

MODEST OBJECTIVITY ED INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO*

Aldo Schiavello

Jules Coleman e Brian Leiter hanno recentemente delineato una concezione dell'oggettività del diritto – da loro chiamata *modest objectivity* – che dovrebbe consentire ad una teoria del diritto di ispirazione liberale di resistere alla obiezione, avanzata in particolare dal *Critical Legal Studies Movement*, secondo cui le decisioni giudiziali sarebbero irrimediabilmente indeterminate e soggettive e, di conseguenza, affidate all'arbitrio dei giudici¹.

Il mio intento, attraverso questo saggio, è soltanto quello di mettere in luce alcuni limiti strutturali connessi alla concezione dell'oggettività avanzata da Coleman e Leiter. Di conseguenza, le importanti questioni ideologiche e politiche che sono in qualche modo implicate dalla *modest objectivity* – ad esempio, se una teoria liberale del diritto possa effettivamente reggersi su una forma debole di oggettività delle decisioni giudiziali che in qualche modo prescinda dalla determinatezza – non saranno affrontate in queste pagine, se non al fine di sottolineare l'inadeguatezza della concezione dell'oggettività che qui si discute².

Prima di entrare nel merito della questione specifica, tuttavia, è opportuno dedicare alcune osservazioni introduttive alla nozione di oggettività in generale (sezione 1.), ed individuare almeno alcune tra le principali ragioni che rendono il tema dell'oggettività particolarmente interessante in relazione al diritto (sezione 2.).

* Una precedente versione di questo saggio è stata presentata al VI Incontro Italo-spagnolo di filosofia analitica del diritto: "Il ragionamento giuridico", Trapani, 21-23 Settembre 2000 e sarà pubblicata negli atti del Convegno.

¹ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in A. MARMOR (edited by), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 203-278. Questo saggio è una replica puntuale a J.W. SINGER, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, "The Yale Law Journal" 94, 1, 1984, pp. 3-70. In breve, Singer individua tre tesi caratterizzanti il *Critical Legal Studies Movement*. La prima, che, per la verità a me sembra una tesi banale e pressoché unanimemente condivisa, consiste nel considerare il diritto come un fenomeno storicamente contingente. La seconda tesi rimarca l'irrimediabile indeterminatezza e contraddittorietà del ragionamento giuridico. La terza ed ultima tesi enfatizza il carattere non neutrale del diritto; il diritto, cioè, è visto come un meccanismo per creare e legittimare determinati assetti economici e politici. Nel saggio citato, Coleman e Leiter rivolgono la loro attenzione prevalentemente alla seconda ed alla terza di queste tesi.

1. Il concetto di oggettività

La nozione filosofica di oggettività è profondamente influenzata dal paradigma filosofico ed epistemologico che si sceglie di adottare, e ciò comporta che il compito di individuare una definizione concettuale unitaria di tale nozione sia particolarmente complicato³. Talvolta viene addirittura negato, o quantomeno posto in dubbio, che esista un concetto unitario di oggettività⁴. Il fatto poi che il termine ‘oggettività’ sia spesso considerato come sinonimo di ‘realismo’, ‘verità’, ‘determinatezza’, contribuisce a complicare le cose⁵.

Vale la pena di notare che anche nel linguaggio ordinario, peraltro, il termine ‘oggettività’ è molto vago. Tale vaghezza si riflette inevitabilmente anche nelle definizioni di questo termine che possono rinvenirsi nei dizionari della lingua italiana. Il “Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana- Devoto Oli”, ad esempio, definisce l’oggettività come “quanto è riconducibile a forma autonoma o a esperienza generalizzata”, ed anche come “carattere relativo all’assenza o all’impossibilità di interventi da parte dell’individuo”.

Italo Calvino, nella quarta delle sue *Lezioni americane*, scrive: “la scienza mi interessa proprio nel mio sforzo per uscire da una conoscenza antropomorfa; ma nello stesso tempo sono convinto che la nostra immaginazione non può essere che antropomorfa; da ciò la mia scommessa di rappresentare antropomorficamente un universo in cui l’uomo non è mai esistito, anzi dove sembra estremamente improbabile che l’uomo possa mai esistere”⁶.

A mio avviso, questa citazione da Calvino riflette in modo sufficientemente appropriato l’uso ordinario della nozione di oggettività. In altri termini, l’oggettività è il risultato di un tentativo – necessariamente imperfetto – di uscire fuori da noi stessi e di porci nel mondo che deve essere compreso. Ciò a cui noi

² Si veda tuttavia il paragrafo 2.1.

³ A. MILLER, *Objectivity*, in E. CRAIG (General Editor), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London & New York, 1998, Volume 7, pp. 73-76.

⁴ Cfr., ad esempio, A. MARMOR, *Three Concepts of Objectivity*, in ID. (edited by), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, cit., pp. 177-201. Vittorio Villa ritiene che sia possibile individuare un concetto unico di oggettività, cioè valevole in tutti gli ambiti conoscitivi, ma solo a condizione di adottare un paradigma epistemologico di un certo tipo, che egli chiama “costruttivismo post-analitico”. Cfr. V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 107-113.

⁵ F. VIOLA, *Oggettività e verità dei valori morali*, di prossima pubblicazione.

possiamo aspirare è un'oggettività sempre parziale e relativa, che rappresenta l'esito di un processo, potenzialmente infinito, di progressiva astrazione e distacco dalle nostre convinzioni personali⁷.

E' inoltre opportuno distinguere una nozione forte ed una debole di oggettività. Un discorso è oggettivo in senso forte quando è in qualche modo indipendente dal mondo interiore o dalle credenze meramente soggettive di chi lo pone in essere, e si propone di rispecchiare la "natura delle cose" (la Realtà in sé).

Un discorso è invece oggettivo in senso debole quando tende ad essere condiviso da una comunità linguistica per ragioni o per motivi indipendenti da credenze ed atteggiamenti individuali, ovvero quando rispetta una procedura discorsiva o, più in generale, vincoli di diverso tipo⁸.

In questa sede non è necessario affrontare il tema dell'oggettività tenendo conto di tutte le sue implicazioni filosofiche, né è richiesto che ci si impegni a sostenere una concezione dell'oggettività piuttosto che un'altra⁹. Questa impresa, tra l'altro, sarebbe di gran lunga superiore alle mie capacità e competenze specifiche. L'unico obiettivo che mi prefiggo, quindi, è quello di individuare, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni modi di intendere l'oggettività che ricorrono nel discorso filosofico. A questo scopo, ho ritenuto sufficiente riprendere la distinzione di Andrei Marmor tra oggettività semantica, oggettività metafisica ed oggettività logica¹⁰.

1.1. Oggettività semantica

Un enunciato è oggettivo in senso semantico se e solo se è un enunciato circa un oggetto; è soggettivo, invece, se e solo se è un enunciato che riguarda uno stato

⁶ Cito da S. VECA, *Premessa* a T. NAGEL, *Uno sguardo da nessun luogo* (1986), trad. di A. Besussi, Il Saggiatore, Milano, 1988, p. VII.

⁷ Così, ad esempio, T. NAGEL, ult. cit.

⁸ Devo ringraziare Vittorio Villa per avermi aiutato a chiarire e precisare il mio pensiero a questo proposito.

⁹ Se si nega l'esistenza di un concetto unitario di oggettività, il problema della scelta si pone preliminarmente al livello concettuale e solo dopo al livello delle diverse concezioni che condividono uno stesso concetto. Sulla distinzione tra 'concetto', 'concezione' e 'nozione' si veda anche il paragrafo 3.3.

¹⁰ A. MARMOR, *Three Concepts of Objectivity*, cit. Cfr. anche A. MARMOR, *An Essay on The Objectivity of Law*, in B. BIX (edited by), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 3-31. La tripartizione di Marmor non è del tutto convincente. In particolare, il modo in cui egli definisce l'oggettività semantica non mi sembra particolarmente felice. Detto questo, ritengo che il

mentale di colui il quale lo pronunzia. Più precisamente, quello che conta, in questo caso, al fine di caratterizzare un discorso come oggettivo o soggettivo è l'intenzione linguistica del parlante. In altri termini, un enunciato è oggettivo, da un punto di vista semantico, se il parlante lo intende come un enunciato che riguarda un oggetto nel mondo, mentre è soggettivo se il parlante intende esprimere i suoi sentimenti, le sue preferenze, le sue reazioni e così via. Da ciò segue che: “non è contraddittorio affermare che una data classe di enunciati è oggettiva da un punto di vista semantico, e al tempo stesso sostenere che gli oggetti del tipo di quelli descritti dalla classe di enunciati in questione non esistono”¹¹.

Un'importante caratteristica della dicotomia tra oggettività e soggettività in senso semantico va rinvenuta nel fatto che non vi è alcuna corrispondenza diretta tra tale dicotomia e la questione della verità. In linea di principio, infatti, è possibile predicare la verità o la falsità sia degli enunciati oggettivi che di quelli soggettivi. Ad esempio, è possibile attribuire un valore di verità sia all'enunciato ‘oggi a Trapani piove’, che all'enunciato ‘preferisco il vino alla birra’.

1.2. Oggettività metafisica

L'oggettività metafisica è collegata in modo molto stretto e peculiare alla nozione di verità¹². Un enunciato è oggettivamente vero in senso metafisico se esiste un oggetto nel mondo con le proprietà corrispondenti alla sua descrizione nell'enunciato in questione. Da questa definizione segue a) che gli enunciati che possono essere oggettivi in senso metafisico sono solo quelli di tipo descrittivo e b) che l'oggettività metafisica assume la teoria della verità come corrispondenza, secondo la quale “gli enunciati sono veri se i fatti che essi asseriscono corrispondono a come il mondo è effettivamente”¹³.

Come sottolinea molto opportunamente Marmor, non c'è coincidenza assoluta tra oggettività metafisica e realismo in senso forte o metafisico. Per dirla con Marmor, l'oggettività metafisica è, in un certo senso, meno metafisica del realismo metafisico¹⁴.

discorso di Marmor aiuti a distinguere con una certa precisione l'oggettività da concetti quali verità, realismo e determinatezza.

¹¹ A. MARMOR, *Three Concepts of Objectivity*, cit., p. 181.

¹² L'oggettività metafisica corrisponde alla nozione forte di oggettività. Cfr. paragrafo 1.

¹³ J.L. COLEMAN, *Truth and Objectivity in Law*, “Legal Theory”, 1, 1995, p. 38.

¹⁴ A. MARMOR, *Three Concepts of Objectivity*, cit., p. 183.

Seguendo Michael Dummett si può dire che “l’assunzione fondamentale del realismo [metafisico], relativamente ad una data classe di enunciati, è che ogni enunciato in quella classe è reso vero o non vero, indipendentemente dalla nostra conoscenza, da una qualche realtà oggettiva la cui esistenza e costituzione è, di nuovo, indipendente dalla nostra conoscenza”¹⁵. In realtà, vi sono forme più deboli di realismo, come, ad esempio, il realismo interno proposto da Hilary Putnam¹⁶, le quali sono perfettamente compatibili con l’oggettività metafisica¹⁷. Lasciando da parte questa precisazione, che non è il caso di approfondire in questa sede, bisogna aggiungere che l’oggettività metafisica, quantomeno se è accompagnata da una qualche versione di realismo a sua volta metafisico, non è separabile dalla nozione di determinatezza; in breve, c’è una ed una sola descrizione della realtà che corrisponde a come la realtà è effettivamente¹⁸.

E’ opportuno concludere questo paragrafo con due precisazioni.

In primo luogo, il realismo è un presupposto necessario ma non sufficiente al fine di sostenere la possibilità di una conoscenza oggettiva in senso metafisico. Come la definizione dummettiana di realismo mostra chiaramente, è infatti possibile ritenere che esista una realtà *an sich* e, al contempo, affermare che tale realtà non è conoscibile¹⁹.

¹⁵ M. DUMMETT, *The Interpretation of Frege’s Philosophy*, Duckworth, London, 1981, p. 434. In modo analogo Hirst definisce il realismo come: “la prospettiva secondo cui gli oggetti materiali esistono esternamente a noi ed indipendentemente dalla nostra esperienza di senso. Il realismo, quindi, si contrappone all’idealismo, che ritiene che tali oggetti materiali o realtà esterne non esistono a prescindere dal fatto che noi le conosciamo o ne abbiamo consapevolezza; in questo modo, quindi, l’universo intero sarebbe dipendente dalla mente e, in un certo senso, sarebbe un “universo mentale””. R.J. HIRST, *Realism*, in P. Edwards (ed. by), *The Encyclopedia of Philosophy*, Macmillan, New York, 1967, p. 77.

¹⁶ Cfr. H. PUTNAM, *Ragione, verità e storia* (1981), trad. di A. N. Radicati di Brozolo, Il Saggiatore, Milano, 1985.

¹⁷ La distinzione (e, soprattutto, la mancata distinzione) tra realismo metafisico e realismo interno diviene spesso causa di gravi fraintendimenti. In particolare, molti autori che rifiutano il realismo metafisico si professano, *tout-court*, anti-realisti, pur attestandosi su posizioni che possono pur sempre essere considerate realiste, anche se deboli. Un esempio che ci riguarda da vicino è rappresentato da Coleman che oscilla ambiguamente tra realismo in senso debole ed anti-realismo. Cfr. V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., pp. 162-163; H. PUTNAM, *Are Moral and Legal Values Made or Discovered?*, “Legal Theory”, 1, 1995, pp. 5-19; J.L. COLEMAN, *Truth and Objectivity in Law*, cit., in particolare pp. 61-64.

¹⁸ Seguo qui Lawrence B. Solum che, in relazione al diritto, definisce la determinatezza nel modo seguente: “Il diritto è determinato rispetto ad un caso dato se e solo se l’insieme che racchiude i risultati accettabili da un punto di vista giuridico è composto da uno ed un solo elemento”. [L.B. SOLUM, *Indeterminacy*, in D. PATTERSON (ed. by), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, p. 490]. Evidentemente, tra la determinatezza assoluta e l’indeterminatezza vi è un’ampia gamma di posizioni intermedie.

¹⁹ Come dice Marmor, il realismo metafisico ammette “errori comprensivi”: se la realtà è del tutto indipendente dalla rappresentazione che ne viene data, allora è possibile che tutti si sbagliano. Cfr. A. MARMOR, *An Essay on The Objectivity of Law*, cit.

Chi sostiene una forma di scetticismo di questo tipo può essere considerato un “oggettivista deluso”, in quanto, pur accogliendo in linea di principio un paradigma epistemologico molto esigente, secondo il quale l’oggetto della conoscenza è la “realtà in sé”, si scontra con i limiti della natura umana che impediscono il conseguimento di una conoscenza di questo tipo²⁰. L’oggettività metafisica richiede quindi che il realismo metafisico sia accompagnato dalla convinzione che la realtà, per quanto indipendente dal nostro pensiero, possa essere descritta “così come essa è effettivamente”. A questo proposito Crispin Wright afferma che il realismo metafisico è una posizione al tempo stesso modesta ed ambiziosa. E’ una posizione modesta nella misura in cui sostiene che c’è un mondo indipendente dalle nostre credenze; è invece una posizione ambiziosa nella misura in cui afferma che è possibile conoscere la realtà così come essa effettivamente è²¹.

In secondo luogo, è possibile accogliere una prospettiva realista in relazione ad alcuni campi dell’esperienza ed attestarsi su posizioni anti-realiste in relazione ad altri. In particolare, è opportuno quantomeno distinguere il realismo scientifico²² dal realismo morale. Secondo il realismo scientifico, le teorie scientifiche ed i metodi ordinari da esse adottati consentono effettivamente di accrescere la conoscenza di fenomeni reali che sono del tutto indipendenti rispetto al nostro pensiero²³.

Il realismo morale sostiene a) che è possibile predicare la verità o la falsità degli enunciati che contengono valutazioni o apprezzamenti morali, b) che tali enunciati sono veri o falsi indipendentemente dalle nostre opinioni e c) che i canoni del ragionamento morale costituiscono un metodo affidabile per conseguire ed accrescere la conoscenza morale²⁴.

²⁰ Cfr. V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 224-226.

²¹ C. WRIGHT, *Realism, Meaning and Truth*, Blackwell, Oxford, 1987, pp. 1-2.

²² E’ possibile distinguere ulteriormente tra il “realismo di senso comune”, che riguarda entità osservabili – alberi, fiumi e così via – e il “realismo scientifico”, che riguarda entità non osservabili – elettroni, neutrini e così via. Cfr. M. DEVITT, *Realism & Truth*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, in particolare pp. 22-23.

²³ Cfr. N. RESCHER, *Scientific Realism. A Critical Reappraisal*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, 1987, in particolare pp. 1-9.

²⁴ Cfr. R.N. BOYD, *How to Be a Moral Realist*, in G. SAYRE-MCCORD (ed. by), *Essays on Moral Realism*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1988, pp. 181-228, in particolare pp. 181-183; J. WALDRON, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R.P. GEORGE (edited by), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 158-187. Nagel propone una definizione più debole di realismo morale: “Il realismo normativo è la visione secondo cui proposizioni su ciò che ci dà ragioni per l’azione possono essere vere o false indipendentemente da come le cose ci

Il più delle volte, il realismo scientifico è accompagnato da una qualche versione di anti-realismo morale.

1.3. Oggettività logica

In base all'oggettività logica un enunciato è oggettivo se e solo se è possibile attribuire ad esso un valore di verità. Non è agevole, come peraltro riconosce lo stesso Marmor, distinguere in modo chiaro tra oggettività logica ed oggettività metafisica. In linea generale si può dire che l'oggettività metafisica implica l'oggettività logica, ma quest'ultima non implica a sua volta l'oggettività metafisica. Se si sostiene, infatti, che una determinata classe di enunciati è oggettivamente vera o falsa in senso metafisico, si ammette, *a fortiori*, che a quella classe di enunciati è possibile assegnare un valore di verità. Di contro, l'oggettività logica non circoscrive la possibilità di attribuire valori di verità solo al caso degli enunciati che descrivono porzioni di realtà o oggetti reali in generale.

Secondo Marmor, il discorso interpretativo nel campo dell'arte è un esempio felice per comprendere la differenza tra oggettività metafisica ed oggettività logica.

Se l'oggettività metafisica è sostenuta dal realismo metafisico, è del tutto evidente che per questa forma di oggettività non vi è spazio nel caso dell'interpretazione artistica: "l'interpretazione delle opere d'arte è un caso esemplare di interpretazione di prodotti culturali. Le opere d'arte, come oggetti che esistono nel mondo, esistono solo come entità culturali"²⁵. Per fare un esempio, nessun interprete è interessato al *David* di Michelangelo in quanto oggetto fisico di marmo.

Anche nel caso in cui l'oggettività metafisica riposi su una versione più debole di realismo, tuttavia, non sembra particolarmente plausibile adottare questa forma di oggettività nel caso dell'interpretazione artistica. In breve, secondo Marmor, un'interpretazione di un'opera d'arte potrebbe essere oggettiva in senso metafisico solo se si proponesse di disvelare le intenzioni dell'autore o di fornire una

appaiono, e possiamo sperare di scoprire la verità trascendendo le apparenze e sottoponendole a valutazione critica. Quello che cerchiamo di scoprire con questo metodo non è un nuovo aspetto del mondo esterno, chiamato valore, ma piuttosto solo la verità su quello che noi e altri dovremmo fare e volere". [T. NAGEL, *Uno sguardo da nessun luogo*, cit., p. 172].

²⁵ A. MARMOR, *Three Concepts of Objectivity*, cit., p. 194.

ricostruzione storica del modo in cui l'opera d'arte in questione è stata accolta dalla società e, in particolare, dal mondo culturale nel corso dei secoli. L'obiezione di Marmor è che una concezione dell'interpretazione di questo genere è troppo angusta e, in una certa misura, anche poco rispondente a quello che comunemente si intende per interpretazione.

L'oggettività logica, al contrario, permette di rendere conto sia della pluralità di interpretazioni, sia del fatto che le interpretazioni possono essere buone o cattive, giuste o sbagliate e così via. In breve, Marmor sostiene che ogni interpretazione si basa su uno schema generale di riferimento e che la pluralità degli schemi garantisce la pluralità delle interpretazioni. Ciò però non impedisce di parlare di oggettività in senso logico di un discorso interpretativo a partire da un determinato schema di riferimento. Il fatto poi che possa esistere una pluralità di interpretazioni in relazione allo stesso schema è, sempre secondo Marmor, un problema contingente e non generale e, dunque, non rappresenta un ostacolo alla possibilità di parlare di oggettività logica in relazione all'interpretazione nel campo dell'arte²⁶.

In conclusione, l'oggettività logica non presuppone necessariamente alcuna forma di realismo e, ammettendo la pluralità degli schemi di riferimento, non coincide con la determinatezza.

1.4. Riepilogo

L'analisi precedente mostra che la relazione che lega l'oggettività a concetti limitrofi, quali realismo, verità e determinatezza, varia a seconda del concetto di oggettività adottato.

Nel caso dell'oggettività semantica, ciò che rende oggettivo o soggettivo un enunciato è, in ultima analisi, l'intenzione del parlante. Tale concetto di oggettività è ben distinguibile da quello di verità e, inoltre, prescinde da qualsiasi forma di realismo. Si tratta di un concetto di oggettività molto debole, che non riveste alcun ruolo ai fini del presente lavoro. Per la verità, anche la sua rilevanza filosofica generale è molto dubbia.

²⁶ La concezione di oggettività logica presenta interessanti analogie con la nozione dworkiniana di "ipotesi estetica". Cfr., ad esempio, R. DWORKIN, *Questioni di principio* (1985), trad. di E. D'Orazio, Il Saggiatore, Milano, 1990, pp. 179-218.

Tra oggettività metafisica da un lato, e verità, realismo e determinatezza dall'altro, c'è invece una sorta di connessione necessaria²⁷.

L'oggettività logica implica, per definizione, la verità. Di contro, essa non è necessariamente realista e non presuppone la determinatezza assoluta.

Dando per scontato che questa distinzione in tre concetti di oggettività è certamente arbitraria, non esaustiva e, probabilmente, anche incapace di fissare confini certi tra un concetto e l'altro, si può comunque anticipare che la concezione dell'oggettività elaborata da Coleman e Leiter si pone in qualche modo a metà strada tra oggettività metafisica (a condizione che essa sia accompagnata da una forma debole di realismo) ed oggettività logica.

2. Oggettività e diritto I

Nel diritto, il problema dell'oggettività si manifesta in modo peculiare in relazione al momento interpretativo-applicativo, anche se vi sono altri aspetti dell'esperienza giuridica in cui il tema dell'oggettività non può essere eluso²⁸. Un discorso sull'oggettività dell'interpretazione del diritto dovrebbe quindi essere accompagnato da un'analisi preliminare più generale su oggettività e diritto. Inoltre, l'affermazione secondo cui l'interpretazione del diritto è oggettiva (o soggettiva) presuppone evidentemente una serie di importanti assunzioni teorico-generalì sul diritto e sull'interpretazione giuridica che sarebbe opportuno esplicitare. Molto spesso – e, per la verità, Coleman e Leiter non fanno eccezione a questo riguardo – il tema dell'oggettività dell'interpretazione del diritto viene invece affrontato lasciando colpevolmente su uno sfondo assai remoto tali riflessioni di più ampio respiro.

Un'analisi di così vasta portata non può essere intrapresa in questo saggio. In questa sezione, tuttavia, mi propongo quantomeno di introdurre la questione dell'identificazione del diritto; si tratta infatti di una questione che è direttamente

²⁷ La relazione che lega oggettività metafisica e determinatezza può essere meno stretta nel caso in cui si accolga una versione debole di realismo.

²⁸ A questo proposito, cfr. K. GREENAWALT, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1992.

collegata al tema dell'oggettività dell'interpretazione giuridica. Prima di fare questo è però opportuno, come risulterà più chiaramente in seguito, individuare le ragioni ideologiche e politiche – a cui si è peraltro già accennato in precedenza – che contribuiscono alla centralità del tema dell'oggettività nel dibattito teorico-generale sul diritto.

2.1. Oggettività e certezza del diritto

Il tema dell'oggettività viene sollevato, in ambito giuridico, quasi sempre per difendere o per criticare l'ideale della certezza del diritto. Questa è la ragione per cui i discorsi sull'oggettività sono caratterizzati da un'importante componente ideologica e politica; inoltre, la relazione tra oggettività e certezza contribuisce anche a spiegare perché, nella maggior parte dei casi, si discuta dell'oggettività in relazione al momento interpretativo-applicativo del diritto.

La certezza del diritto è un presupposto imprescindibile del principio fondamentale dello stato liberale di diritto, secondo cui tutti i cittadini hanno diritto ad essere trattati conformemente alle leggi dello stato²⁹. Per trattare i cittadini conformemente alla legge non è sufficiente, evidentemente, che esistano norme generali ed astratte, ma è altresì richiesto che sia possibile prevedere come i giudici applicheranno tali leggi ai casi concreti.

A questo proposito è interessante rilevare, sia pure in via incidentale, una sorprendente coincidenza tra le critiche che vengono mosse rispettivamente da Ronald Dworkin e dal *Critical Legal Studies Movement* alla tradizione giusfilosofica che può farsi risalire ad Herbert Hart³⁰. Entrambi, infatti, accusano Hart di incoerenza, in quanto, da un lato egli si erge a difensore dell'ideale della certezza ma, dall'altro, riconosce che nei casi difficili i giudici esercitano una

²⁹ Cfr., M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 125; J. HABERMAS, *Morale diritto politica* (1988), trad. di L. Ceppa, Einaudi, Torino, 1992, pp.43-78. Nel suo noto saggio, Flavio Lopez de Oñate considera la certezza un ideale connaturato al diritto: "L'esigenza della certezza della norma, cioè della legge, e conseguentemente, attraverso di essa, della certezza del diritto, è stata sempre sentita come ineliminabile per la convivenza sociale ordinata". [F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti, Giuffrè, Milano, 1968, p. 47].

³⁰ Cfr. J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., pp. 212-216.

discrezionalità pressoché assoluta³¹. A questo punto, però, le strade di Dworkin e degli esponenti del *Critical Legal Studies Movement* divergono. Il primo si sforza di elaborare una concezione del diritto che permetta di spiegare l'ideale della certezza in modo più convincente di quanto non faccia la teoria di Hart. I secondi, al contrario, sostengono che l'ideale della certezza è una chimera, di cui si serve la classe sociale egemone al fine di mascherare l'importante funzione politica, di mantenimento dello *status quo*, ricoperta dal diritto.

Tornando al tema specifico di questo paragrafo, è stato rilevato che la certezza del diritto può essere intesa in (almeno) due modi diversi: come mera prevedibilità delle decisioni dei giudici, ovvero come controllabilità della correttezza delle decisioni giudiziali³². Nel primo caso, la certezza richiede essenzialmente una elevata conformità delle opinioni dei giudici relativamente al contenuto del diritto. Nel secondo, invece, essa presuppone la possibilità di conoscere il diritto: “le decisioni giudiziali possono [...] essere distinte in corrette e scorrette solo se il diritto può essere oggetto di conoscenza, ovvero sia se possono essere oggetto di conoscenza le norme giuridiche valide”³³.

Questa distinzione tra due modi di intendere l'ideale della certezza mostra chiaramente come non vi sia una coincidenza perfetta tra certezza ed oggettività. L'ideale della certezza, infatti, non risulta necessariamente pregiudicato nel caso in cui si neghi la possibilità di conoscere “oggettivamente” le norme giuridiche. Di contro, non credo che possa essere messo in dubbio che i teorici del diritto di ispirazione liberale abbiano prevalentemente difeso l'ideale della certezza sulla base del presupposto che, nella maggior parte dei casi, sia possibile conoscere *ex ante* che cosa le norme giuridiche prescrivono in relazione ai casi concreti. Per dirla con Neil MacCormick: “le ragioni che i giudici presentano pubblicamente per le loro decisioni devono [...] essere ragioni che (almeno se prese sul serio) permettano loro di apparire quello che si suppone che siano: in breve, ragioni che

³¹ Pur non potendo dilungarmi su tale critica in questa sede, ritengo che essa presupponga un'interpretazione parziale, se non addirittura errata, del pensiero di Hart. Lo stesso Hart, peraltro, scrive: “Tuttavia, l'eliminazione di ogni incertezza, senza badare ai costi che ciò comporta in termini di altri valori, non è un compito che io ho mai pensato di attribuire alla regola di riconoscimento”. [H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Second Edition), With a Postscript edited by P.A. BULLOCH and J. RAZ, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 251].

³² Riprendo questa distinzione da E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 8-12.

³³ E. DICIOTTI, ult. cit., p. 11.

mostrino che le decisioni giudiziali assicurino la “giustizia secondo diritto” e che, almeno in questo senso, possano essere considerate ragioni che forniscono giustificazioni”³⁴.

Marmor suggerisce che il modo migliore di affrontare il tema dell’oggettività del diritto sia quello di prescindere dalle implicazioni politiche ed ideologiche a cui si è fatto brevemente cenno in questo paragrafo: “stabilire se il diritto sia o meno oggettivo è un problema filosofico estremamente complesso. Più precisamente, [...] tale problema racchiude una serie di questioni distinte, relative alla natura del diritto e della morale, alla relazione tra diritto e morale ed a tutta una serie di classiche questioni filosofiche, quali la natura della verità, della conoscenza, e del significato. Perché mai i teorici del diritto hanno pensato che queste sono questioni politiche?”³⁵.

Ritengo, a differenza di Marmor, che qualsiasi discorso sull’oggettività del diritto possa avere una qualche rilevanza, anche filosofica, soltanto se contribuisce a fornire risposte convincenti alle questioni ideologiche e politiche che stanno sullo sfondo. In altre parole, sono convinto che una concezione dell’oggettività troppo debole che, ad esempio, avesse poco o nulla da dire rispetto al problema della certezza del diritto, sarebbe poco interessante da un punto di vista giusfilosofico. Come vedremo nella prossima sezione, questo è uno dei principali limiti della “oggettività modesta” di Coleman e Leiter.

Prima di affrontare questo argomento, tuttavia, è opportuno soffermarsi brevemente sul problema preliminare dell’identificazione del diritto³⁶.

2.2. Oggettività ed identificazione del diritto

Nel paragrafo precedente ho sostenuto che: “per trattare i cittadini conformemente alla legge non è sufficiente, evidentemente, che esistano leggi generali ed astratte, ma è altresì richiesto che sia possibile prevedere come i giudici applicheranno tali leggi ai casi concreti”. La possibilità di identificare le leggi in modo sufficientemente determinato ed oggettivo rappresenta tuttavia un presupposto imprescindibile al fine di ridurre la discrezionalità giudiziale. Ciò spiega la rilevanza

³⁴ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 17.

³⁵ A. MARMOR, *An Essay on The Objectivity of Law*, cit., p. 4.

³⁶ Si tratta del tradizionale “problema ontologico del diritto”. Cfr., ad esempio, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 23-31.

del problema dell'identificazione del diritto per il tema, che qui si discute, dell'oggettività dell'interpretazione giudiziale.

In questo paragrafo si passeranno brevemente in rassegna due concezioni giuspositiviste della identificazione del diritto, difese rispettivamente da Joseph Raz e dal *soft positivism*³⁷, ed una concezione anti-positivista, difesa da Ronald Dworkin nei suoi primi scritti³⁸. L'intento è quello di mostrare che la concezione proposta da Raz garantisce una maggiore determinatezza ed oggettività nell'identificazione del diritto rispetto alle altre tre e di conseguenza rappresenta, almeno *prima facie*, una base più solida su cui costruire una difesa dell'oggettività dell'interpretazione giudiziale³⁹.

La possibilità di distinguere tra il modo in cui il diritto è ed il modo in cui il diritto dovrebbe essere è la tesi centrale del positivismo giuridico, quantomeno nella versione hartiana. Tale tesi si basa a sua volta sull'assunzione secondo cui non c'è una connessione necessaria tra diritto e morale (*separability thesis*)⁴⁰ e sull'assunzione secondo cui l'individuazione del diritto dipende da determinati fatti sociali (*social thesis*)⁴¹.

³⁷ Nello spazio delimitato dalle concezioni della validità proposte rispettivamente dallo *strict* e dal *soft positivism* è possibile rinvenire una pluralità di concezioni intermedie. Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130 e, in particolare, pp. 115-125.

³⁸ Nei suoi scritti più recenti Dworkin ha sensibilmente attenuato le sue critiche al positivismo giuridico. Ritengo anzi che da *Law's Empire* in poi la concezione del diritto di Dworkin coincida per molti versi con il *soft positivism*. A questo proposito, mi permetto di rimandare a A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1997. Cfr. anche G. BONGIOVANNI, *La teoria "costituzionalistica" del diritto di Ronald Dworkin*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1999, pp. 247-285; J.J. MORESO, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, non ancora pubblicato.

³⁹ Con questo non intendo dire né che la concezione della identificazione del diritto difesa da Raz sia la migliore tra quelle qui presentate, né che non sia possibile argomentare a favore dell'oggettività dell'interpretazione del diritto a partire da una concezione della identificazione del diritto diversa da quella di Raz.

⁴⁰ Tale tesi è ben espressa da John Austin quando scrive: "L'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo di indagine, se esso si conformi o meno a uno standard assunto, costituisce un altro tipo d'indagine. Una legge che effettivamente esista, è tale anche quando non ci piaccia o sia difforme dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione". [J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832; trad. it. dalla edizione del 1954 a cura di H.L.A. Hart), trad. di G. Gjylapian (a cura di M. Barberis), Il Mulino, Bologna, 1995, p. 228]. Hart in modo analogo afferma: "...non è in nessun senso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfacciano certe esigenze della morale, anche se nella realtà esse hanno spesso fatto questo". [H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1991, p. 217].

⁴¹ Per dirla con Hart: "...la norma di riconoscimento esiste soltanto come una prassi complessa, ma di solito concorde, dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazione del diritto in riferimento a certi criteri. La sua esistenza è una questione di fatto". [H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit. p. 130]. Cfr. J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Legal positivism*, in D. PATTERSON (ed. by), *A Companion to Philosophy*

La *social thesis* è stata intesa da Raz nel senso che il valore morale di una norma non può in nessun caso essere considerato un criterio di identificazione del diritto. Più precisamente, Raz accoglie una concezione della identificazione del diritto, da lui chiamata *sources thesis*, in base alla quale: “una teoria del diritto è accettabile solo se i suoi criteri per identificare il contenuto del diritto e per determinare la sua esistenza riposano esclusivamente su fatti relativi al comportamento umano, fatti che possono essere descritti in modo avalutativo e che possono essere applicati senza bisogno di ricorrere ad un argomento morale”⁴².

Raz aggiunge che con l’espressione ‘fonti del diritto’ egli intende quei fatti che rendono valida una norma giuridica ed identificano il suo contenuto: “il termine ‘fonte’, così come usato qui, comprende anche tutti i materiali interpretativi pertinenti”⁴³. Su queste basi, Raz ritiene che nei casi giudiziari facili il compito dei giudici sia quello di applicare il diritto preesistente, individuato mediante la *sources thesis*; nei casi difficili, invece, i giudici devono ricorrere a considerazioni extra-giuridiche e, quindi, creano nuovo diritto⁴⁴. In conclusione, ed a prescindere dalla plausibilità complessiva di una concezione dell’interpretazione di questo tipo⁴⁵, la *sources thesis* fornisce criteri sufficientemente certi per l’identificazione del diritto e, quindi, riduce, quantomeno in linea di principio, la discrezionalità giudiziale.

La concezione della identificazione del diritto difesa dal *soft positivism* (detto anche “positivismo inclusivo” o “incorporazionismo”)⁴⁶ si articola in due tesi

of Law and Legal Theory, cit., pp. 243-244; B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London, 1996, pp. 50-52. In termini leggermente diversi si può anche dire, seguendo Klaus Füber, che la *separability thesis* ammette due diverse interpretazioni. La prima versione, che Füber chiama *Fallibility Thesis*, sostiene che non è una verità necessaria che il diritto riproduca determinate convinzioni morali. La seconda versione, che Füber chiama *Neutrality Thesis*, sostiene che non è necessario (e, soprattutto, non è opportuno) fare riferimento alla giustizia o ad altri valori morali per definire o individuare il diritto. [K. FÜBER, *Farewell to ‘Legal Positivism’: The Separation Thesis Unravelling*, in R.P. GEORGE (ed. by), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 119-162, in particolare pp. 121-122].

⁴² J. RAZ, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in ID., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 39-40.

⁴³ J. RAZ, ult. cit., p. 48.

⁴⁴ Per non appesantire il discorso, ho presentato una ricostruzione semplificata della concezione raziana dell’interpretazione del diritto. In particolare, non ho introdotto la importante e problematica distinzione che Raz fa tra *pure legal statements* e *applied legal statements*. Cfr. J. RAZ, *Legal Reasons, Sources, and Gaps*, in ID., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 53-77 e, in particolare, pp. 62-65.

⁴⁵ Per una difesa di tale concezione cfr. E. MITROPHANOUS, *Soft Positivism*, “Oxford Journal of Legal Studies”, 17, 1997, pp. 621-641. *Contra*, cfr. R. DWORKIN, *L’impero del diritto* (1986), trad. di L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano, 1989, cap. iv, pp. 111-144.

⁴⁶ L’etichetta *soft positivism* individua gli scritti di alcuni studiosi, principalmente anglo-americani, che si propongono di rendere il positivismo giuridico hartiano meno vulnerabile alle critiche sollevate da Dworkin. Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit.; D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984; J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*,

fondamentali. In base alla prima, che è essenzialmente una tesi negativa (Coleman parla espressamente a questo proposito di *negative positivism*), si afferma che la *separability thesis* richiede soltanto che sia possibile immaginare un sistema giuridico in cui la conformità a valori morali non rientri tra i criteri di validità delle norme.

In base alla seconda tesi, che può essere considerata una versione indebolita della *social thesis*, il fatto che l'individuazione del diritto di una determinata società dipenda da convenzioni sociali non impedisce che la conformità a valori morali rientri tra le condizioni di validità delle norme giuridiche. E' sufficiente, infatti, che tra le convenzioni sociali dei giudici vi sia anche quella secondo cui il rispetto di valori morali è condizione di validità delle norme giuridiche⁴⁷.

Coleman, ad esempio, ritiene che una regola di riconoscimento la quale stabilisse che "è diritto tutto ciò che è moralmente corretto", sarebbe perfettamente compatibile con il positivismo giuridico. Anche in un caso estremo come questo, infatti, le controversie tra i giudici non riguarderebbero il contenuto della regola di riconoscimento ma, piuttosto, verterebbero su quali norme giuridiche soddisfano i criteri previsti dalla norma di riconoscimento. In altri termini, l'esistenza di disaccordi tra i giudici non implica, in questo caso, che i giudici non accettino la stessa regola di riconoscimento; essi infatti accettano le medesime condizioni di verità per le proposizioni giuridiche. In conclusione, secondo Coleman, i disaccordi che fatalmente scaturirebbero da una regola di riconoscimento di questo tipo non sarebbero di impedimento ad una spiegazione dell'autorità della regola di

in M. COHEN (edited by), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1983, pp. 28-48; W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Lo stesso Hart, nel *Postscript* alla seconda edizione di *The Concept of Law*, afferma esplicitamente di considerarsi un *soft positivist*: "Dworkin, attribuendomi quel tipo di positivismo che considera il diritto come un "dato di fatto", ha ritenuto, sbagliando, che la mia teoria non richiedesse soltanto che l'esistenza e l'autorità della regola di riconoscimento dovesse dipendere dal fatto della sua accettazione da parte delle corti (cosa che io, in effetti, sostengo), ma anche che i criteri di validità giuridica fissati da tale regola dovessero consistere esclusivamente in quel particolare tipo di dato di fatto che egli chiama *pedigree* e che riguarda il modo e la forma in cui il diritto è creato ed adottato (cosa che io nego)". [H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Second Edition), cit., p. 250]. Da ultimo, cfr. J.J. MORESO, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, cit.

⁴⁷ Wilfred Waluchow accoglie una definizione di *soft positivism* che è più ampia rispetto a quella che ho presentato nel testo seguendo Coleman. Egli infatti sostiene che: "una caratteristica distintiva del positivismo inclusivo risiede nell'affermazione che *standards* di moralità politica, cioè relativi a quella moralità che ci permette di valutare, giustificare, e criticare le istituzioni sociali e le attività ed i prodotti di queste ultime, ad esempio le leggi, possano figurare (ed in effetti figurano) in vario modo nei tentativi di determinare l'esistenza, il contenuto, ed il significato del diritto valido". [W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 2]. Cfr. E. MITROPHANOUS, *Soft Positivism*, cit., p. 622.

riconoscimento in termini convenzionalistici⁴⁸. E' evidente, tuttavia, che, tali disaccordi non favorirebbero la certezza del diritto, né l'oggettività dell'interpretazione giuridica (a meno di non accogliere una qualche versione di oggettivismo etico)⁴⁹.

La teoria del diritto del primo Dworkin rappresenta probabilmente la critica più veemente e radicale che è stata mossa al positivismo giuridico negli ultimi decenni⁵⁰. Dworkin, infatti, rifiuta tanto la *separability thesis* quanto la *social thesis*. In breve, egli ritiene che l'idea hartiana secondo cui la validità delle norme giuridiche si fonda in ultima istanza su una norma di riconoscimento che ha natura convenzionale non permette di rendere conto dell'esistenza di *standards* giuridici diversi dalle regole come, ad esempio, i principi giuridici. La validità di questi ultimi non dipende, secondo Dworkin, dal fatto che essi siano stati posti in essere rispettando il *pedigree* formale stabilito dalla norma di riconoscimento; piuttosto, essi sono principi giuridici validi se, ed in quanto, esprimono un'appropriata concezione della giustizia. Una concezione della identificazione del diritto di questo tipo è chiaramente anti-positivista. Dworkin, infatti, non dice, come il *soft positivism*, che i principi morali possono essere incorporati nel diritto nel caso in cui esista una convenzione sociale che autorizzi i giudici in questo senso, ma afferma che essi debbono essere recepiti dal diritto *in quanto* principi morali⁵¹.

A questa concezione della identificazione del diritto Dworkin associa una teoria dell'interpretazione che, a dispetto di ogni previsione, dovrebbe essere in grado di garantire l'assoluta determinatezza ed oggettività dell'applicazione del diritto da parte dei giudici: ogni caso giudiziale ammette una ed una sola risposta giusta⁵².

L'idea di Dworkin è tutto sommato semplice. Nei casi facili, la decisione è il

⁴⁸ Cfr. J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, cit., p. 41.

⁴⁹ Eleni Mitrophanous ad esempio scrive: “[Una] critica al *soft positivism* è che il fatto che esso ammetta criteri morali nella regola di riconoscimento è incompatibile con la funzione del diritto di identificare con certezza gli *standards* giuridici del sistema”. [E. MITROPHANOUS, *Soft Positivism*, cit., p. 627].

⁵⁰ Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977 [Trad. par. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, in particolare pp. 79-121].

⁵¹ Dworkin scrive: “Chiamo “principio” uno standard, che deve essere osservato non perché provochi o mantenga una situazione (economica, politica, o sociale) desiderata, ma in quanto è un'esigenza di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale”. [R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 90]. Cfr. J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Legal positivism*, cit., p. 242.

⁵² A questo proposito Enrico Diciotti rileva correttamente che: “[Dworkin] è...uno dei pochi teorici del diritto contemporanei a difendere con decisione la tesi che ogni insieme di possibili risultati interpretativi contrastanti contenga uno ed un solo risultato interpretativo corretto e che le tesi interpretative, non diversamente dalle tesi teoriche, siano vere o false”. [E. DICOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, cit., pp. 202-203].

risultato di una deduzione logica che ha come premessa maggiore una regola giuridica e come premessa minore i fatti del caso in questione. Nei casi difficili, che, secondo Dworkin, sono soltanto quei casi che non possono essere sussunti sotto una regola generale, la decisione scaturisce dal corretto “bilanciamento” (*weighting and balancing*) dei principi rilevanti.

Ritenere che una concezione dell’interpretazione del diritto di questo genere possa garantire l’assoluta determinatezza (cioè, la possibilità di individuare un’unica risposta giusta) ed oggettività (cioè, la possibilità di rappresentare tale risposta come la corretta applicazione di *standards* giuridici) presuppone una notevole dose di ingenuità. Basti pensare, a tacer d’altro, che a) le regole giuridiche ammettono spesso diverse interpretazioni; b) i fatti materiali sono a loro volta suscettibili di interpretazioni diverse e, inoltre, possono essere qualificati giuridicamente in modo diverso; c) i principi ammettono, ancor più delle regole, diverse interpretazioni e, tra l’altro, non possono essere “soppesati” con la stessa precisione con cui, ad esempio, è possibile pesare pere e mele⁵³. A ciò si aggiunga che la concezione dworkiniana della validità, che prevede una sovrapposizione, quantomeno parziale, tra principi morali e principi giuridici, di certo non facilita, per evidenti ragioni metaetiche, il compito di individuare in modo sufficientemente certo i principi giuridici.

2.3. Riepilogo

In questa sezione ho argomentato a favore delle seguenti tesi: a) il tema dell’oggettività dell’interpretazione del diritto è collegato al valore della certezza; b) di conseguenza, i discorsi sull’oggettività sollevano non soltanto questioni filosofiche in senso stretto, ma anche questioni ideologiche e politiche che non è opportuno trascurare.

Inoltre: c) una concezione dell’oggettività dell’interpretazione del diritto presuppone, implicitamente o esplicitamente, una concezione dell’identificazione

⁵³ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 112; P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 55-68, ora in P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 81-95; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 228-231.

del diritto; d) le teorie dell'identificazione del diritto che escludono il riferimento a valori morali dai criteri di validità consentono di identificare il diritto in modo più preciso di altre; e) chi, come Coleman o Dworkin, difende l'oggettività dell'interpretazione a partire da una concezione della identificazione del diritto che non esclude il riferimento a valori morali dai criteri di validità, deve prendere sul serio i problemi che ciò comporta.

3. Oggettività e diritto II: la *modest objectivity* tra “oggettività forte” ed “oggettività debole”

Come si è anticipato, l'intento di Coleman e Leiter è quello di difendere la concezione liberale del diritto dalle obiezioni radicali che, da ultimo, le sono state mosse dal *Critical Legal Studies Movement*. Tali obiezioni, che pur non essendo nuove o originali sono tuttavia sostenute da argomenti spesso più sofisticati che in precedenza, sottolineano, in particolare, come la visione liberale del diritto, secondo cui il diritto sarebbe per molti versi oggettivo e determinato, non rispecchi per nulla la pratica giuridica reale.

La replica di Coleman e Leiter si articola nei seguenti punti principali. Innanzitutto, essi affermano che il *Critical Legal Studies Movement* assimila impropriamente le nozioni di “oggettività” e “determinatezza”. La determinatezza individua la relazione che lega le decisioni giudiziali all'insieme dei fatti giuridici⁵⁴. Più precisamente, la tesi secondo cui il diritto è determinato consiste nel ritenere che vi sono risposte corrette alle dispute giuridiche. Una risposta è corretta, secondo Coleman e Leiter, se scaturisce dai fatti giuridici rilevanti.

La tesi secondo cui il diritto è determinato ammette diverse versioni. Secondo la versione più forte, i fatti giuridici consentono sempre di pervenire, nelle dispute giudiziali, alla soluzione giusta.

⁵⁴ Con l'espressione ‘fatti giuridici’ gli autori indicano le asserzioni relative a ciò che il diritto richiede in un caso particolare. Cfr. J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 244; J.L. COLEMAN, *Truth and Objectivity in Law*, cit., pp. 37-45. Sulla distinzione tra oggettività e determinatezza si veda anche il paragrafo 2.1.

Secondo la versione più debole, accolta dalla maggior parte delle teorie liberali del diritto, nei casi giudiziari facili i fatti giuridici permettono di individuare la risposta giusta; nei casi difficili, al contrario, i fatti giuridici, pur limitando la discrezionalità dei giudici, non sono in grado di determinare completamente il risultato⁵⁵.

Coleman e Leiter affermano che l'errore del *Critical Legal Studies Movement* è quello di ritenere che questa parziale indeterminatezza sia incompatibile con una concezione liberale del diritto. In breve, l'argomento principale di Coleman e Leiter contro il *Critical Legal Studies Movement* è il seguente: il liberalismo presuppone l'idea di un potere legislativo eletto democraticamente e da ciò segue che le decisioni giudiziali devono essere, almeno in una certa misura, determinate. I giudici, in altri termini, devono decidere i casi giudiziari sulla base di ragioni fornite dal potere legislativo. Se tali ragioni non riescono a imporre alcun vincolo sul comportamento dei giudici, allora la possibilità di predicare l'esistenza di regole democratiche viene posta seriamente in dubbio. Ciò non significa, tuttavia, che per ogni caso giudiziale vi debba essere necessariamente un'unica risposta giusta.

Questa ricostruzione del problema della determinatezza aggira due obiezioni fondamentali a cui è opportuno fare cenno brevemente; i limiti dell'analisi di Coleman e Leiter sulla determinatezza del diritto hanno infatti delle importanti ricadute sulla loro concezione dell'oggettività.

La prima obiezione è collegata all'impossibilità di distinguere con precisione i casi facili dai casi difficili. La seconda riguarda il problema della cosiddetta "indeterminatezza di secondo livello"⁵⁶.

La difficoltà di individuare una chiara linea di demarcazione tra casi facili e casi difficili è riconosciuta, ad esempio, anche da un autore "liberale" come MacCormick. E' sempre possibile, infatti, almeno in linea di principio, che un caso

⁵⁵ Hart, ad esempio, a questo proposito afferma che: "la struttura aperta del diritto significa che vi sono, in realtà, delle sfere di condotta in cui deve essere lasciato molto spazio all'attività dei tribunali e dei funzionari che decidono, alla luce delle circostanze, tra interessi in conflitto che variano di importanza di caso in caso. Tuttavia, la vita del diritto consiste in larga misura nella guida che sia sui funzionari sia sui cittadini privati viene esercitata da norme determinate che, a differenza delle applicazioni di criteri variabili, *non* richiedono da loro un nuovo giudizio di caso in caso". [H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 158-159. Corsivo dell'autore].

⁵⁶ Ho ripreso questo argomento, operando qualche lieve modifica, da T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness and Legal Theory*, "Legal Theory", 3, 1997.

ritenuto a prima vista facile venga trasformato – ad esempio da un avvocato particolarmente ingegnoso – in un caso difficile⁵⁷.

Alla luce di ciò, l'affermazione secondo cui nei casi facili sarebbe possibile individuare l'unica risposta giusta attraverso una semplice sussunzione a partire dai fatti giuridici rilevanti perde buona parte della sua forza e della sua attrattiva. Per decidere se un caso è facile o difficile, infatti, bisogna preliminarmente porre in essere delle valutazioni che trascendono inevitabilmente l'ambito della giustificazione deduttiva. La giustificazione deduttiva consente quindi di giustificare quei casi che sono "già" stati classificati come casi facili. In conclusione, se non esistono casi facili, nessuna decisione giudiziale è pienamente determinata.

L'"indeterminatezza di secondo livello" mette in dubbio che i fatti giuridici possano effettivamente rappresentare dei vincoli per le decisioni dei giudici. L'argomento dell'"indeterminatezza di secondo livello" è stato tradizionalmente utilizzato contro l'idea kelseniana secondo cui: "il fatto che una sentenza giudiziaria si fondi su una legge significa in verità soltanto che essa si mantiene nei limiti dello schema rappresentato dalla legge, e non che essa è *la* norma individuale, bensì *una* fra le norme individuali che possono essere prodotte all'interno dello schema della norma generale"⁵⁸. Kelsen ritiene, in questo modo, di riuscire a conciliare completezza dell'ordinamento ed indeterminatezza. Un giudice, infatti, nella misura in cui decide un caso di specie sulla base di una delle possibili interpretazioni della disposizione generale sta effettivamente applicando il diritto. Solo se egli travalica i confini dello schema rappresentato dalla disposizione

⁵⁷ MacCormick a questo proposito scrive: "È possibile immaginare uno spettro che ricomprende i casi giudiziari dal più semplice al più complicato: traversando tale spettro da una parte all'altra non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" che legittimino il ricorso all'argomento consequenzialista e agli argomenti basati sui principi o sull'analogia". [N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 198]. Peraltro, il fatto stesso che un caso venga presentato in giudizio costituisce un indizio da non sottovalutare a sostegno della tesi secondo cui non c'è una differenza qualitativa tra casi facili e casi difficili. Cfr. J. W. HARRIS, *Legal Philosophies. Second Edition*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1997, p. 220; R. GUASTINI, *Due esercizi di non-cognitivismo*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 279. Per una difesa di una distinzione più netta tra casi facili e casi difficili si veda A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 124-154.

⁵⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), saggio introduttivo e traduzione di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, p. 384. Corsivi dell'autore.

generale, allora la sua decisione non potrà essere considerata come giuridicamente corretta⁵⁹.

Il limite del discorso kelseniano consiste nel dare per scontato che esistano confini chiari tra interpretazioni ammissibili ed interpretazioni non ammissibili delle disposizioni generali. In assenza di tali confini, una disposizione generale non può essere considerata come una cornice che limita la discrezionalità dei giudici. Ciò significa, in altri termini, che non è possibile stabilire con certezza se una norma individuale è autorizzata da una norma generale.

Il problema dell'oggettività concerne, secondo Coleman e Leiter, lo *status* dei fatti giuridici⁶⁰. Si tratta di fatti giuridici perché un giudice li ritiene tali (soggettivismo "protagoriano"), ovvero sono fatti giuridici indipendentemente dall'opinione di giudici e giuristi? Secondo Coleman e Leiter l'autorità del diritto è giustificata o, quantomeno, giustificabile, solo se i fatti giuridici sono oggettivi. Quindi: "...nei limiti in cui il diritto è determinato (ad esempio nei casi facili), le risposte corrette debbono essere *oggettivamente* corrette"⁶¹.

Ma in che senso i fatti giuridici sono oggettivi? Coleman e Leiter rifiutano sia l'oggettività in senso forte (o "platonica") che esclude che ciò che sembra corretto a qualcuno possa determinare ciò che è effettivamente corretto, sia l'oggettività minimale secondo cui ciò che sembra corretto alla maggior parte dei membri di una comunità determina ciò che è effettivamente corretto. Essi difendono quindi una concezione "modesta" dell'oggettività – che si pone a metà strada tra oggettività platonica ed oggettività minimale – secondo cui è effettivamente corretto ciò che sembra tale a coloro che si trovano nelle "condizioni epistemiche ideali".

⁵⁹ Per dirla con Kelsen: "...il diritto che deve essere applicato costituisce uno schema, all'interno del quale esistono più possibilità di applicazione; quindi è lecito ogni atto che si attenga ai limiti di questo schema, che cioè sia conforme ad un qualsiasi significato possibile dello schema". [H. KELSEN, *ibidem*].

⁶⁰ Più precisamente, Coleman e Leiter distinguono tra oggettività epistemica o procedurale ed oggettività metafisica. Un discorso è oggettivo in senso epistemico se si fonda su criteri di giustificazione oggettivi (cioè, equi o imparziali). Un discorso è oggettivo in senso metafisico se i fatti a cui ci si riferisce sono oggettivi. L'intento di Coleman e Leiter è quello di difendere una concezione dell'oggettività metafisica. Cfr. J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 243-244; J.L. COLEMAN, *Second Thoughts and Other First Impressions*, in B. BIX (edited by), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, cit., pp. 289-296.

⁶¹ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 246. Corsivo degli autori. La distinzione tra determinatezza ed oggettività è più sfumata di quanto Coleman e Leiter lasciano intendere. È significativo, a questo proposito, che l'"argomento della democrazia", utilizzato dagli autori a sostegno dell'idea che una teoria del diritto liberale richiede soltanto una determinatezza parziale, presuppone che i "fatti giuridici" siano intesi come "ragioni fornite dal potere legislativo" e, dunque, coinvolge, sia pure implicitamente, una certa concezione dell'oggettività. Inoltre, l'affermazione di Coleman e Leiter secondo cui è possibile predicare l'oggettività dei fatti giuridici solo quando il diritto è determinato, mostra chiaramente come i limiti del loro discorso sulla determinatezza si ripercuotano inevitabilmente sulla loro concezione dell'oggettività. Si veda a questo proposito anche il paragrafo 3.3.

Nei prossimi paragrafi sosterrò che l'oggettività modesta non riesce a sfuggire all'alternativa tra oggettività in senso forte ed oggettività minimale. In altri termini, tale concezione dell'oggettività può essere intesa, alternativamente, come una versione dell'oggettività metafisica ovvero come una versione dell'oggettività minimale. Di conseguenza, le critiche che Coleman e Leiter rivolgono a queste due concezioni dell'oggettività si ritorcono inesorabilmente contro la loro stessa concezione dell'oggettività modesta.

3.1. L'oggettività in senso forte ed i suoi limiti

L'oggettività in senso forte è l'espressione del realismo metafisico⁶². La versione più accreditata del realismo metafisico è caratterizzata dalla due tesi seguenti: a) i fatti sono indipendenti dal nostro accesso epistemico ad essi; b) è possibile arrivare a conoscere questi fatti.

L'obiezione principale che viene mossa al realismo metafisico consiste nel rimarcare la difficoltà di conciliare queste due tesi: se i fatti sono indipendenti dal nostro accesso epistemico ad essi, come possiamo avere la certezza che le nostre pratiche conoscitive siano idonee a conoscere tali fatti? Ovvero, adattando questa obiezione al problema che qui più ci interessa dell'oggettività dei fatti giuridici: "...quali ragioni abbiamo per pensare che le pratiche convenzionali seguite dai giudici nell'applicazione del diritto comprendano meccanismi affidabili per identificare i fatti giuridici?"⁶³.

I realisti potrebbero tentare di replicare a tale obiezione in due modi. La prima risposta consiste sostanzialmente nel rinunciare alla seconda tesi peculiare del realismo metafisico enunciata in precedenza. In questo modo, la legittimazione dell'autorità del diritto dipenderebbe esclusivamente dall'esistenza di fatti giuridici indipendenti, a prescindere dall'abilità concreta dei giudici di individuarli. Come sottolineano Coleman e Leiter, tale risposta non è particolarmente convincente: "il fatto che esistano soluzioni corrette ha davvero poca rilevanza se i giudici giungono inevitabilmente alla conclusione errata in relazione a quali sono tali soluzioni corrette. [...] Affinché il potere coercitivo sia giustificato, esso deve servire a rendere esecutive quelle risposte che sono in linea di massima corrette, e non qualsivoglia risposta i giudici esprimano"⁶⁴.

La seconda replica consiste nel difendere la tesi secondo cui i giudici hanno effettivamente accesso alle soluzioni corrette delle dispute giuridiche. Il problema in questo caso è quindi quello di individuare qualche ragione plausibile che permetta di affermare che l'esito delle pratiche giudiziali rispecchi ciò che il diritto richiede oggettivamente. In altri termini, bisogna individuare una epistemologia della pratica giudiziale che sia compatibile con il realismo metafisico a proposito dei fatti giuridici.

⁶² Si veda a questo proposito il paragrafo 1.2.

⁶³ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 257.

⁶⁴ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *ibidem*.

Un tentativo in questa direzione è stato ad esempio compiuto da Michael Moore⁶⁵. Egli difende una posizione coerentista circa la giustificazione giudiziale: le credenze giustificate relativamente a ciò che il diritto richiede in un caso concreto sono quelle che mostrano il maggior grado di congruenza tra loro e con la concezione del diritto accolta dai giudici⁶⁶. Moore tuttavia aggira la difficoltà principale; in breve, egli non spiega perché il fatto che l'insieme delle credenze di un giudice siano tra loro congruenti dovrebbe essere ritenuto una ragione sufficiente per pensare che esistano fatti giuridici oggettivi in senso metafisico e, soprattutto, per pensare che le decisioni dei giudici rispecchino tali fatti giuridici. Evidentemente, assumere che il mondo sia a sua volta congruente non permette di superare questa difficoltà. Per quale ragione, infatti, la congruenza tra le nostre credenze dovrebbe corrispondere alla congruenza delle cose nel mondo?⁶⁷

Per concludere, alle critiche di Coleman e Leiter all'oggettività in senso forte si può aggiungere che il realismo metafisico è una concezione generalmente ritenuta non adatta a render conto di quei settori della conoscenza umana che hanno ad oggetto pratiche sociali o, più in generale, artefatti umani⁶⁸.

3.2. L'oggettività minimale ed i suoi limiti

Secondo l'oggettività minimale è la maggioranza a determinare ciò che è effettivamente corretto. Si tratta quindi di una versione convenzionalista dell'oggettività, che si distingue dal soggettivismo protagoriano ("l'uomo è misura di tutte le cose") solamente per il fatto di spostare la "misura" dal singolo essere umano alla comunità nella sua interezza. A differenza dell'oggettività platonica, l'oggettività minimale non ammette la possibilità di errori comprensivi: se la verità o la correttezza di qualcosa dipende da un accordo convenzionale, allora è logicamente impossibile che tutti si sbagliano sulla verità o correttezza di qualcosa.

⁶⁵ In questa sede ho ritenuto sufficiente attenermi alla ricostruzione critica del pensiero di Moore proposta da Coleman e Leiter. Cfr., tuttavia, almeno M.S. MOORE, *Interpreting Interpretation*, in A. MARMOR (ed. by), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, cit., pp. 1-29; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 188-194.

⁶⁶ Raz sostiene che il criterio della congruenza in ambito giuridico non si riduce ad un mero *test* di adeguatezza tra le credenze di uno stesso individuo, ma presenta un carattere di maggiore intersoggettività. Nel caso del diritto, infatti, bisogna armonizzare – sia al livello generale di teoria del diritto, sia al livello particolare delle varie discipline giuridiche, sia al livello delle decisioni giudiziali – le proprie convinzioni sul diritto con una *base*, che Raz sulla scorta della *sources thesis* definisce oggettiva, costituita dall'insieme dei documenti legislativi riconosciuti da tutti come l'ossatura di un ordinamento giuridico spazialmente e temporalmente determinato. E' appena il caso di sottolineare che Raz, a differenza di Moore, accoglie una concezione coerentista della giustificazione giuridica, ma rifiuta il realismo metafisico. Cfr. J. RAZ, *The Relevance of Coherence*, in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford 1994, pp. 277-325. L'autore che ha dato il via al dibattito sul ruolo della congruenza nella giustificazione delle decisioni giudiziali e, più in generale, nella conoscenza giuridica è certamente Ronald Dworkin. A questo proposito mi permetto di rimandare a A. SCHIAVELLO, *Su "congruenza" e "diritto": un'analisi comparata di modelli diversi*, "Ragion Pratica" 9, 1997.

⁶⁷ Così J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 258. Per un'analisi più dettagliata delle obiezioni tradizionalmente mosse alla teoria della verità come coerenza si veda E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, cit., pp. 23-26.

In linea generale, il convenzionalismo sembra incapace di rendere conto di quel *surplus* di significato che impedisce di identificare le pratiche sociali con i comportamenti convergenti dei partecipanti. Come nota Francesco Viola: “le continue correzioni ed i ripetuti aggiustamenti che le interpretazioni dei partecipanti devono subire dimostrano che all’interno di una pratica sociale ci sono vincoli e criteri a cui commisurarsi. C’è quindi a suo modo un’oggettività della pratica”⁶⁹. Tuttavia, quando si cerca di spiegare in cosa consista questa “oggettività della pratica” o il *surplus* di significato rispetto ai comportamenti convergenti (Viola, in particolare, ricorre alla dottrina della verità delle cose), le difficoltà, soprattutto per chi rifiuta l’oggettivismo etico, sono tali e tante da indurre ad “accontentarsi” di una spiegazione delle pratiche sociali in termini convenzionalistici. In un certo senso, una caratteristica rilevante del convenzionalismo (o dell’oggettività minimale) è quella di apparire, almeno a prima vista, come l’unica ricostruzione plausibile di alcuni settori dell’esperienza umana e, al tempo stesso, come un ripiego.

In relazione al problema specifico dell’oggettività dei fatti giuridici, Coleman e Leiter muovono due obiezioni al convenzionalismo.

In primo luogo, il fatto che il significato delle regole e dei principi giuridici è fissato convenzionalmente e, dunque, riflette la cultura giuridica dominante, minaccia la legittimità del diritto come arbitro tra interessi e concezioni del bene confliggenti. In altri termini, ciò che noi consideriamo fatti giuridici oggettivi non sarebbero altro che l’espressione dei pregiudizi dei giudici i quali, nella maggior parte dei casi, appartengono alle classi sociali più agiate⁷⁰.

Per la verità, come riconoscono anche Coleman e Leiter, tale obiezione al convenzionalismo non appare invincibile e neppure particolarmente sofisticata. Anche un giusrealista come Alf Ross, ad esempio, ammette che i giudici sono influenzati, nell’esercizio della loro professione, non tanto (o, quantomeno, non soltanto) dalla loro appartenenza ad una determinata classe sociale o, più in generale, da interessi di parte, quanto dalla consapevolezza della propria funzione, dalla “tradizione culturale”. Per dirla con Ross: “[il giudice] considera la propria attività come un compito a servizio della comunità; egli desidera trovare una decisione che non sia il risultato fortuito di una manipolazione meccanica di fatti e di articoli di leggi, ma qualcosa che abbia uno scopo e un significato, qualcosa che sia “valido””⁷¹.

⁶⁸ Si veda il paragrafo 1.3. Cfr. J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 80; B. CELANO, *Efficacia, anti-realismo, interpretazione*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., p. 237.

⁶⁹ F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990, pp. 163-164. Corsivo dell’autore. In modo analogo Coleman scrive: “[una] pratica, e la portata dei doveri che da tale pratica scaturiscono, eccedono l’estensione del comportamento convergente”. [J.L. COLEMAN, *Truth and Objectivity in Law*, cit., p. 65].

⁷⁰ Un’obiezione di questo tipo è stata ad esempio sollevata nei confronti dell’idea rawlsiana di ragione pubblica. Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo Politico* (1993), trad. di G. Rigamonti, Edizioni di Comunità, Milano 1994; J. RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, “U. Chi. L. Rev.”, 64, 1997, pp. 765-807; J. HABERMAS, *Per la critica del liberalismo politico di John Rawls*, “MicroMega”, *Almanacco di filosofia 1996*, pp. 26-50, in particolare, pp. 46 e ss.

⁷¹ A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), trad. di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965, p. 95. MacCormick in modo analogo scrive: “i giudici presentano se stessi come coloro che decidono in modo imparziale le controversie in cui si confrontano i cittadini tra loro o la pubblica accusa ed i cittadini. Essi si definiscono in questo modo perché, almeno all’interno della cultura politica dominante, questo è quello che ci si

In secondo luogo, l'oggettività minimale si trova in difficoltà nei casi di disaccordo razionale. Secondo il convenzionalismo – si pensi ad esempio alle riflessioni di Hart sulle regole sociali⁷² – l'obbligo imposto dalle regole è determinato dal comportamento convergente degli individui. Di conseguenza, in assenza di comportamento convergente non vi è alcun dovere. Nella maggior parte dei casi, il comportamento convergente sotto-determina quale regola si sta effettivamente seguendo (ad esempio: bisogna fermarsi sempre quando il semaforo è rosso o, in caso di emergenza, è possibile passare comunque?⁷³). Tuttavia, anche in quei casi in cui c'è un disaccordo riguardo a ciò che il diritto richiede, si può pur sempre ritenere e, di fatto, si ritiene, che il diritto richieda effettivamente qualcosa. Ciò, evidentemente, costituisce un problema per l'oggettività minimale che afferma, come abbiamo visto, che in assenza di un comportamento convergente non vi è alcuna regola⁷⁴.

Anche a questa obiezione, tuttavia, è possibile ribattere, almeno parzialmente. Lo stesso Coleman, in un suo noto saggio di una ventina di anni fa, avanzava due possibili repliche⁷⁵. Il fatto che Coleman non difenda più il convenzionalismo e l'oggettività minimale non è certo un buon motivo, di per sé, per non prendere in considerazione tali repliche. Qui tuttavia sarà sufficiente presentare brevemente gli argomenti di Coleman senza discuterli. L'intento di questo saggio, infatti, non è quello di difendere una particolare concezione dell'oggettività dell'interpretazione giuridica, ma soltanto quello di evidenziare alcune delle difficoltà connesse ad una concezione dell'oggettività che si proponga come “terza via” tra platonismo e convenzionalismo.

In primo luogo, Coleman, riprendendo alcune osservazioni di David Lewis⁷⁶, precisa che gli obblighi imposti dalle regole sociali o convenzioni potrebbero non essere individuati dal mero comportamento convergente ma, piuttosto, dalle aspettative indotte dagli sforzi di coordinare il comportamento. Di conseguenza: “le aspettative protette, garantite, possono estendersi oltre l'area della pratica convergente...”⁷⁷.

In secondo luogo, egli afferma che quando sorgono delle controversie sull'obbligo imposto da una certa regola – Coleman si riferisce in particolare alla regola di riconoscimento – non è necessario concludere, da una prospettiva convenzionalista, per l'inesistenza di qualsiasi obbligo. C'è (o può esservi) infatti un obbligo che scaturisce dall'accettazione diffusa della pratica di

aspetta che siano. I giudici sono nominati per accordare giustizia “secondo la legge” ed i cani da guardia dell'interesse pubblico sono sempre pronti ad abbaiare loro dietro se danno l'impressione di fare qualcosa di diverso”. [N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 17].

⁷² H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 95-108.

⁷³ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 263. Un comportamento convergente X sotto-determina la regola Y, quando X non giustifica solamente Y.

⁷⁴ Questa obiezione è stata presentata in modo particolarmente efficace da Ronald Dworkin nel contesto della sua analisi critica della teoria dell'obbligo di Hart. Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 126-140. Si vedano le repliche di Hart in H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Second Edition), cit., pp. 254-259.

⁷⁵ J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, cit.

⁷⁶ D. LEWIS, *Convention. A Philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford, 1969, in particolare pp. 36-82.

⁷⁷ J.L. COLEMAN *Negative and Positive Positivism*, cit., p. 43.

risolvere tali controversie in un certo modo, ad esempio ricorrendo a principi della moralità critica⁷⁸.

3.3. L'oggettività modesta ed i suoi limiti

Secondo l'oggettività modesta è effettivamente corretto ciò che sembra tale a coloro che si trovano nelle condizioni epistemiche ideali. Queste ultime possono essere definite, in prima approssimazione, come le migliori condizioni per raggiungere una conoscenza attendibile di qualcosa.

Da ciò segue che l'oggettività modesta ammette, a differenza dell'oggettività minimale, la possibilità di errori comprensivi. Tale possibilità, però, non è collegata, come nel caso dell'oggettività in senso forte, ad una qualche forma di realismo, ma all'incapacità di porsi dalla migliore prospettiva di osservazione. Per usare le parole di Coleman e Leiter: "...l'oggettività modesta non è oggettività nel senso di un mondo il cui carattere è indipendente dai nostri strumenti epistemiche per avere accesso ad esso; piuttosto, si tratta di un'oggettività che comporta la sostanziale (ma non totale) assenza di soggettività. E' un tentativo di astrarre dai vari tipi di soggettività che potrebbero frapporsi tra noi ed i vari oggetti nel mondo, oggetti a cui noi attribuiamo una certa indipendenza dalle nostre effettive inclinazioni soggettive. Non si tratta comunque di un tipo di oggettività [...] che richiede che si faccia astrazione da tutti gli aspetti dell'esperienza umana soggettiva"⁷⁹.

Coleman e Leiter precisano inoltre che essi non intendono necessariamente difendere l'oggettività modesta come concezione generale dell'oggettività, applicabile ad ogni settore della conoscenza, ma soltanto come quella concezione dell'oggettività che permette di spiegare nel modo più opportuno la pratica interpretativa in ambito giuridico. In altri termini, difendere una concezione modesta dell'oggettività nel caso dell'interpretazione del diritto non impedisce ad esempio di sostenere la concezione forte dell'oggettività in relazione agli oggetti fisici di media grandezza⁸⁰.

Le principali perplessità connesse con l'oggettività modesta riguardano la nozione di 'condizioni epistemiche ideali'. Coleman e Leiter precisano questa nozione ricorrendo ad un esempio che è interessante seguire nel dettaglio⁸¹. Essi prendono in considerazione la qualità del colore. Secondo l'oggettività modesta, qualcosa è, ad esempio, di colore rosso perché appare tale agli osservatori in condizioni epistemiche ideali. In questo caso specifico, le condizioni epistemiche ideali richiedono

⁷⁸ Su questo punto, si veda anche il paragrafo 2.2.

⁷⁹ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 266. Su questo modo di intendere l'oggettività si veda anche il paragrafo 1.

⁸⁰ J.L. COLEMAN, B. LEITER, ult. cit., p. 265. Coleman in un altro suo lavoro afferma invece che una concezione dell'oggettività deve necessariamente essere almeno in parte *trans-domain*: "vi sono certi concetti che io definisco "filosofici": tra questi, vero, reale, oggettività, conoscenza. Parte di quello che io voglio dire su concetti filosofici di questo tipo è che un'analisi appropriata di essi deve attraversare le molteplici pratiche in cui essi ricorrono". A partire da questa premessa, l'oggettività modesta viene presentata come una concezione alternativa rispetto all'oggettività in senso forte ed all'oggettività minimale. Cfr. J.L. COLEMAN, *Truth and Objectivity in Law*, cit., p. 66.

⁸¹ J.L. COLEMAN, B. LEITER, ult. cit., pp. 266-268.

che le osservazioni non siano fatte di notte, che la luce sia sufficientemente luminosa, che gli osservatori non siano daltonici e così via.

Su che basi possiamo affermare che, nel caso dei colori, le condizioni epistemiche ideali sono proprio queste e non altre? Secondo Coleman e Leiter, le condizioni epistemiche ideali sono determinate dal concetto di colore condiviso all'interno delle nostre pratiche linguistiche⁸². Più precisamente, per individuare le condizioni epistemiche ideali in questo caso specifico, bisogna "spacchettare" (*to unpack*) il nostro concetto di colore, il nostro concetto di come la proprietà del colore funziona nella nostra pratica linguistica. Di conseguenza, l'oggettività modesta presuppone che vi sia la possibilità di individuare una nozione sufficientemente non controversa della proprietà o del campo d'esperienza rilevante.

La stessa operazione che abbiamo visto esemplificata a proposito della proprietà dei colori può essere compiuta anche nel caso del diritto, a condizione che esista – cosa di cui Coleman e Leiter non dubitano – una nozione condivisa di diritto. In breve, un giudice per conseguire una conoscenza oggettiva dei fatti giuridici deve essere in grado di individuare tutte le fonti del diritto rilevanti, deve essere pienamente razionale (ad esempio, deve rispettare le regole della logica), deve essere esente da risentimento personale nei confronti dell'una o dell'altra parte in causa, deve essere in grado di soppesare gli interessi in conflitto, deve essere aperto culturalmente, in modo da poter compiere ragionamenti analogici avendo la capacità di distinguere tra differenze rilevanti ed irrilevanti.

Tale concezione dell'oggettività è per molti versi assimilabile a quella elaborata da Dworkin⁸³. Anche Dworkin, infatti, sembra andare alla ricerca, sia pure in modo non sempre lineare⁸⁴, di una

⁸² E' opportuno precisare che Coleman e Leiter non distinguono tra 'concetto' e 'nozione'. Più precisamente, essi intendono il primo termine come sinonimo del secondo. Per una certa tradizione filosofica, che può farsi risalire al Wittgenstein di *On Certainty*, tale distinzione riveste invece un'importanza cruciale. Il concetto è infatti considerato come il punto di partenza semantico minimale condiviso da coloro che intendono elaborare una nozione. Quest'ultima è invece l'esito del processo di attribuzione di un significato compiuto ad un determinato concetto. Sulla distinzione tra 'concetto' e 'nozione' si veda V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., pp. 30-38, 135-139; V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., pp. 9-35.

⁸³ Qui faccio riferimento alle riflessioni di Dworkin successive a *Taking Rights Seriously*.

⁸⁴ In particolare, Dworkin soprattutto nei suoi ultimi scritti ha sviluppato nei confronti dell'oggettività un atteggiamento che è stato definito "deflazionistico". In breve, egli sembra sostenere che non sia il caso di parlare di oggettività in relazione all'interpretazione, in quanto la correttezza o meno delle affermazioni in questo ambito di discorso dipende del tutto da argomenti interni alla pratica in questione e non anche da argomenti che in qualche modo sono da ricollegarsi ad una realtà esterna alla pratica. In altri termini, egli nel caso specifico delle pratiche interpretative considera 'oggettività' e 'verità' come *redundant words*. Dworkin si serve di questo argomento per criticare quella forma di scetticismo che egli definisce esterno o archimedeo. Ad esempio, lo scettico esterno sostiene che non si può affermare che l'enunciato 'la schiavitù è ingiusta' è vero dal momento che nell'universo non esiste qualcosa come l'ingiustizia della schiavitù. Secondo Dworkin, l'errore dello scetticismo esterno è quello di non comprendere che "il gioco che si sta giocando" non ha tra le sue regole quella della corrispondenza con la realtà; esso consiste piuttosto nel presentare i migliori argomenti possibili a sostegno delle proprie opinioni o credenze. Dunque, quando lo scetticismo esterno sostiene che le nostre convinzioni non sono "reali", afferma una cosa vera ma anche ovvia e di nessuna utilità. Queste osservazioni di Dworkin sono tuttavia difficilmente conciliabili con la sua critica del convenzionalismo (cfr. par. 3.2.) e con la sua tesi dell'unica risposta giusta. Cfr. R. DWORKIN, *My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More*, in W.J.T. MITCHELL (ed. by), *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1983; R. DWORKIN, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, "Philosophy & Public Affairs", 25, 1996; J.L. COLEMAN, *Truth and Objectivity in Law*, cit., in particolare pp. 48-61; N. STAVROPOULOS, *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, in particolare pp. 160-162.

concezione dell'oggettività che si ponga a metà strada tra l'oggettività in senso forte ed il convenzionalismo. In breve, egli sostiene che per ogni caso giudiziale esiste una risposta giusta. Tale risposta coincide con quella raggiunta dal suo giudice mitologico *Hercules*, dotato "di capacità, cultura, pazienza e ingegno sovrumani"⁸⁵. In altri termini, la risposta giusta è quella offerta dal giudice che si trova nelle condizioni epistemiche ideali: "di conseguenza, il tipo di oggettività implicato dalla tesi della risposta giusta non è indipendente dall'accesso epistemico ai fatti giuridici"⁸⁶. In conclusione, ciò che accomuna le riflessioni di Dworkin sull'oggettività a quelle di Coleman e Leiter è soprattutto il tentativo di delineare una concezione dell'oggettività dell'interpretazione del diritto che pur non essendo del tutto indipendente dalle pratiche interpretative e, più in generale, linguistiche, condivise da giudici, giuristi, operatori giuridici e semplici cittadini, tuttavia non si riduca a mero convenzionalismo.

L'obiezione principale che può essere mossa a questa concezione dell'oggettività – qui mi riferisco in particolare alla versione proposta da Coleman e Leiter – è proprio che essa non riesce a sfuggire alla dicotomia tra oggettività in senso forte e convenzionalismo.

Come abbiamo visto, Coleman e Leiter fanno dipendere la possibilità di predicare l'oggettività dei fatti giuridici dalla possibilità di individuare una nozione condivisa di diritto. In altri termini, essi non fanno altro che spostare il problema dell'oggettività dai fatti giuridici in quanto tali alla nozione generale di diritto. Anche in questo caso, tuttavia, a me sembra che le opzioni rimangano due: o la nozione di diritto ha natura convenzionale, ed allora l'oggettività modesta si riduce ad una forma di convenzionalismo, ovvero essa ha natura trascendente, ed allora l'oggettività modesta non è che una versione di platonismo⁸⁷.

La replica di Coleman e Leiter a questa obiezione non è convincente.

In primo luogo, essi affermano che: "c'è differenza [...] tra dire che la natura di X è determinata dalle credenze della comunità in relazione ad X (convenzionalismo o oggettività minimale) e dire che la natura di X è determinata dalle credenze di persone che si trovano nelle condizioni epistemiche *appropriate* o *ideali*. Anche nel caso in cui ciò che vale come un'idealizzazione dipende dalla nostra pratica "convenzionale" [...], il modo di intendere l'oggettività sarà ovviamente differente"⁸⁸.

In secondo luogo, Coleman e Leiter ritengono che il fatto che determinati concetti (o, meglio, nozioni) siano parte integrante di una pratica convenzionale non significa che tali concetti siano a

⁸⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 203. Così anche K. GREENAWALT, *Law and Objectivity*, cit., pp. 208-212.

⁸⁶ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 275. A questo proposito si può notare che in *Law's Empire* Dworkin non usa più l'espressione *one right answer*, ma preferisce parlare di: "[...] modo corretto [...] di decidere un caso difficile". [R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., p. 382. Ho ripreso questa osservazione filologica da B. BIX, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 107]. Per un'analisi più approfondita della concezione dell'oggettività di Dworkin si veda A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, cit., pp. 228-244 ed anche V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., pp. 167-181.

⁸⁷ Ancora una volta, non intendo sostenere necessariamente che non sia possibile sfuggire in assoluto la dicotomia tra oggettività in senso forte ed oggettività minimale. Più modestamente, ritengo che l'analisi di Coleman e Leiter non permetta di raggiungere questo risultato.

⁸⁸ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, cit., p. 270. Corsivi degli autori.

loro volta convenzionali: “le pratiche possono essere convenzionali, ma pratiche convenzionali possono coinvolgere concetti che trascendono la pratica o hanno natura non convenzionale”⁸⁹.

Infine, visto che per individuare le condizioni epistemiche ideali bisogna “spacchettare” la nozione di riferimento (ad esempio, la nozione di colore o di diritto), si può dire, sempre secondo Coleman e Leiter, che tali condizioni non sono determinate attraverso una convenzione; piuttosto, esse sono presupposte da una nozione convenzionale.

Il primo e l’ultimo argomento consentono di affermare, al massimo, che tra oggettività minimale ed oggettività modesta vi è una differenza di grado, non certo qualitativa. In questo caso, quindi, l’oggettività modesta non sarebbe che una versione sofisticata di convenzionalismo. Il secondo argomento, invece, assottiglia pericolosamente la distanza tra oggettività modesta ed oggettività in senso forte.

Per concludere, è opportuno accennare a tre ulteriori obiezioni che possono essere mosse all’oggettività modesta.

La prima riguarda l’affermazione di Coleman e Leiter secondo cui è possibile individuare una nozione condivisa di diritto. In realtà, ciò non è affatto scontato. Molti autori hanno sottolineato come la nozione di diritto sia essenzialmente controversa⁹⁰. Hart, per citarne uno fra i più illustri, nota ad esempio come rispondere alla domanda “che cos’è il diritto?” è assai più complicato di quanto non possa essere rispondere alla domanda “che cos’è la chimica?” o “che cos’è la medicina?”⁹¹. Ma, se la nozione di diritto è controversa, allora viene a cadere uno dei presupposti basilari perché si possa parlare di oggettività modesta a proposito del diritto.

La seconda obiezione è collegata al problema della relazione tra diritto e morale. Coleman e Leiter sono disposti a concedere che, non essendovi una nozione condivisa di ‘morale’, il discorso morale possa essere soggettivo⁹². Ciò tuttavia non impedisce di predicare, sempre secondo Coleman e Leiter, l’oggettività (modesta) del diritto, a condizione di negare che tra diritto e morale vi sia una connessione necessaria. In realtà, se la *separability thesis* e la *social thesis* vengono intese in una accezione debole⁹³, allora non è affatto scontato che la soggettività del discorso morale non abbia delle ricadute significative, di natura concettuale e non contingente, anche sul diritto. Coleman e Leiter avrebbero quindi dovuto quantomeno spiegare in che modo è possibile conciliare il *soft positivism* con l’oggettività modesta.

L’ultima obiezione (ma non certo per importanza) riguarda l’esplicita affermazione di Coleman e Leiter secondo cui è possibile predicare l’oggettività dei fatti giuridici solo quando il diritto è pienamente determinato e, cioè, nei casi facili⁹⁴. Se questo è vero, allora la loro concezione dell’oggettività è – per ciò stesso e a prescindere dagli ulteriori limiti messi in evidenza – davvero

⁸⁹ J.L. COLEMAN, B. LEITER, *ibidem*.

⁹⁰ Cfr., ad esempio, V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 12.

⁹¹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 3.

⁹² A differenza di Coleman e Leiter, Dworkin ritiene che la sua concezione dell’oggettività sia applicabile anche al discorso morale. Cfr. R. DWORKIN, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, cit.

⁹³ Si veda il paragrafo 2.2.

⁹⁴ Si veda il paragrafo 3.

poco interessante. Anche se non si vuole rinunciare alla (problematica) distinzione tra casi facili e casi difficili, infatti, è arduo negare che i casi facili sono marginali⁹⁵; dunque, una teoria dell'oggettività giuridica che è circoscritta a questi ultimi riconosce che nella maggior parte dei casi l'interpretazione del diritto è soggettiva. Non credo proprio che questo sia il modo migliore per replicare allo scetticismo normativo.

4. Conclusioni

Le mie conclusioni, queste sì, sono davvero modeste. In questo saggio non ho difeso alcuna particolare concezione dell'oggettività giuridica né, tantomeno, dell'oggettività in generale. Ho invece cercato di mettere in luce come le riflessioni sull'oggettività in ambito giuridico non possano prescindere, pena la loro irrilevanza, da riflessioni di più ampio respiro, anche di natura ideologica e politica. Ho inoltre individuato, eleggendo come caso paradigmatico la *modest objectivity* di Coleman e Leiter, alcune difficoltà che possono essere sollevate nei confronti delle concezioni dell'oggettività giuridica che si propongono di tracciare una via intermedia tra oggettività in senso forte ed oggettività in senso debole. Pur non avendo avanzato alcuna proposta, in positivo, per superare tali difficoltà, non ho sostenuto che esse sono assolutamente insuperabili. In ogni caso, la consapevolezza delle difficoltà è un presupposto imprescindibile in vista del loro – probabilmente auspicabile – superamento.

⁹⁵ R. GUASTINI, *Due esercizi di non-cognitivismo*, cit.