonio, il divorzio, la proprietà e l'eredità? Tutto ciò che si può dire al riguardo è banale o, ovviamente, inventato - per esempio, che lo scopo delle regole del divorzio è che le persone abbiano un accesso ragionevole al divorzio”³⁷.

Il secondo problema, più importante, è il modo in cui i giudici e gli avvocati discutono sull'identificazione dei doveri giuridici. Come segnala Dworkin, da una prospettiva storica, spesso la pratica giuridica è cambiata in risposta alle argomentazioni presentate nel contesto della decisione giudiziaria, gli avvocati “spesso richiedono, nel mezzo del gioco, cambiamenti rispetto anche degli elementi più

³⁷ Ross 1958: 147.

stabili della pratica”³⁸. Ad esempio, cambiamenti significativi nella teoria della legislazione³⁹ e nella dottrina del precedente sono stati sviluppati all’interno dei procedimenti giudiziari. Questi cambiamenti si sono verificati all’interno della pratica giudiziaria; non sono stati il risultato di accordi speciali su una nuova serie di regole, come sarebbe il caso se si trattasse di un’attività simile ai giochi⁴⁰, e nemmeno si sono verificati come risultato di un nuovo evento *saliente*, come sarebbe il caso se si trattasse di convenzioni di coordinazione.

Certo, le convenzioni possono anche cambiare, ma una volta che la gente si trova coinvolta nella pratica, si stabilisce una chiara distinzione tra le argomentazioni circa la convenzione e gli argomenti all’interno della convenzione. I giudici e gli avvocati spesso ignorano questa distinzione, quindi la formazione di un’aspettativa sull’atteggiamento cooperativo degli altri non troverebbe giustificazione.

Il terzo problema, altrettanto importante, è che il contenuto delle disposizioni normative soffre di un elevato grado di indeterminatezza. Le principali fonti d’indeterminatezza sono, come segnala Riccardo Guastini: “(a) la molteplicità di metodi interpretativi; (b) la dogmatica giuridi-

³⁸ Dworkin 1986: 138.

³⁹ Teorie su “how far and in what way legislative intention is relevant in reading statutes” (Dworkin 1986: 137).

⁴⁰ Concepire questa attività come dotata di una struttura simile a un gioco sarebbe come concepire un gioco in cui certe mosse al suo interno contano a favore o contro modi diversi di tenere il punteggio.

ca; (c) i sentimenti di giustizia degli interpreti (che spesso restano sottaciuti, ma talora si manifestano sotto forma di espliciti giudizi di valore”⁴¹. Come dato di fatto, la disponibilità di diversi metodi di interpretazione rende possibile che qualsiasi disposizione normativa venga interpretata come espressione di regole diverse. Tornerò su questo punto più avanti; qui interessa notare che in virtù di questo livello di indeterminatezza, l’aspettativa sull’atteggiamento cooperativo altrui sarebbe ingiustificata, dal momento che ogni giurista, benché limitato dai metodi interpretativi disponibili, ha la possibilità di interpretare la disposizione in conformità con i suoi interessi.

Per concludere, il mio punto è che l’esistenza di un comportamento cooperativo richiede che ogni agente abbia un atteggiamento di cooperazione, vale a dire la volontà di fare la sua parte nell’azione collettiva. Si richiede, inoltre, che ogni agente possa formare un’aspettativa riguardo al fatto che gli altri abbiano lo stesso atteggiamento. Quest’ultimo requisito è soddisfatto solo se esiste una base epistemologica sufficiente che permetta agli agenti la formazione dell’aspettativa sull’atteggiamento altrui. Una teoria che cerca di spiegare un’azione sociale cooperativa deve fornire una spiegazione di come si costituisce la base epistemologica per la formazione dell’aspettativa. Penso che, anche se nei casi paradigmatici di convenzioni costitutive

⁴¹ Guastini 2014: 388. Si veda anche Guastini 2011: 47 per un elenco leggermente diverso, dove si aggiunge gli “interessi confliggenti degli interpreti”.

o di convenzioni di cooperazione si è in grado di soddisfare questo requisito, la soluzione non possa essere estesa alla pratica di identificazione del diritto da parte dei giudici. In quest'ultimo caso, è dubbio che ci sia base epistemologica. Il fatto che le norme giuridiche vengano discusse nel bel mezzo del procedimento giudiziario e il fatto che il risultato dell'interpretazione sia indeterminato escludono la possibilità di dire che nel contesto giuridico v'è base epistemologica sufficiente per la formazione dell'aspettativa che gli altri agenti condividono un atteggiamento cooperativo e, quindi, gli stessi fatti escludono anche la possibilità di dire che l'identificazione dei doveri giuridici viene determinata e regolata da un'impresa cooperativa.

Se le cose stanno così, e dato che la cooperazione è una condizione necessaria sia delle convenzioni costitutive di Marmor, sia delle convenzioni di cooperazione di Postema, dobbiamo allora concludere che, almeno riguardo all'identificazione dei doveri giuridici, non esiste una convenzione di nessuno di questi tipi. Pertanto, né il convenzionalismo costitutivo, né il convenzionalismo costruttivo, sono in grado di spiegare l'esistenza di doveri giuridici e quindi non sono neanche in grado di iniziare a sviluppare una risposta all'obiezione basta sui disaccordi⁴². In definitiva,

⁴² Ho già discusso la risposta di Postema a questa obiezione. Giusto per completezza, la risposta di Marmor all'obiezione basata sul disaccordo è una *reductio ad absurdum*: "we can only make sense of such disagreements on the basis of the assumption that there are rules of recognition that constitutes, *inter alia*, the court system and the legal authority of judges" (Marmor 2009: 163). In altre parole,

sia il convenzionalismo semplice che il convenzionalismo sofisticato, in quanto incapaci di dimostrare l'esistenza di doveri giuridici, diventano, malgrado i loro sforzi, una variante della teoria dell'errore.

Il convenzionalismo finisce così nello stesso punto che lo scetticismo dell'errore. Tuttavia, mi sembra che questa posizione sarebbe molto più scomoda per il convenzionalismo che per lo scetticismo. Infatti, adducendo una teoria dell'errore, il convenzionalismo soffrirebbe di una sorta di schizofrenia poiché attribuirebbe agli enunciati dei giudici uno status ambivalente riguardo all'esistenza dei doveri. Il convenzionalismo affermerebbe, da una parte, che il comportamento di un gruppo di persone (compresi i loro enunciati) determina il contenuto dei doveri, ma, d'altra parte, che quel gruppo di persone sbaglia invariabilmente sull'esistenza di tali doveri. Ciò non significa che il convenzionalismo non possa affermare che in alcuni casi i giudici sbagliano. Il problema è che la base dell'errore non può essere che le api non sanno cosa sia il miele. Questo potrebbe spiegare perché nessun convenzionalista abbia adottato espressamente una teoria dell'errore⁴³.

secondo Marmor, l'esistenza di disaccordi tra i giudici presuppone l'esistenza di giudici e l'esistenza di giudici presuppone l'esistenza di convenzioni costitutive. Anche se concedessimo questo punto di Marmor, penso che non risolverebbe il problema. Per rispondere all'obiezione di Dworkin, dobbiamo dimostrare che, nonostante il disaccordo, ci sono convenzioni costitutive che determinano *il contenuto del dovere*, non solo *chi* deve identificarlo.

⁴³ V'è una differenza fra questa teoria dell'errore che ho delineato

Forse il convenzionalismo potrebbe tentare la strategia di sostenere che i giudici hanno torto solo quando, nei casi di disaccordo, affermano che ci sono doveri giuridici. L'errore si presenterebbe per il fatto che, dandosi il disaccordo, non vi è convergenza e quindi non vi è alcuna convenzione. Nel dare questa risposta, il convenzionalismo spiegherebbe le affermazioni dei giudici sull'esistenza di doveri giuridici, ma al prezzo di adottare una variante *locale* di una teoria dell'errore. Gli enunciati dei giudici sull'esistenza di doveri imposti dalle convenzioni sarebbero corretti nei casi di convergenza. Una teoria locale dell'errore aggiungerebbe solo che questi enunciati sono irrimediabilmente falsi nei casi di disaccordo⁴⁴. Tuttavia, l'adozione di una teoria dell'errore locale ha alcune conseguenze indesiderabili. Ad esempio, una teoria dell'errore spiega gli enunciati solo se i giudici non sono a conoscenza dell'errore. Cioè, una volta che i giudici si siano resi conto del loro errore dovrebbero, *ceteris paribus*, cambiare il loro comportamento. In altre

e la più nota *teoria dell'errore* di John Mackie nella sfera morale. La differenza è che nel primo caso la falsità degli enunciati di dovere è contingente (i disaccordi sono una caratteristica contingente della pratica giuridica), mentre che nel secondo caso è necessaria (Mackie sostiene che il mondo morale è necessariamente inesistente a causa delle proprietà che dovrebbero avere i fatti morali). Si veda Mackie 1977.

⁴⁴ La teoria dell'errore è locale giacché la sua portata si limita agli enunciati formulati nei casi di disaccordo. Una teoria dell'errore globale ha invece una portata più ampia: sostiene che l'errore si estende a (quasi) tutti gli enunciati di dovere. Si veda Mackie 1977: 35 e 49.

parole, una volta che i giudici notano che, in caso di disaccordo, non ci sono doveri, sarebbe sospetto che continuassero ad usare lo stesso linguaggio invece di modificarlo per evitare l'errore⁴⁵.

Per spiegare la persistenza dei giudici in questo errore, il sostenitore del convenzionalismo potrebbe provare a dimostrare che ci sono alcune considerazioni esterne al modo in cui i giudici concepiscono la pratica, come ad esempio l'utilità sociale, l'efficacia del diritto, l'economia delle risorse argomentative, ecc, che giustificerebbero l'uso continuato di quel linguaggio, anche se i giudici hanno scoperto o erano già a conoscenza dell'errore. Cioè, il convenzionalismo potrebbe tentare quello che Scott Shapiro chiama *the repair argument*: “Nei sistemi dove c'è la separazione dei poteri, dove solo il parlamento è autorizzato a creare leggi e ai giudici viene chiesto di limitarsi ad applicarle, diventa pericoloso per i giudici ammettere che decidono in maniera discrezionale e che provano a migliorare il diritto. I tribunali conservano la loro legittimazione solo quando agiscono come se ci fosse davvero un diritto da scoprire al posto di ammettere che il diritto è a volte indeterminato e che sono loro a riempire le lacune”⁴⁶.

⁴⁵ Come sostiene Blackburn, un linguaggio che contiene un errore ne risentirebbe “in something like the way in which phlogiston theory or witchcraft explanations are so tainted. If we come to believe in this error, one response is to abandon the whole thing: [...], just as we have grown out of phlogiston and witchcraft theories” (Blackburn 2005: 326-327).

⁴⁶ Shapiro 2007: 39.

Ricapitolando, le due versioni del convenzionalismo sofisticato discusse finora (costitutiva e costruttiva) hanno ritenuto di superare il convenzionalismo semplice e di rispondere alle obiezioni di Dworkin raffinando il concetto di convenzione. Ho sostenuto che entrambe le versioni non riescono nella loro impresa, perché le condizioni per l'esistenza del particolare tipo di convenzione, che ciascuna di queste versioni difende, non sono presenti nella pratica giuridica. Ciò fa sì che il convenzionalismo si trovi nella stessa posizione dello scetticismo che Hart voleva contrastare: una teoria dell'errore. Penso che la ragione di questo fallimento sia che il convenzionalismo sofisticato è rimasto prigioniero nelle premesse Hart-Dworkin e questo l'ha portato ad esagerare la natura cooperativa della pratica giuridica. Contrariamente a quanto entrambe le versioni sembrano assumere, ci sono ambiti della pratica giuridica che hanno un carattere agonistico, particolarmente l'attività dei giudici indirizzata all'identificazione dei doveri giuridici.

Nondimeno, mi sembra che sia possibile trarre una lezione da questo fallimento. Diversamente da quanto ha sostenuto lo scetticismo, la cooperazione ha un certo ruolo (sia pure esagerato dal convenzionalismo) all'interno della pratica giuridica. L'esistenza e il contenuto dei doveri giuridici non sono determinati attraverso la cooperazione, ma i partecipanti alla pratica giuridica collaborano in altri modi. Per dirla in altri termini, anche se la cooperazione non si estende fino al punto di determinare l'esistenza e il contenuto dei doveri giuridici, la pratica giuridica ha elementi di

cooperazione. Come sosterrò nel prosieguo, i partecipanti collaborano, ad esempio, per quanto riguarda l'individuazione delle disposizioni normative e per quanto riguarda l'insieme dei metodi disponibili per interpretare tali disposizioni. Nella pratica giuridica ci sono convenzioni su come identificare disposizioni normative e convenzioni sui diversi modi in cui possono essere interpretate. Ciò nonostante, la cooperazione non si estende fino a fissare un particolare significato, vale a dire, non esistono convenzioni che determinino lo specifico significato di una disposizione normativa e, di conseguenza, non esistono convenzioni che determinino l'esistenza e il contenuto dei doveri giuridici. Ma prima di argomentare a sostegno di queste affermazioni audaci, nel prossimo capitolo, proporrò un modo di uscire dalle premesse Hart-Dworkin.

CAPITOLO 3

La strada verso la libertà.

Lo scetticismo temperato

La difficoltà che ci ha portato fino qui è che i giudici parlano come se i doveri giuridici esistessero e come se tali doveri potessero essere oggetto di proposizioni, vale a dire, come se essi potessero essere descritti, anche nei casi di disaccordo. Questo modo di esprimersi sembra escludere la versione espressivista dello scetticismo, poiché non coincide con gli atti linguistici dei giudici. L'unica versione accettabile sembra essere quella dell'errore. I convenzionalisti, convinti dell'esistenza dei doveri giuridici, rifiutano anche quest'ultima versione, ma la discussione ci ha portato al punto in cui nessuna proposta convenzionalista è in grado di dimostrare che quando i giudici pronunciano enunciati di dovere esistono le convenzioni a cui fanno riferimento. Dworkin ha sostenuto che anche se la convenzionalità sembra, *prima facie*, in grado di mostrare come gli enunciati di dovere dei giudici possono essere veri nei casi di convergenza, non riesce a mostrare come possono essere veri nei casi di disaccordo, e ciò fa sì che l'apparente spiegazione per i casi di convergenza venga a cadere. Il convenzionalismo non solo si trova nello stesso punto dello scettico, senonché la sua posizione è alquanto più debole. Poiché risulta instabile affermare che l'esistenza dei doveri giuridici dipenda dal comportamento e dagli

atteggiamenti di un insieme di individui che, tuttavia, sono vittime di un errore globale sulle condizioni per l'esistenza di quegli stessi doveri. Il convenzionalismo è arrivato fino a questo punto critico perché si è rinchiuso da solo nelle premesse Hart-Dworkin. Queste premesse l'hanno spinto persino a esagerare la natura cooperativa della pratica giuridica. La situazione sembra farci scivolare inevitabilmente verso la teoria interpretativista di Dworkin.

Tuttavia, vorrei esplorare un'alternativa che, credo, impedisce questa conclusione. Si tratta di una versione temperata dello scetticismo espressivista che trae due lezioni dalla discussione fin qui sviluppata. Primo, che la teoria dei doveri giuridici deve prendere sul serio il discorso dei giudici in termini di esistenza di doveri. Secondo, che bisogna anche essere sensibili, senza esagerare, ai tratti cooperativi o convenzionali della pratica giuridica.

3.1. Convenzioni e metodi interpretativi

Gli argomenti appena proposti contro i tentativi di mostrare che le convenzioni determinano l'esistenza e il contenuto dei doveri giuridici non dovrebbero farci pensare che le convenzioni non svolgono alcun ruolo all'interno della pratica di identificazione dei doveri giuridici. Quando i giudici pronunciano enunciati di dovere, lo fanno poggiando su di un enunciato interpretativo. Cioè, affermano che c'è un metodo interpretativo che dà sostegno all'associazione del dovere con la disposizione normativa. In questo senso, quando una giudice sostiene l'esistenza di

un dovere, sostiene anche il metodo utilizzato per associare tale significato alla disposizione normativa. L'enunciato consiste nell'affermazione, da parte della giudice, che il significato associato al testo è la scelta migliore, considerati i metodi di interpretazione disponibili. Ed è riguardo ai metodi di interpretazione che si presentano i tratti convenzionali o cooperativi della pratica giuridica.

V'è un chiaro senso in cui le convenzioni hanno un posto nell'interpretazione giuridica¹. I termini e le espressioni non hanno un significato naturale o intrinseco; al contrario, sono i parlanti di ogni lingua che conferiscono ai termini e alle espressioni il loro significato. Tuttavia, questa semplice affermazione non è sufficiente per rendere conto della complessità dell'interpretazione. Ad esempio, essa è cieca di fronte al fatto che la possibile determinazione del significato nel discorso ordinario non si estende necessariamente al campo giuridico². Sarebbe anche una teoria riduzionista, perché trascura altri metodi di interpretazione, oltre a quello che consiste nell'associare alla disposizione il suo significato ordinario.

Infatti, ci sono diversi metodi di interpretazione che permettono di associare significati diversi ai testi normativi. Ogni metodo interpretativo stabilisce processi specifici attraverso i quali i giudici possono associare un significato

¹ Siccome d'ora in poi farò riferimento solo all'interpretazione nel contesto giuridico, userò semplicemente "interpretazione".

² Per un argomento a sostegno di quest'affermazione si veda Chiasoni 2000: 94.

ad una disposizione normativa. In altre parole, all'interno dell'interpretazione giuridica, il significato ordinario delle parole non esaurisce i metodi di interpretazione³.

All'interno di una comunità giuridica, ogni metodo di interpretazione contiene un insieme di regole o direttive concernenti l'interpretazione delle disposizioni normative. Tali regole o linee guida possono essere di tre tipi: 1) le direttive primarie, 2) le direttive secondarie; 3) le direttive assiologiche⁴.

Ad esempio, il metodo di interpretazione dell'intenzione legislativa contiene, nella maggior parte delle culture giuridiche, la direttiva primaria secondo la quale il significato deve corrispondere al "significato" o "scopo" del legislatore; la direttiva secondaria in cui si afferma che il metodo deve essere applicato solo quando il significato letterale non è chiaro; e una direttiva assiologica stabilendo che il metodo dovrebbe essere utilizzato nei casi in cui l'autorità del legislatore debba essere rafforzata. Certo, quali direttive contenga un metodo interpretativo e quale metodo interpretativo debba essere usato in caso particolare è una questione contingente e, di solito, non ci sono regole che risolvano ogni possibilità di conflitto.

Le direttive forniscono una base per la valutazione (relativa) del risultato dell'interpretazione. Cioè, per va-

³ "La regla simple del significado literal no es más que una de las muchas formas en que esas convenciones podrían estar configuradas; y, de manera especial, que la pretensión de que ésa es en realidad nuestra única convención interpretativa resulta clamorosamente desmentida por los hechos" (Bayón Mohino 2002: 63-64).

⁴ Chiassoni 2004: 63 e Chiassoni 2007: 79-80.

lutare, almeno relativamente alle direttive, la correttezza degli enunciati interpretativi⁵. Inoltre, i partecipanti non ritengono di infrangere la legge o di avere un disaccordo evidente quando usano un metodo di interpretazione diverso dal semplice significato ordinario. Allo stesso modo, un giudice non interpreta un testo dato in modo isolato o sulla base di un metodo interpretativo usato solo da lui stesso. Al contrario, si impegna in una pratica interpretativa dove il fatto che altri giudici usino un certo metodo interpretativo è una delle ragioni per usare lo stesso metodo. Così, i metodi di interpretazione sono convenzioni riguardo a come associare un significato ad una disposizione normativa⁶.

Nonostante il suo carattere convenzionale, all'interno della pratica giuridica vengono accettati una vasta gamma di metodi interpretativi sufficienti per produrre una pluralità di risultati contrastanti. Guastini illustra questo fenomeno nel modo seguente: “prendiamo [...] una disposizione costituzionale che si riferisca ai ‘cittadini’, quale l’art. 49 (‘Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti...’). *Argomento a contrario* [...]: la disposizione in questione non menziona altri soggetti che i cittadini; pertanto deve essere intesa nel senso che si applichi *solo* ai cittadini (e non agli stranieri e agli apolidi) [...]. *Argomento sistematico*: il diritto di associazione politica, conferito da questa disposi-

⁵ Chiassoni 2004: 103.

⁶ Questo avvicina i metodi interpretativi alle convenzioni costitutive di Marmor. Tuttavia, Marmor ha alcuni dubbi al riguardo, si veda Marmor 2011: 498-499.

zione, è uno dei diritti fondamentali inviolabili, di cui all'art. 2 cost.; ma, d'altro canto, l'art. 2, usando l'espressione "diritti inviolabili dell'uomo", riferisce i diritti inviolabili non ai soli cittadini, bensì agli uomini in genere; pertanto la disposizione in esame deve essere intesa, malgrado il suo tenore letterale, nel senso che conferisca il diritto in questione non solo ai cittadini in senso tecnico-giuridico, ma agli uomini tutti. *Argomento della dissociazione*: la classe dei cittadini include due sottoclassi, i cittadini di sesso maschile e quelli di sesso femminile, alle quali non necessariamente si applica la medesima disciplina giuridica; d'altro canto, la costituzione qui non menziona espressamente (come altrove: art. 51, comma 1) i 'cittadini dell'uno o dell'altro sesso'; se i costituenti avessero voluto riferirsi ai cittadini di entrambi i sessi, l'avrebbero fatto (come hanno fatto nel redigere l'art. 51, comma 1); pertanto la disposizione deve essere intesa nel senso che si applichi solo ai cittadini di sesso maschile (non alle cittadine)⁷.

La pluralità di convenzioni/metodi interpretativi rende i testi normativi equivoci e quindi l'interpretazione è indeterminata. Cioè, le disposizioni normative si trovano, di fatto, associate ad un numero indefinito di significati, tipicamente almeno più di uno. Quindi, gli unici enunciati interpretativi di cui è possibile predicare verità sono quelli del tipo: "D significa S1, S2, S3 ... Sn", cioè, gli enunciati che descrivono tutti i significati associati a D⁸. Ma gli

⁷ Guastini 2011: 48-49. s

⁸ Guastini 2011: 27-32.

enunciati dei giudici non hanno questo contenuto, i giudici devono decidere qual è l'unico significato della disposizione e quindi i loro enunciati hanno la forma "D significa S".

Nella sezione successiva proverò ad offrire un argomento per mostrare che gli enunciati interpretativi dei giudici sono privi di valore di verità⁹. L'assenza di valore di verità degli enunciati interpretativi non dipende dal fatto che i testi normativi abbiano più significati, bensì dal fatto che i giudici non si adoperano a realizzare un'azione di conoscenza, ma a decidere quale sia il significato dei testi normativi. Da questo punto di vista, la migliore descrizione di ciò che fanno i giudici quando identificano doveri giuridici attraverso l'interpretazione delle disposizioni normative è creazione del diritto, nel senso limitato di definire i contorni dell'ordinamento giuridico.

3.2. Proiettivismo e doveri giuridici

Torniamo indietro di un paio di passi. Abbiamo detto che è un fatto innegabile della pratica giuridica che i giudici affermano che ci sono doveri giuridici e che lo fanno anche nei casi di disaccordo. Si tratta di una caratteristica della pratica giuridica di cui una teoria non può semplicemente sbarazzarsi. Tuttavia, mi sembra possibile accettare ciò ed al contempo evitare di rimanere intrappolati nelle premesse Hart-Dworkin. Tali enunciati possono essere spiegati senza dover mostrare che ci sono doveri giuridici. Anche se non fanno riferimento a cose nel mondo (perché non v'è alcun

⁹ Guastini 2011: 30.

dovere giuridico), gli enunciati apparentemente denotativi o rappresentativi dei giudici possono essere spiegati senza cadere in una teoria l'errore. Questa è l'alternativa che vorrei qui esplorare¹⁰.

Quindi, è necessario dimostrare che i giudici possono esprimere i loro atteggiamenti verso certi azioni e metodi interpretativi attraverso enunciati che affermano l'esistenza di doveri giuridici, anche se tali entità non esistono. Questo può essere fatto precisando il modo in cui concepiamo gli enunciati dei giudici:

(i) sono i riflessi proposizionali di atteggiamenti valutativi di giudici¹¹.

(ii) affermare che v è un dovere giuridico, non è niente di più che esprimere un atteggiamento positivo verso la realizzazione dell'azione¹².

Gli atteggiamenti dei giudici sono la risposta ad alcune proprietà del mondo che hanno intorno. Quindi, quello che considerano la percezione di un dovere (o una sensibilità ai doveri) è solo una funzione di stimolo/credenze a risposte/atteggiamenti. Per esempio, se Morena vede Luca consu-

¹⁰ Ho cercato di mostrare come il proiettivismo, associato al quasi-realismo, può risolvere altri problemi riguardanti gli enunciati dei giudici in Arena 2012 e Arena 2013.

¹¹ Blackburn 1998: 77. "We project an attitude or habit or other commitment which is not descriptive onto the world, when we speak and think as though there were a property of things which our sayings describe which we can reason about, know about, be wrong about, and so on" (Blackburn 1984: 170-1).

¹² Blackburn 1998: 77-83

mare droghe e dice: “Quello è sbagliato!”, il proiettivismo sostiene che, dato un insieme di fatti, vale a dire, l’ eseguire Luca determinate azioni, il percepire Morena queste azioni e le credenze di Morena (su ciò che Luca sta facendo, le sue intenzioni e gli effetti delle sue azioni), un’emozione di disapprovazione compare in lei. Morena proietta la sua emozione nel mondo e poi esclama “Quello è sbagliato!”. Questo è il motivo per cui Morena “crede che il mondo contenga una certa proprietà, e il farlo non segue dal rintracciare una qualche proprietà reale del mondo, ma è il risultato di un’esperienza emotiva”¹³. Allo stesso modo, quando i giudici si vedono coinvolti nel discorso su doveri, ciò che veramente stanno facendo è usare il linguaggio per proiettare emozioni.

La seconda caratteristica significa che, quando una giudice pronuncia un enunciato di dovere sta esprimendo (“*voicing*”) un atteggiamento¹⁴. Ciò che fa quando dice che qualcosa è dovuta, permessa o obbligatoria è esprimere (“*avow*”) il suo punto di vista pratico¹⁵. Dire che v’è il dovere di fare A è sviluppare e manifestare un certo atteggiamento favorevole verso la situazione in cui A viene

¹³ Joyce 2007. Si veda anche Blackburn 1998: 4-8.

¹⁴ Tuttavia, “[t]o hold a value, then, is typically to have a relative stable disposition to conduct practical life and practical discussion in a particular way: it is to be disposed or *set* in that way, and notably to be set against change in this respect. This way of being set is such as to align values and motivations” (Blackburn 1998: 67).

¹⁵ “‘Avowal’ here means that we express this state, make it public, or communicate it” (Blackburn 1998: 68).

realizzata ed essere motivati ad agire di conseguenza.

Così, un enunciato come “Esiste il dovere di negare a Elmer l’eredità del nonno, dal momento che questo coincide con le intenzioni controfattuali del legislatore” o “Esiste il dovere di fermare il completamento della diga di Tellico, in quanto ciò corrisponde al significato ordinario della disposizione normativa”, può essere interpretato come l’espressione di due atteggiamenti:

(i) un atteggiamento di approvazione riguardo all’azione dovuta.

(ii) un atteggiamento di approvazione riguardo al metodo di interpretazione.

Nella nota ricostruzione espressivista:

(i) Negare a Elmer l’eredità del nonno - Hurrà!

(ii) Interpretare la disposizione secondo le intenzioni controfattuali del legislatore - Hurrà!

o

(i) Fermare il completamento della diga di Tellico - Hurrà!

(ii) Interpretare la disposizione normativa secondo il suo significato ordinario - Hurrà!

In che senso può una giudice dire che esiste un dovere se i suoi enunciati esprimono un atteggiamento? Ebbene, la verità della sua affermazione sarebbe un prodotto del proprio lavoro intellettuale e della propria sensibilità. Secondo Simon Blackburn, affermare che esiste un dovere implica affermare che l’atteggiamento espresso da quell’affermazione appartiene all’insieme di atteggiamenti che hanno superato tutte le “prove di miglioramento”, o almeno che

sono considerati non suscettibili di ulteriore revisione. Nelle parole di Blackburn: “Sto semplicemente suggerendo di definire ‘il miglior insieme possibile di atteggiamenti’ come l’insieme di atteggiamenti che hanno superato tutte le opportunità di miglioramento. Così, dire che un enunciato valutativo è vero sarebbe lo stesso che dire che appartiene a quell’insieme, o che può essere derivato da esso. Chiamiamo l’insieme M^* ; se m è un enunciato valutativo specifico che esprime un atteggiamento m : m è vero = m appartiene a M^* ”¹⁶.

Parafrasando Blackburn, una giudice *deve guadagnarsi* il suo diritto di parlare di verità giuridica. Poiché in questo contesto la verità ha fonti soggettive, quali atteggiamenti, bisogni e desideri, il suo diritto dipende dalla sua capacità di formare un insieme perfezionato di atteggiamenti, in cui la coerenza e la consistenza vengano rispettate¹⁷.

Pertanto, è possibile accogliere la grammatica proposizionale degli enunciati dei giudici, anche se non esistono doveri giuridici. Una giudice può affermare che esiste il dovere di negare a Elmer l’eredità del nonno o che esiste

¹⁶ Blackburn 1984: 198. È interessante notare che, in modo contrastante al mio progetto, Blackburn sembra esplicitamente sostenere riguardo al diritto tesi simili a quelle del convenzionalismo. Infatti, egli afferma che il valore di verità di un enunciato giuridico ha come fondamento fatti circa intese, azioni e decisioni umane. Così l’enunciato di dovere di un giudice è vero se è supportato da tali basi (Blackburn 1984: 205-210). Tuttavia, se i miei argomenti contro il convenzionalismo funzionano, allora si applicano anche alla ricostruzione della verità giuridica realizzata da Blackburn.

¹⁷ Blackburn 1984: 197-202.

il dovere di fermare il completamento della diga di Telli-co, senza che il dovere provenga dall'esistenza di un fatto qualsiasi. Nel pronunciare questo tipo di enunciato, il giudice esprime il suo atteggiamento, il suo punto di vista, o forse il suo desiderio per quanto riguarda lo stato di cose in cui il dovere viene adempito. Questa espressione ci permette di identificare come il mondo dovrebbe cambiare per adattarsi all'atteggiamento della giudice e cosa dovrebbero fare gli altri funzionari per rispettare la sua decisione¹⁸.

¹⁸ Di certo io non sono il primo a sostenere un punto di vista espressivista circa gli enunciati giuridici. I realisti giuridici scandinavi hanno sostenuto questa tesi molto tempo fa. Concluderò il presente testo in debito con loro e il lettore, perché una valutazione accurata del rapporto fra la proposta fatta qui e il realismo giuridico scandinavo rimarrà un lavoro per un'altra occasione. Più di recente, Kevin Toh ha anche sostenuto un approccio espressivista degli "committed legal statements". Inizialmente, Toh ha sostenuto tale approccio come interpretazione della teoria di Hart in *Il concetto di diritto* (Toh 2005); in seguito, con aggiunte e miglioramenti, l'ha sostenuto come quella che egli considera la teoria corretta degli enunciati dei giudici (Toh 2011). Anche se il mio lavoro ha beneficiato della lettura dei suoi articoli, ci sono differenze fra la proposta di Toh e la mia. Da una parte, Toh non considera il proiettivismo di Blackburn e preferisce l'approccio di Gibbard (Gibbard 2003). Dall'altra parte, diversamente da me, Toh mira a coniugare l'espressivismo con l'idea di Hart dell'esistenza di una regola di riconoscimento. Questa gamba hartiana della proposta di Toh può essere criticata non solo come una lettura errata di Hart (si veda Swaminathan 2014), ma anche in virtù delle sue difficoltà per far fronte ai problemi del convenzionalismo: fra gli altri, il problema dei disaccordi e la sovrastima della cooperazione. La mia proposta è più vicina a quella accennata da Shivprasad Swaminathan in Swaminathan 2016.

CAPITOLO 4

Intenzioni dei giudici e azioni interpretative

La versione temperata dello scetticismo appena proposta descrive (o ricostruisce concettualmente) le azioni, i.e. gli atti linguistici, portate avanti dai giudici quando formulano enunciati di dovere e interpretano i testi normativi. Attraverso queste azioni linguistiche, i giudici esprimono la loro approvazione o disapprovazione verso una certa azione e una certa convenzione interpretativa. Dunque, il successo della teoria dipende dal soddisfare i requisiti che, in generale, sono imposti a qualsiasi teoria esplicativa delle azioni. La critica di Hart, secondo cui nel discorso dei giudici ci sono indizi che negano la versione espressivista dello scetticismo, può essere intesa come se negasse che lo scetticismo soddisfi tali esigenze. Questa riformulazione della critica di Hart coincide con un tipo di critica che di solito è diretta contro le teorie non cognitiviste in meta-etica. Per esempio, Terence Cuneo sostiene questa critica basandosi su una premessa abbastanza condivisibile: una condizione necessaria per eseguire l'azione P è avere l'intenzione di eseguire P¹. Per Cuneo, infatti, l'azione svolta dipende dalle intenzioni degli agenti: in condizioni normali, un agente esegue l'atto [linguistico] AL attraverso il proferimento di un enunciato E se e solo se l'agente intende

¹ Cuneo 2006.

eseguire AL attraverso il proferimento di E². Pertanto, una condizione necessaria per eseguire l'azione linguistica di esprimere un atteggiamento è avere l'intenzione di esprimere un atteggiamento. Analogamente, una condizione necessaria affinché i giudici compiano l'azione linguistica di esprimere un atteggiamento quando affermano l'esistenza di un dovere è che abbiano l'intenzione di esprimere un atteggiamento attraverso quell'enunciato.

Un primo tentativo di blindare lo scetticismo di fronte a questa linea argomentativa sarebbe sostenere che si tratta di una duplicazione inutile del numero di stati mentali. Cioè, si potrebbe sostenere che chiunque esprima un'emozione non *intende* esprimerla, ma semplicemente la esprime. Come quando diciamo “Ahia!” di fronte a un dolore inatteso o “Wow!” di fronte a qualcosa che ci piace. Nondimeno, benché a volte esprimiamo emozioni senza necessariamente avere l'intenzione di farlo, sarebbe più forzato sostenere che quando esprimiamo la nostra approvazione o disapprovazione in questioni di rilevanza morale o giuridica lo facciamo senza particolari intenzioni. Colui che sostiene che la tortura è moralmente aberrante, se esprime un'emozione di disapprovazione, ha certamente l'intenzione di pronunciare quella affermazione e mostrare quell'emozione. Lo stesso può dirsi per un giudice che af-

² Semplifico conformemente alla terminologia di questo lavoro la formulazione di Cuneo: “(1) In ordinary optimal conditions, an agent performs an illocutionary act of Φ ing by way of performing a sentential act if and only if that agent intends to Φ by way of performing that sentential act” (Cuneo 2006: 41).

fermi “Non esiste il dovere di assegnare l’eredità a Elmer” o “Esiste il dovere di fermare il completamento della diga di Tellico”.

Quindi, se accettiamo la sfida di Cuneo, gli scettici espressivisti dovrebbero fornire alcune prove a favore dell’affermazione secondo cui gli agenti hanno effettivamente questa intenzione. In altri termini, gli espressivisti dovrebbero dimostrare che in condizioni normali, quando l’agente esprime sinceramente una dichiarazione morale, non intende descrivere alcunché, ma intende esprimere un atteggiamento³.

Cogliere ciò che un oratore sta cercando di dire, impegnandosi in un tipo di discorso, richiede di tenere conto di alcuni fatti, tra cui le convinzioni dell’agente circa la natura di certe caratteristiche della realtà. In ambito morale, Cuneo sostiene che ci sono alcuni casi, come quello del “credente religioso tradizionale” (ebreo, cattolico, musulmano, tra gli altri), in cui le prove dimostrano che gli agenti, quando formulano una dichiarazione di carattere valutativo, hanno l’intenzione di affermare o descrivere qualcosa circa uno stato di cose o un oggetto morale⁴. La conclusione di Cu-

³ Ancora una volta, semplifico e adatto la formulazione di Cuneo: “In ordinary optimal conditions, when an agent performs the sentential act of sincerely uttering a moral sentence, that agent does not thereby intend to assert a moral proposition, but intends to express an attitude toward a non-moral state of affairs or object” (Cuneo 2006: 43).

⁴ “We should interpret the traditional religious believer’s ordinary moral discourse in light of her realist commitments and, thus, as

neo è che l'espressivismo "è falso in quanto non è in grado di rendere correttamente conto delle intenzioni che, riferite all'atto [linguistico], gli agenti possiedono quando si impegnano nel discorso morale"⁵. In definitiva, l'argomento è che l'espressione sincera delle affermazioni morali è fatta con un tipo di intenzione incompatibile con il tipo di atto che, secondo l'espressivista, svolgono gli agenti coinvolti nel discorso morale.

In ambito giuridico, la critica implicherebbe che è falso che l'atto compiuto dal giudice nel pronunciare un enunciato di dovere sia un atto di espressione di un atteggiamento di approvazione o disapprovazione nei confronti di uno stato di cose. Ed è falso perché i giudici non intendono eseguire questo tipo di atto, ma intendono affermare l'esistenza di doveri giuridici. L'argomento di Hart secondo cui lo scetticismo non è capace di dare conto del discorso dei giudici relativo ai doveri giuridici può essere interpretato in questo modo. Cioè, il problema con lo scetticismo sarebbe che i giudici si esprimono in un modo incompatibile con le intenzioni che dovrebbero avere se si accingessero a realizzare il tipo di atto linguistico attribuito loro dallo scetticismo. Per contrastare questa obiezione e soddisfare

being what it seems: discourse in which she intends to predicate moral features of various kinds of persons, their intentions, actions, and so on" (Cuneo 2006: 62). Queste affermazioni sono supportate da prove sociologiche relative al discorso dei credenti religiosi tradizionali Cuneo 2006: 62-64.

⁵ Cuneo 2006: 36. Cuneo si riferisce a "atti illocutivi", ma non ritengo necessario introdurre tale complicazione nel presente lavoro.

l'esigenza di Cuneo, lo scetticismo deve dimostrare che, nonostante l'uso di una formulazione linguistica con un aspetto proposizionale, i giudici non intendono eseguire un atto linguistico descrittivo, ma piuttosto hanno l'intenzione di esprimere un'emozione o atteggiamento verso un'azione e un metodo interpretativo. Lo scetticismo dovrebbe fornire prove sulle intenzioni dei giudici che dimostrino la realizzazione di un atto non descrittivo.

Il ben noto argomento scettico dell'infallibilità delle decisioni giudiziarie può essere letto, credo, in questo senso. È fuori discussione che alcune decisioni dei giudici sono definitive, nel senso di non poter essere controllate da un'istanza superiore. È vero che si tratta di una caratteristica contingente degli ordinamenti giuridici, ma così diffusa che non è messa in dubbio da nessuno⁶. Lo scettico segnala che chi ha l'ultima parola riguardo all'applicazione di una norma giuridica determina, ogni volta che si esprime, qual è il contenuto del diritto. Nelle parole del vescovo Hoadly citate da Gray: "Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is He who is truly the Law-Giver to all intents and purposes, and not the person

⁶ Certo, la situazione è più complessa. Da un lato perché ci sono decisioni che, benché divengano definitive, avrebbero potuto essere controllate. Mi riferisco alle decisioni di giudici di prima o seconda istanza che, una volta decorso il termine per ricorrere, diventano definitive. Dall'altro lato perché l'esistenza di corti internazionali modifica (anche se con alcune incertezze) il carattere definitivo di certe decisioni dei tribunali di ultima istanza statali.

who first wrote or spoke them”⁷. L’argomento è che l’impossibilità di mettere in discussione il modo in cui i giudici di ultima istanza identificano i doveri giuridici implica che non ha senso dire che hanno sbagliato; ciò esclude la possibilità che esistano criteri di correttezza. Tradotto nei termini di questo lavoro, questo vuol dire che gli enunciati di dovere non hanno valore di verità poiché non c’è niente da descrivere prima che si pronuncino i giudici di ultima istanza. Riguardo all’esigenza di Cuneo, questa conclusione permette di attribuire ai giudici un’intenzione non descrittiva, poiché loro sanno che esistono i tribunali di ultima istanza e che ciò rende i loro enunciati privi di valore di verità. Attribuire loro l’intenzione di descrivere, sarebbe attribuire loro un errore generalizzato.

Hart segnala che questo argomento è conseguenza della mancata distinzione fra definitività e infallibilità. L’infallibilità non segue, afferma Hart, dalla definitività. Le decisioni dei giudici possono essere al contempo definitive e fallibili; quindi è possibile che una decisione sia definitiva e sbagliata. Contro l’affermazione realista, Hart propone l’esempio dei giochi o degli sport. Facendo riferimento a tali esempi, Hart prova a mostrare che la definitività è compatibile con la fallibilità, cioè con la possibilità di errore. Nel caso degli *sport*, sostiene Hart, l’arbitro ha l’ultima parola (la sua decisione è definitiva), ma ciò non vuol dire che il gioco non abbia un modo di contare il punteggio diverso dalla discrezionalità dell’arbitro. In altre parole, che

⁷ Gray 1909: 100.

la decisione dell'arbitro sia definitiva, non vuol dire che l'arbitro sia infallibile, cioè che la sua decisione non possa essere sbagliata. Altrimenti, continua l'argomento, i giocatori si comporterebbero in modo diverso e, invece di provare a fare un *gol*, proverebbero tutto il tempo a convincere l'arbitro ad aumentare discrezionalmente il loro punteggio. Dato che, di fatto, i giocatori continuano a giocare seguendo regole che non coincidono con la regola "gol è ciò che l'arbitro dice essere gol", è possibile affermare che ci sono delle regole che determinano che in alcuni casi le decisioni degli arbitri, benché definitive, sono sbagliate.

Attraverso questi esempi, Hart vuole dimostrare che esistono almeno alcuni casi, i giochi e gli sport, in cui le decisioni di un arbitro sono definitive ma comunque fallibili. Detto altrimenti, esistono ambiti di decisione in cui è possibile che le decisioni siano definitive e, al contempo, fallibili. Se ciò è vero, continua Hart, allora è possibile distinguere fra definitività e infallibilità anche riguardo alle decisioni dei giudici in ambito giuridico. Può darsi il caso che alcune decisioni non siano controllabili da un'istanza superiore, ma ciò non toglie che la decisione possa essere sbagliata secondo i criteri della regola di riconoscimento. Come abbiamo visto, nella teoria hartiana è la regola di riconoscimento a fissare i criteri di correttezza. L'esistenza di una convenzione di questo tipo permette di distinguere fra ciò che qualcuno crede/afferma/dice essere il diritto e ciò che il diritto è. In altre parole, l'esistenza di una convenzione apre spazio alla possibilità di errore. L'errore si

produce se la decisione identifica come diritto una norma che non soddisfa i requisiti stabiliti dalla regola di riconoscimento.

Tradotto nei termini della nostra discussione, questa risposta di Hart potrebbe formularsi nel modo seguente. Gli enunciati di dovere dei giudici hanno valore di verità, ciò viene fissato dalla regola di riconoscimento. Il fatto che esistano decisioni ultime non implica che tale regola non esista, quindi i giudici possono avere l'intenzione di descrivere doveri legali senza cadere in un errore generalizzato. La non necessità dell'errore generalizzato e la forma descrittiva dei loro enunciati costituiscono evidenza a favore dell'attribuzione ai giudici di un'intenzione descrittiva, incompatibile con l'atto linguistico attribuito loro dallo scetticismo espressivista.

Tuttavia, mi sembra che l'analogia proposta da Hart non sia prova sufficiente dell'intenzione descrittiva dei giudici. Dal mio punto di vista, l'argomento basato sugli esempi dei giochi e degli sport non basta per provare che esiste la possibilità di errore. In effetti, se funzionano, gli esempi servono per mostrare che ci sono casi, come i giochi e gli sport, dove definitività non implica infallibilità perché da come si comportano i giocatori segue che esistono regole diverse dalla mera discrezionalità dell'arbitro. Tuttavia, gli esempi mostrano solo che la definitività è compatibile con la fallibilità e quindi che dal fatto della definitività non segue l'assenza di criteri di correttezza; non mostrano però che i criteri di correttezza esistono. Detto altrimenti

ti, dal mostrare che è *possibile* che definitività e fallibilità convivano, non segue che effettivamente lo facciano in un caso diverso dai giochi e dagli sport. È vero, gli esempi bloccano gli argomenti scettici che traggono direttamente l'infallibilità dalla definitività, ma non servono per mostrare che i giudici siano, di fatto, fallibili, cioè non mostrano che esistono criteri di correttezza giuridici. In definitiva, Hart non ha mostrato che i giudici di ultima istanza sono fallibili (cioè, che esistono criteri di correttezza giuridica); ha mostrato solo che la definitività non rende impossibile che lo siano. Gli esempi di Hart implicano solo che bisogna trovare prove ulteriori per sostenere che non esistono criteri di correttezza giuridici.

In primo luogo bisogna precisare che l'attribuzione ai giudici di un'azione linguistica espressiva non dipende dall'assenza di criteri di correttezza giuridici in virtù della definitività o del fatto che i testi normativi abbiano più significati. Il fatto che tutti gli enunciati interpretativi siano, se descrittivi, falsi, può essere un indizio del fatto che chi li pronuncia non ha l'intenzione di portare avanti un atto di conoscenza⁸. Ma è solo un indizio e, inoltre, non è univoco

⁸ Anzi, il teorico dell'interpretazione si troverebbe in realtà davanti alla seguente alternativa: da un lato, se le disposizioni interpretative hanno più significati, per evitare di affermare la strana tesi che gli enunciati interpretativi dei giudici sono tutti falsi, bisognerà concepire quest'ultimi come non descrittivi. Dall'altro, se gli enunciati interpretativi dei giudici sono descrittivi, per evitare la strana tesi che sono tutti falsi, bisognerà intendere che le disposizioni interpretative hanno, a volte, un unico significato.

poiché l'errore di massa non è così improbabile⁹. Invece, l'evidenza che lo scetticismo temperato presenta a favore della tesi secondo cui i giudici di ultima istanza non si adoperano a realizzare un'azione di conoscenza, bensì a decidere quale sia il significato dei testi normativi, è proprio la funzione attribuita loro dall'ordinamento giuridico.

Se guardiamo cosa fanno i tribunali di ultima istanza vedremo che, entro certi limiti, il compito loro assegnato non è tanto quello di identificare il diritto preesistente, ma di decidere in maniera definitiva il modo in cui il conflitto deve essere risolto, decidendo circa il significato dei testi normativi. Infatti, a differenza dei giochi e degli sport, nella sfera giuridica il compito assegnato ai giudici di ultima istanza è proprio di porre fine al conflitto politico che non è stato risolto dal legislatore, attraverso la determinazione dei limiti dell'ordinamento giuridico. L'attività dei giudici di ultima istanza è indirizzata a creare diritto, nel senso più stretto, limitato, di decidere il significato delle disposizioni normative e così porre fine al conflitto arrivato alle loro porte. La creazione di diritto da parte dei tribunali di ultima istanza è certamente limitata da diverse circostanze. Così, segnala Guastini: “formulare *ex novo* una norma è cosa palesemente diversa dall'interpretare un testo normativo, esso sì, precostituito; inoltre, i giudici costituzionali,

⁹ Inoltre, una teoria dell'errore potrebbe essere sostenuta mostrando che esistono considerazioni, come l'utilità pubblica, esterne alla pratica interpretativa, che fanno sì che per i soggetti coinvolti sia ragionevole continuare con la pratica nonostante siano consci dell'errore.

a differenza dei legislatori, sono privi di iniziativa, nel senso che non possono procedere d'ufficio, ma possono solo decidere le questioni loro sottoposte [riferimento omesso], e, si potrebbe aggiungere, in molti ordinamenti le loro decisioni sono soggette al principio di corrispondenza tra 'il chiesto' e 'il pronunciato'; in fine, in tutti o quasi tutti i sistemi giuridici moderni, la normazione è frutto di decisioni non motivate, mentre la giurisdizione consiste proprio nel decidere motivando, e precisamente motivando sulla base di norme trattate come preesistenti"¹⁰.

Non di rado i tribunali di ultima istanza cambiano i criteri in base ai quali attribuiscono un significato ai testi normativi. Anzi, la cultura giuridica mette loro a disposizione una pluralità di metodi interpretativi per poter svolgere questa variazione (a volte usano l'argomento letterale, a volte quello intenzionale, a volte quello sistematico)¹¹. Ma non solo: a volte i giudici di ultima istanza decidono proprio contro ciò che sembrerebbe la risposta interpretativa scontata (i.e., il significato letterale del testo normativo).

¹⁰ Guastini 2011: 384, n. 12.

¹¹ Per esempio, riguardo alla Corte Suprema argentina Carlos Nino segnala come "en 'Gedes Hnos.', 'Mórtola y Cía.', 'Piccardo' y 'Bergamino' la Corte sostuvo que la interpretación de la Constitución debe atenerse a su letra y a su tenor literal; sin embargo en 'Bressani' se sostuvo que el valor mayor de la Constitución no está en su texto escrito sino en su obra práctica, realista, de conciliación de intereses que exige, para que se la siga cumpliendo, una interpretación flexible y elástica, a fin de adaptarla a nuevas ideas y circunstancias. En este sentido, no debe perderse de vista la terminología usada" Nino 1992: 105.

Ancora, a volte decidono casi in cui non c'è una risposta interpretativa chiara e rispetto ai quali ci sono controversie normative sostanziali riguardo a quale sia il miglior modo di decidere¹². La migliore descrizione di ciò che fanno i giudici di ultima istanza sembra essere concepire la loro attività come creazione del diritto, nel senso limitato di definire i contorni dell'ordinamento giuridico.

Così, diversamente da quanto affermato da Hart, dalla tesi scettica non segue che i giocatori (i giuristi in generale) dovrebbero giocare in un modo diverso da quanto facciano. Anzi, è precisamente dal modo in cui di fatto si gioca la partita nei tribunali di ultima istanza che ottiene supporto la teoria scettica. Sarebbe invece proprio la teoria hartiana che ci porterebbe ad affermare che i giudici sbagliano più di quanto non decidano correttamente, cioè, ad affermare che gran parte degli enunciati interpretativi dei giudici di ultima istanza sono falsi, poiché si discostano della risposta dettata dall'ipotetica regola di riconoscimento.

Per concludere e prima di passare al seguente ed ultimo capitolo, mi sembra valga la pena svolgere un breve riassunto.

La versione temperata di scetticismo che si propone in questo scritto poggia su due “gambe”: una convenzionalista e un'altra proiettivista. Questi appoggi sono necessari se prendiamo sul serio alcuni punti della discussione

¹² Per esempio, la Sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale italiana, sull'interpretazione del termine “matrimonio” nella Costituzione italiana.

fra scettici, convenzionalisti e Dworkin. In primo luogo, la “gamba” convenzionalista consiste nell’acceptare che ci sono ambiti di cooperazione nella pratica giuridica, in particolare nel modo in cui vengono interpretate le disposizioni normative. Ciò non significa che l’esistenza e il contenuto dei doveri giuridici vengano determinati da convenzioni, bensì solo che il modo in cui tali doveri si associano a disposizioni giuridiche deve seguire alcuni (una varietà di) procedimenti convenzionali: i metodi interpretativi. In secondo luogo la “gamba” proiettivista è il risultato di prendere sul serio la forma proposizionale degli enunciati di dovere dei giudici ed è, a prima vista, incompatibile con l’idea che tali enunciati consistano nell’espressione di atteggiamenti verso azioni e metodi interpretativi. Il proiettivismo permette di sormontare questa difficoltà, poiché dimostra che è possibile mantenere un discorso in termini di verità per esprimere atteggiamenti. E, allo stesso modo, ci sono evidenze nella pratica giuridica che permettono di affermare che i giudici hanno l’intenzione di svolgere atti non descrittivi, benché usino un discorso proposizionale.

L’ultima difficoltà sorta dalla discussione introdotta nei primi capitoli sono i disaccordi fra i giudici. Nel prossimo capitolo proverò a mostrare come lo scetticismo appena proposto può fare fronte ad essi.

CAPITOLO 5

L'ultimo anello: i disaccordi

L'argomento di Dworkin basato sul disaccordo ha prodotto una notevole quantità di letteratura. Una valutazione completa del dibattito non solo va oltre la mia competenza, ma eccede anche la struttura di questo lavoro. Così, in quest'ultimo capitolo proverò solo a delineare come credo che lo scetticismo temperato sia in grado di accogliere i disaccordi fra i giudici. In ogni caso, per fare ciò è importante fissare con chiarezza il punto della discussione, o almeno quello che considererò qui il punto della discussione. Talvolta Dworkin afferma che la teoria del diritto deve spiegare i disaccordi genuini¹; talaltra afferma che la teoria del diritto deve spiegare i disaccordi teorici². Dworkin non dice che solo i disaccordi teorici sono genuini, ma è difficile discernere esattamente cosa intende per questi due termini. Così, proprio per evitare una mera questione

¹ "If this simple picture of when genuine disagreement is possible exhausts all possibilities, it must apply to legal concepts, including the concept of law" (Dworkin 1986: 45). E più esplicitamente in Dworkin 2017 [1994]: 2110: "But making sense of our intellectual life requires that we have at least some way of distinguishing genuine from illusory disagreement".

² "Unfortunately for these theories, this picture of what makes disagreement possible fits badly with the kind of disagreements lawyers actually have. [...]uch disagreement in law is theoretical rather than empirical" (Dworkin 1986: 46).

terminologica, sembra opportuno distinguere, sulla base di alcuni commenti dello stesso Dworkin, quattro tipi di disaccordi genuini: su fatti, su casi limite, sulla struttura e sui fondamenti. Tutti questi tipi di disaccordi sono genuini poiché le persone coinvolte condividono una base comune che comprende due elementi: significato (o concetto) e oggetto (o stato di cose). Da questo punto di vista, un disaccordo è genuino se le persone coinvolte associano lo stesso significato (o concetto) ai termini che usano e se si riferiscono allo stesso oggetto (o stato di cose).

Un disaccordo su fatti si presenta quando le persone assegnano a un enunciato diversi valori di verità perché hanno credenze diverse riguardo a se un dato stato di cose si dia o meno. Così, due persone possono non essere d'accordo circa il valore di verità dell'enunciato "L'orinatoio di Duchamp è arte" poiché, persino se sono d'accordo sul significato di "arte" (ad esempio, "opera originale che rappresenta la natura") e si riferiscono allo stesso oggetto, non sono d'accordo riguardo a se lo stato di cose "l'orinatoio di Duchamp è un'opera originale che rappresenta la natura" si dia effettivamente. Una di loro crede che l'orinatoio sia solo un oggetto industriale, mentre l'altro, se mi concedete l'esempio, crede che sia stato fatto a mano da Duchamp e che sia una rappresentazione di una fontana romana³.

Disaccordi su casi limite sorgono quando due persone che condividono una base comune non sono d'accordo ri-

³ Si veda Dworkin 1986: 5-6. Si veda anche Dworkin 2011: cap. 8 per una discussione più estesa dei tipi di concetti e disaccordi.

guardo a se un oggetto particolare ricada o no nel campo di applicazione di un significato (o concetto). Per esempio, se due persone usano il termine “libro” con lo stesso significato, possono essere in disaccordo riguardo a se un certo oggetto che si trova sullo scaffale e ha un numero di pagine ridotto è o non è un libro. Ugualmente, due persone possono avere questo tipo di disaccordo sull’enunciato “L’orinatoio di Duchamp è arte” in quanto possono avere opinioni diverse riguardo a se le proprietà che l’orinatorio condivide con ciò che rappresenta bastano per sostenere che si tratta di una rappresentazione, e quindi non sono d’accordo riguardo a se si trova nel campo di applicazione del concetto arte⁴.

I disaccordi strutturali sorgono tra gli scienziati quando discutono sulla struttura profonda delle classi naturali. Non mi soffermo sull’analisi di tali disaccordi, dato che non è rilevante per la discussione attuale (cioè, scettici, convenzionalisti e Dworkin concordano sul fatto che i disaccordi giuridici non sono di questo tipo)⁵.

Infine, i disaccordi sui fondamenti sorgono quando due persone non sono d’accordo su ciò che rende un’affermazione vera, cioè non sono d’accordo su quali siano le sue condizioni di verità. Di nuovo, due persone che condivido-

⁴ Si veda Dworkin 1986: 45.

⁵ Dworkin non si riferisce esplicitamente a questo tipo di disaccordi, ma ricostruisco come essi potrebbero sorgere sulla base della sua concezione dei concetti di classe naturale. Si veda Dworkin 2011: 159-160.

no la credenza che l'orinatoio di Duchamp non è un'opera originale che rappresenta la natura, possono avere un disaccordo di questo tipo sul valore di verità dell'enunciato "L'orinatoio di Duchamp è arte" se una di loro afferma che l'enunciato è falso, poiché *arte* è solo un'opera originale che rappresenta la natura, e l'altra afferma che l'enunciato è vero, poiché *arte* è ciò che un artista segnala come arte⁶.

Con queste categorie in mente, torniamo all'obiezione di Dworkin. Il problema con il convenzionalismo è che i disaccordi sui fondamenti non sono possibili riguardo ai concetti convenzionali, poiché il contenuto dei concetti convenzionali è determinato da criteri condivisi dagli utenti. Dato che non esiste un concetto convenzionale senza che gli utenti condividano un insieme di criteri, non può esserci un concetto convenzionale quando v'è un disaccordo sui criteri. Pertanto, un apparente disaccordo su fondamenti riguardo a un concetto convenzionale è o un disaccordo su fatti relativi a quali siano, in punto di fatto, i criteri condivisi, oppure è un disaccordo illusorio, cioè, le persone parlano senza capirsi.

Ad esempio, se *arte* fosse un concetto convenzionale, allora un disaccordo circa le condizioni di verità dell'enunciato "L'orinatoio di Duchamp è arte" sarebbe, o un disaccordo su fatti riguardo a quali sono i criteri convenzionali che fanno sì che qualcosa sia arte, oppure un disaccordo illusorio poiché una delle persone coinvolte usa il termine "arte" come "opera originale che rappresenta la natura" e

⁶ Si veda Dworkin 1986: 6.

l'altra lo usa come, ad esempio, "segnalato arte da un artista". Relativamente ai concetti convenzionali non esistono disaccordi sui fondamenti.

Dworkin afferma che i disaccordi sui fondamenti sono possibili soltanto rispetto a ciò che egli chiama concetti interpretativi, ossia concetti il cui contenuto è determinato dalla teoria che mette sotto la sua luce migliore la pratica di uso del concetto⁷. Quindi, da questo punto di vista, dato che i critici d'arte continuano a discutere sull'orinatoio di Duchamp anche quando sanno che il loro disaccordo non è su fatti, l'unico modo di evitare che il disaccordo sia meramente illusorio, è concepire l'*arte* come un concetto interpretativo e il loro disaccordo come un disaccordo sui fondamenti, cioè su quale sia la migliore teoria della pratica in cui si usa il concetto di *arte*. Secondo Dworkin il disaccordo è genuino poiché si condividono gli stessi casi paradigmatici di ciò che viene considerato arte⁸.

Tuttavia, se l'obiezione contro il convenzionalismo fosse semplicemente che esso è costretto a dire che il disaccordo fra Earl e Grey in *Riggs vs Palmer* o fra Powell e la maggioranza in *TVA vs Hill* furono o un disaccordo su fatti, oppure un disaccordo illusorio, allora l'obiezione non sarebbe così potente, poiché anche se non sono disac-

⁷ Dworkin ha una proposta circa il modo di intendere tale metafora. Si veda Dworkin 1986 e, più in dettaglio, Dworkin 2011. Ma non è necessario entrare in questi dettagli per l'argomento che provo a presentare qui.

⁸ Dworkin 2011: 160-163.

cordi sui fondamenti, i disaccordi su fatti sono certamente genuini. Pertanto, se questa fosse stata l'obiezione, il convenzionalismo potrebbe rispondere che c'è spazio per il genuino disaccordo sui criteri di uso del concetto di diritto. Affermare che il convenzionalismo non ha spazio per i disaccordi genuini poiché non ha spazio per i disaccordi sui fondamenti è supporre ciò che bisogna provare. Purtroppo, penso che il problema per il convenzionalismo sia più profondo. Un disaccordo su fatti si verifica quando le persone si riferiscono allo stesso stato di cose (ad esempio, il libro sullo scaffale, l'orinatoio di Duchamp, i criteri condivisi, ecc.); il problema è che, per quanto riguarda i disaccordi sugli enunciati di dovere, l'esistenza dello stato di cose (i.e., il dovere giuridico) a cui fanno riferimento dipende, secondo il convenzionalismo, dall'accordo fra i giudici; ma, dal momento che i giudici sono in disaccordo, non esiste lo stato di cose a cui dovrebbe riferirsi il disaccordo su fatti. Pertanto, non esiste una base comune condivisa e quindi il disaccordo è meramente apparente. Ciò implica che il convenzionalismo è costretto a dire che i giudici hanno un disaccordo illusorio: o parlano di uno stato di cose inesistente, oppure non si capiscono. In altre parole, assumendo la prospettiva del convenzionalismo, è impossibile che i giudici abbiano un disaccordo genuino quando sono in disaccordo circa le condizioni di verità degli enunciati di dovere⁹.

⁹ Così, come notato sopra, dal punto di vista del convenzionalismo, i giudici che affermano di essere in disaccordo sui fondamenti degli

Vale la pena notare che, per rispondere all'obiezione di Dworkin è sufficiente mostrare come gli enunciati di dovere dei giudici possono essere veri in caso di disaccordo e non è necessario dimostrare anche che effettivamente lo sono. Si badi altresì che questo è tutto ciò che la teoria di Dworkin consente di dire. Infatti, dal suo punto di vista, gli enunciati di dovere dei giudici sono veri, anche nei casi di disaccordo, se derivano dal miglior argomento politico/morale che consente di mettere la pratica giuridica sotto la sua luce migliore. Questo non consente di dire che tutti gli enunciati di dovere siano veri, ma solo che è possibile che lo siano.

Penso che lo scetticismo temperato abbia le risorse per ottenere lo stesso risultato, senza assumere che esistano doveri giuridici e senza sopravvalutare la natura cooperativa della pratica giuridica. Se si concedono gli argomenti fin qui presentati, quando una giudice difende l'esistenza di un dovere, di solito lo fa sulla base di un metodo di interpretazione. Pertanto, proietta i suoi atteggiamenti, sia verso l'azione che ritiene doverosa, sia verso il metodo che ritiene porti alla migliore interpretazione della disposizione normativa. Questo spiega anche il fatto che i disaccordi sui fondamenti sono tipicamente associati a disaccordi interpretativi, cioè, disaccordi riguardo a qual è il miglior metodo interpretativo per associare un significato alla disposizione. Infatti, se diamo un nuovo sguardo ai casi che

enunciati di dovere, o sono in errore ("teoria dell'errore"), oppure sono dei bugiardi ("*repair argument*").

Dworkin usa per sostenere la sua obiezione, riusciremo a vedere che i giudici, che sono in disaccordo sui fondamenti, discutono in realtà su quale sia il metodo migliore per interpretare le disposizioni normative¹⁰. In *Riggs vs Palmer*, Earl (in nome della maggioranza) e Gray (nel suo parere dissenziente) discussero dell'interpretazione delle disposizioni normative in materia di testamento. Mentre Gray argomentò a favore di un'interpretazione letterale, Earl sostenne che l'interpretazione doveva basarsi principalmente su di un argomento controfattuale relativo all'intenzione del legislatore¹¹. Lo stesso è accaduto in *TVA vs Hill*, dove la maggioranza ritenne che il significato ordinario della sezione 7 della "Legge sulle specie minacciate di estinzione" era abbastanza chiaro e anche in coincidenza con l'intenzione legislativa, così come emerse dagli atti parlamentari. Al contrario, il giudice Powell, nel suo voto individuale, propose di interpretare la disposizione normativa in base a ciò che considerò il contenuto dell'intenzione controfattuale del Parlamento.

In entrambi i casi, maggioranza e minoranza concordavano sull'oggetto da interpretare, cioè un testo prodotto dal Parlamento. Inoltre concordavano sulle condizioni per l'esistenza del dovere: è il risultato dell'interpretazione

¹⁰ Si veda Ratti 2008 per una chiara analisi in questo senso delle due sentenze in proposito.

¹¹ Si veda Canale e Tuzet 2014: 196-197 per una ricostruzione dei diversi argomenti interpretativi usati dalla maggioranza in *Riggs vs Palmer*. Infatti, Canale e Tuzet mostrano che l'argomento di principio svolge solo un ruolo minore.

della disposizione normativa che determina l'esistenza e il contenuto del dovere. Ma avevano diversi atteggiamenti riguardo all'azione in questione, vale a dire "concedere a Elmer l'eredità del nonno" e "fermare il completamento della diga di Tellico" e, elemento di maggior importanza a questo punto, riguardo all'interpretazione della disposizione. L'argomentazione in termini di valori di verità o falsità è dovuta al fatto che hanno proiettato i loro atteggiamenti sulla pratica giuridica. Avevano un disaccordo di atteggiamenti e, proiettandoli sulla pratica giuridica, si espressero come se la proprietà di essere un dovere e di essere il miglior metodo di interpretazione fosse parte della pratica¹².

La teoria può così fare spazio all'esistenza di disaccordi sui fondamenti. Questi disaccordi non sono altro che disaccordi di atteggiamenti con riguardo ai metodi d'interpretazione. E sono genuini disaccordi perché i giudici condividono una base comune: l'oggetto dell'interpretazione, cioè la disposizione normativa. Su questa base, il discorso dei giudici in caso di disaccordo (in realtà, in tutti i casi) può essere spiegato senza ricorrere a una teoria dell'errore.

Anche nei casi di disaccordo, tuttavia, i giudici devono guadagnarsi il diritto di parlare in termini di verità. Questo dipende dalla loro capacità di formare un insieme il più possibile "migliorato" (che sia il migliore possibile) di atteggiamenti in cui consistenza e coerenza vengano ri-

¹² Che i disaccordi di atteggiamenti sono veri e propri disaccordi è una tesi di Charles Stevenson, il cui *locus classicus* è Stevenson 1945: 1-19.

spettate. Si noti che lo scetticismo temperato non sostiene che tutti gli enunciati dei giudici formulati nei casi di disaccordo hanno valore di verità. Tuttavia, a differenza del convenzionalismo e in modo simile alla teoria interpretativa di Dworkin, contempla la possibilità che essi lo abbiano.

CONCLUSIONI

Le critiche di Hart contro lo scetticismo sono parse per molto tempo un segno di sconfitta definitiva. In questo lavoro ho provato a mostrare che se i punti di partenza degli argomenti di Hart vengono presi sul serio, allora la sua posizione diventa bersaglio delle stesse obiezioni. Secondo Hart, nella ricostruzione delle sue critiche che ho proposto qui, lo scetticismo espressivista è falso come descrizione degli enunciati di dovere dei giudici e lo scetticismo dell'errore è falso in quanto nega l'esistenza di doveri giuridici. Hart afferma, in primo luogo, e a differenza dello scettico espressivista, che i giudici formulano i loro enunciati di dovere con la pretesa di descrivere correttamente doveri giuridici, e, in secondo luogo, e a differenza dello scettico dell'errore, che i doveri giuridici esistono e sono convenzionali, dimodoché alcuni di questi enunciati possono essere veri.

A questo punto Dworkin diventa un inatteso alleato dello scetticismo. I suoi argomenti segnalano che né il convenzionalismo semplice del Hart del 1961, né il convenzionalismo sofisticato dei suoi seguaci, riescono a mostrare che, quando i giudici pronunciano enunciati di dovere, esistono le convenzioni che dovrebbero renderli veri o falsi. In questo testo ho sostenuto che la forza della critica di

Dworkin sta nel fatto che essa prende come punto di partenza le stesse premesse hartiane: l'affermazione secondo cui per spiegare alcuni tratti centrali del diritto bisogna mostrare che esistono doveri giuridici. I due tratti sono (1) il fatto che i giudici affermano/assumono/presuppongono che esistono doveri giuridici e (2) il fatto che i giudici disaccordano sul contenuto di tali doveri. Questa è la premessa mantiene ai convenzionalisti rinchiusi in un cantuccio filosofico. L'illusione di libertà ha spinto i convenzionalisti a intraprendere il compito di rendere più sofisticata la nozione di convenzione per spiegare l'esistenza di doveri giuridici. Purtroppo, questo li ha addirittura portati a esagerare la natura cooperativa della pratica giuridica.

Dato che il convenzionalismo non riesce a spiegare l'esistenza dei doveri giuridici diventa, malgrado gli sforzi di molti filosofi, una teoria dell'errore. Addirittura meno stabile che lo scetticismo dell'errore.

Le obiezioni di Dworkin costituiscono comunque una sfida anche per lo scettico. Ai fini di uscire dalle premesse Dworkin, ho affermato che la spiegazione degli enunciati di dovere dei giudici e i loro disaccordi circa l'esistenza di doveri giuridici non richiede di mostrare che tali doveri esistono. A questo proposito, ho sostenuto che i giudici non formulano questi enunciati liberamente, bensì usano come sostegno metodi convenzionali di interpretazione. Quindi, quando una giudice sostiene che esiste un dovere, costei esprime il suo atteggiamento favorevole rispetto a uno stato di cose in cui si svolge l'azione dovuta e rispetto al metodo

d'interpretazione usato per associare quel dovere con una disposizione normativa. Se la nostra giudice è favorevole al testualismo, allora esprimerà un atteggiamento positivo verso il decidere il caso in quel modo particolare, in quanto la migliore interpretazione della disposizione è quella che assegna ad essa il suo significato letterale. Così, gli enunciati di dovere dei giudici sono solo una proiezione dei loro atteggiamenti circa l'azione in gioco e circa l'interpretazione della disposizione normativa. Da questo punto di vista, i disaccordi sui fondamenti degli enunciati di dovere non sono altro che disaccordi di atteggiamenti, e questi sono genuini disaccordi. Inoltre, il discorso dei giudici in termini di verità o falsità può essere conservato. Cioè, il valore di verità di un enunciato di dovere dipende dall'esistenza di un insieme migliorato di atteggiamenti da cui possa essere derivato l'enunciato in questione. Lo scetticismo temperato ha così le risorse per rispondere alle critiche di Hart senza cadere nelle premesse di Dworkin. Ciò richiede di trarre alcune lezioni dalla discussione. Primo, mettere adeguatamente in luce la rilevanza delle convenzioni interpretative; secondo, prendere sul serio la grammatica degli enunciati di dovere dei giudici.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Arena, F.J. (2012). *Antirrealismo moral vs. positivismo jurídico*, «Revista de Filosofía del derecho - Infojus», 1, 2, 185-201.

Arena, F.J. (2013). *Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirrealismo en la interpretación jurídica*, «Doxa», 36, 417-438.

Bayón Mohino, J.C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, in Navarro, P.E. y Redondo, M.C., *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 57-92.

Blackburn, S. (1984). *Spreading the Word: Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford, Clarendon Press.

Blackburn, S. (1998). *Ruling Passions*, Oxford, Clarendon Press.

Blackburn, S. (2005). *Quasi-realism No Fictionalism*, in Kalderon, M.E., *Fictionalism in Metaphysics*, Oxford, Clarendon Press, 322-338.

Canale, D. y Tuzet, G. (2014). *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, «Analisi e diritto», 195-209.

Celano, B. (2010 [1997]), 'Interazione strategica e convenzione', in Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (Roma: Aracne), 281-322.

Celano, B. (2010 [2003]), 'La regola di riconoscimento è una convenzione?', in Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (Roma: Aracne), 323-341.

Chiassoni, P. (2000). *Interpretative Games: Statuto-*

ry Construction Through Gricean Eyes, «Analisi e diritto», 1999, 79-99.

Chiassoni, P. (2004). *Codici interpretativi: Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, «Analisi e diritto», 2002-2003, 55-124.

Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino.

Coleman, J.L. (1982). *Negative and Positive Positivism*, «The Journal of Legal Studies», 11, 1, 139-164.

Coleman, J.L. (2001). *The Conventionality Thesis*, «Philosophical Issues», 11, 1, 354-387.

Coleman, J.L. (2001 [1998]). *Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis*, in Coleman, J.L., *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*, Oxford-New York, Oxford University Press, 99-148.

Cuneo, T. (2006). *Saying what we Mean*, in Shafer-Landau, R., *Oxford Studies in Metaethics. Volume 1*, Oxford, Clarendon Press.

Daly, C. y Liggins, D. (2010). *In Defence of Error Theory*, «Philosophical Studies», 149, 2, 209-230.

Den Hartogh, G. (2002). *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*, La Haya, Kluwer.

Dickson, J. (2007). *Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?*, «Oxford Journal of Legal Studies», 27, 3, 373-402.

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Cambridge - London, Belknap Press of Harvard University Press.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Cambridge - London, Belknap Press of Harvard University Press.

Dworkin, R. (2017 [1994]). *Hart's Posthumous Reply*, «Harvard Law Review», 130, 8, 2096-2130.

Gibbard, A. (2003). *Thinking How to Live*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

Gray, J.C. (1909). *The Nature and Sources of the Law*, New York, Columbia UP.

Green, L. (1999). *Positivism and Conventionalism*, «The Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 12, 1, 35-52.

Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè.

Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*, Seconda edizione, Torino, Giappichelli.

Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.

Hart, H.L.A. (1994 [1961]). *The Concept of Law*, eds Bulloch, P.A. y Raz, J., Seconda edizione, Oxford, Clarendon Press.

Jamieson, D. (1975). *David Lewis on Convention*, «Canadian Journal of Philosophy», 573-81.

Joyce, R. (2007), 'Moral Anti-realism', *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <URL: <http://plato.stanford.edu/entries/moral-anti-realism/>>, ultimo accesso 26 agosto 2018.

Kyritsis, D. (2008). *What Is Good About Legal Conventionalism?*, «Legal Theory», 14, 2, 135-166.

Lagerspetz, E. (1995). *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer.

Lewis, D. (1969). *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell.

Lewis, D. (1976). *Convention: Reply to Jamieson*, «The Canadian Journal of Philosophy», 6, 1, 113-120.

Mackie, J.L. (1977). *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London, Penguin.

Marmor, A. (2009). *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.

Marmor, A. (2011). *Conventions Revisited: A Reply to Critics*, «Jurisprudence», 2, 2, 493-506.

Marmor, A. (2014). *Convenciones, razones y derecho*, in Ramírez Ludeña, L. y Vilajosana Rubio, J.M., *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 67-88.

Mindus, P. (2009). *A Real Mind. The Life and Work of Axel Hägerström*, Dordrecht, Springer.

Nino, C.S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

Olson, J. (2014). *Moral Error Theory. History, Critique, Defence*, New York, Oxford UP.

Postema, G. (1982). *Coordination and Convention at the Foundation of Law*, «The Journal of Legal Studies», 11, 1, 165-203.

Postema, G. (2011). *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, ed. Pattaro, E., Vol. 11, Dordrecht, Springer.

Ratti, G.B. (2008). *Los desacuerdos jurídicos en la jurisprudencia anglosajona*, «Análisi e diritto», 301-331.

Rawls, J. (1955). *Two Concepts of Rules*, «The Philosophical Review», 64, 1, 3-32.

Raz, J. (1990 [1975]). *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press.

Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Stevens

and Sons.

Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Keagan Paul.

Searle, J.R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, London, Cambridge University Press.

Searle, J.R. (1995). *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press.

Searle, J.R. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford - New York, Oxford University Press.

Shapiro, S. (2007). *The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in Ripstein, A., *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press.

Spaak, T. (2011). *Karl Olivecrona's Legal Philosophy. A Critical Appraisal*, «Ratio Juris», 24, 2, 156-193.

Stevenson, C.L. (1945). *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press.

Swaminathan, S. (2014). *Toh's Hartian Project: Expressivist Turn, Relativist Returns*, «Australian Journal of Legal Philosophy», 3987-117.

Swaminathan, S. (2016). *Projectivism and the Metaethical Foundation of the Normativity of Law*, «Jurisprudence», 7, 2, 231-266.

Toh, K. (2005). *Hart's Expressivism and His Benthamite Project*, «Legal Theory», 11, 75-123.

Toh, K. (2011). *Legal Judgments as Plural Acceptance of Norms*, in Green, L. y Leiter, B., *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 107-137.

Vilajosana Rubio, J.M. (2010). *Una defensa del convencionalismo jurídico*, «Doxa», 33471-501.

Teoria del Diritto e Mondo Contemporaneo

Volumi pubblicati

1. Federico José Arena, *Doveri giuridici, interpretazione, proiettivismo. Dal convenzionalismo allo scetticismo temperato*, 2019 (ISBN versione a stampa: 978-88-94943-73-3), (ISBN versione eBook: 978-88-94943-74-0)

Federico José Arena Ricercatore Associato (CONICET) e Professore Associato di Filosofia y lógica jurídica e Presidente della Sala de estudios básicos dell' Instituto de investigación en Ciencias jurídicas dell' Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina. Laureato in legge (Abogado) all' Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2004) e Dottore europeo di ricerca in Filosofia del diritto e bioetica giuridica all' Università degli studi di Genova (2011). È stato Assegnista di ricerca (2011-2014) e professore a contratto (2011-2013) dell' Università Bocconi di Milano. È stato professore invitato all' Universidad Alberto Hurtado e all' Universidad Diego Portales (Cile) e all' ITAM (Messico). Le sue linee di ricerca sono, principalmente, la teoria dell' interpretazione giuridica e la rilevanza giuridica della categorizzazione sociale.

I filosofi del diritto spesso discutono sul valore di verità degli enunciati attraverso i quali i giudici identificano il diritto. Lo scetticismo è il punto di vista secondo cui questi enunciati sono privi di valore di verità, così che ogni affermazione sulla loro correttezza o erroneità è un' affermazione ideologica. Il convenzionalismo giuridico, invece, sostiene che la correttezza o erroneità di tali enunciati viene determinata da una convenzione fra i giudici. In questo breve libro si analizzano le limitazioni della posizione convenzionalista e si propone una versione temperata dello scetticismo, con la pretesa di superare alcune critiche. Tuttavia, la difesa dello scetticismo richiede di trarre due lezioni dalla discussione. Primo, che bisogna mettere adeguatamente in luce la rilevanza delle convenzioni interpretative; secondo, che bisogna prendere sul serio la grammatica degli enunciati di dovere dei giudici.

Legal philosophers argue about the truth value of some legal statements, i.e., statements judges use to identify legal duties. On the one side, legal skepticism is the view according to which those statements lack truth value, so that any claim about their correctness or incorrectness is sheer ideology. On the other side, legal conventionalism claims that their correctness or incorrectness is determined by a convention among judges. In this brief book, I point some shortcomings of conventionalism with the aim of introducing a temperate version of skepticism capable of overcoming a number of objections. However, this defence of skepticism requires acknowledging two lessons from the discussion. First, that more light should be cast over interpretative conventions. Second, that we must take seriously the grammar of legal statements uttered by judges when they are in the business of identifying the law.

ISBN: 978-88-94943-74-0



Immagine di copertina

“Thinking Islands”

Maria José Chiassoni Casareto