



Università degli Studi Roma Tre Dipartimento di Giurisprudenza

#### Nella stessa Collana

- 1. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 2. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 3. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 4. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi) (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 5. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (V). La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 6. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 7. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 8. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 9. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 10. P. CALAMANDREI, Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) (a cura di M. Cappelletti), 2019
- 11. L. CAIANI, La filosofia dei giuristi italiani (a cura di G. Pino), 2021
- 12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
- 13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile* (Introduzione di A. Proto Pisani e premessa di A. Carratta), 2023

Università degli Studi Roma Tre Dipartimento di Giurisprudenza

#### **GIOVANNI TARELLO**

# IL REALISMO GIURIDICO AMERICANO

Presentazione di
PIERLUIGI CHIASSONI

#### **VIX**

COLLANA

LA MEMORIA DEL DIRITTO



Direttori della Collana La Memoria del Diritto Luca Loschiavo, Università di Teramo Giorgio Pino, Università Roma Tre Vincenzo Zeno-Zencovich, Università Roma Tre

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro Roma TrE-Press

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati: Brandon Grotesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio) Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

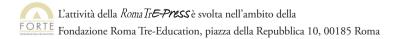
Roma, luglio 2023

ISBN: 979-12-5977-213-8

http://romatrepress.uniroma3.it

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1962 dalla Casa Editrice A. Giuffrè, che si ringrazia per l'autorizzazione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



#### Collana "La Memoria del Diritto"

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana "La Memoria del Diritto" intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle "*Opere Giuridiche*" di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati "scaricati" decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice 'riedizione', ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente*, *sempre* e *ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l'accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest'ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

Luca Loschiavo Giorgio Pino Vincenzo Zeno-Zencovich

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO
DELL'UNIVERSITA DI ROMA

DIRETTE DA WIDAR CESARINI SFORZA

XVIII

#### GIOVANNI TARELLO

## REALISMO GIURIDICO AMERICANO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1962

#### Indice

Presentazione di Pierluigi Chiassoni Il realismo americano secondo un «modesto avvocato genovese»	XI			
Abbreviazioni dei titoli dei periodici	XLV			
Capitolo I				
ORIGINE E CARATTERI DEL REALISMO GIURIDICO AMERICANO				
1. Della locuzione «realismo giuridico» e del «realismo giuridico americano»				
in quanto denominazione di una corrente di pensiero	1			
2. Alcune condizioni ambientali rilevanti nella genesi del realismo giuridico	10			
3. Alcune condizioni culturali rilevanti nella genesi del movimento realista	26			
4. Caratteri del realismo giuridico	54			
Capitolo II				
LA CRITICA DEI CONCETTI SISTEMATICI E DELL'IDEALE DEL «SISTEMA»				
1. I concetti sistematici	69			
2. La critica del «diritto» in quanto concetto	73			
3. Il problema del sovrano. Max Radin ed il «sovrano intermittente»				
4. La costituzione come «istituzione»	98			
5. La critica del sistema giuridico e la funzione delle connessioni sistematiche	104			
6. Il realismo giuridico e la critica del sistema	112			
Capitolo III				
LA CRITICA DEI CONCETTI DOGMATICI				
E DEL CONCETTUALISMO GIURIDICO				
1. La qualificazione giuridica, i concetti dogmatici e l'anticoncettualismo dei realisti	117			
2. L'analisi realistica dei concetti giuridici				
3. Dall'analisi alle proposte circa i criteri per la formulazione e l'impiego dei concetti	144			

### Capitolo IV LA CRITICA DELL'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

1. In che senso può dirsi che i realisti svilupparono una critica dell'argomentazione giuridica. Critica dell'argomentazione e critica della concezione sillogistica	
del giudizio	151
2. La critica del processo di ritrovamento della norma regolatrice di un caso:	
a) la scelta del precedente; b) l'estrazione di una «regola» da una decisione	162
3. La critica dei processi di individuazione delle norme generali. Il problema	
dell' «interpretazione » nel pensiero dei realisti	173
4. Il problema del fatto, l'accertamento storico ed il fact skepticism	189
5. L'aspetto distruttivo e l'aspetto costruttivo della critica realistica dell'argomentazione	e
Tentativi di «razionalizzazione» e ricerca di «uniformità». Compiti della scienza	199
Capitolo V	
CONSIDERAZIONI FINALI	
1. La critica della concezione «tradizionale» dell'argomentazione giuridica, la critica dei concetti dogmatici e la posizione dei realisti nei confronti	
della logica formale	221
2. Osservazioni sulla polemica antirealistica e sul significato storico del realismo	
giuridico americano	229
Indice dei nomi	249

#### Presentazione

#### Il realismo americano secondo un «modesto avvocato genovese»

#### Pierluigi Chiassoni

«Lawyers in practice are likely to be realists in what they do and conceptualists in what they say» Max Radin

#### 1. Un'operazione di politica della cultura

I libri si scrivono per ragioni talora inconfessabili (*L'écriture: ce vice impuni!*). Quelle che spinsero il giovane Giovanni Tarello a scrivere *Il realismo giuridico americano*, tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta del XX secolo, appartengono alla politica della cultura<sup>1</sup>.

Sono le ragioni della "buona" cultura, che rivendica le sue idee e i suoi ideali contro la "cattiva" cultura. La cattiva cultura, nella prospettiva di Tarello, era la cultura giuridica dominante nell'Italia del dopoguerra e dell'incipiente sviluppo economico. Questa si caratterizzava per la congiunzione (oserei dire) innaturale di due posizioni giusfilosofiche.

Da un lato, il «vieto formalismo giuridico». Una combinazione di idee ereditate dal "positivismo" (ideologico) franco-tedesco del secolo XIX, che soleva recitare la giaculatoria del diritto (come) insieme di norme intrinsecamente sistematico, coerente e completo; della giurisdizione (come) attività tecnica e politicamente neutrale; della scienza giuridica (come) giardiniera esperta e coscienziosa, dedita unicamente al compito, strettamente tecnico-conoscitivo, di dotare della migliore forma espressiva e sistematica i concetti oggettivi del diritto invisibile, agevolando lo sviluppo della loro intima forza normativa, e traendo da essi tutte le logiche Dall'altro, l'idealismo. Un fuoco fatuo che intonava il peana della riduzione del diritto a (innumerevoli) atti (economici) di volizione concreta. Negava,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La "politica della cultura" non deve essere confusa, come è noto, con la "politica culturale". La prima è strumento di "alta politica"; la seconda è strumento della "politica politicante", propagandistica, menzognera, mistificatoria (cfr. N. Bobbio, *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1955).

di conseguenza, l'esistenza di "norme astratte", favorendo un approccio irrazionalistico al diritto e alla sua conoscenza<sup>2</sup>.

La cospirazione del formalismo giuridico con l'idealismo filosofico applicato al diritto aveva prodotto una vittima illustre. La vittima era niente meno che la verità: la descrizione empiricamente accurata, non ideologicamente compromessa, e utile alla prassi, del diritto, dell'applicazione giudiziale delle leggi e delle operazioni della cosiddetta "scienza giuridica".

Stando così le cose, per gli anticonformisti, per coloro che nell'Italia postbellica e ricostruente avevano deciso di porsi come sostenitori della verità empirica (e di un approccio filosofico non "sintetico" ma "analitico"<sup>3</sup>), era necessario dissolvere un legame dannoso che condannava gli operatori del diritto (giuristi, giudici, funzionari, avvocati) a vivere in un mondo di ombre, di errori, di mistificazioni opportunistiche. Occorreva debellare il formalismo e sospingere l'idealismo nel recinto, favoloso e lontano, delle "filosofie del diritto dei filosofi" <sup>4</sup>. Occorreva aprire porte e finestre, e fare entrare (finalmente!) una folata d'aria fresca<sup>5</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Tarello accenna all'influenza dell'idealismo, ad esempio, in G. Tarello, *Sul problema della crisi del diritto*, Torino, Giappichelli, 1957, pp. 87-88, e in Id., *Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua*, cit., pp. 390-393. Sull'atteggiamento di Tarello rispetto alla filosofia idealistica, cfr. N. Bobbio, *L'opera scientifica di Giovanni Tarello*, in S. Castignone (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 95-100. Per una critica esemplare, e radicale, dell'idealismo applicato al diritto, cfr. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, 1940, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 66-70. Vale la pena citarne un passo: «A forza di sentir dire che il diritto si riduce all'economia, c'è il caso che l'inesperto e il dilettante [...] di filosofia si metta a proclamare che il diritto consiste unicamente nel far tutti quanti il comodo proprio; a forza di sentir dire dai filosofi che le leggi sono "irreali" e che ciò che vale è solo il "concreto atto volitivo", c'è il pericolo che il laico si metta a praticare individualmente la violenza senza curarsi dei codici, convinto di aver bene imparato la lezione e di porre in essere così, colla forma del suo pugno, quel concreto atto volitivo nel quale solo, secondo i filosofi, il diritto si concreta e vive» (p. 69).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, parte I. <sup>4</sup> L'espressione è di Norberto Bobbio (N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 43-46).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Un passo opportuno in questa direzione, come sappiamo, era sembrato a Norberto Bobbio e a Uberto Scarpelli, come sodali del Centro di Studi Metodologici di Torino, verso la fine degli anni Quaranta, quello di importare la filosofia analitica nella cultura giuridica, nella variante del positivismo logico prima e, più tardi, in quella del linguaggio ordinario. Cfr. U. Scarpelli, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1948), in U. Scarpelli, P. Di Lucia (eds.), *Il linguaggio nel diritto*, Milano, LED, 1994, pp. 87-93; N. Bobbio, Scienza del diritto e analisi del linguaggio (1950), in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 287-324. La raccolta contiene un importante

Un modo promettente di conseguire questi risultati sembrava essere quello di incoraggiare la circolazione degli scritti dei realisti americani e scandinavi. Nella letteratura giuridico-filosofica italiana, gli studi dedicati a questi movimenti erano pochi se non del tutto assenti<sup>6</sup>. Vi era quindi lo spazio, e una pressante esigenza culturale, per un'opera che avesse la pretesa di offrire una presentazione esaustiva, approfondita e filosoficamente avvertita del realismo giuridico americano<sup>7</sup>. Tarello si incaricò di scriverla.

#### 2. L'avvocato genovese

Per mantenere la necessaria distanza critica rispetto agli oggetti della sua riflessione – per esempio, quando si trattava delle relazioni tenute da autorevolissimi colleghi in occasione di congressi o seminari – Tarello riteneva utile calarsi nei panni di un «modesto avvocato genovese»<sup>8</sup>.

L'avvocato genovese è l'operatore giuridico con i piedi ben piantati per terra. È il giurista curioso e impertinente il quale, di fronte alle costruzioni e alle teorie astratte (e non di rado oscure) dei giuristi accademici e dei

saggio introduttivo di U. Scarpelli, *La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, pp. 7-35.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> A mia conoscenza, esisteva soltanto un'introduzione al pensiero di autori che si suole considerare precursori o compagni di strada del realismo (G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo,* Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1958) e un lungo saggio di Alessandro Giuliani (A. Giuliani, *Dal "positivismo benthamiano" al realismo giuridico*, in F. Rossi Landi (a cura di), *Il pensiero americano contemporaneo*, vol. I, Milano, Comunità, 1958, pp. 117-159). Del "realismo americano" non v'è, ad esempio, alcuna traccia nelle compendiose *Lezioni di filosofia del diritto* di Giorgio Del Vecchio (8a ed. riveduta e accresciuta, Milano, Giuffrè, 1952); nemmeno vi si parla di "realismo scandinavo", ancorché i principali autori siano menzionati nelle pagine dedicate alla filosofia del diritto in Svezia (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona: pp. 181-182) e in Danimarca (Alf Ross: pp. 180-181).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Il realismo scandinavo era indagato, negli stessi anni, da Silvana Castignone. Gli esiti delle sue ricerche confluiranno poi in S. Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, Comunità, 1974. Sul punto, cfr. M. Bessone (a cura di), *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, cit., p. 63;

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> «L'ultima volta che l'avevo incontrato in un convegno torinese sull'utilitarismo, un convegno promosso da filosofi, egli ad un certo punto aveva chiesto la parola e si era presentato come se fosse uno sconosciuto ed aveva cominciato il suo discorso dicendo "chi vi parla è un modesto avvocato genovese"» (N. Bobbio, L'opera scientifica di Giovanni Tarello, cit., p. 97); P. Chiassoni, Giovanni Tarello: un "avvocato genovese" sopra un cavallo da battaglia, impetuoso e fiero, in "La Casana", 2004, pp. 21-27.

giusfilosofi, si domanda se tali elaborazioni, dietro le apparenze talora imponenti, abbiano davvero un senso: se abbiano realmente una qualche *utilità*, sia per la conoscenza del diritto, sia in vista di razionali operazioni pratiche.

Orbene, è proprio vestendo i panni dell'avvocato genovese, del giurista pratico avido di conoscenze (solide), scanzonato e dissacratore, che Tarello, assumendo una posizione dichiaratamente simpatetica, si propone di «determinare», nel modo più «accurato» possibile, «il significato storico e teorico del movimento realista americano»<sup>9</sup>.

#### 3. Le tesi caratterizzanti del realismo americano e la struttura dell'investigazione tarelliana

Nella sua celebre *Risposta al Preside Pound*, Karl N. Llewellyn identifica i nove «punti di partenza comuni» che, a suo avviso, caratterizzavano l'approccio al diritto adottato dai (cosiddetti) "realisti"<sup>10</sup>. I punti – nella ricostruzione di Tarello – sono questi:

- (1) l'idea che il diritto sia in uno stato di *costante mutamento* (*Law is in flux*), e ciò anche come conseguenza della continua creazione di diritto da parte dei giudici (perché sì, i giudici *creano* diritto) (*dinamismo giuridico*);
- (2) l'idea che il diritto non sia un fine in sé (come molti erano soliti pensare), bensì un mezzo, uno strumento per realizzare scopi socialmente meritevoli («fini sociali»), e che quindi ogni «parte» del diritto debba essere «esaminata in termini di obiettivi» perseguiti e di «effetti» conseguiti, e debba essere «valutata alla luce di entrambi» (strumentalismo);
- (3) l'idea che le società cambino più rapidamente del diritto (*dinamismo sociale*);
- (4) l'idea secondo cui, se si vuole acquisire la conoscenza necessaria a progettare politiche del diritto razionali, è necessario mettere da parte (ancorché momentaneamente) ogni considerazione morale su come il diritto dovrebbe essere, impegnandosi in indagini rigorosamente

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 67.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> K.N. Llewellyn, *Some Realism about Realism. Responding to Dean Pound* (1931), in K.N. Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago & London, University of Chicago Press, 1962, pp. 42-76, alle pp. 55-57.

descrittive di come il diritto è nella pratica quotidiana degli operatori giuridici, e ciò in contrapposizione alle indagini pseudo-empiriche degli austiniani, che concepivano la conoscenza del diritto come circoscritta al piano, illusorio, delle regole dettate dal "sovrano" (separazione epistemologica tra diritto e morale);

(5) l'atteggiamento di diffidenza rispetto all'idea che i «concetti e [...] le regole», così come tradizionalmente formulati, siano utili a *descrivere* «ciò che i tribunali e le persone in generale fanno realmente», e la proposta di distinguere le «regole *per l'*azione (precetti)», cioè le regole così come intese dai normativisti austiniani, dalle «regole *dell'*azione (pratiche)», le quali ultime soltanto rendono possibile formulare «previsioni generalizzate su ciò che faranno i tribunali» (*scetticismo rispetto alle regole e ai concetti e concezione predittiva della conoscenza giuridica*);

(6) l'idea che «le regole precettive nelle loro formulazioni tradizionali» non siano «l'elemento determinante nella pronuncia delle decisioni giudiziali» e che, pertanto, la motivazione delle sentenze abbia un valore di razionalizzazione a posteriori (scetticismo rispetto alle regole);

(7) l'idea che l'apparato concettuale tradizionale sia costituito da concetti indeterminati e troppo ampi per fornire strumenti adeguati a precise operazioni di politica giuridica (*critica dei concetti tradizionali*);

(8) l'idea, legata alla concezione strumentale del diritto (*supra*, punto (2)), secondo cui è necessario individuare gli effetti di ogni «parte» del diritto e valutarla in relazione ad essi (*orientamento agli effetti*);

(9) l'idea, infine, secondo cui ogni problema giuridico deve essere analizzato adottando le posizioni e utilizzando le nozioni e le distinzioni evidenziate nei punti precedenti (*metodo realistico*)<sup>11</sup>.

I nove punti si riferiscono ad aspetti del realismo americano che nessuna opera "ben costruita" che vi si dedichi può permettersi di trascurare. E Tarello, nel suo libro, li considera tutti in modo puntuale. Tuttavia, da avvocato genovese cresciuto in una delle culle della cultura giuridica romanistica e continentale, Tarello non si avvicina al suo oggetto di indagine come un osservatore ignavo, sprovvisto di un proprio robusto «punto di vista critico»<sup>12</sup>. Adotta, al contrario, un approccio in cui utilizza (e affina) una distinzione tipica della cultura civilistica, ma estranea a quella dei realisti americani e dei giuristi *di common law* in genere, trovandola

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 61-63.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Cfr. G. Tarello, *Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche*, in "Rivista critica di storia della filosofia", 1970, p. 112.

illuminante in relazione ai bersagli della critica realista al pensiero giuridico anglo-americano tradizionale. Si tratta della distinzione tra due tipi di concetti giuridici: i concetti "dogmatici" e i concetti "sistematici". I primi servono a qualificare giuridicamente i fatti, in vista della determinazione delle loro conseguenze normative ("contratto", "testamento", "furto", "appropriazione indebita", "azione", "eccesso di potere", "causa (di un contratto)", ecc.). I secondi si rivelano utili, invece, nelle operazioni di presentazione e classificazione dei precetti giuridici come entità che formano insiemi unitari e ordinati ("diritto (in senso oggettivo)", "ordinamento giuridico", "sistema giuridico", "sovrano", "legge", ecc.)<sup>13</sup>.

Utilizzando questa distinzione, e al fine, come abbiamo visto, di «determinare» il «significato storico e teorico» del realismo americano, Tarello struttura la sua ricerca in tre parti.

La prima parte coincide sostanzialmente con il primo capitolo del libro ("Origine e caratteri del realismo giuridico americano"). In essa, dopo un'attenta ricostruzione del contesto linguistico, istituzionale e culturale in cui emerse il movimento realista, Tarello individua l'insieme delle tesi che lo caratterizzano, essendo condivise dagli undici giuristi che, alla luce dei loro scritti degli anni 1925-1940 (con l'eccezione di Joseph Bingham, i cui saggi appaiono prima, tra il 1912 e il 1914), possono a suo avviso essere fondatamente considerati "realisti" 14.

Queste tesi, come le lettrici e i lettori avranno modo di constatare, sono di quattro tipi diversi: tesi etico-normative; tesi di epistemologia giuridica prescrittiva; tesi di teoria giuridica descrittiva; tesi di metagiurisprudenza prescrittiva.

Le *tesi etico-normative* si caratterizzano per l'adozione di un'etica utilitaristica e per un orientamento di politica del diritto che aderisce al riformismo welfarista del *New Deal* rooseveltiano, rifiutando la filosofia del *laissez-faire*<sup>15</sup>.

Le tesi di epistemologia giuridica prescrittiva formano un insieme variegato che getta una luce eloquente sullo "spirito" e sul "metodo" scientifico dei realisti americani. Compaiono tra queste alcune che meritano d'essere richiamate:

(1) il divisionismo, la convinzione della rilevanza conoscitiva della

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 69-73.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 6-10. Gli undici giuristi sono, oltre a J. Bingham, T. Arnold, F. S. Cohen, W. W. W. Cook, W. O. Douglas, J. Frank, L. Green, K. N. Llewellyn, H. Oliphant, M. Radin, e H. Yntema.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 54-56, 239-241, 244-247.

- distinzione tra "essere" e "dovere", tra ciò che è e ciò che deve essere, tra descrivere e prescrivere (ciò che, nell'elenco dei "punti comuni" stilato da Llewellyn, ho chiamato tesi della separazione epistemologica tra essere e dovere);
- (2) l'*empirismo*, l'idea che l'unica forma di conoscenza autenticamente scientifica del diritto sia la conoscenza fondata sui dati desumibili dall'osservazione di settori dell'esperienza giuridica;
- (3) il *comportamentismo*, che suggerisce di identificare nelle pratiche giuridiche nell'insieme dei comportamenti interattivi dei giudici, dei funzionari, degli avvocati, e delle persone comuni l'oggetto privilegiato delle investigazioni sul diritto;
- (4) il *predittivismo*, l'idea che tra i compiti di una scienza giuridica degna di tale nome vi sia quello di formulare previsioni il più possibile accurate circa le decisioni che saranno prese dai giudici e dai funzionari, lungo il "sentiero" aperto da Oliver Wendell Holmes Jr. nel suo influente scritto del 1897<sup>16</sup>;
- (5) la *rilevanza epistemica della giurisprudenza*, l'idea dell'importanza, per la conoscenza scientifica del diritto, di elaborare una teoria del diritto giudiziario (il *judge-made law* benthamiano) che chiarisca in modo esaustivo il come e il perché della creazione giudiziale di diritto;
- (6) l'idea secondo cui una ricerca scientifica sul diritto giudiziario, se vuole essere proficua, deve avvalersi della distinzione tra la "forma" e la "sostanza" delle decisioni giudiziarie: deve prendere in considerazione l'ipotesi che le regole formulate nelle motivazioni delle sentenze possano essere "apparenti", delle "regole di carta", delle fuorvianti formulazioni linguistiche, e dunque possano non coincidere con le regole "reali", effettivamente applicate per risolvere una controversia;
- (7) il *pragmatismo concettuale*, l'idea che non vi siano concetti giuridici intrinsecamente "veri" (o "falsi"), i concetti giuridici non essendo altro se non *strumenti* forgiati dagli operatori del diritto in relazione alle loro esigenze pratiche o teoriche, il cui valore dipende pertanto dalla loro adeguatezza (o inadeguatezza) rispetto ai fini di volta in volta perseguiti<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda le tesi di teoria giuridica descrittiva, occorre distinguere una pars destruens e una pars construens. La pars destruens attiene alla confutazione del pensiero giuridico tradizionale ("formalismo"). I

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law* (1897), in J. L. Marke (a cura di), *The Holmes Reader*, New York, Oceana, 1955, pp. 59-85.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 56-60.

suoi bersagli sono la concezione tradizionale dei concetti sistematici, dei concetti dogmatici, della scienza giuridica, dell'argomentazione giuridica, e della giurisdizione. La pars construens si propone di offrire descrizioni empiricamente fondate delle caratteristiche salienti dell'esperienza giuridica. Appartiene a questa linea teorica, in particolare, la spiegazione del fenomeno della creazione giudiziale di diritto come effetto di due ordini di fattori. Da un lato, l'indeterminatezza delle norme giuridiche nelle loro formulazioni precostituite al giudizio; la quale indeterminatezza, sottolinea Tarello, sarebbe a sua volta l'effetto dell'indeterminatezza dei concetti dogmatici utilizzati nel formularle, nonché del carattere pseudoconoscitivo e non determinante dell'argomentazione giuridica. Dall'altro, la discrezionalità dei giudici di merito rispetto alla risoluzione della quaestio facti, che rende imprevedibile il c.d. "accertamento" dei fatti rilevanti delle controversie, fattore su cui insiste lo scetticismo rispetto ai fatti (fact-skepticism)<sup>18</sup>.

Le tesi di metagiurisprudenza prescrittiva, infine, disegnano un modello di scienza giuridica realistica. Il modello affida tre compiti allo studio dottrinale del diritto:

- (1) descrivere e offrire una spiegazione causale della realtà effettiva del diritto, dando conto delle operazioni tipicamente compiute dai giudici, dai funzionari amministrativi con competenze giuridiche, dai giuristi e dagli avvocati;
- (2) formulare previsioni il più possibile accurate circa le decisioni dei funzionari (e, in particolare, dei giudici);
- (3) formulare proposte *de iure condito* e *de iure condendo*, rivolte ai funzionari e ai legislatori, in merito ai mezzi (norme e concetti) più appropriati per raggiungere determinati obiettivi di politica del diritto<sup>19</sup>.

La seconda parte della ricerca tarelliana comprende i capitoli centrali del libro (il secondo, il terzo e il quarto). Qui Tarello approfondisce l'esposizione della critica dei realisti al pensiero giuridico tradizionale: la critica della concezione sistematica del diritto e dei concetti sistematici ("La critica dei concetti sistematici e dell'ideale del «sistema»"); la critica della concezione essenzialistica dei concetti dogmatici ("La critica dei concetti dogmatici e del concettualismo giuridico"); la critica della teoria tradizionale dell'interpretazione, dell'argomentazione e dell'applicazione del diritto; la critica della concezione tradizionale della scienza giuridica ("La critica dell'argomentazione giuridica").

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 56-60, 77 nota 11, 189-199.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 64-65, 151 ss, 199 ss.

Nella *terza* e ultima *parte*, che coincide con l'ultimo capitolo del libro ("Considerazioni finali"), riprendendo i risultati raggiunti nella seconda parte, Tarello delinea una caratterizzazione sintetica del realismo americano ed esamina alcune critiche, rigettandole. Mi soffermerò, di seguito, su alcuni aspetti della seconda e della terza parte.

#### 4. Tarello e la critica realistica dei concetti sistematici

Tarello considera quattro linee di critica realistica dei concetti sistematici: la critica relativa al concetto di "diritto", la critica relativa al concetto di "sovrano", la critica relativa al concetto di "costituzione" e, infine, la critica della tesi del carattere intrinsecamente sistematico del diritto<sup>20</sup>. Dirò qualcosa soltanto circa la critica realistica al concetto di diritto e al concetto di costituzione.

La critica realistica del "concetto di diritto" si caratterizza, secondo Tarello, per un atteggiamento (da lui stesso denominato) di «antidefinizionismo», ovverosia di «rifiuto di una definizione concettuale di "diritto"»<sup>21</sup>.

Schiere di filosofi del diritto hanno ritenuto, e ritengono tuttora, il loro compito principale essere quello di elaborare "una definizione" "del concetto" di diritto, dividendosi poi circa le modalità di elaborazione più appropriate. Vale la pena richiamare le due posizioni principali in proposito. Per alcuni (i giusnaturalisti e taluni tra coloro che qui e ora si professano "post-positivisti" o "non-positivisti" 22), il compito definitorio esige di scoprire il vero concetto di diritto, andando al di là dei mutevoli usi linguistici e delle mutevoli credenze e ideologie di volta in volta sottoscritte dagli esseri umani. Per altri, il compito definitorio deve consistere invece, più modestamente, nell'offrire una ricostruzione teorica del concetto di diritto che corrisponde alle istituzioni giuridiche che conosciamo e, in particolare, a quelle più evolute e mature<sup>23</sup>. Una ricostruzione che non

 $<sup>^{20}</sup>$  G. Tarello,  $\it Il\ realismo\ giuridico\ americano\ ,$  cit., cap. II.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 78.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Cfr., p.e., R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, Parte I.
<sup>23</sup> Cfr., p.e., J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, New York, The Noonday Press, 1954; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Vale la pena ricordare la recisa presa di distanza di Uberto Scarpelli: «La discussione della definizione del concetto di diritto, svolta in questo lavoro, ha per scopo principale il mostrare che non esistono *la* definizione e *il* concetto di diritto, ma esiste la possibilità di

deve necessariamente assumere la forma di una vera e propria definizione elevata a criterio di appropriatezza terminologica<sup>24</sup>.

Orbene, Tarello pone in evidenza che i realisti americani *rifiutano* il compito definitorio, considerandolo, al tempo stesso, impossibile e dannoso.

Impossibile, perché – come già affermava John Austin nelle sue riflessioni metodologiche – nello spazio circoscritto della definizione di un concetto non si può rendere adeguatamente conto di tutte le diverse proprietà e dimensioni del fenomeno sociale che chiamiamo "diritto".

Dannoso, per gli effetti negativi, teorici e pratici, che un qualsivoglia cosiddetto "concetto di diritto" è suscettibile di produrre.

Da un punto di vista teorico, qualsiasi concetto di diritto, essendo inevitabilmente limitato all'insieme delle proprietà del fenomeno giuridico (che il teorico che lo propone considera di volta in volta le) "più rilevanti", ha tipicamente l'effetto di restringere l'ambito della ricerca sul diritto, mettendo in ombra altri oggetti che pure meriterebbero di essere indagati. Ciò suggerisce che la ricerca "del" concetto di diritto (sia pure con ambizioni limitate) è, per la conoscenza del diritto, una dannosa perdita di tempo. Che tutto ciò di cui i giuristi e i filosofi del diritto hanno bisogno per intraprendere le loro ricerche sul diritto, e per condurle a termine con profitto, è la nozione comune e usuale di "diritto". Che le investigazioni giuridiche davvero utili vertono non già sul "concetto di diritto", ma piuttosto su aspetti specifici dell'esperienza giuridica. Per esempio, sull'applicazione giudiziale del diritto. In relazione alla quale, seguendo Frank, si tratterebbe di indagare: (a) cosa fanno effettivamente i tribunali; (b) quali sono le credenze diffuse nella società su cosa fanno effettivamente i tribunali; (c) se ciò che fanno effettivamente i tribunali corrisponda, o no, a tali credenze; (d) se ciò che fanno effettivamente i tribunali dovrebbe corrispondere, o no, a tali credenze<sup>25</sup>.

Quanto agli effetti pratici, ogni concetto di diritto ha la fatale tendenza a svolgere la funzione di parametro normativo. Ad assumere il carattere di "corretto" concetto di diritto all'interno di operazioni di politica giuridica spesso occultate sotto la pretesa di essere semplici sviluppi "logici" di un

varie definizioni di un concetto astratto e empirico di diritto. Il problema della definizione si pone o come problema dell'accertare l'uso del concetto da parte di qualcuno o di un certo gruppo sociale (definizione lessicale), o come problema di scelta della definizione più conveniente in ordine ai fini cui il concetto è per servire (definizione stipulativa)» (U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, Nuvoletti, 1955, p. 5).

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., capp. I e X.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 76 nota 12.

concetto "vero".

L'antidefinizionismo dei realisti assume pertanto la forma di una opposizione radicale, sia rispetto a qualsiasi tentativo di "definizione reale" del diritto, sia rispetto a qualsiasi tentativo di dotarsi di un concetto teorico di diritto, fatalmente dannoso per la conoscenza del diritto e suscettibile di usi normativi gabellati per scientifici<sup>26</sup>.

Giunti a questo punto, tuttavia, sorge un problema. Un lettore degli scritti dei realisti potrebbe obiettare che i realisti, contravvenendo al loro atteggiamento antidefinizionistico, offrono definizioni del concetto di diritto. Si pensi a Jerome Frank, per il quale «il diritto è [...] ciò che fanno i tribunali», o, ancora, a Karl Llewellyn, per il quale analogamente «il diritto è ciò che fanno i funzionari in relazione alle controversie»<sup>27</sup>. Autorevoli filosofi del diritto, inoltre, facendo leva su tali definizioni, hanno messo in discussione il realismo, accusandolo di offrire definizioni erronee. Se il diritto corrisponde soltanto a ciò che «i giudici e i funzionari fanno in relazione alle controversie», si deve concludere che, ad esempio, tutto il diritto non giustiziabile (ad esempio, gran parte del diritto costituzionale) non sia diritto. Ma questo è assurdo. Se il diritto corrisponde soltanto a ciò che i giudici e i funzionari fanno in relazione alle controversie, sulla base di *che cosa* agiscono coloro che agiscono come giudici e funzionari? L'esistenza e l'operare di giudici tribunali e organi amministrativi con poteri decisionali non presuppone forse l'esistenza (la necessaria esistenza) di diritto prima e in modo indipendente rispetto alle controversie giudiziarie o amministrative?

Tarello, occorre notare, è pienamente consapevole di questo modo di interpretare le parole dei realisti e delle critiche che se ne suole derivare. Tuttavia, respinge tale interpretazione come errata e le critiche come affrettate e infondate. Facendo opera d'interpretazione caritatevole, leggendo le "definizioni" dei realisti nel contesto degli altri loro scritti dello stesso periodo, Tarello sostiene che le presunte "definizioni" del concetto di diritto a opera dei realisti non fossero altro che enunciazioni di programmi di ricerca: non fossero altro che enunciati la cui funzione era quella di selezionare un proficuo campo di indagine (ciò che i funzionari pubblici di fatto fanno in relazione alle controversie; il diritto prodotto dai giudici nel decidere le cause). In questa prospettiva, anche la famosa "definizione" di Holmes ("la profezia di ciò che i tribunali decideranno, e niente di più ambizioso, è ciò che io intendo per diritto") viene classificata da Tarello come una «tesi

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 82-83, 104.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 74-78.

metodologica»28.

Non vi è dubbio che la soluzione che Tarello propone per dissolvere l'apparente contraddizione in cui i realisti sarebbero incorsi abbia il sapore pungente dell'eterodossia. Nondimeno, Tarello la sostiene con l'ausilio di prove documentali e contestuali. Se si considera il principio dell'interpretazione caritatevole uno strumento fondamentale di ogni seria indagine filosofica, se si ritiene che occorra essere ben certi, prima di presentare le posizioni altrui come insensate, confuse, contraddittorie o irragionevoli, la soluzione che Tarello propone appare, (meta) teoricamente, quella preferibile.

Se la critica dei realisti al "concetto di diritto" – e alle teorie che elevano il "problema del concetto di diritto" a problema fondamentale delle loro ricerche – è antidefinizionistica, la critica al "concetto di costituzione" è, sottolinea Tarello, anti-normativistica. Consiste nell'applicare alla costituzione quello scetticismo nei confronti delle regole che costituisce una delle tesi fondamentali del movimento (supra, § 3). La critica realistica al concetto di costituzione assume, in particolare, la forma del rigetto del costituzionalismo normativista (potremmo dire) ingenuo: del modo di pensare che concepisce la costituzione come un insieme di norme dotate, al tempo stesso, di una esistenza oggettiva (come se le disposizioni costituzionali si auto-interpretassero), nonché di una influenza causale determinante rispetto alla decisione dei casi (come se fossero entità che si auto-applicano).

Compare qui un'idea che andrà a costituire una parte essenziale della teoria dell'interpretazione giuridica di Tarello: i documenti normativi (le costituzioni, le leggi, i decreti legislativi, ecc.) non sono dotati «di un significato vero» o «proprio», «prima e al di fuori del concreto operare e qualificare da parte di giudici, legislatori, avvocati, giuristi dottrinari, e consociati»<sup>29</sup>. Nei termini che Tarello userà in opere successive, il «significato» dei documenti normativi – operativo, in funzione della soluzione di problemi pratici – non preesiste alla «attività» di interpretazione, ma ne è piuttosto il «prodotto»<sup>30</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 104-105.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Si veda, ad esempio, G. Tarello, *Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua*, cit.; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, cap. I. Secondo Tarello, che si pone ancora una volta sulla scia dei realisti americani, si tratta inoltre di un'attività non già conoscitiva, ma volitiva, di natura fatalmente decisoria. L'idea della volizione concreta, cara ai filosofi idealisti, riappare in un quadro teorico di rigoroso empirismo.

#### 5. Tarello e la critica realistica del concettualismo

Il realismo americano si caratterizza per assumere posizioni fortemente critiche nei confronti della cultura giuridica tradizionale. Se l'antidefinizionismo (il rigetto del definizionismo) e l'anti-normativismo (il rigetto del normativismo ingenuo) sono i tratti che connotano il movimento realista nei confronti di alcuni concetti sistematici, l'atteggiamento che esso assume nei confronti del modo tradizionale di intendere i concetti giuridici – e, in particolare, i concetti dogmatici – è un atteggiamento di «anticoncettualismo»<sup>31</sup>.

Il «concettualismo» è l'atteggiamento proprio di quei giuristi che:

«nella "interpretazione", fanno uso esclusivo o prevalente di argomentazioni consistenti in deduzioni concettuali effettuate sulla base di definizioni prestabilite dei termini che compaiono nel dettato normativo: trascurando, nel fare ciò, considerazioni finalistiche o storiche, ovverosia omettendo di collegare il "significato" di una norma vuoi alla funzione che tale norma dovrebbe svolgere, vuoi alla cultura di cui la norma è espressione»<sup>32</sup>.

Orbene, nel dare conto dell'«anticoncettualismo» dei realisti, Tarello si premura di precisare che non si tratta di una posizione che si oppone a *qualsiasi* uso di concetti giuridici tecnici (il che sarebbe del resto insostenibile); che la critica non è puramente distruttiva, che comprende una *pars construens*, accanto alla *pars destruens*.

Per quanto concerne la pars destruens, Tarello mette in luce che i realisti, analizzando alcuni concetti dogmatici tradizionali ("causalità", "delitto tentato", "contratto", ecc.) e il modo in cui essi funzionano all'interno dei ragionamenti dei giudici e dei giuristi, osservano che essi sono tipicamente ampi, indeterminati, e definiti non già in vista di specifici obiettivi di politica giuridica, bensì come se si trattasse di catturare la vera natura o essenza del "qualcosa" cui i concetti si riferiscono (la causalità, il tentativo criminale, il contratto). Giungono così alla conclusione secondo cui il «metodo della deduzione concettuale» non esercita, né può esercitare, alcuna influenza determinante sulle decisioni degli operatori giuridici; non serve, pertanto, a formulare previsioni corrette circa le loro operazioni (e decisioni) future;

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 117.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 117.

e rappresenta inoltre, a ben vedere, un ostacolo in relazione all'obiettivo, a parole venerato e ricercato, della certezza del diritto. Cosicché il modo di pensare tradizionale, che pretende esservi una connessione causale tra l'uso del metodo della deduzione concettuale e la certezza del diritto, si rivela una colossale mistificazione<sup>33</sup>.

Per quanto concerne la *pars construens*, Tarello si dedica a evidenziare l'adozione, da parte dei realisti, di una concezione *convenzionalistica* e *pragmatistica* dei concetti dogmatici. Facendo leva su una concezione siffatta, alcuni realisti (ad esempio, Thurman Arnold) propongono di sostituire il difettoso apparato concettuale tradizionale con un apparato diverso e più articolato, nel quale ogni concetto, in linea di principio, corrisponda a una classe di azioni ben definita e relativamente ristretta, e risponda a un determinato obiettivo di politica giuridica. Come Tarello ha cura di sottolineare, la proposta porta con sé «l'invito» alla «moltiplicazione dei concetti giuridici, ovverosia, delle classificazioni e dei dogmi»<sup>34</sup>.

Da raccomandazione peculiare della metagiurisprudenza prescrittiva del realismo, il principio della moltiplicazione dei concetti giuridici (determinati e precisi) assurgerà al ruolo di direttiva cardinale della metateoria generale «dei precetti» che Tarello elaborerà e applicherà nelle sue opere successive: «mentre *non* è *buona regola* moltiplicare (senza necessità) gli *enti*, è *ottima regola* moltiplicare le *nozioni* (precise e definite): più nozioni, più problemi; più problemi, analisi più accurate»<sup>35</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 121-127.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 146.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> G. Tarello, *Introduzione al linguaggio precettivo*, 1968, in Id., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., p. 267, corsivi redazionali; il passo continua così: «È sufficiente questa sostituzione? Certamente no; abbiamo, per ora, altre nozioni: bisogna vedere in che modo queste nozioni *possono essere strumenti»* (corsivo redazionale).

#### 6. Tarello e la critica realistica dell'argomentazione giuridica

Secondo la ricostruzione di Tarello, la critica realistica della «argomentazione giuridica» si propone di colpire cinque bersagli: (1) la concezione logico-deduttiva dell'argomentazione giuridica («critica del sillogismo giudiziario»); (2) la teoria tradizionale del metodo giuridico, al cui interno i realisti distinguono tre componenti: il «metodo trascendentale», il «metodo induttivo», e il «metodo pratico»; (3) il metodo tradizionale di identificazione della *ratio decidendi* delle sentenze; (4) la teoria tradizionale dell'interpretazione delle leggi (e del diritto scritto in generale); (5) la teoria tradizionale della determinazione ("accertamento") dei fatti rilevanti delle controversie giuridiche<sup>36</sup>.

Tarello pone in luce come tutte queste linee di critica del pensiero metodologico tradizionale siano unite nel rincorrere una stessa lepre: il cognitivismo, l'idea che le sentenze giudiziali, l'argomentazione giudiziale, l'individuazione delle *rationes decidendi*, la determinazione del significato delle leggi, l'accertamento dei fatti rilevanti delle controversie consistano in *atti* (e in altrettanti prodotti) *di conoscenza* (di "scoperta"), con i quali i giudici e i giuristi si limiterebbero a rilevare il diritto e i fatti così come essi sono, e a tenerne conto per decidere le controversie o proporre modelli di decisione.

Per stanare la lepre – così prosegue la ricostruzione tarelliana – i realisti concentrano il loro fuoco sulla "concezione sillogistica" della giurisdizione. Si impegnano a dimostrare che essa è descrittivamente falsa: che i metodi tradizionali – il "metodo trascendentale", il "metodo induttivo", il "metodo pratico" – non sono forme di genuina conoscenza di norme che preesistono interamente alla loro applicazione, bensì modi di ragionare duttili, a partire da premesse che, lungi dall'essere date, precostituite, oggettive, sono selezionate, costruite, messe a punto dagli operatori giuridici. Dimodoché il pensiero metodologico tradizionale, il pensiero metodologico del "formalismo", si rivela essere un castello di mistificazioni e di velleità le cui mura cedono di schianto sotto l'urto delle analisi epistemologicamente avvertite dei realisti (*supra*, § 3), così come le mura di Gerico crollarono al suono dei sacri corni dell'esercito di Giosuè.

Anche su questi temi, Tarello insiste nel portare alla luce non soltanto il lato critico («distruttivo»), ma altresì il lato «costruttivo», delle posizioni assunte dai realisti. La critica alla concezione formalistica dell'argomentazione giuridica suggerisce che esiste una sola forma di argomentazione idonea a soddisfare gli ideali di razionalità, trasparenza,

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 151-199.

utilità pratica e controllo pubblico che i realisti perseguono. Si tratta dell'argomentazione orientata alle conseguenze. Questa dirige l'attenzione degli operatori giuridici sui probabili effetti economici e sociali dei diversi possibili modi di intendere, vuoi le massime (i princìpi) del diritto giudiziario, vuoi le disposizioni del diritto scritto. Li costringe a determinare e a dichiarare i fini socialmente meritevoli in vista dei quali massime e disposizioni sarebbero state formulate. Li costringe a tradurre massime e disposizioni in premesse normative strumentalmente adeguate in vista di tali fini. Li costringe a misurare l'adeguatezza strumentale di tali premesse alla luce delle loro probabili conseguenze pratiche<sup>37</sup>.

#### 7. Tarello e il significato storico e teorico del realismo americano

L'indagine tarelliana sul realismo americano si muove su due livelli strettamente intrecciati: il livello dei *macro-fenomeni culturali* (movimenti, orientamenti, ideologie socialmente diffuse, modi di pensare tradizionali, ecc.) e il livello dei *micro-fenomeni culturali*.

Al livello dei macro-fenomeni, Tarello considera il realismo americano come un movimento che si pone in un rapporto ora di continuità, ora di opposizione e rottura, rispetto ad altri movimenti, indirizzi e ideologie presenti nel pensiero giuridico occidentale, tra la fine del secolo XIX e i primi quattro decenni del secolo XX. A questo livello, il realismo americano merita, secondo Tarello, un posto di rilievo nel grande affresco della cultura giuridica contemporanea.

Al livello dei micro-fenomeni, Tarello considera il realismo americano dal punto di osservazione offertogli da singoli saggi dotati di eminente valore esemplare – ad esempio, dal punto di vista degli scritti di Max Radin sul concetto di "sovrano" e sull'interpretazione giuridica; dell'articolo di Karl N. Llewellyn sulla "costituzione come istituzione"; dei lavori di William O. Douglas in tema di responsabilità vicaria.

La microanalisi, l'analisi del (e nel) dettaglio, costituisce il contrappeso della macroanalisi. Svolge la funzione di offrire, al tempo stesso, la base e il banco di prova per le conclusioni della macroanalisi, imbrigliando i potenti cavalli dell'immaginazione storica e teorica.

Questo modo di procedere, che combina macro e microanalisi, sembra a Tarello l'unico modo sicuro per pervenire a conclusioni che

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 151-220.

non siano illusorie, superficiali, schiave di pregiudizi e di idee rimasticate. Questo modo di procedere è quello che conduce Tarello a realizzare il suo proposito iniziale: «determinare» il «significato storico e teorico» del realismo americano (*supra*, § 3).

I risultati dell'indagine sono ripresi e condensati nell'ultimo capitolo ("Considerazioni finali"), che corrisponde, come dicevo, alla terza e ultima parte della ricerca tarelliana (*supra*, § 3).

Qui, come in una ben congegnata composizione ad anello, Tarello ritorna sugli aspetti del movimento realista che ritiene centrali. Al fine di offrire una caratterizzazione efficace del realismo americano, insiste su tre aspetti in particolare: (1) l'avere elevato la relazione mezzo-a-fine a «schema conoscitivo fondamentale»; (2) l'idea dell'impossibilità di offrire soluzioni di carattere scientifico al problema dei fini ultimi delle norme giuridiche; (3) il favore per la trasparenza (candore) rispetto alle valutazioni etico-normative e alle scelte di politica del diritto che accompagnano inevitabilmente le decisioni giudiziali e le elaborazioni dottrinali<sup>38</sup>.

Se guardiamo all'indagine di Tarello nel suo complesso, troviamo una parola che sembra capace di evocare e riassumere allo stesso tempo il significato storico e teorico del realismo americano. La parola è «strumentalismo». Mettendo a frutto l'analisi di Tarello, potremmo dire che il realismo americano è il movimento intellettuale che si oppone al pensiero giuridico tradizionale e alla cultura giuridica dominante del suo tempo brandendo una concezione strumentalistica del diritto (strumentalismo ontologico), della conoscenza scientifica del diritto (strumentalismo epistemologico), della scienza giuridica quale studio dottrinale del diritto e della giurisdizione (strumentalismo deontologico)<sup>39</sup>.

Lo *strumentalismo ontologico* sostiene che il diritto non è un fine in sé, bensì un mezzo per realizzare fini considerati socialmente meritevoli.

Lo strumentalismo epistemologico sostiene che per conoscere il diritto effettivo (il diritto "in azione", le "vere" norme giuridiche), è necessario individuare gli effetti economico-sociali delle decisioni giuridiche: cioè i fini che esse effettivamente perseguono.

Lo strumentalismo deontologico, infine, rivolge le sue prescrizioni a due diversi gruppi di destinatari: rispettivamente, ai giuristi e ai giudici (ed altri funzionari). Ai giuristi prescrive di elaborare concetti e proposte normative che siano pragmaticamente giustificati: mezzi efficaci ed efficienti per

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 241-247.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Esattamente vent'anni dopo, sarà pubblicato un altro libro che identificherà nello strumentalismo il carattere distintivo della "teoria del diritto americana": R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, N.Y, Cornell University Press, 1982.

realizzare fini socialmente meritevoli. Ai giudici (e agli altri funzionari) prescrive di decidere le controversie in modo da realizzare, vuoi la giustizia nel caso concreto (scetticismo rispetto ai fatti), vuoi fini socialmente meritevoli per classi di casi (scetticismo rispetto alle regole).

Nel suo zelo di infaticabile e mastinesco cacciatore di ideologie, Tarello osserva che il «metodo» realistico – e in particolare, l'adozione della posizione antidefinizionistica (*supra*, § 4) –, nonostante le affermazioni contrarie di alcuni realisti, è «condizionato ideologicamente»: rispecchierebbe «una scelta ideologica fondamentale» a favore dell'opportunità di «riconoscere in sede teorica il fatto [...] che l'attività giudiziaria è creativa ed è politica»<sup>40</sup>.

Alla luce della stessa analisi tarelliana del realismo giuridico, questa accusa di impegno ideologico occulto può apparire affrettata. E va pertanto chiarita. Il chiarimento passa per la distinzione, che Tarello nel libro del 1962 non introduce, tra *valori epistemici* e *valori etico-normativi*. L'antidefinizionismo e la scelta a favore del riconoscimento del fatto della creazione giudiziale di diritto denunciano l'adozione, da parte dei realisti, di *valori epistemici* propri dell'epistemologia empiristica: la verità come correttezza informativa in relazione all'esperienza e il principio di neutralità etico-normativa dei concetti teorici. La «ideologia» che sta dietro al «metodo realistico», dunque, non è altro, a ben vedere, e usando una terminologia che Tarello non usa, se non una certa *epistemologia prescrittiva* (cfr. *supra*, § 3).

Naturalmente, se, sulla base dell'indagine di Tarello, consideriamo il movimento realista non soltanto nella prospettiva della sua teoria (prescrittiva) della conoscenza scientifica del diritto, ma altresì da quella del suo ingrediente deontologico, esso può essere inteso come impegnato a favore di un'ideologia razionalistica: come caratterizzato da una chiara presa di posizione etico-normativa a favore di una scienza giuridica, di una giurisdizione, e quindi di un diritto positivo (più) razionali – nel senso, come abbiamo visto, della razionalità strumentale o mezzo-a-fine.

 $<sup>^{\</sup>rm 40}$  G. Tarello,  $\it Il\ realismo\ giuridico\ americano,\ cit.,\ pp.\ 238-239.$ 

#### 8. Tarello e la critica antirealista

Nell'ultimo capitolo, di "Considerazioni finali", il libro contiene altresì una difesa del realismo americano dalle critiche «antirealiste» mosse da alcuni autorevoli studiosi. In particolare: da John Dickinson, Hermann U. Kantorowicz, e Herbert Hart<sup>41</sup>.

Assumendo le vesti dell'avvocato difensore, Tarello sostiene che tali critiche mancherebbero il bersaglio. Questo perché si tratterebbe di critiche «esterne», o meglio, *esteriori*: che non mettono in discussione le premesse della teoria realistica delle norme giuridiche (lo scetticismo rispetto alle regole), ma si limitano a contrapporre alla teoria dei realisti altre teorie, difendendole per ragioni che in ultima analisi non sono genuinamente teoriche, bensì ideologiche.

Non intendo privare le lettrici e i lettori del piacere di valutare da sé, se le controrepliche di Tarello siano adeguate. Tuttavia, un punto merita di essere sottolineato. Tarello ritiene che, tra le critiche antirealiste, quelle apparentemente più forti siano state proposte da Herbert Hart.

Secondo la ricostruzione che ne offre Tarello, Hart sostiene, in particolare:

- (1) che i realisti, identificando il diritto con ciò che decidono i tribunali, trascurano completamente l'esistenza delle *regole secondarie di giudizio*, le norme che istituiscono i tribunali e regolano le procedure, e quindi presentano il diritto come costituito unicamente di *regole primarie di comportamento*;
- (2) che i realisti esagerano l'indeterminatezza delle norme giuridiche, ignorando che le norme giuridiche funzionano come una guida efficace per la condotta, sia in moltissimi casi che, per questo motivo, rimangono fuori dalle aule di giustizia, sia in moltissimi casi litigati (i cosiddetti "casi chiari");
- (3) che i realisti, esagerando l'indeterminatezza delle norme giuridiche e definendo il diritto come ciò che decidono i giudici, concepiscono il diritto come un gioco in cui «l'arbitro fa quello che vuole», il che è assurdo;
- (4) che i realisti esagerano la possibilità che i giudici manipolino la «regola fondamentale di riconoscimento», trascurando che la modificazione di una tale regola ad opera dei giudici avviene soltanto in casi eccezionali, e sullo sfondo di un «normale atteggiamento dei giudici a conformarsi alle regole del gioco giuridico»<sup>42</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 229-238.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 234-237.

A queste critiche, Tarello oppone una replica articolata e puntuale. Obiettando:

- (1\*) che i realisti, in quanto antidefinizionisti, non hanno mai preso le loro affermazioni del tipo «il diritto è ciò che i giudici decidono» come definizioni del concetto di diritto, ma soltanto come enunciazioni di proficui programmi di ricerca (supra, § 4);
- (2\*) che l'efficacia sociale delle norme giuridiche non è verificabile e dipende, in ogni caso, da motivi prudenziali che non hanno nulla a che fare con la chiarezza semantica delle norme;
- (3\*) che l'esistenza di casi chiari nelle argomentazioni giudiziali non dipende tanto dalla chiarezza semantica delle norme, quanto, piuttosto, da considerazioni pratiche attinenti alla «antieconomicità del contendere»<sup>43</sup>;
- (4\*) che la tesi secondo cui il diritto *non* è il gioco della discrezionalità assoluta (dell'arbitrio illimitato) dei giudici tende a esagerare la determinatezza delle norme giuridiche al fine di favorire l'adozione di un "corretto" concetto di diritto, frutto di una stipulazione teorica;
- (5\*) che la tesi secondo cui la modificazione giudiziale della regola di riconoscimento è un fenomeno eccezionale non può, paradossalmente, essere affermata, poiché la regola di riconoscimento, in ogni cultura ed esperienza giuridica, «si *identifica* con la prassi di chi decide, e da quella prassi si desume»<sup>44</sup>.

Le note defensionali di Tarello sono informate a un'estrema concisione. Forse sarebbe stato opportuno dedicare all'apologia del realismo uno spazio e una cura maggiori. Vale la pena di notare, tuttavia, che in esse serpeggia un'idea di capitale importanza teorica: un'idea che costituisce lo scoglio su cui è destinata a naufragare qualsiasi concezione linguistica ingenua del diritto. Mi riferisco all'idea secondo cui il significato linguistico (convenzionale) delle norme giuridiche non si sottrae all'influenza della dimensione pragmatica dell'uso del linguaggio, come sembra invece suggerire Hart. All'idea secondo cui, in altre parole, il significato linguistico delle norme (delle formulazioni autoritative) non gode di una qualche immunità, di una qualche "extraterritorialità", rispetto agli interessi materiali e spirituali degli operatori del diritto. All'idea secondo cui la rilevanza ermeneutica del significato linguistico non è una proprietà intrinseca: un fenomeno "naturale", "spontaneo", che dipende semplicemente dal fatto che le norme (e le formulazioni autoritative) giuridiche sono enunciati formulati in lingue naturali. E, piuttosto, una *proprietà estrinseca*: che riflette e soddisfa

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 237.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 237.

una presa di posizione pratica, un orientamento di politica del diritto, che dipende tipicamente da considerazioni circa la «antieconomicità», l'inanità, o l'assurdità «del contendere». E ciò anche se, in molti casi, una tale presa di posizione pratica avviene in modo inconsapevole.

#### 9. È ancora utile, oggi, leggere Il realismo giuridico americano?

All'inizio, dedicando qualche parola al "significato storico" de *Il realismo giuridico americano (supra*, § 1), ho richiamato la sua collocazione all'interno di un movimento – tra i cui ideologi possiamo annoverare due maestri elettivi di Giovanni Tarello: i neo-illuministi Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli<sup>45</sup> – che si proponeva di sostituire la cultura giuridica tradizionale con una cultura "migliore". Questa cultura, nella visione tarelliana del mondo giuridico, si sarebbe dovuta caratterizzare per un atteggiamento di favore per lo studio razionale del diritto, realizzato per il tramite di una filosofia, di una dogmatica e di una storiografia giuridiche rinnovate grazie agli apporti della filosofia analitica, e potenziate da un robusto contributo di indagini di sociologia giuridica<sup>46</sup>.

È inevitabile interrogarsi, ora, circa l'utilità metateorica attuale dell'investigazione tarelliana. È ancora utile, oggi, leggere il lontano libro di Tarello, se si vuole acquisire una conoscenza sicura (ampia, approfondita, veicolata tramite un apparato concettuale sofisticato) del realismo americano?

La mia opinione è che la domanda meriti una risposta affermativa. Da una sua lettura, una qualunque lettrice, un qualunque lettore, oggi, non potrà che trarre ammaestramenti di capitale importanza in termini di nozioni e di metodo. Si tratta peraltro di una questione che richiederebbe ben altro spazio che quello di una nota introduttiva. A modo di conclusione, mi limiterò a formulare alcune considerazioni, affatto parziali e provvisorie, a sostegno dell'utilità attuale de *Il realismo giuridico americano*, suggerite da una sommaria comparazione tra l'indagine di Tarello e una delle più importanti riflessioni recenti sul movimento realista. Alludo alla riflessione offerta da Brian Leiter<sup>47</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Cfr. N. Bobbio, *Giovanni Tarello*, 1987, in Id., *La mia Italia*, a cura di P. Polito, Firenze, Passigli, 2000, pp. 174-192. Per un affresco della cultura giuridica italiana del tempo, cfr. L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Cfr. G. Tarello, *La sociologia nella giurisprudenza*, 1974, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 401-413.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Altre ricerche recenti includono, ad esempio: J. A. Pérez Lledó, *El instrumentalismo* 

#### 10. Il realismo giuridico americano secondo Brian Leiter

In una sequenza di saggi pubblicati a partire dalla fine degli anni Novanta, Leiter propone una ricostruzione apologetica del realismo giuridico americano, «il più importante movimento intellettuale autoctono del XX secolo», al quale si accosta indossando gli occhiali del filosofo folgorato dalla «rivoluzione naturalistica» che Willard van Orman Quine avviò sul finire degli anni Sessanta<sup>48</sup>.

Nella presentazione di Leiter, secondo una ricostruzione che mi pare ragionevole, il realismo americano si caratterizza per l'adesione a sei tesi principali: (1) la tesi dell'indeterminatezza giustificatoria, (2) la tesi dell'indeterminatezza causale, (3) la tesi dell'implicazione, (4) la tesi della forza causale primaria dei fatti, (5) la tesi dell'esigenza di specificità, (6) la tesi della naturalizzazione della filosofia del diritto. Le prime quattro sono tesi di teoria descrittiva del diritto; la quinta è una tesi di politica del diritto; la sesta è una tesi di metafilosofia giuridica prescrittiva.

1. Indeterminatezza giustificatoria («razionale»). Le «ragioni giuridiche» che un giudice può invocare al fine di motivare le sue decisioni formano una «classe». La classe, in sistemi giuridici come quelli occidentali contemporanei, include quattro «componenti»: (a) le «fonti del diritto legittime» (p.e., leggi, precedenti, norme morali, una costituzione, ecc.); (b) i «metodi legittimi» di interpretazione delle fonti (p.e., intenzionalismo, originalismo, interpretazione orientata allo scopo, interpretazio-

jurídico en Estados Unidos, Lima-Bogotá, Palestra Temis, 2008, capp. III e IV; F. Schauer, Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning, Cambridge, Mass., London, England, Harvard University Press, 2009, cap. 7; Id., Foreword, in W. Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement, Second edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. ix- xxiv; Id., Legal Realism Untamed, in "Texas Law Review", 91, 2013, pp. 749-780.

<sup>48</sup> B. Leiter, American Legal Realism, in M. P. Golding, W. A. Edmundson (eds.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 50-66 (alla p. 50); Id., Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 2007; Id, American Legal Realism, cit., pp. 50-66; Id, Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue? in "Legal Theory", 16, 2010, pp. 112 ss; Id, Legal Realism: Old and New, Draft, June 7, 2012; Id, In Praise of Realism (and Against "Nonsense" Jurisprudence), in "The Georgetown Law Journal", 100, 2012, pp. 865-893; Id, Legal Realism and Legal Doctrine, in "University of Pennsylvania Law Review", 163, 2015, pp. 1975-1984; Id., Legal Positivism as a Realist Theory of Law, in T. Spaak, P. Mindus (eds.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 79-101.

ne sistematica o "strutturale", ecc.); (c) i «modi legittimi» di determinare la «rilevanza giuridica» dei fatti della causa; (d) i «modi legittimi di ragionare con le regole giuridiche e i fatti giuridicamente qualificati» (p.e., ragionamento deduttivo, ragionamento per analogia, ecc.)<sup>49</sup>.

Orbene: la classe delle ragioni giuridiche, in sistemi come gli occidentali contemporanei, si caratterizza per la sua *indeterminatezza giustificatoria*: è, nelle parole di Leiter, «razionalmente indeterminata». Ciò equivale a dire che la «classe delle ragioni giuridiche utilizzabili – precisa Leiter, mettendosi nei panni dei realisti – *non giustifica un'unica decisione*» per ogni controversia, quantomeno al livello dei giudizi delle corti superiori (*appellate courts*). L'indeterminatezza giustificatoria – l'insufficienza giustificatoria, come potremmo anche chiamarla – delle ragioni giuridiche è a sua volta la conseguenza del pluralismo metodologico: della presenza, nella cultura e nella tradizione giuridica, di una pluralità di canoni ermeneutici conflittuali, in base ai quali gli stessi precedenti e le stesse leggi possono essere interpretati in modi diversi e alternativi<sup>50</sup>.

- 2. Indeterminatezza causale. La «classe delle ragioni giuridiche» è, sotto il profilo causale, non determinante (Leiter dice, per presumibili limiti terminologici: "causalmente indeterminata"). Si caratterizza per una insufficiente capacità esplicativa: le ragioni giuridiche, precisa Leiter, mettendosi nuovamente nei panni dei realisti, «non sono sufficienti a spiegare perché i giudici hanno deciso come hanno deciso»<sup>51</sup>.
- 3. Indeterminatezza causale implica indeterminatezza giustificatoria. L'indeterminatezza causale delle ragioni giuridiche «implica l'indeterminatezza razionale», se «si presume che i giudici siano sensibili alle ragioni giuridiche (giustificative) applicabili» se si presume che essi conoscano le norme giuridiche e le forme dell'argomentazione giuridica utilizzabili e non siano indifferenti rispetto ad esse; se si presume, nella terminologia di Hart, che i giudici conoscano e accettino le ragioni giuridiche vigenti<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> B. Leiter, *American Legal Realism*, cit., p. 51.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> B. Leiter, American Legal Realism, cit., p. 51 ss.; Id., Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Jurisprudence, cit., p. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> B. Leiter, American Legal Realism, cit., pp. 51 ss.; Id., Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Jurisprudence, cit., pp. 9, 64.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> B. Leiter, American Legal Realism, cit., pp. 51 ss., corsivo redazionale; Id., Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Jurisprudence, cit., 9, 64.

- 4. La forza causale primaria dei fatti. Le ragioni giuridiche non sono, dunque, il fattore causale «primario» che determina il contenuto della decisione giudiziale per una qualsivoglia controversia. Fattori primari sono, piuttosto, i fatti alla base delle singole controversie. Questi ultimi, una volta identificati dal giudice, fungono da stimolo che scatena una reazione costituita dal formarsi, nella mente del giudice, di un determinato «senso della situazione». Il senso della situazione dipende, a sua volta, dalle convinzioni e posizioni etico-normative del giudice, ed è ciò che determina la regola effettivamente applicata nella decisione. Questa tesi, la tesi della forza causale primaria dei fatti, rappresenta, secondo Leiter, «la tesi centrale» («the core claim») del realismo americano<sup>53</sup>.
- 5. L'esigenza della specificità delle norme giuridiche. Le norme giuridiche tradizionalmente formulate da legislatori e giudici sono sovente ipergeneriche («iper-generali») e indeterminate. Dovrebbero pertanto essere sostituite da norme (regole legislative, principi giurisprudenziali) il più possibile specifiche, cioè tali da riferirsi a specifiche classi di casi. Ad esempio, secondo Hermann Oliphant, le generiche norme relative ai "patti di non concorrenza" avrebbero dovuto essere sostituite da norme relative ai patti di non concorrenza tra datori di lavoro, da un lato, e norme relative ai patti di non concorrenza tra datori di lavoro e dipendenti, dall'altro<sup>54</sup>.
- 6. Una jurisprudence naturalizzata e genuinamente positivistica. La jurisprudence (filosofia del diritto, teoria del diritto) non deve consistere in un insieme di esercizi di analisi concettuale, fatalmente condotti su comode poltrone (armchair conceptual analysis). Deve consistere, piuttosto, in ricerche informate a una rigorosa epistemologia empiristica, la quale richiede di indagare il diritto positivo con intenti esplicativo-causali e predittivi.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> B. Leiter, *American Legal Realism*, cit., p. 52: «nel decidere i casi, i giudici rispondono principalmente allo stimolo dei fatti del caso, piuttosto che alle regole e alle ragioni giuridiche»; si veda anche B. Leiter, *Legal Realism: Old and New*, cit., p. 5 (versione elettronica).

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> B. Leiter, *American Legal Realism*, cit., pp. 53, 60; B. Leiter, *Legal Realism: Old and New*, cit., p. 7 (versione elettronica): «making legal rules more specific [...] tailoring them to the underlying situation-types to which the courts were sensitive»; B. Leiter, *Legal Realism and Legal Doctrine*, cit., pp. 1975 ss.

Il realismo giuridico americano – sostiene Leiter – si caratterizzerebbe, dunque, per una concezione della *jurisprudence* che costituisce un esempio *ante litteram*: da un lato, di adesione al naturalismo epistemologico à *la* Quine $^{55}$ ; dall'altro, di rigetto del positivismo giuridico hartiano.

Ma, secondo Leiter, vi è di più. L'analisi concettuale è uno strumento di dubbia virtù epistemica. Sia che la si usi per svolgere indagini di «lessicografia glorificata»: perché, in tale caso, esse non possono fare nulla di più che offrire informazioni su *parole*, sia pure importanti, del discorso giuridico. Sia che la si usi per perseguire l'obiettivo, teoricamente più ambizioso e proficuo, di spiegare «la natura del diritto»: perché questo obiettivo non è raggiungibile con il solo strumento dell'analisi concettuale<sup>56</sup>. Ne consegue che, se si identifica il "positivismo giuridico" con l'ideale della conoscenza scientifica del fenomeno giuridico, il realismo giuridico americano si rivela essere una forma genuina di positivismo. E paradossalmente, non si può dire altrettanto del positivismo hartiano. Ciò – secondo Leiter – suggerisce una conclusione di carattere generale. Non si può essere positivisti, se non si è realisti. Il positivismo esige una "teoria" realistica del diritto<sup>57</sup>.

#### 11. Tarello v. Leiter

Assumerò come indice della attualità metateorica de *Il realismo giuridico americano* la possibilità, assumendo la prospettiva tarelliana, di formulare considerazioni critiche a proposito della ricostruzione del realismo giuridico offerta da Leiter.

Orbene: se ci si pone dal punto di vista del nostro (ormai) vecchio amico, il modesto avvocato genovese, sembra possibile formulare tre ordini di considerazioni critiche all'indirizzo della teoria del realismo americano di Leiter.

#### 1. Quale direzione di implicazione? Leiter, come abbiamo visto, sostiene

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> B. Leiter, *American Legal Realism*, cit.: «Just as a naturalized epistemology [...] "simply falls into place as a chapter of psychology" [...], as "a purely descriptive, causal-nomological science of human cognition" [...], so too a naturalized jurisprudence for the Realists is an essentially descriptive theory of the causal connections between underlying situation-types and judicial decisions [...] later legal philosophers have gone wrong in assimilating Realism to the paradigm of philosophy-cum-conceptual-analysis» (pp. 56-57).

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 35 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> B. Leiter, *Legal Positivism as a Realist Theory of Law*, cit., pp. 79-101.

che, secondo i realisti, l'indeterminatezza causale della classe delle ragioni giuridiche implicherebbe (causalmente) l'indeterminatezza giustificatoria («razionale») della classe delle ragioni giuridiche (*supra*, § 10, punto 3).

Se si adotta la prospettiva del modesto avvocato genovese, tuttavia, la ricostruzione di Leiter appare dubbia. La direzione dell'implicazione sembra procedere in senso opposto. Se, a causa del pluralismo metodologico, la classe delle ragioni giuridiche non è idonea a giustificare una, e una sola, decisione per ciascuna controversia sottoposta alla cognizione di un giudice (d'appello), è necessario concludere che la decisione di un qualunque caso non possa dipendere, causalmente, soltanto dalla classe delle ragioni giuridiche, ma dipenderà fatalmente anche da altri fattori (tra cui, secondo i realisti, i fatti del caso concreto, il "senso della situazione", l'orientamento del giudice a decidere le controversie tenendo conto vuoi di esigenze economico-sociali generali, vuoi dell'esigenza di realizzare la giustizia nel caso concreto). Le ragioni giuridiche «non sono sufficienti a spiegare perché i giudici hanno deciso come hanno deciso», poiché non sono idonee a giustificare, in relazione a ogni controversia, una e una sola decisione.

2. Quale spiegazione realistica per i casi chiari? Leiter, come si è visto, attribuisce ai realisti la difesa di una teoria moderata dell'indeterminatezza del diritto. Il diritto sarebbe «razionalmente indeterminato» in relazione ai casi dibattuti davanti alla corti superiori (supra, § 10, punto 1). Leiter sottolinea, inoltre, la differenza che intercorre tra la concezione dell'indeterminatezza del diritto dei realisti, da un lato, e la concezione dell'indeterminatezza del diritto di Hart, dall'altro. Per Hart, l'indeterminatezza del diritto è un fatto linguistico, la cui causa va individuata nella fatale vaghezza ("trama aperta") dei termini di classe (e dei relativi concetti) che compaiono nelle formulazioni delle norme giuridiche<sup>58</sup>. Per i realisti, invece, l'indeterminatezza del diritto è un fatto metodologico, la cui causa va individuata nel pluralismo (verrebbe da dire, alla Weber: nel politeismo) dei metodi interpretativi<sup>59</sup>. Leiter, tuttavia, non dice nulla della posizione dei realisti americani circa la determinatezza del diritto. Quale spiegazione offrono costoro per le

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Questo è certamente vero per H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, II ed. 1994, cap. VII; nell'*Introduzione* a H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. viii-ix, tuttavia, Hart sembra adottare una posizione più vicina a quella del realismo americano.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> B. Leiter, *American Legal Realism*, cit., pp. 63-64.

situazioni in cui il diritto risulta essere (si presenta, è usato come) giustificatoriamente (razionalmente) determinato – che sono poi innumerevoli, sia al di fuori che all'interno dei giudizi giurisdizionali? Perché in molti casi il diritto è (si presenta come) determinato, nonostante l'indeterminatezza giustificatoria della classe delle ragioni giuridiche? In forza di quali fattori il diritto, quando è determinato, è determinato? Come spiegano, i realisti, la presenza di casi chiari e di regole che operano in modo efficace nella vita quotidiana dei componenti di una società? Leiter non lo dice. Tarello, invece, offre una spiegazione. E questa spiegazione, in linea con la tesi del pluralismo metodologico, chiude la porta a qualsiasi concezione cognitivistica dei casi chiari: a qualsiasi concezione che, come quella di Hart, propone di identificare i casi chiari con i casi in cui gli operatori giuridici si limiterebbero semplicemente a "scoprire il diritto", a conoscere il diritto così come esso è. La spiegazione consiste, come si ricorderà, nel fare appello a considerazioni pratiche, a considerazioni di pragmatica del discorso giuridico, che Tarello ricomprende sotto l'etichetta della "antieconomicità del contendere" (cfr. supra, § 8).

3. I realisti e l'analisi concettuale. Abbiamo visto che, secondo Leiter, il realismo giuridico americano adotta una concezione della jurisprudence che rappresenta un esempio ante litteram, da un lato, di adesione al naturalismo epistemologico quineano, dall'altro, di rigetto del positivismo giuridico hartiano (supra, § 10, punto 6). «Possiamo pensare – dice Leiter – al tipo di jurisprudence difesa dai realisti come a una jurisprudence naturalizzata, cioè una jurisprudence che evita l'analisi concettuale in poltrona (armchair conceptual analysis) a favore della continuità con la ricerca a posteriori nelle scienze empiriche» 60.

Ora, nella prospettiva del nostro vecchio amico, il modesto avvocato genovese, le affermazioni di Leiter appaiono poco avvertite.

Nel dare conto della meta-jurisprudence dei realisti americani, della loro concezione della jurisprudence, Leiter considera soltanto l'epistemologia giuridica dei realisti: la loro teoria della conoscenza scientifica del diritto positivo. Una teoria che, nella ricostruzione di Leiter, riduce ogni ricerca autenticamente conoscitiva sul diritto a una forma di scienza sociale di tipo esplicativo-causale-predittivo, in cui non vi sarebbe spazio per l'analisi concettuale.

La ricostruzione offerta da Tarello ne Il realismo giuridico americano

<sup>60</sup> B. Leiter, American Legal Realism, cit., p. 56.

è, per contro, più ampia e metodologicamente sofisticata. Tarello non dà conto soltanto della *epistemologia giuridica* dei realisti americani, ma altresì della loro *metagiurisprudenza prescrittiva*: della loro concezione prescrittiva dei compiti che incombono sui giuristi quali "espositori" di settori di un diritto positivo (*supra*, § 3).

Evoca il loro essere a favore di una scienza del diritto empirica e causale-esplicativa, in accordo con la "dottrina Holmes" e con il positivismo e il pragmatismo epistemologico prevalenti all'epoca (*supra*, § 3, punti 2, 3 e 4 delle tesi epistemologiche).

Dà conto, tuttavia, anche del favore del movimento realista per l'analisi, la critica, e la revisione concettuale (supra, §§ 3, 4 e 5). Nella sua ricostruzione, i realisti americani – dei curiosi, scanzonati e impertinenti "avvocati di provincia" come il loro giovane collega genovese – sono pienamente consapevoli di operare in un mondo la cui "sostanza" è costituita da discorsi e costrutti concettuali. Sono altresì consapevoli del pericolo che queste costruzioni rappresentano per la conoscenza e l'azione razionale, quando si tratti di "cattive" costruzioni. Nella loro critica dei concetti sistematici e dogmatici tradizionali, alla quale, come abbiamo visto, Tarello dedica i due capitoli centrali del libro, i realisti indagano la struttura del pensiero giuridico: la rete di concetti per il cui tramite siamo soliti guardare al diritto o a parti rilevanti di esso. L'indagine dei realisti, tuttavia, non si esaurisce in esercizi di lessicografia giuridica (che probabilmente Leiter bollerebbe di "glorificata"). Una volta individuato il significato (o l'assenza di significato) che un termine chiave ha nel discorso giuridico tradizionale ("legge", "sovrano", "sovranità", "costituzione", "norma", "tentativo di reato", "causa prossima", ecc.), i realisti procedono alla critica e alla ricostruzione concettuale; sia al fine di elaborare un apparato concettuale più articolato, più preciso e dunque più utile di quello esistente (ciò che accade, ad esempio, con i concetti di "regola" e di "costituzione"); sia rigettando qualsiasi concettualizzazione, in considerazione dei suoi effetti epistemici e pratici presumibilmente dannosi (ciò che accade, ad esempio, con la definizione del concetto di "diritto" in senso oggettivo).

Operando in questo modo, i realisti si cimentano in esercizi che, nei termini che P. F. Strawson adotterà a partire dalla fine degli anni Cinquanta, appartengono alla "metafisica descrittiva" e alla "metafisica revisionista"<sup>61</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> P. F. Strawson, *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*, London and New York, Routledge, 1959, pp. 9-12; Id., *Analyse et métaphysique*, Paris, Vrin, 1985, pp. 14-15; J. Benoist, S. Laugier (eds.), *Language ordinaire et métaphysique. Strawson*, Paris, Vrin, 2005. Le ricerche di "metafisica descrittiva" si propongono di ricostruire fedelmente un apparato concettuale esistente, se del caso illuminandolo con esercizi di immaginazione filosofica. Le

Fanno – in un diverso contesto temporale, istituzionale e filosofico – ciò che anche Hart si è proposto di fare e ha fatto<sup>62</sup>.

In conclusione: se ci poniamo nella prospettiva che Tarello adotta nel suo libro, il realismo americano appare allo stesso tempo più sofisticato, sotto il profilo della sua meta-*jurisprudence*, e meno distante dal positivismo analitico, in termini di propensione all'investigazione concettuale. Fuorviato da una concezione riduttiva del naturalismo<sup>63</sup>, Leiter accusa il positivismo hartiano di privilegiare «l'analisi concettuale da poltrona», suggerendo che l'analisi concettuale, o è da poltrona, o non è. Questo modo di pensare è controproducente. Impedisce a Leiter di vedere che anche i realisti hanno propugnato e si sono dedicati alla rilevazione, alla critica, e alla ricostruzione concettuale. Certo, come sottolinea Tarello, lo hanno fatto, non già stando seduti su comode poltrone di vecchio cuoio odoroso all'interno di eburnei studi accademici, lontani da ogni mischia, bensì posizionandosi nei campi delle più diverse battaglie teoriche o ideologiche combattute dai giusfilosofi e dai giuristi tradizionali.

ricerche di "metafisica revisionista" si propongono invece di elaborare un migliore apparato concettuale, sostitutivo di quello esistente.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Cfr., p.e., H.L.A. Hart, T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1959 (Second edition, 1985); Id., *Law, Liberty and Morality*, London, Oxford University Press, 1963; Id., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968. Alla luce di questi scritti, accusare Hart – in una con la "sua" varietà di "positivismo" – di essere un propugnatore dell'analisi concettuale "da poltrona" suona quasi offensivo.

Relativity and Other Essays, New York and London, Columbia University Press, 1969, pp. 69-90), l'epistemologia naturalizzata – l'indagine empirica sui processi psicologici per il cui tramite gli esseri umani trasformano dati sensoriali in teorie scientifiche – non sostituisce, ma integra le tradizionali indagini epistemologiche di carattere "concettuale" (attinenti al significato degli enunciati e dedite alla chiarificazione dei concetti mediante definizioni) e "dottrinale" (dedite a formulare leggi scientifiche e a provarne la verità). Lo stesso Quine, nel saggio manifesto dell'epistemologia naturalizzata, ritiene utile proporre una soluzione per il problema, concettuale, della "chiarificazione" della nozione di "enunciato osservativo", quale nozione «fondamentale», al tempo stesso, per l'epistemologia concettuale e per quella dottrinale (W. V. Quine, Epistemology Naturalized, cit., pp. 85-89).

## PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA DIRETTE DA WIDAR CESARINI SFORZA

XVIII

#### GIOVANNI TARELLO

# REALISMO GIURIDICO AMERICANO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1962



Nel licenziare questo lavoro non posso a meno di menzionare alcuni debiti di riconoscenza che ho contratti durante la sua stesura.

In particolare il professor Luigi Bagolini mi è stato largo di consigli e di incoraggiamenti. Il professor Julius Stone ha messo a mia disposizione una serie di documenti e di scritti assai difficilmente reperibili, e mi ha permesso di sottrarre non poco tempo al lavoro di istituto presso il *Department of Jurisprudence* dell'Università di Sydney (durante una mia permanenza colà in qualità di research assistant) permettendomi di dedicarlo a questa ricerca. Nella discussione con colleghi ed amici, tra i quali vorrei menzionare sopratutto Ilmar Tammelo, ho talvolta precisato alcuni punti di vista ed ho rimediato ad alcune oscurità.

Ringrazio il professor Widar Cesarini Sforza ed il professor Giacomo Perticone, i quali hanno permesso che questo lavoro venisse pubblicato nella Collana dell'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma, diretta dal professor Cesarini Sforza.

#### ABBREVIAZIONI DEI TITOLI DEI PERIODICI

A.B.A.J. American Bar Association Journal
A.F.D. = Anuario de Filosofia del Derecho
A.J.C.L. = American Journal of Comparative Law

Am. Ec. R. = American Economic Review

Am. L. R. American Law Review (dal 1929 al 1939 U.S.L.R.;

dopo il 1939 N.Y.L.R.)

Am. L. S. R. American Law School Review
Am. Po. Sc. R. American Political Science Review

Am. Mer. The American Mercury

An. Am. Ac. Po. S. S. = Annals of the American Academy of Political and

Social Science

A.R.S. = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

B.I.D.R. = Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano « Vit-

torio Scialoja »

Br. L.R. = Brooklyn Law Review
Calif. L.R. = California Law Review
Cambr. L.J. = Cambridge Law Journal
Can. B.R. = Canadian Bar Review
Ch. L.R. China Law Review
Cincin. L.R. Cincinnati Law Review
Col. L.R. = Columbia Law Review

Corn. L.Q. = Cornell Law Quarterly
Ford. L.R. = Fordham Law Review
G.B. = The Green Bag

H.L.R. = Harvard Law Review
Io.L.R. Iowa Law Review
Ill. L.R. = Illinois Law Review
Ind. L.I. = Indiana Law Journal

J. Am. Jud. Soc. = Journal of the American Judicature Society

J.H.I. = Journal of the History of Ideas

J.Ho.A.M. = Johns Hopkins Alumni Magazine

J.L.E. Journal of Legal Education

J. Phil. Journal of Philosophy

#### ABBREVIAZIONI DEI TITOLI DEI PERIODICI

L.C.P. = Law and Contemporary Problems

L.Q.R. = Law Quarterly Review

Mar. L.R. = Marquette Law Review

Mic. L.R. = Michigan Law Review

M.L.R. = Modern Law Review

N.D.L. = The Notre Dame Lawyer

N.C.L.R. = North Carolina Law Review

N.L.F. = Natural Law Forum
N.Y.L.F. = New York Law Forum
N.Y.L.R. = New York Law Review

N.Y.U.L.Q.R. New York University Law Quarterly Review

Phil. Rev. = Philosophical Review

Pr. Ar. Soc. = Proceedings of the Aristotelian Society

Proc. Am. Ac. P. S. = Proceedings of the American Academy of Political

Science

P.S.Q. = Political Science Quarterly

Rept. N.Y.St.B.A. Report of the New York State Bar Association R.I.D.P.P. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale R.I.F.D. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto

R.I.Ph = Revue Internationale de Philosophie R.I.S.G. = Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche

R.T.D.P.C. = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile

Rut. L.R. Rutgers Law Review
S.L.R. = Sydney Law Review
Soc. Res. = Social Research
Stan. L.R. = Stanford Law Review

St. Sen. Studi Senesi
St. Urb. Studi Urbinati

Sw. S.S.Q. The Southwestern Social Science Quarterly

Tem. L.Q. = Temple Law Quarterly
Tex. L.R. = Texas Law Review

U.Chi.L.R. = University of Chicago Law Review
Un.Flo.L.R. = University of Florida Law Review
U.Pa.L.R. = University of Pennsylvania Law Review

U.S.L.R. = United States Law Review (prima del 1929 Am.

L.R.; dopo il 1939 N.Y.L.R.)

U.S.S.C.R. = United States Supreme Court Report

Va. L.R. Virginia Law Review
Vander. L.R. = Vanderbilt Law Review

Was. V.L.Q. Washington University Law Quarterly

West V.L.Q. = West Virginia Law Quarterly

#### CAPITOLO I

### ORIGINE E CARATTERI DEL REALISMO GIURIDICO AMERICANO

- Sommario: 1. Della locuzione « realismo giuridico » e del « realismo giuridico americano » in quanto denominazione di una corrente di pensiero. 2. Alcune condizioni ambientali rilevanti nella genesi del realismo giuridico americano. 3. Alcune condizioni culturali rilevanti nella genesi del movimento realista. 4. Caratteri del realismo giuridico.
- 1. Della locuzione « realismo giuridico » e del « realismo giuridico americano » in quanto denominazione di una corrente di pensiero.

In ogni studio che tratti delle correnti di pensiero giuridico affermatesi in questo secolo si fa qualche cenno al cosiddetto « realismo giuridico americano». Tuttavia da uno studio all'altro variano anche notevolmente sia il complesso delle caratteristiche differenziali che si attribuiscono a tale corrente sia la lista dei giuristi che vengono considerati a qualche titolo esponenti di essa. Le denominazioni di correnti di pensiero sono ovviamente quanto di più convenzionale vi sia; nè è lecito sottoporre a critica qualunque impiego di una denominazione di scuola (provvisto che chi la impiega renda chiaro di cosa stia parlando) se non in base a motivi di utilità. È pertanto sulla base di motivi di utilità che verranno doverosamente chiarite le caratteristiche differenziali e l'estensione della lista degli esponenti del movimento ai fini di questo studio; e verrà indicato come, nelle pagine seguenti, la denominazione « realismo giuridico americano » avrà un impiego diverso da quello ricorrente in talune trattazioni (per quanto non diverso da quello ricorrente nella maggioranza di esse).

« Realismo giuridico », prima di designare un movimento di pensiero giuridico, era semplicemente una locuzione dell'uso comune, in cui « realismo » aveva più o meno la stessa latitudine e la stessa varietà di connotazioni che questo sostantivo ha allorquando nell'uso comune non è accompagnato dall'aggettivo « giuridico »; e sarebbe possibile trovare esempi in cui questa locuzione o locuzioni simili sono state usate in contesti che nulla hanno a che vedere con le opinioni di quelli che poi furono detti « i realisti » e neppure con i problemi che costoro più specificamente si proposero. Tuttavia occorre notare come nei primi decenni di questo secolo, nei paesi di common law, il termine «realismo» venisse usato con una certa frequenza per indicare il modo con cui, nel descrivere taluni aspetti dell'esperienza giuridica, si prescindeva dagli schemi offerti dalla tradizione dottrinale, e particolarmente da quello schema secondo cui il giudice non crea diritto ma si limita ad applicarlo. Ad esempio Harold J. Laski in un articolo del 1026 esordisce dicendo che « la finzione secondo cui i giudici non legiferano è stata da tempo abbandonata da coloro che perseguono una "conscious and realistic jurisprudence" » (1). In contesti siffatti si tratta palesemente di una locuzione presa dal linguaggio ordinario e che resta nel linguaggio ordinario: tuttavia si tratta di contesti che preludono ad una tecnicizzazione, per così dire, della locuzione. Difatti è vero bensì che qualsivoglia dottrina o teoria vuole —in questo senso del termine — essere « realistica », e che perciò « giurisprudenza (2) realistica » resta nel contesto una locuzione generica; ma è vero altresì che gli schemi della tradizione dottrinale che ci si chiede se è « realistico » prendere per buoni, oltre ad essere talvolta intesi come schemi descrittivi sono stati anche intesi come - ed in quanto prescritti da una fonte riconosciuta sono a pieno titolo diventati schemi normativi; il non legiferare dei giudici (per stare all'esempio) per quanto potesse essere inteso

(1) H.J. LASKI, Judicial review of social policy in England, in H.L.R., XXXIX, 1926, p. 832.

<sup>(2)</sup> Uso qui « giurisprudenza » nel senso antico di « conoscenza del diritto », come « jurisprudence » nel senso più generale e diverso da quello in cui si distingue un professor of jurisprudence da un professor of law (la diversa latitudine che jurisprudence ha ora rispetto a quella che aveva or è un cinquantennio essendo dovuta prevalentemente alla organizzazione dell'insegnamento). Desidero evitare qui la locuzione « scienza del diritto » per evitare il termine « scienza ».

come un dato di fatto, era nondimeno anche il contenuto di una prescrizione considerata « giuridica » qualunque potesse essere il senso attribuito a questo aggettivo; ed è perciò palese che il proporsi una giurisprudenza che sia « realistica » nel senso sopra accennato implica una presa di posizione ben precisa, cioè appunto implica che si ritenga corretto sottoporre una serie di formulazioni espresse in linguaggio prescrittivo ad una prova o verifica empirica. Negli anni attorno al 1930, un gruppo di giuristi americani particolarmente occupati a sottoporre sia dottrine sia norme tradizionalmente accettate (o di cui si supponeva l'accettazione da parte dei tradizionalisti) ad una critica dal punto di vista del loro « realismo » (cioè della loro capacità descrittiva), si dissero « realisti » e vennero dagli interlocutori designati come « realisti »; ed ecco che, per gradi insensibili, quella che era una semplice locuzione del linguaggio ordinario venne ad assumere il valore di una designazione tecnica per indicare non solo lo svolgimento di motivi critici nei confronti di ideologie tradizionali (anche nel caso in cui tali ideologie erano divenute prescrizioni), ma anche il criterio in base al quale quelle critiche venivano svolte (3). Già chiaramente in questo senso la locuzione « realismo giuridico » (legal realism) fu usata da Karl Nickerson Llewellyn nel 1930 (4) per designare complessivamente un certo numero di giuristi americani che negli anni precedenti, sotto vari profili ed in funzione di finalità tra loro diverse, avevano sottoposto ad una critica che appunto poteva venir denominata « realistica » (secondo l'uso comune del termine) una serie di concetti, di nozioni, di processi mentali, di tecniche argo-

<sup>(3)</sup> Non è perciò esatto dire che « realismo giuridico » resta sempre una locuzione del linguaggio ordinario, che non qualifica se non convenzionalmente un movimento di pensiero. In quest'ultimo senso invece F. Paradies, *Juristischer* « *Realismus* », Amsterdam 1959 (pubblicazione privata), quando dice (p. 2) « i realisti giuridici americani » si dicono tali « nel senso in cui un lavoro teatrale può essere detto " realistico" ».

Giustamente invece il Paradies (ibid.) rileva che il « realismo » di cui si parla non ha affinità con « realismo » in uso nel discorso filosofico. Ciò del reste era già stato rilevato da J. Frank nell'articolo *Are judges human?* in U.Pa.L.R., 1931, p. 17 ss. e 223 ss.

<sup>(4)</sup> K.N. LLEWELLYN, Some realism about realism. Responding to dean Pound (d'ora in avanti citato come Some realism), in H.L.R., XXXXIV, 1931, p. 1222 ss.

mentative proprie del pensiero giuridico « tradizionale » (5), per pensiero tradizionale intendendosi tanto il bagaglio concettuale della tradizione dei commentatori del *Common Law* quanto le ideologie giuridiche dei teorici analitico-positivistici anglosassoni del XIX secolo, quali Austin, Salmond, Pollock, e, tra gli americani, di Langdell e della sua scuola.

Come si vedrà, affinità più specifiche legano tra di loro i cosiddetti « realisti ». Peraltro differenze anche notevoli tra costoro provocavano prese di posizione volte ad evitare che le idee di uno venissero attribuite ad altri sulla base della comune « qualità » di realisti; e si verificò così — come del resto si verifica per ogni movimento di pensiero — una sorta di gara nel negare che il realismo giuridico fosse « una scuola » (6), nel negare che fosse possibile parlare utilmente di realismo (7), e nell'andare alla ricerca di nuove denominazioni per distinguere la posizione propria di chi sta parlando da quella di altri (8). D'altra parte talvolta per ragioni di polemica la

<sup>(5)</sup> L'aggettivo « tradizionale » viene impiegato, a questo proposito, da Jerome Frank a p. VII della Prefazione alla 6ª (ultima) ristampa di Law and the modern mind (New York, Coward-Mc Cann, 1949; London, Stevens, 1949). Il libro era apparso nel 1930 (New York, Coward-Mc Cann) ed una brevissima aggiunta era stata apposta alla 2ª ristampa, nel 1931. Poichè le successive impressioni sono, a parte l'aggiunta e la prefazione ricordate, inalterate, per comodità le citazioni verranno fatte sull'ultima ristampa. D'ora in avanti sarà citato come: LMM. Le locuzioni « regole tradizionali », « formule tradizionali » e « concetti tradizionali » sono impiegate, nello stesso ordine di idee, dal Llewellyn: ad es. in Some realism, p. 1236-37.

<sup>(6)</sup> Cfr. LLEWELLYN, Some realism, p. 1233: « Una cosa è chiara. Non vi è una scuola di realisti. Non vi è probabilità che in futuro vi sia ». Ma vedi infra, in questo cap., parg. 4.

<sup>(7)</sup> Cfr. Frank, LMM, p. VII (pref. alla 6ª ed.).

<sup>(8)</sup> Ad es. il Frank nel 1933 parlò di « sperimentalismo » (experimentalism) e di « giurisprudenza sperimentale ». Cfr. Frank, Experimental jurisprudence and the New Deal (d'ora in avanti citato come Ex. Jur.) in Handbook of the Association of American Law Schools, resoconti del 31° congresso (1933), (pubblicato a cura dell'Associazione) a p. 101 ss.: si tratta dell'articolo ripubblicato col titolo Realism in jurisprudence in Am. L.S.R., VII, 1934, p. 1063 ss. Nella pref. alla VI ed. di LMM, il Frank parla di « constructive skepticism ». Il Cook, invece, parlò spesso di « scientific method » (oltre che di « legal realism ») per alludere alle sue premesse metodologiche: cfr. ad es. Scientific method and the law, in A.B.A.J., XIII, 1927, p. 303 ss. (ed anche in J.Ho. A.M., XV, 1927).

lista dei « realisti » veniva a dismisura ampliata o ristretta (9). Tutto ciò non poteva che creare equivoci, dei quali restano tracce nelle trattazioni più recenti, in cui si assiste talvolta all'impiego della denominazione « realismo giuridico » in maniera così estesa da farle perdere ogni utilità classificatoria (10), e talvolta a impieghi così ristretti da lasciar fuori dal realismo proprio alcune delle figure che

(9) Ad esempio lo stesso Liewellyn, in Some realism, al fine di mostrare che (a) non esiste una scuola realistica e che (b) le opinioni ascritte da Pound alla «giurisprudenza realistica» in blocco non sono in realtà condivise che da una parte di coloro che vengono designati come « realisti », enuncia una lunghissima lista di nomi, comprendente alcuni autori palesemente sostenitori di opinioni disparate anche se tutte in qualche senso non contormiste. Avendo enunciato quella lunga lista di autori, il Llewellyn ha poi un gioco fin troppo buono nel mostrare che per ciascun punto che Pound attribuisce al « realismo » si trovano solo minoranze di realisti concordi; e che le minoranze variano da un punto all'altro. Nonostante il manifesto artificio polemico, la lista «gonfiata» di Llewellyn è stata molto spesso presa come se fosse un elenco definitivo e non opinabile degli appartenenti al movimento realistico. L'articolo di Roscoe Pound nei cui confronti si svolge la polemica è The call for a realist jurisprudence, in H.L.R., XXXXIV, 1931, p. 697 ss.; nello scrivere questo articolo il Pound aveva in mente soprattutto il Bingham ed il Lorenzen, come egli ebbe a dichiarare al Frank ed al Llewellyn nel corso di una corrispondenza cui si fa cenno in Some realism, p. 1226 nota 17.

(10) Ad esempio A. Nussbaum (Some aspects of American «Legal realism» in J.L.E., VIII, 1959, p. 182 ss.; cfr. p. 182 nota 1) dice che esponenti del realismo « nel senso più largo » sono Llewellyn e Pound; tanto più equivoco mi sembra l'usare la qualifica di « realista » per Pound in quanto quest'ultimo ha, molto spesso, sottoposto i realisti a critiche anche severe (si veda ad es. The call for o realist jurisprudence, cit.; Jurisprudence, voce della Encyclopaedia of the Social Sciences; Fifty years of jurisprudence (IV, Realist schools), in H.L.R., LI, 1938, p. 777 ss.), mentre dal canto loro i realisti, e specialmente il Frank, hanno spesso mosso al Pound critiche non meno severe (cfr. J. Frank, LMM, pp. 289-301; If men were angels, New York, Harper & Brothers, 1942 [d'ora in avanti citato come IMWA] pp. 332-349). Per le differenze e le affinità tra Pound ed i realisti rinvio a G. Bognetti, Il pensiero filosofico giuridico nordamericano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo, Milano, 1958, p. 100 ss.

Il Nussbaum rende la denominazione di realismo giuridico completamente inutilizzabile quando poco oltre enuncia — in modo scarsamente comprensibile — che intende per realisti coloro che sono «in favor of including social elements into the scrutiny of the law» (p. 184). Gli «aspetti» del real, giur. che più interessano il Nussbaum sono i tentativi di U. Moore di formulare il metodo di una sociologia giuridica: ragioni cui accennerò più avanti sconsigliano di annoverare U. Moore tra i realisti.

per le prime avevano parlato di realismo e a proposito delle quali questo termine viene più spesso impiegato (11).

Nonostante le accennate ambiguità, e nonostante il fatto che effettivamente non è opportuno parlare di « scuola realistica » date le differenze anche notevoli che sussistono nel pensiero dei vari autori realisti, è tuttavia possibile parlare del realismo giuridico americano come di un movimento di pensiero caratterizzato dalla prevalente considerazione di alcuni problemi tipici, dall'uso di determinate premesse metodologiche e dalla comunanza di alcuni risultati tra gli esponenti. Nel cercare di enucleare quei problemi, quelle premesse e quei risultati non sembra opportuno evitare la denominazione « realismo » proprio per il fatto che tale denominazione è assai usata e, se impiegata con cautela, si rivela un utile strumento di classificazione.

Nelle pagine seguenti pertanto sotto la rubrica « realismo » verranno esaminate le posizioni prese da un gruppo di giuristi americani, e cioè da Thurman Arnold (12), Joseph W. Bingham, Felix Salten Cohen (13), Walter Wheeler Cook, William O. Douglas (14),

<sup>(11)</sup> Così ad es. G. W. Keeton, The elementary principles of jurisprudence, London 1949, esclude J. Frank dal paragrafo sul realismo, per collocarlo sotto la rubrica: The psychological jurisprudence (p. 22 segg.).

<sup>(12)</sup> Del quale vanno tenuti presenti, sotto la rubrica « realismo », solo gli scritti di argomento giuridico precedenti al 1933. L'Arnold è noto infatti anche per una serie di pamphlets politico-economici pubblicati a cominciare dal 1935, quali The symbols of government (New Haven, 1935), The folklore of capitalism (New Haven, 1937), Democracy and free enterprise (Norman, 1942); in questi ultimi lavori l'Arnold guarda l'esperienza giuridica da un punto di vista diverso, anche se non incompatibile, da quello dei suoi lavori precedenti.

<sup>(13)</sup> A causa soprattutto di taluni atteggiamenti razionalistici in sede di etica, F. S. Cohen viene talvolta escluso, da parte specialmente di autori americani, dal gruppo dei realisti: anche se è sempre riconosciuto il fatto che in qualche modo F. S. Cohen è vicinissimo ai realisti per interessi e per metodi di ricerca. Nel corso di questo lavoro diverranno chiare le ragioni per cui Felix Cohen deve essere considerato come un esponente, forse uno dei più importanti, del movimento che si chiamò realismo giuridico americano. A titolo informativo, e senza affrontare qui la questione circa il valore di queste affermazioni, si può ricordare che nella prefazione al suo libro Ethical systems and legal ideals, il Cohen ricorda tra i suoi ispiratori H. Oliphant e K. N. Llewellyn (peraltro assieme ad altri autori non realisti); a p. 13 nota 16 dello stesso libro, F. S. Cohen si autodefinisce « realista »; infine nella antologia Readings in jurisprudence and legal philosophy (curata da F. S. Cohen in collaborazione con suo

Jerome Frank, Leon Green, Karl N. Llewellyn, Herman Oliphant, Max Radin, ed Hessel E. Yntema (15). Di questo gruppo di giuristi,

padre M. R. Cohen), Boston 1951, la voce Realism dell'indice analitico rinvia, fra l'altro, a tutti i brani di F. S. Cohen inclusi nella antologia stessa. Le grandi differenze che senza dubbio sussistono tra la posizione di F. Cohen e posizioni quali quella di un Frank (differenze che anche dopo molti anni dal primo sorgere di una tematica realistica continuavano ad essere sottolineate sopratutto dal Frank: cfr. « Short of sickness and death ». A study of moral responsibility in legal criticism, in N.Y.U.L.R., XXVI, 1951, p. 545 ss.) riguardano pur sempre la diversa importanza che dalle due parti viene attribuita alla incertezza del giudizio di fatto, e perciò debbono essere interpretate come una manifestazione di quella sorta di litigio in famiglia che divideva, nel campo realista, i rule skepties e i fact skepties. Cfr. infra, cap. IV, pargg. 4 e 5.

(14) Di cui verranno presi in considerazione soprattutto i lavori precedenti

alla sua nomina a giudice della Corte Suprema degli S.U.

(15) Sono convinto che, tenendo presenti questi undici autori, sia possibile parlare del realismo giuridico americano come di una corrente di pensiero ben caratterizzata: cosa che sarebbe più difficile, e forse impossibile, se la lista venisse allargata ad includere un numero maggiore di autori. Comunque questa lista è simile a quella proposta dai più importanti per lo meno dei tentativi di caratterizzare la corrente: salve alcune variazioni di cui dò qualche esempio.

Nella enumerazione fatta da Roscoe Pound in Fifty years of jurisprudence (in H.L.R., L, 1937, p. 557 ss. e LI, 1938, p. 444 ss. e 777 ss.; cfr. p. 777 ss.), suddivisi in due sottogruppi (cioè « determinismo psicologico » e « realismo scettico ») compaiono tutti gli autori ricordati eccetto Cook ed Oliphant, e con

l'aggiunta di Edward S. Robinson ed Underhill Moore.

La enumerazione fatta da H. G. Reuchlein (Jurisprudence. Its American prophets, Indianapolis 1951) è più estesa, comprendendo oltre agli autori ricordati nel testo anche Max Lerner, Walter Nelles, Thomas Reed Powell, Fred Rodell, Harold J. Laski ed Edwin Garlan. Cook ed Oliphant vengono considerati a parte. Cfr. p. 183 ss. Anche Julius Paul (The legal realism of Jerome Frank, The Hague 1959, p. 24 nota 4) presenta una lista piuttosto estesa, aggiungendo agli autori enumerati dal Reuchlein anche Walton Hale Hamilton, Myres S. Mc Dougal ed Harold D. Lasswell.

Una diversa lista suggerisce invece E. Patterson (Jurisprudence. Men and ideas of the law, Brooklyn 1953, p. 538) secondo cui i principali rappresentanti del realismo giuridico sarebbero U. Moore, H. Oliphant, W. W. Cook, K. N. Llewellyn, C. E. Clark e J. Frank. La ragione per la quale il Patterson riduce la lista ed include Moore è da vedersi nel tentativo di concepire la corrente semplicemente come una manifestazione, nel campo giuridico, degli indirizzi pragmatistici.

Negli scritti dei più antichi critici del « realismo » si fa riferimento di solito a pochissimi autori. Così M. R. Cohen, nell'articolo *Justice Holmes and the nature of law* (in Col. L.R., XXXI, 1931, p. 352) si riferisce solo a Frank, a Bingham e ad Oliphant. Il Cohen si riferisce a questi autori perchè essi si erano più degli altri dati da fare per mostrare la inadeguatezza dello *stare* 

decisis come criterio di condotta per i giudici.

e tenendo presente un periodo di tempo determinato, si può davvero dire con il Llewellyn che, anche se non la pensano allo stesso modo su tutti i problemi affrontati, tuttavia « da certi comuni punti di partenza essi si sono spinti su linee di ricerca che sembrano formare un tutto unico»; tra questi autori si verifica « una rilevanza reciproca, una complementarietà, una connessione tra i risultati cui pervengono "quasi fossero guidati da una mano invisibile" » (16). Tranne nel caso di Bingham, che in un certo senso può dirsi il precursore (17), la maggior parte dei contributi dei realisti sono datati tra il 1925 ed il 1940; e quantunque la attività di taluni dei realisti sia stata intensa anche nel periodo bellico e postbellico, vi sono delle ragioni per considerare il realismo giuridico americano come un capitolo chiuso nel periodo posteriore al 1940. Dopo tale momento (si tratta di una data che ovviamente non va intesa in modo rigido) infatti molti realisti si allontanarono in parte da quei problemi e talvolta anche da alcune premesse che avevano caratterizzato il realismo, mentre altri, come il Frank, si limitarono a ripetere le cose dette precedentemente; ma soprattutto rileva che dopo tale momento parte delle idee dei realisti divennero patrimonio comune della scienza giuridica nordamericana e parte delle riforme da loro propugnate (specie nel campo dell'istruzione giuridica) furono compiute: mentre molte altre loro idee caddero sotto i colpi di critiche provenienti da differenti direzioni, e l'ansia di riforma che aveva informato tanta parte del movimento si isteriliva nel mutato ambiente americano del dopoguerra.

Un'ultima precisazione. È stato ritenuto che non si possa adeguatamente trattare del realismo giuridico se non distinguendo preliminarmente tra due sottogruppi di autori. Questa distinzione è stata formulata dal Frank. Il primo sottogruppo sarebbe costituito da coloro che rivolgono la loro attenzione critica alla nozione di regola giuridica, e che pertanto potrebbero chiamarsi « scettici rispetto alle

<sup>(16)</sup> Così Liewellyn, Some realism, p. 1235.

<sup>(17)</sup> Gli scritti del Bingham cui generalmente ci si riferisce come nei primi esempi di critica realistica sono: What is the law?, in Mich. L.R., XI, 1912, p. 1 ss. e 109 ss.; Legal philosophy and the law, in Ill. L.R., IX, 1914, p. 98 ss. A questi occorre aggiungere The nature of legal rights and duties, in Mich. L.R., XII, 1913, p. 1 ss.

regole » (« rule skeptics »); il secondo sottogruppo sarebbe costituito da coloro che rivolgono la loro attenzione critica, oltre che sulla nozione di regola, anche e soprattutto ai processi di determinazione dei « fatti » che vengono dalle regole presupposti o qualificati, epperciò potrebbero chiamarsi « scettici rispetto ai fatti » (fact skeptics) (18). Tra i rappresentanti del primo sottogruppo, la figura più notevole sarebbe K. N. Llewellyn; al secondo sottogruppo apparterrebbero, oltre allo stesso Frank, anche Green, Radin, Arnold e Douglas (19). Secondo il Frank, il primo sottogruppo può venire identificato sulla base delle caratteristiche seguenti: a) una esigenza di certezza giuridica, che si manifesta nella convinzione che sia socialmente desiderabile che gli avvocati possano predire ai loro clienti l'esito che una controversia avrebbe ove fosse portata innanzi ai tribunali; b) la convinzione che, allo stato attuale, ciò non avvenga; c) l'opinione secondo cui le « regole giuridiche formali » enunciate nelle decisioni giudiziarie - chiamate talvolta regole di carta -- troppo spesso si rivelano insicure in quanto guida alla previsione; d) la convinzione di poter stabilire, al di là delle « regole di carta », alcune « regole reali » descrittive di « uniformità o regolarità del comportamento giudiziale », e l'opinione che tali regole reali possano servire come effettivo strumento di previsione dei risultati di controversie future (20). Il secondo sottogruppo, quello cioè dei fact skeptics, non si fermerebbe alla critica delle regole di carta, ma andrebbe ben oltre. I giuristi compresi in questo gruppo si distinguono dagli altri, secondo il Frank, perchè ritengono che « comunque precise o definite possano essere le regole giuridiche formali, ... qualunque uniformità possano venire scoperte al di là di queste regole formali, nulladimeno è impossibile, e sarà sempre impossibile, predire l'esito di cause future poichè i fatti su cui le decisioni si basano rendono impossibile il calcolo » (21) dato che i « fatti »

<sup>(18)</sup> Cfr. J. Frank, LMM, pref. alla 6ª ristampa, pp. VIII-IX.
(19) J. Frank, *ibid*. Quntunque tra gli esponenti del primo sottogruppo il Frank ricordi, in questo contesto, solo il Llewellyn, mi pare che si possa ricavare ponendo il passo esaminato in relazione con le pagine precedenti, che il Frank pensasse che al primo sottogruppo andassero ascritti Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant, Hessel E. Yntema, e Joseph W. Bingham.

<sup>(20)</sup> Frank, LMM, p. VIII.

<sup>(21)</sup> FRANK, LMM, p. IX.

non sono precostituiti ma vengono determinati nel corso del processo di decisione. Da ciò consegue la rinuncia, da parte di questo sottogruppo di realisti, a concepire la « certezza » come un valore giuridico o come il valore giuridico fondamentale: non già perchè la certezza non sia desiderabile, bensì perchè, di fatto, è impossibile ed irraggiunbile. La certezza del diritto non è un valore perchè è — per dirla col Frank — un « mito » (22).

Nonostante questi due sottogruppi siano effettivamente identificabili nell'ambito del movimento realistico, è possibile tuttavia trattare congiuntamente delle prese di posizione dei realisti in ordine ad alcuni problemi estremamente importanti: come ad esempio delle prese di posizione dei realisti sul carattere sistematico o meno dell'ordine giuridico, sul meccanismo e sulla funzione dei concetti dogmatici, sulla natura della argomentazione giuridica. Le differenze si manifestano in ordine al problema dell'accertamento del fatto e della natura delle tecniche probatorie: e si riflettono sulla impostazione del problema se la giurisprudenza sia, o comunque possa essere, una « scienza ». In ordine a questi ultimi problemi le posizioni dei singoli realisti verranno pertanto distinte con cura.

## 2. Alcune condizioni ambientali rilevanti nella genesi del realismo giuridico americano.

Prima di esaminare la tematica del realismo giuridico americano, è opportuno mettere in evidenza, sia pure in maniera sommaria, alcuni fattori ambientali e culturali che possono chiarire tanto il significato storico del movimento quanto le ragioni delle formulazioni che i problemi della teoria giuridica ebbero nel suo ambito. In particolare occorre richiamare l'attenzione sulla straordinaria complessità della esperienza giuridica americana sotto il profilo tecnico. Tale complessità non viene generalmente ricordata dagli autori che si occupano del

<sup>(22)</sup> È questo l'aspetto del realismo giuridico — più precisamente del realismo di J. Frank — che maggiormente ha impressionato i critici. Su ciò vedi N. Bobbio, La certezza del diritto è un mito?, in R.I.F.D., XXVIII, 1951, p. 146 e segg.

realismo (23), eppure sembra certo che nello stesso sorgere del movimento essa abbia avuto un ruolo importante.

Un importantissimo elemento di tale complessità è costituito dalla particolare difficoltà con cui una regola fondamentale dell'ordinamento americano in quanto ordinamento di common law, cioè a dire la regola « stare decisis », ha trovato applicazione: difficoltà di applicazione che si è manifestata in maniera macroscopica proprio negli anni in cui il movimento realistico si trovò ad operare. In primo luogo tale difficoltà può essere collegata a considerazioni di carattere quantitativo: cioè all'esistenza di 47 giurisdizioni statali di common law (24) e di una giurisdizione federale, e all'ingente massa di decisioni talora incompatibili che ciascuna di queste giurisdizioni fornisce a chi cerca precedenti. Inoltre, quantunque in linea di principio la regola stare decisis non rende vincolanti per una giurisdizione le precedenti pronuncie di altre (25), resta che a causa della presunzione (hominis) di conformità tra il common law dei diversi Stati, la esistenza di una pluralità di giurisdizioni tende ad indebolire l'efficacia della regola nell'ambito di ciascuna singola giurisdizione. Il fatto è che la regola stare decisis può funzionare solo ove un piccolo gruppo di magistrati, omogenei per educazione ed estrazione sociale, dotati di un certo grado di spirito di casta, condizionati a venerare la tradizione, con limitata competenza per materia, convivano in uno stesso luogo soggetti alle stesse pressioni ambientali: come è il caso appunto dei giudici inglesi.

<sup>(23)</sup> Una eccezione è costituita da C. K. Allin, *Law in the making*, rist. 4ª ed., Oxford 1951, p. 41: il quale, all'inizio di un esame (peraltro frettoloso ed assai manchevole) del realismo giuridico, osserva come la « occasione immediata » del movimento vada vista « nella straordinariamente complessa situazione giuridica propria dell'America ».

<sup>(24)</sup> Nel periodo considerato gli Stati della Unione erano 48; ma la Louisiana deve essere considerata a parte, dato che essa ha un diritto codificato (anche se le tecniche interpretative colà usate sono prevalentemente quelle proprie dei sistemi di common law). Sul fenomeno quantitativo come fattore del declino della regola stare decisis si veda R.H.J. Jackson, Decline of stare decisis is due to volume of opinions, in J. Am. Jud. Soc., XXVIII, 1944, p. 6. V. anche B. N. Cardozo, The growth of the law, New Haven, 1924, p. 5.

B. N. Cardozo, The growth of the law, New Haven, 1924, p. 5.

(25) Cfr. J.C. Gray, The nature and sources of the law, New York, 2<sup>a</sup> ed.

1921, p. 243. Per una ampia trattazione di questo punto da parte di giuristi continentali v. A. ed S. Tunc, Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique, vol. II, Paris 1954, pag. 170 e segg.; anche A. ed S. Tunc, Le droit des Etats-Unis d'Amerique. Sources et techniques, Paris 1955, parg. 50 e parg. 60.

In secondo luogo quella difficoltà può essere collegata a quel processo storico di modificazione del *common law* che aveva acquistato velocità progressiva durante gli ultimi decenni del secolo scorso ed i primi decenni di questo: modificazione determinata dalla modificazione stessa del contesto sociale, e dal conseguente mutevole attestarsi dei vari interessi in gioco su sempre nuove linee di equilibrio giuridico.

La presenza della regola stare decisis diede talvolta a questo processo di modificazione delle caratteristiche peculiari: si trattava infatti di applicare un diritto sostanzialmente diverso da quello precedente in modo però che, formalmente, la continuità del diritto e la coerenza delle decisioni venisse salvata. Ciò poteva avvenire, fra l'altro, mutando il significato dei concetti giuridici impiegati nelle decisioni che si usano come precedenti. Si possono fare moltissimi esempi: qui ne faremo uno scegliendolo — dati gli scopi di questo discorso — tra quelli cari ai realisti. Le corti federali hanno giurisdizione sulle controversie tra cittadini di diversi Stati; sin dai primi anni della sua istituzione, la Corte Suprema federale aveva deciso che una corporation non è un « cittadino »; ciò significa che la Corte Suprema aveva escluso la giurisdizione delle corti federali sulle controversie tra cittadini di Stati diversi da quello della sede e la corporation (nel caso di stock corporation anche sulle controversie tra questa e gli azionisti cittadini di Stati diversi); la Corte Suprema aveva fatto questo, e non aveva fatto null'altro che questo, dato che la questione della cittadinanza delle corporations (di qualsiasi tipo esse fossero) veniva aperta solo ai fini della determinazione della giurisdizione: per cui, dal punto di vista analitico, dire che le corporations non sono « cittadini » equivaleva a dire che le corti federali non hanno giurisdizione su quelle controversie. Ad un certo punto, un cittadino del Massachusetts promosse un'azione nei confronti di una stock corporation del Rhode Island davanti ad una corte federale la quale, ammettendo la rilevanza del fatto provato che tutti gli azionisti erano cittadini del Rhode Island, riconobbe la propria giurisdizione sulla base della diversa cittadinanza tra l'attore e coloro che al di sotto del diaframma societario erano i convenuti; successivamente si presentò un caso che differiva da quello menzionato per il fatto che alcuni azionisti della convenuta erano cittadini dello stesso Stato dell'attore, ma la corte federale giudicò irrilevante il fatto della cittadinanza reale degli azionisti stabilendo una

presunzione assoluta per cui gli azionisti di una corporation del Rhode Island sono cittadini del Rhode Island; finalmente accadde che un azionista di una corporazione del Rhode Island, cittadino di un altro Stato, fu chiamato in giudizio dalla corporation di fronte ad una corte del Rhode Island in forza della presunzione stabilita nel caso precedente: ma la corte del Rhode Island — seguita poi da corti federali stabilì che in casi simili tutti gli azionisti della corporation del Rhode Island si presumono cittadini del Rhode Island ad eccezione dell'azionista che sta in giudizio contro la corporazione (26). Come è palese, la formulazione verbale delle decisioni sulla questione della cittadinanza delle corporations cioè la formulazione « una corporation non è un cittadino », non viene contraddetta dalla formulazione dell'ultima decisione esemplificata: tuttavia alle due formulazioni si collegano rispettivamente due discipline opposte ed incompatibili dello stesso caso giuridico. La moltiplicazione di fenomeni del tipo di quello esemplificato aveva portato ad un sempre maggiore svuotamento del principio del stare decisis, nel senso che aveva come presupposto una concezione secondo cui una decisione rispetta i precedenti allorquando la sua formulazione verbale è compatibile con le formulazioni verbali delle decisioni precedenti, indipendentemente dall'eventuale divergenza della regolamentazione sostanziale delle controversie simili: una concezione per cui la continuità del diritto si risolve nella continuità delle formule verbali, e che lascia pericolosamente via libera al rilievo che due formulazioni verbali non sono logicamente incompatibili se non in casi particolarissimi e rispetto ad una serie di convenzioni. D'altra parte, una simile concezione non poteva dirsi eterodossa, per la ragione molto ovvia che il significato della regola stare decisis è sempre stato piuttosto incerto e gli usi storici di questa regola sono stati diversi in tempi e luoghi diversi: in particolare discussioni circa il significato e la portata delle regole erano aperte nei primi decenni del secolo, e lo sono ancor oggi nei paesi di common law (27). Oltre

(26) L'esempio è riportato da Frank, L.M.M., p. 24 ss.

<sup>(27)</sup> In particolare, è tuttora aperta la discussione circa la determinazione di cosa sia la ratio decidendi. In generale si vedano, con varie tendenze (al di fuori di quelle realistiche su cui infra): R. Moschziker, Stare decisis in courts of last resort, in H.L.R., XXXVII, 1924, p. 409; T.P. HARDMAN, Stare decisis and the modern trend, in West V.L.Q., XXXII, 1926, p. 163; A. L. Goo-

a tutto ciò occorre ancora ricordare, tra i fattori obbiettivi che minavano l'efficacia della regola stare decisis, anche il ricorso massiccio da parte di magistrati alle concurring ed alle dissenting opinions; mentre lo stesso istituto dell'opinione di minoranza tende a sollecitare la evoluzione del diritto, un impiego frequente di questa facoltà propaga l'impressione dell'instabilità del diritto e sottolinea, assai spesso, il carattere politico delle decisioni; e, quale che sia la funzione democratica dell'istituto, è certo che una decisione su cui si sia manifestato un autorevole dissenso si presenta al giudice successivo come dotata di minor forza vincolante (28).

DHART, Determining the Ratio decidendi of a case, in Y.L.J., XL, 1930, p. 161 ss.; A. L. Goodhart, Case law in England and America, in Corn. L. Q., XV, 1930, p. 173; A. KOCOUREK e H. KOVEN, Renovation of the common law through stare decisis, in Ill.L.R., XXIX, 1935, p. 971; LORD WRIGHT, Precedents in Cambr. L. J., XIII, 1943, p. 118 ss.; G.W. PATON e G. SAWER, Ratio decidendi and obiter dictum in Appellate Courts, in L.Q.R., 1947, p. 461; H. ELLENBOGEN, The doctrine of stare decisis and the extent to which it should be applied, in Tem. L.Q., XX, 1947, p. 503; J.A. Coutts, Ratio decidendi: aliernative grounds of law, in L.Q.R., LXIV, 1948, p. 463; J. Stone, The province and function of the law, Sydney 1950 (2ª ed.), capp. VI e VII; A.L. GOODHART, Precedents in the Court of Appeal, in Cambr. L.J., IX, 1947, p. 348; ID., The «I think» doctrine of precedent. Invitors and licensors, in L.Q.R., LXVI, 1950, p. 374; R.N. Gooderson, Ratio decidendi and the rules of law, in Can. B.R., XXX, 1952, p. 892; J.L. Montrose, Ratio decidendi and the House of Lords, in M.L.R., XX, 1957, p. 124; A.W.B. SIMPSON, The Ratio decidendi of a case, in M.L.R., XX, 1957, p. 587; A.W.B. SIMPSON, The Ratio decidendi of a case, in M.L.R., XXI, 1958. p. 155; A.L. Goodhart, The Ratio decidendi of a case, in M.L.R., XXII, 1959, p. 453; J. Stone, The ratio of the Ratio decidendi, in M.L.R., XXII, 1959, p. 597; R. Cross, Precedent in English law, Oxford 1961; R. A. WASSERSTROM, The judicial decision, Stanford 1961 (spec. capp. III e IV).

Come si vede, il problema è ancora aperto soprattutto nell'ambito della cultura giuridica inglese. Nell'ambito della cultura giuridica americana si occuparono del problema soprattutto i realisti, specialmente Oliphant e Llewellyn come si vedrà. A questi si rifà parzialmente lo Stone, nell'articolo citato per utlimo (cfr. p. 600 nota 2, e p. 601), e, per certi aspetti, anche il Wasserstrom.

(28) I realisti, anche su questo punto, seguono la linea tendente a dare il massimo rilievo al significato politico di tutti questi istituti che rendono meno facile attribuire valore descrittivo alle ideologie giuridiche della applicazione meccanica del diritto. Nella specie, un grande giudice che si è formato nell'ambito del realismo giuridico, il Douglas, sottolinea a) il significato politico dell'istituto della dissenting opinion, b) il significato tecnico dell'opinione di minoranza in un sistema che formalmente si fonda sul precedente. Cfr. O. W

Di fatto, la maggioranza dei giuristi americani vennero, negli anni tra il 1920 e 1940, acquistando sempre maggiore consapevolezza dei due ordini di fattori — quello quantitativo e quello « evolutivo » — che rendevano praticamente inefficace in larga misura la regola stare decisis (29). Si venne così iniziando una revisione dottrinale, cui attivamente collaborarono i realisti, che fu in certo modo conclusa da un congresso tenuto a Cincinnati nel febbraio 1940 (30). A questo congresso, del quale furono protagonisti un realista — il Llewellyn — ed un giurista molto vicino a posizioni realistiche — il Hutcheson — si venne a riconoscere quanto limitata fosse, ormai, la portata della regola (31).

Douglas, The dissent. A safeguard for democracy, in J. Am. Jud. Soc., XXXII, 1948, p. 104. Tale significato politico non è sfuggito alla più avanzata dottrina processualistica italiana, presso la quale si sono recentemente manifestate tendenze critiche nei confronti della segretezza e della « unanimità »: cfr. P. Calamandrei, Processo e Democrazia, Padova 1954, pp. 83 segg.; M. Cappelletti, Ideologie nel diritto processuale, Macerata 1962, p. 20.

Sulla dissenting opinion si vedano: R. Moorhead, Concurring and dissenting opinions, in A.B.A.J., XXXVII, 1952, p. 821; R. B. Stephens, The function of concurring and dissenting opinions in courts of last resort, in Un. of. Flo. L. R., V, 1952, p. 394; K. Nadelmann, The judicial dissent. Publication

v. secrecy, in A.J.C.L., VIII, 1959, p. 415.

(29) Alla consapevolezza della dottrina fa riscontro la crescente consapevolezza dei giudici. Particolarmente dopo la riforma rooseveltiana alla Corte Suprema diviene sempre meno raro trovare nelle sentenze espressione del convincimento che *stare decisis*, quantunque in linea di massima sia da seguirsi, non costituisce una norma assolutamente vincolante. Una lunga lista di tali espressioni è raccolta da A. ed. S. Tunc, *Le droit des Etats-Unis*, cit., nota 13 a pp. 140-141.

(30) I processi verbali della conferenza sono pubblicati nella Cincin. L.R., XIV, 1940, pp. 203-355, sotto il titolo The status of the rule of judicial precedent.

(31) Il Llewellyn, relatore sul primo tema (« Cos'è la dottrina del precedente ed in quale misura essa è applicata dalle corti statali, dalle corti federali e dalle corti speciali amministrative ») si limita a) ad enunciare le ragioni per le quali non si può dire nè cosa sia la regola « stare decisis » nè come funzioni e b) ad auspicare che i giudici, allorquando si riferiscono a decisioni precedenti, procedano a rendere chiare le ragioni per cui tali precedenti vanno o non vanno nella spcie seguiti. (Cfr. luogo cit. nella nota precedente, pp. 208-217 e cfr. anche Frank, LMM, p. 138). Da notare che il secondo tema era sul problema se la regola stare decisis dovesse essere abbandonata: e dai vari interventi emerse l'opinione che, stante le osservazioni fatte sul primo tema, il secondo tema era formulato in maniera tale da rendere la domanda priva di senso. Hutcheson si era occupato, come relatore generale, del terzo tema sul precedente in materia

L'estrema importanza di questi fatti è palese, solo che si pensi che la regola stare decisis realizza — per tutta la materia non regolata dal diritto statutario — il principio di legalità. Le concezioni tradizionali e normativistiche — sia di origine austiniana sia della scuola positivistica delle università americane — venivano messe in crisi proprio dal fatto che si era persa la possibilità di determinare la portata ed il significato della regola che esaurisce — nel campo del common law in senso tecnico e ristretto — il principio di legalità.

\* \* \*

Al declino, inteso come sopra, della regola stare decisis occorre accostare, come fattori dell'estrema complessità dell'esperienza giuridica americana negli anni in cui i realisti si trovarono a lavorare, anche la latitudine dei mutamenti della giurisprudenza delle corti (specialmente della Corte Suprema Federale) in materia di legittimità costituzionale della legislazione, ed il sempre più massiccio intervento statutario in materie precedentemente disciplinate dal diritto comune: intervento che trovava un limite solo nel dettato costituzionale.

Come è palese, si tratta di due serie di avvenimenti storici che sono strettamente collegate — costituendone una delle cause — al processo di decadenza dello *stare decisis*; ma occorre considerarle separatamente da tale processo perchè, sotto il profilo « tecnico » (cioè a dire dal punto di vista della tradizione dottrinale anglosassone) sia il diritto costituzionale scritto — quale è quello americano — sia il diritto statutario non fanno parte del *common law* nella più ristretta accezione.

costituzionale. J. C. Hutcheson, pur essendo partito da posizioni completamente diverse, era venuto attestandosi su posizioni simili a quelle dei realisti specialmente disconoscendo la possibilità delle rules di valere come una guida sia alla previsione sia all'azione, disconoscendo la capacità descrittiva delle rules, ed asserendo che il principale fattore nel processo di decisione è costituito inevitabilmente dall'istinto, o hunch, del singolo giudice (cfr. The judgement intuitive. The function of the « hunch » in judicial decisions, in Corn. L.Q., XIV 1929, p. 274 ss.). Taluni spunti del Hutcheson sono ripresi dal Frank in LMM, p. 103-104.

#### ORIGINE E CARATTERI

Non è il caso di trattare in questa sede nè dell'evoluzione dell'interpretazione costituzionale da parte della Corte suprema nè del progressivo mutare del rapporto quantitativo tra le materie rispettivamente disciplinate dal diritto comune e dal diritto statutario se non per mettere brevissimamente in rilievo un aspetto di questi due processi storici che suscitò l'interesse dei realisti ed il cui rilevamento costituì il punto di partenza della critica realistica: voglio dire il fatto che in seguito ad entrambi quei processi l'esperienza giuridica americana venne ad essere caratterizzata da un'estrema mobilità dei concetti giuridici.

L'evoluzione dell'interpretazione costituzionale infatti si articolò principalmente sulla base di continue modificazioni nel significato attribuito a concetti quali « property », « liberty », « due process of law ». Attraverso a queste modificazioni si rese possibile l'impiego del tredicesimo emendamento (32) e del quattordicesimo emendamento (33) (che erano in origine, come concordemente gli storici riconoscono, espressione della politica per l'emancipazione degli schiavi) per scopi diversi da quello perseguito dal legislatore storico. Si considerino ad esempio la nozione di « property » e quella di « liberty ». « Property » in common law aveva sempre significato — prima del la proprietà di una cosa materiale, quattordicesimo emendamento cioè a dire la disponibilità, nei limiti della legge, di un oggetto materiale avente un valore d'uso: mentre « liberty », pur essendo termine dotato di diversi significati, nel contesto del quattordicesimo emendamento era inteso dai contemporanei come equivalente a « stato non servile ». Tuttavia nel 1872 iniziò una serie di tentativi volti ad attribuire a « property » il significato di « complesso delle facoltà giuridiche attribuite ad un soggetto dal common law ed aventi un valore economico »; ed a « liberty » il significato di « diritto da parte dell'individuo di non vedere turbato da interventi legislativi l'equilibrio econo-

<sup>(32)</sup> Adottato nel 1865. Esso proibiva la schiavitù ed ogni tipo di limitazione non volontaria della libertà personale tranne che a titolo di sanzione penale.

<sup>(33)</sup> Adottato nel 1868. Esso proibiva ad ogni Stato di « privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito ad un processo legale regolare (due process of law) ».

mico esistente » (34). Quantunque nel 1872 la maggioranza della Corte Suprema non ritenne di attribuire quei significati a quei termini, proposte in tal senso vennero fatte negli anni immediatamente successivi (35) e, dopo alcune decisioni che rappresentano fasi intermedie

In queste opinioni di minoranza incomincia ad intravvedersi la tendenza ad interpretare il tredicesimo e quattordicesimo emendamento come affermazioni non già o non solo delle concezioni antischiaviste, bensì come formule di « costituzionalizzazione » della ideologia economica liberista. In particolare l'affermazione del giudice Swayne è di sapore fortemente ricardiano.

(35) Così nel 1884, nel Butchers Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S.S.C.R., 1884, p. 746 ss.), in cui la società che era stata vincitrice nel Slaughter House Case (vedi nota precedente) ricorreva contro la concessione di certi privilegi ad una società concorrente, privilegi incompatibili con il monopolio precedentemente attribuito alla Butchers Union. La Suprema Corte respinse il nuovo ricorso all'unanimità, ma il Field in una concurring opinion, iecheggiando un celebre passo di A. Smith in The Wealth of Nations (I, 123) osservò

<sup>(34)</sup> Il 1872 è l'anno in cui si presentò alla Suprema Corte il Slaughter House Case (in U.S.S.C.R., 1872 (Wallace), 16, p. 36 ss.). Il parlamento della Louisiana aveva attribuito ad una società commerciale l'esercizio in situazione di monopolio legale dei macelli per la città di New Orleans; contro tale atto (legislativo) i macellai della città ricorsero adducendo di essere stati « privati della loro proprietà e libertà senza regolare processo». Il ricorso fu respinto da una maggioranza di giudici che ritenne di non potersi scostare dal significato tradizionalmente attribuito alle parole; il giudice Miller, per la maggioranza, osservò che « sotto nessuna delle interpretazioni di quella disposizione che sono state sin'ora proposte è possibile concepire la limitazione al commercio dei macellai da parte dello Stato della Lousiana come una privazione di proprietà nel senso del quattordicesimo emendamento » (loc. cit., p. 87). Tuttavia vi furono delle dissenting opinions molto significative; il giudice Field disse che « il forzare una persona a lavorare... solo in una direzione o solo in un luogo determinato sarebbe quasi tanto oppressiva e costituirebbe una limitazione di libertà quasi tanto grande quanto l'obbligarla a lavorare a beneficio ed a piacere di un'altra, entrambe le cose realizzando un elemento della servitù » (loc. cit. p. 90); il giudice Bradley disse che « il diritto di scegliere la propria professione è parte essenziale di quella libertà la cui protezione costituisce lo scopo dello Stato (« government »); ed una professione, una volta scelta, costituisce una proprietà ed un diritto... Il diritto di scegliere è una parte della libertà dell'uomo, l'occupazione è una parte della sua proprietà » (Îoc. cit. p. 122); il giudice Swayne, finalmente, disse: « Proprietà è qualsiasi cosa abbia valore di scambio, ed il diritto di proprietà include il potere di disporre del valore a volontà del proprietario. Îl savoro è proprietà, e come tale merita protezione. Il diritto di disporre del proprio lavoro è, per importanza, simile al diritto alla vita ed alla libertà ».

del processo di cambiamento dei significati (36), i nuovi significati furono finalmente accettati in una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1897 (37). Non è il caso di addentrarsi nei problemi concernenti la portata, dal punto di vista storico economico, di un mutamento concettuale per cui la proprietà si ritiene lesa non solo dal venir meno del titulus e della possessio ma anche da una diminuzione dell'attitudine a produrre un reddito (sostituendo così alla proprietà-

che « La proprietà che ogni uomo ha sul suo lavoro, in quanto costituisce il fondamento originario di ogni altra proprietà, è la più sacra ed inviolabile di ogni proprietà » (loc. cit. p. 757).

Altri casi in cui simili affermazioni compaiono con crescente frequenza furono Powel v. Penn (nel 1887, presso la Corte Suprema degli S.U.) e People v. Marx e People v. Gillson (rispettivamente nel 1885 e nel 1888 presso la Corte Suprema dello Stato di New York).

(36) Da questo punto di vista è estremamente interessante la decisione data nel Minnesota Rate Case (Chicago, M. & St. P. Ry Co. v. Minnesota, in 134 U.S.C.C.R., 1890, p. 418 ss.) nel quale era in questione il potere di uno Stato di fissare per legge il prezzo massimo del trasporto di persone da parte di una compagnia ferroviaria privata. La Corte decise che lo Stato aveva questo potere, ma entro certi limiti e precisamente — con le parole del giudice Blatchford — disse che « questo potere di regolare non è potere di distruggere, e limitare non equivale a confiscare » (loc. cit. p. 456): il giudizio sulla confisca, cioè sulla « ragionevolezza » dei prezzi massimi essendo « eminentemente riservata alla autorità giudiziaria e richiedendo un regolare processo » (p. 458). In tal modo l'autorità giudiziaria era arbitra di determinare quando un intervento legislativo

fosse lesivo della « proprietà »: del tutto indipendentemente dalla indagine sul venir meno dei requisiti del titulus e della possessio che, per un common lauyer,

avevano sempre esaurito la nozione di property.

<sup>(37)</sup> Con l'Allgeyer Case (Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S.S.C.R., 1897, p. 578 ss.) ove la Corte Suprema unanime pronunciò che « La libertà menzionata in quell'Emendamento [il quattordicesimo] significa non solo il diritto del cittadino alla libertà da ogni coazione fisica sulla sua persona; infatti la parola è ritenuta coprire il diritto del cittadino al libero godimento di tutte le sue facoltà; di essere libero di usarle in ogni modo legittimo; di vivere e lavorare dove egli vuole; di guadagnare la vita con ogni professione legittima; di perseguire ogni tipo di guadagno e di entrare a tal fine in ogni contratto a ciò opportuno, necessario ed essenziale... » (p. 580) e concluse asserendo che « il godimento, in termini di uguaglianza con gli altri che si trovino in situazioni simili, del privilegio [potere] di perseguire una normale professione o commercio e di acquistare, tenere, vendere la proprietà è parte essenziale della libertà e della proprietà così come esse sono garantite dal quattordicesimo emendamento » (p. 589).

dominium la proprietà-valore di scambio) (38); nè è il caso di iniziare l'analisi delle modificazioni che, attraverso ad una nuova e diversa

(38) Analisi del mutamento del concetto di property nella giurisprudenza della Suprema Corte americana dal punto di vista storico economico sono state fatte a partire dallo studio del 1924 di John R. Commons, Legal foundations of capitalism (3ª ristampa Madison 1957, cf. spec. cap. II). Anche prima tuttavia il Veblen ed altri istituzionalisti americani avevano preso in considerazione questi processi di modificazioni concettuali a livello autoritativo. Di qualche utilità per una comprensione dei mutamenti di significato della locuzione due process of law è il cap. IX del recente studio di Ernst Wolf, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten, Basel 1961.

Per quanto riguarda la nozione di property, è forse opportuno un inciso. Il mutamento del significato di property di cui si parla nel testo (da « dominium » a « valore di scambio ») rappresentava senza dubbio alcuno una grossa novità nel common law dell'ottocento, dato il fatto che, nei sistemi di common law non essendosi verificata la frattura col passato costituita da una codificazione del diritto civile che si accompagnava alla ideologia della sufficienza della codificazione, il significato che il termine aveva (nell'uso dei tribunali) precedentemente alle decisioni discusse si ricollegava, senza apparenti fratture di continuità, ai significati medioevali del termine property: e come è noto, per tutto il periodo intermedio, il dominium del proprietario era ritenuto perfettamente compatibile con la più larga gamma di vincoli imposti dai titolari di diritti (più) eminenti.

Da questo punto di vista, il mutamento giurisprudenziale descritto nel testo adempiè alla stessa funzione economica alla quale aveva adempiuto la codificazione francese: sia in seguito alla codificazione francese sia in seguito alle sentenze ricordate il proprietario venne a trovarsi nella titolarità di un diritto eminente, sul quale lo Stato non avrebbe potuto imporre vincoli o che comunque lo Stato non avrebbe potuto limitare in qualche modo che fosse ripugnante « al concetto di proprietà », cioè ripugnante a ciò che secondo la dottrina o ideologia giuridica dell'epoca la « proprietà » avrebbe dovuto essere. La affinità del regime della proprietà instaurato dalla codificazione francese e dalla giurisprudenza americana (ovviamente: la affinità sotto questo specifico profilo) non viene annullata dal fatto che nella codificazione francese vi era la riserva di legge (« facoltà di godere e disporre nei limiti della legge ») dato che la riserva di legge esisteva, come riserva generale, anche in regime di common law. Inoltre, in entrambi i casi, una dottrina che concepiva la proprietà come diritto eminente e l'ordine giuridico come il sistema delle tutele dei diritti soggettivi, permetteva di giocare il «concetto» di proprietà contro ogni tipo di interferenza legislativa volta a disciplinare l'uso dei beni.

Peraltro una ideologia legalistica e la presenza della riserva di legge confluivano nel limitare nei paesi in cui vigeva la codificazione francese o una codificazione da quella derivata, la possibilità di configurare come « espropriazione » la limitazione dell'uso dei beni imposta per via di legge generale. Dopo le famose divergenze tra la Camera ed il Senato in Francia all'inizio del secolo

rilevanza di alcuni termini derivata da una diversa prospettiva nella descrizione dei processi di formazione della ricchezza, l'influenza del pensiero liberale da Smith a Spencer ha provocato nel common law in senso lato (39): basta rilevare come, attraverso al processo accennato, delle modificazioni importantissime nella normativa americana (addirittura a livello costituzionale) siano avvenute non in seguito ad atti legislativi e a modificazioni delle norme in quanto documento scritto bensì in seguito a successive attribuzioni di valori diversi da parte di un organo giudiziario (40) a termini codificati, invariato restando il « documento » normativo. Dopo gli inizi cui ci siamo riferiti, il « documento » del tredicesimo e del quattordicesimo emendamento venne sempre chiamato in causa ogni qualvolta in qualsiasi campo (orario massimo di lavoro, assicurazioni obbligatorie, tariffe, ecc.) si presentava un intervento legislativo inteso a regolare (nel senso più generico) la vita economica della nazione. Poichè col cambiare delle persone fisiche dei giudici cambiava anche l'estensione attribuita ai termini contenuti nel documento (41), si venne diffondendo l'idea che l'attività

circa l'interdizione dell'uso di certi tipi di biacca in quanto dannosi (la maggioranza del Senato ritenne per alcuni anni che nel fare una simile legge si sarebbe leso il diritto di proprietà dei proprietari di fabbriche di biacca, e che perciò la legge avrebbe avuto carattere espropriativo e conseguentemente sarebbe stato necessario addivenire ad una parallela disciplina del risarcimento agli « espropriati »), divergenze superate con la promulgazione della legge 20 luglio 1909, nessuno più ha sostenuto in Europa la natura espropriativa di vincoli imposti alla proprietà privata in seguito a legge generale sia pure integrata da un accertamento (anche amministrativo) dei presupposti di fatto: anche nel caso di vincoli sulla destinazione economica del bene (come nel caso del vincolo alberghiero). Nessuno, tranne il Sandulli, che nella relazione al Gonvegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio (San Remo, 8-10 dicembre 1961) ha sostenuto la natura espropriativa dei provvedimenti di vincolo paesistico, allo scopo di creare un diritto di indennizzo a favore dei proprietari di immobili assoggettati a vincolo da legge generale seguita da un provvedimento di accertamento.

<sup>(39)</sup> Analisi che purtroppo non è mai stata fatta, se non in maniera superficiale e generica.

<sup>(40)</sup> Le teorie che configurano le corti supreme statali e specialmente la Suprema Corte degli S.U. come organi legislativi esprimono solo un artificio verbale inteso a mettere d'accordo l'ideologia della separazione dei poteri con il fatto della creazione di nuovo diritto da parte di tali corti.

<sup>(41)</sup> Gli studi che si sono occupati di questi fatti sono ormai tanto numerosi che non è nemmeno possibile qui tentarne una enumerazione. Molto spesso

del giudice fosse un'attività politica: idea confortata da espressioni contenute nelle opinioni dei giudici, fossero esse di minoranza o di maggioranza, e dall'esistenza di grandi figure di giudici palesemente poco proclivi a rendere decisioni sulla base di argomentazioni di quel tipo che si suole chiamare tecnico giuridico, e proclivi invece a motivare secondo « opportunità » o « esperienza » o « necessità sociali » o qualche altro termine che sta a significare « scelta politica ». In una parola, si venne determinando una situazione in cui, rispetto ad importanti settori dell'esperienza giuridica americana, un osservatore che avesse enunciato (a) che invariate restando le leggi (i documenti) la decisione di controversie identiche muta; (b) che ciò che determina le decisioni è l'estensione dei concetti impiegati; (c) che tale estensione è in funzione delle scelte dei giudici e della composizione fisica dei tribunali; (d) che i giudici compiono tali scelte in vista dei risultati in senso lato politici; avrebbe enunciato proposizioni approssimativamente vere cioè dal punto di vista descrittivo valide.

Se spostiamo lo sguardo sul diritto statutario, ci troviamo di fronte ad una battaglia sui significati simile a quella che si sviluppa attorno al documento costituzionale. Ciò avviene soprattutto sulla base di due tendenze. La prima si esprime in una specie di presunzione, che le corti hanno tentato di stabilire e che ha avuto un certo successo sino agli anni intorno al 1930, secondo la quale sino a prova contraria il diritto statutario è dichiarativo del common law epperciò deve essere per quanto possibile interpretato secondo common

si è parlato, a questo proposito, della Corte Suprema di prima e di dopo le nomine dei nuovi giudici da parte di F. D. Roosevelt. Sulla Corte « rooseveltiana » lo studio più importante resta forse quello di C. H. Pritchett, The Roosevelt Court. A study in judicial policies and values, 1937-1947, New York 1948; dello stesso Pritchett si veda anche The American Constitution, New York 1959. Tra le opere di giuristi continentali si veda A. ed S. Tunc, Le système, cit. vol. 1 par. 123. In linea generale si vedano: E. S. Corwin, The constitution and what it means today, 2ª ed. Princeton 1954; e T. R. Powell, Vagaries and varieties in constitutional interpretation, New York, 1956. Recentemente uno scrittore ha osservato che il significato del Quattordicesimo Emendamento non è diverso da quello che avrebbe la formula: « nessun w deve essere x senza x » ove a w, x e x possono essere attribuiti valori compresi in una gamma molto estesa (J. D. March, Sociological jurisprudence revisited, in Stan. L.R., 1956, a p. 518; citato da H. L. A. Hart, The concept of law, Oxford, 1961, pp. 12-13).

law (42), presunzione che si è rivelata particolarmente esiziale per le varie codificazioni — specialmente della procedura — che si erano attuate a partire dagli ultimi decenni dell'ottocento (43). Da questa presunzione è scaturita molto spesso una tendenza per cui, ad arbitrio delle corti, la portata degli interventi legislativi veniva limitata oltre misura in quanto si riteneva che la norma statutaria non « intendesse » scalfire quelli che si ritenevano essere i principî fondamentali del diritto comune (e che di solito altro non erano che i postulati del liberismo economico).

La seconda tendenza consiste nell'estendere la portata di disposizioni statutarie, interpretate ricorrendo ai principî veri o supposti del diritto comune ed ai dogmi attribuiti alla costituzione, sino a coprire situazioni palesemente diverse da quelle contemplate dal legislatore storico: con il risultato, spesso, di ostacolare o porre nel nulla interventi statutari successivi. Ciò avviene così: in primo luogo uno statuto viene esteso a situazioni le più disparate, in base a dogmi di

<sup>(42)</sup> Giurisprudenza costante. Es.: United States v. Wong Kim Ark, 169 U.S.S.C.R. 649 (1898); Schick v. United States, 195 U.S.S.C.R. 65 (1904); Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S.S.C.R. 1 (1911); Duplex Printing Press Co. v. Deesing, 254 U.S.S.C.R. 443 (1921); Grosjean v. American Press Co., 297 U.S.S.C.R., 233 (1936). Tale giurisprudenza è poi stata abbandonata, anche sotto la pressione del *New deal*: cfr. ad es. S.E.C. v. Joiner Corp., in 320 U.S.S.C.R., 344 (spec. 350-351).

Si vedano: R. Pound, Courts and legislation, in The science of legal method, 1917, p. 202 ss.; E. Bruncken, The common law and statutes, in Y.L.J.; XXIX, 1920, p. 516; anche, dello stesso autore, Interpretation of the written law (1938) rist. Cambridge (Mass.) 1950, spec. p. 47, 60-61, 70; W. H. Hamilton, The law and Mr. Blackstone, in Col. L.R., XXXIX, 1939, p. 724 (spec. p. 737 ss.); J. R. Leach, Interpretation of statutes in derogation of the common law, in Vander. L.R., III, 1950, p. 438. Secondo il Frank (A sketch of any influence, in Interpretations of modern legal philosophies. Essays in honor of R. Pound, New York 1947, p. 231-233), tale tendenza si ricollega all'influsso esercitato dal Blackstone.

<sup>(43)</sup> Riferendosi al Code of Civil Procedure di New York (quello redatto dal Field) il Pound osservava che esso « non ebbe efficacia in molti punti importanti in cui le disposizioni erano ben calcolate rispetto alle finalità assunte, a causa del fatto che moltissimi tra i giudici che furono chiamati ad applicarlo erano determinati a limitarne l'efficacia ed a preservare i principi ed i dogmi della vecchia procedura ovunque ciò fosse possibile ». (Some principles of procedural reform, in Ill.L.R., IV, 1910, 388 ss., cf. 390).

common law (44); in secondo luogo, quando un nuovo intervento legislativo viene a regolare situazioni diverse da quelle previste dal legislatore storico del primo intervento ma ricomprese in quella estensione secondo i dogmi, si crea antinomia tra le due disposizioni statutarie; finalmente si risolve l'antinomia a favore del primo statuto, asserendo che il secondo, come regola di un caso particolare, contravviene al precetto costituzionale della eguaglianza di fronte alla legge (45).

Anche in questi casi la « normativa » veniva ad essere non tanto l'espressione di una legislazione quanto l'espressione di provvisori equilibri raggiunti dalle corti circa l'estensione di concetti dogma-

<sup>(44)</sup> Esempio tipico è offerto dalla estensione dello Sherman (Anti-trust) Act sino ad applicarlo anche alle *Unions* dei lavoratori, contro la volontà del legislatore storico. I dibattiti del congresso su questo Act si trovano nel vol. 21 del Record, specialmente 27 marzo, 1890. Il 25 marzo, 1890, il senatore Sherman aveva fatto opposizione ad un « proviso » (emendamento) escludente le organizzazioni dei lavoratori e degli agricoltori dai termini dell'atto. Questo « proviso » venne respinto quando la legge venne riportata in assemblea (senato) il 2 aprile 1890. Come osservano F. Frankfurter e N. Greene, Legislation affecting labor injunctions (in Y.L.J., XXXVIII, 1929, 879 ss., cfr. p. 883 n. 13), il Record non permette di stabilire esattamente se l'opposizione al « proviso » fosse determinata da motivi sostanziali o semplicemente dall'opinione che il tenore della legge di per sè escludesse il « labor » e pertanto il proviso (emendamento) fosse inutile. In quest'ultimo senso si leggono nel Cong. Rec. vol. 21 (1890) i discorsi del senatore Hoar (2729) del senatore Stewart (2606) del senatore Teller (2562). Il senatore Hoar fu colui che, come membro del Judiciary Committee (Commissione Giustizia), formulò la legge. Tuttavia l'act fu « costruito » in modo da riferirsi alle Unions. Es.: Conolly v. Union Sewer Pipe Co., 184 U.S. 540; 22 Sup. Ct. 431 (1902).

<sup>(45)</sup> A titolo di esempio, un brano della prosa di R. A. Taft (sen.), The Anti-Trust Act and the Supreme Court, New York, 1914, pp. 98-99: « Si stanno facendo da parte del Congresso tentativi per escludere le trade-unions ed i coltivatori dalla applicazione della legislazione antitrust; io spero che ciò non avvenga. Una legge contenente tale esenzione fu emanata dal legislativo dell'Illinois. Essa fu ritenuta invalida dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in quanto negava ad ogni cittadino dell'Illinois eguaglianza di fronte alla legge (equal protection of laws). Per quanto il caso fosse deciso sulla base del 14° Emendamento che proibisce ad uno stato di negare l'eguaglianza di fronte alla legge a qualsiasi soggetto su cui ha giurisdizione, si potrebbe porre il problema se la Corte Suprema non possa trovare nei primi otto emendamenti una proibizione anche per il Congresso di porre in atto una legislazione avente simili ingiusti obiettivi ».

tici (46) mentre la legislazione rivelava la sua impotenza in clausole (che si ripetevano come le grida manzoniane, e con gli stessi risultati) che proibivano di « costruire » le disposizioni precedenti in determinati modi (47).

Cosicchè i richiami a concezioni sistematiche, quali erano quelli espressi dalla tendenza a mettere in relazione il diritto statutario sia con il diritto comune sia con il diritto statutario precedente, si rivelavano nell'esperienza americana fattori piuttosto di incertezza che di certezza giuridica.

\* \* \*

Quantunque non sia il caso di parlare di « determinazioni », è certo che un situazione quale quella brevemente tratteggiata era de stinata a favorire il sorgere sia di analisi giuridiche sociologiche sia, più in generale, di teorie giuridiche di tipo descrittivo. In una situazione quale quella descritta, una serie di enunciati in termini di « dovere », cioè una serie di regole in base alle quali i giudici ed i consociati « devono » agire, non può avere che un assai scarso valore informativo. Perciò quella descritta è una situazione in cui facilmente il giurista è portato a fare un discorso che ha per oggetto non tanto il (o un) linguaggio normativo bensì una serie di fatti e di comportamenti, l'enunciazione di proposizioni normative essendo intesa come — appunto — comportamento.

<sup>(46)</sup> Anche le tendenze « progressiste », volte a dare efficacia alla legislazione economica e sociale, si avvalevano quasi esclusivamente (tranne nel caso di Holmes) di argomenti concettualisti. Persino il Pound, allora giudice della Corte Supr. del Nebraska, nel rovesciare la giurisprudenza precedente si trovò a motivare secondo gli schemi di un esasperato concettualismo, e non secondo considerazioni di « ingegneria sociale »: egli arrivò ad esprimersi nei termini seguenti: « la distinzione tra beni e merci prodotti da arte e lavoro e l'arte ed il lavoro che li producono è manifesta e ragionevole » (in Cleland v. Anderson, 1902, 66 Neb. 252, cf. p. 260).

<sup>(47)</sup> Esempio tipico, nel campo dell'estensione delle leggi anti-trust alle *Unions*, la sez. 6 del Clayton Act (14 ott. 1914), che è tutta un susseguirsi di divieti di « *constructions* ».

3. Alcune condizioni culturali rilevanti nella genesi del movimento realista.

Spesso accade che, nel tracciare linee di sviluppo storico del pensiero giuridico o nel descrivere varie correnti o indirizzi operanti nello stesso momento, si proceda a contrapposizioni frettolose o comunque basate sulla considerazione esclusiva di uno degli aspetti delle correnti che si contrappongono. Così è stata assai diffusa la tendenza a contrapporre il realismo giuridico alla giurisprudenza analitica americana (quella derivata dall'Austin). Si tratta di una contrapposizione che, pur fondata su indubbie diversità dei due indirizzi e pur utile ai fini di classificazioni generalissime, è tuttava il risultato della adozione di una ben precisa premessa sul significato storico della giurisprudenza « analitica » (nel senso austiniano e non moderno) in genere, e dei giuristi americani influenzati dall'Austin in ispecie: precisamente si tratta di quella concezione secondo la quale l'austinismo si risolve in una teoria generale del diritto, ove « generale » sta per « pura », ed in una implicita teoria dell'argomento giuridico come argomento logico (48).

Ai fini del presente studio, tuttavia, sono anche gli aspetti utilitaristici della giurisprudenza analitica, specie nelle versioni americane, a richiamare

<sup>(48)</sup> Questa concezione dell'austinismo è probabilmente derivata dalla attenzione che giuristi quali Roguin e Kelsen hanno rivolto all'Austin (Cfr. H. Kelsen, Teoria generale del diritto e dello Stato, Tr. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, pp. 30-34, 62-65, 71-74, 94-96, 129-130; Id., La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica, tr. come Appendice a La dottrina pura del diritto, tr. it. di R. Treves, Torino 1956, pp. 145-177; E. Roguin, La science juridique pure, vol. I, Paris 1923, pp. 3-59). Al suo formarsi hanno probabilmente contribuito anche quelle diffuse deformazioni del pensiero del Kelsen secondo le quali questi sarebbe anche un teorico dell'argomentazione giuridica.

Inutile dire che, quantunque unilaterale possa essere questo modo di concepire l'austinismo, esso ha avuto storicamente una grande importanza dato che le suggestioni e le influenze che l'austinismo ha esercitato sono state quasi sempre in funzione di una «logicizzazione» e «depurazione» della scienza giuridica. Da questo punto di vista restano sostanzialmente giustificate quelle trattazioni di insieme che collocano lo Austin sotto rubriche comprendenti anche Roguin e Kelsen: come ad es. J. Stone, The Province and function of law, 2ª ed. Sydney 1950, ove l'Austin viene considerato sotto la rubrica «Law and logic», in compagna di Kelsen, Roguin ed Hohfeld, anche se altri aspetti del pensiero austiniano sono trattati sporadicamente sotto altre rubriche (cfr. anche infra, cap. II, nota 27).

Molto spesso questa contrapposizione si pone come schema o paradigma della generale contrapposizione tra « positivismo giuridico » (nella accezione ristretta secondo cui la locuzione indica l'attitudine metodologica secondo cui compito del giurista è esclusivamente quello di sottoporre ad analisi il discorso del legislatore (49)) da una parte, e giurisprudenza sociologica dall'altra (50).

Eppure, al di là di questa contrapposizione, sono stati messi talvolta in rilievo — specie recentissimamente — taluni motivi di fondo che sarebbero comuni tanto alle correnti austiniane come al movimento realista. Questi motivi comuni sarebbero riconducibili ad

l'attenzione. Per una informazione generale sul pensiero dell'Austin e sulle sue componenti utilitaristiche si veda ora la bella indagine di A. AGNELLI, John Austin alle origini del positivismo giuridico, Torino 1959.

<sup>(49)</sup> Come è noto, con « positivismo giuridico » si sono designate cose talora anche molto diverse; solo recentemente gli impieghi di tale locuzione sono stati sottoposti ad analisi. Tra queste analisi è opportuno ricordare H. L. A. Hart, Positivism and the separation of law and morals, in H.L.R., LXXI, 1958, p. 593 ss.; N. Bobbio, Sul formalismo giuridico, in R.I.D.P.P., I, 1958, p. 977 ss.; e, da ultimo e con particolare cura, M. A. Cattaneo, Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale, in Rendiconti dell'Istituto lombardo, Classe di lettere, XCIV, 1960, p. 701 ss. Mi permetto rinviare anche alla voce Formalismo in Noviss. Dig. It., redatta da chi scrive. Per quanto concerne in particolare il senso in cui la dottrina austiniana può dirsi « positivista » si veda il fondamentale lavoro di Agnelli, cit.; e, da ultimo, S. E. Stumpf, Austin's theory of the separation of law and morals, in Vander. L.R., XIV, 1960, p. 117 ss.

<sup>(50)</sup> Su questa linea il Kelsen, La dottrina pura, cit. p. 154 nota: « Considero come i più caratteristici rappresentanti americani della giurisprudenza sociologica coloro che di solito sono conosciuti come i rappresentanti del realismo giuridico americano». Il Kelsen identifica « giurisprudenza sociologica » e « sociologia giuridica », con entrambe le locuzioni intendendo qualsiasi metodologia giuridica diversa dal positivismo giuridico nel senso indicato dal testo. Inutile dire che le locuzioni « giurisprudenza sociologica » e « sociologia giuridica » dovrebbero essere sottoposte ad analisi non meno accurate di quelle cui è stata sottoposta la locuzione « positivismo giuridico ». Una prima analisi degli impieghi delle due locuzioni, in funzione di una definizione stipulativa, era stata fatta da J. Stone, The province, cit., pp. 391-399. Più recentemente alcune messe a punto si sono avute nelle journées de philosophie du droit organizzate a Strasburgo nel novembre 1956 dal prof. M. VILLEY, sul tema La méthode sociologique et le droit, Paris 1958; con interventi di Batiffol, Bobbio, Carbonnier, Coing, Eisenmann, Esser, Fechner, M. S. Giannini, Le Bras, Lévy-Bruhl, Orestano, Roubier. Cfr. anche R. Treves, Considerazioni intorno alla sociologia giuridica, in R.T.D.P.C., 1960, p. 169 ss.

influenze che entrambe le correnti avrebbero subito — sia pure attraverso mediazioni diverse — dal pensiero benthamiano (51). Inoltre la contrapposizione è stata negata, in nome di un'altra ed ancor più generale contrapposizione, dalle nuove voci del giusnaturalismo americano che ha creduto di poter accomunare i due movimenti sotto il profilo del loro comune antigiusnaturalismo: comune, ancora una volta, perchè (dicono quei giusnaturalisti americani) in entrambi i casi di marca utilitaristica (52). Non appare perciò fuori luogo accennare qui ad alcuni aspetti della tradizione benthamiana ed austiniana in America, aspetti che sarebbero stati accolti dal realismo giuridico o comunque ne avrebbero influenzato o ne avrebbero giustificato talune impostazioni (53).

Gli aspetti della risalente tradizione benthamiana (54) su cui occorre ai presenti fini richiamare l'attenzione sono tre: e precisa-

<sup>(51)</sup> Sul nesso di continuità tra benthamismo e realismo giuridico ha insistito soprattutto A. Giuliani, Los presupuestos de la filosofia del derecho norteamericana, in A.F.D., IV, 1956, pp. 215-308, riassunto col significativo titolo Dal positivismo « benthamiano » al realismo giuridico, in Il pensiero americano contemporaneo (a cura di F. Rossi Landi), Milano 1958, p. 117 ss. Nello stesso senso ora W. Morison, Some myth about positivism, in Y.L.J., LXVIII, 1958, p. 211 ss.

<sup>(52)</sup> Le più importanti tra queste voci giusnaturalistiche sono quelle di L. Fuller, del quale si vedano a questo proposito American legal realism in U.Pa. L.R., LXXXII, 1934, p. 429 ss. e The law in quest of itself, Chicago 1940 (spec. pp. 45-65); e di F. C. S. Northrop, di cui si veda The complexity of legal and ethical experience, Boston-Toronto, 1959 (spec. il cap. III, che era stato precedentemente pubblicato col titolo Philosophical issues in contemporary law, in N.L.F. II, 1957, p. 41 ss.). Sul giusnaturalismo del Northrop vedi la recensione di Tarello in N.L.F., VI, 1961, p. 180 ss. Alcuni giudizi di E. Bodenheimer (Jurisprudence, New York 1940, p. 314, ed ora più diffusamente Analytic positivism legal realism and the future of legal method, in Va. L.R., XLIV, 1958, p. 365 ss.) sono una parafrasi delle tesi del Fuller.

<sup>(53)</sup> Il fatto che sia utile, per cogliere la genesi storica del realismo, mettere in rilievo quegli elementi della tradizione benthamiana ed austiniana che furono recepiti o comunque condizionarono quel movimento, non deve a nessun patto indurre a minimizzare le radicali differenze che dal punto di vista teorico sussistono tra il metodo analitico ed il metodo dei realisti. Dove vi è continuità dal punto di vista storico può esservi un abisso dal punto di vista del *metodo* giuridico. Di ciò non hanno, a mio giudizio, tenuto conto gli autori ricordati nelle note precedenti; cioè il Giuliani, il Morison, il Fuller ed il Northrop.

<sup>(54)</sup> Sul benthamismo in America si vedano in vario senso: M. RADIN, Handbook of Anglo-American legal history, St. Paul Minn., 1936; R. POUND,

mente una concezione strumentalistica del diritto (la norma giuridica considerata strumento della organizzazione della società), la critica del common law e delle sue tecniche e gli atteggiamenti di alcuni tardi esponenti di questa tradizione nei confronti della posizione del giudice nel sistema delle fonti.

Concezione strumentale del diritto e critica del common law (specialmente dello stare decisis) sono già palesi nell'opera della più notevole figura di riformatore giuridico e di teorico del diritto codificato della storia americana dell'ottocento: voglio dire Edward Livingston (1764-1837), il seguace ed amico di Bentham e codificatore della Louisiana (55). Tutta l'opera del Livingston si articola su di un attacco a fondo, sulle linee del Bentham, alla ideologia tradizionale del common law come law of the land (e perciò contro la concezione giusnaturalistica della common law); specialmente colpendo la concezione secondo cui il diritto preesiste alla decisione e viene « scoperto » dal giudice (56). Secondo il Livingston, il common law consiste in « regole non scritte ... promulgate dai giudici ... di

The formative era of American law (1938), rist. 1950; P. A. Palmer, Benthamism in England and America, in Am. P. Sc. R., 1941, p. 855; C. W. EVERETT, Bentham in the United States of America, in Jeremy Bentham and the law (a cura di G. W. Keeton e G. Schwarzenberger), London 1948, p. 185 ss.; C. Williamson, Bentham looks in America, P.S.Q., 1955, p. 543 ss.; A. Giuliani, Los presupuestos, cit., pp. 25-49 dell'estratto. Everett e Palmer tendono a considerare modesta l'influenza del Bentham in America; Giuliani invece tende a considerarla determinante, anche se prevalentemente indiretta. Una grande importanza alla tradizione benthamiana in America attribuisce anche il Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Milano 1962, p. 454 segg.

<sup>(55)</sup> Sotto la direzione del Livingston la Louisiana come è noto si diede sette codici, e precisamente il Civil Code, il Commercial Code, il Code of Practice, il Code of Crimes, il Code of Procedure (proc. penale), il Code of Evidence ed il Code of Reform and Prison Discipline. Il Livingston è più noto come legislatore che come studioso; tuttavia egli si dedicò a studi penalistici che sono importantissimi per i tempi in cui vennero compiuti, e che purtroppo non sono stati più pubblicati dopo la rarissima edizione del 1873, Complete Works of Edward Livingston on Criminal Jurisprudence, in due volumi. Sul Livingston, oltre a Pound, The formative era, cit., si veda M. Franklin, Concerning the historic importance of E. Livingston, in Tulane Law Review, XI, 1937, p. 163 ss. Si veda anche l'articolo del Mitchell, ivi.

<sup>(56)</sup> Per un tentativo di spiegazione storica e psicologica di questo atteggiamento M. Franklin, op. cit., p. 172-175.

autorità incerta ... e che devono essere applicate secondo alcuni scrittori anche quando ingiuste ed assurde; e, secondo altri scrittori, debbono essere invece modificate secondo i principi della ragione e della legge divina, cioè a dire dal capriccio dal bigottismo o dall'entusiasmo del giudice » (57). Ed il punto su cui la critica alla concezione dominante si fa più forte è, e ciò è assai importante, la nozione di stare decisis: il principio dello stare decisis sarebbe « una massima che usurpa il posto della legislazione ordinaria; ma la sua sfortuna, come quella di ogni altro potere illegittimo, sta in ciò, che la sua autorità è incerta e vacillante; tale massima è diritto o non lo è a seconda della discrezione o delle passioni dei giudici posteriori » (58).

Nonostante talune vicende personali del Livingston possano far pensare diversamente (59), la battaglia codificazionistica da lui condotta non sembra collegarsi ad una antistoricistica accettazione dell'esistenza di diritti innati — nel senso in cui una simile concezione giocò nel processo di codificazione in Francia —; e neppure alla visione di una legislazione staticamente perfetta. L'aspetto più originale ed, ai fini di questo lavoro, più rilevante del codificazionismo del Livingston consiste in una concezione per cui (a) una codificazione rispecchia il momento storico in cui si compie e (b) ogni legislazione costituisce un punto di partenza per una legislazione ulteriore (60). Insomma, a differenza di quanto di solito sta dietro all'ideologia dei codificatori, la codificazione non viene concepita come « sistemazione », nè tanto meno come sistemazione di diritti innati, bensì come atto politico, storicamente condizionato (61).

(58) Complete Works, cit., p. 171.

<sup>(57)</sup> Complete Works, cit., vol. I, p. 173.

<sup>(59)</sup> Voglio alludere alla sua permanenza in Francia (come ambasciatore) e alla sua lotta per una carta dei diritti della Louisiana (su quest'ultimo punto cf. Franklin, op. cit.).

<sup>(60)</sup> Cfr. Complete Works, cit., vol. II, p. 3: « Nessun atto di legislazione può nè deve essere immutabile. Cambiamenti sono resi necessari dal mutare delle circostanze »; e, p. 173: « Il miglior codice che possa venir promulgato non è che uno schema (framework) su cui se ne costruirà uno migliore ».

<sup>(61)</sup> L'atteggiamento in parte benthamiano del Livingston pone certamente una pesante ipoteca sul suo storicismo nei confronti della creazione giudiziale del diritto. Tutta la polemica contro la creazione giudiziale del diritto, se da una parte riposa su di una esatta valutazione della debolezza teorica della ideologia tradizionale, tuttavia appare insensibile al concreto emergere di forze e

Dopo il Livingston, peraltro, la tradizione benthamiana non si esprime in figure di grande rilievo: tranne forse quella di David Dudley Field (62) il quale pure, come il Livingston, mostrò in vari scritti di concepire l'attività del giurista come condizionata dalla funzione di riforma (63). La tradizione benthamiana lungo tutto il secolo scorso si identificò in America con i vari tentativi di codificazione, e (nonostante trovasse espressione anche in libri relativamente diffusi (64)) fu in realtà poco operante così come poco successo ebbero quei tentativi (65).

Grande importanza invece ebbe — e grande rilievo ai fini di questo studio — il diffondersi verso la fine del secolo scorso di quella che potrebbe dirsi la seconda ondata benthamiana; e precisamente quella

soluzioni storiche nuove nell'opera giurisprudenziale e proprio sotto formule incoerenti, recepite dall'ideologia tradizionale del common lawyer. Questa insensibilità, che si traduce in una schematica divisione dei compiti legislativo e giudiziario, è rinforzata da una altrettanto « illuministica » concezione dell'interpretazione. Infatti secondo L. la interpretazione può (appunto in quanto può deve) non essere innovatrice rispetto alla norma legislativa: Cfr. il Report of Commission on Revision of the Louisiana Civil Code, 1823, p. 5; Complete Works, vol. I., p. 170 e 231. Sono proprio questi ultimi elementi che verranno gradualmente meno dei filoni benthamiani del pensiero giuridico americano, sino a pervenire ad una impostazione radicalmente nuova dei rapporti tra norma e decisione-interpretazione.

(62) Egli progettò codificazioni dello stato di New York. A lui si debbono stesure di un Civil Code, un Code of Civil Procedure, un Penal Code, un Code of Criminal Procedure, un Code of Evidente ed un Political Code. Nel 1872 egli pubblicò un progetto di codice del diritto internazionale pubblico (Outline of an international code, 2 Voll.). Sul Field, S. Netton Fiero, David Dudley Field and his work, in Rept. N. Y. St. Bar Ass., VII, 1895, p. 177 ss. Ma specialmente Pound, The formative era, loc. cit.; Reuchlein, Jurisprudence, cit. p. 69 ss.; M. De Wolfe-Howe, Readings in American legal history, Cambridge (Mass.) 1949, p. 492 ss.

(63) Gli scritti del Field furono raccolti in due volumi, 1884 e 1890, col titolo: Field's Speeches, Arguments, Miscellaneous Papers (a cura di Sprague).

(64) Ad es. in Laws and Jurisprudence of England and America (1894) di J. F. Dillon. Sull'influenza del Dillon, in senso diverso da quello espresso nel testo, cfr. C. E. Jacobs, Law writers and the courts. The influence of Cooley. Tiedeman and Dillon upon American constitutional law, Berkeley 1954.

(65) Un discorso a parte, tuttavia, occorrerebbe fare per l'influenza benthamiana sul diritto probatorio. Su ciò si vedano: G. W. Keeton e O. R. Marshall, Bentham's influence on the law of evidence, nel volume Jeremy Bentham and the law, cit.; A. GIULIANI, Il concetto di prova, Milano 1961, p. 237 ss.

rappresentata dai giuristi che sentirono l'influenza dell'Austin. Da una parte la influenza austiniana si esercitò sul Langdell, il quale nel proporre la riforma del metodo d'insegnamento del diritto nelle università sulla base dello studio dettagliato di alcune decisioni considerate come tipiche soluzioni di « casi » o controversie che effettivamente si presentano (case method) (66), poneva come presupposto implicito del metodo una concezione sistematica del diritto (67) che era, senza dubbio, di derivazione austiniana. Da questa parte, tra il benthamismo e l'austinismo da un lato ed il realismo giuridico dall'altro non vi è continuità ma frattura: proprio contro le concezioni sistematiche e contro il case method i realisti hanno condotto una delle più importanti loro battaglie (68).

Da un'altra parte l'austinismo esercitò una notevole influenza su John C. Gray, uno dei più importanti e conosciuti teorici del diritto americani nel periodo a cavallo tra i due secoli. La derivazione del pensiero del Gray da quello dell'Austin è palese sia in quanto il Gray concepisce la scienza giuridica come analisi di « comandi » e ricostruzione di questi « comandi » per principi sempre più generali, sia in quanto egli propone una distinzione — su linee austiniane — tra « particular jurisprudence » e « general jurisprudence », sia infine in quanto egli esclude si possa qualificare come « law » il diritto internazionale pubblico. Tuttavia, senza dubbio a causa della peculiarità dell'esperienza giuridica americana, il Gray insiste sulla funzione dei

(66) Su cui si veda da ultimo A. Giuliani, Sistematica e « case method » come metodi di istruzione giuridica in Jus, VIII, 1957, p.

<sup>(67)</sup> Sulla concezione del « diritto come sistema » implicita nella scuola langdelliana ha richiamato l'attenzione, oltre ai realisti, anche J. Dickinson, Legal rules. Their function in the process of decision, in U.Pa. L.R., LXXIX, 1931, p. 834. I più importanti seguaci del Langdell e perfezionatori del « case method » furono lo Swan (prima decano della Harvard Law School e poi giudice) ed il prof. J.B. Thayer (di Harvard): entrambi austiniani.

<sup>(68)</sup> Vedi *infra*, capp. II e III. Il tentativo del Fuller e del Northrop di stabilire una continuità tra questa scuola ed il realismo si risolve praticamente nella osservazione che entrambe le correnti sono anti-giusnaturaliste. Tale osservazione è, fra l'altro, equivoca perchè probabilmente un realista non esiterebbe a definire giusnaturalista la concezione austiniana del « sovrano », laddove un austiniano non esiterebbe a designare giusnaturalista una ricerca che si propone di cercare regole giuridiche diverse dai comandi che derivano immediatamente o mediatamente dal « sovrano ».

tribunali in misura molto maggiore di quanto Austin non avesse fatto, e sembra talvolta vedere nelle decisioni dei tribunali il dato primario su cui la scienza giuridica deve lavorare. Troviamo così dapprima affermazioni secondo cui la scienza giuridica (jurisprudence) è «la scienza (science) che si occupa dei principi su cui i tribunali devono decidere i casi » (69) ed in seguito, nell'opera più matura, affermazioni più decise come quella secondo cui il diritto è « la regola che le corti, cioè gli organi giudiziari di questo corpo [lo Stato] pongono in essere per la determinazione di diritti e doveri giuridici » (70). Quest'ultima affermazione si pone già al di fuori dell'ambito dell'austinismo, e prelude a quelle concezioni -- come appunto quella dei realisti — secondo cui l'oggetto della scienza giuridica non è una proposizione in termini di dovere, ma è una serie di fatti: ciò è reso palese dal fatto che il Gray — a differenza di quanto ritenevano sia i common lawyers ancorati alla tradizione di Blackstone e Kent sia gli austiniani - ritiene che non sia corretto parlare di decisioni errate: la differenza tra un giudice ed Isacco Newton - dice il Gray - è che « calcolando l'orbita della terra in modo errato sir Isaac non l'avrebbe fatta girare attorno al sole a maggiore velocità, e la sua soluzione del problema sarebbe stata semplicemente sbagliata: laddove invece se i giudici nell'investigare sulle ragioni sulle quali si fonda un diritto pervengono ad un risultato errato e pongono in essere una regola discordante con la verità eterna, questa regola è nondimeno diritto (law) > (71).

In conclusione mi sembra si possa dire che i tentativi di stabilire una continuità tra la tradizione benthamiana ed austiniana ed il realismo giuridico non possano essere considerati in linea generale riusciti. Vero è che i benthamiani concepivano il diritto (cioè i comandi

<sup>(69)</sup> J. C. Gray, Some definitions and questions in jurisprudence, in H.L.R., VI, 1892, p. 21 ss.: cfr. p. 22,

<sup>(70)</sup> J. C. Gray, Nature and sources of the law (1909), 2ª ed. New York 1921, p. 84.

<sup>(71)</sup> J. C. Gray, Nature and sources, cit., p. 101. Il Kelsen (Teoria generale, cit., p. 153) pone decisamente il Gray come rappresentante della teoria secondo cui « tutto il diritto è diritto creato dai giudici». Peraltro sarebbe necessaria una maggiore cautela, in quanto nel Gray si trovano espressioni dell'opinione opposta ed un uso ambiguo dei termini « law » e « source of law » che vengono ora equiparati ed ora contrapposti.

del « sovrano ») come strumento di organizzazione sociale sempre provvisoria e, in conseguenza, sottoponevano a critica l'esperienza del common law specialmente in quanto espressa attraverso l'aderenza ai metodi ed ai presupposti ed ancor più alle ideologie di Blackstone e di Kent: ed a queste critiche i realisti possono aver attinto (72). Ma è vero anche che l'aspetto del benthamismo cui i realisti possono avere attinto è qualcosa di assai generico, e comunque non esclusivo del solo benthamismo: più o meno con lo stesso fondamento infatti si potrebbe vedere una filiazione dei realisti da ogni concezione strumentale del diritto, ad esempio da quella di Jhering. Vero è inoltre che nel più importante tra i giuristi americani influenzati dalle dottrine dell'Austin si trovano espressioni che indicano nella decisione giudiziale la fonte del diritto e che pertanto danno una impostazione « realistica » al problema del rapporto tra le norme che prescrivono ai tribunali di giudicare in un certo modo e le regole implicite nel modo in cui i tribunali effettivamente giudicano. Ma (a prescindere dalle ambiguità del pensiero del Gray) si tratta di espressioni che fuoriescono dagli schemi austiniani e si pongono come descrizioni della esperienza giuridica americana: per cui se è vero che esse anticipano analoghe espressioni dei realisti e che questi se ne servirono, resta che esse anticipano il realismo proprio in quanto già al di fuori della concezione « analitica », ed i realisti, servendosene, non realizzarono affatto una « continuità-» tra le posizioni loro e quelle austiniane.

\* \* \*

Vere anticipazioni del realismo giuridico — riconosciute dagli stessi realisti che vi attinsero a piene mani — si trovano invece nel pensiero di Oliver Wendell Holmes (73). Holmes è una delle figure

<sup>(72)</sup> In particolare, talune delle accuse mosse dal Bentham al Blackstone sono direttamente riprese dal Frank in un lungo saggio sul Blackstone: A sketch of an influence, nel volume collettivo a cura di P. Sayre, Interpretations of modern legal philosophies, cit., alle pp. 189-261. In questo saggio vedi un duro giudizio politico sul Kent, a p. 216.

<sup>(73)</sup> Per una diffusa informazione rinvio il lettore italiano alla ricerca recente di G. Bognetti, Holmes e le origini del pensiero filosofico-giuridico americano del secolo XX (in Studi Urbinati, XXV, 1956-57, p. 51 ss.), sostanzialmente rifuso nel cap. Il de Il pensiero filosofico giuridico nord americano, cit.;

più interessanti del pensiero giuridico americano, ed anche delle più complesse ed ambigue: di volta in volta a lui si sono ispirate le concezioni più disparate, e nella sua lunga vita (74) e nelle varie espressioni della sua attività (75), si trovano atteggiamenti difficilmente con-

il Bognetti presenta anche una accurata bibliografia, cui peraltro occorre aggiungere un lavoro di Max Fisch importante ai fini di questa ricerca, Justice Holmes, the prediction theory of law and pragmatism (in J. Phil., XXXIX, 1942, p. 85 ss.) e due interpretazioni del pensiero di Holmes date da realisti: E.H. YNTEMA, Mr. Justice Holmes' view of legal science (in Y.L.J., XL, 1921. p. 696 ss.) e W.W. Cook, Oliver Wendell Holmes: scientist (in A.B.A.J., XXI, 1935). Posteriormente al lavoro del Bognetti, l'unico contributo di qualche interesse mi sembra quello di J.C. Wu, Justice Holmes and the common-law tradition, in Van.L.R., IV, 1960 p. 221 ss.: articolo peraltro in cui lo studioso cattolico propone una interpretazione di Holmes che mi sembra francamente forzata. Molto spesso i realisti, ed in particolare il Frank (di cui vedi specialmente Mr. Justice Holmes and non-Euclidean legal thinking, in Corn. L.Q., XVII, 1932, p. 568 ss.) chiamayano Holmes « realista » e cercayano di far passare il movimento realistico come un tentativo di sviluppare e approfondire il pensiero del grande giudice. Quantunque grande fosse l'influenza esercitata da Holmes sui realisti, e quantunque grande fosse il rispetto di questi per quello, occorre notare che, data la grandissima autorità di Holmes, questi costituiva una bandiera largamente appetitibile e perciò i tentativi (specie postumi) di annetterselo non sono, di per sè, probanti.

Resta che, anche al di fuori del realismo, la qualifica di «realista» venne attribuita ad Holmes assai spesso, specialmente dopo l'articolo di J. C. Wu, Realistic analysis of legal concepts. A study in the legal method of M. Justice Holmes, in Ch.L.R., X, 1932, p. 1 ss.

(74) Holmes nacque nel 1841 e morì nel 1935.

(75) Non solo nei suoi studi, ma anche nelle sue opinions di giudice e nei voluminosi epistolari. L'opera principale è The common law (1881) rist. Boston 1949. Scritti minori sono stati raccolti variamente: a) Early writings of O.W. Holmes (a cura di F. Frankfurter) in H.L.R., XLIV, 1931, p. 724 ss; b) Collected legal papers (a cura di H. Laski), New York, 1921; c) Justice Holmes. His book notes and uncollected letters and papers (a cura di H.C. Shriver) New York 1936; d) Holmes' Speeches, New York 1920. V'è inoltre uno studio su Codes and the arrangement of the law, apparso anonimo in Am. L.R., V, 1870, p. 1, la cui paternità è stata riconosciuta da Holmes nel corso di una conversazione privata (cfr. LLEWELLYN, What price contract? An essay in perspective, in Y.L.J., XL, 1932, 704 ss. cfr. p. 718 nota; un brano di tale articolo di Holmes è ora riportato in J. Hall, Readings in jurisprudence, Indianapolis 1938, alle pp. 403-404, ove appunto viene attribuito al giudice H.) Molte opinions - assieme ad altri scritti - si trovano nella antologia The mind and faith of Justice Holmes (a cura e con importante introduzione di M. Lerner), Boston 1945. Un'altra raccolta è Dissenting opinions of Mr. Justice Holmes (a cura di A. Lief), New York 1929.

L'epistolario si trova raccolto variamente: a) Holmes-Pollock letters

ciliabili e tali da dare alle interpretazioni più disparate un qualche fondamento. Qui importa solamente mettere in rilievo quegli aspetti del suo pensiero che hanno maggiormente impressionato i realisti, o li hanno comunque influenzati.

Non è dubbio che gli aspetti del pensiero holmesiano che più hanno impressionato i realisti sono riconducibili a quello che potrebbe dirsi — in termini generici che verranno subito specificati — il suo pragmatismo. La formazione culturale di Holmes ha avuto luogo proprio nell'ambito di quel circolo nel quale la moderna storiografia vede il centro di sviluppo dei movimenti pragmatistici, e cioè il cosiddetto « Metaphysical Club », che era un circolo di studiosi che intorno al 1870 si trovavano a lavorare a Cambridge (Mass.) come studenti o come insegnanti della Università di Harvard. Di questo circolo face vano parte C. S. Peirce, William James, i giuristi Nicholas St. John Green, Oliver W. Holmes e Joseph Warner, il matematico e logico Chauncey Wright, lo storico e filosofo John Fiske ed il filosofo e teologo Francis Ellingwood Abbot (76). In genere la moderna storiografia

<sup>(</sup>a cura di M. De Wolfe Howe) 2 voll., Cambridge (Mass.) 1941; b) Holmes-Lasky letters (a cura di M. De Wolfe Howe), Cambridge (Mass.) 1953; c) The Holmes-[M.R.] Cohen correspondence (a cura e con prefazione di F.S. Cohen) in J.H.I., IX, 1948, p. 1 segg.; d) la corrispondenza tra Holmes e James è riprodotta in R.B. Perry, The thought and character of William James, Boston, cap. X; e) della corrispondenza con J.C. Wu, parte si trova nella antologia curata da Lerner, cit., parte estensivamente citata nell'opera del Wu, The art of law, New York 1936.

<sup>(76)</sup> Alcune notizie su questo « club » vengono date dal Peirce, in vari luoghi che si trovano nelle Collected papers of C.S. Peirce (voll. I-VI a cura di C. Hartshorne e P. Weiss, 1931-35; vol. VII-VIII a cura di A.W. Burks, 1958) ad es. ai paragrafi 5. 12 e 6. 482; ed in una lettera inedita all'editor di The Sun, citata dal Wiener. In genere si vedano: R. Hofstadter, Social darwinism in American thought (1860-1915), Philadehphia (U of Pa. Press) 1944; P.P. WIENER, Evolution and the founders of pragmatism, Cambridge (Mass.) 1949; J.L. BLAU, Men and movements in American philosophy, New York 1952,, cap. V e VII; cfr. anche J. K. Feibleman, An introduction to Peirce's philosophy, New York 1946, pp. 301 ss. Sulla formazione di Holmes non insiste sufficientemente, a mio giudizio, il Bognetti. Per quanto non sia possibile rintracciare un'influenza diretta e precisa che idee emerse nel Metaphysical Club abbiano esercitato sul realismo giuridico, tranne forse per talune opinioni di N. St. John Green che sono state tenute presenti da Leon Green nella sua analisi della causalità giuridica (cfr. infra, cap. III), mi sembra degno di nota il fatto che J. Frank abbia negli ultimi anni cercato per il realismo giuridico un

riconosce che, al disopra delle differenze che li dividono, vi è una serie di motivi che sono comuni a questi studiosi - esclusi forse il Fiske e l'Abbot — e che rappresenta il primo nucleo di tutte quelle disparate correnti che furono dette pragmatiste. Si tratta di una serie di tematizzazioni che sono generalmente ravvisate nei termini seguenti. Anzitutto un empirismo pluralistico inteso come accettazione della complessità dell'esperienza e riconoscimento della opportunità di porsi da diversi punti di vista ed impiegare diverse concettualizzazioni per coglierla; in secondo luogo una concezione temporalistica dell'esperienza, ove però l'accento sull'elemento temporale non si associa ad una concezione « provvidenziale » del suo decorso — nemmeno in senso darwiniano; un relativismo inteso come risultante della tematizzata interdipendenza tra le « cose » ed i modi di guardarle; ed, a questo relativismo strettamente connesso, un contingentismo inteso come consapevolezza della precarietà dell'interazione tra mente umana ed ambiente fisico e sociale (77); a tutto ciò si aggiunge, da taluni storici, una comune ideologia politica democratico-individualista (su questo presunto carattere comune si potrebbero fare delle riserve) ed una comune tendenza a costruire ponti tra « l'esperienza dei fatti » e « l'esperienza dai valori » che si traduce in un comune passare con relativa facilità dal discorso in termini di « essere » al discorso in termini di « dover essere » (78).

In questo clima Holmes maturò quella concezione della esperienza giuridica e del lavoro del giurista che si espresse nel lavoro pubblicato nel 1881 su The common law ed in due articoli successivi cioè The path of the law e Law in science and science in law (79):

diritto di primogenitura rispetto a quei movimenti ottocenteschi di cui molto probabilmente nè il Frank nè altri realisti avevano una conoscenza precisa negli anni attorno al 1930: cfr. J. Frank, A conflict with oblivion. Some observations on the founders of legal pragmatism, in Rut. L.R., IX, 1954, p. 355 ss.; il Frank si riferisce a Peirce, James, St. John Green ed H. M. Kallen.

<sup>(77)</sup> Contingentismo che prelude alla ulteriore tematizzazione — dell'ultimo Peirce e specialmente di Dewey — del carattere strumentale dell'intelligenza umana.

<sup>(78)</sup> Per caratterizzazioni molto simili (anche se non identiche) di quell'ambiente culturale si vedano: Wiener, op. cit., p. 190 ss.; Blau, op. cit., cap. VII par. 1.

<sup>(79)</sup> Articoli rispettivamente apparsi nel 1897 e nel 1899: ora in Collected legal papers, rispettivamente a p. 167 ss. e p. 210 ss.

si tratta di una concezione che — nel senso che verrà precisato — può essere considerata storicistica.

La ricerca storico-giuridica, secondo Holmes, si manifesta « in due direzioni o aspetti, uno pratico ed uno astrattamente scientifico » (80). La storia del diritto nel suo aspetto scientifico concepisce il diritto « come un grande documento antropologico » e si esprime in uno studio « della morfologia e della trasformazione delle idee degli uomini (human ideas) » (81).

Ma la storiografia del diritto ha anche un aspetto pratico in quanto, attraverso alla ricostruzione della genesi storica di istituti e procedure, diviene possibile valutare se istituti e procedure rispondono a necessità e funzioni attuali oppure sono mere sopravvivenze; infatti « la storia è il mezzo attraverso al quale noi misuriamo il potere che ha il passato di governarci nonostante la nostra stessa volontà, imponendo tradizioni che non soddisfano più i loro fini originali. La storia [evidentemente: « lo studio storico »] ci rende liberi e capaci di chiederci spassionatamente se le sopravvivenze che noi applichiamo (the survivals which we are enforcing) rispondono a qualche nuova funzione dopo che hanno cessato di rispondere alle vecchie » (82). È palese da una parte che il diritto viene considerato come un fatto sociale e non come struttura normativa: un documento antropologico; ciò rende possibile studiare l'esperienza giuridica attraverso il diaframma di schemi antropologici ed evoluzionistici quali, ad esempio, quelli forniti dalla teoria delle sopravvivenze (83). Dall'altra parte, proprio l'aver considerato il diritto come « un documento antropologico » e l'aver concepito gli istituti e le tecniche giuridiche come rispondenti a scopi e cioè come « funzioni », permetteva di proporre al giurista come ideale scientifico quello della distinzione tra ciò che

<sup>(80)</sup> Coll. legal papers, p. 211.

<sup>(81)</sup> Coll. legal papers, p. 212.

<sup>(82)</sup> Coll. legal papers, p. 225.

<sup>(83)</sup> La teoria delle sopravvivenze o survivals costituì una delle più importanti versioni americane delle teorie evoluzionistiche, ed era largamente conosciuta dai membri del Metaphysical Club. Essa trovò forse la più completa espressione in un libro del Tylor, Primitive culture (Boston 1874), e circolò per i vari filoni pragmatistici, influenzando come è noto le prime ricerche del Dewey sull'etica: cfr. specialmente Dewey, The evolutionary method as applied to morality, in Phil. Rev., XI, 1902.

è vivo e ciò che è morto, e preparava la strada alla ulteriore proposta che, radicalizzando la posizione, si potrebbe esprimere così: è compito del giurista ed in particolare del giudice applicare il diritto vivo e non quello atrofizzato. Cioè una concezione evoluzionistica apriva la strada ad una ideologia in certo senso utilitaristico-volontaristica del diritto.

La distinzione tra mere sopravvivenze e diritto che ha una funzione sociale si muove parallelamente ad un'altra distinzione holmesiana: la distinzione tra « forma » e « sostanza » del diritto. All'inizio di *The common law* Holmes afferma che « la sostanza del diritto in ogni epoca corrisponde abbastanza a ciò che in quella stessa epoca è considerato utile (convenient); ma la sua forma ed il suo macchinismo (machinery), e la misura in cui esso è capace di conseguire i risultati voluti dipendono invece in larga parte dal suo passato » (84). Appare chiaro ad un esame degli scritti di Holmes che la forma del diritto altro non è che quanto sopravvive di epoche passate, ed è sprovvisto di rapporti con ciò che attualmente è « convenient ».

Sulla base di queste distinzioni è sufficientemente chiaro cosa Holmes intendesse con le affermazioni — troppe volte citate fuori dal contesto — secondo cui « la vita del diritto non è logica ma esperienza » (85). Egli intendeva semplicemente dire che, di fatto, i processi attraverso i quali si evolvono gli ordinamenti giuridici, cioè per Holmes i processi di decisione giudiziaria che portano alla formulazione di regole, sono condizionati non tanto da sviluppi sillogistici di regole precedentemente formulate quanto da una serie di fattori in senso lato sociali che vanno dalla struttura degli interessi in gioco sino alle teorie politiche dominanti ed ai pregiudizi dei singoli giudici. Cosicchè, mentre la veste esteriore delle decisioni, cioè la loro

<sup>(84)</sup> The common law, cit., p. 1-2.

<sup>(85)</sup> The common law, p. 1. « La vita del diritto non è stata logica: essa è stata esperienza. Ciò che era sentito come una necessità dei tempi, le teorie morali e politiche che prevalevano, le intuizioni di pubblica opportunità (public policy) confessate o inconsapevoli, persino i pregiudizi che i giudici dividono con gli altri uomini, hanno avuto a che fare ben più di ogni sillogismo nella determinazione delle regole da cui gli uomini debbono essere governati ». Deve essere messo in rilievo, per il lettore meno familiare con il linguaggio dei common lawyers, che per « regole » si deve intendere « criteri che i giudici nel giudicare seguono » e non (ad esempio) leggi in senso formale.

« forma » è secondo Holmes « logica » (86), la loro « sostanza » è « legislativa » (87): ove è palese una assimilazione tra le sopravvivenze del passato che hanno perso una funzione, la forma ed il macchinismo (le tecniche) del diritto, e l'aspetto che Holmes forse poco propriamente chiama « logico » del diritto.

Dal concepire il diritto come un documento antropologico deriva: a) che le regole giuridiche sono asserzioni circa come i giudici si sono comportati (asserzioni storiche) oppure asserzioni circa il futuro comportamento dei giudici (previsioni scientifiche). Dal ritenere che l'attività del giudice sia sostanzialmente « legislativa » e non « logica » (nel senso indicato) deriva che le asserzioni circa il futuro comportamento del giudice sono facilmente fallaci se consistono in derivazioni « logiche » (sempre nel senso indicato) di precedenti formulazioni di regole, per cui b) l'argomentazione giuridica non è di tipo analitico; cioè, usando un linguaggio che ovviamente Holmes non ha usato, si potrebbe dire che per Holmes una proposizione giuridica è vera (verificabile empiricamente) o falsa ma non può essere valida (verificabile analiticamente) o invalida.

A differenza di ciò che sarà opinione dei realisti, tuttavia, Holmes sembra ritenere che in linea generale le formulazioni di regole espresse dai giudici possono servire in qualche misura come criteri di previsione: o, in altre parole, che in linea di massima quelle regole enunciate in forma prescrittiva che si trovano alla base di decisioni passate possano essere considerate come descrizioni vere o previsioni probabili ove in esse venga sostituita la copula « è » alla copula « deve

<sup>(86)</sup> The common law, p. 34: « Rispetto alla forma la produzione del diritto è logica. La teoria ufficiale è che ogni decisione deriva logicamente da precedenti esistenti ».

<sup>(87)</sup> The common law, p. 35: « D'altra parte, dal punto di vista sostanziale la produzione del diritto è legislativa. E ciò è verità più profonda di quella secondo cui quanto le corti asseriscono essere il diritto di sempre è invece di fatto diritto nuovo. Proprio le considerazioni cui i giudici accennano più raramente, e sempre con aria di scusa, sono la radice segreta attraverso cui il diritto assorbe tutti i succhi della vita. Intendo, ovviamente, considerazioni circa quanto è conveniente (expedient) per la comunità in questione. Ogni importante principio sviluppato dalle controversie è di fatto anzitutto il risultato di più o meno definite idee di opportunità politica (views of public policy) ». E si veda anche la dissenting opinion in Lochner v. New York (in 198 U.S.S.C.R. 1905, 45, 76).

essere ». Così, « corpo di dogmi » può divenire sinonimo di « previsioni sistematizzate » (88), e se l'oggetto dello studio del giurista è « la previsione, cioè la previsione dell'incidenza della forza pubblica attraverso l'operare dei tribunali » (89) allora si può dire che le raccolte di giurisprudenza, i reports « sono l'oracolo della legge. Il più importante senso, quasi il solo senso di ogni nuovo sforzo nel pensiero giuridico consiste nel rendere queste profezie [quelle contenute nelle decisioni] più precise e nel generalizzarle, in un sistema interamente coerente » (90). E secondo Holmes, una volta generalizzate e sistemate, le previsioni del futuro comportamento dei giudici, non costituiscono un corpo così voluminoso da essere inservibile (91). Per cui, a differenza di quanto penseranno i realisti, Holmes ritiene che sia possibile prevedere con un certo grado di sicurezza le soluzioni di future controversie. Ciò avviene, ovviamente, non per motivi teorici bensì perchè le ragioni che hanno determinato le decisioni passate determineranno presumibilmente, se le condizioni non saranno nel frattempo mutate, anche le decisioni future.

È tuttavia, nonostante si possa « prevedere » sulla base dei precedenti giudiziari, la previsione deve tener conto delle scelte di opportunità piuttosto che delle formule: le decisioni passate sono sintomi dell'esistenza di condizioni sociali e culturali che favoriscono una determinata scelta. Perciò la previsione non avviene su basi logiche: « Il pericolo di cui parlo non è l'ammissione che principi che reggono altri fenomeni (fisici e matematici) reggono anche il diritto, ma l'idea che un sistema dato, il nostro ad esempio, possa venir sviluppato come una matematica da alcuni generali assiomi pratici... Quest'ultimo modo di pensare è del tutto naturale. L'istruzione degli uomini di legge è una istruzione alla logica. Ed il metodo e la forma

<sup>(88)</sup> Cfr. Coll. legal papers, p. 169: « il corpo dogmatico o previsione sistematizzata che noi chiamiamo il diritto ».

<sup>(89)</sup> Coll. legal papers, p. 167.

<sup>(90)</sup> Coll. legal papers, p. 168. Come rileva Yntema, Holmes' view, cit., p. 699, con questa affermazione Holmes si ritrova — dopo un cammino diverso — su posizioni che sul punto specifico sono simili a quelle di Langdell e della sua scuola.

<sup>(91)</sup> Coll. legal papers, p. 169: « Il numero delle previsioni, una volta generalizzate e ridotte a sistema non è troppo grande per essere utilmente adoperato ».

logica sollecitano quell'ansia di certezza e tranquillità che ciascuno prova. Ma generalmente la certezza è un'illusione, e la tranquillità non rientra nel destino dell'uomo. Dietro alla forma logica sta un giudizio circa il valore relativo e la relativa importanza di ragioni legislative in conflitto fra di loro » (92).

Come avviene nel caso di tutte le teorie secondo le quali oggetto della scienza giuridica sono dei fatti e la scienza stessa perviene ad enunciati descrittivi, la concezione holmesiana del diritto come « documento antropologico » non è idonea a fornire delle prescrizioni agli operatori giuridici, cioè non può stare alla base della fondazione di una obbligatorietà autonoma, o, come si dice, di una « obbligatorietà giuridica ». Difatti quando Holmes parla di cosa « devono » fare gli operatori giuridici, il suo discorso assume un sapore decisamente moralistico (93). Holmes è perfettamente consapevole del fatto che queste raccomandazioni, in quanto morali, nulla hanno a che fare con la scienza giuridica in stretto senso.

La necessità di una distinzione tra etica e diritto è decisamente affermata (94). Si tratta peraltro di una distinzione che non rispec-

(92) Coll. legal papers, p. 180-181.

<sup>(93)</sup> Tra i tanti esempi che si potrebbero fare, si veda Coll. legal papers, p. 238: « Io dico talvolta agli studenti che le scuole di diritto seguono un metodo dell'ispirazione (an inspirational method) combinato con un metodo logico, ciò è a dire i postulati sono accettati senza discussione (taken for granted) sulla base della autorità senza indagare sul loro valore. È un metodo necessario rispetto al fine di insegnare i dogmi. Ma in tanto in quanto la reale giustificazione - se ve n'è una - di una regola giuridica consiste nel fatto che essa è uno strumento per produrre un fine sociale che noi desideriamo, non è meno necessario che coloro i quali creano e sviluppano il diritto abbiano questi fini ben chiari nella testa ». Ancora, ibid. p. 186-187: « Lo studio razionale del diritto resta in gran parte lo studio della storia; la storia deve necessariamente essere parte dello studio perchè senza di essa non possiamo conoscere la precisa portata delle regola che intendiamo conoscere. La storia è parte dello studio razionale, perchè essa rappresenta un primo passo verso uno scetticismo illuminato, cioè verso un riesame del valore di queste regole. Quando si è fatto uscire il drago dalla sua tana, è possibile contare i suoi denti e misurare la sua forza. Ma questo è solo il primo passo. Il secondo sta nell'uccidere il drago o nell'addomesticarlo facendone un'animale utile ».

<sup>(94)</sup> Per il positivismo (anti-giusnaturalismo) di Holmes si veda soprattutto il noto passo in *Coll. legal papers*, p. 171, ove si asserisce che « per conoscere il diritto e nien'altro che il diritto » occorre limitarsi alla previsione di ciò che i tribunali faranno, tutte le altre considerazioni essendo irrilevanti per il giurista. Sono convinto che, per comprendere la posizione di Holmes circa

chia - come avviene per molte teorie positivistiche - una convinzione secondo cui l'etica non può essere scientifica. Holmes condivideva con molti suoi contemporanei l'opinione che l'etica dovesse (e potesse) essere scientifica. Si trovano così espressioni nelle quali si manifesta la speranza che, nel creare diritto, gli operatori giuridici si sentano sempre meno legati all'autorità di soluzioni passate (cioè a quella che per Holmes è la «forma», come si è visto), e sempre più si affidino alla « scienza »: « Il presente ha diritto di governare se stesso per quanto possibile; e bisogna ricordare che la continuità storica con il passato non è un dovere ma solo una necessità... Un sistema giuridico ideale deve ricavare i suoi postulati e la sua giustificazione legislativa dalla scienza » (95). Si tratta di espressioni piuttosto generiche, tuttavia abbastanza significative specie se si tiene conto che per Holmes « un passo verso questo ideale consiste nella ricerca da parte degli uomini di legge di una comprensione dei fatti economici » (96).

\* \* \*

Notevoli spunti e sollecitazioni furono offerti al realismo giuridico anche da quelle correnti di pensiero economico che vanno sotto il nome di « istituzionalismo americano », e specialmente da taluni teorici e storici del movimento sindacale che subirono le suggestioni dell'istituzionalismo (97).

i « rapporti tra morale e diritto » sia necessario seguire la linea indicata nel testo, e cioè tener conto del fatto che Holmes riteneva fosse possibile una conoscenza scientifica della morale (cioè riteneva che vi fosse la morale, e che essa fosse attingibile mediante l'impiego dei metodi scientifici); ed inoltre che, in quanto giurista, Holmes fosse su posizioni « storicistiche » (cioè storicistiche in un senso molto lato) e funzionalistiche. Se non si tiene conto di ciò, si rischia o di vedere Holmes come un giusnaturalista o di vederlo come un positivista di tipo austiniano: entrambi questi modi di vedere la posizione di Holmes sono a mio avviso ingiustificati e addirittura errati, e sono il frutto della sovrapposizione di uno schema non holmesiano (precisamente l'idea che « il diritto » sia un corpo di norme scientificamente conoscibili mentre « la morale » non sia oggetto di conoscenza scientifica) sul pensiero di Holmes.

<sup>(95)</sup> Collected legal papers, p. 139. Cfr. anche p. 231 e 242.

<sup>(96)</sup> Coll. legal papers, p. 195, ove viene auspicata quella unificazione delle facoltà giuridiche ed economiche che sarà il chiodo fisso dei realisti.

<sup>(97)</sup> Sull'istituzionalismo si vedano sopratutto: R. G. Tugwell (editor), The trend of Economics, New York 1924; S. N. PATTEN, Essays in economic

Tali spunti non sono costituiti — occorre dirlo subito — dalle considerazioni tipologiche che servono come schema teorico alla descrizione che il Veblen fa della società moderna, caratterizzata dalla concentrazione capitalistica (98). La distinzione tra le « attività produttive » dirette alla produzione di beni e servizi e le « attività speculative » dirette all'incremento delle rendite monetarie indipendentemente dall'incremento della ricchezza nazionale, assieme alla parallela distinzione tra « classe produttiva » (dei tecnici e dei salariati) e « classe agiata » (dei reddituari fissi e dei capitalisti non imprenditori) non trovò posto negli schemi di lavoro dei realisti: così come non rientrò in questi schemi la teoria vebleniana della classe agiata e dell'influenza del suo comportamento e della sua psicologia nella società dei tempi in cui Veblen scriveva.

I suggerimenti che i realisti possono aver preso dal Veblen sono piuttosto di carattere metodologico. Il Veblen aveva condotto una critica serrata alla scienza economica classica; questa veniva da lui considerata come tendente alla ricerca di leggi (economiche) valide per ogni tempo e luogo, stante l'ammissione di postulati ed ipotesi fondamentali — quali l'ipotesi dell'homo oeconomicus e la postulazione del principio del tornaconto — che permettono di ricavare analiticamente un sistema razionale di calcolo economico; alla scienza economica classica il Veblen (prendendo lo spunto dall'emergenza sto-

Mentre il presente lavoro è in bozze appare un lungo studio di M. VIA-NELLO: Thorstein Veblen, Milano 1962.

theory, New York 1924; W. Y. Elliot, The pragmatic revolt in Politics, New York 1928; G. H. Sabine, The pragmatic approach to Politics, in Am. Po. Sc. R. XXIV, 1930, p. 865 ss.; J. Dorman, Thorstein Veblen and his America, New York 1934; W. C. Mitchell, What Veblen thought, New York 1936; A. Montaner, Der Institutionalismus als Epoche amerikanischer Geistesgeschichte, Tübingen, 1948; S. M. Daugert. The philosophy of T. Veblen, New York 1950; M. White, Social thought in America. The revolt against formalism, New York 1952 (tr. it.: La rivolta contro il formalismo, Bologna 1956).

<sup>(98)</sup> Thorstein Veblen è l'iniziatore ed il più noto esponente dell'istituzionalismo americano. Le sue opere più importanti sono The theory of the leisure class, New York 1899 (tr. it.: Teoria della classe agiata, Torino 1947) e The theory of business enterprise, New York 1904. Altre opere importanti sono: Imperial Germany and the industrial revolution, New York 1915; The place of science in modern civilisation, New York 1919; The vested interests and the state of industrial arts, New York 1919; The engineers and the price system, New York 1921.

rica di quelli che venivano detti « fattori di perturbazione » della economia) opponeva la necessità di studiare i comportamenti economici come fatti storici piuttosto che di considerarli come esempi di leggi universali: in particolare insistendo sul fatto che quei comportamenti che interessano l'economista sono condizionati non tanto da fattori immutabili ed elevabili a principio quanto da fattori storici o « istituzionali », tra i quali le tendenze psicologiche e le attitudini di gruppi o classi di persone (ad esempio la « classe agiata ») hanno un peso determinante. Conseguentemente il Veblen concepisce la teoria economica come studio storico di serie di comportamenti, volto ad enucleare l'origine e lo sviluppo di strutture istituzionali; si tratta perciò di una scienza non già teorica bensì descrittiva, che tende a mettere in luce quegli elementi biologici, psicologici, geografici e sociali che si presentano come cause dei mutamenti istituzionali. Come rileva il Sabine (99), « per lo meno nelle scienze sociali la spiegazione consiste per Veblen nella descrizione di sequenze di fatti con il minimo impiego di generalizzazioni ». Il risultato di una impostazione metodologica di questo tipo è, ovviamente, la disgregazione dei tradizionali confini tra le diverse discipline (economiche, storiche, giuridiche, sociologiche, psicologiche) ciascuna delle quali, rinunciando a formalizzarsi, confluisce in una scienza sociale generale il cui metodo è quello storiografico (100). Il suggerimento che da Veblen poteva venire a dei giuristi impegnati a fondare una giurisprudenza descrittiva consisteva nell'opinione che una giurisprudenza descrittiva non avrebbe potuto essere « autonoma »; perchè una descrizione di regolarità sociali o sarebbe stata contemporaneamente economica, giuridica, sociologica, storica, psicologica ecc. oppure non sarebbe stata affatto.

<sup>(99)</sup> G. H. Sabine, op. cit., p. 869. Per intendere in qual senso l'insegnamento metodologico di Veblen ha inciso sul modo in cui i realisti ponevano il problema, si vedano le pagine di F. S. Cohen in *Transcendental nonsense and functional approach* (originariamente in Col. L.R., XXXIV, 1935, p. 5 ss.) ога in F. S. Сонен, *The legal conscience* (che citeremo in seguito come F. S. Сонен, LC), New Haven, Yale Un. Press, 1960, p. 33 ss.: cfr. p. 58 ss.

<sup>(100)</sup> È su questo punto che l'istituzionalismo di Veblen va più lontano delle impostazioni di altri storicismi economici, quali quelli di Knies, Schmoller, Sombart, e fors'anche di Weber, differenziandosi dalle varie « scuole storiche » europee.

La lezione dell'istituzionalismo pervenne ai realisti non solo direttamente dal Veblen ma anche attraverso agli istituzionalisti che si occuparono della storia dell'esperienza sindacale, particolarmente il Commons ed i suoi collaboratori della scuola del Wisconsin (101). Questi erano impegnati nelle ricerche sulla origine e la struttura delle unità economico-amministrative (102) che sono i soggetti delle moderne battaglie sul fronte del lavoro, come ad esempio le grandi società, i cartelli, i sindacati operai, i partiti politici, le amministrazioni pubbliche ecc.: e lavoravano sull'ipotesi di lavoro che fosse possibile determinare dei complessi normativi (working rules) che si sviluppavano nell'ambito di queste organizzazioni e che (a) permettevano di prevedere le tendenze che ne avrebbero in futuro determinato l'azione e (b) permettevano di capire quali sono i criteri di azione che ciascuna di queste organizzazioni cerca di imporre alle altre. In Legal foundations of capitalism il Commons richiamava l'attenzione sul fatto che talune di queste norme erano state, successivamente al loro emergere, accolte dalla classe giudiziaria americana, la quale aveva elaborato le formule del common law facendo leva su nozioni vaghe quale « ragionevolezza » e simili, sino a rendere quelle working rules parti dell'ordinamento giuridico generale. Il risultato di tali ricerche era, ancora una volta, quello (a) di dare rilievo alla « prevedibilità » come criterio della effettività della norma; (b)di considerare norme effettive non il diritto dei giuristi come tale bensì il diritto dei giuristi in quanto arricchito dal contenuto delle rules di origine privata accolte

<sup>(101)</sup> Le opere principali di John Commons, oltre alla monumentale «History of labor in the United States» (4 voll., 1918-1935) realizzata assieme ad un gruppo di collaboratori, sono: Industrial goodwill, New York 1919; Legal foundations of capitalism, cit.; Institutional Economics, New York 1924; The economics of collective action, New York 1951. Per una informazione generale sul Commons e sulla scuola del Wisconsin rinvio alla lunga ed acuta Introduzione che Gino Giugni ha preposto alla traduzione di un libro del discepolo di Commons: S. Perlman, Ideologia e pratica dell'azione sindacale, Firenze 1956. Dello stesso Giugni si veda anche Il «ragionevole capitalismo» di John R. Commons, in Il Mulino, 1951.

<sup>(102) «</sup>Unità economico-amministrativa» è la traduzione che il Giugni propone per la locuzione «going concern» che ricorre nelle opere di Commons (e che ebbe una certa fortuna presso gli strumentalisti; ad es., fu impiegata da Dewey nel suo contributo al volume collettivo My philosophy of law, cit.: cfr. ad es. p. 77-78).

dalla classe giudiziaria; (c) di individuare le norme giuridiche riferendosi al loro risultato economico; e soprattutto (d) di concepire gli istituti giuridici come « aspettativa del comportamento dei tribunali » (103).

Proprio da queste posizioni presero poi le mosse tutti quegli studi che, al fine di minare l'efficacia di precedenti ritenuti nocivi allo svolgimento del diritto nel senso desiderato dallo studioso, fecero la cronistoria di tutti gli avvenimenti che hanno condotto a quei precedenti dando interpretazioni storiche, sociologiche, psicologiche, politiche dei comportamenti dei giudici e di chi ha influenzato i giudici: in modo da suggerire la necessità di cambiare direttive a quei giudici per cui le sollecitazioni ambientali ed ideologiche rilevate alla base dei precedenti discussi non sono più operanti (104).

Accanto all'istituzionalismo economico occorre considerare altre correnti di pensiero americano che, nello studiare l'esperienza giuridica prescindendo dagli schemi della tradizione formalistica, hanno fornito spunti ai realisti. Tra queste, occorre annoverare anzitutto la sociologia di Arthur Bentley. In un lavoro del 1908 che ebbe una notevole diffusione ed influenza solo negli anni successivi alla prima

<sup>(103)</sup> Cfr., chiarissimamente, Legal foundations, cit., p. 247, ove si dice che « una promessa » trova il suo « invisibile fondamento » nel « previsto comportamento dei tribunali che danno esecuzione alla promessa ».

<sup>(104)</sup> Esempi insigni di questo modo di procedere sono a mio avviso gli articoli di F. Frankfurter e N. Greene, Legislation affecting labor injunctions (in Y.L.J., XXXVII, 1929, 879 ss.) e di W. Nelles, A strike in its legal consequences. An examination of the receivership precedent of the labor injunction (in Y.L.J., XL, 1931, p. 507 ss.) entrambi in materia sindacale. Altri lavori di W. Nelles in cui si manifesta la stessa attitudine ad influenzare i giudici mediante una storiografia di tipo istituzionalistico sono: Contempt by publication in the United States (in collaborazione col King) in Col. L.R., XXVIII, 1928, p. 401 ss.; The summary power to punish for contempt, in Col. L.R., XXXI, 1931, p. 956, ss. Come è noto, metodi simili erano stati anche usati per illustrare l'origine della costituzione: ad es. nel significativo lavoro di CHARLES A. Beard, An economic interpretation of the Constitution of the United States, New York 1913. I realisti presero spunto da storie particolari dell'emergere di processi interpretativi e creativi di diritto a livello giudiziario, ma trascurarono le storie particolari dei processi di formazione e approvazione di formule legislative: ciò a causa della loro concezione dei rapporti tra formulazioni generali e decisioni specifiche.

guerra mondiale (105) il Bentley considerò l'attività giuridica come attività politica e propugnò la necessità di distinguere le regole di comportamento effettivo degli operatori giuridici dalle regole di diritto così come si trovano enunciate nei libri dei giuristi e nelle sentenze dei giudici (106).

Negli anni '20 in alcune facoltà giuridiche si propugnarono programmi di ricerca sociologica a largo raggio, intesa a dare il materiale per una manipolazione statistica dei comportamenti giuridici. In particolare occorre menzionare l'Institute of law della Johns Hopkins University (107). Questo istituto si proponeva espressamente di studiare « il diritto in quanto strumento sociale », impiegando metodi naturalistici « quali quelli della fisica e della chimica » (108). Il programma venne perseguito con la preparazione di studi particolari che classificavano e raccoglievano ingenti quantità di materiale su (a) il comportamento dei consociati relativo a questioni disciplinate dal diritto e (b) l'atteggiamento dei magistrati relativo alle stesse questioni (c) su basi territoriali non troppo vaste (d) per tempi non troppo lunghi (109); inoltre l'Istituto pubblicava bollettini statistici sull'amministrazione della giustizia (110).

<sup>(105)</sup> The process of government, rist. Evanston 1949. In questo studio del Bentley si ravvisa oggi il primo esempio di una teoria dei « gruppi di pressione ». In questo senso ad es. G. Sartori, Gruppi di pressione o gruppi di interesse? in Il Mulino, n. 87, 1959, p. 7 ss.

<sup>(106)</sup> Cfr. The process of government, cap. XI.

<sup>(107)</sup> L'Istituto fu attivo dal 1928 al 1933, quando fu costretto a rinunciare ai programmi di ricerca a causa delle difficoltà finanziarie in cui venne a trovarsi durante la depressione.

<sup>(108)</sup> Come si legge nel manifesto programmatico dell'Istituto (The Johns Hopkins University. The story of the institute of law, Baltimore 1929) a p. 4.

<sup>(109)</sup> Il più importante studio di questo tipo uscito sotto il patrocinio della Hopkins è quello di L. C. Marshall e G. May, Divorce Law, in due monumentali volumi (Baltimore 1933 e 1934). Il primo volume riguardava il Mariland ed il secondo l'Ohio: il comportamento dei giudici federali non era considerato. Il materiale riguardava pochi anni. Vennero inoltre programmate ventisei ricerche particolari. Di queste, quattordici si riferivano a circoscrizioni più piccole di uno Stato, cinque si riferivano ad uno Stato (Ohio o Mariland) e cinque a territori più vasti.

<sup>(110)</sup> Ne furono pubblicati, tra il 1930 ed il 1932, dodici sull'amministrazione della giustizia nell'Ohio e cinque sull'amministrazione della giustizia nel Mariland.

Analoghe tendenze si manifestarono nell'ambito della facoltà giuridica di Yale, soprattutto sotto la guida del Prof. Underhill Moore. Questi aveva fin dal 1923 proposto « uno studio behavioristico » dell'esperienza giuridica (111) ed aveva egli stesso iniziato, assieme a vari collaboratori, una serie di ricerche comportamentistiche (112) basate sulle teorie comportamentistiche di C. L. Hull. Non interessa in questa sede determinare se ed in qual misura il Moore ha ottenuto i risultati che si proponeva, cioè « calcolare la quantità ed il grado di conformità ad una regola di diritto positivo in modo che le proposizioni descrittive di questa quantità e grado possano essere riferite ad una teoria generale del comportamento » (113); certo è che le ricerche del Moore sono state criticate sia dal punto di vista del metodo (114) sia dal punto di vista dei presupposti (115). Rileva invece che, nel corso delle

<sup>(111)</sup> U. Moore, Rational basis of legal institutions, in Col. L.R., XXIII, 1923, p. 609.

<sup>(112)</sup> U. MOORE e T. S. HOPE jr., An institutional approach to the law of commercial banking. (in Y.L.J., XXXVIII, p. 1929, p. 703 ss.); U. Moore e G. Sussman, Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts: I Legal method, banker's set-off (Y.L.J. XXXX, 1931, p. 381 ss.), II Institutional method (Y.L.J. XXXX, 1931, p. 555 ss.), III Connecticut studies (Y.L.J., XXXX, 1931, p. 752 ss.), IV South Carolina and Pennsylvania studies (Y.L.J., XXXX 1931, p. 928 ss.), V The New York study (Y.L.J. XXXX, 1931, p. 1055 ss.), VI The decisions, the institutions, and the degrees of deviation (Y.L.J., XXXX, 1930, p. 1213 ss.) Appendix (Y.L.J., XXXX, 1931, p. 1251 ss.); U. Moore e G. Sussman, The current account and set offs between an insolvent bank and its customer (Y.L.J., XXXXI, 1932, p. 1109 ss.); U. Moore e G. Sussman, The lawyer's law (Y.L.J., XXXXI, 1932, p. 566 ss.); U. Moore, G. Sussman e C. E. Brand, Legal and institutional methods applied to orders to stop payment of checks; I Legal method (Y.L.J., XXXXII, 1933 p. 817 ss.), II Institutional method (ibid. p. 1198 ss.), U. Moore e G. Sussman ed E. Corstvet; Drawing against uncollected checks, (Y.L.J., XXXXV, 1935, p. 1. ss.); U. Moore e C. Callahan, Law and learning theory. A study in legal control, (Y.L.J., LIII, 1944, p. 1 ss.).

<sup>(113)</sup> Law and learning theory, cit., p. 2.

<sup>(114)</sup> Specialmente da A. Nussbaum, Fact research in law, in Col. L.R., XL, 1940, p. 189 ss.; e C. L. Hull, Moore and Callahan's Law and Learning theory. A psychologists's impression, in Y.L.J., LIII, 1944, p. 330 ss. Mentre la critica del Nussbaum è una vera e propria stroncatura, il giudizio finale di Hull è sostanzialmente positivo. Per una critica del Moore svolta partendo da premesse realistiche, cfr. J. Frank, Courts on trial (d'ora in avanti citato come COT), Princeton 1949, p. 337 e segg.

<sup>(115)</sup> Le idee generali del Moore sono esposte nel suo contributo al vol. collettivo My philosophy of law. Credos of sixteen American scholars, Boston

prime ricerche che si collocano nel periodo precedente ai più importanti studi dei realisti, il Moore tendeva a mettere in rilievo come una tra le difficoltà che si oppongono al concepire le regole giuridiche come strumenti di previsione è costituita dal fatto che le regole contengono descrizioni di fattispecie che non adempiono alla loro funzione descrittiva (116). Questa convinzione, come si vedrà, sta alla base delle critiche che i realisti rivolgevano alle teorie tradizionali (ed in particolare il Frank riconosce il suo debito verso Moore). Le stesse convinzioni serpeggiavano negli ambienti della Hopkins, da cui uscirono i realisti Oliphant e Yntema, e in quegli ambienti della Columbia University in cui si pensava a ricerche quantitative: ambienti che influenzarono il Llewellyn.

\* \* \*

Prima di ritornare ai realisti dopo questo necessariamente breve esame dei fattori ambientali e dei movimenti di pensiero che hanno loro offerto spunti e problemi è necessario ricordare ancora che, nel momento in cui il realismo giuridico si manifestò come movimento di pensiero, la cultura americana era caratterizzata nel suo complesso dalla prevalenza delle correnti che furono dette « pragmatiste ». In-

<sup>1941 (</sup>p. 201 ss.). Vedi anche Reuchlein, Jurisprudence, cit., p. 398 ss.; F. S. C. Northrop, Underhill Moore's legal science. Its nature and significance, in Y.L.J. LIX, 1950, p. 196 ss. Una critica serrata del pensiero di Moore si trova in L. Fuller, American legal realism, cit., a p. 453 ss.

<sup>(116)</sup> An institutional approach to the law of commercial banking, cit., p. 705: «I "fatti" dei casi considerati, classificati con le tradizionali categorie "legali" sono campioni (sample) piccoli e molto probabilmente non rappresentativi del comportamento intero tipico o atipico. I casi sono distinti piuttosto per le diversità che per la somiglianza tra l'uno e l'altro. Così affinchè le categorie « legali » possano coprire molti casi individui, era necessario che i loro concetti differenziatori fossero tali da escludere pochi casi individui. Per conseguenza le categorie "legali" risultano inadeguate alla classificazione, e le astrazioni "legali" (che furono formulate con riferimento a quelle categorie) sono inadeguate alla manipolazione della condotta, così tipica come atipica. In uno studio quale quello proposto [descrizione di regolarità di comportamento] perciò sarà purtroppo necessario trascurare le "leggi di comportamento giudiziale" enunciate nelle decisioni giudiziarie dacchè esse sfortunatamente sono formulate in termini di categorie "legali" ». L'influenza che questa posizione del Moore esercitò sul movimento realista diverrà chiara nel corso della presente indagine: cfr. spec. infra, cap. III, parg. 2.

vero per lo meno due delle figure cui si è testè fatto cenno sono generalmente considerate come esponenti, per un verso o per l'altro, del pragmatismo: intendo Holmes e Veblen. Può darsi che si sia andati fin troppo oltre nel ricercare motivi comuni alle filosofie pragmatiste da una parte ed a coloro che erano impegnati nell'America dei primi decenni del secolo in revisioni metodologiche delle varie « scienze sociali », dall'altra parte. Comunque è certo che vi fossero, tra il pragmatismo ed i tentativi di rinnovamento metodologico nelle «scienze sociali », profonde affinità e profonde sollecitazioni reciproche. Morton White, uno dei più acuti studiosi della formazione del pensiero deweyano (117) ha messo in rilievo con penetranti indagini (118) come le correnti di pensiero che venivano imponendosi nella cultura americana dei primi decenni del secolo (tra i cui esponenti egli annovera Dewey, Holmes, Veblen) possano essere interpretate alla luce di quella battaglia per una visione storica dell'uomo che esse andavano conducendo contro la cultura precedentemente dominante, etichettata dal White con la qualifica di « formalismo ». Ora questa etichetta può, stante il carattere eterogeneo delle tradizioni culturali che sotto di essa vengono ricomprese (119) essere considerata poco felice e comunque valida piuttosto come qualifica politica che come qualifica filosofica (120). Comunque, anche se « formalismo » non si presta troppo bene a designare unitariamente ciò cui Dewey ed i suoi compagni di strada si opponevano, quel termine si presta sufficientemente bene a suggerire per converso quale fosse la loro comune direttiva; infatti il contemporaneo rifiuto delle esperienze empiriste e di quelle razionaliste, della giurisprudenza analitica e del giusnaturalismo, dell'econo-

<sup>(117)</sup> M. White, The origin of Dewey's instrumentalism, New York 1943.

<sup>(118)</sup> M. WHITE, Social thought in America, cit.

<sup>(119)</sup> Esse vanno dall'empirismo inglese al razionalismo dei tradizionali trattati di logica aristotelica, dalla giurisprudenza analitica austiniana al giusnaturalismo della tradizione protestante americana, dall'economia classica al moralismo economico.

<sup>(120)</sup> Il fatto è che al White preme soprattutto il periodo compreso nei due decenni dall'inizio della guerra alla crisi economica: per la ragione (dichiarata nella *Prefazione* di *Social thought*, cit.) che è suo — forse principale — intendimento quello di rilevare i presupposti culturali cui si ispirò la generazione politica destinata a divenire la classe dirigente americana nel periodo delle prime esperienze del *New Deal*.

mia classica e del moralismo economico può significare solo una cosa: che si trattava di tendenze (in senso generico) storiciste. Ed il White ritiene appunto di poter richiamare, anche se in modo un po' vago, quella « battaglia per la storia e la cultura » che « era forse già stata vinta sul continente » (121). Questa battaglia per la storia e la cultura si manifesta soprattutto nell'opera di John Dewey.

È certo che, oltre agli influssi di Holmes e dell'istituzionalismo, i realisti hanno anche subito quelli dello strumentalismo di Dewey (122). Questi, come è noto, si occupò a diverse riprese del lavoro dei giuristi, traendone anche spunti interessanti in sede di determinazione della formazione di leggi logiche (123); ed uno studio sulla logica giuridica apparso nel 1924 (124) ebbe larghe ripercussioni sugli studiosi americani in genere, ed in ispecie sui realisti, che ad esso molte volte si riferirono. In questo articolo il Dewey dapprima stabilisce la identità tra il metodo seguito dallo scienziato ed il metodo seguito dall'uomo di legge nel formulare le loro rispettive proposizioni scientifiche, la differenza dei due tipi di proposizioni essendo costituita solo dal grado di precisione dei « simboli accuratamente preparati per proteggere il procedimento » (125) per cui nel caso del fisico (ad es.) i simboli sono relativamente più costanti. Esaminando il modo con cui un avvocato sceglie le premesse maggiori per la sua tesi, il Dewey osserva come egli vada alla ricerca di « regole giuridiche impiegate in casi che possono essere presentati come simili » a quello

<sup>(121)</sup> M. White, op. cit., p. 19 della trad. italiana cit. Il White, oltre che di storicismo parla anche di «organicismo culturale» inteso come « tentativo di trovare delle spiegazioni e recare dei contributi importanti alle scienze sociali, oltre il singolo campo che uno ha preso ad investigare il modo preminente» (p. 2). Ciò cui il White allude è il fatto che un carattere comune ai movimenti da lui studiati è la critica delle concezioni « autonomistiche » delle varie discipline ricomprese nelle « scienze sociali ». Cfr. retro, p. 42.

<sup>(122)</sup> Al quale ovvviamente non è il caso di riferirsi dettagliatamente in questa sede. Le linee generali del pensiero deweyano sono date per conosciute dal lettore.

<sup>(123)</sup> Su ciò mi permetto rinviare alle considerazioni da me svolte in Norma e giuridificazione nella logica di Dewey, in Atti del IV Congresso naz. di Fil. del dir., Milano 1960.

<sup>(124)</sup> J. Dewey, Logical method and the law, in Corn. L.Q., X, 1924, p. 17 ss.

<sup>(125)</sup> DEWEY, op. cit., p. 18.

in discussione, regole le quali esprimono « un certo modo di guardare i fatti » (126). Per comprendere in cosa consistono le regole occorre riferirsi alla tecnica della motivazione; in primo luogo la motivazione è condizionata da una esigenza di certezza la quale, se da una parte è illusoria in quanto occulta i motivi peculiari ed irripetibili di una determinata decisione, dall'altra parte funziona come strumento di previsione, entro certi limiti effettivo (127); l'esigenza di certezza sta alla base della formulazione di « regole generali di interpretazione dei casi — regole giuridiche — e procedure » le quali sono variabili ma non « arbitrariamente » (128). La stabilità o meno delle regole è un fatto, il quale dipende dalla situazione sociale nel senso più largo; comunque, ove questa situazione sia in movimento, nessun processo legislativo può evitare la mobilità delle regole giuridiche (129).

Che l'opera di Dewey in genere e questo studio in particolare abbiano costituito lo stimolo principale del realismo giuridico, tanto che il realismo debba essere considerato come strumentalismo dewevano applicato alla problematica giuridica è stato sostenuto autorevolmente (130). Questa opinione non mi sembra esatta se essa si risolve nell'affermazione secondo cui la problematica dei realisti si identifica con la problematica che si proponeva Dewey allorquando si occupava del lavoro dei giuristi: i contributi giuridici del Dewey sono infatti piuttosto scarsi e si limitano di solito alla impostazione metodologica della discussione, senza andare in profondità nel problema giuridico (d'altronde Dewey non era giurista di mestiere). Peraltro quella opinione ha un certo fondamento se si risolve nella osservazione che, molto spesso, i realisti prendono le mosse, nella trattazione di problemi giuridici specifici, dalle impostazioni generali di Dewey: salvo a correggere — frequentemente — queste impostazioni nel corso della loro specifica indagine.

<sup>(126)</sup> Dewey, op. cit., p. 23.

<sup>(127)</sup> DEWEY, op. cit., p. 24.

<sup>(128)</sup> DEWEY, op. cit., p. 25. (129) DEWEY, op. cit., p. 26.

<sup>(130)</sup> Dal Patterson, di cui si veda: lo studio Pragmatism as a philosophy of law contenuto nel vol. collettivo The philosopher of common man, New York 1940, a p. 172 ss.; lo studio John Dewey and the law nel vol. collettivo John Dewey, Philosopher of science and freedom, New York 1950, a p. 118 ss.; Jurisprudence, cit. capp. XVII e XVIII.

## 4. Caratteri del realismo giuridico.

Se proviamo ora a caratterizzare il movimento realistico nel suo complesso, ci accorgiamo che nessuno dei fattori culturali ed ambientali enucleati nelle pagine precedenti può convenientemente essere trascurato anche se nessuno è, di per sè, determinante.

È palese, ad esempio, che nei lavori dei realisti si respira talvolta un'aria utilitaristica e benthamiana. Per quel tanto (ed è invero poco assai) che i realisti parlarono di diritto in termini generici, anzichè delle specifiche attività e tecniche e idee rispettivamente degli avvocati, dei giudici, dei legislatori e dei funzionari (131), i realisti sempre si riferirono al diritto come ad uno strumento che è buono o cattivo a seconda se è più o meno idoneo a procurare mediatamente l'utile generale (132); e per quel tanto (e non è poco) che alcuni realisti ritennero di poter attribuire un peso alle attività di formulazione e prescrizione di norme (133) essi — non diversamente dall'utilitarista americano Livingston — concepirono quelle attività come intese a risultati sempre provvisori e quelle norme come sempre perfezionabili (134). Inoltre la continua insistenza dei realisti nel ridurre una azione alle sue conseguenze e nel giudicare una azione per le sue conseguenze (e non per le premesse o le intenzioni) si rifà — ancorchè traverso la mediazione delle correnti pragmatiste — all'etica degli utilitaristi e a quanto in essa vi era di potenzialmente sovvertitore delle concezioni etico-giuridiche tradizionali (romanistiche, canonistiche, razionalistiche ed individualistiche (135)). Ma al di sotto di taluni motivi di fondo espressi da formule generalissime che rinviano alle concezioni etiche (ma non a quelle politiche, economiche e giuridiche) degli utilitaristi, il realismo giuridico rappresentò l'antitesi di quanto l'utilitarismo

<sup>(131)</sup> Vedi infra, cap. II, par. 2.

<sup>(132)</sup> Vedi infra, in questo par.

<sup>(133)</sup> Vedi infra. (134) Vedi infra.

<sup>(135)</sup> Come osserva Bertrand Russell, « ogni teoria che giudichi la moralità di un atto dalle sue conseguenze, può accordarsi solo per un fortunato accidente con il punto di vista convenzionale secondo il quale certe categorie di atti sono peccaminose senza riguardo alle loro conseguenze » (B. Russell, Freedom and organisation, trad. it.: Storia delle idee del secolo XIX, Milano 1961, p. 144).

aveva prodotto nel campo giuridico. Gli utilitaristi, pragmatisti ante litteram in etica, erano individualisti e razionalisti in quanto politici del diritto; essi confidavano che l'utile generale potesse essere servito da una legislazione chiara e generale che garantisse, con le libertà civili e politiche e gli astratti diritti soggettivi dei philosophes, il libero gioco di quelle che la scuola di Manchester riteneva « leggi di natura » dell'economia; essi pertanto, innovatori liberali sul terreno delle libertà politiche, sul terreno delle riforme penali e su quello dell'istruzione generale, furono nel complesso del tutto contrari ad ogni legislazione economica; e, meditando una legislazione in termini di « libertà », e di « diritti », e di categorie generali quali « contratto », essi contribuirono quanto era in loro a quel processo di attribuzione alle formule del common law e segnatamente della equity di significati che esse ovviamente non avevano nel periodo feudale; gli utilitaristi perseguivano l'utile generale attraverso l'uguaglianza giuridica, e ritenevano che tanto più una legislazione si esprime per formule astratte e generali tanto più essa è strumentale nei confronti dell'utile generale. I realisti — i quali vissero in un contesto storico e culturale ben diverso — ritennero invece che tanto più una norma si esprime in termini generali e disciplina qualcosa che è designata da termini giuridici - come « proprietà » o « contratto » o « vendita » (senza qualificazioni di oggetto o di modalità) — tanto meno essa è chiara e tanto più consente una varietà di decisioni, rendendo « il diritto » imprevedibile ed arbitrario; così stando le cose, nella misura in cui i realisti si occuparono di valutare (anzichè di descrivere) i comportamenti degli operatori giuridici e di proporre criteri di condotta agli operatori giuridici (che fu il modo in cui i realisti si proposero il problema della riforma del diritto vigente), essi non si accinsero a valutare proposizioni molto generalizzate (es.: se sia più utile tutelare la «volontà» o la «equivalenza economica delle prestazioni », nel campo dei contratti) dal punto di vista di « leggi » (ad es. economiche) valide per ogni tempo e luogo, bensì si accinsero a valutare singoli atti di operatori (legislatori, giudici, funzionari) tenendo conto delle loro conseguenze istituzionalmente prevedibili (136), sulla base di criteri di utilità validi o

<sup>(136)</sup> Ad es. delle conseguenze che un atto del legislatore avrà sul contegno di giudici e funzionari; delle conseguenze che un atto di più giudici

assunti come validi in un determinato ambiente storico ed in una determinata situazione (economica, politica, sociale) (137). I realisti accoglievano così i suggerimenti dell'istituzionalismo economico.

La particolare cura con la quale i realisti distinguono tra un discorso che verte sul diritto com'è ed un discorso sul diritto come deve essere, insistendo sulla imprescindibilità di questa distinzione, riecheggia analoghe insistenze di Austin e dei giuristi che a lui si rifanno. Tuttavia, dietro a questa epidermica affinità, sta il fatto che i realisti fanno valere la distinzione tra is e ought proprio contro la tradizione austiniana. I realisti infatti ritengono che una tale distinzione non sia rispettata ove il diritto venga identificato con una serie di comandi provenienti da un soggetto chiamato sovrano, in quanto o (a) questo « sovrano » altro non è che l'ipostasi di una serie di osservazioni sociologiche (138) (e allora esso è una superfetazione inutile e non vale a identificare il diritto con un comando essendo il «comando» il risultato della « obbedienza ») oppure (b) esso è una creazione ideologica, ed in tal caso esso non serve a distinguere un discorso sull'is da un discorso sull'ought, introducendo al contrario, nelle definizioni del « diritto », proprio un elemento che per essere ideologico è necessariamente moralistico.

La particolare insistenza con la quale i realisti si impegnarono nell'asserire che la conoscenza dei fenomeni giuridici per essere scientifica deve avere come oggetto una serie di comportamenti e non una serie di prescrizioni, e che conseguentemente il discorso dello scienziato del diritto conduce a conclusioni espresse da un discorso assertivo e non da un discorso prescrittivo, è stata probabilmente condizionata — come si rilevava (139) — da quelle caratteristiche delesperienza giuridica americana per cui (data la particolare vacuità di una basilare norma sulla produzione giuridica quale quella espressa con « stare decisis ») un discorso sulla situazione normativa esistente avrebbe avuto scarsa probabilità di essere informativo in grado apprez-

avrà sul contegno di una parte dei consociati (come gli assicuratori, ad esempio); delle conseguenze che il contegno di questa parte dei consociati avrà su altri consociati (coloro che svolgono attività rischiose, ad es.), e così via.

<sup>(137)</sup> Vedi infra, cap. II, par. 5-6; cap. III, par. 2; cap. IV.

<sup>(138)</sup> Su questo vedi cap. II, par. 3.

<sup>(139)</sup> Vedi retro, par. 2.

zabile circa i comportamenti futuri così dei giudici e dei funzionari come dei consociati: in maniera più macroscopica nel campo del diritto costituzionale e del diritto sindacale, ma anche - insistono i realisti - nel campo del diritto privato. Come rilevano di solito coloro stessi che propugnano teorie normativiste, una teoria normativista presuppone che vi sia un certo grado di conformità tra i comportamenti effettivi dei consociati e dei giudici ed i comportamenti prescritti da quella che Kelsen chiama norma secondaria; o, che è lo stesso, una teoria normativista presuppone che un discorso che abbia come oggetto l'esistenza giuridica di una norma sia in qualche grado informativo: anche se evidentemente non riducibile ad, o traducibile in, un discorso che verta sulla verità di una asserzione fattizia. Ebbene, una posizione antinormativistica come quella dei realisti è stata probabilmente condizionata dalla situazione di scarsa « conformità » descritta. Sta di fatto che nell'America della prima metà del secolo tutte le voci vive della teoria giuridica sono state o voci di sociologi, o voci in qualche modo incerte ma insistenti sui problemi della valutazione degli interessi (Pound, Cardozo), o di realisti, o magari di giusnaturalisti: ma normativisti non ve ne furono, a meno che non si voglia considerare la ricerca di Hohfeld come l'espressione di un atteggiamento normativista (140).

L'impostazione che i realisti diedero al problema della scientificità della giurisprudenza fu senza dubbio influenzata dalla concezione della scienza che le correnti pragmatiste, ed in particolare Dewey, avevano resa corrente. Come si vedrà i realisti daranno soluzioni diverse al problema (141), ma l'impostazione sarà identica: la giurisprudenza è una scienza, se, mediante l'impiego di un linguaggio opportuno, essa perviene a formulare proposizioni circa il futuro comportamento di operatori giuridici e queste proposizioni costituiscono ragionevoli strumenti di previsione. Come si è visto, Holmes si era già posto su questa strada. Tuttavia i realisti andranno più a fondo di quanto Holmes non avesse fatto, proponendosi il problema ulteriore se la giurisprudenza tradizionale possa essere considerata scientifica, cioè a dire se il linguaggio elaborato della giurisprudenza tradizionale

<sup>(140)</sup> Sul Hohfeld vedi infra, cap. V.

<sup>(141)</sup> Vedi infra, cap. IV, parr. 4 e 5.

permette di formulare previsioni ragionevolmente garantite. Mentre Holmes riteneva di sì, i realisti sottoporranno a critica il linguaggio della giurisprudenza tradizionale, negando che sulla sua base si possa pervenire a previsioni ragionevolmente garantite. Alcuni realisti, come il Llewellyn, riterranno di poter concepire una giurisprudenza scientifica: altri, come il Frank, riterranno che una giurisprudenza scientifica sia resa impossibile dalla fondamentale imprevedibilità del giudizio sul « fatto » (142).

Il difficile funzionamento della norma stare decisis aveva già indotto il Gray a ritenere che il diritto si identificasse con ciascuna decisione giudiziale (uscendo così dall'ortodossia austiniana) (143) ed aveva indotto Holmes ad asserire che la decisione giudiziale ha sempre carattere creativo. I realisti, sulla scia di Gray e di Holmes, portarono la loro attenzione sul momento della decisione giudiziale al fine di determinare come e perchè, indipendentemente dall'esistenza di un precetto che vincola il giudice a determinate formulazioni precostituite, la decisione ha sempre un carattere creativo. La determinazione del come e del perchè costituisce una novità rispetto alle trattazioni di Gray e di Holmes, che si erano limitati il primo ad accogliere questo dato di fatto nell'ambito di una concezione normativa del diritto ed il secondo a constatare questo dato di fatto considerandolo rilevante - assieme ad altri - ai fini della descrizione dei processi di formazione del diritto in sistemi di common law. A differenza di Gray e di Holmes, inoltre, i realisti non ritennero di identificare tutto il diritto nelle decisioni giudiziarie, dato che - come si vedrà - essi evitarono, specie dopo le prime manifestazioni della tendenza, di restringere formalisticamente il campo del « giuridico » ai processi di soluzione giudiziaria della litigazione. Le decisioni giudiziarie furono perciò per

<sup>(142)</sup> Per il problema della scientificità della giurisprudenza vedi *infra*, cap. IV, par. 5. Per le opinioni del Frank sul problema dell'accertamento del « fatto » vedi *infra*, cap. IV, par. 4.

<sup>(143)</sup> Secondo Austin esiste bensì diritto di formazione giudiziale: ma in tal caso law è la regola che un tribunale ha formulato come principio in base al quale esso decide, e che varrà come legge per i giudizi futuri. Laddove per Gray law è ciascuna decisione, indipendentemente dal fatto che vi siano precedenti: i precedenti sono semplici « fonti di diritto » (sources of law).

i realisti creative « di » (non « del ») diritto, e furono considerate fonti non « del diritto », ma « del diritto giudiziario » (144).

Ancora: si è rilevato che generalmente gli uomini di legge americani nella seconda metà del XIX secolo e nei primi decenni del XX erano abituati a pensare in termini normativistici ed a ritenersi vincolati dalla norma tradizionalmente espressa nella formula stare decisis; conseguentemente la pluralità delle opinions celeva i molti mutamenti di indirizzo giurisprudenziale, essendo espresse in modo da suggerire che le decisioni prese fossero il risultato di deduzioni logiche compiute partendo da regole formulate in decisioni precedenti. Si è rilevato altresì come questi fatti fossero stati constatati da Holmes, il quale aveva distinto tra « sostanza legislativa » e « forma logica » delle decisioni (e della esperienza giuridica in genere). I realisti, proseguendo su questa linea del pensiero holmesiano, cercarono di stabilire con la massima accuratezza possibile la distinzione tra decisione di una controversia e linguaggio in cui la decisione è enunciata, tra ragioni cui un giudice si ispira nel decidere e ragioni che egli adduce e formula; i realisti, a differenza di Holmes, cercarono non solo di constatare una difformità tra « forma e « sostanza », ma cercarono anche di dimostrare come una decisione non possa essere fondata su passaggi meramente logici che prendono come punto di partenza una formulazione precostituita — sia essa contenuta in una opinion o in un atto legislativo -- e che pertanto una decisione non solo può essere ma necessariamente è entro certi limiti arbitraria (145).

Si è rilevato che il procedimento più usuale e più facile per mutare indirizzo nelle decisioni consisteva nel mutare il significato dei concetti sia d'uso comune sia — più spesso — d'uso tecnico giuridico: un mutamento concettuale permettendo di ottenere una apparente coerenza tra formulazioni di regole del decidere, anche quando le decisioni sono incompatibili dal punto di vista delle conseguenze giuridico-procedurali oppure delle conseguenze economiche (ad es. nel senso che esse rispettivamente tutelano interessi contrastanti). I realisti sottoposero ad analisi alcuni tra i più importanti concetti giuridici del common law al fine di mettere in luce come l'impiego di tali con-

(145) Vedi infra, cap. IV.

<sup>(144)</sup> Vedi infra, cap. II, parg. 2.

cetti in un contesto normativo provochi necessariamente l'indeterminatezza delle norme enunciate dato che si tratta di concetti essi stessi indeterminati. I realisti proseguirono mettendo in rilievo come una delle ragioni della indeterminatezza dei concetti dogmatici impiegati dal common lawyer sia costituita dalla loro latitudine. Alcuni realisti cercarono di mostrare come la latitudine di questi concetti fosse il risultato dell'impiego cui essi erano stati sottoposti nei due secoli precedenti da generazioni di common lawyers caratterizzati da una mentalità e da una educazione formalmente empirista ma sostanzialmente imbevuta di generalizzazioni astratte comodate dal razionalismo filosofico. I concetti dogmatici del common law sarebbero pertanto stati elaborati in modo da permettere o provocare la riunione sotto una medesima disciplina di fattispecie che occorrerebbe tenere distinte ove si avesse riguardo alle conseguenze economiche o sociali: in altre parole l'impiego dei concetti dogmatici tradizionali induce il giudice, che intenda conformarsi ad un criterio univoco di politica economica e sociale, o a dare soluzioni diverse a casi che quei concetti vorrebbero simili oppure a modificare la portata del dogma da un caso all'altro. In sede di proposte, questi realisti sconsigliano l'impiego delle categorie dogmatiche tradizionali sia in sede di analisi scientifica sia in sede di motivazione di decisioni, e consigliano invece la adozione di un numero molto maggiore di nuovi concetti ritagliati in modo da permettere non tanto la formulazione di principi comprensivi quanto la scelta di una determinata politica della decisione senza la contemporanea modificazione della portata del concetto (146).

Si è rilevato come ai mutamenti giurisprudenziali via modificazione della portata dei concetti dogmatici e del significato dei termini d'uso comune non si fosse sottratto in America il diritto scritto, così costituzionale, come statutario. Come pure si è visto, il Gray probabilmente per far andare d'accordo la sua teoria con questo fatto uscì dal sentiero benthamiano ed austiniano ritenendo che il diritto fosse di origine giudiziale anche nei casi in cui il giudice giudica sulla base di una legge scritta. I realisti cercheranno di mostrare come tra una norma scritta e la formulazione di una decisione che sulla norma si basa, necessariamente vi sia un salto logico.

<sup>(146)</sup> Vedi infra, cap. III.

Insomma, ci troviamo di fronte a tutta una serie di suggerimenti tratti dall'esperienza giuridica americana che vennero raccolti dai realisti, ed a tutta una serie di motivi che si erano manifestati nella cultura americana, i quali vennero dai realisti sviluppati.

Una certa solidarietà tra tutti quei fattori ambientali e tutti quei motivi culturali era palese; ma fu merito del movimento realistico l'aver preso consapevolezza di questa solidarietà e l'aver sviluppato contemporaneamente tutti quei motivi. Fin dalle prime manifestazioni del movimento questa solidarietà viene messa in rilievo. Consideriamo ad esempio il più importante tentativo di caratterizzare il realismo compiuto nell'ambito stesso del movimento: quello di Karl Llewellyn nell'articolo Some realism about realism. Nonostante il Llewellyn si rifiuti di concepire il realismo come una « scuola » e nonostante la polemica con Pound circa l'impiego del termine « realismo » (147), egli finisce per enumerare in nove punti quelle che possono a suo avviso considerarsi le caratteristiche comuni ai « realisti » (148). La enumerazione del Llewellyn è importante perchè, avvenuta nel 1931 e cioè proprio quando la critica realistica aveva dato i primi e più bellicosi saggi, rappresentò sia una sistemazione delle tendenze manifestate sia un programma per il lavoro futuro. Dopo la precisazione del Llewellyn, alcuni motivi di fondo divennero più chiari a molti di quegli stessi giuristi che talora inconsapevolmente li avevano espressi; ed il riferimento ai punti enumerati dal Llewellyn divenne quasi d'obbligo per tutti coloro che nel realismo si riconoscevano; tanto che in un certo senso, se prima dell'articolo di Llewellyn non si poteva effettivamente parlare di una « scuola », dopo tale articolo una scuola realistica, con un proprio programma, ci fu. Le caratteristiche dei realisti sono secondo il Llewellyn le seguenti:

- I realisti concepiscono il diritto come qualcosa di mutevole, e vedono un elemento di tale mutevolezza nella creazione giudiziale del diritto.
- 2) Essi concepiscono il diritto come un mezzo per conseguire finalità sociali, e ritengono perciò che ogni « parte » del diritto debba

<sup>(147)</sup> Vedi retro, parg. 1.

<sup>(148)</sup> Cfr. Llewellyn, Some realism, p. 1236 ss.

venire esaminata dal punto di vista dei suoi scopi e dei suoi effetti, e debba essere giudicata alla luce di entrambi (149).

- 3) Essi ritengono che la società si muova più rapidamente del « diritto ».
- 4) Essi si pongono separatamente, a fini di studio, il problema di ciò che è ed il problema di ciò che deve essere; pur riconoscendo che « nel porre degli obiettivi all'indagine ci si rifà necessariamente a giudizi di valore », i realisti si propongono di tenere la ricerca e la descrizione delle relazioni esistenti separate, « per quanto possibile », da ciò che un osservatore desidera o ritiene « eticamente doveroso ». Tale separazione non è permanente, ma è limitata al momento dellostudio dei fatti. In un momento successivo la separazione viene meno, poichè i realisti sono « uomini che partono dal sospetto che cambiamenti siano necessari ». La separazione temporanea dei problemi consente, una volta descritti i fatti, di pensare a modificarli; e consente di pensare a modificarli sulla base di una conoscenza chiara.
- 5) Essi nutrono sfiducia « nei concetti e nelle regole giuridiche tradizionali » in quanto essi siano intesi come « descrittivi di ciò che i tribunali o in genere la gente fanno in realtà ». Essi pertanto parlano di « regole » come di « predizioni generalizzate di quanto i tribunali faranno ». A questo proposito il Llewellyn ritiene che i realisti dovrebbero insistere sulla distinzione, che taluni hanno proposto, tra « regole per l'azione (precetti) e regole dell'azione (pratiche) ».
- 6) Essi non ritengono che le regole precettive nelle formulazioni tradizionali siano l'elemento determinante nel produrre le decisioni dei tribunali, e perciò ritengono di poter adottare in linea di massima la teoria che la motivazione di una decisione è di solito una razionalizzazione a posteriori rispetto alla decisione.
- 7) Essi credono che valga la pena di raggruppare casi e situazioni giuridiche in categorie e classi più ristrette di quelle che sono state tradizionalmente usate. Ciò perchè le categorie tradizionali (cioè i concetti dogmatici tradizionali) permettono di formulare regole (e

<sup>(149)</sup> Mentre il Llewellyn continuerà anche negli anni seguenti ad insistere sugli scopi, si manifesterà una tendenza a tenere conto esclusivamente delle conseguenze. Questa tendenza sarà rappresentata soprattutto dal Radin-Cfr. cap. IV.

anche precetti) verbalmente semplici, le quali però coprono situazioni di fatto che è invece opportuno tenere distinte. L'opportunità di distinguere mediante concetti meno estesi situazioni di fatto assimilate da regole e teorie e concetti tradizionali può derivare sia dalla rilevabilità di regole o « pratiche » diverse sotto il velo di un'unica formulazione verbale, sia dalla esigenza di trattare in modo diverso — in vista delle finalità assunte — le situazioni che possono essere distinte. Il Llewellyn insiste che l'atteggiamento realistico richiede venga di volta in volta precisato di quale dei due tipi di opportunità si tratti.

- 8) Essi pongono l'accento sulla necessità di valutare « ogni parte del diritto » in termini dei suoi effetti, e perciò di ricercare quali siano questi effetti.
- 9) Essi insistono nel sottoporre ogni problema giuridico ad una analisi che si muove secondo *tutte* le linee emerse dai numeri precedenti.

Esaminando questi nove punti ci si avvede del fatto che si tratta dello sviluppo, dalla particolare prospettiva di giuristi interessati alle tecniche pratiche degli uomini di legge, dei motivi presenti nelle scienze sociali in America nei primi decenni del secolo che sono stati messi in rilievo nelle pagine precedenti. E ci si avvede anche del fatto che i nove punti del Llewellyn sono collegati l'uno all'altro in modo da presentare, nel loro complesso, lo sviluppo di un unico disegno critico.

E, precisamente, l'impostazione del problema della conoscenza giuridica nei termini della distinzione tra « ciò che è » e « ciò che deve essere » (punto 3) sta alla base della critica realistica. Stabilendo tale distinzione, il realista assume essere oggetto della propria ricerca non un sistema normativo bensì delle serie di fatti. Il « dover essere » si riferisce non alla natura dell'oggetto della conoscenza giuridica, bensì alla valutazione che della realtà giuridica un operatore compie. Le proposizioni normative formulate dagli operatori giuridici divengono oggetto di conoscenza in quanto assunte come formulazioni, cioè come fatti (150). Conseguentemente le proposizioni prescrittive

<sup>(150)</sup> Sulla portata di questa distinzione fondamentale della critica realistica si sono spesso manifestate opinioni diverse. Alcuni, e soprattutto il Fuller nelle opp. citt., hanno ritenuto che i realisti volessero ignorare i « valori », inconsapevoli della impossibilità di una indagine sulla esperienza giu-

(contenute nelle leggi e nelle decisioni giudiziarie) sono studiate come fatti storici, e sono studiate come formulazioni intese a giustificare, a prevedere, o ad influenzare i comportamenti degli operatori giuridici o di talune categorie di operatori giuridici. Vengono così distinti rigidamente i « precetti » dalle « pratiche » (punto 5), ed il giurista si trova a studiare non solo una serie di precetti (eventualmente nelle loro relazioni) ma una serie di precetti ed una serie di pratiche: il problema principale divenendo quello della relazione tra i precetti e le pratiche. La relazione tra i precetti e le pratiche essendo soggetta a mutamenti storici, l'oggetto dello studio del giurista (il « diritto ») appare un oggetto continuamente mutevole (punto 1): specialmente se si tiene conto della continua formazione di nuove pratiche e formulazione di nuovi precetti nel corso della attività giudiziaria (nella « creazione giudiziale di diritto »: punto 1).

Si tratta di una impostazione del problema dell'oggetto della conoscenza del giurista che si contrappone decisamente a quella data
dalle correnti normativistiche ed implicita nella maggioranza dei trattati di materia giuridica posteriori alle prese di posizione del positivismo giuridico ottocentesco. A tale impostazione i realisti furono senza
dubbio spinti da due ordini di considerazioni, uno teorico ed uno pratico. Dal punto di vista teorico, i realisti si sono trovati ad accettare la domanda tradizionale: « come può la giurisprudenza essere scienza? »,
ed hanno creduto di poter rispondere — accogliendo la concezione
pragmatista di « scienza » — che la giurisprudenza è scienza in quanto, basandosi sull'osservazione di fatti passati e di tecniche che si sono

ridica che non comprende una indagine sui giudizi di valore di cui tutta l'esperienza giuridica è intessuta. In effetti, i realisti considerano i giudizi di valore come fatti, e in tale qualità ne fanno oggetto d'indagine « scientifica ». Cfr. J. Stone, The Province, p. 383: « Se l'invito del prof. Llewellyn ad una separazione tra "ciò che è" e "ciò che deve essere" stesse a significare che l'osservatore deve ignorare quella parte dei fatti che consiste negli ideali che influenzano o è probabile influenzino l'operatore, sarebbe chiaramente un invito inaccettabile. Ma non è probabile che voglia significare questo. È chiaro che egli richiede non già che l'osservatore ignori gli ideali dell'operatore, ma che l'osservatore metta tra parentesi gli ideali propri in modo che non interferiscano nella osservazione e nella descrizione ». Nello stesso senso anche E.N. Garlan, Legal realism and justice, New York 1941, p. 21 e 43; e J. Paul, The legal realism of Jerome N. Frank, The Hague 1959, p. 143 ss.

dimostrate efficaci, enuncia previsioni circa avvenimenti futuri sufficientemente garantite per permettere ad un operatore l'adozione di tecniche efficaci al conseguimento dei suoi fini. Dal punto di vista pratico, i realisti si posero il problema: « a chi serve le scienza giuiridica? », e risposero — da pratici quali tutti loro erano e volevano essere — che la scienza giuridica serve soprattutto a permettere a dei tecnici (gli avvocati) di informare il pubblico (i clienti) circa il modo con cui coloro che dispongono di un più alto grado di poteri istituzionali (i giudici ed i funzionari amministrativi) decidererebbero probabilmente una eventuale controversia od agirebbero in una eventuale situazione; inoltre, secondo i realisti, la scienza giuridica può servire a chi giudica o a chi intende influire su coloro che giudicano ovvero ancora a chi agisce in una particolare situazione di potere istituzionale, per determinare quali sono i mezzi più idonei per raggiungere i fini che costoro si propongono (punto 8). La scienza giuridica conseguentemente diviene nelle mani dei realisti una scienza empirica: per taluni, come il Frank, essa diviene una scienza empirica impossibile. Il metodo giuridico diviene per il realista qualcosa di completamente diverso dal metodo dei normativisti (e dei giuristi tradizionali); infatti per il realista non si tratta di elaborare i precetti al fine di scoprire tutti i « significati intrinseci » e di pervenire così alla determinazione della norma da cui un caso studiato deve essere disciplinato; si tratta invece, a seconda dei punti di vista propri dei diversi tipi di operatori giuridici, di scoprire se rispetto a determinate situazioni litigiose si è manifestata una pratica costante da parte dei giudici, se talune fattispecie vengono di solito assimilate tanto da far supporre e prevedere decisioni identiche di casi ritenuti simili, se taluni effetti desiderati dall'operatore sono stati raggiunti in passato mediante l'impiego di strumenti concettuali e tecniche argomentative date, e così via.

Su questa base i realisti procedono ad una critica serrata della giurisprudenza tradizionale; quest'ultima viene accusata di « non essere scientifica », sotto la quale formula si vuole dire semplicemente che essa non serve a nessuno degli scopi tipici degli operatori giuridici ed è solo fonte di confusione in quanto occulta la reale natura delle operazioni giuridiche e distoglie dalle ricerche veramente « scientifiche ». La ragione per la quale la giurisprudenza tradizionale non

serve come strumento degli operatori giuridici è costituita dal fatto che nella maggior parte dei casi le proposizioni della giurisprudenza tradizionale (che sono precetti identici a, o derivati pseudo-logicamente da, i precetti del legislatore o dei giudici) non corrispondono a pratiche effettive, non servono a prevedere comportamenti futuri di operatori e non servono ad influenzare gli operatori giuridici a comportarsi in modo da produrre effetti sociali determinati e voluti dagli autori dei precetti. La ragione per la quale le proposizioni che costituiscono i risultati di indagini condotte con i metodi della giurisprudenza tradizionale non possono adempiere ad alcuna di quelle funzioni, deve vedersi, secondo i realisti, nel fatto che il metodo della giurisprudenza tradizionale consiste nel manipolare proposizioni prescrittive mediante l'impiego di concetti i quali non sono l'espressione di operazioni intese all'adempimento delle funzioni medesime. L'apparato concettuale di cui il metodo tradizionale si serve è stato mutuato dalle più svariate ideologie e mitologie politiche e non politiche, ed il metodo tradizionale consente l'attribuzione alle formule dei precetti di tanti significati quanti l'impiego e la indiscriminata giustapposizione dei concetti accolti consente. I concetti tradizionali sono inadatti a quelle funzioni perchè non sono stati elaborati in vista a quelle funzioni. Perciò secondo i realisti i « precetti » di solito non informano e non possono informare circa le pratiche (punto 6), non tanto perchè gli operatori non vogliono conformare i loro comportamenti ai precetti nè perchè i giudici non vogliono decidere secondo i precetti, bensì perchè i precetti sono indeterminati e non si riferiscono alle pratiche effettive nè forniscono criteri di decisione dei casi effettivi. Così stando le cose i realisti si proposero di «raggruppare casi e situazioni» in categorie diverse, e più ristrette, di quelle tradizionali (punto 7); e si preoccuparono di mostrare come, fintantochè si cerca di descrivere l'esperienza giuridica servendosi delle affermazioni di quegli osservatori che parlano nei termini tradizionali, si procede ad una mistificazione che consiste nell'attribuire la caratteristica della « certezza » ad un'esperienza in cui di « certo » non v'è nulla.

Da quanto detto appare chiaro che il punto centrale della critica realistica della giurisprudenza è costituito dall'analisi dei concetti giuridici (151). La stessa critica antinormativistica si svolge. oltre che sul piano della distinzione tra is e ought, anche sul piano della critica di tutti quei concetti (in primo luogo quello di « diritto », in quanto definito dai normativisti) che permettono di stabilire collegamenti sistematici tra precetti. Più ancora che nei confronti dei concetti sistematici e dell'ideologia sistematica, i realisti rivolsero la loro attenzione ai concetti dogmatici mediante i quali avvengono le qualificazioni giuridiche. La critica dell'argomentazione giuridica discende direttamente dalla critica anticoncettualistica.

Si tratta ora di esaminare più in dettaglio i vari aspetti della critica realistica, al fine di pervenire ad una determinazione più precisa del significato storico e del significato teorico del movimento realistico americano.

<sup>(151)</sup> Ciò che di solito non viene rilevato, la maggioranza degli studiosi ravvisando il punto centrale della critica realistica nella critica della norma. Per una maggiore considerazione della critica dei concetti come caratteristica del realismo vedi (quntunque in modo un po' generico) J. Stone, The province, cit., pag. 412 ss.

## CAPITOLO II

## LA CRITICA DEI CONCETTI SISTEMATICI E DELL'IDEALE DEL «SISTEMA»

Sommario: I. I concetti sistematici. — 2. La critica del « diritto » in quanto concetto. — 3. Il problema del sovrano. Max Radin ed il « sovrano intermittente ». — 4. La costituzione come « istituzione ». — 5. La critica del sistema giuridico e la funzione delle connessioni sistematiche. — 6. Il realismo giuridico e la critica del « sistema » .

## 1. I concetti sistematici.

Quando si parla di « concetti giuridici » si può voler alludere a diversi tipi di concetti: diversi « tipi » in quanto si tratta di concetti che servono a compiere operazioni intellettuali diverse e rispondono a funzioni diverse.

Così si parla ad esempio di «concetti giuridici » a proposito di quei concetti i quali, emersi storicamente nella pratica o elaborati dalla dottrina per servire alla pratica, sono impiegati più direttamente per raggiungere una soluzione giuridica delle controversie e conflitti di interessi. A seconda dell'ambiente storico o della tendenza di chi ne discorre, questi concetti vengono presentati come corrispondenti a qualcosa di reale oppure semplicemente a delle operazioni; comunque si tratta di concetti che servono in sede di interpretazione di norme preformulate ed in sede di formulazione di norme generali sulla base di formulazioni individuali contenute in documenti come ad esempio i documenti di una decisione giudiziaria. Sono quei concetti mediante i quali si qualificano eventi o serie di eventi in relazione ad una norma precostituita o nei termini dei quali si formulano norme al fine di qualificare eventi o serie di eventi. Allorchè nella descrizione di un evento compare uno o più di questi concettì, l'evento oltre ad essere descritto è anche qualificato e la descrizione potenzialmente contiene una disciplina giuridica dell'evento. Si tratta di quei concetti

che nella tradizione della dottrina continentale si dicono « figure dogmatiche ». Esempi possono additarsi nei concetti di proprietà, proprietario, titolo di credito, azione, domanda, obbligazione, responsabilità, girante, convenuto, imputato, parte, ipoteca, custodia, precario, ecc.

D'altra parte si parla di « concetti giuridici » anche a proposito di talune costruzioni dottrinali che non adempiono direttamente a funzioni qualificatorie e che non vengono direttamente impiegati in operazioni di interpretazione e di formulazione di norme, ma che adempiono invece a funzioni diverse: come quelle di classificazione e di sintesi, di unificazione concettuale, di sistemazione didattica, di formalizzazione del discorso giuridico. Molto spesso essi adempiono congiuntamente o disgiuntamente a diverse di queste funzioni e non di rado tali concetti sono espressi da termini che provengono dal linguaggio politico o dal linguaggio comune in maniera molto più diretta e consapevole di quanto non avvenga per i concetti dogmatici. Esempi di concetti di questo tipo sono quelli di diritto (in quanto concetto, cioè in quanto definito), ordinamento, sistema, sovrano, costituzione, diritto pubblico, diritto privato, potere legislativo, legge, ecc. Si tratta di quei concetti di cui la dottrina, soprattutto nell'ottocento, si è avvalsa per ordinare il materiale presentato da qualunque esperienza giuridica, pervenendo all'idea che essi fossero gli strumenti tipici del conoscere giuridico; da quest'ultima idea si passò facilmente a concepire la possibilità di una teoria generale del diritto intesa come teoria delle forme di qualsiasi diritto: e le teorie generali furono per molti anni null'altro che le teorizzazioni dei concetti sistematici nelle loro relazioni.

Occorre dire che la distinzione tra i due tipi di concetti giuridici testè indicati non è affatto netta, ed è soggetta a mutamenti storici. Così, nel tracciare la storia di talune nozioni, come ad es. quella di « potere esecutivo », si constata che essi si riferirono per molto tempo a qualcosa di estrinseco rispetto a quello che era considerato « il diritto », si riferivano cioè alle strutture politiche nell'ambito delle quali « il diritto » veniva ritenuto vivere di vita propria (1); più tardi esse

<sup>(1)</sup> Ciò è palese ad esempio se si considera la tradizione storiografica giuridica e la risalente distinzione tra « storia interna » e « storia esterna »

sono divenute a pieno titolo « concetti giuridici » in seguito alla formazione del moderno diritto pubblico e alla diffusione dell'ideologia dello « stato di diritto »; ma, divenendo concetti giuridici, furono talvolta impiegati addirittura come concetti dogmatici; ad es. il concetto di « potere esecutivo » venne impiegato come concetto dogmatico in quanto si poteva far valere di fronte a qualche giurisdizione (ordinaria, speciale o costituzionale) un motivo di nullità o di annullabilità o una pretesa di risarcimento nei confronti di un atto dell'esecutivo che fuoruscisse dai limiti imposti dalla definizione codificata o consuetudinaria di « esecutivo ».

D'altra parte si osservano concetti che, sorti nella dogmatica per generalizzazioni successive, tendono a divenire concetti meramente classificatori o sistematici allorchè si verifica un processo storico di regolamentazione di fattispecie sempre più particolari tanto che un riferimento al concetto in questione non è più idoneo, nè di per sè nè in collegamento con altri, a designare una determinata disciplina della fattispecie; ad es. il concetto di negozio ha avuto un significato dogmatico (anche questo è incerto) nel momento del massimo fiorire del liberalismo giuridico e delle teorie della volontà, con le tendenze ben note ad una sempre più larga tutela della promessa come tale; ma, in seguito alla contraria tendenza alla disciplina tipica dei singoli contratti e degli atti unilaterali, nonchè al sempre più importante estendersi della disciplina legale di atti (disciplina condizionata a presupposti utilitaristici piuttosto che volontaristico-individualistici), il concetto di negozio si avvia a diventare sempre più un concetto meramente classificatorio (2).

Tuttavia, quantunque la distinzione tra i due rilevati tipi di concetti giuridici sia relativa e la demarcazione storicamente mutevole, si tratta di una distinzione piuttosto importante per il fatto che i concetti del secondo tipo — concetti che potremmo dire « sistematici » —

del diritto: su cui vedi L. RAGGI, Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica, in B.I.D.R., LXII, 1958.

<sup>(2)</sup> Che il concetto di « negozio » sia meramente classificatorio e non adempia a nessuna funzione dogmatico-interpretativa è tesi ricorrente ad es. nell'opera di G. Gorla. Cfr. specialmente Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, Milano 1955, vol. II, pp. 77-81 e 211-212.

sono quelli nei termini dei quali si sono storicamente formulate le tesi formaliste circa il problema della definizione del diritto. Storicamente le più importanti tesi formaliste — e segnatamente quella austiniana — hanno definito « diritto » in termini di comandi di, oppure di regole formulate da, un potere « sovrano »; ed hanno poi ravvisato gerarchie tra le norme o comandi del sovrano, gerarchie per cui generalmente le norme individuali venivano collocate ad un gradino più basso delle leggi generali, e queste ad un gradino più basso delle leggi costituzionali (ove per lo meno si era stabilita una distinzione tra leggi ordinarie e leggi costituzionali).

Si tratta di una ideologia giuridica importantissima perchè diede nuove basi della concezione del diritto come sistema di norme o di comandi e perciò alle tendenze a considerare l'interpretazione come ricerca del significato di una norma nel sistema (3) proprio nel momento in cui veniva meno a quella concezione e quella tendenza il supporto del razionalismo giusnaturalistico.

Da ciò l'importanza del fatto che i realisti sottoposero a critica serrata taluni concetti sistematici e l'ideale stesso di sistema; e ciò nonostante il positivismo giuridico anglosassone avesse nel secolo scorso fatto (rispetto al positivismo giuridico continentale) un uso piuttosto parco di concetti giuridici sistematico-classificatori, e fosse stato piuttosto restio a dare un significato giuridico a concetti elaborati dalle dottrine politiche (4).

<sup>(3)</sup> Su questo rinvio a quanto ho scritto nella voce Formalismo in Noviss. Dig. It.

<sup>(4)</sup> Ciò in conseguenza sia di una mancata elaborazione di un diritto pubblico di tipo continentale, sia del fatto che in Inghilterra il diritto costituzionale è consuetudinario e non si distingue da altri rami del Common Law per caratteristiche specifiche e per una posizione privilegiata nel sistema, per lo meno nel senso nostro, sia infine a causa della più generale caratteristica della cultura giuridica anglosassone moderna ad evitare una classificazione e sistemazione di proposizioni ritenute generali, limitandosi alla discussione di casi (il più delle volte anzi evitando persino la discussione di casi ipotetici per limitarsi ai casi storici). Nella tradizione del positivismo anglosassone il concetto giuridico con funzioni sistematiche è rarissimo, e si riduce in pratica ad una sola figura: quella di « sovrano »; figura sulla quale avevano appunto fatto perno le concezioni positivistiche dell'Austin, del Salmond e di altri. Proprio attraverso la critica del concetto di sovrano si era sviluppata in America una discussione sul problema delle fonti, con il Gray come si è visto,

Attraverso alla critica dei concetti sistematici i realisti combatterono la concezione sistematica del diritto e le teorie generali, e prepararono la strada per mutare l'impostazione tradizionale del problema dell'interpretazione.

Prima di iniziare l'esame della critica cui i realisti sottoposero taluni concetti sistematici, come quello di « diritto » (in quanto concetto definito), di « sovrano » e di « costituzione », occorre precisare che nel criticare tali concetti i realisti non erano del tutto consapevoli di fare qualcosa di diverso dalla loro critica ai concetti dogmatici, quantunque essi fossero consapevoli di attaccare le basi dell'austinismo. Nel distinguere la critica dei realisti ai concetti sistematici da quella critica che essi rivolsero ai concetti dogmatici si introduce per comodità, nella esposizione del pensiero realista, una distinzione di cui quel pensiero non era consapevole.

## 2. La critica del « diritto » in quanto concetto.

Praticamente in tutto lo sviluppo del movimento realistico il rifiuto di definire il diritto, il rifiuto cioè di fare del diritto un « concetto », costituisce il punto di partenza di ogni discorso; molto sovente tale punto di partenza è implicito. Il discorso del realista di solito, allorquando — piuttosto raramente — non si limita all'analisi di un problema particolare, si muove sul piano di una problematica attinente ai metodi ed agli scopi di una scienza del diritto, intesa, come si è visto, come scienza empirica (5), e mai procede alla definizione del suo « oggetto » o della « categoria » che essa implica. Il realista ritiene che una scienza abbia un campo (field) ma non con limiti predeterminati rispetto ai fini che essa di volta in volta si propone. Tali fini sono determinati dalle varie tecniche di lavoro: del-

e si era aperto il problema della relazione tra legislazione e giurisdizione. In America però essendovi una costituzione scritta ed una giurisdizione costituzionale, si erano talvolta venute a determinare discussioni su concetti sistematici al fine di spiegare o razionalizzare taluni aspetti dinamici di quell'ordinamento, attingendo in ciò fare a polemiche ed a modi di pensare ed a concettualizzazioni continentali.

<sup>(5)</sup> Vedi retro, cap. I, parag. 4.

l'avvocato, del giudice, del funzionario, del legislatore, dello studioso di problemi sociali, del politico.

Poichè, tuttavia, il « diritto » (law) era molto raramente stato impiegato come concetto sistematico (6), tranne che dagli autori di testi di jurisprudence di stretta osservanza austiniana, tutto ciò non richiedeva una previa critica del concetto di diritto. Il « diritto » viene assunto dai realisti come una nozione d'uso, non come un concetto da definirsi. Su questo punto i realisti si muovono spesso sul piano di Holmes, il quale ben raramente « definiva ». Anche la famosa frase di Holmes, secondo cui « le profezie di ciò che i tribunali faranno, e nulla di più pretenzioso, costituiscono ciò che io intendo per diritto » (7), quantunque spesso la si presenti come una « definizione » in realtà, ove la si osservi nel contesto, è una tesi metodologica (8). Se procediamo nel tempo, incontriamo il rifiuto di considerare « diritto » come un concetto negli scritti di quello che forse può considerarsi il primo realista in senso cronologico, cioè J. W. Bingham: allorchè ad esempio egli ci informa che « io uso la locuzione " il diritto " nel senso di sequenze di fatti esterni e delle loro

<sup>(6)</sup> Questa è una delle più vistose differenze tra la dottrina anglosassone della fine del secolo e la dottrina continentale dello stesso periodo la quale, « spinta, da una parte, dalla tradizione della scuola storica tedesca, e dall'altra da una corrente speculativa affermatasi nella [allora] recente filosofia giuridica, inclina[va] implicitamente a considerare il concetto del diritto come il presupposto logico indefettibile delle indagini del giurista; onde lo sforzo... di elaborare il concetto del diritto in modo tale da poter svolgere dal suo nucleo tutte le nozioni indispensabili al giurista (norma, sanzione, diritto soggettivo, obbligo giuridico e via dicendo) » (Le parole citate sono di A. E. Cammarata, Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza, ora in Formalismo e sapere giuridico, Roma 1962, cfr. p. 1-2).

<sup>(7)</sup> O.W. Holmes, The path of the law, in H.L.R., X, 1897, pag. 457 ss.: cfr. p. 461 (ora in Collected legal papers, cit. p. 173).

<sup>(8)</sup> Occorre rilevare che sin dal suo più antico scritto l'Holmes aveva accuratamente evitato di far dipendere soluzioni di problemi particolari dalla adozione di una definizione generale di diritto. Così, ad es., riconoscendo che nella maggioranza dei casi la definizione austiniana permette di dichiarare diritto tutto ciò che nell'uso va sotto questo nome, aggiunge che « se la definizione [di Austin] può essere sostenuta per ragioni di convenienza, e queste ragioni non sussistono per quanto riguarda il diritto internazionale, l'antico termine [diritto] può propriamente venire ancora impiegato » a proposito del diritto internazionale stesso. Cfr. Holmes, Codes and the arrangement, cit. pp. 4 e 5.

conseguenze giuridiche concrete attraverso il concreto operare del macchinismo statale (governmental machinery) » (9). Come è palese, non si tratta qui di un concetto, bensì di una nozione d'uso: come si vede dal fatto che vi è una circolarità determinata dell'aggettivo « giuridiche » che non viene affatto definito ma assunto come avente appunto un significato d'uso.

Vero è che, specialmente in alcuni lavori degli anni attorno al 1930, lavori importantissimi nella letteratura realistica, è possibile trovare espressioni che sembrano proporre definizioni in termini come: « il diritto è ... ». Simili espressioni sembrano tanto più significative in quanto, espresse il più delle volte in contesti polemici nei confronti delle definizioni normativiste, si presentano come « definizioni reali ». Esse riprendono o addirittura ricalcano la pseudodefinizione di Holmes, e sembrano definizioni comportamentistiche di « diritto ». Così ad esempio il Frank del 1930 sembra dare a più riprese una definizione reale di « diritto » in termini comportamentistici (« il diritto [law] è ciò che i tribunali fanno ») (10); ed il Llewellyn nello stesso anno si lascia sfuggire le espressioni seguenti: « il fare qualcosa circa le dispute ... è il compito del diritto (law). E coloro che sono incaricati di fare questo qualcosa, siano essi giudici o sceriffi o impiegati o secondini o avvocati sono funzionari (officials) del diritto. Ciò che questi funzionari fanno a proposito delle dispute è, secondo me, il diritto » (11). Tuttavia, se considerate nel contesto in cui compaiono, simili espressioni si rivelano come meri programmi di ricerca e non come definizioni (e tanto meno come definizioni reali): gli autori si sono semplicemente avvalsi -- con scarsa prudenza - di usuali locuzioni in termini di « il diritto è ... » per indicare ciò di cui a loro avviso i giuristi si dovrebbero occupare e loro medesimi intendono occuparsi.

<sup>(9)</sup> J.W. BINGHAM, What is the law?, in Mich. L.R., XI, 1912, pp. 1 ss. e 109 ss.; cf. p. 109 n. 29.

<sup>(10)</sup> J. FRANK, L.M.M., p. 32, 42 ss., 51, 96.
(11) K.N. LLEWELLYN, The bramble bush, New York 1930, p. 3. Di questo lavoro del Llewellyn (citato d'ora in avanti come TBB) vi è una ristampa del 1951 con una nuova Prefazione. Per comodità le citazioni verranno fatte sulla ristampa, in cui il passo tradotto nel testo si legge a p. 12.

Tanto è vero che, nonappena si profilò tra gli studiosi americani la tendenza ad interpretare quelle espressioni non già in relazione ad un determinato modo di concepire e di programmare la ricerca dello studioso di cose giuridiche, bensì come una definizione reale, e nonappena si profilò la tendenza a polemizzare con i realisti in termini di verità o falsità di quella (presunta) definizione, gli autori di quelle espressioni (di solito così proclivi ad entrare clamorosamente in ogni polemica) si limitarono a precisare che non si trattava affatto di definizioni, ma solo — invece — di dichiarazioni programmatiche espresse, sia pure, in modo poco felice. Così il Frank rettificava la sua posizione sin dall'anno successivo, quando nell'articolo « Are judges human? » espose le ragioni per cui egli avrebbe in seguito sempre evitato di dare « una qualsiasi definizione di "diritto" » (12); ed il Llewel-

<sup>(12)</sup> L'articolo si trova in U.Pa.L.R., LXXX, 1931, pp. 17 ss. e 233 ss.: spec. p. 45. Riferendosi, dopo molti anni, a questa rettificazione il Frank nel 1949 così si esprimeva: « diciannove anni or sono pubblicai un libro in cui ero così folle da arrischiare una mia definizione di diritto che, ponendo l'accento su decisioni che consistono in giudizio di fatto (trial court decisions), illuminava l'incertezza della litigazione legale... Ma prontamente mi ritirai da simili battaglie verbali. Da allora io ho — ovunque fosse possibile — evitato l'uso della parola 'Diritto' (Law). Ho invece... dichiarato direttamente — senza far intervenire definizione alcuna di quella vaga e litigiosa parola -- ciò di cui stavo parlando; e cioè quanto i tribunali o gli avvocati fanno, o quanto dovrebbero fare, oppure l'intero campo dell'amministrazione della giustizia» (C.O.T. p. 66-67); e decisamente (a p. 3 dello stesso C.O.T.) l'autore aveva infatti dichiarato: « Evitero... l'impiego del termine 'law'. Parlero invece (1) di ciò che i tribunali effettivamente fanno, (2) di ciò che si crede i tribunali facciano, (3) del problema se i tribunali fanno effettivamente ciò che si crede di solito che essi facciano e (4) del problema se i tribunali debbano o meno fare ciò che si crede essi facciano ». Negli anni successivi all'articolo del 1931, le idee di Frank a proposito della opportunità di « definire » il diritto erano venute precisandosi in vari scritti, e specialmente: What courts do in fact (in Ill. L.R., p. 645 ss. e 761 ss.: cfr. p. 778); Lawlessness (voce della Encyclopaedia of the social sciences, vol. IX, p. 277; cfr. p. 279); If men were angels (New York, 1942, citato d'ora in avanti come IMWA: cfr. pp. 279-284); e A sketch of an influence (nel vol. collettivo Interpretations of modern legal philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound, New York, 1947, p. 189 ss.). Nell'ultimo lavoro citato il Frank osserva (p. 225) che « la parola law, in quanto significa una tale varietà di cose diverse, è dotata di una peculiare ambiguità. Uno scrittore che si proponga di essere chiaro deve, quando la impiega, evitare quella ambiguità »; ed in nota (nota 266) soggiunge che « a causa della incurabile ambiguità di quella parola, il genere umano starebbe meglio se essa cadesse in desuetudine ».

lyn sin dallo stesso anno 1930 precisava che « la difficoltà di formulare un qualsiasi concetto di « diritto » (law) è che vi sono così tante cose da includere e che le cose da includere sono così incredibilmente diverse l'una dall'altra ». « Forse » — continua il Llewellyn — « sarebbe possibile arrivare a metterle tutte sotto uno stesso tetto verbale. Però non vedo cosa si ottenga facendolo. Perchè un concetto, così come io lo intendo, è costruito per uno scopo. È uno strumento per pensare. Serve a rendere i dati più maneggevoli nel fare qualcosa... ed io non ho ancora incontrato — e non ne ho mai sentito parlare — un lavoro per cui tutti i dati che si associano a questo elasticissimo simbolo suggestivo, diritto, siano contemporaneamente rilevanti » (13).

La rinuncia a definire *law* da parte del Frank sembra possa essere riferita all'opinione, espressa dall'autore poco dopo, secondo cui mentre è possibile trovare una serie di usi lessicali di *law*, tali usi sono completamente irrelati e sconnessi: «It is as if on consulting the dictionary, one found that 'sound' meant (1) healthy, (2) valid, (3) substantial, (4) the sensation produced through the organ of hearing, (5) mere empty noise without significance, (6) a long narrow body of water, (7) the air bladder of a fish, and (8) to measure the depth of water; and if we were then to insist that all of these definitions were interchangeable or had some necessary logical interrelation so that to be 'healthy' a person must also be 'valid', 'a mere empty noise', while, at the same time, somehow resembling 'a narrow body of water' and the 'air bladder of a fish', etc. etc. Such is Blackstone's technique ». In altre parole (parole che Frank non avrebbe usato) sembra che l'autore ritenga possibile (corretto) enumerare usi lessicali di «law » nella lingua, ma non invece definire «law » nel linguaggio.

Secondo il Frank, la tenacia con la quale di solito i giuristi insistono nel « definire » il diritto si spiega solo ricorrendo a tutte le ragioni psicologiche che secondo lui presiedono a quell'insieme di processi di mistificazione per cui la esperienza giuridica viene fatta apparire come caratterizzata dalla « certezza »: « vi sono dozzine di diverse definizioni di questa parola. Tuttavia quasi tutte sono formulate in modo da far ritenere che 'il diritto' sia passabilmente sicuro, definito e uniforme quantunque le decisioni dei tribunali non lo siano. Escludendo dalla definizione tutto ciò che è palesemente incerto e non uniforme, i definitori del diritto sono riusciti a convincere loro stessi e con loro molti altri che gli aspetti incerti... della litigazione — non essendo elementi del diritto così come definito — sono insignificanti. In tal modo i legal magicians trovano conforto in un Diritto che è, o può essere, piuttosto stabile, e rifiutano di tener conto del fatto che l'esito delle cause è affidato al caso » (COT, p. 66).

(13) K. N. LLEWELLYN, A realistic jurisprudence. The next step, in Col. L.R., XXX, 1930, p. 431 ss.: cfr. p. 431. Come è evidente, il Llewellyn si muove qui in un ordine di idee assai affine a quello degli strumentalisti. La affermazione secondo cui un concetto è costruito per uno scopo, e precisamente per lo scopo di rendere i dati più maneggevoli « per fare » qualcosa, riecheggia persino nella formulazione verbale molte notissime affermazioni di Dewey.

A mano a mano che i realisti precisano i loro obiettivi, essi si dimostrano sempre più consapevoli del conflitto tra il loro modo di intendere la ricerca giuridica e la assunzione di un concetto categorico di diritto; e le affermazioni si fanno più recise e precise. Un « concetto » di diritto non serve a nulla, anzi può costituire una remora alla ricerca; d'altra parte sarebbe difficile costruire un concetto di diritto che tenesse conto di tutte le necessità proprie di tutte le ricerche che sono rilevanti rispetto ad alcuni punti focali degli interessi del giurista. La sostituzione di una serie di « punti focali » ad un concetto precostituito e predefinito è estremamente importante in quanto indicativo della tendenza, propria del movimento realistico in tutti i suoi esponenti e rispetto a quasi tutti i temi affrontati, ad evitare di presentare i problemi della conoscenza giuridica come problemi di definizione concettuale, ed in particolare come problemi pregiudicati da una definizione del concetto di « diritto ». Tanto più interessante appare questa tendenza in quanto una delle ragioni dichiarate (indipendentemente da quella che si connette alla polemica antinormativista ed alla concezione che i realisti hanno dei compiti dello studioso di problemi giuridici) è quella di non compromettere ricerche storiche o politiche o sociologiche (14): una delle spinte psicologiche che ha influito sull'antidefinizionsmo dei realisti appare così essere la stessa che, in altri ambienti — come ad es. il nostro — ha indotto tanti di coloro che si propongono una problematica storica ad evitare le definizioni di « diritto » (e specialmente quelle normativiste), facendo perno su nozioni vaghe ed indefinite quali quella di « esperienza giuridica » (15).

Il rifiuto di una definizione concettuale di « diritto » trova, nell'ambito del realismo giuridico, una espressione particolarmente inte-

<sup>(14)</sup> Ricerche che, secondo il Llewellyn, appaiono prima facie direttamente rilevanti per il cosiddetto giurista tecnico nella soluzione dei suoi problemi specifici: cfr. A realistic jurisprudence alle pp. 431-433.

<sup>(15)</sup> In questo senso cfr. R. Orestano, Introduzione allo studio storico del diritto romano, 2ª ed., Torino 1961, p. 359 ss.; e in generale, sulla nozione di esperienza giuridica, su talune esigenze cui l'impiego del termine ha risposto, e sul significato storico dell'adozione di quel termine, si vedano le finissime pagine del Piovani poste come Introduzione ad una nuova edizione de Il problema della scienza del diritto del Capograssi (Milano, 1962).

ressante, e per certi aspetti peculiare, nell'impostazione che Felix Salten Cohen venne a dare al problema in un libro del 1933 intitolato Ethical systems and legal ideals (16).

Felix Cohen propose anzitutto di distinguere tra le definizioni meramente lessicali e le definizioni che vengono stipulate al fine di delimitare un campo di indagine; egli afferma infatti recisamente che « il nostro problema non è un problema filologico. Determinare i modi in cui termini quali diritto, morale e giustizia sono stati usati non è affatto nostro compito » mentre al contrario nell'intraprendere una ricerca « la chiarezza del pensiero deve essere perseguita anche a costo di qualche grado di arbitrio nel definire i termini impiegati » (17). In secondo luogo, stante che le definizioni adottate ai fini di una ricerca sono (di fatto e di diritto) entro certi limiti arbitrarie, l'autore propose e si propose di evitare l'impiego in funzione commendatoria delle definizioni già adottate in sede di ricerca; rendendosi perfettamente conto che molto sovente le definizioni di « diritto » non vengono proposte solo per delimitare una indagine, bensì anche per consigliare o per giudicare determinate azioni, Felix Cohen si preoccupa di render chiaro sin dal principio che, mentre non è affatto sua intenzione quella di escludere dalla attività dello studioso di diritto il raccomandare o il prescrivere, egli tuttavia ritiene foriero di confusione e, a questo titolo, sempre dannoso, il procedere a raccomandazioni e prescrizioni mediante l'impiego commendatorio di definizioni (18).

<sup>(16)</sup> Di questo libro vi è una recente ristampa inalterata, Ithaca-New York 1959. Le citazioni seguiranno l'ordine delle pagine di tale ristampa, e il titolo dell'opera verrà abbreviato in: ESLI.

<sup>(17)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 10.

<sup>(18)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 10: «Vi sono giuristi che hanno voglia di dissertare se le regole sulla guerra — ad esempio — sono diritto o no. Ma noi scopriamo che in questa disputa il sostenitore della tesi negativa usa il termine diritto a significare semplicemente le regole utilizzate dai tribunali di uno stato sovrano nel decidere controversie; mentre il suo avversario attacca un significato molto più largo al termine diritto. I due avversari hanno entrambi ragione in ciò che affermano ed entrambi torto nel ritenere di contraddirsi a vicenda. Noi eviteremo a tutti i costi argomenti di questo genere». Come è chiaro ciò che Cohen si propone di evitare è l'attribuzione di una connotazione normativa a definizioni che sono il risultato di stipulazioni — entro certi limiti — arbitrarie. In questo senso, la posizione di Felix Cohen differisce dalla posizione di coloro che ritengono ogni definizione di diritto necessariamente

Solo dopo queste premesse, Felix Cohen passa a delimitare il campo della sua indagine: ed in così fare dà una definizione di diritto che è decisamente stipulativa e che risponde ad un criterio generalmente considerato proprio delle definizioni stipulative, e cioè quello della chiarezza e della neutralità (19).

La definizione stipulativa, mediante la quale l'autore si propone di delimitare il campo della sua indagine, è quella che era oramai tralaticia in taluni settori del pensiero americano, da Holmes a Frank (20); stipula infatti il Cohen che « con il termine diritto (law) intenderemo un complesso di regole in base alle quali i tribunali, cioè gli organi giudiziari di un corpo politico, decidono delle controversie (cases) » (21).

<sup>(</sup>funzionalmente) espressione di una ideologia della giustizia epperciò necessariamente dotata di una attitudine a influenzare i comportamenti o a raccomandare delle scelte. (Sul problema della definizione del concetto di diritto, e per una recisa affermazione del carattere ideologico e della funzione pratica delle definizioni generali di diritto, cfr. da ultimo L. BAGOLINI, Il problema della definizione generale del diritto nella crisi del positivismo giuridico, in R.I.F.D., XXXVIII, 1961, p. 3 ss.). Il Cohen sembra ritenere che vi sono bensì definizioni di diritto, stipulate o recepite, che sono intrinsecamente « commendatory », che sono adoperate per « raccomandare » e pertanto si rivelano solidali con una ideologia della giustizia: ma l'autore sembra ritenere che talune definizioni possano anche essere adoperate per designare un determinato campo di indagine, o un complesso di descrizioni, restando così ideologicamente neutrali. Per conto suo il Cohen ritiene preferibile dare definizioni neutrali, e preferisce che le scelte ideologiche avvengano (e siano rese esplicite) non in sede di definizione ma in sede di discussione dei problemi specifici ed in occasione di alternative concrete.

<sup>(19)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 11. L'autore riconosce che « non è possibile eliminare l'ambiguità mediante l'operazione di definire », ma soggiunge che « vi sono alcune ambiguità tradizionali che possiamo eliminare » dalla parola « diritto » (law).

<sup>(20)</sup> Il Cohen si riferisce esplicitamente e con approvazione alle parole del Frank ricordate sopra (cfr. ESLI, p. 12 e nota 14). Poichè nel momento in cui Felix Cohen scriveva (1933) il Frank già aveva dichiarato che la sua presunta « definizione » del 1930 non era un tentativo di dire « cos'è » il diritto ma solo un modo per delimitare l'indagine (cfr. retro, in questo paragrafo, nota 11), è palese che il Cohen, rinviando al Frank dopo tutto il discorso riferito nel testo, non propone affatto una definizione reale bensì si limita ad istituire una ricerca.

<sup>(21)</sup> F.S. Cohen, ESLI, p. 11.

Soltanto sul piano delle stipulazioni Felix Cohen passa a polemizzare con altre definizioni di diritto: ad esempio quella blackstoniana secondo cui law è « una regola di condotta, prescritta dal potere che in uno Stato è supremo, la quale comanda ciò che è giusto e proibisce ciò che è sbagliato » (22). Coerentemente con le premesse, la polemica contro le « definizioni » tradizionali di diritto non viene svolta argomentando dalla maggiore o minore rispondenza ad una presunta contropartita fattizia, nè — in linea principale, sulla base degli usi linguistici diffusi nel mondo degli operatori giuridici, bensì argomentando dalla maggiore o minore significanza della ricerca che adottando l'una o l'altra definizione si vuole istituire, e di cui l'espressione di una definizione altro non è che l'etichetta; la polemica sulle formule diviene pertanto una polemica circa l'assunzione di uno od un altro punto focale di ricerca (23), e il rifiuto di una definizione —

<sup>(22)</sup> Cfr. F.S. Cohen, ESLI, p. 14 ss. Molto spesso il brano di Blackstone « commanding what is right and prohibiting what is wrong » viene tradotto (o interpretato) come se « wrong » volesse dire « ingiusto ». Ciò accade perchè si suole insistere sull'aspetto giusnaturalistico del discorso blackstoniano. In realtà ci si trova di fronte ad uno dei tantissimi casi di polivalenza semantica che rendono così sfuggente (ed affascinante dal punto di vista della storia della cultura giuridica) il pensiero del Blackstone.

<sup>(23)</sup> Questo processo argomentativo è estremamente chiaro nel testo del Cohen. Questi anzitutto afferma: «Vi è ampia ragione di credere che la ridetta definizione di law [quella di Frank] corrisponde all'uso dei litiganti e degli avvocati. Ma, anche se ciò non fosse vero, resta il fatto che il complesso istituzionale definito da quei termini è importante, ed è di quel complesso istituzionale che intendo appunto parlare. L'utilità, piuttosto che la verità, è il criterio unico per giudicare una definizione». Dopo questa premessa, il Cohen procede a render chiaro in qual modo la definizione da lui accolta serva ad istituire - ma non valga a predeterminare - la ricerca di un giurista: « Quella definizione è utile perchè denota un importante concetto [sic!] e perchè tale denotazione è chiara quanto la materia (the subject) le permette di essere. Vi sono, certamente, zone di penombra. Cos'è un tribunale? Come si distingue un organo giudiziario da un organo amministrativo? Cos'è un corpo politico?... I fenomeni giuridici sfumano impercettibilmente in fenomeni non giuridici. Ad esempio possiamo dire che le regole applicate dalla Federal Trade Commission sono più giuridiche delle regole di una trade union, e che queste ultime sono più giuridiche di quelle di un gioco. Una definizione di diritto che riflette fedelmente queste zone di penombra e queste gradazioni di colore è probabilmente più utile che non la definizione più rigida e più

quali quelle del tipo blackstoniano o anche di quelle normativiste — assume il significato di un rifiuto di considerare significante il tipo di ricerca alla cui istituzione quelle definizioni sono collegate o del rilevamento della loro natura puramente commendatoria (24).

Considerando criticamente la posizione dei realisti sul problema della definizione del diritto mi sembra sia possibile enunciare le conclusioni seguenti. In primo luogo, il realismo giuridico è caratterizzato da un rifiuto di considerare possibile una « definizione reale » di diritto. In secondo luogo, il realismo è caratterizzato dalla recisa opposizione ad ogni tentativo di considerare la definizione di diritto come pregiudiziale rispetto alla ricerca del giurista, e ad ogni tentativo di misurare la correttezza metodologica di una ricerca (dell'impostazione di una ricerca) nel campo giuridico mediante riferimento ad una de-

artificiale che otterremmo dando ai ridetti interrogativi e problemi una risposta definita ».

È estremamente interessante notare come il discorso di Felix Cohen circa l'opportunità di scegliere una definizione non rigida (cioè tale da indicare — senza pregiudicare — una ricerca) sia affine al discorso di Llewellyn circa la opportunità di scegliere — non delle definizioni rigide ma — dei punti focali. Ancora più interessante è l'identificazione, compiuta dal Cohen, tra definizioni rigide e definizioni « commendatorie »; tale identificazione, infatti, equivale ad una accusa di giusnaturalismo rivolta a tutte le dottrine formalistiche del diritto. Dice infatti il Cohen: « ciò che è importante nella definizione da noi adottata è che questa configura un concetto del diritto come di qualcosa di puramente positivo o naturalistico, che non implica connotazioni di approvazione o disapprovazione. In tal modo potremo evitare le confusioni che derivano inevitabilmente dalle definizioni 'commendatorie' ». (Ma vedi nota segg.).

Tutti i passi citati tra virgolette in questa nota si trovano in ESLI,

<sup>(24)</sup> Cfr. F.S. Cohen, ESLI, p. 14 ss. Da notare che, per il Cohen, il fatto stesso che una determinata definizione di diritto sia funzionalmente collegata alla pretesa di tracciare una distinzione netta tra discorso giuridico e discorso valutativo in genere o discorso morale, rende commendatoria ed antipositivistica la definizione medesima. Attraverso un simile impiego dei termini (che per il Cohen è giustificato dalle ragioni esposte nella nota precedente, ma che non trova rispondenza nell'uso prevalente) diviene possibile accusare di giusnaturalismo ogni teoria formalistica. Poichè, secondo l'uso prevalente, è possibile dire invece che talune correnti formalistiche si caratterizzano — per il loro stesso formalismo — come anti-giusnaturalistiche, la terminologia di Cohen si presta a dar luogo (come difatti è avvenuto) a gravi equivoci.

finizione formalistica di diritto. In terzo luogo, il realismo è caratterizzato dal rifiuto di argomentare la soluzione di un problema giuridico particolare procedendo da una (cioè assumendo come normativa una) precostituita definizione di diritto. Questi tre aspetti dell'atteggiamento realistico nei confronti del problema della definizione di diritto sono, ovviamente, connessi da una considerazione che peraltro non viene mai, nella letteratura realistica, esplicitata: e precisamente che (a) una definizione reale sarebbe (in quanto definizione reale) il risultato di un atteggiamento antiscientifico; (b) verrebbe a coincidere con una riduzione formalistica; (c) le riduzioni di un complesso di esperienza ad una « forma » coprono una valutazione e si esprimono in una definizione commendatoria.

In altre parole, appare caratteristica comune ai realisti quella di voler evitare di far discendere conseguenze sia in ordine alla legittimità di una data ricerca in quanto ricerca giuridica, sia in ordine alla soluzione di determinati problemi che si presentano prima facie come problemi giuridici (cioè tali da interessare gli operatori giuridici nello svolgimento delle loro attività abituali) da una precostituta definizione di « diritto ». Quale che sia la strada seguita dai singoli autori (assunzione di diversi « punti focali », definizioni non rigide stipulate istituendo una ricerca determinata, rifiuto di addivenire ad una definizione di diritto in generale), tutti concordano nell'insistere sulla necessità di evitare un concetto formale di diritto e soprattutto di usare in funzione « sistematica » un simile concetto.

Come è palese, questo atteggiamento dei realisti in ordine al problema della definizione non deve suggerire che i realisti (in quanto evitano definizioni « commendatorie ») non abbiano ideologie da far valere, o una determinata « politica del diritto » da proporre. Al contrario, i realisti hanno, di solito, una politica del diritto da far valere: ma evitano (ritenendolo inopportuno e foriero di confusioni) di argomentare a favore di una determinata impostazione di una ricerca o di una determinata soluzione di un problema facendo leva su di una definizione precostituita: e propongono invece di argomentare partendo dalle ragioni « sostanziali » e cioè, in ultima analisi, facendo leva sugli effetti di una determinata impostazione di un problema o di una determinata soluzione di un caso.

3. Il problema del sovrano. Max Radin ed il « sovrano intermittente ».

Come si è rilevato, il concetto sistematico più manifestamente importante nel pensiero giuridico anglosassone era quello di « sovrano »: concetto elaborato da Austin come fondamento della teoria analitico-positivistica, e recepito in America dalla maggioranza dei trattatisti a cavallo dei due secoli. Il concetto di « sovrano », ben più che una definizione concettuale di « diritto », stava alla base del formalismo giuridico in America nel momento storico in cui si manifestava la tendenza realistica. Solo ricorrendo a tale concetto si poteva presentare come un tutto unitario quel coacervo di consuetudini, statuti e precedenti di diversa origine storica e funzione politica, che pure se trattati come teoricamente compatibili, in realtà interferivano continuamente e reciprocamente si limitavano. Solo introducendo il concetto di « sovrano » era possibile considerare l'esperienza giuridica americana come caratterizzata da « sistematicità »; e d'altra parte solo una concezione che vedesse nel diritto un «sistema» poteva garantire quei metodi di « interpretazione » e di « costruzione » che erano generalmente accettati come «il» metodo del giurista: metodi che per essere teorizzati sui libri inglesi venivano generalmente considerati dagli americani come « tradizionali », e tipicamente propri della esperienza del common law, anche se erano di fatto intessuti di elementi riconducibili alla profonda seppur occulta influenza che la dottrina germanica aveva esercitato sul pensiero inglese sia attraverso Austin e gli austiniani sia attraverso Maitland.

Proprio la imprescindibilità del concetto di « sovrano » come fondamento teorico che giustificava il metodo tradizionale doveva offrire tale concetto come bersaglio obbligato a coloro che volevano rendersi interpreti di tutti quei fattori ambientali che — come pure si è rilevato — mettevano in crisi quel metodo.

Così il concetto di « sovrano » divenne oggetto di talune critiche da parte di realisti, ai quali premeva mettere in chiaro che — se non si vuole introdurre una ipoteca ideologica nella ricerca del giurista — occorre evitare di introdurre (mediante l'impiego del termine « sovrano ») un ordine aprioristicamente accettato nell'oggetto che si vuole studiare; lasciando impregiudicata all'inizio la questione se tra

le « regole », tra i « precetti », e tra « regole » e « precetti » vi siano di fatto delle correlazioni sistematiche, i realisti che si occupano del « sovrano » tengono ad affermare il punto di vista secondo cui l'esistenza di quelle correlazioni (e cioè la natura « sistematica » dell'esperienza giuridica) può essere il risultato ma non deve essere il presupposto della ricerca del giurista.

Nel sottoporre a critica il concetto di « sovrano » la tematica realista si precisa soprattutto per quanto riguarda le affinità e le notevoli differenze tra l'analisi linguistica di cui si avvalgono i realisti e l'analisi delle contemporanee scuole analitiche.

Il più importante intervento da parte realista sul tema del « sovrano» (e l'unico che tratti questo tema in via specifica e non incidentale) è uno studio di Max Radin del 1930 (25). Si tratta di uno studio importante per quattro ragioni. In primo luogo perchè mostra con grande chiarezza come l'allargamento dell'« oggetto » della scienza giuridica sino ad abbracciare comportamenti dei consociati (oltrechè dei funzionari) fosse sin dal primo momento di diffusione del realismo solidale con la critica anticoncettualistica. In secondo luogo perchè mostra la esistenza, ma anche i limiti, di una solidarietà che viene stabilita dai realisti tra una concezione comportamentistica del diritto e quei presupposti positivistici che si erano dapprima fatti valere come fondamento di concezioni imperativistiche del diritto. In terzo luogo perchè mostra con grande chiarezza che i realisti o taluno di essi erano perfettamente convinti di rendersi interpreti di istanze metodologiche non completamente nuove ma anzi in qualche modo (e sia pur vagamente) affini ad istanze contemporaneamente fatte valere (in una diversa prospettiva teorica) sul continente europeo. Ma la principale ragione per cui si deve considerare importante la critica della « sovranità » compiuta nel 1930 da Radin consiste nel fatto che quella che viene fatta valere come critica di un'idea o di un concetto (26), si svolge come un'analisi di una « costruzione concettuale », analisi condotta sul piano degli usi linguistici; in tal modo precorre talune analisi di termini del

<sup>(25)</sup> M. RADIN, The intermittent sovereign, in Y.L.J., XXXIX, 1930, p 514 ss.

<sup>(26)</sup> RADIN, op. cit., p. 514.

linguaggio politico e giuridico compiute più tardi da correnti analitiche; e seppure il Radin manifesta una irresistibile vocazione che potremmo dire « atomistica » nel senso di « riduzionistica » (vocazione, del resto, comune a tutto il movimento realistico) e non perviene pertanto ad una concezione che tenga conto della diversità dei livelli linguistici in cui un termine viene fatto valere, la sua analisi resta tuttavia un'importante esempio dell'aspetto analitico-linguistico del realismo giuridico.

Il Radin osserva come lungo tutta la storia del pensiero politico occidentale si trovi il concetto di «Stato» come comunità politica composta di due parti; una parte che « comanda » ed una parte che « ubbidisce ». L'importanza della continua presenza di concezioni di questo tipo non risiede tanto nel fatto che esse sono ritenute « vere » o comunque munite di una contropartita reale, bensì nel fatto che una simile concezione, cristallizzando degli usi linguistici, può costituire una predeterminazione rispetto ad ogni tentativo di riforma: si tratta di un concetto, cioè, che diviene un'ipoteca per ogni azione consapevolmente intesa a modificare una data situazione esistente, o, in altre parole, ogni azione politica. « La maggior parte di coloro che si sono proposti problemi relativi all'organizzazione dello Stato, hanno pensato tali problemi in questi termini, ed una buona parte del nostro macchinismo statale (state-machinery) si è formata sotto l'influsso di gente educata a pensare in questi termini » (27). Tutte le classificazioni dei vari tipi di Stato sono state ideate sulla falsariga di questo concetto, e assumono come contrassegno essenziale qualcosa che si riferisce a chi « comanda »: sia — come è più comune sin da Aristotele - il loro « numero », sia qualche elemento attinente a « quale genere di persona » o a « quale origine sociale avessero » o a « come selezionarle » o a « quali fini si propongono di raggiungere »; ma sempre si classificava prendendo come punto di partenza coloro che « comandano ». Questa « qualità » (di comandare) si riteneva poi fosse bene espressa dal termine « sovranità » che, secondo Radin, significa semplicemente majestas; e majestas « rende chiaro, nella sua ovvia

<sup>(27)</sup> M. RADIN, ibid.

etimologia, quanto gli scrittori hanno poi espresso con frasi astratte e complicate » (28). Il problema, per Radin, si propone come problema non già di quale significato abbia il termine « sovrano », bensì come problema se tale termine abbia un significato qualsiasi (29).

Il problema del significato del termine « sovrano » viene a sdoppiarsi in due problemi. In primo luogo si tratta di vedere « se qualunque comunità possa essere analizzata sulla base di questo schema bipartito di sovrano e suddito, e, nel caso in cui lo possa, se è utile analizzare così » (30). In secondo luogo si tratta di vedere a quale scopo si è fatto centro, da parte dei giuristi, sul concetto di sovrano; da questo punto di vista appare chiaro, osserva il Radin, che « questo scopo per gli austiniani ed i quasi-austiniani è quello di avere una definita e chiara fonte del diritto nel senso stretto di questa espressione, diritto venendo così ad essere ciò che il sovrano comanda o tollera o ad ogni modo non proibisce » e permettendo così di qualificare qualunque attività dal punto di vista giuridico, dato che « è ben difficile vedere quale istituzione o attività in qualsivoglia società possa evitare di rientrare in una delle tre partizioni menzionate » (31). Il modo con cui il Radin

<sup>(28)</sup> M. RADIN, ibid.

<sup>(29)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 514-515: « Che vi fossero stati in cui è dubbio ove risiede la sovranità, stati in cui la sovranità è disputata, stati in cui la sovranità si alterna in diversi soggetti, tutto questo è vecchio luogo comune. ... Ma sino a tempi recenti non era sorto alcun dubbio se per caso la sovranità non l'avesse nessuno; nè era concepibile che la sovranità potesse ora esistere ora non esistere; e mentre la sovranità collegiale non era un concetto difficile, una sovranità simultanea goduta da persone o gruppi non collegati tra di loro costituisce non solo un concetto difficile, ma apparentemente un concetto contraddittorio e perciò una nozione non esistente (non existent notion) » [corsivo mio].

<sup>(30)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 516.

<sup>(31)</sup> Cfr. Radin, op. cit., p. 516. Mi sembra importante rilevare come il Radin abbia colto acutamente, diversamente da altri autori che si erano occupati dell'Austin, ad esempio il Gray ed il Dewey (quest'ultimo nell'articolo Austin's theory of sovereignty, in P.S.Q., IX, 1894, p. 31 ss.), la funzione sistematica del concetto di « sovrano » in Austin. « Sovrano » è semplicemente un modo di concepire il diritto come un sistema logicamente chiuso strutturato sulle tre modalità dell'obbligatorio, del permesso e del proibito. Ciò è appunto reso possibile dal concepire il diritto come una serie di comandi o di imperativi che derivano da un'unica fonte. Vero è che l'Austin era pervenuto alla sua concezione di « sovrano » non tanto sulla base di una esigenza « logicizzante » quanto sulla base di una concezione politica di derivazione benthamiana (per il pensiero

affronta questi problemi consiste nell'invertirne l'ordine, e precisamente nell'asserire che la legittimità del concetto di sovrano non può che fondarsi sull'utilità dello scopo che ci si propone parlandone; e che l'utilità dello scopo si potrebbe evincere dal fatto che nella società attuale è necessario, per una serie di ragioni pratiche, parlarne. Su questa premessa, è facile al Radin asserire che il « sovrano » non è altro che un'ipostasi dei discorsi che si fanno di solito sulla gerarchia degli imperativi giuridici, epperciò (a) è un a posteriori rispetto a determinati usi linguistici generalizzati; (b) è a posterori rispetto ai motivi di convenienza o alle ragioni politiche di cui quegli usi linguistici sono un'espressione; (c) se si entifica il « sovrano » si rischia di attribuirgli caratteristiche potenzialmente contrastanti con gli usi e con le ragioni degli usi; (d) le proposte di modificazione delle strutture sociali che determinano quegli usi dovrebbero basarsi su di una ragionata critica delle medesime, e non provenire da un acritico parlare e generalizzare a ruota libera sull'ipostasi. L'argomentazione di Radin, insomma, mentre si muove su di un piano analitico (in quanto collega il significato del termine alla sua funzione in espressioni d'uso), perviene ad una descrizione dei rapporti fra sovrano e comandi nella quale i termini della relazione sono perfettamente identici a quelli della relazione kelseniana tra norma fondamentale e norme valide. mentre il significato della relazione è completamente opposto a quello della relazione kelseniana. Infatti, mentre per Kelsen in tanto è possibile parlare di norme valide in quanto sia postulata una norma fondamentale, per Radin in tanto è possibile parlare di sovrano in quanto

dell'Austin e la sua genesi storica faccio nuovamente rinvio ad A. Agnelli, John Austin, cit.); occorre peraltro riconoscere che il significato e l'importanza della costruzione austiniana nella storia del pensiero giuridico moderno sta proprio nel fatto che l'introduzione del concetto di « sovrano » in una teoria giuridica, se compiuta alla maniera dell'Austin, configura l'ordine giuridico come (a) sistema (di comandi), (b) positivo, (c) autonomo, (d) esclusivo, (e) chiuso.

Che poi Austin riconoscesse il carattere creativo della giurisdizione ed anzi in qualche passo auspicasse una legislazione giudiziaria quantitativamente maggiore e qualitativamente migliore e più consapevole, nulla toglie alla sua concezione dell'ordine giuridico come formalmente chiuso. Su questo punto mi sembra che cadano in qualche equivoco sia Hart (Positivism and the separation, cit.) sia Morison (op. cit.) quando affermano che sul punto della creatività della giurisdizione la posizione di Austin non differisce da quella di un Frank.

nell'uso comune siano compiuti dei giudizi di prevalenza tra norme. Le conseguenze di questo rovesciamento sono rilevantissime perchè, ovviamente, la « sistematicità » dell'esperienza giuridica diviene per il realista aleatoria in quanto viene a dipendere dall'effettiva generalizzazione di discorsi di cui la qualità « sistematica » del diritto costituisca l'ipostasi. Mentre per Austin, come per Kelsen, il diritto è sistema, per Radin il diritto (o meglio l'insieme dei « precetti » in quanto corrispondenti a « regole ») può essere sistema: e tutta la corrente realistica non perderà occasione di mostrare come, di fatto, non lo sia.

Allo scopo di rovesciare l'ordine imposto dai formalisti ai due problemi dell'utilità del concetto di sovrano e della sua legittimità, cioè allo scopo di mostrare come la legittimità del concetto di « sovrano » non possa fondarsi su null'altro che sull'utilità di esso ai fini di descrivere le tecniche dei giuristi, il Radin si preoccupa anzitutto di mostrare come un concetto di sovrano che adempia alla funzione sistematica che i formalisti gli attribuiscono non è un concetto vero cioè non ha una contropartita reale (32). Se si vuole comprendere cosa

<sup>(32)</sup> Infatti, osserva il Radin, se il sovrano fosse un personaggio storico non potrebbe adempiere alla funzione sistematica cui è chiamato, in quanto una descrizione della realtà giuridica in termini di un'unica fonte sarebbe storicamente inesatta. In primo luogo « evidentemente vi sono migliaia di attività e migliaia di regole di condotta che non sono mai state comandate da alcuno e non costituiscono il contenuto di un comando in alcun ragionevole uso della parola » (op. cit., p. 516). In secondo luogo se per « comando » si intende « una volontà in atto» (a continuing fiat), sarebbe sciocco includere in essa i nostri semi istintivi abiti sociali » (op. cit., p. 516). In terzo luogo « nell'asserire che ciò che il sovrano non proibisce il sovrano comanda, noi useremmo il termine sovrano in modo insolito. Noi non useremmo il termine in questo modo in altri contesti (associations). Nel correlato campo della morale, noi troviamo difficile dire che ciò che non è buono è cattivo. È conveniente avere un posto per le cose indifferenti » (op. cit., p. 517). Ma soprattutto « la ragione usuale per supporre l'esistenza di un sovrano è in qualche modo frustrata dal convertire la sua tolleranza o la sua impotenza in un comando. Questa ragione usuale è... di avere una fonte del diritto, ma se le regole di azione che essa fonte non ha controllato sono diritto al pari di quella che essa ha istituito, la fonte delle prime ha ancora da essere trovata. La loro origine è anteriore al permesso perchè l'attenzione del sovrano non può essere da esse richiamata sino a quando esse non si siano sviluppate, e la loro obbligatorietà non può dipendere dalla mera condizione negativa che nulla sia stato fatto. Il nostro sovrano non ha perciò servito allo scopo per cui era stato chiamato in essere e noi possiamo tranquillamente lasciare che Duguit e Laski lo dissolvano nel protoplasma politico»

significa « sovrano » bisogna evitare di cercare una contropartita reale, ed esaminare i contesti in cui tale termine adempie ad una qualche funzione. Si tratta, secondo il Radin, dei contesti in cui si vuole paragonare la forza rispettiva di due o più comandi.

Pur se non si può ridurre tutto il diritto ad un sistema di comandi, resta tuttavia il fatto che « una gran quantità di comandi sono certamente dati da una gran quantità di gente » (33): comandi obbediti abitualmente senza coazione, e comandi fatti valere da poliziotti; comandi dati da organi di gruppi religiosi, comandi dati dai genitori ai figli, comandi dati dai sindaci ai guidatori di automobili, regole dei clubs, le regole di ammissione alle università, le regole della Costituzione. Il problema del significato del termine « sovrano » è connesso alla possibilità di distinguere fra tutti questi tipi di comandi dal punto di vista delle persone che li formulano (34). Ora, osserva Radin, « non è possibile che questa distinzione tenga conto del grado di obbedienza che ricevono i comandi », dacchè ciò porterebbe a violare l'uso linguistico. Infatti l'ordine di un datore di lavoro ad un impiegato ha una grande probabilità di venir obbedito mentre molte leggi statali sono scarsamente obbedite, ma « non è usuale che si dica (we are not likely to say) che il datore di lavoro è sovrano mentre la legge non lo è » (35). La distinzione non può nemmeno tener conto della severità della sanzione, per la stessa ragione. Insomma, per capire come si parla di sovrano occorre lasciare da parte sia l'obbligatorietà sia la sanzione. Ora, se la connessione fra la nozione di sovrano e la nozione di norma giuridica fosse tale che per definire la norma occorresse definire prima il sovrano, ci troveremmo di fronte a difficoltà insormontabili. Vediamo il caso di banditi il cui dominio su di una regione diviene permanente; « noi dobbiamo allora ripercorrere la loro carriera dal brigantaggio — che è antigiuridico — al dominio organizzato di una regione - che è ancora più manifestamente antigiuridico — allo spossessamento permanente del governo

<sup>(</sup>op. cir., p. 517). In altre parole, secondo il Radin il « sovrano » degli austiniani non può essere confuso con le fonti in senso materiale.

<sup>(33)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 518.

<sup>(34)</sup> *Ibid*.

<sup>(35) 1</sup>bid.

costituito - che è chiarissimamente antigiuridico, e che in qualche modo attraverso al successo diviene diritto.... Se "diritto" significa ciò che deriva dal sovrano, come potè la fonte dei comandi divenire sovrano? » (36). È su questa base che Radin rovescia il problema: « Io penso — egli dice — che nonostante l'apparente paradosso noi dobbiamo rovesciare il procedimento. I comandi legittimi non sono quelli che procedono dal sovrano, ma una delle ragioni per chiamare sovrano chi emette comandi è il fatto che i suoi comandi sono legittimi. Cioè a dire, esiste un criterio di giuridicità (lawfulness) indipendente dal sovrano, e noi possiamo poi, se lo desideriamo, applicare quest'ultima parola alla fonte di quei comandi che appaghino questo criterio » (37).

Si pone così, ovviamente, il problema di quale sia il criterio in questione. Secondo il Radin, ci troviamo a questo punto di fronte ad un'alternativa assai semplice: « o essi [i comandi] sono conformi ad una nozione innata di giuridicità oppure essi sono generalmente considerati giuridici »; ed « è sicurissimamente la seconda alternativa quella che noi adotteremo » (38). Tuttavia occorre spingere l'analisi più a fondo, se si vuole vedere come si parla di sovrano. Infatti i diversi comandi che sono detti giuridici possono trovarsi in conflitto tra di loro: e solo nel conflitto è possibile stabilire quale è « più forte » o come si determina « una gerarchia di comandi » (30). Inserendo qui la concezione realistico-holmesiana della scienza giuridica come scienza di previsione, il Radin afferma che, nelle varie situazioni storiche, « noi possiamo vedere abbastanza bene quale [di due comandi] prevarrebbe [in caso di conflitto] » (40). E, dopo aver fatto due esempi storici diversi (e cioè quello del despota le cui manifestazioni di volontà sono tutte diritto se espresse in determinate forme, e quello di una società come gli Stati Uniti in cui si può prevedere la Costituzione prevalga, in caso di conflitto, sul diritto statutario, e questo a sua volta prevalga su altri tipi di comandi) Radin perviene alla seguente impor-

<sup>(36)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 519.

<sup>(37)</sup> Ibid.

<sup>(38)</sup> Ibid.

<sup>(39)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 520.

<sup>(40)</sup> Ibid.

tante enunciazione: « La sovranità non è effettivamente una situazione, sebbene una inferenza. Essa è un'ipostasi del fatto che certi comandi sono visti come superiori ad altri ed il sovrano è semplicemente ciò che si suppone essere la fonte di tali comandi » (41).

Se la sovranità è un nome per indicare l'emissione di quei comandi che di fatto prevalgono sugli altri nel senso che si può dire che in caso di conflitto gli altri comandi vengono detti antigiuridici (e non, come si è visto, nel senso di un maggior grado di efficacia), noi non abbiamo alcun bisogno (dato che ciò non serve, non è necessario alla funzione cui il nome adempie) di entificare il sovrano e di supporre che ad ogni atto di legislazione « costituzionale » il sovrano sia sempre lo stesso. « Negli intervalli [tra un atto di legislazione costituzionale ed un altro] non vi è, semplicemente, alcun sovrano ». Perciò, a seconda delle circostanze, vi può essere « un sovrano una volta alla settimana, una volta al mese, o forse una o due volte all'anno » (42).

Ma non è possibile, secondo il Radin, prendere una strada così facile (43). Basta pensare all'ipotesi che un emendamento sostituisca un monarca ereditario al presidente e abolisca il parlamento: in un caso simile non si sarebbe affatto sicuri, cioè non si potrebbe

(41) M. RADIN, op. cit., p. 522.

La sovranità non è una qualità delle loro persone ... ma un carattere che assumono, un ruolo che interpretano, e per interpretare il quale sono talvolta necessari molti uomini e molto tempo » (op. cit., p. 523-24).

<sup>(42)</sup> Ibid. L'analisi compiuta dal Radin trova un ulteriore approfondimento quando l'autore passa ad esaminare la questione — come è noto si tratta di questione che in altri tempi è stata assai dibattuta e ritenuta importante anche per i riflessi pratici — di chi sia il « sovrano » negli Stati Uniti. Se — dice il Radin — « il sovrano è l'ipotetico autore di quei comandi che giuridicamente sovrasteranno tutti gli altri », allora ci troviamo di fronte alla « tentazione di asserire che ... sovrano degli Stati Uniti ... è una serie di persone che incomincia con coloro che costituiscono una maggioranza di due terzi del Congresso nel momento in cui si vota un emendamento (alla Costituzione) e finisce con la maggioranza del legislativo del trentasciesimo stato che ratifica l'emendamento; ... che noi possiamo identificare il sovrano degli Stati Uniti proprio come in Akkad, in Memphis e nella moderna Inghilterra. Egli è un signore in carne ed ossa, o meglio una serie di signori in carne ed ossa, ma non è mai un signore X come tale.

<sup>(43)</sup> Strada che il Dewey aveva finito invece col prendere. Cfr. Austin's theory of sovereignty, cit.

fondatamente predire, che un simile atto sarebbe ritenuto (a) giuridico e (b) prevalente sul complesso della costituzione esistente. Se tale certezza non esiste, significa che occorre distinguere, per tenersi al significato d'uso di « sovrano », tra potere costituente e potere di emendamento. Stando all'uso, pensa il Radin, considereremmo atto rivoluzionario (e non emendamento) l'atto testè ipotizzato. E questo equivale a dire che « un sovrano reale, un sovrano al cento per cento, un sovrano ventiquattro carati, uno che possa dare proprio tutti i comandi al di quà della demarcazione costituita da ciò che è impossibile, può venire in esistenza solo attraverso ad una rivoluzione» (44). E, ciò che è ancor più notevole, occorre riconoscere « che esso si esaurisce nella creazione di sovrani minori o in più ristretto numero (minor or lesser sovereigns) che possono dare ogni comando tranne alcune eccezioni, oppure solo alcuni determinati comandi ». Insomma, secondo Radin in tutta la storia americana il « sovrano » si è manifestato solo tre volte, e precisamente quando si addivenne alla Dichiarazione di Indipendenza, quando si accettarono gli articoli della Confederazione e quando si adottò la Costituzione. La sovranità ridotta o delegata, invece, appartiene a tutta una serie di organi che vanno dalle maggioranze richieste per un emendamento alla Costituzione giù giù sino allo sceriffo (45).

Da questa analisi « riduzionistica » di sovrano, Radin trae un corollario. Se il criterio per distinguere il sovrano consiste nel fatto che i suoi comandi superano gli altri, è palese che « la maggior parte dei comandi dati da un sovrano in fieri sono puramente sperimentali. Se essi si rivelano giutidici (if they turn out to be lawful) noi possiamo procedere all'indietro e dichiarare che la loro fonte era una fonte sovrana » (46).

Dopo l'analisi « riduzionistica », dopo cioè aver ricondotto il « sovrano » ad essere un semplice simbolo o nome del fatto (accertato o previsto) che una norma o comando è considerato come prevalente ri-

<sup>(44)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 525.

<sup>(45)</sup> Ibid.

<sup>(46)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 527.

spetto ad altri, il Radin si accinge ad identificare le ragioni (diverse da quelle meramente « metafisiche » (47)), per cui a tale fatto ci si riferisce con quel termine. Nel tracciare queste ragioni, sembra che il Radin senta molto fortemente l'influenza del pensiero strumentalistico. Infatti egli osserva come, pur essendo un doppione del fatto ricordato, il concetto di «sovrano» adempia ad una funzione pratica, e precisamente a quella di permettere di assumere come giuridici una serie di comandi che si sono rivelati giuridici in passato e prevedibilmente, salva sempre la possibilità del contrario, si riveleranno tali anche in futuro. In questo senso, « sovrano » denota, oltrechè un fatto, anche ciò che potrebbe chiamarsi un'ipotesi di lavoro la quale, per essere stata sottoposta a continuato vaglio empirico, si risolve in una asserzione giustificata (48). Ma in un altro senso ancora il « sovrano » adempie ad una funzione; i comandi che si ritengono provenire dal sovrano sono comandi che istituiscono pro-sovrani, tra cui principalmente i tribunali: ritenendo garantito il potere dei tribunali di decidere sulla legittimità dei comandi di origine privata, si offre un criterio di ricerca della legittimità dei comandi privati che presenta notevoli vantaggi, e senza la quale una società complessa non sarebbe possibile. « La giuridicità (lawfulness) dipende dal riconoscimento generale ed è generalmente difficile provare che il riconoscimento è realmente generale. Le comunità hanno dovuto divisare un modo per determinare la giuridicità in un modo relativamente facile e semplice, e questo è attuato col sottoporre ogni comando ad un qualche scrutinio ufficiale - da parte di tribunali, di commissioni, di legislature, di esecutivi » (49). In definitiva, il sovrano è il nome che vien dato al fatto che i comandi dei tribunali costituiti vengono riconosciuti generalmente come giuridici, permettendo così di decidere in modo breve e relativamente facile sulla legittimità di imperativi di origine privata: sono legittimi quegli imperativi privati che vengono o si pre-

(49) M. RADIN, op. cit., p. 529.

<sup>(47)</sup> Su cui cfr. op. c1t., p. 227-28. (48) M. Radin, p. 527-528. Per una concezione della norma giuridica, ricorrente nell'opera di Dewey, che presenta notevoli affinità con la concezione qui tratteggiata si veda Tarello, Norma e giuridificazione nella logica di Dewey, cit.

vede verranno riconosciuti come tali dai tribunali (50). Il « sovrano » perciò è anche il nome di un raggiunto equilibrio sociale: « Se noi desideriamo l'ordine ... noi possiamo averlo solo se da qualche parte vi è in riserva la possibilità di ottenere un imperativo superiore a tutti. E questa possibilità implica il concetto di sovrano » (51).

La connessione tra il concetto di sovrano ed il fatto dell'equilibrio sociale, tuttavia, deve farci vedere chiaramente che il « sovrano » come « sovrano unico » non è una necessità logica; e non è nemmeno una condizione di possibilità di un discorso giuridico. « Non deriva [dall'analisi compiuta] che debba esservi un solo sovrano... Uno stato

Occorre tener ben presente che in questa sede il Radin considera i comandi rispetto alla singola fattispecie che ne costituisce l'occasione diretta; circa la possibilità di concepire i comandi come qualcosa di « persistente » e di utilizzabile anche in altre posteriori situazioni, e circa la possibiltà di ricavare « norme » da comportamenti dei giudici, la posizione dei realisti differisce da quella dei sociologi Ehrlich e Malinowsky (cfr. infra, cap. IV). Le affinità tra i realisti e l'Ehrlich consistono esclusivamente nella comune distinzione tra comportamenti degli organi e comportamenti dei consociati, e nel tentativo (che resta in entrambi i casi poco più di un programma) di dare un posto notevole alla descrizione dei comportamenti di consociati in sede di scienza giuridica descrittiva. Per un apprezzamento dell'Ehrlich in questo senso da parte di un realista si veda LLEWELLYN, The theory of legal « science » (in N.C.L.R., XX, 1941, p. 1 segg) a p. 7 nota 7-a.

<sup>(50)</sup> Cfr. M. RADIN, op. cit., p. 227-231. Questa distinzione tra gli imperativi dei tribunali e gli imperativi privati era uno schema già piuttosto vecchio nella giurisprudenza sociologica e nella etnologia giuridica. Basti pensare ad Ehrlich ed alla sua distinzione tra le regole secondo cui i tribunali giudicano e le regole secondo cui i consociati si comportano. Molto spesso tale distinzione è stata intesa dagli storici e specialmente dagli etnologi come una distinzione tra ciò che è « diritto » e ciò che non lo è: per Malinowsky una regola è giuridica se, nel caso in cui vi si faccia ricorso, essa prevale su di una pratica sociale che la contraddice (Crime and custom in savage society, London, 1926, passim); uno schema per delimitare il progressivo differenziarsi di una esperienza giuridica dall'esperienza sociale. Anche recentemente distinzioni di questo genere sono state impiegate a fini di definizione del «diritto»; cfr. H. Kantorowicz, The definition of Law, Cambridge 1958. Ciò che tuttavia differenzia la posizione del Radin da questa tradizione di pensiero giuridico è il fatto che (a) il discorso si tiene sul piano di una analisi dell'uso di parole; (b) non viene proposta una definizione « reale »; (c) la distinzione resta relativa, nel senso che si ammette possa venire contraddetta dai fatti (cioè dagli usi); (d) la distinzione riflette una funzione strumentale.

<sup>(51)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 230.

pluralista (52) sembra poter avere pluralità di sovrani, e nel periodo feudale un certo numero di stati possono essere correttamente descritti come provvisti di due o più sovrani. Un imperium in imperio può essere una difficoltà pratica ma non è una contraddizione in termini »; in un caso simile « vi è, semplicemente, la possibilità di trovarci in un vicolo cieco ». Si può concludere che « tutti gli aggettivi che i pubblicisti hanno appiccicato a questo termine ... cioè unico, indivisibile, assoluto, sono puramente arbitrari » (53).

L'analisi di « sovrano » compiuta dal Radin tende insomma a mettere in rilievo come l'impiego di questo termine in sede di teoria giuridica non presuppone alcun riferimento ad un'entità reale; al contrario, secondo Radin l'impiego usuale di « sovrano » nei contesti giuridici lascia intendere che dietro a quel concetto stia semplicemente l'ipostasi delle previsioni secondo cui taluni precetti prevalgono sugli altri. Il risultato di questa analisi consiste nell'opinione per cui sarebbe preposterioristico argomentare dall'ammissione del concetto di « sovrano » alla sistematicità e coerenza della serie dei precetti o alla prevalenza di un precetto sugli altri. La designazione di un determinato precetto come « sovrano » non può essere stabilita una volta per sempre, ma solo da un'indagine volta a determinare se quel precetto prevale su altri. In linea di massima una tale conclusione potrebbe essere compatibile con un formalismo veramente rigoroso, il quale concepisse il concetto di « sovrano » come uno schema completamente puro che nulla dice sul proprio contenuto. Ed infatti il Radin ritiene che i suoi risultati siano sostanzialmente concordi con quelli della fazione più formalista della dottrina giuspubblicista europea (54): quantunque in ciò egli sia poco cauto dacchè gli esponenti di quella fazione finivano sempre per identificare il sovrano con qualche precet-

<sup>(52) «</sup> A syndacalist State »: ciò significa uno stato « pluralista » nel senso del socialismo inglese.

<sup>(53)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 530.

<sup>(54)</sup> Molto significativamente il Radin conclude la sua indagine affermando: « Se si dicesse che il sovrano qui descritto non è il sovrano di Kelsen, Jellinek, Willoughby, Carré de Malberg, Laband ... mi sentirei costretto ad eccepire. Sembra essere proprio lo stesso personaggio, seppur in qualche modo spogliato da fronzoli, nella stessa guisa in cui Thackeray provò ad immaginare Luigi XIV ... nel momento in cui stava per coricarsi » (op. cit., p. 531).

to particolare e per legittimare un'argomentazione deduttiva anzichè empirica, proprio come gli austiniani. In tutti i modi, conforme o difforme che sia da quelle dei formalisti, l'analisi del Radin permette di riportare lo studio dei rapporti gerarchici tra precetti ad un esame degli avvenimenti storici evitando quella ginnastica concettuale che tentava di far rientrare la mutevole realtà giuridica americana negli schemi tradizionali che avevano identificato la sede del « sovrano » una volta per tutte. Così un altro realista, Felix Cohen, potè procedere ad identificare il « sovrano » dei giuristi con il risultato delle ricerche di scienza politica, affermando che il significato di un certo tipo di precetti varia col variare dell'attitudine di certi organi, e che in uno stesso momento storico ed in una stessa comunità politica il « sovrano » è diverso a seconda del tipo di problema che ci si pone (55). Da questo a distruggere completamente l'utilità di far perno sul concetto di sovrano il passo è breve: per una serie di problemi specifici di fatto l'ultima parola resta quella di precetti che, in caso di conflitto con altri, non prevarrebbero. Per una serie di rapporti « noi troviamo il potere di definire dispute distribuito tra tutti gli organi preposti all'applicazione di diritto (agencies of law enforcement). Il giudice di pace, in questioni su cui non è ammesso appello, parla con la stessa definitività del parlamento o della più alta corte di gravame. L'analisi di ogni azione giuridica richiede perciò il calcolo dei controlli cui essa può essere soggetta, e nessuna teoria a priori della sovranità può sostituire questo calcolo. Senza un'intelligenza di questi controlli è impossibile misurare accuratamente gli effettivi limiti dell'agire in una regione del sistema giuridico, o di prevedere con qualche misura di

<sup>(55)</sup> Si veda ad esempio questo significativo passo di Felix Cohen (ESLI, p. 247) « I controlli ufficiali e non ufficiali esercitati da un ramo della amministrazione giuridica su di un altro ramo, controlli che forniscono tanta parte del materiale della scienza politica, sono una parte essenziale del significato (meaning) delle azioni giuridiche (jural acts). La significatività morale delle decisioni della Corte Suprema sulla costituzionalità degli statuti sarebbe radicalmente alterata qualora una attitudine jacksoniana in ordine all'esecuzione di tali decisioni venisse adottata dal ramo esecutivo del governo federale. La sovranità, in quanto potere di dire l'ultima parola in fatto di diritto, è un concetto complesso, ed il locus della sovranità varia, in qualsiasi struttura politica, col variare del problema che si presenta» (corsivo mio).

accuratezza le reazioni, che, come l'eco, raddoppiano, distruggono o rinnovano i suoni guiridici » (56).

#### 4. La costituzione come « istituzione ».

Dalla critica realistica del concetto di « sovrano », una concezione dell'ordine giuridico come « sistema » di regole univoche e gerarchicamente correlate usciva certo scossa, ma non veniva assolutamente falsificata. La critica realistica aveva colpito l'idea che una regola è fondamentale in quanto espressa da un precetto che procede direttamente da una fonte che si assume sovrana e che lo colloca al vertice gerarchico dei precetti; ed aveva inteso ridurre la nozione di «sovrano » al fatto che taluni precetti sono prevalenti e/o si prevede saranno in futuro prevalenti rispetto a tutti gli altri precetti eventualmente confliggenti. La critica realistica aveva inoltre suggerito che la questione della prevalenza tra precetti diversi non sorge se non eccezionalmente, e perciò, per tutte le regioni in cui il problema della prevalenza tra precetti diversi non sorge o si prevede non sorgerà in futuro, sono definitivi dei precetti di grado diverso da quelli generalmente prevalenti, cosicchè — implicitamente, ma coerentemente dal punto di vista realista - precetti antinomici possono essere contemporaneamente definitivi. Ma se questa critica colpiva l'idea che un ordine giuridico è necessariamente sistematico, e se questa critica induceva a concepire la sistematicità di un ordine come un fatto meramente possibile, non pertanto restava aperto il problema se, in concreto, l'ordinamento giuridico americano, quello con cui i realisti avevano a che fare, presentasse le caratteristiche di un ordine sistematico in cui (a) alcuni precetti prevalgono su tutti gli altri e (b) un'antinomia tra quei precetti ed altri viene sempre risolta con il porre in non essere (comunque ciò avvenga) i precetti che contraddicono i primi. In linea generale i realisti risolsero negativamente questo problema attraverso la critica dei precetti (57): cioè mostrando come i « precetti » giuridici non siano capaci di esprimere effettiva-

<sup>(56)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 247-248.

<sup>(57)</sup> Cfr. infra, cap. III e IV.

mente le « pratiche » (58) e mostrando come le pratiche non siano univoche. In particolare, però, si occuparono talvolta di mostrare come il concetto di « costituzione », su cui si faceva centro per asserire la « sistematicità » dell'ordinamento americano (59), non valeva a garantire tale sistematicità, i precetti costituzionali non essendo veri e propri precetti in quanto non adempiono a funzioni normative. L'idea che la nozione di « costituzione » potesse garantire la coerenza dell'ordine giuridico, cioè l'idea che « costituzione » fosse un concetto sistematico, venne colpita indirettamente dalla critica che i realisti fecero della « costituzione » come documento vincolante.

Fin dai primi accenni di critica realistica vi furono sporadici attacchi alla Costituzione americana o meglio alle ideologie che si facevano arma del documento costituzionale interpretato secondo le dottrine liberiste della seconda metà del XIX secolo (60): tanto da dare l'impressione di un generale attacco contro la Costituzione da parte di tutto il movimento realista (61). Ma l'attacco contro l'opinione che l'esistenza di un documento costituzionale potesse rappresentare il fattore determinante della sistematicità e coerenza dell'ordinamento giuridico americano ed introducesse un elemento di certezza circa quali precetti prevalessero su tutti gli altri, si manifestò con particolare

(58) Sulla distinzione tra «precetti» e «pratiche» cfr. sempre retro, cap. I, parag. 4.

<sup>(59)</sup> A differenza di quanto era avvenuto in Inghilterra (per via di una serie di ragioni che vanno dalla mancanza di una costituzione scritta rigida al fatto che taluni interessi costituzionalistici erano propri, nella seconda metà del XIX secolo, piuttosto di indirizzi storicistici che degli indirizzi analitici), in America molte questioni pratiche erano divenute questioni di diritto costituzionale a causa sia della superiorità di livello della norma costituzionale voluta dai padri della costituzione, sia della ben nota vicenda della lotta per la supremazia tra la corte costituzionale ed il potere legislativo. Si era così avuto il fiorire di una dottrina costituzionalistica la quale aveva concettualizzato la « costituzione » in funzione classificatoria e, talvolta, anche dogmatica. È notevole ricordare che persino uno storicista come il Bryce, nella sua opera su The American Commonwealth del 1888, aveva praticamente dimenticato il metodo di lavoro da lui stesso impiegato negli studi sulla costituzione inglese, e si era fermato ad una descrizione di tipo dogmatico della costituzione scritta utilizzando dottrine costituzionalistiche anche americane.

<sup>(60)</sup> Vedi, retro, cap. I, parag. 2.

<sup>(61)</sup> Cfr. fra gli altri M. Ascoll, Realism versus the Constitution, in Soc. Res., I, 1934, p. 169 ss.

virulenza negli anni della famosa battaglia della Suprema Corte contro la legislazione di Roosevelt. Un esempio estremamente rappresentativo di come questo attacco venne condotto dal campo realista è costituito da un saggio del Llewellyn apparso nel 1934 (62). In questo saggio appare chiaramente sotto qual profilo e per quali ragioni dal punto di vista di un realista la « costituzione » non può funzionare come concetto sistematico. Già abbiamo visto come il Radin aveva concepito il concetto di sovrano come ipostasi dell'osservazione o della previsione di una maggior efficacia di norme costituzionali rispetto ad altre norme nel caso in cui conflitto venga elevato. In questo modo la costituzione poteva continuare a concepirsi come un concetto classificatorio utile e persino come un utile concetto sistematico, una volta che venisse accettata l'ipotesi (a) di una situazione non rivoluzionaria e di un organismo politico non pluralistico e (b) di una reale efficacia di norme facenti parte del dettato del documento « costituzione ». In altre parole, la critica poteva portare a concepire l'esperienza giuridica come un sistema bensì di asserzioni fattizie (osservazioni e previsioni) e non di norme: ma pur sempre, garantita l'accennata ipotesi di lavoro, come un sistema. In tal modo, mentre veniva compromessa una Stufenbau normativa, avrebbe potuto venir ammessa una Stufenbau di enunciati indicativi, sempre soggetti a controllo ma tuttavia utili come strumenti di lavoro sino ad una loro eventuale falsificazione empirica; e gli enunciati costituzionali, assumendo lo status di indicativi, avrebbero potuto conservare la funzione tecnica loro tradizionalmente attribuita; il concetto di « costituzione » sarebbe rimasto un concetto sistematico classificatorio, in quanto espressione di una discriminazione tra asserzioni che devono essere (fino a prova contraria) ritenute privilegiate rispetto ad altre espresse in norme appunto non costituzionali, e avrebbe potuto anche essere impiegato addirittura come base di costruzione dogmatica, servendo a determinare la disciplina di quegli istituti che sono disciplinati in parte da norme costituzionali. Il Llewellyn, pur partendo fra l'altro dagli studi

<sup>(62)</sup> K.N. LLEWELLYN, *The constitution as an institution*, in Col. L.R., XXXIV, 1934, p. 1 ss. Tale saggio è importante anche per quanto concerne la posizione del L. sul problema dell'interpretazione, come si vedrà in seguito.

del Radin (63), compie un passo avanti negando che gli enunciati costituzionali possano funzionare come schemi di previsione, epperciò negando l'utilità dell'ipotesi di lavoro che il Radin aveva adottato.

Il procedimento adottato dal Llewellyn è estremamente semplices. Se, ritiene l'autore, la possibilità di discriminare tra norme costituzionali ed altre norme è un'ipostasi della serie di osservazioni che verificano l'ipotesi secondo cui in caso di conflitto prevalgono nei tribunali le norme inserite nel documento costituzionale, allora la possibilità di discriminare dipende dalla possibilità di attingere il contenuto delle disposizioni contenute nel documento costituzionale. Ma in larga misura tale contenuto non è attingibile prima della pronuncia di un tribunale sul caso concreto rispetto al quale la discriminazione si pone come problema; i casi in cui si eleva conflitto tra di una cosiddetta norma costituzionale ed un'altra norma sono, per larga parte, quelli in cui è dubbio il contenuto di una formulazione verbale inserita nel dettato costituzionale; inoltre, e questo è il punto principale, una tesi la quale vede nel dettato costituzionale qualcosa che possa essere verificato o falsificato, trascura proprio tutto quanto viene sostenuto dalle correnti realistiche in sede di: (a) critica della nozione di interpretazione; (b) critica della nozione di norma; (c) critica della concezione tradizionale della concordanza tra fatto e norma; e presuppone una concezione « tradizionale » del fenomeno che si vorrebbe descrivere con frasi come « la costituzione viene applicata » (64). Il fatto è che la « costituzione », intesa come documento costituzione, non può venire nè applicata nè disapplicata perchè solo in base ad una finzione le proposizioni del documento possono essere intese come proposizioni descrittive verificabili o falsificabili. « In primo luogo il documento fu steso per iniziare un esperimento di governo di una popolazione agricola, provinciale, costiera di circa tre milioni. Però si suppone esso controlli e descriva la nostra costituzione (65) dopo un periodo di un secolo e mezzo; esso viene ritenuto fonte di fondamentali informazioni circa il governo

<sup>(63)</sup> K.N. LLEWELLYN, op. cit. si riferisce espressamente alle tesi del Radin come ad un punto di partenza. Cfr. p. 1, nota.

<sup>(64)</sup> Cfr. su tutto ciò Llewellyn, op. cit., pp. 1-10.

<sup>(65) «</sup> Costituzione » qui è una nozione sociologica, come deriva dal contesto da cui il passo riportato è tratto e come vedremo appresso.

(government) di una nazione di centrotrenta milioni, la cui popolazione e la cui progredita civiltà industriale si sono estese attraverso un continente » (66): cioè il documento non « descrive ».

In secondo luogo « solo la pratica può legittimare le parole come facenti ancora parte della nostra costituzione vivente (going) ». Non sono le parole che legittimano la pratica. La esattezza di ciò è palese ovunque la pratica ha apertamente abrogato una parte di questa « suprema legge del paese » (67): cioè il documento non può essere applicato ma può soltanto « non essere disapplicato ». In terzo luogo, però, il fatto che una disposizione del documento non sia disapplicata, dipende semplicemente dal fatto che la decisione di un caso concreto viene rivestita dalle parole contenute nel documento, il che è possibile in casi disparati (68); cioè a dire, una pratica può « verificare » delle proposizioni di un documento che potrebbero essere « verificate » anche da una pratica contrastante con la prima laddove anche questa pratica contrastante si rivestisse delle parole del documento.

In altre parole, il Llewellyn rifà, a proposito del documento « costituzione », la critica che già prima era stata fatta dai realisti alla regola giuridica in quanto proposizione normativa contenuta in documenti (sia leggi sia decisioni giudiziarie passate) (69). Ma questa critica aveva portato a concepire la norma giuridica come una predizione di decisioni future, intendendo per decisioni « soluzioni di conflitti di interesse » e non « rivestimento di tali soluzioni mediante formule verbali logicamente compatibili o meno con altre »; ed aveva portato all'affermazione che le regole di carta, cioè le regole scritte in un documento, non servono a prevedere le decisioni future (Bingham, Frank, Green, Yntema, Moore) o servono in misura assai scarsa e solo rispetto a situazioni qualificate dall'esistenza di particolari condizioni (Llewellyn, Douglas, Radin stesso, Patterson) (70). Perciò riferendo al documento costituzionale una critica di questo genere il Llewellyn di-

<sup>(66)</sup> LLEWELLYN, op. cit., p. 3.

<sup>(67)</sup> LLEWELLYN, op. cit., p. 12.(68) LLEWELLYN, op. cit., pp. 3-10.

<sup>(69)</sup> Infatti il documento costituzionale viene da Llewellyn equiparato ad un codice: cfr. p. 10-11.

<sup>(70)</sup> Vedi infra, Capp. II e IV.

strugge la costituzione come concetto sistematico; infatti la differenza di livello tra una norma costituzionale ed un'altra diviene una mera apparenza una volta che il ricercatore, sotto la rubrica « diritto », prende in considerazione una serie di eventi, e perciò la scienza del diritto diviene una serie di previsioni, e le formule documentali servono tutt'al più a prevedere qualcosa di irrilevante o di solo relativamente rilevante (la formulazione verbale di decisioni future) ma non servono a prevedere qualcosa di rilevante (la soluzione concreta di conflitti di interesse). In tal modo non solo il « sovrano » è un'ipostasi di una asserzione di fatto o di una previsione (come per Radin), ma tale previsione è sganciata, per così dire, dal dettato costituzionale; non solo il sovrano è un'ipostasi, ma (applicando al problema del Radin la tesi di Llewellyn) è l'ipostasi di una asserzione irrilevante o della irrilevante previsione che le decisioni sono o saranno rivestite di formule verbali compatibili con le formule verbali presenti nel dettato costituzionale.

Con questa critica della « costituzione » il Llewellyn non intende minimamente negare l'importanza di quei problemi reali che si risolvono nell'operare, in una particolare situazione storica, di quel tribunale « costituzionale » che è la Corte Suprema in talune sue funzioni: intende semplicemente spogliare la nozione di costituzione di quella funzione sistematica che aveva assunto nella speculazione giuridica specialmente a causa dell'esistenza di un documento scritto, chiamato costituzione, sul quale si erano fatti tanti discorsi in sede di teoria delle fonti; ed intende proporre che, parlando di « costituzione », si sia consapevoli di usare un nome comune del linguaggio ordinario, recepito non senza pericoli nel linguaggio tecnico di talune discipline, tra cui quelle giuridiche; intende inoltre proporre che i giuristi considerino il documento costituzionale come un fatto storico e non come una « essenza » giuridica. « Una riformulazione (recanvass) della natura di ogni costituzione operante (working), e specialmente della nostra, studiata in modo che quest'ultima non venga presentata come un documento bensì come una istituzione vivente costruita (storicamente, geneticamente) dapprima attorno ad un particolare documento, renderebbe chiara al contempo la realtà e le ragioni delle più importanti stranezze (vagaries) dell'azione della Corte.

Porrebbe le fondamenta di una intelligente ricostruzione della nostra teoria costituzionalistica » (71).

5. La critica del sistema giuridico e la funzione delle connessioni sistematiche.

Come si è visto, la revisione e la critica cui taluni realisti sottoposero concetti (quali quello di « diritto », di « sovranità », di « costituzione ») che spesso vengono assunti come cardine di ciò che si chiama « sistema del diritto », aveva assunto una caratteristica ben precisa. Tali concetti vennero dai realisti considerati a posteriori nei confronti di ciò che essi nell'istituire una ricerca assumevano essere la « realtà » delle operazioni dei giuristi o la « realtà » della esperienza giuridica. « Diritto » non è per i realisti un concetto che si tratta di definire o di delimitare appunto concettualmente, ma è una nozione che serve o come delimitazione del campo di un discorso determinato oppure come riassunto di una serie di proposizioni descrittive; discutere su « diritto » anzichè su quelle proposizioni diventa pericoloso in quanto può significare perdere di vista che la accettabilità delle proposizioni è determinata dalla loro rispondenza ad operazioni effettivamente aventi luogo nella pratica. « Sovrano » non è la premessa da cui discende la qualità giuridica di una serie di proposizioni, bensì una forma abbreviata per dire che, nell'uso, una serie di proposizioni prescrittive tra loro collegate sono dette giuridiche: cosicchè la relazione sistematica tra varie proposizioni prescrittive viene a fondarsi sull'uso effettivo, ripudiandosi perciò l'idea a) che tale relazione sia determinata da uno schema precostituito rispetto all'uso e b) che sia lecito argomentare la validità (72) di una proposizione prescrittiva partendo dalla combinazione di questo schema e di una definizione di sovrano. In-

<sup>(71)</sup> LLEWELLYN, op. cit., p. 3 [corsivo dell'autore]. In questo passo si sente, perfino nella formulazione verbale, l'influenza che i pensatori istituzionalisti, e segnatamente il Commons, hanno esercitato sul Llewellyn.

<sup>(72)</sup> In effetti il risultato più vistoso della critica realistica al concetto di « sovrano » sembra essere la conclusione che, dal punto di vista realista, non è possibile distinguere tra « validità » ed « efficacia » di un precetto. Da tale punto di vista, parlare di « validità » non ha senso.

fine la « costituzione » viene intesa come il significato che in una serie di operazioni qualificatorie si dà ad un documento, e non si accetta l'idea che il documento sia provvisto, prima e al di fuori del concreto operare e qualificare dei magistrati, dei legislatori, degli avvocati, dei dottrinari e dei consociati, di un significato « vero » o di un significato « proprio ». Se si vuole esprimere una siffatta tendenza in modo da farne risaltare il carattere differenziale nei confronti di quel filone del positivismo giuridico che sfocia nelle concezioni analitiche contemporanee, si può dire che la tendenza che emerge dalla maniera in cui i realisti sottopongono a critica quei concetti che abbiamo convenuto denominare « sistematici » si risolve nella tesi secondo cui, mentre nell'esperienza si presentano proposizioni prescrittive (quali regole costituzionali, legislative, giudiziarie), è « scientifico » solo quel discorso che, pur tenendo conto dell'esistenza degli enunciati prescrittivi, li fa propri solo in quanto e nella misura in cui questi ultimi, essendo tradotti nelle asserzioni corrispondenti, descrivano quella parte della realtà che di volta in volta la scienza si pone come oggetto. Questa è la posizione che appare comune ai giuristi che noi stiamo studiando, mentre le differenze che tra essi si palesano riguardano la misura in cui di volta in volta viene riconosciuta la possibilità di attribuire una utilità descrittiva al discorso prescrittivo posto in essere dalle fonti (nel senso più largo) di produzione giuridica; differenze importantissime peraltro, in quanto (come si vedrà) una diversa valutazione della accennata « misura » si traduce poi in una diversa risposta al problema di come e se sia possibile una conoscenza scientifica del diritto.

Occorre prima di tutto, però, considerare più da vicino in qual modo la critica realistica dei concetti sistematici venga a porre il problema del « sistema » giuridico. Ciò è molto importante per due ragioni. In primo luogo perchè il problema della sistematicità degli enunciati giuridici appare in un certo senso preliminare a quello se sia possibile (o se sia ragionevole proporsi) una scienza del diritto: essendo palese che, ove non si riconosca una qualche correlazione sistematica tra enunciati giuridici, non è facile pensare nè ad una scienza del diritto intesa come scienza del « dover essere » nè ad una scienza del diritto intesa come scienza di previsioni ragionevoli. In secondo luogo perchè — fin da quando si è avuta consapevolezza della im-

portanza della forma disponendi ai fini della argomentazione — si può dire che tutte le posizioni che le varie tendenze storiche della giurisprudenza hanno assunto sono posizioni che si distinguono e si caratterizzano attorno alla nozione del sistema (73). Quantunque si ritenga generalmente che i common lawyers attribuiscano alla nozione di « sistema » una importanza assai minore di quanto non facciano i loro colleghi continentali, non si può non rilevare come nella trattatistica americana dei primi decenni del secolo si trovino facilmente affermazioni sulla sistematicità del diritto così decise ed espresse in termini tali da non trovare facile riscontro nella trattatistica continentale dello stesso periodo (74): anche sotto questo profilo dunque la critica realistica è storicamente importante.

Orbene, come affrontano i realisti il problema del sistema giuridico, una volta rilevata la natura a posteriori e falsificabile empiricamente dei concetti cardine delle tradizionali concezioni del sistema? Sembra di poter affermare, particolarmente sulla scorta dell'unico tra i realisti che si pone esplicitamente questo problema, che l'impostazione realistica sia la seguente. Asserito che non esiste una sistematicità precostituita inerente ad un determinato ordine giuridico, ne consegue che non è corretto dal punto di vista di un operatore giuri-

(74) Valga, a titolo di esempio, quanto scrive J.H. Beale (il bersaglio favorito di J. Frank, che coniò il termine dispregiativo bealism) nel suo notissimo e diffusissimo A treatise on the conflict of laws, New York 1935, Vol. I, p. 23: parlando della « qualità » che deve essere considerata « assolutamente caratteristica » del diritto, il Beale dichiara che « [il diritto] tende a formare un unico sistema filosofico omogeneo » e che pertanto « ogni definizione del diritto che tratta le sue parti come isolate anzichè come parti di un corpo sistematico non ne centra affatto la natura ».

<sup>(73)</sup> Come mi sembra venga messo in rilievo con crescente insistenza dalla più recente storiografia del pensiero giuridico. Vorrei segnalare, tra le prese di posizione più significative: T. Ascarelli, Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica (introduzione alla edizione di scritti giuridici di Hobbes e Leibniz curata dall'Ascarelli, e pubblicata dopo la morte di questi, Milano, 1960); R. Orestano, in Enciclopedia Giuridica, voce Azione; Id., Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, in Jus, 1960; L. Raggi, Storia interna e storia esterna del diritto, cit., e da ultimo, per quanto riguarda il positivismo giuridico v. anche N. Bobbio, Il positivismo giuridico (Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dr. Nello Morra), Torino 1961 (e, dello stesso Bobbio, si vedano anche le affermazioni in L'analogia nella logica del diritto, Torino 1938, a p. 55).

dico argomentare su casi nuovi o risolvere problemi giuridici sulla base della combinazione di proposizioni giuridiche accertate e di uno schema sistematico; tale procedere, sia sul piano della argomentazione sia sul piano della decisione, deve pertanto essere criticato mettendone a nudo l'arbitrarietà (se si tratta di argomentazione) e l'eventuale pericolosità (se si tratta di azione); ma posto che, per la pluralità di operatori giuridici, considerazioni di carattere sistematico hanno di fatto importanza, una scienza giuridica (descrittiva) ne tiene conto come di uno degli elementi che permettono una previsione ragionevole.

Insomma si riconosce che la produzione di « precetti » spesso tiene conto di esigenze sistematiche, ma si dichiara che la « scienza », per essere tale, deve trattare la realtà giuridica come un « sistema » solo nella misura in cui le « regole » corrispondono ai « precetti ». Nella misura in cui un « sistema » opera e perciò viene riconosciuto dalla scienza (intesa come sopra), una previsione ha probabilità di essere verificata; la sistematicità del discorso del giurista è pertanto a posteriori rispetto alla esperienza concreta, ed è pertanto sempre provvisoria. Su tale provvisorietà si insiste in particolar modo.

La critica delle decisioni che si fondano su di una precostituita concezione di « sistema » è svolta esplicitamente, come si accennava, da Felix Cohen. Questi osserva anzitutto che dire di una decisione che essa si fonda sul sistema significa eludere il problema della decisione: infatti con ciò si sostituisce il parametro « della verità o della coerenza » alla valutazione etica come criterio di valutazione di una decisione (75), mentre tali parametri, nel momento in cui vengono assunti come criteri di decisione, cessano di essere parametri di verità o di coerenza per diventare appunto criteri di azione pratica cioè — secondo l'uso linguistico — criteri morali. « La verità e la coerenza sono categorie che si applicano a proposizioni o a serie di proposizioni, non ad azioni o ad eventi. Una decisione giudiziale è un comando, non una asserzione. Persino se si potesse attribuire un qualche senso [sense] alla qualificazione di una decisione come vera o falsa (o, nel senso non etico dei termini, giusta o sbagliata [right or wrong], corretta od

<sup>(75)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 32-33.

erronea), tale verità o falsità non potrebbe determinare quale decisione, in un caso, deve essere presa. Questa è una questione di condotta, e solo le categorie etiche si applicano ad essa » (76). Il punto di partenza del Cohen è pertanto la recisa affermazione secondo cui « asserire che le corti debbono sempre decidere " in accordo con il precedente o con la legge" è una proposizione etica » la quale può venire suffragata come tale « solo mostrando che in ogni caso possibile il seguire il precedente o la legge produce minor male che ogni possibile alternativa » (77). Dietro a questo punto di partenza sta la convinzione, di cui si parlerà più diffusamente in seguito, che il dovere di essere logicamente coerenti nella decisione di casi diversi è un dovere completamente vuoto, nel senso che è sempre possibile affermare che una decisione non è logicamente incompatibile con un'altra decisione essendo sempre possibile formulare un criterio in base al quale le due decisioni debbono entrambe essere prese, e la scelta del criterio essendo, ancora una volta, una scelta morale (78). Le relazioni sistematiche tra proposizioni giuridiche non sono perciò necessarie, non sono cioè un dato immediato dell'esperienza giuridica, ma sono semplicemente creazioni degli operatori giuridici, collegamenti, cioè, che non si verificano se non dopo che gli operatori giuridici hanno, a qualche fine, avvicinato casi e problemi diversi. In questo senso « le decisioni sono fluide sino al momento in cui viene loro data una morale » (79), ed il complesso di collegamenti sistematici che derivano da una data tradizione giuridica non sono altro che « la morale che uomini di legge o laici hanno letto nelle decisioni passate ed alla luce di cui hanno conseguentemente agito » (80), non necessari dun-

<sup>(76)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 33. Il Cohen continua osservando che ben è possibile che al « valore etico della certezza » debba in un caso specifico darsi più peso che non a valori etici più immediati, ma in tal caso la coerenza diviene « una semplice indicazione dell'interesse alla certezza » e perciò anche in questo caso « il problema di quanto peso debba darsi al precedente e alla legge nel pervenire ad una decisione è un problema puramente etico ».

<sup>(77)</sup> F.S. Cohen, ESLI, p. 33.

<sup>(78)</sup> Cfr. F.S. Cohen, ESLI, p. 34; e vedi *infra*, cap. IV, ove si mostrerà come questa opinione, comune a tutti i realisti, sia connessa alla critica che i realisti hanno fatto dei concetti dogmatici.

<sup>(79)</sup> F.S. Cohen, ESLI, p. 36.

<sup>(80)</sup> F.S. Cohen, ESLI, p. 36.

que (81), ma solo storicamente determinatisi e perciò essi stessi oggetto di valutazione storica.

La storicizzazione dei collegamenti sistematici permette al Cohen un attacco a fondo contro la sistematica, ossia contro la dottrina che pretende di stabilire non quale sarà il probabile esito di un problema stanti le tradizioni giuridiche, l'educazione ricevuta e le ideologie sociali prevalenti nell'ordine giudiziario, bensì pretende di stabilire come deve essere deciso un caso sulla base di qualche nozione di « sistema ». Tale atteggiamento (peraltro assai più comune nella dottrina continentale che non in quella anglosassone, tradizionalmente esegetica delle decisioni giudiziarie esistenti) comporta una presa di posizione di fronte ai problemi giuridici che, prescindendo da un esame storico politico economico, si risolve nella tendenza a risolvere i casi concreti argomentando sulla base di ciò che si assume essere l'ordine intrinseco della materia giuridica (82). Come rileva il Cohen, dietro a tale atteggiamento si celano una credenza in una logica delle cose per cui tutte le cose sono « naturalmente » membri di classi determinate, ed un ideale di simmetria (ideale per cui l'atteggiamento in questione viene dal Cohen chiamato un atteggiamento estetico) (83). L'ideale di simmetria proprio dell'atteggiamento criticato darebbe luogo ad un vero e proprio criterio di valutazione delle operazioni giuridiche. « La più semplice, tra le astrazioni che hanno fornito a giuristi, giudici ed avvocati criteri di critica giuridica è quel-

<sup>(81)</sup> Cfr. Cohen, *ibid*.: « con eguale giustificazione logica gli uomini di legge ed i laici avrebbero potuto appiccicare una diversa morale alle vecchie decisioni, solo che fossero stati diversi i loro abiti di classificazione giuridica e le loro premesse di carattere sociale ».

<sup>(82)</sup> Per le manifestazioni consapevoli di tale atteggiamento rinvio, anche per la bibliografia, alla voce *Formalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*. Nel redigere tale voce, ho tenuto conto soprattutto della tradizione giuridica continentale.

<sup>(83)</sup> L'accento sullo spirito di simmetria che sta dietro alla sistematica, e l'idea che si tratti di una attitudine estetica sono, nella tradizione giuridica continentale, per lo meno tanto vecchi quanto la nozione stessa di sistematica giuridica. Nella letteratura anglosassone peraltro è abbastanza raro che si accosti la nozione di « sistema » ad una esigenza estetica di simmetria. Un precedente rispetto al Cohen è offerto tuttavia in America dal Cardozo (cfr. The nature of the judicial process, New Haven 1921, p. 10 e 33-34) peraltro in un contesto assai diverso da quello del Cohen.

la che vede un corpo di legge come in sistema razionale in isolamento e considera solamente le relazioni tra i vari elementi di ordine giuridico » (84). Ora, poichè non è possibile leggere le opere dei giuristi « senza essere impressionati dalla potente presa che questo standard essenzialmente estetico ha » (85), occorre non dimenticare come in primo luogo, secondo il Cohen non è possibile da parte di una scienza giuridica (descrittiva) trascurare che la « applicazione e l'interpretazione del diritto sono nelle mani proprio di coloro che più sono suscettibili di essere mossi da queste ragioni estetiche » (86). D'altra parte occorre tenere presente, ogni qualvolta si tratta di decidere, cioè di ricercare quale si vuole sia la soluzione di un dato problema giuridico, che tale estetismo giuridico può essere dannoso in quanto « certamente l'elegantia juris non è il solo bene, nè il solo bene che il diritto possa conseguire senza sacrificio di beni più importanti » (87).

Cosicchè, mentre una scienza giuridica descrittiva deve tener conto delle connessioni sistematiche effettivamente stabilite nell'esperienza, l'operatore in quanto attore non ha l'obbligo di tenerne conto se non nella misura in cui ciò sia utile agli scopi che egli si propone. Si tratta di quello che il Llewellyn chiama il temporaneo divorzio fra l'is e l'ought (88). Ciò che il Cohen intende evitare è che si faccia un discorso con intenti descrittivi del diritto che è nei termini dei precetti cioè in termini di deve: una tale (pretesa) descrizione sarebbe in realtà una prescrizione rivolta agli operatori giuridici, ed andrebbe perciò oltre i confini di una scienza.

<sup>(84)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 56.

<sup>(85)</sup> Ibid.

<sup>(86)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 59.

<sup>(87)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 58. Questa presa di posizione era già stata anticipata in opere meno recenti di quelle del Cohen; cfr. ad es. W.O. Douglas, Vicarious liability and administration of risk, in Y.L.J., XXXVIII, 1329, p. 744: « la coerenza (consistency) non costituisce lo scopo dell'attività dei giuristi ». Una certa antipatia — propria in tutta la tendenza realistica — per quel tanto di « estetismo » che si manifesta in locuzioni quali « elegantia », « eleganter », ecc. mi sembra si possa cogliere anche tra le righe di uno scritto del Radin, Eleganter, in L.Q.R., XLVI, 1930, p. 311

<sup>(88)</sup> Cfr. LLEWELLYN, Some realism, p. 1236-1237; COHEN, ESLI, p. 57 ss. e 41.

Si apre così la strada ad una serie di indagini che si rivolgono ai motivi per i quali nella condotta degli operatori giuridici hanno un notevole peso le considerazioni sistematiche. Tali motivi sono i seguenti. a) Il conservatorismo degli avvocati e dei giudici sia in senso sociale (80) sia nel senso in cui gli appartenenti ad una classe professionale sono attaccati ai metodi tradizionali e disdegnano quei metodi che, per essere nuovi, non possono che essere frutto di stimoli esterni alla tecnica tradizionale insegnata (90). In questo senso il conservatorismo degli uomini di legge è simile a quello che, sotto forma di ritualismo, è proprio delle chiese religiose (91); ed il risultato può essere quello « di dare origine a criteri di critica che sono solo parzialmente collegati con i risultati e che spesso, specialmente nella mente professionale, pongono in ombra tali risultati » (92). Questo tipo di conservatorismo assume un rilievo particolare in quelle regioni della esperienza giuridica che sono al di là degli interessi e della comprensione del pubblico non professionale, come ad esempio molta parte del diritto privato (93). b) Un altro motivo è quello della maggiore semplicità, che si manifesta nella tendenza a concepire la scienza giuridica come una disciplina autonoma. Nella misura in cui si ritiene che il compito della scienza giuridica sia quello di elaborare un sistema di concetti, in tale misura è possibile pervenire facilmente a « risultati scientifici »; nella misura invece in cui si ritiene che il compito della scienza giuridica sia quello di prevedere il comportamento futuro delle corti, oppure quello di determinare quali conseguenze derivano dal decidere un problema giuridico in un modo piuttosto che in un altro,

<sup>(89)</sup> Cfr. F.S. COHEN, ESLI, p. 59.

<sup>(90)</sup> Cfr. F.S. COHEN, ESLI, p. 59, 60.

<sup>(91)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 61: «Un rituale religioso un tempo valutato in quanto mezzo per assicurare la comunicazione con la divinità... viene ad acquistare una superiore bellezza intrinseca ed un valore proprio ». Ancora: «Un famoso generale obbiettava alla guerra poichè essa rovina la disciplina degli eserciti ». Cfr. anche p. 252. Il parallelismo che si stabilisce tra l'attitudine dell'uomo di legge e quella del sacerdote di un rito religioso costituisce uno dei motivi più ricorrenti nella letteratura realistica. Come si vedrà più avanti (cap. IV) questo parallelismo viene messo in rilievo particolare quando i realisti parlano della argomentazione giuridica.

<sup>(92)</sup> F.S. COHEN, ESLI, p. 60-61.

<sup>(93)</sup> Cfr. F.S. Cohen, ESLI, p. 59.

in tale misura diverrà sempre più difficile pervenire a « risultati scientifici », e sarà impossibile concepire la scienza giuridica come scienza autonoma.

Questa seconda strada è quella presa dai realisti. Essi, rifiutando di concepire il « dovere » giuridico come qualcosa di diverso da una combinazione di valutazioni morali e di previsioni scientifiche, ed accogliendo in pari tempo una concezione descrittiva della giurisprudenza, concepiscono il «sistema» come fatto storico, rilevabile a posteriori, soggetto a mutamento, e suscettibile di critica morale. Pertanto, secondo i realisti, i sistemi giuridici storici emergono non da una analisi concettuale, bensì dalla stessa ricerca volta a trovare « le linee che modificandosi da una cultura ad un'altra danno ad identici elementi legali dei contesti di varia significatività (significance) in diversi tempi e luoghi » (94). I sistemi giuridici si rivelano nella condotta degli operatori, sotto forma di regolarità nella successione di qualificazioni giuridiche (95). La funzione che la scienza giuridica adempie con lo stabilire connessioni sistematiche è quella di rendere possibili le previsioni sui comportamenti futuri. Come si è visto, questo è ciò che già aveva detto Holmes. Come vedremo subito, mentre l'impostazione che i realisti danno al problema è la stessa impostazione data da Holmes, i realisti tuttavia spingono più avanti la loro analisi.

# 6. Il realismo giuridico e la critica del sistema.

Una volta stabilita la natura puramente storica dei collègamenti che si stabiliscono tra concetti giuridici, ed una volta asserita la funzione di previsione che può avere il rilevamento di tali collegamenti da parte della scienza giuridica, si presentava però il problema dei limiti entro i quali i collegamenti sistematici in quanto asseriti dagli operatori giuridici possono adempiere a tale funzione. La tesi secondo

(94) F.S. Cohen, ESLI, p. 233.

<sup>(95)</sup> Cfr. F.S. Cohen, ESLI, p. 234: « Noi prenderemo anzitutto in considerazione il significato (meaning) di un dato elemento legale nella sua relazione con il resto dell'ordine giuridico. Qual'è l'interazione sistematica tra l'azione di un operatore (agency) giuridico e gli atti di tutti gli altri operatori? La risposta a questa domanda sarà formulata in termini di condotta degli organi (official conduct) ».

cui la scienza giuridica compie delle previsioni su decisioni future -oltre a catalogare decisioni passate - era abbastanza largamente accolta in America dopo le prese di posizione del giudice Holmes. L'opinione secondo cui la giurisprudenza tradizionale permette entro certi limiti questa previsione era inoltre implicita nelle affermazioni di tutti coloro - come il Cardozo - i quali ritenevano di poter asserire « eccezionali » i casi in cui una previsione è impossibile (quale che fosse l'influenza che questi casi « eccezionali » avessero nella dinamica dell'evoluzione giuridica). Un tentativo di teorizzare la funzione di schema di previsione propria delle proposizioni della giurisprudenza tradizionale fu fatto, per quanto riguarda il diritto statutario, da Cassius J. Keyser (96), proprio nel momento dell'iniziale fiorire del movimento realista. Il fatto è che, una volta concepita la scienza giuridica come scienza di previsioni, è facile pervenire a concepire anche la giurisprudenza concettualistica come scienza di previsioni ove si accetti l'idea che le azioni degli operatori giuridici e specialmente degli organi sono determinate dalle considerazioni inerenti al sistema giuridico che compaiono nelle motivazioni. Una volta riconosciute le ragioni psicologiche (97) per le quali l'ideale del sistema è accettato dalla pluralità degli operatori, è facile pervenire alla conclusione che i collegamenti stabiliti tra concetti giuridici permettono un largo margine di prevedibilità, ed una definizione data da una giurisprudenza dei concetti sia traducibile nella asserzione di una regolarità nel comportamento (anche futuro) degli operatori (98). Come osserva Felix Cohen, « l'apparenza di semplicità sorge da ciò, che i fatti del diritto... generalmente si presentano come atti a spiegare sè stessi. Una legge porta scritti in faccia i suoi scopi; la decisione di una corte, se importante, è generalmente accompagnata da una motivazione (a rationale) in forma di opinion; forme che si riferiscono ad un contesto giuridico

(97) Su cui cfr. il paragrafo precedente.

<sup>(96)</sup> C.J. Keyser, On the study of legal science, in Y.L.J. XXXVIII, 1929, p. 413 ss. Cfr. spec. 420 ss.

<sup>(98)</sup> Mi sembra interessante osservare che questa è una strada facilmente adottata da chi, partendo da premesse strumentalistiche, si rifiuti di riconoscere come meramente apparente la « sistematicità » di un discorso valutativo: un esempio a noi vicino potrebbe essere costituito da A. Visalberghi, Esperienza e valutazione, Torino 1958.

che fornisce spiegazioni circondano la maggior parte degli atti di organi giuridici subordinati. Prendere queste affermazioni di sistema per ciò che pretendono di essere (at their face value) significa creare la possibilità di una autonoma scienza della giurisprudenza » (99): nel senso, ovviamente, che diviene possibile attribuire valore scientifico - cioè di previsioni ragionevoli - alle asserzioni di una scienza che faccia proprio oggetto il linguaggio delle fonti di produzione giuridica dei vari livelli, sviluppandolo attraverso l'impiego dei concetti tradizionalmente accettati. Ora, quantunque i più moderati tra i realisti siano disposti a riconoscere una utilità di qualche momento alla giurisprudenza tradizionale concettualista ed (implicitamente od esplicitamente) normativista specie nel momento in cui la giurisprudenza tradizionale si atteggia in logica formale ponendo in chiaro le antinomie esistenti nel corpo normativo (100) il movimento realista nel suo complesso rifiuta questa strada; rifacendosi alla distinzione, generalmente attribuita al Pound (101) ma in realtà proposta precedentemente dal Bentley (102), tra law in books e law in action, i realisti tendono a mettere in rilievo piuttosto i motivi per i quali le proposizioni della giurisprudenza tradizionale non possono, se non in limiti assai ristretti, servire come schemi di previsione (103). In tal modo, pur non disconoscendo che tra i comportamenti degli operatori giuridici possano sussistere delle relazioni esprimibili mediante unifor-

(99) F.S. COHEN, ESLI, p. 235.

<sup>(100)</sup> Si veda ad es. F.S. Cohen, ESLI, p. 236: « Quando il giurista sistematico ha adempiuto al suo compito, egli ha fatto un importante lavoro. Se egli ha fatto il suo lavoro con imparzialità matematica nei confronti delle regole contraddittorie che egli scopre, ravvisando in queste non il fondamento per rigettare una regola 'scorretta' ma solo il segno di una diversità di sistemi tra cui una scelta a priori è impossibile, allora non ci sarà nessuno a disputare il valore scientifico del suo contributo ».

<sup>(101)</sup> R. POUND, Law in book and law in action, in Am.L.R., XXXXIV, 1910, p. 12.

<sup>(102)</sup> A. Bentley, The process of government, cfr. pp. 294-297 e 165-172 dell'edizione del 1908.

<sup>(103)</sup> Cfr. F.S. Cohen, ESLI, p. 237: « La giurisprudenza realistica è sorta in larga misura dal riconoscimento che i principi usati dalle corti spesso non rappresentano nulla di più oggettivo che la determinazione di usare parole santificate ovunque risultati specifici sono dettati da cause determinanti non rivelate ».

mità scientifiche, i realisti escludono che tali uniformità siano condizionate (a parte le uniformità puramente verbali) in larga misura dalle proposizioni della tradizionale giurisprudenza normativistica. Ma, escludendo questo, si conclude in pari tempo che la giurisprudenza cessa di essere una scienza « autonoma » (104), e che il « sistema » di relazioni che essa scopre è un sistema di relazioni causali e non normative (cioè non, come direbbe Kelsen, di imputazione); e si conclude che la scienza giuridica diventa una scienza che nulla ha in comune con una scienza normativa: « Il suo oggetto non è costituito da regole giuridiche in un vuoto proposizionale (a propositional vacuum) ma dal campo della condotta giudiziale. Essa cerea di scoprire relazioni sistematiche di causa ed effetto all'interno di questo campo, ed in questo compito essa dipende continuamente dalla psicologia e dall'antropologia generale. Tale scienza giuridica non diviene una scienza normativa per il fatto che essa tratta di proposizioni valutative, non più di quanto l'antropologia diviene religione per il fatto che essa si occupa degli atteggiamenti religiosi dell'uomo » (105).

Dovendo riassumere le tendenze che emergono dalla critica realistica ai concetti che abbiamo chiamati sistematici ed all'ideale del « sistema » giuridico, mi sembra si possa dire che, da una analisi del modo in cui si parla di diritto, di sovrano, di costituzione, si sia pervenuti ad asserire la aposteriorità di tali concetti; il collegamento sistematico che mediante taluni di questi concetti la giurisprudenza tradizionale ha voluto stabilire tra i diversi enunciati giuridici prodotti in un ordinamento è stato visto come un ideale estetico, utile alla previsione solo in quanto effettivamente perseguito — ad esclusione di altre finalità - da parte degli operatori giuridici; l'ideale del sistema può essere considerato socialmente pericoloso proprio in quanto tendenzialmente comporta l'elisione delle altre finalità non estetiche; comunque l'utilità della giurisprudenza sistematica ai fini di previsione, cioè il suo valore scientifico, è limitato dalle circostanze che rendono puramente formale o prevalentemente formale una previsione formulàta sulla base di argomenti propri della giurisprudenza tradi-

<sup>(104)</sup> Cfr. F.S. Cohen, ESLI, p. 238-39.(105) F.S. Cohen, ESLI, p. 249.

zionale; circostanze che emergono dalla analisi, che i realisti fanno, della natura e funzione dei concetti dogmatici, e dei procedimenti di interpretazione e di scoperta della ratio decidendi (106). È palese che tra il giudizio di pericolosità sociale dell'ideale del « sistema » e la ricerca dei motivi per cui le asserzioni di una giurisprudenza sistematica non servono a fini di previsione scientifica (cioè sono inutili) vi è, per lo meno sul piano psicologico, una forte associazione: la pericolosità di quell'ideale è tanto maggiore, quanto più illusori sono i vantaggi del metodo che su quell'ideale si fonda.

<sup>(106)</sup> Cfr. infra, capp. III e IV.

#### CAPITOLO III

### LA CRITICA DEI CONCETTI DOGMATICI E DEL CONCETTUALISMO GIURIDICO

Sommario: 1. La qualificazione giuridica, i concetti dogmatici e l'anticoncettualismo dei realisti. — 2. L'analisi realistica dei concetti giuridici. — 3. Dall'analisi alle proposte circa i criteri per la formazione e l'impiego dei concetti.

## 1. La qualificazione giuridica, i concetti dogmatici e l'anticoncettualismo dei realisti.

La più importante tra le manifestazioni del realismo giuridico americano è probabilmente quella che si esprime nella critica dell'atteggiamento concettualistico. Per atteggiamento concettualistico si intende di solito l'atteggiamento di quei giuristi i quali, in sede di « interpretazione » delle norme giuridiche, si avvalgono esclusivamente o prevalentemente di argomentazioni che consistono in deduzioni concettuali compiute sulla base di definizioni precostituite dei termini che compaiono nel dettato normativo: trascurando, in così fare, considerazioni finalistiche o storiche, cioè trascurando di collegare il « significato » di una norma alla funzione cui la norma adempie ovvero alla cultura di cui la norma è espressione. Un atteggiamento anticoncettualistico è ovviamente implicito nella posizione generale dei realisti in ordine alla natura ed ai compiti di una scienza del diritto che meriti di chiamarsi « scienza »; come si è accennato, i realisti ritenevano che il compito proprio di una tale scienza consistesse nell'accertare: a) come si comportano di fatto gli operatori giuridici, b) come si comporteranno (secondo probabilità) classi di operatori giuridici se in un momento futuro si troveranno di fronte ad un certo tipo di problema, c) quali conseguenze sociali sono probabilmente determinate dal fatto che ad un certo tipo di problema venga dato un certo

tipo di soluzione da parte di una certa classe di operatori giuridici: ed una volta identificato il compito di una scienza giuridica in queste ricerche, il « problema dell'interpretazione » cessa di essere un problema unitario, ed il « problema del metodo » appare un problema ideologico e non scientifico. Dal punto di vista di un realista non è scientifico e non ha senso chiedersi « come deve essere l'interpretazione per essere corretta? »; mentre invece è scientifico ed ha senso chiedersi « come interpretano la norma X i giudici del Wisconsin? », ed ha senso pure chiedersi « come devo io giudice interpretare la norma X? », quantunque quest'ultima domanda ammetta solo una risposta ideologica e non scientifica. Dal punto di vista di un realista la scelta del metodo interpretativo è una scelta morale, in ordine alla quale la scienza non può far nulla di più che additare i mezzi idonei al raggiungimento dei fini che l'operatore si propone (1): mentre

<sup>(1)</sup> Cfr. retro, cap. I parg. 4 e cap. II pargg. 5 e 6. Talune correnti della recentissima dottrina italiana, delle quali l'Ascarelli è stato uno dei più rappresentativi portavoce, hanno insistito che la scelta metodologica compiuta dall'operatore giuridico è una scelta pratica; una scelta pratica la quale vale, secondo il Bagolini, a sottrarre il problema del metodo dell'interpretazione dall'ambito di una problematica interna al discorso dello scienziato del diritto (cfr. L. BAGOLINI, La scelta del metodo nella giurisprudenza (Dialogo tra giurista e filosofo), in R.T.D.P.C., XI, 1957, p. 1054 ss.; e, su questo, si veda I. TAMMELO, On the lawyer's search for contact with the philosopher (Reflections on Luigi Bagolini's thoughts on the communication between the lawyer and the philosopher), in J.L.E., XIII, 1961, p. 441 ss.). Nonostante qualche apparente affinità, queste tendenze della dottrina italiana sono diverse — anche se si prende in considerazione soltanto lo specifico problema della scelta del metodo interpretativo — da quelle espresse dal movimento realistico. Ciò è palese nel caso di Ascarelli, che esplicitamente proponeva un particolare metodo come scientificamente corretto; ma è vero anche nel caso del Bagolini. Il Bagolini infatti si limita a mettere in rilievo come la scelta di un determinato criterio metodologico sia obiettivamente solidale con la scelta di determinati risultati, e che pertanto la critica della soluzione di un caso particolare (supponendo rigoroso e coerente l'argomento che dalle premesse conduce a quella soluzione) si risolva nella critica della scelta metodica, e perciò è una valutazione pratica. I realisti invece ritengono che la solidarietà che si stabilisce tra l'adozione di determinati metodi ed il conseguimento di determinati risultati sia puramente psicologica; essi infatti tendono a collegare il problema del metodo al problema della argomentazione, e negano che la scelta del metodo possa controllare (logicamente) la scelta dei risultati ove tra l'una e l'altra si pone il diaframma delle concettualizzazioni dogmatiche: come verrà chiarito infra, nel testo. Quanto testè affermato (sulla differenza intercorrente tra la posizione del Ba-

una dottrina che si ponesse il problema di quale deve essere il metodo dell'interpretazione sarebbe solo una morale travestita da scienza (2). Dietro a questo atteggiamento dei realisti sta, come è palese, la programmatica distinzione tra is e ought (3) nonche la correlata insistenza sul punto di vista del tecnico (del pratico): al quale le « teorie dell'interpretazione » formulate in termini di « come deve essere l'interpretazione » pur si rivolgono, anche se tali teorie al tecnico non servono se non nella misura in cui esse sono non già « corrette », bensì « praticate » dai giudici e dai funzionari; la riformulazione del problema dell'interpretazione da parte dei realisti mira così a svuotare la alternativa che si esprime nei termini « in teoria... ma in pratica... », dichiarando non essere scienza ma mistificazione quella teoria che giustifichi una simile alternativa. In questo senso, in tutto il programma dei realisti è implicito un atteggiamento anticoncettualistico.

Peraltro l'anticoncettualismo dei realisti non si esaurisce in tale attitudine programmatica; al fine di dare maggior peso alle ragioni

golini e l'atteggiamento di fondo dei realisti) non viene smentito (come una lettura superficiale potrebbe far credere) da una recente importantissima precisazione che il Bagolini ha fatto in Cultura e scienza del diritto (R.T.D.P.C., XVI, 1962, p. 9 ss.). In questo saggio il Bagolini afferma (p. 22) che: «Fra le premesse valutative e i risultati particolari del lavoro del giurista (le decisioni pratiche cui egli mira, ecc.) non esiste un semplice rapporto formale di deduzione dal generale al particolare. Le finalità ultime, culturali ed ambientali, i vari paradigmi generali del diritto, e quindi le premesse valutative del giurista, non sono equiparabili a premesse di sillogismi le cui conclusioni siano costituite dai risultati particolari del lavoro del giurista». Ma il rapporto di solidarietà necessaria, se non si stabilisce tra premesse valutative e risultati particolari, si stabilisce pur sempre, secondo il Bagolini, tra scelte metodologiche e risultati particolari; la frattura della linea di deducibilità tra premesse e risultati avviene infatti, secondo il Bagolini, nel punto in cui si passa dalle premesse valutative alle scelte metodologiche; le riportate affermazioni del Bagolini, infatti, dipendono e derivano dalla seguente: « Non è da credere che le ipotesi metodologiche e le tecniche del giurista siano, di volta in volta, analiticamente derivabili per via di relazioni e di ragionamenti deduttivi dalle sue premesse valutative » (pp. 21-22). Orbene, la differenza che si stabilisce tra la tesi del Bagolini e quella dei realisti consiste appunto nel fatto che, secondo questi ultimi, la linea di deduzione formale non si interrompe tanto tra premesse valutative e ipotesi metodologiche quanto tra ipotesi metodologiche e risultati pratici.

<sup>(2)</sup> Cfr. es. F. Cohen, ESLI, p. 4; Id., Modern ethics and the law, in Br. L.R., IV, 1934, p. 33 ss.

<sup>(3)</sup> Cfr. retro, cap. I parg. 4 e cap. II parg. 5 e 6.

di carattere generale che inducono a diffidare dell'utilità — dal punto di vista di un pratico — delle previsioni (circa il comportamento futuro di classi di operatori) che si basano su argomenti definitori, i realisti intendono mostrare come le argomentazioni che consistono in deduzioni concettuali non consentirebbero di determinare il comportamento degli operatori anche nel caso in cui fosse verificata l'ipotesi che gli operatori usano gli stessi metodi e lo stesso apparato concettuale di colui che argomenta.

A questo proposito i realisti sviluppano tutta una serie di motivi critici nei confronti del concettualismo proprio delle correnti giuridiche americane e delle classificazioni adottate nelle scuole americane nel corso del XIX secolo dai professori di tendenza analitica (4) al fine di sistemare i casi (in funzione inizialmente didattica ma in seguito con il risultato di dar luogo ad un vero e proprio concettualismo dogmatico).

Nello sviluppo di tali motivi critici si esercitano prevalentemente i realisti, specialmente nei primi anni del movimento (5).

(4) Cfr. retro, cap. I parg. 3 nota 66.

(5) Un elenco dei lavori di realisti in cui si manifesta la critica anticoncettualista esaurirebbe la bibliografia del realismo giuridico. Tra i lavori in cui la critica dei o di concetti costituisce il tema principale si danno qui

le voci più importanti.

Di T. Arnold si vedano: Criminal attempt. The rise and fall of an abstraction (Y.L.J., XL, 1929, p. 53 ss.); la recensione al libro di Green, Judge and Jury (Y.L.J., XL, 1930, p. 833); Restatement of the law of torts (Col. L.R., XXXI, 1931, p. 800 ss.); The role of substantive law and procedure in the legal process (H.L.R., XLV, 1932, p. 617). Di J.W. BINGHAM si vedano: Legal cause (in Col. L.R., IX, 1909, p. 22 ss. e 139 ss.); What is the law?, cit.; Legal philosophy and the law, cit.; The nature of legal rights, cit.; Science and law (G.B., XXV, 1913, p. 162 ss.); The nature and importance of legal possession (Mich. L.R., XIII, 1915, p. 533 ss.); The mule considers his burden (A.B.A.J., XVI, 1930, p. 816 ss.); Some suggestions concerning the California Law of Riparian Rights (Calif. L.R., XXII, 1934, p. 251). Di F.S. COHEN SI vedano: ESLI, capp. I e IV; The ethical basis of legal criticism (in Y.L.J., XLI, 1931, p. 201 ss.); Casuistry (Voce della Encyclopaedia of the social sciences); Transcendental nonsense and the functional approach (Col. L.R., XXXV, 1935, p. 5 ss.); Problems of a functional jurisprudence (M.L.R., I, 1937, p. 6 ss.); e, per quanto concerne gli sviluppi del pensiero di F. Cohen in un momento successivo a quello considerato nel presente lavoro, Field theory and judicial logic (Y.L.J., LIX, 1950, p. 238 ss.). Tutti gli studi di F.S. Cohen sopra citati, ad eccezione di ESLI, sono ora raccolti nel volume The Legal conscience (d'ora in avanti LC), New Haven 1960. Di W.W. Cook si vedano:

I concetti qualificatori che noi chiameremmo figure dogmatiche, nella cultura giuridica di common law si erano venuti man mano pre-

Act, intention and motive in the criminal law (Y.L.J., XXVIII, 1919, p. 421 ss.); Equitable defenses (Y.L.J., XXXII, 1923, p. 645 ss.); The logical and legal bases of the conflicts of law (Y.L.J., XXXIII, 1924, p. 457 ss.); The utility of jurisprudence in the solution of legal problems (in Lectures on legal topics [pubblicazione periodica della « Association of the Bar of the City of New York » | vol. V, New York 1923-24); Scientific method and the law (A.B.A.J. XIII, 1927, p. 303 ss.; anche in J.Ho.A.M., XV, 1927, fasc. 30); The present status of the lack of mutuality rule (Y.L.J., XXXVI, 1927, p. 303); Legal logic (Col. L.R., XXXI, 1931, p. 118 ss.); The jurisdiction of sovereign states and the conflict of laws (Col. L.R., XXXI, 1931, p. 368 ss.); «Substance» and «procedure » in the conflicts of law (Y.L.J., XLII, 1933, p. 333); Tort liability and the conflict of laws (Col. L.R., XXXV, 1935, p. 202 ss.); The application of the criminal law of a country to acts committed by foreigners outside the jurisdiction (W.V.L.Q., XL, 1934, p. 303 ss.); Rescission of bargains made on Sunday (N.C.L.R., XIII, 1935, p. 165 ss.); «Facts » and «statements of fact » (U. Chi. L.R., IV, 1937, p. 233 ss.); «Contracts» and the conflict of laws. Intention of the parties (Ill. L.R., XXXII, 1938, p. 899 ss.); « Immovables » and the «law» of the «situs». A study in the ambiguity of legal terminology (H.L.R., LII, 1939, p. 1246 ss.); Caracterisation in the conflict of laws (Y.L.J., LI, 1941, p. 191); An unpublished chapter (Ill. L.R., XXXVII, 1943, p. 418 ss.). Di O.W. Douglas si vedano: [collaborazione con C.M. Shanks] Insulation from liability through subsidiary corporations (Y.L.J., XXXIX, 1929, p. 193 ss.); Vicarious liability and administration of risk (Y.L.J., XXXVIII, 1929, p. 584 ss. e 720 ss.); [collaborazione con D.S. Thomas e C.E. Clark] The business failures project. A study in methodology (Y.L.J., XXXIX, 1930, p. 1013, e XL, 1931, p. 1034); [collaborazione con J.H. Marshall] Factual study of bankruptcy administration and some suggestions (Col. L.R., XXXII, 1932, p. 25 ss.); Some functional aspects of bankruptcy (Y.L.J., XLI, p. 329); Wage earner bankruptcies (Y.L.J., XLII, 1933, p. 591) The dissent, cit.; Stare decisis (Col. L.R., XLIX, 1949, p. 735 ss.). Di JEROME FRANK si vedano: LMM, parte I, capp. III, VI, VII, XIV; COT, capp. I, IV, XIV, XVI, XIX, XXI, XXIII; Are judges human?, cit.; Experimental jurisprudence, cit.; A lawyer looks at language (nel vol. collettivo a cura di S.I. HAYAKAWA, Language in action, New York 1941, a pp. 322-336); Epithetical jurisprudence and the work of the Securities and Exchange Commission in the administration of Chapter X of the Bankruptcy Act (N.Y.U.L.Q.R., XVIII, 1941, p. 317 ss.); A sketch of an influence (nel vol. collettivo a cura di P. Sayre, Interpretations of modern legal philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound, New York 1947, a pp. 189-261); Words and music. Some remarks on statutory interpretation (Col. L.R., XLVII, 1948, p. 1259 ss.). Di L. Green si vedano: Rationale of proximate cause (d'ora in avanti RPC), Kansas City 1927; A new development in jury trial (A.B. A.J., XIII, 1927, p. 715 ss.); Why trial by jury? (Am. Mer., XV, 1928, p. 316); The negligence issue (Y.L.J., XXXVII, 1928, p. 1029); The duty problem in negligence cases (Col. L.R., XXVIII, 1928, p. 1014 e XXIX, 1929, p. 255 ss.); cisando attraverso un lungo processo storico (6) come risultato della

Analysis of tort cases (W.V.L.O., XXV, 1929, p. 323 ss.); Mahoney v. Beatman. A study in proximate cause (Y.L.J., XXXIX, 1930, p. 532 ss.); The Palsgraf case (Col. L.R., XXX, 1930, p. 789 ss.); Judge and jury (d'ora in avanti JJ; in questo volume sono ristampati gli studi citati sopra), Kansas City 1930; A practical way to administer justice (J.Am.Jud.Soc., XXV, 1941, p. 70 ss.); Basic concepts (A.B.A.J., XXIV, 1948, p. 60 ss.). Di K.N. LLEWELLYN si vedano: TBB, capp. II, III, IV e V; The relation of current economic and social problems to the Restatement of the law (Proc.Am.Ac. P.S., XIV, 1923, p. 331 ss.); (simposio con F. Frankfurter e Sunderland) The conditions for and the aims and methods of legal research (Am. L.S.R., VI, 1930, p. 663 ss.); Case law (in Encyclopaedia of the social sciences), A real jur., cit.; Some realism, cit.; What price contract?, cit.; Behind the law of divorce (Col. L.R., XXXII, 1932, p. 1281 ss.); On crime, social science and rationalism (Col. L.R., XXXIV, 1934, p. 277 ss.); Our case law of contract. Offer and acceptance (Y. L.J., XLVIII, 1938, p. 497); The rule of law in our case law of contract (Y.L.J., XLVIII, 1938, p. 1243); Across sales on horseback (H.L.R., LII, 1939, p. 725 ss.); The first struggle to unhorse sales (H.L.R., LII, 1939, p. 873 ss.); The normative, the legal and the law jobs. The problem of juristic method (Y.L.J., IL, 1940, p. 1355 ss.); Common law reform of consideration (Col. L.R., XLI, 1941, p. 863). Di H. OLIPHANT si vedano: Mutuality of obligation in bilateral contracts at law (Col. L.R., XXV, 1925, p. 705); A return to stare decisis (Am. L.S.R., VI, 1928, p. 215; ed A.B.A.J., XIV, 1928, p. 71 ss.); Facts, opinions and value judgements (Tex. L.R., X, 1932, p. 127 ss.); The public and the law. The three major criticisms of the law and their validity (A.B.A.I., XIX, 1933, p. 46 ss.). Di M. RADIN si vedano: Law as logic and experience (d'ora innanzi L.L.E.) New Haven 1940; The law of sales in California and the Uniform Sales Act (Calif. L.R., VIII, 1920, p. 27 ss.); The theory of judicial decision (A.B.A.J., IX, 1925, p. 357 ss.); The requirement of written opinion (Calif. L.R., XVIII, 1930, p. 486 ss.); Statutory interpretation (H.L.R., XLIII, 1930, p. 863 ss.); Legal realism (Col. L.R., XXXI, 1931, p. 824 ss.); Scientific method and the law (Calif. L.R., XIX, 1931, p. 164 ss.); Case law and stare decisis; Concerning Prajudizienrecht in Amerika (Col. L.R., XXXIII, 1933, p. 199 ss.); Realism in statutory interpretation and elsewhere (Calif. L.R., XXIII, 1935, p. 156 ss.); A speculative enquiry into the nature of torts (Tex. L.R., XXI, 1943, p. 696 ss.); The trail of the calf (Corn. L.Q., XXXII, 1946, p. 137 ss.; e anche, da ultimo, The method of law (in Was. U.L.Q., 1950, p. 471 ss.). Di H.E. YNTEMA si vedano: Lex Murdrorum. An episode in English criminal law (H.L.R., XXXVI, 1923, p. 146 ss.); The hornbook method and the conflict of laws (Y.L.J., XXXVII, 1928, p. 468); The rational basis of legal science (Col. L.R., XXXI, 1931, p. 925 ss.); The purview of research in the administration of justice (Io. L.R., XVI, 1931, p. 337 ss.); The implications of legal science (N.Y.U.L.Q.R., X, 1933, p. 279 ss.); Legal science and reform (Col. L.R., XXXIV, 1934, p. 207 ss.).

(6) Nel quale giocarono in qualche misura suggestioni canonistiche ed in un secondo tempo suggestioni della dottrina continentale: entrambe le influenze sono pochissimo studiate.

vista della applicazione della regola stare decisis. Queste classificazioni erano molte volte espresse da termini il cui impiego si era precisato nel corso di una risalente tradizione giurisprudenziale, come ad esempio i termini « tort », « consideration », « malice », « mens rea », ecc., e nel corso del settecento e dell'ottocento si era avuta una semplice cristallizzazione dei significati descrittivi di questi termini assieme ad un progressivo distacco del significato descrittivo tecnico (proprio dell'uso nelle corti) dal significato ordinario che taluno di quei termini continuava ad avere nell'uso generale. Altre volte erano espresse da termini che stanno per concettualizzazioni di secondo grado, cioè a dire classificazioni che servono ad avvicinare (sotto un profilo nuovo) casi che già erano rispettivamente collocati sotto classificazioni diverse (7); molti di questi termini sono stati coniati ex novo o sono stati assunti come termini tecnici verso la fine del settecento ed al principio dell'ottocento, sulla base dell'esigenza razionalistica di provvedere uno schema generale per delle decisioni palesemente determinate da particolarità « eccezionali » di un caso nuovo; esempi potrebbero essere quelli di « criminal attempt », di « solicitation », di « vicarious liability » (« vicariously liable »). Altre volte ancora quelle classificazioni poggiavano su locuzioni proprie dell'uso comune, come « causation », « proximate cause », « reasonable expectance », « due care », ecc., le quali si erano precisate nell'uso giuridico nel senso che si erano costituiti elenchi sufficientemente rigidi dei problemi giuridici la cui soluzione dipendeva dalla previa determinazione della esistenza dei « fatti » simbolizzati dalle locuzioni; ma non si erano però costruiti elenchi rigidi delle caratteristiche che i «fatti» dovevano presentare affinchè l'impiego di tali locuzioni fosse ritenuto tollerabile, con la conseguenza che l'estensione concettuale di tali locuzioni restava piuttosto indeterminata.

Nei confronti di queste classificazioni e di questi concetti i realisti svolsero critiche che si muovevano talvolta su piani distinti, ma che pervenivano a conclusioni concordanti. Nei confronti della maggioranza dei più antichi concetti si faceva valere di solito la loro genericità e perciò la loro scarsa utilità e la loro scarsa idoneità a fun-

<sup>(7)</sup> Come talora è reso palese anche dal fatto che il termine è un termine composto.

progressiva cristallizzazione di tutta una serie di classificazioni più o meno generiche le quali funzionavano come criteri, o permettevano di formulare criteri, per stabilire la somiglianza tra casi giuridici in zionare come criteri per la soluzione degli effettivi conflitti di interesse. Nei confronti delle locuzioni proprie dell'uso comune che divengono criteri di qualificazione giuridica si faceva valere la estremamente grande misura di arbitrarietà che deriva alla qualificazione dal fatto che tali locuzioni sono così fluide e la loro estensione d'uso così indeterminata. In tutti i casi, ciò che i realisti cercano di mettere in rilievo è che un precetto nella cui formulazione linguistica è presente uno dei concetti qualificatori usuali nel discorso del common lawyer non è di alcuna utilità, o è di ben scarsa utilità, dal punto di vista scientifico (8) perchè la corrispondente proposizione descrittiva non viene falsificata di solito da decisioni che tutelino rispettivamente più interessi in conflitto reciproco. Quando conducono una critica anticoncettualistica i realisti di solito fanno perno sulla nozione di « interesse », cercando di mostrare come, assai spesso, i concetti usati dal common lawyer non siano costruiti in funzione di una politica determinata, ma quasi per caso, ed in nome di una ricerca di astrazioni che « permettono di classificare insieme ogni tipo di situazioni dissimili, e ci permettono di applicare le stesse regole a casi che richiedono un trattamento differente » (9). La critica anticoncettualistica si svolge contro la « mentalità giuridica » intesa come capacità di lavorare, anzichè sui problemi concreti, sulle astrazioni concettuali (10).

# 2. L'analisi realistica dei concetti giuridici.

Per comprendere appieno il senso e la portata della critica anticoncettualista (11) svolta dai realisti, è necessario anzittutto mettere in

<sup>(8)</sup> Cioè dal punto di vista della previsione.

<sup>(9)</sup> Secondo T.R. Powell (uno studioso che simpatizzava con i realisti) « se uno pensa di poter pensare ad una cosa connessa ad un'altra senza pensare a quest'ultima, uno ha quella che si chiama una mentalità giuridica » (Da una conferenza inedita citata da Arnold, Criminal attempt, p. 58).

<sup>(10)</sup> T. Arnold, Criminal attempt, cit., p. 60.

<sup>(11)</sup> Come si è accennato, nel paragrafo precedente, la critica anticoncettualista fu una delle prime manifestazioni del realismo. Tuttavia il primo realista ad usare il termine «concettualismo» fu H.E. YNTEMA nel 1928 (Cfr. The hornbook method, cit., p. 477 ss.).

luce come era dai realisti concepito il giudizio giuridico. Purtroppo in tutta la letteratura realistica il tema del giudizio giuridico non è mai trattato in generale: un realista tuttavia offre — incidentalmente - un modello o schema del giudizio giuridico che mi sembra essere implicitamente accolto anche da tutti gli altri esponenti del movimento (salve alcune differenze nell'impiego del modello, su cui si tornerà alla fine di questo capitolo). Il modello è quello offerto dal Green in Rationale of proximate cause (12), secondo il quale un giudizio giuridico è un giudizio che asserisce o esclude la responsabilità di un soggetto in seguito alla lesione di un interesse altrui: si tratterebbe di un giudizio complesso, scomponibile nelle risposte ad alcuni problemi che si presentano sempre; tali problemi si riscontrano facilmente esaminando come vengono impostate le questioni nei campi rispettivamente delimitati dalle più generali (ed antiche) classificazioni presentate dalla cultura giuridica anglosassone, e cioè dal concetto di tort, di contract e di crime (13). Se si considera ad esempio un caso di tort (illecito civile), il relativo giudizio si scompone — dice il Green — nelle risposte alle seguenti domande: 1) È l'interesse dell'attore protetto dalla legge?, cioè: ha l'attore un diritto?; 2) È l'interesse dell'attore tutelato nei confronti del particolare rischio che ha dato origine al caso in esame? E cioè in particolare, a) quale regola giuridica protegge l'interesse dell'attore?, e b) cade il particolare rischio in questione nell'ambito della protezione accordata dalla regola?; 3) La condotta del convenuto ha violato la regola che protegge l'interesse dell'attore?; 4) La violazione di questa regola da parte del convenuto fu causa del danno riportato dell'attore?; 5) Qual'è il danno riportato dall'attore? (14). Se si considera un caso di contract, il relativo giudizio si scompone — secondo il Green — nelle risposte alle seguenti domande: 1) L'interesse asserito dall'attore è tutelato dai termini del contratto?; 2) Il particolare rischio che l'attore asserisce essere conseguenza della violazione del contratto

(12) Cit. nel paragrafo precedente, nota 5.

<sup>(13)</sup> Già con questa impostazione si fa palese la tendenza a considerare questi concetti generalissimi come meramente classificatori. Se i problemi che si presentano nei tre campi delimitati da questi concetti sono gli stessi, allora questi concetti non hanno una funzione discriminativa epperciò non hanno, nella qualificazione giuridica, alcuna funzione.

<sup>(14)</sup> L. GREEN, RPC, p. 2 s.

rientra nell'ambito della protezione voluta dall'accordo?; 3) La condotta del convenuto ha violato la regola [contrattuale] che protegge l'interesse dell'attore?; 4) Vi è una relazione causale?; 5) Qual'è il danno? (15). Se infine si prende un caso di *crime* (un caso penale), il giudizio relativo si scompone — secondo Green — nelle risposte a domande identiche a quelle che si pongono in un caso di *tort*, a parte il fatto che l'interesse protetto è un interesse pubblico e l'attore è un pubblico ufficiale (16).

Sulla base di questo schema del giudizio giuridico i realisti tendono a mostrare come il metodo che secondo loro è impiegato dalla giurisprudenza tradizionale, cioè il metodo che consiste nella deduzione concettuale per cui partendo da una premessa normativa si perviene ad una conseguenza qualificatoria, è da respingarsi perchè a) non serve ad un operatore per prevedere il comportamento di altri operatori; b) non serve ad un operatore come criterio di decisione perchè permette di solito di pervenire a decisioni (non logicamente ma) politicamente incompatibili di uno stesso caso; c) per le ragioni testé enunciate non si stabilisce quella solidarietà tra adozione del metodo tradizionale e conseguimento della certezza del diritto, che costituisce la giustificazione ideologica del metodo tradizionale stesso; (d) in quanto il metodo tradizionale si presenta in funzione di certezza, mentre non la può far conseguire, l'accettazione del metodo tradizionale si risolve in una mistificazione (che, secondo taluni realisti, è politicamente dannosa). Questa linea di pensiero sembra essere comune a tutti gli esponenti del realismo, anche se poi i realisti traggono conseguenze diverse dai vari punti ricordati.

Al fine di suffragare i testè ricordati punti a), b), c), d), i realisti sottopongono a critica il metodo tradizionale sotto il profilo della sua idoneità a rispondere alle domande imposte da qualunque giudizio giuridico secondo lo schema o modello ricordato. Si sviluppa così una

<sup>(15)</sup> L. Green, RPC, p. 44 ss. Un giurista continentale che accettasse la schematizzazione di Green, sentirebbe qui l'esigenza di inserire, prima della domanda 1), le due ulteriori domande: a) 'Esiste un contratto?' e b) 'sino a che punto la legge tutela questo particolare contratto?'. Per una serie di ragioni storiche (che è inutile esaminare in questa sede) un common lawyer non sente, di solito, questa esigenza.

<sup>(16)</sup> L. GREEN, RPC, p. 56 ss.

critica della norma giuridica, attraverso ad una critica dei processi di formulazione e dei processi di interpretazione delle norme, che mira a mettere in luce l'inidoneità del metodo detto tradizionale come strumento per risolvere il problema che figura al n. 1) dello schema del Green nella sua relazione con il problema che figura al n. 2) (17). Si sviluppa poi una critica dei concetti giuridici, che mira a mettere in luce come i concetti tradizionali, in quanto tendenti a permettere la assimilazione di casi diversi sulla base di connotati che i realisti ritengono meramente esteriori anzichè sulla base di comprensibili scelte « politiche » (nel senso più lato), sono inidonei a funzionare come strumenti precisi per rispondere alle domande che nello schema del Green figurano al n. 2), nella loro relazione con le domande di cui ai numeri 3) e 4): come si vedrà appresso. Infine alcuni realisti, e precisamente quelli dell'ala estrema capeggiata da Jerome Frank (18), tentarono di sviluppare una critica anche del modo con cui il giudizio giuridico viene ad essere condizionato dalla pesante ipoteca dell'arbitrarietà dell'accertamento storico dei fatti (10): una critica che ebbe senza dubbio il merito di dare rilievo a problemi di solito trascurati dai teorici, e di avviare o comunque stimolare studi sulle riforme procedurali e sulle riforme dell'istruzione professionale, ma che senza dubbio fu impostata in modo tale da condurre quell'ala del movimento realista in un vicolo cieco.

\* \* \*

Passando, dopo questa premessa — ad esaminare alcuni dei più importanti esempi di critica « realistica » dei concetti, vediamo anzitutto quella svolta nei confronti delle locuzioni proprie dell'uso ordinario come causation e reasonable expectance che sono usate continuamente nei contesti precettivi del legislatore e del giudice.

Il concetto di causation è stato fatto oggetto di particolare attenzione da parte del Green (20). Il punto di partenza dell'analisi del

<sup>(17)</sup> Su ciò vedi infra, cap. IV.

<sup>(18)</sup> I sedicenti fact-skeptics, cui si accennava nel cap. I par. 1.

<sup>(19)</sup> Su ciò vedi infra, cap. IV.

<sup>(20)</sup> Del quale si vedano RPC ed i vari studi raccolti in JJ.

Green è costituito dalla constatazione che, dopo un accurato esame casistico, non è possibile trovare un criterio unico dell'uso che di questo concetto è stato fatto nelle (parti descrittive delle) opinions, cioè non è possibile rinvenire una regola d'uso passabilmente rigida. Non trovandosi una regola d'uso rigida, ogni qualvolta un operatore impiega il concetto di causation compie, implicitamente od esplicitamente, una scelta nell'ambito dei vaghi limiti di tollerabilità d'impiego. Conseguentemente le proposizioni che prescrivono ad un operatore (ad es. un giudice) di pervenire ad una conclusione giuridica nei confronti di un soggetto A se l'operatore accerta l'esistenza di un nesso causale tra un'azione di A ed un evento X, sono proposizioni che non solo non forniscono all'operatore un criterio per decidere, ma anzi rimettono all'arbitrio dell'operatore (nei limiti, vaghi, della tollerabilità di impiego di causation) l'adozione di un criterio di decisione piuttosto che di un altro.

Su questa base il Green critica l'opinione dominante secondo cui la questione sull'esistenza di un nesso causale è una questione di fatto, e perviene alla conclusione che *causation* è un concetto complesso, scomponibile in due parti di cui una si riferisce ai fatti, ed una si riferisce alla scelta del criterio di decisione che l'operatore compie; cioè, nello schema di Green, si tratta di un concetto scomponibile in una parte che si riferisce al n. 4) e in una parte che si riferisce al n. 2)(21).

Perciò, secondo Green, una proposizione giuridica prescrittiva in termini di causation è una proposizione che apre due problemi ben distinti ogni qualvolta la si assume come criterio di decisione. E precisamente: (a) il problema che si può formulare nei termini "L'evento

<sup>(21)</sup> In altre parole, il Green mette in rilievo come causation, in quanto usato in un contesto giuridico, contiene una parte descrittiva ed una parte prescrittiva. Usando una terminologia introdotta da Hare e diffusa dalle correnti analitiche anche italiane (ad esempio da U. Scarpelli, Contributo alla semantica del linguaggio normativo, in Memorie dell'Acc. delle Scienze di Torino, serie III, tomo 5, parte II n. 1, Torino 1959) si potrebbe dire che il Green ritiene che sotto il concetto di causation si cela la combinazione di un frastico (che si riferisce ai fatti necessari perchè l'uso di «causation» sia tollerabile) e di un neustico (che si riferisce al criterio non già della norma che l'operatore applica, bensì al criterio cui si rifà l'operatore per decidere di applicare la norma al caso in esame).

x si sarebbe verificato se A non avesse agito come ha agito?"(22); e (b) il problema che si può formulare nei termini "deve A essere ritenuto responsabile per X?". Il primo problema è quello dell'estensione massima (dei limiti di tollerabilità nell'impiego) del concetto di causa: se l'evento si sarebbe verificato anche in assenza del comportamento, il comportamento non può — stando all'uso — essere detto « causa » dell'evento. Il secondo problema è invece il problema della scelta di opportunità politica, di policy, circa l'applicazione o meno delle conseguenze previste nel precetto ad A.

Secondo il Green, il primo problema è (in senso lato) un problema di fatto; il secondo è un problema di opportunità (23). Il secondo pro-

<sup>(22)</sup> Si tratta della c.d. dottrina della condicio sine qua non, che si risolve nella tesi per cui il limite al di là del quale non è tollerabile l'uso del termine causation è costituito dalla regola d'uso secondo cui non si può dire che X è causa di Y se Y si sarebbe verificato anche senza il verificarsi di X. La questione se Y avrebbe potuto verificarsi anche in mancanza di X diviene, secondo i sostenitori di quella dottrina, la « questione di fatto »: mentre tutte le altre questioni che sorgono circa il nesso causale sarebbero « questioni di diritto». La rilevanza pratica della tesi è evidente se si considera che la distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto è rilevante (nei sistemi di common law anche fuori del campo penalistico) per la ripartizione dei compiti tra magistrato e giuria e per la determinazione dell'ammissibilità e dei limiti del gravame. Incidentalmente, la tendenza del Green a limitare al massimo le questioni di competenza della giuria si inserisce in uno dei motivi di fondo del realismo, che è appunto la ostilità o per lo meno la sfiducia nei confronti dell'istituto della giuria. Su quest'ultimo punto vedi infra, cap. IV, parg. 4. Come pure si vedrà in seguito (cfr. infra, cap. IV, par. 4) nell'ambito delle correnti realistiche si manifestò una tendenza (espressa sopratutto dal Frank, ma alla quale talvolta si avvicina il Green) ad insistere che lo stesso accertamento del « fatto » è condizionato da giudizi di opportunità. Da quest'ultimo punto di vista, la stessa discussione del Green sulla causalità è un discorso valido al livelfo, artificiale, della critica dei concetti e delle regole ma superato in sede di fact skepticism. Come si vedrà, quest'ultima tendenza è tuttavia, nel movimento realistico, minoritaria.

<sup>(23)</sup> Questa distinzione tra problema di fatto e problema di opportunità ha avuto nel pensiero anglosassone un largo seguito, esprimendosi nella largamente accolta dottrina detta del sine qua non test, per cui appunto la questione di fatto implicita in una questione sulla causalità si esaurisce nel problema accennato nel testo.

Anche da parte di esponenti di correnti analitiche, vivaci critici del Green, vi è stato, su questo punto specifico, un allineamento sulle posizioni dei realisti. Così H.L.A. HART e A.M. HONORÉ (Causation in the law, Oxford 1959, p. 104-

blema resta un problema di opportunità anche se il precetto stabilisce una qualificazione secondo cui la « causa », per permettere la conclusione giuridica, deve essere « prossima » o qualcosa del genere: ciò perchè tali qualificazioni non sono, a loro volta, definite. Ora, secondo il Green, una volta risolto il problema di fatto, il problema della relazione causale si risolve mediante una valutazione di opportunità. Tale valutazione di opportunità non è, ovviamente secondo il Green, risolubile sulla base di un criterio intrinseco nella formulazione del precetto. Una deduzione concettuale sulla base della formula precettiva non può sostituire una ricerca volta ad enucleare tutti gli elementi di fatto che posson servire a rendere ragionevole una previsione circa la decisione futura del giudice che sarà chiamato ad occuparsi del caso concreto (24). Pertanto: 1) una descrizione in termini di

L'allineamento degli (di alcuni) analisti con i (con alcuni) realisti, ovviamente, si limita alla comune critica nei confronti di taluni filoni tradizionali del pensiero giuridico che tendono a considerare la relazione causale come problema di (mero) fatto.

<sup>105)</sup> osservano: «La biforcazione del problema della causa ha, tuttavia, dei meriti reali indipendenti dal fondamento teorico [scil.: il realismo giuridico] e dal vocabolario conseguentemente scelto per sottolineare la convinzione che l'unico elemento della causazione che sia «fattuale» e indipendente dalla politica giuridica o dalla regola giuridica è la relazione di sine qua non. Questi meriti sono reali perchè anche se si dà il caso che alcuni principi selettivi e limitativi impiegati dal diritto nel rispondere alla seconda metà del duplice problema non sono invenzioni del diritto [scil.: rispetto all'uso ordinario], nondimeno la principale e più comune forma di questione causale presenta due aspetti diversi, i quali corrispondono all'ingrosso alle due parti del problema sdoppiato. Il primo è che una causa è in qualche senso necessaria per la produzione della conseguenza: il secondo è che la causa di un evento è in qualche modo distinguibile da altri fattori che sono, nello stesso senso, necessari. Questi due aspetti della relazione causale, anche se non possono essere drasticamente opposti come 'fattuali' e 'non fattuali', hanno un carattere profondamente diverso. Essi danno luogo a differenti dubbi e difficoltà, e criteri differenti sono impiegati nel risolverli».

<sup>(24)</sup> È naturalmente su questo punto che la posizione di Hart ed Honoré si differenzia da quella di Green. Hart ed Honoré, partendo da una prospettiva normativista, si disinteressano della « previsione » e tendono a mostrare come, attraverso al riconoscimento che ogni valutazione presuppone una norma, è facile pervenire alla conclusione che la norma attraverso alla quale un giudice deve risolvere il problema (b) esposto nel testo è proprio l'uso di causation in un contesto normativo. Non è la valutazione di policy che determina l'applicazione dello schema « causa », bensì l'applicabilità di questo schema che deve determinare la valutazione. Cfr. op. cit., p. 69.

« causa » non informa se non circa il problema (a); 2) una prescrizione negli stessi termini non serve, conseguentemente, a prevedere il comportamento di un giudice anche nell'ipotesi che colui che si propone di compiere una previsione giustificata ed il giudice condividano le stesse idee sul « significato » del concetto di « causa ».

Attraverso a questa analisi del concetto di « causation », il Green perviene alla conclusione che almeno un punto, presente in qualsiasi giudizio giuridico (25), e dominante in una importantissima categoria di giudizi (quelli su problemi classificati sotto la rubrica negligence (26)), permette al giudice (ed in genere ad ogni operatore giuridico a livello autoritativo) una scelta di opportunità, di policy. Pertanto non è utile, anzi è dannoso in quanto determina salti logici ed occulta i processi effettivi di giudizio, l'assimilare casi sulla base di definizioni concettuali di causation o di proximate causation, anzichè sulla base di una determinata policy. Così ad esempio, commentando il Palsgraf Case (27) in polemica con il Goodhart, il Green sosteneva che il problema se la decisione del Palsgraf fosse o no coerente (consistent) con altre precedenti decisioni consistesse non già nella questione sulla possibilità di formulare una generalizzazione che coprisse tutti i casi discussi, ma nella questione se tutte le decisioni discusse interpretassero la stessa politica di amministrazione del rischio: cioè se tutte le decisioni in discussione esprimessero una medesima opinione circa la misura in cui è opportuno accollare rischi alle compagnie ferroviarie tenendo presenti criteri come ad es. quello di rendere econo-

<sup>(25)</sup> Secondo lo schema del Green (cfr. retro, p. 114) un problema causale è sempre presente nei giudizi giuridici.

<sup>(26)</sup> Cfr. L. Green, RPC, p. 63 ss.

<sup>(27)</sup> Cfr. L. Green, The Palsgraf Case, cit. In questo giudizio venne negata la responsabilità per danni di una compagnia esercente una linea ferroviaria nei confronti di un danneggiato. Il danno era derivato dal fatto che un impiegato delle ferrovie aveva aiutato un passeggero a salire su di un treno già in moto; nel salire, il passeggero lasciò cadere una borsa contenente fuochi d'artificio; essi scoppiarono, provocando lesioni ad un passeggero — l'attore del caso — che si trovava su di un altro marciapiede. Questo caso segnò il punto di rottura di una tendenza giurisprudenziale a ritenere le ferrovie responsabili per qualunque cosa capitasse durante il viaggio a qualunque passeggero contraente (cioè non abusivo).

mica la prevenzione del rischio o di non influire sulla possibilità di ridistribuzione del rischio medesimo.

\* \* \*

È chiaro che, una volta che si è intravista la possibilità di enucleare un elemento indeterminato (che lascia un margine all'arbitrio politico dell'operatore giuridico) nei concetti giuridici che apparentemente si riferiscono in modo diretto a relazioni di fatto (come il concetto di causation), diviene facile pensare alla possibilità di enucleare un elemento simile anche in quei concetti giuridici in cui il riferimento a relazioni di fatto è mediato ed indiretto. Proprio perchè i concetti giuridici rappresentano delle classificazioni di situazioni reali (di casi) compiute al fine di applicare a tutti i casi che rientrano nella classificazione una medesima disciplina giuridica, proprio per questa ragione sembra possibile rintracciare in ogni concetto un elemento indeterminato: tale elemento consiste nella possibilità, lasciata a chi impiega il concetto, di estenderlo sino a coprire qualche fattispecie in più rispetto a quelle (relativamente poche) fattispecie che non potrebbero essere escluse dall'ambito della classe delimitata dal concetto a meno di non violare il limite di tollerabilità dell'uso del termine in questione. La relatività delle classificazioni si presenta come il fattore che determina un margine di arbitrio da parte dell'operatore giuridico il quale deriva una conseguenza da una premessa normativa e da una descrizione di fatti.

La consapevolezza della relatività delle classificazioni giuridiche diverse da quelle formulate con termini che designano relazioni di fatto si è manifestata nella cultura giuridica anglosassone relativamente tardi (rispetto a quanto era avvenuto nella cultura continentale), ed il movimento realistico ha giocato forse il ruolo determinante nel formarsi di questa consapevolezza. Un giurista di formazione inglese ha osservato che tale consapevolezza ha ricevuto la prima sollecitazione dall'esperienza che della mutevolezza delle classificazioni hanno avuto i cultori del diritto internazionale privato e cioè (nel linguaggio di un common lawyer) gli studiosi del conflict of laws (28): questa osserva-

<sup>(28)</sup> Così J. Stone, The province, cit., p. 177.

zione sembra essere esatta anche per quanto riguarda la dottrina americana, ove peraltro l'impiego dell'esperienza del « conflitto di leggi » in vista di un riconoscimento della relatività delle classificazioni giuridiche si inserì in un quadro più ampio, cioè appunto nella polemica anticoncettualista dei realisti. Furono infatti i realisti ad affrontare per primi in America il problema della classificazione nell'ambito del diritto internazionale privato, nel corso di un tentativo di analizzare le regole tradizionali sul rinvio; pervenendo alla conclusione che la applicazione delle regole tradizionali lasciava tali margini di arbitrio che una teorizzazione delle « regole secondo le quali le corti decidono » non poteva aver luogo se non enucleando quelle direttive di azione dei giudici che integrano la cosiddetta « applicazione » degli schemi e dei precetti tradizionali sul rinvio: direttive che rappresentano talvolta una determinata « policy » adottata dalla maggioranza dei giudici. Un giurista continentale capirà facilmente la natura dei problemi classificatori che si proponevano ai realisti in questo campo, tenendo presente che i principi cui i realisti si dedicarono prevalentemente furono quelli che insistono sulla dottrina del diritto quesito (vested right) (29) e sulla dottrina della distinzione tra diritto sostanziale (substance) e tutela processuale del diritto (procedure) (30): due dottrine di origine continentale, che hanno ovviamente dato luogo nei paesi europei ad analoghe difficoltà classificatorie.

Ma le difficoltà classificatorie la cui consapevolezza fu senza dubbio stimolata dai particolari problemi che si pongono in sede di conflitto, e che investono direttamente od indirettamente tutta una serie di concetti giuridici « generali » (cioè operanti al di fuori dei problemi specificamente pertinenti al conflitto) come specialmente quelli che servono alla localizzazione di eventi (31) o di beni (32), furono utiliz-

<sup>(29)</sup> Su ciò specialmente H.E. YNTEMA, The hornbook method, cit., cfr. pp. 476-483.

<sup>(30)</sup> Su cui vedi specialmente i lavori di W.W. Cook, «Substance» and «procedure», cit.; The logical and legal bases, cit.; The jurisdiction of sovereign states, cit.

<sup>(31)</sup> Su questo vedi soprattutto W.W. Cook, The jurisdiction, cit.; Tort liability, cit.; The application of the criminal law of a country, cit.; « Contracts » and the conflict, cit.

<sup>(32)</sup> Vedi ad es. W.W. Cook, Immovables, cit.

zate dai realisti americani — contrariamente a quanto di solito avvenne nel caso dei cultori europei di diritto internazionale privato — in una sede più generale, facendo valere la relatività delle classificazioni (epperciò dei concetti) come un fattore costante che introduce sempre nel giudizio giuridico un margine di arbitrio che può essere mitigato nei suoi effetti di incertezza solo dalla generale adozione da parte degli operatori di un determinato criterio d'opportunità, di una determinata « policy ». In seguito a questo atteggiamento, la scoperta delle « regole in base alle quali le corti decidono » doveva divenire la scoperta delle ragioni per le quali una serie di decisioni può essere ritenuta coerente dal punto di vista dei loro risultati (cioè, dei loro risultati economico-sociali). In questa scoperta, i concetti tradizionali giocano un ruolo limitato anche se non trascurabile: infatti non è sulla base del loro impiego (cioè non è sulla esclusiva base del loro impiego) che le decisioni possono essere dette coerenti.

Al fine di chiarire quanto testè detto, mi sembra opportuno riferire un esempio di analisi realistica di un concetto giuridico. L'esempio è costituito dall'analisi che Thurman Arnold fa del concetto di criminal attempt (tentativo) (33); questo esempio mi sembra particolarmente interessante in quanto — attraverso l'analisi di Arnold — è possibile vedere in modo chiarissimo la diversa attitudine rispettivamente propria dei realisti e di una tradizione che vorrei dire concettualistico-dogmatica che è presente nella cultura anglosassone nel corso di tutto l'ottocento; infatti la creazione del concetto giuridico di attempt (sulla base di alcuni impieghi di « attempt » come termine del linguaggio ordinario da parte di alcuni giudici settecenteschi) costituisce uno dei frutti precipui della mentalità di quella tradizione concettualistico-dogmatica e un esempio della sua propensione a creare attorno ad un termine dell'uso ordinario un'arbitraria realtà giuridica: nella specie il « tentativo » come figura di reato autonomo.

L'Arnold inizia la sua analisi riferendosi a diverse fattispecie concrete: (a) Un uomo « tenta » di spingere la sua automobile al di sopra dei limiti di velocità, ma non perfeziona il reato perchè resta senza benzina o per altri motivi. In vari casi tale « tentativo » non è

<sup>(33)</sup> T. Arnold, Criminal attempt, cit.

stato ritenuto punibile, cioè non è stato considerato reato. (b) Quattro ragazzi si propongono di prendere un'automobile altrui per un giro di piacere, e vengono fermati nell'atto di prendere posto. In diversi casi un tale « tentativo » è stato ritenuto punibile. (c) Sotto l'impero di leggi che vietano la distillazione di liquore, un soggetto appresta una distilleria e viene arrestato mentre prepara i prodotti da distillare. In molti casi è stato ritenuto che, fino a quando non è effettivamente prodotto il distillato, non vi è reato. (d) Un soggetto tenta di uccidere, ma non riesce perchè la pistola è difettosamente caricata. Tale fattispecie configura vari tipi di reato, come aggressione (assault) con intenzione di uccidere, o con intenzione di infliggere lesioni (to inflict bodily injury), o con un'arma pericolosa, o presentando un'arma da fuoco carica (34); e può anche configurare un tentativo. (e) Un ragazzo di meno di quattordici anni tenta di commettere rape. Fattispecie che determina problemi, quali se è possibile configurare come tentativo il tentativo di un crimine materialmente e/o legalmente impossibile, se la capacità per il tentativo debba o no subordinarsi alla capacità per il reato perfetto (35). (f) Un negro intossicato guida a velocità sfrenata, e causa injury a qualcuno. È incriminato sotto una legge speciale per assault with intent to murder (36). Arnold osserva a questo proposito (37) che « i casi automobilistici hanno offerto un'illustrazione molto interessante di come le corti hanno usato pene previste da leggi sull'assault, trattato tradizionalmente come tentativo, per punire eccessi di velocità dove le relative pene venivano sentite come inadeguate; tale tendenza è andata così oltre che gli scrittori che si occupano del tentativo sono costretti ad ignorare questi casi, quan-

(« violenza carnale », approssimativamente).

<sup>(34)</sup> Si tratta di diverse ipotesi di assault elaborate dalla giurisprudenza.
(35) Vi è in common law una presunzione iuris et de iure secondo cui un minore di quattordici anni è incapace (in senso fisico) a commettere rape

<sup>(36)</sup> Cfr. nota 34. Occorre notare che l'esempio di Arnold è quello di « un negro intossicato » e non di « un uomo intossicato »; molto sovente, allorquando i realisti si riferiscono ad esempi concreti, riportano non solo gli elementi « giuridici » del fatto che ha dato origine ad una decisione, ma anche quegli elementi del fatto che (pur essendo dal punto di vista formale irrilevanti) possono aver avuto una rilevanza psicologica nel determinare la decisione. Ciò per le ragioni su cui vedi infra, cap. IV, par. 4.

(37) T. Arnold, op. cit., p. 57 nota 10.

tunque molta parte del loro macchinismo concettuale derivi proprio da essi » (38). Se si considerano queste fattispecie, secondo Arnold, non è dato trovare tra di esse alcunchè di comune al di fuori del fatto che in tutti i casi si tratta di azioni che sono descritte come preparazione ed inizio di attività successive; ma questo elemento comune non sembra idoneo a delimitare il concetto giuridico di attempt, per il fatto che non tutte queste fattispecie sono considerate figure di reato anche se in tutti i casi si tratta di preparazione ed inizio di un ciclo di attività che una volta completato configurerebbe un reato.

Anzitutto, si chiede l'Arnold, come ha potuto affermarsi un concetto quale quello di attempt, che per la sua genericità e la conseguente necessità di essere integrato da sempre nuovi sottoconcetti, si rivela poco utile come strumento per decidere casi, epperciò come mezzo di previsione dei giudizi futuri? Un concetto che, per il fatto di non valere come mezzo di previsione di giudizi futuri, rende inefficaci come strumenti di controllo sociale le proposizioni normative in cui esso compare come termine? La risposta a questi interrogativi viene a precisare il primo obbiettivo della polemica dell'Arnold. Infatti la risposta è che il concetto giuridico di tentativo è un frutto della mentalità « dogmatizzante » o concettualistica. « La ragione per cui dobbiamo cercar di parlare di tentativi criminali senza riferimento al particolare crimine tentato sta nella particolare attitudine del pensiero giuridico (legal mind) del diciottesimo secolo » (30). Tale attitudine sta alla base della costruzione del tentativo come categoria giuridica unitaria. Vi era il fatto che le corti talvolta, in casi particolari, condannarono in seguito a tentativo basandosi su principi quali voluntas reputabitur pro facto e simili; e, non potendo pensare nei termini di una estensione della polizia di una norma proibente un crimine sino a coprire a casi in cui il crimine non si era perfezionato, i giuristi del diciottesimo secolo si trovarono nella necessità di « classificare tutti i tentativi come una specie di crimine sostanziale in se stessi » (40). Se così non si fosse fatto, si sarebbe dovuto ammettere l'esercizio di un potere

<sup>(38)</sup> Queste fattispecie concrete sono tutte descritte da Arnold, op. cit., PP. 55-57.

<sup>(39)</sup> T. Arnold, op. cit., p. 58. (40) T. Arnold, op. cit., p. 59.

discrezionale delle corti nell'estendere i limiti dei vari crimini sostanziali. Arnold si riferisce alle affermazioni di Lord Mansfield in Rex. v.
Scofield (1874), secondo cui « There was a distinction made at the bar between the act done with intent to commit a Felony and the act done with intent to commit a Misdemeanor. In the degrees of guilt there is a great difference in the eye of the law but not in the description of the offense ». In breve — riassume Arnold — « Lord Mansfield dichiara che vi è un reato quale il tentativo che esiste indipendentemente dall'oggetto del comportamento (the thing attempted) » (41).

È proprio questa astrattezza del concetto di tentativo che suscita la critica dell'Arnold. Poichè manca il riferimento alla cosa tentata, non è possibile riferirsi alla polizia della norma, epperciò i limiti del reato divengono arbitrari. Poichè i comportamenti colpiti sono estremamente vari e diversi, la possibilità stessa di definire la materialità del reato sfuma e si impongono costruzioni cervellotiche. «L'inutilità delle astrazioni impiegate nel campo del tentativo può essere ricavata dal seguente esempio. Si parte dalle affermazioni secondo cui " commissione significa l'atto di commettere, del fare o del realizzare, l'atto del perpetrare " e " il tentativo è il movimento diretto alla commissione dopo che gli atti preparatori sono compiuti". Da queste affermazioni diventa chiaro che un imputato che ha costruito una distilleria ed è arrestato mentre sta lavorando per prepararla risulta occupato in meri atti preparatori e non è colpevole di tentata manifattura di alcolici, sulla scorta di precedenti riguardanti casi di tentativo di addivenire a matrimonio incestuoso » (42). Il voler considerare i concetti giuridici come simboli autosufficienti, indipendenti quanto al significato da considerazioni che si riferiscono alla policy o finalità del precetto in cui ricorrono ed agli effetti che l'attribuzione di un significato piuttosto che di un altro ad un termine può determinare attraverso ai comportamenti degli operatori che del precetto si avvalgono, significa aprire la strada all'arbitrio ed all'incertezza. Il procedimento di coloro che vogliono considerare i concetti giuridici come punto di partenza del ragionamento giuridico è un procedimento arbitrario, perchè — credendo di lavorare su « concetti » — si lavora in realtà su

<sup>(41)</sup> T. Arnold, ibid.

<sup>(42)</sup> T. ARNOLD, op. cit., p. 58.

« termini » e si costruiscono entità mostruose che corrispondono ad un'area ritagliata ad arbitrio all'interno del campo rappresentato dall'estensione massima consentita dai termini, che spesso sono polivalenti (43).

Questa analisi del concetto di attempt serve ad Arnold per mettere in rilievo come il concetto non possa essere impiegato in un'operazione volta a derivare conseguenze giuridiche da un precetto se non in seguito ad una scelta dell'operatore volta a determinarne l'estensione. Se il termine attempt figura in un precetto, tale precetto risulta indeterminato. Se prescindendo da altre considerazioni circa gli scopi o i risultati del precetto facciamo leva sul concetto di attempt ovvero su un concetto che in dottrina viene configurato come un caso di attempt, e cioè l'assault (in senso lato: aggressione), noi possiamo partire da qualunque norma giuridica (statuto o precedente) che si riferisca all'attempt di qualcosa, od a qualunque tipo di assault, o che si riferisca a comportamenti che noi possiamo far rientrare in queste categorie (44) e servircene per qualunque altro caso che noi qualifichiamo attempt: « quantunque differente la polizia o la finalità della legge » e « quantunque differente il tipo di reato tentato » dal caso in questione (45). Nè è possibile ovviare all'indeterminatezza del concetto di attempt integrandolo con altri, simili, concetti giuridici (46).

<sup>(43)</sup> Nel criticare costruzioni concettualistiche l'Arnold fa una gustosa caricatura che riporto in originale perchè basata su di un intraducibile gioco di parole permesso dalla polivalenza semantica di «trunk » che significa (a) « tronco » (di alberi), (b) « proboscide » e (c) « baule ». « Originally the word 'trunk' was applied to trees. Suppose later a writer on the science of things in general classifies 'elephants', 'trees' and 'tourists' under the same heading. The reasons for such a classification is that all three possess trunks. The answer to the objection that the trunks are of different kinds can easily be met by saying that to a nicely balanced analytical mind, they all have one inherent similarity, i.e., they are all used to carry things. The elephant's trunk carries hay to the elephant's mouth, the tree trunk carries sap to the leeves and the tourist trunk carries clothing. The soundness of the new abstraction cannot perhaps be disputed but nevertheless the classification would create at least verbal confusion and the necessity for a great many fine distinctions » (op. cit., p. 57-58). Il giurista concettualista è «lo scrittore versato nella scienza delle cose in generale »!

<sup>(44)</sup> T. Arnold, op. cit., p. 60-61.

<sup>(45)</sup> T. Arnold, op. cit., p. 62.

<sup>(46)</sup> L'Arnold si riferisce ai tentativi di integrare l'attempt con altri concetti, avvenuti in seguito alla constatazione che vi sono molti precedenti che

Conseguentemente, secondo Arnold, le teorie concettualiste dal punto di vista descrittivo sono inesatte in quanto occultano l'attività

non puniscono come attempt la attività iniziale di un comportamento criminoso, stabilendo perciò che non ogni attempt è un reato (op. cit., p. 63). Ci si riferisce talvolta — dice Arnold — a reati che hanno « natura » di tentativo e perciò non possono essere tentati, oppure al fatto che non costituisce reato il tentativo di un reato che sia « malum prohibitum », o « purely statutory » o « not malicious ». Ma la prima scappatoia conduce all'arbitrio perchè circolare, in quanto presuppone nota la definizione di tentativo (op. cit., p. 64) e la seconda conduce all'arbitrio perchè introduce nozioni riempibili di ogni contenuto (op. cit., p. 63-64). Ancora: l'arbitrarietà è introdotta con il fatto che, mentre il tentativo non è punito sempre, l'assault lo è. E siccome l'assault è definito come un « unlawful attempt coupled with the 'present ability' to commit a violent injury », sembra che esso sia un tentativo più qualche altra cosa. Ora, tutti gli avvocati cercano di configurare come attempt le fattispecie in cui vi è una incriminazione per assault, procedendo così a giocare su questo « qualcosa in più » che è, esso pure, riempibile di ogni contenuto (op. cit., p. 65). La catena dei concetti si allarga. Infatti, osserva Arnold, « poichè l' attempt' è un crimine sostanziale definito, esso deve essere distinto dalla 'solicitation' (più o meno: «istigazione»), da cui una nuova astrazione, «solicitation», senza riferimento alla cosa cui si istiga. La norma può essere espressa così: « Solicitation è un reato distinto dal tentativo per quanto entrambi siano misdemeanors secondo il common law » (p. 66: si riferisce ad un articolo di Sayre). La situazione descritta per il tentativo si ripete per la « solicitation », in quanto (a) ogni volta che si perseguisce per tentativo gli avvocati sostengono che si tratta di « solicitation » e (b) si pone il problema di quali siano i reati per cui è punita la istigazione, dato che i reati che consistono in istigazione non possono essere perseguti nelle fattispecie in cui non sono perfetti ma solo istigati (op. cit., p. 67).

A questo punto, Arnold procede ad una serie di considerazioni che si presentano un po' in ordine sparso, ma che appaiono ispirate all'idea che ove un tipo di reato sia costruito su concettualizzazioni di secondo grado e non sulla diretta descrizione di un tipo di condotta concepita come mezzo a fine, tutti i successivi concetti giuridici che servono a qualificare la condotta divengono indeterminati. Ciò, secondo Arnold, è palese sotto il profilo dell'intento, della attività materiale del reato, e — nel caso di tentativo — del mancato esito della attività criminosa.

Sotto il profilo dell'intento, si pone il problema della configurazione dell'intento specifico del tentativo sia (a) quanto a cosa si intende per intento specifico sia (b) in relazione a casi in cui l'imputato era in errore circa quanto stava facendo. Sub (a) è chiaro che, mentre « intento » può significare cose diverse a seconda i diversi tipi di crimine, appare chiaro — dice Arnold — che « dato che si tratta di crimine che si collega a tutti gli altri tipi di crimine, non saremo mai capaci di dire in modo soddisfacente cosa intendiamo per 'intento' ». « Intento soggettivo » (subjective intent), « intento oggettivo » (objective intent),

decisoria degli operatori giuridici; mentre, e questa è la tesi precettiva che tiene conto della — ma non è « dedotta » dalla — analisi descrittiva, occorre che l'operatore consapevole eviti di basare le sue decisioni su deduzioni concettuali non integrate da una considerazione della finalità dei precetti e dei risultati della decisione: occorre, a pena di pervenire a decisioni puramente casuali ed imprevedibili.

Per quanto concerne i concetti più generali che corrispondono alle più generali partizioni didattiche della materia giuridica, l'ana-

« intento desunto dalla condotta », « intento desunto (inferred) dalla presunzione che un uomo vuole le ragionevoli e probabili conseguenze dei suoi atti» — tutto questo si sovrappone, e l'ultima locuzione può persino essere usata in modo da includere la negligenza (p. 68). Sub (b) occorre constatare che se consideriamo diverse ipotesi (Arnold esamina diverse fattispecie a p. 65) l'unico modo di «razionalizzare» i risultati cui sono effettivamente pervenute le corti consiste nel mettere in primo luogo tra parentesi lo scopo della persecuzione di tentativi, ed in secondo luogo nell'introdurre nuovi -- ed arbitrari -- concetti: quali quello della intrinseca criminalità degli obiettivi di fatto, della «impossibilità intrinseca», «impossibilità estrinseca », «impossibilità legale » del crimine tentato (p. 71). In tutti i casi, assume Arnold, «le distinzioni fatte dagli autori sono ingegnose, ma, in quanto ci portano o a risultati assurdi o a nessun risultato, affermiamo che esse non fanno altro che illustrare il fatto che la ricerca di principi generali sottostanti l'astrazione «intento» nei tentativi criminali è inutile» (op. cit., p. 71). Sotto il profilo della attività materiale del reato la ricerca di principi generali ha dato luogo a due nuove astrazioni che introducono elementi di arbitrarietà, e cioè (a) il concetto di «ragionevolezza del mezzo», in quanto si ritiene che i mezzi usati debbano essere ragionevolmente idonei allo scopo criminale, e (b) il concetto di « mera preparazione » in quanto si ritiene che l'attività materiale svolta per dare luogo a « tentativo » debba andar oltre la mera preparazione. Anche qui, la elasticità dei concetti può essere utile «in quanto essi sono vaghi e perciò ammettono un certo grado di individualizzazione » (p. 71), ma sono soggetti ad obbiezioni « quando consigliano il richiamo di ogni genere di casi irrilevanti in base alla teoria che vi è un concetto, quale quello di mezzo ragionevolmente idoneo, applicabile al tentativo di ogni tipo di crimine » (p. 71). La obbiezione è, ovviamente, che «talvolta questa tendenza conduce a risultati assurdi come nei casi in cui è prosciolto un imputato che ha aggredito qualcuno con una pistola che l'accusa non ha potuto provare essere carica e nei casi — di cui ancora restano tracce — in cui un imputato, accusato di aver tentato di borseggiare una tasca vuota, è ritenuto non aver tentato un reato» (p. 71). Simili considerazioni valgono per quanto riguarda l'introduzione del concetto di « (mera) preparazione » (p. 72).

Sotto il profilo della mancata riuscita dell'azione si possono fare le me-

desime considerazioni (p. 73 segg.).

lisi dei realisti segue sostanzialmente la stessa strada. In primo luogo i realisti mostrano come l'estensione della classe della fattispecie designata dal termine che esprime il concetto sia in qualche misura arbitraria, perchè proprio nei casi limite — nei quali l'applicazione o meno della qualificazione concettuale dovrebbe determinare l'applicazione di una determinata disciplina giuridica — l'operatore deve decidere sull'applicazione del concetto, e la sua decisione consegue o ad una valutazione di opportunità o ad una falsa deduzione logica. Ma al di là di questa analisi, vi è nel campo realista una tendenza che potremmo dire riduzionistica, e che si manifesta nel tentativo di mostrare che i concetti più generali hanno una funzione meramente classificatorio-didattica e non adempiono a funzioni qualificatorie. Un esempio tipico di questa tendenza è dato da una serie di approcci realistici alla nozione di contract (contratto), ad opera soprattutto del Llewellyn. Contract designa, nella tradizione di common law, il collegamento tra di una promessa fatta da un soggetto ed una consideration ovvero una « ragione per promettere » che è messa in atto da parte del contraente (47). Non è dubbio che, ad un certo punto dell'evoluzione del common law, « contract » adempiesse a funzioni quali-

<sup>(47)</sup> Molto spesso - specialmente in seguito a talune incaute traduzioni francesi compiute nel secolo scorso — la « consideration » è stata erroneamente avvicinata alla nostra «causa». Forse a questo accostamento non sono state estranee le tendenze del razionalismo giuridico inglese del XIX secolo (su tali tendenze in relazione al problema della consideration cfr. K.O. Shatwell, The doctrine of consideration in the modern law, in S.L.R., I, 1954, pp. 289 ss., spec. pp. 309-324). Comunque è stato definitivamente chiarito dalla dottrina comparatista, anche sulla base di ricostruzioni storiche che hanno sovvertito le tesi storiografiche della dottrina ottocentesca espressa soprattutto dallo Holdsworth, che la consideration corrisponde piuttosto alla res o al « controcredito », quantunque si sia talvolta atteggiata in modo più comprensivo, sotto la specie di sufficient consideration. Su ciò cfr. soprattutto G. Gorla, Il contratto, cit., vol. I, p. 84, e la voce Consideration nella Enciclopedia del diritto; e cfr. anche F. MANCINI, La « consideration » nel diritto nordamericano dei contratti, in R.T.D.P.C., 1953, p. 1039 ss. Si può incidentalmente osservare come, nello svolgere una analisi critica delle più importanti concettualizzazioni dei common lawyers, i realisti si siano trovati a dover reagire anche alle tendenze proprie della storiografia ottocentesca espressa dal Holdsworth. Questa reazione è, di solito, implicita: ma l'opinione che in campo realista si aveva dello Holdsworth diviene assai chiara a chi legga ad es., le pagine del Frank in A sketch of an influence, cit., pp. 207-208.

ficatorie nel senso che designare una fattispecie concreta come contract conduceva all'applicazione di una determinata disciplina giuridica a quella fattispecie. Ora i realisti vennero però applicando i loro schemi di analisi a tutti i concetti impiegati dalla dottrina nel campo della teoria dei contratti, come appunto i concetti di promessa e di consideration (48) ed altri come quello di mutuality (reciprocità delle prestazioni) (49), pervenendo alla conclusione non solo che ciascuno di questi concetti fosse in qualche misura indeterminato ma anche che le regole di tollerabilità dell'impiego dei termini corrispondenti fossero diverse — stando agli usi attestati dalle opinions — nel caso dei vari tipi contratuali o addirittura nei vari sottotipi di uno stesso contratto nominato che i realisti nel corso delle loro analisi venivano ad isolare (50).

Si era così venuta creando una sorta di «teoria generale» della compravendita che da una parte elaborava il concetto di title, e dall'altra tutti i concetti contrattuali come la promessa, la consideration ecc.: e i concetti come quello di warranty (in senso molto lato: garanzia) venivano anch'essi elaborati in generale. In questo contesto culturale la raccolta di casi e l'apparato annotativo del Llewellyn fu rivoluzionario per una serie di ragioni.

<sup>(48)</sup> Cfr. in ispecial modo K.N. LLEWELLYN, What price, cit.; The rule, cit.; Across sales, cit.; The first struggle, cit. e soprattutto Common law reform of consideration, cit.; M. RADIN, The law of sales, cit.

<sup>(49)</sup> Cfr. in ispecial modo H. OLIPHANT, Mutuality of obligation, cit.; M. RADIN, The law of sales, cit.

<sup>(50)</sup> In questa sede non si può non fare riferimento al case-book del Llewellyn sulla compravendita (K.N. LLEWELLYN, Cases and materials on the law of sales, Chicago 1931). Nelle partizioni didattiche delle università anglosassoni la compravendita viene separata dagli (altri) contratti e diviene una rubrica comprensiva di una serie di regole sugli aspetti contrattuali (contract) e sugli aspetti reali (title) della vendita; la ripartizione delle regole sul contract e di quelle sul title è stata determinata storicamente dal linguaggio adoperato nelle corti, e in seguito dai vari Sales Act, in sede di attribuzione del rischio sulla cosa e di determinazione del momento in cui non è più possibile ripetere il prezzo dall'uno all'altro contraente; cioè dal fatto che in quella sede le corti si erano tradizionalmente riferite ad un passaggio del title dall'uno all'altro soggetto. Mentre da un punto di vista analitico «il passaggio del title» non è altro che un modo metaforico di richiamare la disciplina della allocazione del rischio nelle compravendite, e perciò si riferisce pur sempre ad una serie di regole sul (sugli effetti del) contratto, tuttavia dal punto di vista storico l'impiego di quel linguaggio metaforico era valso a dare l'impressione che le regole sulla vendita si dividessero in regole sul contract e regole sul title, provocando così una separazione didattica della compravendita dagli altri contratti.

I risultati della critica di questi ultimi concetti, e specialmente del centrale concetto di consideration, furono i seguenti:

- a) di rendere impossibile una teoria generale del contratto;
- b) di suggerire al giurista lo studio separato dei vari tipi contrattuali che sono utilizzati in una determinata società economica;
- c) di permettere di condizionare la tutela (od anche il favor) del promittente o del promissario a criteri derivanti dallo scopo della disciplina legislativa (se vi è) o da una valutazione della funzione sociale del contratto in questione, senza il diaframma di una teoria generale che tende a celare il fatto che uno stesso scopo legislativo (o legislativo-giudiziario) può portare a favorire, in diversi tipi di contratto, posizioni contrattuali diverse;
- d) di suggerire pertanto che le soluzioni giuridiche sono risposte a problemi politici e non a problemi autonomamente giuridici o tecnico-giuridici, e come tali vanno descritte;
- e) di suggerire, nel contempo, una maggiore libertà formale ed un restringimento dell'area di influenza dei precedenti, e la tendenza alla maggiore individualizzazione delle soluzioni;

In primo luogo la struttura esteriore del libro era diversa da quella dei soliti case-books, prodotti dalle correnti austiniane o genericamente inserite nella tradizione del case method; questi ultimi case-books consistevano nella raccolta di un numero relativamente ristretto di casi « tipici » (generalmente intorno ai 200) disposti — e talvolta annotati — in modo da far emergere i principles, i principi, che regolano la materia. Il libro di Llewellyn presentava invece una massa notevolmente maggiore di casi (801) annotati con riferimenti ad un'altra massa di casi, e disposti in modo da fare emergere l'inesistenza di principi « generali » sulla disciplina del « title », della « consideration » e della « warranty ».

L'insegnamento che il Llewellyn cerca di far emergere dal suo libro è che le regole sul title, sulla consideration, sulla warranty, grazie anche all'indeterminatezza di questi concetti, hanno potuto differenziarsi in vari tipi di compravendita tra loro distinti sia per la funzione economica sia per talune modalità particolarmente importanti circa l'individuazione, la consegna, le varie riserve. Talchè ad un certo punto non è più possibile costruire una disciplina generale delle vendite, ma solo discipline dei diversi tipi di vendita (per i quali fra l'altro sarebbe auspicabile creare nuovi concetti più ristretti di quelli di title ed altri: cfr. p. 562 nota 1).

Il risultato finale è la polverizzazione del concetto di *title*, sostituito dalla descrizione delle regole sul rischio applicate rispettivamente nei *diversi* tipi di compravendita.

- f) di comportare, come contropartita sul piano descrittivo, la moltiplicazione dei tipi cioè dei concetti che è correlativa ed in posizione di inter-funzionalità con l'individualizzazione dei casi e la concezione strumentalistica del giudizio.
- 3. Dall'analisi alle proposte circa i criteri per la formazione e l'impiego dei concetti.

Il discorso analitico dell'Arnold, come si è testè accennato, prelude ad una serie di proposte. Tali proposte sono condivise da una larga maggioranza dei realisti: praticamente da tutti i realisti tranne forse il Frank. Mi sembra opportuno schematizzare le proposte dell'Arnold. Le osservazioni e proposte di T. Arnold sono le seguenti.

- a) È opportuno moltiplicare i concetti, cioè le classi o tipi usati dai giuristi, al fine di far sì che un « tipo » di azione permetta di determinare le azioni ricomprese con un certo grado di esattezza.
- b) La determinabilità delle azioni di cui sopra è una funzione della policy del precetto (legislativo o giudiziario) che il concetto serve ad applicare. Cioè a dire un concetto è uno strumento utile nella misura in cui il suo impiego non manifesta in qualche caso la tendenza a provocare decisioni palesemente tali da condurre a risultati pratici diversi da quelli voluti dalla « policy » del precetto che si applica, (precetto legislativo o giudiziario). Così ad es. secondo l'Arnold, il « tentativo » non deve essere assunto come concetto « di un crimine sostanziale, senza riferimento all'oggetto del tentativo », e perciò si tratta di un « concetto che non è uno strumento giuridico utilizzabile » (51).
- c) Ne consegue che maggiore libertà deve essere riconosciuta alle corti. Nel caso specifico del tentativo, tale maggiore libertà è

<sup>(51)</sup> T. Arnold, Criminal attempt, cit., p. 76. Riferendosi ad un caso concreto l'Arnold mette in luce gli inconvenienti che derivano dalla adozione di un concetto generico quale quello di «tentativo»: «Se assumiamo, come una corte fece, l'esistenza di regole che governano il tentativo in generale, noi possiamo ben arrivare alle conclusioni che è preferibile lasciar andare liberi questi rapinatori (robbers) che correre il rischio di mettere in prigione altre persone che commisero simili azioni nel tentativo di commettere reati più triviali. Le critiche devono essere rivolte non ad una grande Corte che si sentì vincolata a seguire un antico modo di ragionare, ma piuttosto alla utilità di astrazioni circa tentativi criminali di reati sostanziali».

perfettamente conciliabile con il diritto positivo, a patto di mutare l'impostazione metodologica del problema. « Supponiamo di dire che la legge sul tentativo criminale non consiste in una serie di regole che descrivono gli elementi di un crimine o coprono una determinata condotta. Quando parliamo di tentativi in generale, supponiamo di riferirci ad un potere discrezionale (power and discretion), attribuito alle corti o dalla legislatura o dal precedente di common law, di estendere i limiti del divieto di certi generi di condotta a comportamenti che non rientrano del tutto nei termini di queste proibizioni » (52).

d) Questa maggiore libertà si risolve del riconoscimento del fatto che non vi è una grande « prevedibilità ». Se si riconosce che i concetti generali introducono l'arbitrio se intesi come strumenti di derivazione logica nell'ambito del discorso giuridico, si deve riconoscere che a quei concetti generali corrisponde un'area di indeterminatezza. Ciò è palese nel caso dei reati di common law (53); ed Arnold propone

<sup>(52)</sup> T. Arnold, op. cit., p. 74. L'Arnold vuole avvicinare questo potere a quello che le corti avrebbero nei riguardi dei cosiddetti « reati di common law ». « Si capisce immediatamente che questo potere è molto simile al potere che le corti si sono da se stesse attribuito in quel campo assai vago conosciuto come reati di common law. Questo è un utile artificio logico e, quantunque possa sembrare vago, nessuno lo considera confuso » (74-75). In realtà l'accostamento vale solo in quanto si assume appunto, come fa Arnold, che i reati di common law siano il risultato di una serie di interventi discrezionali delle corti; il che è ovviamente vero dal punto di vista storico, ma non è generalmente accettato dai giuristi anglosassoni i quali molto spesso parlano della common law come di qualcosa di dato, come cioè di un sistema di norme precostituite che i giudici « scoprono ». Cfr. nota seguente.

<sup>(53)</sup> Cfr. Arnold, op. cit., p. 75. Arnold illustra la sua concezione della realtà sottostante alla locuzione « reati di common law » nei termini seguenti. « Supponiamo ad esempio che un legislatore inaccurato ometta la determinazione della pena in una legge penale. L'artificio (device) dei reati secondo la common law fornisce una scappatoia per la difficoltà. Uno schematico codice penale omette di proibire un comportamento ovviamente dannoso. Il potere di punire ciò che costituisce reato secondo la common law dà alla corte la libertà di agire senza apparire di sconfinare dall'ambito legislativo. Noi siamo soddisfatti di definire questo potere in termini sufficientemente vaghi da coprire ogni possibile caso che si presenti. La elasticità della definizione, tuttavia, non ci preoccupa perchè noi non consideriamo il diritto relativo ai reati di common law come diritto che debba essere applicato, nel senso in cui lo è la legge sulla proibizione e la legge sull'omicidio. Invece, noi lo consideriamo come un utile artificio per mezzo del quale le corti sono libere di riempire le

che le norme riguardanti il tentativo vengano intese in modo « che significhino semplicemente che alle corti è permesso di riempire le lacune che una serie di definizioni necessariamente lascia allorchè le definizioni sono applicate alla condotta umana » (54). E, in modo rivelatore, Arnold afferma: « Il potere di interpretare le leggi adempie ad una funzione del tutto simile, eppure le regole dell'interpretazione delle leggi non sono mai considerate come definizioni di reato » (55).

Insomma, le proposte di Arnold si riducono a due: da una parte si tratta di un invito alla dottrina a riconoscere, a prendere consapevolezza del fatto che i concetti non possono altro che lasciare un margine di arbitrio all'operatore che li impiega; dall'altra parte si tratta di un invito alla dottrina ad impiegare solo dei concetti sufficientemente ristretti da permettere all'operatore di tener conto di criteri di « policy »: in altre parole un invito alla moltiplicazione dei concetti giuridici, cioè delle classificazioni e dei dogmi.

In questo senso si precisa la natura dell'anticoncettualismo dei realisti. I realisti non pretendono affatto — e riconoscono che sarebbe assurdo pretenderlo — che i giuristi facciano a meno dei concetti (56),

omissioni dei codici penali». Questo brano è estremamente interessante per due motivi. In primo luogo perchè mostra come la tendenza anticoncettualistica possa far leva su di una tradizione giuridica in cui il fenomeno della codificazione (non bisogna dimenticare che nella maggioranza degli Stati dell'Unione il diritto penale è in grandissima misura codificato) non si è accompagnato fin dall'origine ad una ideologia giuridica del tipo di quella scuola dell'esegesi ed in genere di tutto il positivismo giuridico continentale, ed in cui perciò il riferimento all'evoluzione storica permette di evitare molti problemi che si presenterebbero ad un giurista continentale. In secondo luogo è interessante perchè mostra come, nell'ambito di siffatta tradizione, il realista Arnold configuri il common law, cioè il diritto di formazione giudiziaria, come una deroga od un mezzo di sviluppo del diritto di formazione legislativa, capovolgendo così il rapporto tradizionale nella tradizionale ideologia giuridica del common law, e rendendosi così interprete di una realtà giuridica in movimento (cfr. cap. I, paragr. 2).

<sup>(54)</sup> T. Arnold, op. cit., p. 75.(55) T. Arnold, ibid.

<sup>(56)</sup> Cfr. T. Arnold, op. cit., p. 79: « Nel diritto criminale come in altri campi i concetti e le astrazioni sono necessari all'amministrazione della giustizia. La funzione primaria delle corti di seconda istanza consiste nel crearli e nell'aggiornarli, cambiando il loro contenuto e la loro estensione (scope) per adeguarli a ciascun caso nuovo ».

ma propongono che i giuristi (anzichè accettare indiscriminatamente i concetti offerti dalla tradizione, e segnatamente da quel filone tradizionale denominato « concettualismo », proclive a formulare concetti sempre più generali e ad impiegarli in campi sempre più estesi) formulino ed impieghino solo quei concetti che per la loro ridotta estensione e la loro idoneità a delimitare il ristretto campo in cui si proietta una determinata direttiva economico sociale — una determinata policy — legislativa o giudiziaria, si rivelano strumenti utili (57).

In linea generale i realisti ritengono che il giudizio sull'utilità strumentale dei concetti adoperati non possa essere dato consapevolmente se non dai giuristi e specialmente dai giudici (e dai funzionari e membri di quelle che potrebbero — forse impropriamente — essere

<sup>(57)</sup> Utili a cosa? Evidentemente, quando si afferma che « alcuni concetti si sviluppano con un certo grado di utilizzabilità, altri no» (Arnold, op. cit., p. 79) ci si riferisce ad un criterio esterno a quella che era considerata tradizionalmente come utilizzabilità giuridica. In questo senso ci si può riferire a quanto detto (retro, cap. II, parag. 6) circa l'attitudine dei realisti sul problema della autonomia della giurisprudenza. Bisogna rilevare che, nello sfondo, vi è l'influenza di tutto il filone americano della giurisprudenza sociologica (in quanto distinta dalla sociologia giuridica), a cominciare da R. Pound, che concepiva « il diritto » come uno strumento di controllo o di ingegneria sociale (e che aveva inflazionato locuzioni come « social control » e « social engineering » nei libri giuridici). Questa influenza è generalmente riconosciuta dai realisti, e particolarmente dal Llewellyn che ne inserì l'espressione nel programma dei realisti (Some realism, cit., retro, cap. I, parag. 4): occorre però notare che, come si ricava facilmente dai testi dei realisti, questi ultimi riferivano la « strumentalità » dell'attività degli operatori giuridici a contesti molto più circoscritti di quelli cui pensava il Pound. Dal punto di vista dei realisti la tutela di quegli interessi che sono delimitati dai «diritti» tradizionali e che il Pound aveva classificato in interessi individuali, interessi sociali ed interessi pubblici, non costituisce affatto una direttiva univoca, una policy attingibile, proprio perchè gli « interessi » del Pound corrispondono ai vaghi e generici « diritti » dei giuristi concettualisti. Sulla concezione poundiana di interesse cfr. sempre Bo-GNETTI, Il pensiero filosofico giuridico, cit. (ma vedi anche E.W. PATTERSON, Pound's theory of social interests, in Interpretations of modern legal philosophies, cit., p. 558 ss.; J. Stone, The province, cit., p. 507 ss.; H.G. REUCHLEIN, Jurisprudence, cit., p. 128 ss.; e le osservazioni di L. BAGOLINI, in Il problema dei valori in alcuni recenti scritti (R.I.F.D., 1949, p. 464 ss.) — a proposito del Patterson —, ed in Recensione a The jurisprudence of interests, M.M. Schoch ed. (R.I.F.D., 1949, p. 511 ss.) — a proposito del problema dei rapporti tra la nozione poundiana di « interesse » e di quella della Interessenjurisprudenz).

dette giurisdizioni arbitrali ed amministrative (58)): non invece dal legislatore. Ciò dipende in primo luogo dal fatto che i concetti o figure dogmatiche sono storicamente emersi dal lavoro dei giudici e dei giuristi, mentre i legislatori li hanno di solito recepiti e subiti; il legislatore non ha armi contro l'impiego di concetti accettati dai giudici ed, in genere, dagli operatori giuridici; il legislatore, anzi, al fine d'indurre gli operatori a seguire le sue direttive, deve parlare il linguaggio degli operatori; inoltre lo strumento legislativo si rivela inadeguato proprio laddove maggiormente i concetti usati dagli operatori sono così « astratti » da divenire fattori di confusione, cioè là dove il significato dei concetti è così poco univoco da rendere impossibile ad un intervento legislativo la soppressione delle conseguenze derivanti dal loro impiego stante l'imprevedibilità di tali conseguenze e la vafietà degli interessi in gioco: i concetti « possono essere troppo confusi per essere suscettibili di rifiuto. Su di essi possono essere stati scritti tanti libri, e nella loro struttura verbale possono aver trovato posto tanti interessi costituiti, da renderli abbastanza forti per respingere le stesse leggi che cerchino di cambiarli » (59). Sono perciò i giudici ed i teorici del diritto che debbono accollarsi il compito di eliminare i concetti e le astrazioni non utili superando le paure connesse alla sensazione che « l'attacco condotto contro di una particolare astrazione rende il mondo meno sicuro per tutte le altre » (60). È necessario ricusarsi di elaborare (al fine del presunto conseguimento di « una apparenza di certezza giuridica ») concetti non utili, e convincersi invece della necessità di « ammettere francamente che certe situazioni nelle quali la prevedibilità è impossibile possono essere maneggiate più intelligentemente se s'impiega una minore anzichè una maggiore macchinosità logica, poichè la presenza di un'elaborata serie di principi aggiunge un nuovo e non necessario elemento d'incertezza distraendo le corti dalla questione sostanziale per spostarne l'attenzione sulle regole ». Quantunque molte questioni debbano essere risolte mediante intervento legislativo, « non è troppo attendersi che le corti procedano almeno, senza

<sup>(58)</sup> Di cui l'esperienza americana incominciava ad offrire esempi proprio negli anni di maggiore sviluppo del realismo giuridico.

<sup>(59)</sup> T. Arnold, op. cit., p. 79.(60) T. Arnold, op. cit., p. 80.

aiuti legislativi, a liberarsi da inutili astrazioni troppo complicate perchè il legislatore le possa capire »; un compito che il teorico deve perseguire senza troppo preoccuparsi se i risultati cui perviene aggiungono o tolgono fondamento al « sogno della prevedibilità nell'amministrazione del diritto criminale » (61).

Con queste proposte i realisti vengono in effetti a suggerire agli operatori giuridici, ed in particolare ai giudici, di farsi consapevolmente creatori di diritto (attraverso la formulazione, l'accoglimento o il rifiuto dei vari concetti) integrando le formulazioni normative preesistenti: di ciò i realisti sono perfettamente consapevoli. Occorre peraltro tenere conto del background descrittivo di questa proposta al fine di coglierne la portata: stante il fatto che i realisti ritengono di aver dimostrato come un certo (largo) margine di arbitrio nell'estensione dei concetti è necessariamente lasciato all'operatore, la proposta che gli operatori creino consapevolmente diritto si riduce alla proposta che gli operatori facciano in modo consapevole ciò che essi fanno necessariamente. Se — a causa dell'inevitabile concettualizzare degli operatori — il diritto è sempre qualcosa di incerto, la consapevolezza degli operatori può dar luogo ad un più ragionevole esercizio di un potere per sua natura poco definito mentre la mancata consapevolezza degli operatori determina situazioni confuse: se la scarsa definitezza di un potere si risolve in una relativa mancanza di prevedibilità, le tecniche concettualistiche (l'impiego di concetti sempre più generali senza consapevolezza o con voluta inconsapevolezza della creatività di questa tecnica) determinano l'insorgenza di « un complicato macchinismo che non può essere descritto, che opera [ugualmente] su situazioni dissimili e che manifesta la tendenza a produrre risultati irragionevoli » (62).

Su queste proposte, che sono sostanzialmente comuni a tutto lo schieramento realista, si stabilisce tuttavia una divergenza di accento che prelude alle più fondamentali divergenze nell'ambito del realismo di cui si farà cenno in seguito. Si tratta, qui, della distinzione tra coloro che insistono sul fatto che una consapevole cura da parte degli operatori renderebbe meno profonda la inevitabile portata no-

<sup>(61)</sup> *Ibid*.

<sup>(62)</sup> T. Arnold, op. cit., p. 75, nota 68.

vativa della decisione degli operatori rispetto ai precetti preesistenti (epperciò considerano le proposte di cui sopra come apportatrici di una maggiore prevedibilità giuridica (63)) e coloro che invece si limitano a proporre agli operatori una attività consapevolmente legislativa considerando una fortuna che il diritto sia imprevedibile e nutrendo più fiducia nelle decisioni caso per caso che nelle direttive precostituite (64).

(64) Così ad es. H. YNTEMA (cfr. *The hornbook*, p. 471, 478-479) il quale, eruditissimo storico e comparatista, nutre una grande sfiducia nei confronti non solo delle formule, ma anche delle direttive precostituite.

<sup>(63)</sup> Così ad es. l'Arnold, il quale suggerisce che il giudice consapevole del suo potere è libero di seguire la *policy* della norma senza essere forzato a soluzioni contrastanti dalla esistenza di concettualizzazioni devianti (cfr. op. cit. passim, e pp. 76-76).

La posizione del Frank è invece (come si accennava all'inizio del paragrafo) in parte diversa. Anche a causa della discussione sul problema del « fatto » (cfr. infra, cap. IV, parg. 4) il Frank ritiene che l'individualizzazione dei singoli casi debba avvenire non solo restringendo l'estensione dei concetti impiegati ma addirittura attraverso il riconoscimento delle particolarità irripetibili di ciascun singolo caso. In altre parole — a differenza di quanto proponeva la maggioranza dei realisti, ed in maniera molto più decisa di quanto non facesse lo stesso Yntema — il Frank proponeva soluzioni equitative. Cfr. Frank, LMM, p. 170, ove parla di una « pratica necessità di un flessibile adattamento ed individuazione del diritto in vista della unicità dei fatti presenti in ciascun singolo caso ». È evidente (ed il Frank stesso lo riconosce: cfr. LMM, p. 280 ss.) che su questo punto il Frank è influenzato piuttosto da teorici della Freirechtslehre che non dagli altri realisti: per una importante precisazione però cfr. infra, cap. IV, nota 12.

## CAPITOLO IV

## LA CRITICA DELL'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Sommario: 1. In che senso può dirsi che i realisti svilupparono una critica dell'argomentazione giuridica. Critica dell'argomentazione e critica della concezione sillogistica del giudizio. — 2. La critica del processo di ritrovamento della norma regolatrice di un caso: (a) la scelta del precedente; (b) l'estrazione di una «regola» da una decisione. — 3. La critica dei processi di individuazione delle norme generali. Il problema della «interpretazione» nel pensiero realista. — 4. Il problema del fatto, l'accertamento storico ed il fact-skepticism. — 5. L'aspetto distruttivo e l'aspetto costruttivo della critica realistica dell'argomentazione. Tentativi di «razionalizzazione» e ricerca di «uniformità». Compiti della scienza.

1. In che senso può dirsi che i realisti svilupparono una critica dell'argomentazione giuridica. Critica dell'argomentazione e critica della concezione sillogistica del giudizio.

Dopo aver messo in luce la natura e gli sviluppi delle critiche all'ideale del « sistema », ai concetti sistematici che ne costituiscono la proiezione sul piano delle sistemazioni dottrinali ottocentesche, ed infine alle figure dogmatiche o concetti giuridici dogmatici, è ora possibile affrontare i temi centrali della critica realistica: e cioè la critica della concezione tradizionale dell'argomentazione giuridica e la critica della concezione tradizionale della scienza guiridica.

Dal punto di vista dei realisti, questi due temi critici sono strettamente collegati a causa della indubbia solidarietà (sia storica che logica) che collega la concezione tradizionale della argomentazione giuridica con la tradizionale concezione della scienza giuridica. Sia l'una che l'altra sarebbero infatti derivate dalla concezione del giudizio giuridico come sillogismo pratico. I realisti insistono molto sul fatto che la concezione « tradizionale », cioè generalmente accolta, del giudizio giuridico è quella che partendo dalla idea che « il compito principale dei tribunali consiste nella applicazione, nelle varie cause indi-

viduali, di regole generali ai fatti della causa » (1), viene a configurare le decisioni come derivanti in maniera logicamente necessaria dalla sussunzione di fatti alle regole generali (2). Tale concezione del giudizio sta alla base sia della teoria secondo cui l'argomentazione giuridica ricalca una deduzione logica, sia della teoria secondo cui la scienza del diritto ha per oggetto delle « regole » intese come formulazioni generali: da una parte, infatti, una concezione sillogistica del giudizio induce a concepire la scienza giuridica come attività volta a conoscere le proposizioni che fungono da premesse maggiori (3), e dall'altra parte tale concezione induce a configurare l'argomentazione come un modello o proposta di giudizio, cioè a ritenere che l'argomentazione giuridica ricalchi una deduzione (logica) di conclusioni necessarie dalla congiunzione di una premessa generale prescrittiva nota e di una asserzione fattizia vera (provata).

Peraltro, nonostante la concezione sillogistica dell'argomentazione e la concezione (in senso lato) normativistica della scienza siano tra loro collegate dalla concezione sillogistica del giudizio, i realisti tendono ad affrontare il problema dell'argomentazione in maniera diretta e non attraverso l'intermediazione di una critica del giudizio

<sup>(1)</sup> J. Frank, COT, p. 3. Il primo esempio di identificazione, dal punto di vista di un realista, tra modo di pensare « tradizionale » e concezione sillogistica del giudizio, è costituito da un brano di W.W. Cook, *The logical and legal bases*, cit., cfr. p. 486-487.

<sup>(2)</sup> Secondo uno schema del tipo « R.F = D »: cfr. J. Frank, What courts do in fact, in Ill. L.R., XXVI (p. 645 ss. e 761 ss.), p. 761; Ib., IMWA, p. 77-78 e 269-271; Ib., COT, p. 14 ss.; per la critica della « F » presente nello schema, vedi infra, parg. 4.

<sup>(3)</sup> E, come è palese, solo sul presupposto che la scienza del diritto abbia come oggetto delle « regole » o formulazioni generali precostitute, è possibile giustificare l'ideologia sistematica: solo se la scienza giuridica si occupa di formulazioni, è possibile ritenere che il suo fine sia quello di sviluppare il discorso delle formulazioni precostituite, fino a trovare le condizioni per cui tutte le formulazioni date costituiscono un « sistema » che sia unitario, autonomo, ed eventualmente anche chiuso ed esclusivo. D'altra parte, solo attraverso l'intermediazione di concetti a tal scopo formulati è possibile « sistemare » il discorso delle formulazioni generali precostitute. Per cui è chiara la coerenza di tutti i motivi critici che il realismo fa valere contro la concezione « tradizionale » secondo cui la scienza giuridica è scienza che ha come oggetto formulazioni generali pratiche (norme), il giudizio giuridico ha natura di deduzione logica, e l'argomentazione giuridica ricalca tale deduzione offrendone un modello.

giuridico. La direzione in cui si muove la critica realistica è piuttosto quella di far emergere le ragioni della inutilizzabilità (o quanto meno i limiti di utilizzabilità) dello schema sillogistico del giudizio e le ragioni dell'infecondità della concezione (in senso lato) normativistica, proprio facendo perno sull'argomentazione. E, a ben guardare, ciò è richiesto dallo stesso atteggiamento fondamentale del realismo, che è quello di perseguire una descrittiva delle operazioni tipiche degli operatori giuridici tale da evitare quella alternativa tra « teoria » e « pratica » (4) che, dal punto di vista degli autori studiati, esprime l'attitudine moralistica e sovrappone un « dover essere » (rappresentato dalle formule prescrittive o « precetti ») ad un un « essere » (rappresentato dalle « pratiche ») senza altra giustificazione che quella costituita dal previo - e gratuito - accoglimento di una definizione particolare di (del concetto di) « diritto ». L'unico modo di far valere il collegamento tra argomentazione, scienza e giudizio senza tradire le esigenze descrittivistiche del realismo era senza dubbio quello di prendere le mosse dall'argomentazione. L'argomentazione infatti costituisce una operazione tipica degli operatori giuridici, in quanto azione volta ad ottenere una pronuncia giudiziaria. E, mentre non sarebbe corretto far discendere una teoria descrittiva della argomentazione da una precostituita teoria del giudizio o da una precostituita concezione (normativistica) della scienza, - ciò significherebbe introdurre una concezione ideologica in una descrizione -, è invece corretto dal punto di vista realistico sottoporre a critica una teoria della scienza la quale non tenga conto di come, di fatto, si svolga l'argomentazione.

Cosicchè la critica realistica si caratterizza anche come dottrina dell'argomentazione, considerata come punto di partenza di una teoria giuridica descrittiva.

Quest'ultimo punto è molto importante, perchè costituisce la ragione principale del rovesciamento realistico della prospettiva più comune nella dottrina giuridica moderna. Sotto l'influenza delle correnti che si sono accomunate sotto la etichetta di positivismo giuridico (5), la più diffusa dottrina tende oramai a definire le posizioni giu-

<sup>(4)</sup> Cfr. retro, cap. II, pargg. 5 e 6.

<sup>(5)</sup> Ove l'aggettivo « giuridico » adempie alla funzione di discriminare tale positivismo contrapponendolo à quello filosofico. Per una disamina degli

ridiche soggettive in termini di norme o regole generali, e segnatamente i diritti soggettivi o rights nei termini di un sistema normativo: da questo punto di vista l'elemento irriducibile ovvero primitivo dell'esperienza giuridica in quanto riportata al modello teorico impiegato, è costituito dalle regole o norme. Non così dal punto di vista della descrittiva realistica. La descrittiva realistica, proprio in quanto si propone la sostituzione di una serie di « punti focali » (corrispondenti alle varie tecniche degli operatori ed ai vari interessi e fini dei ricercatori) ad un concetto o ad una definizione precostituita di « diritto » (6), evita di proporre un elemento, quale ad esempio l'elemento « norma », come elemento irriducibile.

In tal modo, allorquando nell'ambito di una descrittiva realistica si tratta delle posizioni giuridiche soggettive, è possibile considerare tali posizioni così come si presentano rispetto ad una particolare tecnica, e non invece come inserite in un sistema precostituito di concetti; in particolare il diritto soggettivo, dal punto di vista di un consulente legale come dal punto di vista del singolo che si rivolge ad un consulente, non appare affatto essere la proiezione logica di una norma bensì appare come l'espressione di un assai alto grado di probabilità di ottenere un determinato giudizio favorevole. Da questo punto di

aspetti storici e teorici del « positivismo giuridico » inteso in questo senso si veda da ultimo N. Воввю, *Il positivismo giuridico*, cit.; е cfr. retro, cap. I, nota 49.

<sup>(6)</sup> Cfr. retro, cap. II, par. 2. In effetti, tutta l'impostazione che il Frank viene a dare negli anni intercorrenti tra LMM e COT al problema di cosa si intende dire con espressioni come «A ha un diritto» conferma l'opinione (espressa retro, cap. II) che l'adozione della formula holmesiana della « predizione » in LMM non voleva essere una definizione di diritto (oggettivo) ma semplicemente l'adozione di un « punto focale » particolarmente importante dal punto di vista di un pratico. Che tra LMM e COT vi sia un sostanziale mutamento di opinioni anzichè solo un progressivo diminuire delle pagine dedicate alle interpretazioni psicologiche dei miti giuridici, non mi sembra vero: non solo perchè il Frank lo smentisce, ma perchè effettivamente le differenze stanno solo nella disposizione della materia e nel diverso rilievo dato ad argomenti specifici. Che vi sia un mutamento d'opinione è invece sostenuto da E. CAHN (Jerome Frank's fact skepticism and our future, in Y.L.J., LXVI, 1957, p. 824 ss.) seguito da J. PAUL (The legal realism of Jerome Frank, cit., p. 124, n. 3); il Cahn asserisce che talune parole del Frank in A conflict with oblivion, cit., p. 447-449 costituiscono un riconoscimento espresso di questa tesi: ciò che a me non pare.

vista, che secondo i realisti è quello obiettivamente più importante, una posizione giuridica soggettiva vantaggiosa (ed in particolare un diritto soggettivo) si presenta come l'ipostasi di un argomento rettorico - cioè di un argomento che ha un certo grado di idoneità a persuadere chi renderà la decisione - e non invece come l'ipostasi di un giudizio logico. Il che, ovviamente, rappresenta la contropartita — sul piano delle posizioni giuridiche soggettive - della tesi realistica sull'elemento obiettivo dell'esperienza giuridica: come al fine di ottenere una descrizione (in quanto descrizione, utile) della situazione giuridica generale in un momento dato è necessario determinare ciò che i giudici fanno e non ciò che i giudici devono fare, così al fine di ottenere una descrizione di una posizione soggettiva è necessario determinare il grado di probabilità che il suo titolare ha di persuadere il giudice ad emettere un provvedimento favorevole. Dal punto di vista del privato (come del suo consulente legale) il diritto soggettivo appare una funzione della persuasività di un argomento (7).

<sup>(7)</sup> Che dal punto di vista realistico un diritto soggettivo in una società moderna possa essere considerato come una funzione del persuadere emerge da vari passi. A titolo di esempio si può ricordare quello, assai significativo, tratto da Frank, C.O.T., p. 8 e 9. In questo passo il diritto soggettivo (legal right) viene presentato come una pretesa (a claim) che ha già avuto successo oppure che presumibilmente avrà successo in quanto si prevede che il suo titolare riuscirà a persuadere un giudice ad emettere un provvedimento favorevole. Il Frank incomincia infatti con l'ipotizzare una società primitiva, in cui i singoli combattono per assicurarsi dei beni; tale battaglia « nella nostra terminologia » sarebbe una battaglia « per un diritto [soggettivo] »: « ad ogni fine pratico, ciò che noi chiamiamo un diritto soggettivo (legal right) era una battaglia vinta, e un dovere (legal duty) era una battaglia persa » (p. 8). Orbene, in una società moderna in cui vi sono dei tribunali organizzati, che dispongono della forza, tra la battaglia e la posizione soggettiva vantaggiosa si pone, come diaframma, l'elemento della persuasione: « l'oggetto diretto e immediato del combattimento fuori del tribunale (in una società primitiva) e l'oggetto indiretto e mediato del combattimento in tribunale è lo stesso - cioè di far fare ad altri ciò che costituisce l'oggetto della pretesa. Ma l'oggetto immediato o diretto del combattimento che si svolge in tribunale è quello di persuadere la corte ad emettere un ordine » (ibid., corsivo mio). Come nella ipotizzata società primitiva ciò che noi chiameremmo diritto soggettivo è garantito dalla forza delle armi, così nella società moderna esso è garantito da armi che « sono puramente verbali, sono strumenti di persuasione, mezzi per piegare la mente del trialjudge o della giuria al fine di ottenere un provvedimento favorevole » (p. 9). « In questo senso, le singole cause, prendendo il posto dei singoli combattimenti

Prendendo l'argomentazione (rivolta a persuadere il giudice ad emettere un provvedimento che assicuri una posizione giuridica soggettiva vantaggiosa), anzichè la norma (che attribuisce tale posizione), come elemento obbiettivo su cui svolgere la teoria, i realisti si trovarono di fronte ad un apparente circolo vizioso: e precisamente che, comunque, la possibilità di persuadere un giudice ad emettere un determinato provvedimento, costitutivo di un diritto, sembrava prima facie dipendere dalla possibilità di mostrare al giudice (a) l'esistenza di una determinata norma e (b) che quella norma attribuisce quel determinato diritto al titolare della pretesa. Ciò a causa del fatto che indubbiamente l'ideologia giuridica dominante nell'ambiente in cui i realisti si trovavano a lavorare era quella « tradizionale », ed i giudici ne erano i più consapevoli e decisi portatori (8).

Ma i realisti portarono fino in fondo la loro tesi affermando che, anche se i giudici (ed eventualmente gli altri funzionari che nelle varie questioni hanno l'ultima parola in diritto) (9) professano l'ideologia tradizionale epperciò professano di « farsi persuadere » da un argomento che procede sillogisticamente da una premessa maggiore normativa cui si sentono vincolati e da una premessa minore assertiva di un fatto provato e perviene ad una conclusione giuridica, la realtà è invece che i giudici si fanno persuadere da argomenti che stabiliscono un collegamento (10) tra la decisione (cioè il provvedimento) voluto da chi argomenta (cioè il titolare della pretesa) e una serie di conseguenze, scaturenti dalla decisione, le quali siano ritenute desiderabili da colui che deve decidere: sia come singolo, sia come membro di una classe di magistrati accomunati da una particolare educazione e dal condizionamento ideologico dell'ambiente sociale in cui vivono (11). Secondo i realisti, cioè, di fatto i giudici ed i funzionari

materiali, costituiscono la strada che conduce ai diritti »: infatti « un diritto è una causa vinta ed un dovere è una causa persa » (*ibid.*, e cfr. pp. 22-25). Vedi anche W. W. Cook, 'Substance' and 'procedure', cit., passim.

<sup>(8)</sup> Cfr. le osservazioni svolte retro, cap. II, paragg. 5 e 6.

<sup>(9)</sup> Cfr. retro, cap. II, paragg. 4 e 5.

<sup>(10)</sup> Collegamento che — è ovvio — non può essere di implicazione logica ma solo esprimere una legge probabilistica.

<sup>(11)</sup> Questa tesi è ricorrente in tutta la letteratura realistica. Tra gli esempi più significativi si possono indicare: F. S. Cohen, ESLI, cap. V in relazione al cap. II; J. Frank, LMM passim; Mr. Justice Holmes and non-Euclidean legal

sovente decidono — e perciò prendono provvedimenti — sulla base di criteri diversi da quelli di solito dichiarati (cioè diversi dai precetti che nelle *opinions* vengono posti a base delle decisioni) (12), ed « i

thinking, cit.; What courts do in fact, cit.; K. N. Lewellyn, TBB, cit.; Legal tradition and social science method (nel volume collettivo Essays on research in the social sciences, Washington 1931); The conditions for, cit.; A realistic jurisprudence, cit.; What price contract?, cit.; My philosophy of law (nel volume collettivo My philosophy of law. Credos of sixteen American scholars, Boston 1941); Theory of legal «science», in N.C.L.R., XX, 1941, p. 1; H. E. YNTEMA, The hornbook method, cit.

Il Frank tende ad insistere sulle preferenze individuali del singolo giudice in una misura che non trova riscontro negli altri scrittori ricordati.

(12) Cfr. le opere citate nella nota precedente, ed anche: J. W. BINGHAM, What is the law?, cit.; Legal philosophy, cit.; H. OLIPHANT, A return to stare decisis, cit.; K. N. LEWELLYN, Some realism, cit.

Su questo punto vi è senza dubbio una notevole affinità tra le tesi dei realisti americani e quelle sostenute da alcuni autori tedeschi che nei primi decenni del secolo sostennero, ponendosi da un punto di vista psicologico, che il dispositivo precede sempre la motivazione e che la motivazione è un rivestimento verbale imposto successivamente al dispositivo. Gli autori tedeschi cui mi riferisco sono, come è noto, Ernst Fuchs ed Hermann Isay. È possibile che i lavori di questi studiosi tedeschi abbiano esercitato qualche influenza sui realisti, dato che per lo meno uno di questi ultimi, e cioè il Radin, conosce (e cita) le opere del Fuchs. La affinità indubbia che su questo particolare punto esiste tra i realisti ed il Fuchs non deve essere intesa come una affinità tra i realisti e la cosiddetta scuola del diritto libero o Freirechtslehre in blocco. Questa affinità è stata sostenuta da W. Friedmann (cfr. Legal theory, 2ª ed., London 1949, p. 194 ss., 235-236) il quale a mio avviso era caduto in un equivoco determinato dal fatto che egli aveva catalogato i sostenitori delle teorie psicologiche della decisione assieme — e senza distinguere — agli altri esponenti della scuola del diritto libero ed assieme all'Ehrlich; senza d'altra parte cogliere l'aspetto giusnaturalistico e l'aspetto tedesco-tradizionalista (polemica contro la codificazione) della Freirechtslehre in senso stretto (su questi aspetti - specialmente su quello giusnaturalistico, cfr. W. CESARINI SFORZA, Sugli aspetti filosofici della teoria del diritto libero, in R.I.S.G., 1913). Nella più recente edizione del suo trattato, il Friedmann non ha mantenute le affermazioni in questione sulla differenza tra il realismo giuridico americano e la scuola del diritto libero. Cfr. J. Frank in LMM p. 158 nota: «In Europa vi è un movimento che propugna la libera decisione giuridiziaria e che pone l'accento sul 'senso oggettivo di giustizia proprio del giudice'. Il problema non è di adottare 'libere decisioni' ma di ammettere che le abbiamo già » (corsivo del Frank). Credo che il Frank si riferisca soprattutto, pur senza citare espressamente, a J. G. Gmelin (la cui opera era stata parzialmente tradotta in inglese: cfr. Science of legal method, Boston 1917).

Si tratta, per vero, di un equivoco assai diffuso del quale le affermazioni del Friedmann sono solo un esempio; tra altri esempi possibili vorrei ricordare principi enunciati dai tribunali come fondamento delle decisioni spesso non rappresentano nulla di più oggettivo che la decisione di usare parole consacrate ogni qualvolta risultati specifici sono dettati da ragioni non enunciate » (13).

Questo punto di partenza dà ragione di un aspetto, storicamente e teoricamente importantissimo, del realismo giuridico: e cioè che il realismo giuridico americano si caratterizza storicamente anche come il tentativo — compiuto in una situazione culturale particolare (14) di accreditare un tipo di argomentazione giuridica diversa da quella tradizionale: e precisamente una argomentazione la quale miri ad ottenere da parte di taluni operatori (giudici e funzionari) una determinata decisione non già attraverso alla dimostrazione della consequenziarietà di quella decisione rispetto ad un precetto cui l'operatore che deve decidere si ritiene vincolato o al quale l'operatore è vincolato da un altro precetto, bensì attraverso alla dimostrazione che dalla decisione voluta scaturiscono conseguenze che l'operatore che deve decidere ritiene (anche in quanto membro di una classe di magistrati accomunati da una particolare educazione ricevuta e dal condizionamento ideologico esercitato dall'ambiente in cui vivono) desiderabili (15).

M. RHEINSTEIN, Who watches the watchmen? nel vol. coll. Interpretations of modern legal philosophies, cit. (589 ss.) p. 601; ed il recentissimo libro del Wasserstrom, The judicial decision, cit. p. 173-174. Bisogna tuttavia ricordare che talune affermazioni del Llewellyn possono aver contribuito a far sorgere tale equivoco: cfr. ad es. The theory of legal « science », cit., p. 9 nota 8 ultime righe. Come è ovvio, l'importanza dell'osservazione dei realisti americani sulla priorità psicologica del dispositivo sulla motivazione non deve essere vista nella scoperta di un fatto, bensì nell'aver posto la rilevazione di questo fatto alla base di una polemica metodologica. Il fatto della priorità del dispositivo rispetto alla motivazione è ormai generalmente riconosciuto da tutta, si può dire, la dottrina giuridica sia continentale sia anglosassone. Affermazioni particolarmente incisive si potrebbero facilmente indicare nella letteratura italiana, specie processualistica: per fare qualche esempio F. CARNELUTTI, Teoria generale del diritto, 7ª ed., Roma 1951, p. 368-369; P. CALAMANDREI, La crisi della giustizia (nel vol. collettivo La crisi del diritto, Padova 1953) p. 162; S. Satta, Manuale di diritto processuale civile, Padova 1954, p. XII; C. M. DE MARINI, Il giudizio di equità nel processo civile, Padova 1959, p. 108-136; M. CAPPELLETTI, Ideologie nel diritto processuale, cit., p. 6.

<sup>(13)</sup> Così F. S. Cohen, ESLI, p. 237.

<sup>(14)</sup> Vedi retro, cap. I, paragg. 2 e 3. (15) Cfr. le opp. citt. a nota 11.

Chi scrive è profondamente convinto che per comprendere lo spirito e la portata del realismo americano sia necessario considerare la critica della scienza giuridica tradizionale (e perciò della tradizionale concezione della argomentazione giuridica) svolta nell'ambito di quel movimento, non già come per sè stante, ma come funzionalmente interconnessa al tentativo di accreditare presso gli operatori giuridici americani l'argomentazione che fa leva sugli effetti fattizi della decisione richiesta anzichè sulle premesse normative. È perciò in questa sede che bisogna considerare la critica svolta dai realisti nei confronti della argomentazione giuridica così come concepita dalla dottrina tradizionale.

Come si diceva, secondo la dottrina che i realisti considerano tradizionale, l'argomentazione giuridica mira a determinare la pronuncia della decisione voluta attraverso alla dimostrazione che tale decisione è logicamente necessitata dalla congiunzione di una premessa normativa e di una asserzione fattizia (16), oppure — in quei casi in

Si tratta in realtà di una concezione particolarmente adattabile alle culture giuridiche caratterizzate dalla presenza di un corpo di leggi (corpus iuris, codici) che l'ideologia dominante ritiene debba necessariamente fornire la premessa di ogni decisione giuridica.

Taluni studiosi contemporanei, tutti esponenti delle correnti che si dicono « analitiche » anche se ciascuno su posizioni in qualche modo personali, si sono rifatti a questo tradizionale modo di intendere l'argomentazione giuridica nel tentativo di enucleare le caratteristiche del discorso in uso prescrittivo; questi studiosi sono tutti pervenuti (con qualche marginale divergenza) alla medesima conclusione e cioè che il tipo di argomento tradizionale nel campo giuridico è generalizzato sul piano dell'uso a tutto il campo degli imperativi e dei giudizi di valore. Mi riferisco ai notissimi lavori di C. Perelman sulla giustizia e sull'argomentazione, al lavoro di R. M. Hare, The language of morals (Ox-

<sup>(16)</sup> Si tratta invero di una concezione dell'argomentare giuridico che è «tradizionale » in un senso forse diverso da quello cui pensavano i realisti; infatti tale concezione è particolarmente radicata non tanto nella cultura anglosassone ancora in parte dominata dalla tecnica delle rules of exclusion, quanto nella cultura continentale, ove studi recenti (come A. Giuliani, Il concetto di prova, Milano, 1961), la fanno risalire al secolo XV: «I presupposti della frattura fra questione di fatto e questione di diritto sono, a nostro avviso, da ricercarsi in una speculazione che, sotto la spinta della dialettica ramistica, aveva portato ad una frattura tra tesi ed ipotesi: la ricerca del fatto cominciò allora ad apparire una questione tecnica (quaestio facti est in arbitrio judicis), ed il ragionamento giudiziale venne configurato come un sillogismo » (Giuliani, op. cit., p. 232).

cui il problema prelimitare consiste nel determinare la norma disciplinatrice di un caso (come avviene sempre quando si decide secondo common law), mira a determinare l'adozione della norma voluta dimostrando che questa norma è logicamente necessitata dalla congiunzione di una asserzione fattizia e di quella conclusione giuridica che — sulla base di una asserzione fattizia equivalente (cioè identica o assimilabile) — è stata data in un giudizio precedente cui si suppone l'operatore che deve trovare una norma di decisione intenda confor-

ford 1952) ed a quello di S. Toulmin, The place of reason in ethics (Cambridge, 1953).

Si tratta di conclusioni giustificatissime sul piano dell'analisi degli usi linguistici, ed anche ovvie se si pensa che il discorso giuridico è il più importante discorso prescrittivo e l'uso giuridico ha senza dubbio influenzato storicamente tutti gli altri usi prescrittivi. Meno ovvio, e forse meno giustificato o comunque aperto alla discussione è l'assunto — che talvolta affiora in quegli studi e quelle analisi — che dietro a quegli usi e dietro all'adozione di quel tipo di argomentazione si celi la (cioè « la sola » e non « una ») logica del discorso prescrittivo: ma i più avvertiti tra gli analisti non assumono questo, o, se lo assumono, ne danno le ragioni. Una chiara confluenza del modo tradizionale di concepire l'argomentazione giuridica e dell'atteggiamento metodologico peculiare della moderna analisi del linguaggio prescrittivo mi sembra espressa dall'articolo di N. Bobbo, Considerations introductives sur le raisonnement des juristes, in R.I. Ph., VIII, 1954, p. 67 ss.

I realisti d'altra parte non negavano che sul piano degli usi linguistici avviene che si stabilisca una connessione tra formulazioni normative e giudizi giuridici talchè nell'uso generale avviene che la pronuncia di un determinato giudizio valga (sia comunemente intesa come) la affermazione di una norma e la affermazione di una norma in particolari circostanze di fatto valga (sia intesa come) la pronuncia di un determinato giudizio: e che perciò l'argomentazione giuridica tradizionale — dalla norma al giudizio — porta sull'uso linguistico comune. Infatti (a differenza di quanto avviene quando i realisti criticano i concetti sistematici) nel criticare l'argomentazione giuridica tradizionale i realisti non si mettono sul piano degli usi linguistici bensì su due piani diversi, e cioè (a) sul piano psicologico, affermando che gli usi linguistici « mascherano » la realtà che di solito gli operatori (oppure: gli operatori quando consapevoli del loro potere) si fanno influenzare da considerazioni che poggiano sui risultati delle decisioni (anche se apparentemente decidono sulla base di norme precostituite); (b) sul piano dell'utilità, affermando che sarebbe utile che gli operatori fossero consapevoli della realtà sub (a) e perciò perseguissero con la massima decisione - procurandosi le necessarie conoscenze - la determinazione di certi risultati sociali: utile, se si vuole che l'istituzione « diritto » possa esercitare un'effettiva funzione di controllo sociale. Per quanto riguarda il problema dell'argomentazione giuridica i realisti non si propongono di analizzare gli usi linguistici, ma di modificarli.

marsi o cui l'operatore debba conformarsi sulla base di un precetto che a ciò lo vincola (17).

I realisti negano che una decisione determinata sia logicamente necessitata dalla congiunzione di una premessa normativa e di una asserzione fattizia allorquando la premessa normativa è costituita da una formulazione linguistica che contiene dei concetti dogmatici, perchè in tal caso la premessa normativa è indeterminata; inoltre negano che una determinata norma sia logicamente implicita nel collegamento tra una asserzione fattizia ed una conclusione normativa (un giudizio giuridico), ed affermano che il ritrovamento del precedente cui attenersi consegue — e non precede — alla qualificazione della fattispecie su cui decidere. La critica dei realisti alla argomentazione tradizionale cioè si svolge distinguendo tre fasi del processo che conduce ad una decisione:

a) la scelta del precedente è arbitraria in quanto presuppone la qualificazione della fattispecie su cui decidere. Se si conviene che l'operatore qualifica la fattispecie secondo i risultati cui vuole pervenire, si deve convenire che tutta l'argomentazione tradizionale — che si riferisce a fasi successive a quella della scelta del precedente, è un puro vestimento imposto alla sostanza del processo di decisione.

<sup>(17)</sup> Questo tipo di argomentazione — dal giudizio alla norma — è stato trattato molto più succintamente, da parte degli analisti del linguaggio prescrittivo, che quello dalla norma al giudizio: probabilmente anche a causa del fatto che questa argomentazione pone dei problemi logici molto più complessi, uno dei quali fu appunto intravvisto dai realisti. Di questo tipo di argomentazione trattano — tra gli analisti contemporanei — il Toulmin (op. cit.) quando si occupa dei giudizi in termini di dovere che mettono in crisi un sistema di norme; il Hare (Universalisability, in Pr. Ar. Soc., LV, 1954) quando si occupa del problema della giustificazione di un giudizio morale; ed infine lo Scarpelli, trattando della funzione conoscitiva dei concetti qualificatori. Lo Scarpelli con grande decisione afferma (Contributo alla semantica del linguaggio normativo, cit., p. 83): «L'affermazione di una conclusione normativa comporta l'affermazione delle sue premesse; se una delle premesse è nota, prendendo conoscenza della conclusione si può risalire all'altra premessa... [S]e ... sarà nota la premessa fattuale, dalla conclusione normativa, affermata servendosi di un concetto qualificatore, si potrà risalire alla premessa normativa. In un caso come questo l'impiego del concetto qualificatore mi informa intorno alle norme che il soggetto, da cui il concetto viene impiegato, assume quali criteri di qualificazione ».

L'argomentazione tradizionale cioè è sempre e necessariamente superflua. In questa fase la critica svolta dai realisti all'argomento giuridico tradizionale porta sul piano psicologico e si riferisce all'efficacia di quel tipo di argomentazione.

- b) La deduzione della norma da un precedente (cioè da una congiunzione, enunciata in passato, tra una asserzione fattizia ed una conclusione normativa) è arbitraria in quanto un precedente può essere logicamente giustificato non da una sola ma da un numero indeterminato di norme ciascuna di diversa estensione. In questa fase la critica realistica dell'argomentazione giuridica tradizionale si muove sul piano logico.
- c) la deduzione di una conclusione normativa da una norma preformulata e da una asserzione di fatto è arbitraria nella misura in cui la norma è indeterminata. La norma la quale esprima una qualificazione attraverso l'impiego dei concetti dogmatici prodotti dalla tradizione giuridica concettualistica è sempre una norma indeterminata. In questa fase la critica realistica dell'argomentazione giuridica tradizionale si muove pure sul piano logico, e fa perno sulla critica cui i realisti avevano sottoposto i concetti dogmatici.

Se noi vediamo come i realisti svolgono queste critiche al modo tradizionale di concepire l'argomentazione giuridica, ci accorgiamo subito che essi svolgono queste critiche in funzione dell'accreditamento di una argomentazione che faccia leva sugli effetti empirici, anzichè sulle premesse logiche, della decisione voluta. Esaminiamo come i realisti svolgono queste critiche.

2. La critica del processo di ritrovamento della norma regolatrice di un caso: a) la scelta del precedente; b) l'estrazione di una « regola » da una decisione.

La critica del processo di ritrovamento della norma regolatrice di un caso è stata una dei primi temi svolti dai realisti. Forse il più interessante svolgimento di questo tema è quello di Hermann Oliphant ed Abram Hewitt nella loro introduzione alla traduzione di un libro di Jacques Rueff (18). I due autori ritengono che, osservando le giustificazioni addotte dagli operatori giuridici per ricavare la norma regolatrice di un caso, sia possibile classificare tali giustificazioni sotto tre tipi, che vengono rispettivamente denominati « il metodo trascendentale » (19), « il metodo induttivo » ed « il metodo pratico ». Al

<sup>(18)</sup> J. RUEFF, From the physical to the social sciences, Introduction to a study of economic and ethical theory, Baltimore 1929. La traduzione era uscita sotto il patrocinio dell'Institute for the study of law della Johns Hopkins University (sull'Institute vedi retro, cap. I, parag.3); il libro del Rueff era uno dei tanti, scritti in Europa e segnatamente in Francia nei primi decenni del secolo nell'intento di dimostrare la identità di metodo tra le scienze empiriche e le cosiddette scienze sociali; ed aveva avuto un certo successo in qualche circolo di economisti. Esso rientrava nelle tendenze della Johns Hopkins, e venne tradotto e propagandato con un entusiasmo forse maggiore di quanto i meriti del lavoro non giustificassero. L'indirizzo del libro era vagamente empirio-criticistico, ed il libro appare sufficientemente informato sugli allora recentissimi sviluppi della filosofia della scienza. Le strombazzature dei circoli della Hopkins, uniti all'indirizzo del libro, provocarono in taluni ambienti delle reazioni; ad es. M. Raphael Cohen, in una recensione, affermava che « non solo il sig. Rueff non ha diretta familiarità con le scienze naturali, ma anche la sua conoscenza della logica scientifica è fatta di lontani sentito dire » (cfr. H.L.R., XXXIV, 1931, p. 1149). Secondo Oliphant e Hewitt, la tesi centrale del libro era quella secondo cui i « metodi che si sono rivelati così fruttuosi nelle scienze fisiche possono essere altrettanto bene impiegati nelle scienze sociali » (Introduction, p. IX). I due autori, entrambi giuristi, si preoccupavano nella introduzione di mostrare come, in particolare, il discorso del Rueff possa applicarsi anche alla giurisprudenza: ma si trovarono di fronte ad una difficoltà, costituita per l'appunto dal fatto che, nella concezione dominante, la giurisprudenza non è affatto una scienza empirica, bensì una scienza normativa. Quantunque il pensiero di Oliphant ed Hewitt sia su questo punto tutt'altro che chiaro, sembra che essi abbiano pensato che la giurisprudenza è generalmente ritenuta una scienza normativa perchè si ha una falsa idea della realtà della motivazione e perciò dell'argomentazione giuridica: tanto che, correggendo questa falsa idea, si perviene alla conclusione che la giurisprudenza è una scienza empirica alla quale si adatta perfettamente il discorso del Rueff. In questo ordine di idee, Oliphant ed Hewitt si accingono ad una analisi del processo di ritrovamento della norma regolatrice di un caso (cioè ai processi di motivazione e di argomentazione).

<sup>(19)</sup> Il « metodo trascendentale », inteso nel modo di Oliphant, divenne negli anni successivi una etichetta impiegata talvolta per contrapporre al metodo realista tutti gli altri metodi giuridici in blocco; e per non essere indotto a supposizioni del tutto svianti, il lettore deve tener conto che « transcendental »

fine di mostrare in cosa consistano (quali caratteristiche presentino) i tre « metodi », gli autori fanno un esempio che corrisponde ad un problema che cominciava ad essere sentito nella esperienza giuridica americana nel momento in cui scrivevano e che presentava la caratteristica della « novità » (20). L'esempio scelto è il problema giuridico

è usato nel senso di Oliphant e non in altri, più generalizzati, significati. Un esempio dell'uso di «transcendental » come etichetta generale è costituito dall'articolo di F.S. Cohen, Transcendental nonsense and the functional approach, in Col. L.R., XXXV, 1935, p. 5; tale etichetta, che poco opportunamente copre molte cose eterogenee sotto il profilo della loro incompatibilità con il metodo dei realisti, venne accolta da taluni giuristi che col realismo polemizzarono: ad es. da W.B. Kennedy nell'articolo (polemico nei confronti di F.S. Cohen) Functional nonsense and the transcendental approach, in Ford. L.R., V, 1936, p. 272 ss. Altri articoli di W.B. Kennedy in polemica con i realisti furono: Men or laws?, in Br. L.R., II, 1932, p. 11 ss.; Principles or facts?, in Ford. L.R., IV, 1935, p. 53 ss.; More functional nonsense. A reply to F.S. Cohen, in Ford. L.R., VI, 1937, p. 75; Realism, what next?, in Ford. L.R., VII, 1938, p. 203 ss.; e si vedano anche i precedenti suoi articoli Pragmatism as a philosophy of law, in Mar. L.R., IX, 1924, p. 63 ss., e New Deal in the law, in U.S.L.R., LXVIII, 1934, p. 533 ss., il primo dei quali peraltro polemico specialmente nei confronti del Pound.

(20) Nei primi esempi (in ordine cronologico) di critica realistica (ad eccezione forse degli scritti del Cook, e particolarmente di The logical and legal bases, cit.) venivano di solito scelti esempi di casi cosiddetti « nuovi ». Oliphant ed Hewitt infatti sembrano ritenere che la natura circolare dei metodi concettualistici possa essere mostrata solo nei confronti di quei casi che non sono già stati decisi o che non sono esplicitamente risolti in una legge. « Il problema presente in un caso di fronte alla Corte per la decisione può essere coperto e risolto (covered and determined) dal linguaggio esplicito di una legge (statute) valido. Ancora, il caso può essere, dal punto di vista dei fatti, completamente identico a qualche caso precedente già stato deciso dalla Corte. Questa decisione precedente vincola la corte secondo la dottrina anglo-americana dell'adesione al precedente. In entrambi i casi la Corte deciderà subito la questione. Per vero, casi il cui esito è in siffatto modo chiaramente predestinato da leggi o precedenti tendono a non essere nemmeno portati davanti alle corti, come è naturale, ed essi non sono casi su cui giuristi e giudici spendono il loro tempo ed i loro sforzi. Questi casi non presentano effettivi problemi e non sono idonei per farci comprendere questi tre prevalenti metodi giuridici. Abbiamo invece bisogno di un caso che presenti il carattere della novità » (p. XI).

Sono simili affermazioni contenute nei primi esempi di critica realistica che permetteranno a giuristi inclini al compromesso, quali Cardozo (nel discorso per l'assemblea del New York State Bar Association tenuta il 22 gennaio 1932: discorso pubblicato poi con il titolo Jurisprudence in Selected writings of Benjamin Nathan Cardozo, a cura di M. Hall, New York 1947), di asserire

che si presentò quando il Board of Education di Seattle inserì nel contratto di assunzione degli insegnanti la clausola della non iscrizione ad un determinato sindacato: nel caso in cui un insegnante citi il Board per costringerlo a rinnovargli il contratto senza l'inserzione della clausola, o nel caso in cui il Board citi l'insegnante per inadempienza, come si comporterà il giudice seguace rispettivamente del metodo trascendentale, del metodo induttivo o del metodo pratico? (21).

Il metodo trascendentale consiste (22) « nell'assumere l'esistenza di principi " generali" » i quali « possono in qualche modo venire intuiti o colti » e, una volta così ottenuti, possono « essere posti come premessa maggiore di un sillogismo la cui premessa minore ha per soggetto il caso esaminato » (23). Applicando tale metodo, si può « scoprire », per il primo problema, il seguente principio: « Un soggetto che non ha un obbligo di entrare in un contratto con un altro può stipulare qualsiasi condizione per la sua entrata nel contratto »; e, per il secondo problema, il seguente: « persone di maggior età e di normali condizioni mentali hanno il potere giuridico di determinare i termini dei contratti cui addivengono, ed una volta che hanno determinato i termini ed hanno stipulato il contratto, ne restano obbligati » (24). Tuttavia, osservano gli autori, si possono altrettanto be-

che il discorso dei realisti si riferisce a casi eccezionali quando non patologici epperciò la loro visione del diritto si risolve nella sopravvalutazione di aspetti sezionali dell'esperienza giuridica: anche se talune osservazioni sono da accettarsi. In realtà la critica realistica procede oltre la posizione propria di Oliphant ed Hewitt in questo scritto del 1929: e perviene alla conclusione che tutti i casi sono casi nuovi, poichè « ai fini della ricerca del precedente un caso significa... solo ciò che un giudice in un qualsiasi caso successivo dice che esso significa. Ogni caso costituisce un precedente autoritativo solo per quel giudice che, dopo aver ben riflettuto, decide che lo è» (J. Frank, COT, p. 279).

<sup>(21)</sup> Questo esempio è ripreso pari pari dal Frank, LMM, p. 65 segg. Il Frank ripete in maniera pedissequa l'argomento di Oliphant ed Hewitt sulla arbitrarietà della scelta del precedente, ma non fa alcun riferimento alla caratteristica della « novità » del caso.

<sup>(22)</sup> Gli autori ammettono che la loro descrizione del « metodo trascendentale » è una caricatura, ma asseriscono che si tratta di caricatura esplicativa. Cfr. OLIPHANT e HEWITT, *Introduction*, cit., p. XIV, nota 1.

<sup>(23)</sup> II. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, cit., p. XII.

<sup>(24)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, cit., p. XIII.

ne trovare altri principi come ad esempio: « funzionari preposti all'amministrazione di un ente pubblico devono distribuire benefici ed
emolumenti governativi con imparzialità, e non possono fare irragionevoli discriminazioni nell'assumere persone a svolgere un pubblico servizio e a ricevere conseguentemente una retribuzione a carico dei fondi pubblici », da servire come premessa maggiore per la
soluzione del primo problema; e « essendo la libertà di associazione,
sia per finalità economiche come per finalità sociali, una delle libertà
primarie garantite dalla nostra costituzione politica (form of government), ogni clausola intesa a privare un contraente di tale libertà è
contraria all'ordine pubblico e nulla » (25), per il secondo problema.

Come è ovvio, i risultati del ragionamento giuridico sono opposti a seconda che si scelgano come premesse i primi due « principi » od i secondi due; e, come è altrettanto ovvio, « per ogni caso a proposito del quale vi è uno scontro tra due gruppi aventi interessi in conflitto, possono sempre essere formulate due opposte premesse maggiori, una delle quali incorpora una serie di interessi, l'altra incorpora l'altra serie » (26). Secondo gli autori, questo metodo giuridico non può perciò di per sè portare alla formulazione di un criterio per la decisione di un caso nuovo. Le premesse maggiori sono create o scelte « proprio allo scopo di servire come base per spiegare quella totalità di fenomeni sociali che costituisce la nostra esperienza, incluso anche ciò che desideriamo che si avveri»; e poichè « coloro che hanno differenti interessi conoscono la " realtà " sociale diversamente » in quanto « fattori diversi operano per determinare le rispettive visioni della totalità dei fenomeno sociali », ne consegue che noi creiamo diverse « cause » o premesse maggiori « per spiegare la realtà sociale presente o desiderata » (27). La credenza in principi che possono funzionare come premesse maggiori, credenza che gli autori suppongono diffusa, costituirebbe un residuo di abiti mentali giusnaturalisti (28).

Fin qui, ben poco di nuovo. Nel 1929 le discussioni circa la possibilità di operare per principi generali era già vecchia, e le affermazioni sulla possibilità di trovare — « sempre » o « nei casi nuo-

<sup>(25)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, cit., p. XIV-XV.

<sup>(26)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, cit., p. XV. (27) H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XVI.

<sup>(28)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XVII.

vi » — due premesse maggiori senza argomenti definitivi per suffragare la validità di una di esse e non dell'altra, erano se non scontate per lo meno diffuse. Poco prima il Cardozo, nel libro The paradoxes of legal science (20) aveva richiamato in modo brillante anche se forse superficiale l'attenzione dei giuristi americani proprio su questo problema (30). Tuttavia qualcosa di nuovo appare nella critica del metodo che gli autori chiamano « induttivo ». Tale metodo infatti altro non è che il comune metodo del positivismo giuridico tecnico, per cui la premessa maggiore del sillogismo giuridico si ritrova o in una serie di decisioni passate, o bella e pronta in una legge. La critica di questo metodo viene condotta in modo tale, che in essa è implicita la tesi per cui tutti i casi sono casi « nuovi » sia rispetto ai precedenti, sia rispetto alle norme generali esistenti. Si tratta di una critica dell'argomento giuridico, cioè del sillogismo giuridico, condotta sulle linee della critica dell'argomento logico e del sillogismo proprio delle correnti strumentalistiche ed in particolare del Dewey per cui il sillogismo è la forma di un accordo già raggiunto, e vale finchè vale l'accordo. (L'ultimo anello della tesi deweyana, quello del condizionamento della desiderabilità di un risultato da parte del problema dei mezzi esistenti, non è tuttavia ricalcato da Oliphant ed Hewitt, che si limitano ad enunciati su questo punto piuttosto generici). Affermano gli autori che il metodo « induttivo » è simile a quello « trascendentale », differendo solo nel fatto che i « principi » non vengono ritenuti indipendenti dai casi decisi o delle leggi, bensì vengono ritenuti un derivato dell'« esame » di precedenti o di norme di legge. Lo stesso esempio che ha illustrato il metodo « trascendentale » può illustrare il metodo « induttivo ». Il primo principio ad esempio può infatti inferirsi dall'esame di « un certo numero di precedenti, in cui persone che non sono insegnanti, stipulanti contratti che non si riferiscono all'associazione in sindacati, sono stati ritenuti liberi di stipulare clausole di vario contenuto. I precedenti così esaminati possono includere altre clausole, che sono state ritenute vincolanti sia per pubblici ufficiali sia per persone che non sono pubblici ufficiali. Queste altre clausole potranno

(29) New York 1928.

<sup>(30)</sup> Sulla posizione del Cardozo si veda sempre G. Bognetti, Il pensiero filosofico giuridico, cit.

riferirsi a qualcosa che sia per la parte di una rilevanza maggiore di quanto possa essere rilevante per un insegnante la libertà di associazione. I casi così esaminati possono perciò avere la più larga gamma di somiglianze con il caso in questione. Da tutti questi casi si "induce" un principio che diviene la premessa maggiore di un sillogismo di cui il caso in questione figura come soggetto della premessa minore » (31).

La critica di questo metodo è condotta sulla base di una discussione della relazione di inclusione del soggetto della premessa minore nel soggetto della maggiore. « Se il principio così " indotto " non è più esteso che la somma dei casi precedenti che sommarizza, esso ovviamente non include e non può includere il caso in questione che, per ipotesi, è un caso nuovo e non deciso e perciò non può far parte della generalizzazione estratta dai soli casi precedenti. Se il principio non include il caso in questione, esso è impotente a produrre e a determinare una decisione di questo. Se è inteso come includente il caso in questione, viene presupposto proprio ciò che è da decidersi » (32). È proprio questo fatto, che cioè l'inclusione del soggetto della premessa minore nella premessa maggiore può solo venire presupposta, che rende estensibile al metodo « induttivo » l'osservazione fatta per il metodo « trascendentale »: che due premesse in conflitto possono venire entrambe scelte. Usando entrambi i metodi « la decisione dipende dalla premessa maggiore adottata, e questa a sua volta dipende da quale di due interessi in conflitto si vuole servire » (33). In realtà nella soluzione del caso è già presente la premessa maggiore; e il concetto generale che funge da soggetto della premessa maggiore viene creato solo al fine di pensare relazionalmente la conclusione, dato che gli uomini sono riluttanti ad ammettere che le soluzioni non siano « causate » (34).

<sup>(31)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, pp. XVIII-XIX.

<sup>(32)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XIX. (33) H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XX.

<sup>(34)</sup> Vi è, a questo proposito, un riferimento al concetto di responsabilità che merita di essere riprodotto. Mi sembra notevole come, al fine di mostrare la futilità del concetto rispetto alla decisione, gli autori si mettano dal punto di vista — diffusissimo nella cultura moderna (Kelsen, gli idealisti come Croce o Cesarini Sforza, e gli esponenti delle tendenze analitiche) — secondo cui « si è » responsabili in quanto « si è fatti » responsabili. Su questa strada la responsabilità diviene un nome per il fatto della sanzione, come per gli

Si tratta di una osservazione che « può applicarsi a qualsiasi tipo di argomento logico ». La classica « prova » che Socrate è mortale esemplifica il punto: « come primo passo, si assume implicitamente la conclusione in quanto dicendo che tutti gli uomini sono mortali Socrate è implicitamente incluso ». Ciò illustra qual sia la funzione di un argomento: « non di provare la conclusione desiderata, bensì di rendere esplicito ciò che è già implicito nella posizione che uno fa del problema » (35). In altre parole, gli autori ritengono che « nuova » conoscenza, cioè la soluzione di un problema nuovo, dipende non dall'impiego di un argomento bensì « dalla fenomenologia che viene scelta per essere correlata e spiegata » (36), cioè da un accordo sul modo di impostare il problema. « L'importante diventa l'essere d'accordo su quali sono i fenomeni. È precisamente la misura dell'accordo che costituisce la ragione del grado di identità di pensiero nelle scienze naturali, ed è la mancanza di questo accordo che spiega così bene la quantità di confusione che vi è nelle scienze sociali » (37). È la

analisti. La differenza tra la posizione di Oliphant ed Hewitt e quella degli analisti come Hart o Bobbio o Scarpelli resta ovviamente che, mentre per i primi è responsabile chi è punito, per i secondi è responsabile chi deve essere punito; cioè per i primi siamo fatti responsabili dalla decisione, mentre per i secondi siamo fatti responsabili dall'ordinamento. Insomma vi è una differenza che riguarda il modo di concepire l'esperienza giuridica ed il metodo giuridico, ma non riguarda il modo di concepire il rapporto che Kelsen chiama di imputazione. Oliphant ed Hewitt si esprimono nei termini seguenti: « Noi diciamo che la condotta criminale è punita perchè l'accusato è responsabile per il reato. Se egli però era irresponsabile come nel caso dell'insano, allora questa difesa prevale. Eppure per responsabilità noi non intendiamo nulla più che il fatto che per noi non vi è una causa assegnabile che sia al di là dell'autore della condotta. Per ogni spiegazione causale devono esservi due termini. Qui vi è un solo termine e precisamente l'autore della condotta, cui noi imponiamo l'etichetta 'responsabile'. Perciò nessuna spiegazione causale può essere trovata per tale condotta. E, al fine di uno studio della punizione penale, la condotta criminale si estende tanto quanto, non più e non meno, si estende la responsabilità. Perciò dire che la condotta criminale è punita perchè è condotta 'responsabile' significa dire che la condotta criminale è punita perchè è condotta criminale. Il cartellino 'responsabilità' agisce come un conforto per la fragile mente umana, ma non getta alcuna luce su quanto facciamo» (H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XXI, nota 2).

<sup>(35)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XXI.

<sup>(36)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XXI-XXII.

<sup>(37)</sup> H. OLIPHANT e. A. HEWITT, Introduction, p. XXII.

mancanza di questo accordo, cioè, che sta alla base di quelle interminabili dispute sulla soluzione di problemi giuridici che colpiscono qualunque osservatore. I contendenti esaminano cioè una fenomenologia completamente diversa, ma non si rendono conto che la diversità delle loro conclusioni dipende dalla diversità della serie di fenomeni che ciascuno da parte sua prende in considerazione (38). Oliphant ed Hewitt osservano come, da tutto questo, sarebbe possibile argomentare « che il metodo che vale per le scienze naturali non vale per le scienze sociali » (39). Resta però il fatto che, anche se il metodo scientifico non si rivelerà utile nella soluzione di problemi sociali nella stessa misura in cui esso si è rivelato praticabile nel campo delle scienze naturali, pur tuttavia tale metodo è l'unico possibile nel senso che è l'unico che la mente umana può concepire (40).

Le considerazioni sul metodo « trascendentale » e sul metodo « induttivo » aprono la strada alla considerazione del terzo metodo che viene, secondo gli autori, adottato talvolta dalle corti. Tale metodo viene chiamato « metodo pratico ». Secondo gli autori, le corti impiegano questo metodo « solo quando si presenta un caso per cui non appare alcuna idonea premessa maggiore (presupposta o indotta da precedenti), oppure per cui il conflitto tra possibili premesse maggiori è così ovvio che non può venire ignorato ». In questi casi, il giudice decide « come si dice, " non secondo i principi ma secondo la polizia della legge " (not on principle but on policy), cioè a dire, considerando esplicitamente in qual modo in pratica il caso debba essere deciso » (41). Tale metodo viene generalmente basato, secondo O. ed H., esclusivamente sul senso comune o buon senso del giudice, senza che vi sia di solito alcuna indagine esauriente delle varie ragioni pro o contro una data decisione (42).

<sup>(38)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XXII.

<sup>(39)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XXIII.

<sup>(40)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XXIV.

<sup>(41)</sup> H. OLIPHANT e A. HEWITT, Introduction, p. XXV.

<sup>(42)</sup> Indipendentemente dalla critica dell'idea che vi siano dei casi che si pongono automaticamente come « precedenti » rispetto ad un caso da decidere, senza che intervenga una scelta dell'operatore (che è ciò su cui si voleva richiamare l'attenzione a questo punto), il discorso svolto serve ad Oliphant ed Hewitt per aprire quello che abbiamo visto essere il tema centrale del rea-

\* \* \*

La scelta del precedente cui appellarsi, o addirittura l'esistenza di una decisione che possa essere intesa come « precedente » rispetto ad un caso da decidere, è dunque il risultato di una scelta arbitraria compiuta dall'operatore che deve decidere un determinato caso; e non è perciò possibile concepire l'argomentazione giuridica come una argomentazione che ricalchi una deduzione logica da premesse note ed accolte.

Ma, secondo i realisti, qualcosa di più di questo rende impossibile attribuire un valore determinante alla argomentazione giuridica così come intesa dalla concezione tradizionale. Il qualcosa di più è costituito dal fatto che, oltre ad essere rimessa all'arbitrio dell'operatore la scelta dei casi da cui indurre una norma di decisione, è anche arbitrario lo stesso processo di induzione: per cui da una singola decisione passata è possibile indurre un numero indeterminato di norme, caratterizzate dal fatto che esse coprono rispettivamente una quantità diversa di fattispecie. Infatti non è possibile « pensare che una decisione giudiziaria implichi una regola dalla quale, dati i fatti peculiari del caso deciso, la decisione possa essere fatta derivare » (43):

(43) F. S. COHEN, ESLI, p. 34. Nel pensare altrimenti si incorrerebbe, secondo il Cohen, nella «fallacy of affirming the consequence».

lismo rispetto al problema dell'argomentazione, e cioè che qualunque sia il metodo adottato dall'operatore per decidere, la decisione è determinata da una valutazione la quale ha qualche probabilità di essere influenzata da argomenti che facciano leva sugli effetti, ma non da argomenti che facciano leva sulle premesse normative. Il modo con cui Oliphant ed Hewitt aprono questo tema consiste nell'affermare che, una volta mostrato come il metodo « trascendentale » ed il metodo «induttivo» si risolvano in un circolo vizioso, essi sono riducibili al metodo « pratico »: le differenze tra i tre metodi considerati sono solo apparenti. L'esame condotto sul metodo « trascendentale » e sul metodo «induttivo» (in un caso nuovo - suggeriscono gli autori) rende palese che la decisione è raggiunta o in maniera meramente casuale o in seguito a considerazioni pratiche; e, di fatto, è la consapevole od inconsapevole presa in considerazione dei risultati pratici da parte della Corte che determina la premessa maggiore (op. cit., pp. XXV-XXVI). « In pratica, pertanto, la differenza tra il primo ed il secondo metodo da una parte, ed il terzo metodo dall'altra è che il dar peso a considerazioni pratiche è attuato consapevolmente solo nell'ultimo. In nessuno, però, è attuato in modo metodico » (op. cit., p. XXVI).

si può semplicemente dire che è possibile formulare un numero indeterminato di regole tali che, accettata una serie di postulati e di regole d'uso opportune, implichino la decisione data quando sia tenuta per vera la descrizione dei fatti contenuta nella decisione. « La logica elementare ci insegna che ogni decisione giuridica ed ogni serie finita di decisioni può essere sussunta ad un numero infinito di regole generali diverse fra di loro » (44).

Come è evidente, quando i realisti parlano di regole generali e sempre più generali atte a giustificare la decisione, essi intendono la « generalità » come una espressione del fatto che nelle regole è presente per lo meno un termine che sta (non per un individuo fatto o accadimento bensì) per una classe di fatti o accadimenti. Cioè la ge neralità è appunto data da ciò, che deve trattarsi di regole che possono applicarsi anche ad un caso diverso da quello della decisione dalla quale sono « indotte » (45).

Mentre la dimostrazione dell'arbitrarietà della scelta dei casi decisi che possono essere intesi come precedenti mira a mettere in luce che l'induzione di norme resta sempre impregiudicata dall'argomentazione giuridica di tipo deduttivistico raccomandata dalla tradizione dottrinale (costituendo di quell'argomentazione la premessa), la dimostrazione dell'arbitrarietà nel grado di generalizzazione cui perviene l'operatore che « induce » norme da decisioni passate mira a mettere in luce come l'argomentazione tradizionale (in quanto pretenda di essere un'argomentazione logica) è sempre superflua in quanto non è possibile che rispondere negativamente alla domanda «se una qualsiasi decisione giuridica possa essere logicamente in contraddizione

<sup>(44)</sup> F. S. COHEN, ESLI, p. 35.

<sup>(45)</sup> Cfr. F. S. Cohen, ESLI, p. 34-35; vedi anche, con esempi, H. OLIPHANT, A return to stare decisis, in Am. L.S.R., VI, 1928 (p. 215 ss.), p. 217-218 (questo articolo dell'Oliphant si trova anche in A.B.A.J., XIV, 1928, p. 71 ss.). Secondo l'Oliphant, « Decision, nel senso dello stare decisis, deve... riferirsi ad una proposizione giuridica che copre un gruppo di situazioni di fatto, un gruppo includente come minimo la situazione di fatto del caso in questione e quella di almeno un altro caso. Per mettere assieme in una stessa classe persino questo minimo di due situazioni di fatto, quantunque simili esse possano essere, sarà sempre necessaria una astrazione ».

con (inconsistent with) una qualunque altra decisione » (46). La contraddizione che può stabilirsi tra due decisioni non è logica, bensì dipende dall'adozione di un criterio o di una policy pratica: si pensa generalmente ad una contraddizione tra due decisioni quando per trovare una regola che giustifichi entrambe logicamente (ed il trovare questa regola è sempre possibile) si è costretti a formulare una proposizione che sembri « assurda » perchè fa discendere conseguenze diverse da « differenze non importanti fra (i fatti dei) due casi, come ad esempio i nomi o le altezze rispettive dei due convenuti » (47). Ma, appunto, si tratterebbe in quest'ultimo caso di una valutazione sulla « non importanza », valutazione che resta al di fuori di un'argomentazione che (come quella che tradizionalmente è ritenuta l'argomentazione giuridica) ricalchi una deduzione logica procedente da premesse normative certe e note e accolte, e da una premessa fattizia, ad una conclusione giuridica.

3. La critica dei processi di individuazione delle norme generali. Il problema dell' « interpretazione » nel pensiero realista.

Si è visto nel paragrafo precedente come, secondo i realisti, (a) la scelta della norma regolatrice costituisce di per sè un problema, cosicchè la soluzione giuridica di un caso non si risolve nella mera comparazione della descrizione della fattispecie tipica contenuta nella regola, e della (descrizione della) fattispecie; e come (b) la formulazione della norma regolatrice, nel caso del diritto giudiziale, è soggetta a variazioni a seconda degli elementi che vengono assunti come principali nei casi già decisi, tanto da lasciare il sospetto di circolarità nell'argomentazione giuridica nulla vietando (ed essendo probabile) che la natura del caso da decidere induca ad una formulazione piut-

(47) F. S. Cohen, ESLI, p. 34.

<sup>(46)</sup> F. S. Cohen, ESLI, p. 33 (corsivo mio). « Per trovare una contraddizione devono esservi almeno due giudizi, uno per l'attore ed uno per il convenuto. Ma ciò significa che vi debbono essere due casi... e tra i fatti di due casi qualsiasi vi è necessariamente (there must be) qualche differenza, cosicchè sarà sempre logicamente possibile formulare una regola giuridica che richiede entrambe le decisioni, una volta che siano dati i fatti rispettivamente dei due casi » (F. S. Cohen, ESLI, p. 34: corsivo mio).

tosto che ad un'altra. Questo ultimo punto, tuttavia, non riguarda direttamente quei casi in cui la regola generale non viene trovata e formulata nel processo e per il processo di decisione, e sulla scorta di decisioni precedenti; bensì si trova già bella e pronta in una formulazione legislativa. In questo caso, tuttavia, si propone il problema dell'interpretazione, cioè a dire il problema che tradizionalmente viene concepito come della « scoperta » del « significato » della disposizione legislativa da applicare. I casi in cui l'operatore che deve decidere una controversia ricorre ad un corpo di formulazioni normative precostituite nell'ambito del quale corpo di formulazioni egli deve trovare la premessa del suo decidere, sono i casi ai quali generalmente si pensa quando, giusta la tradizione dottrinale, si parla dell'argomentazione giuridica come di un'argomentazione che ricalca una deduzione logica da premesse note a conclusioni certe.

I realisti, nel loro tentativo di accreditare un'argomentazione giuridica di tipo nuovo (e cioè tale da corrispondere al « fatto » che i giudici ed in genere gli operatori sono proclivi in quanto uomini ad agire tenendo conto delle conseguenze dei loro atti), si propongono di mostrare come la pretesa che una conseguenza giuridica in un caso particolare proceda logicamente dalla congiunzione della descrizione degli aspetti fattizi del caso con delle premesse normative sia logicamente fallace; epperciò un'argomentazione che si basa su questo presupposto (a) non è dotata di necessità logica talchè (b) se persuade, persuade o perchè chi si fa persuadere è indotto in errore oppure perchè serve a mascherare un argomento persuasivo occulto, che consiste nella desiderabilità degli effetti che l'accoglimento della tesi argomentata produrrebbe. I realisti si occupano di questi problemi sotto la rubrica « interpretazione ».

All'« interpretazione » si rivolge piuttosto presto l'analisi di alcuni realisti, ed in particolare del Cook, in un articolo apparso nel 1924, e del Radin in un articolo apparso nel 1930 (48). Non sfugge al Radin la

<sup>(48)</sup> W. W. Cook, The logical and legal bases of the conflict of laws, cit.; M. Radin, Statutory interpretation, in H.L.R., XLIII, 1930, p. 863 ss. (le tesi sono parzialmente riprese dal Radin in Realism in statutory interpretation and elsewhere, cit., e A short way with statutes, in H.L.R., LVI, 1942, p. 388 ss.; LLE; My philosophy of law, cit.; Ex facto ius; ex iure factum, in Interpretations of modern legal philosophies, cit.).

importanza del problema, dato che i primi esempi di critica dell'argomentazione giuridica nell'ambito del movimento realista si erano occupati prevalentemente se non esclusivamente dell'argomentazione applicata al diritto giudiziario cioè a quei processi argomentativi in cui la norma regolatrice viene formulata nell'atto stesso in cui la si « scopre » (49): mentre nel diritto americano il diritto statutario diviene sempre più importante (50). Nell'impostare la sua analisi, il Radin si rifà consapevolmente alle polemiche continentali circa il metodo nell'interpretazione; egli si mostra invero perfettamente consapevole del fatto che, in sede di argomentazione giuridica, quei problemi che alla dottrina di common law si presentano come problemi di applicazione di formulazioni normative precostituite, sia di origine giudiziale come di origine statutaria come infine di origine dottrinaria e formalmente

Altre opere di realisti in cui viene affrontato il problema dell'interpretazione sono: J. Frank, Words and music, in Col. L. R., XLVII, 1947, p. 1259 ss.; Id., COT, capp. XX-XXIII; K. N. Llewellyn, TBB, parte I; Legal realism. The next step, cit.; The constitution as an institution, cit.

<sup>(49)</sup> Ciò vale anche per il Cook, il quale aveva bensì impostato il problema in termini generali, ma si era riferito — nelle esemplicazioni e nelle conclusioni — ad un campo particolare (quello dei conflitti) in cui l'incidenza del diritto statutario era poco rilevante.

<sup>(50)</sup> Cfr. M. RADIN, Statutory interpretation, p. 863. È estremamente interessante notare come il Radin viene ad impostare la distinzione non nei termini convenzionali di quella tra diritto legislativo e diritto giudiziario, ma nei termini — assai più sottili — di una distinzione tra diritto in cui la formulazione della norma regolatrice emerge nel processo di applicazione e diritto in cui la norma regolatrice si trova già formulata. La esistenza di una formulazione precostituita, e non la origine della norma, crea una differenza tra diversi processi di argomentazione giuridica: « Noi talvolta amiamo fingere che anche una legge (statute) sia la asserzione di un principio... Ma i principi che si ritrovano nel common law - indipendentemente dal problema di come essi vengano accertati, differiscono da quelli dichiarati in una legge (statute) in ciò, che nel caso dei primi non v'è necessità di prendere in considerazione una determinata forma di espressione in particolare » (Ibid., p. 866). Che la differenza sia costituita dalla esistenza o meno di una formulazione precostituita e non dalla origine e da ciò che potrebbe chiamarsi lo status giuridico della fonte di produzione è reso palese dal fatto che l'autore non si riferisce solo al diritto « statutory », ma si riferisce anche alle codificazioni private che venivano in quel tempo intraprese dall'American Law Institute, cioè ai Restatements. (Sui Restatements alcune informazioni possono trovarsi — nell'ambito della letteratura continentale — in A. & S. Tunc, Le droit des Etats Unis d'Amerique. Sources et techniques, Paris 1955, parte I cap. IV). Dice il Radin: «il fatto che i Restatements non sono legislativi nella forma, che essi non pretendano avere alcuna autorità

privata (come i *Restatements*), trovano un parallelo nei problemi che si presentano al giurista continentale in termini di « scoperta del significato » e conseguentemente « della estensione » di regole legislative preformulate. In ciò, e nei riferimenti alla dottrina continentale (51) il Radin doveva presentarsi nell'America del 1930 come un

legislativa ed effettivamente vogliano ripudiare ogni tentativo di attribuirla loro, avrà probabilmente scarso peso» in quanto «talune corti certamente useranno per essi qualsiasi metodo o tecnica le corti medesime sono abituate ad usare per le leggi » (op. cit., p. 863). Il porre la distinzione su questo piano è — superfluo rilevarlo — coerente con tutta la impostazione che i realisti danno del problema della scienza giuridica: se lo studio del diritto consiste nello studio del modo in cui i giudici, gli organi amministrativi e (di riflesso ed entro certi limiti) i consociati si comportano, allora ha senso distinguere tra norme preformulate e norme non preformulate in quanto la esistenza di una precostituita formulazione incide (il Radin per lo meno lo asserisce) su quei comportamenti; laddove una distinzione che avesse riguardo allo status che una dottrina attribuisce alle diverse fonti di produzione sarebbe (dal punto di vista dei realisti) scientificamente irrilevante a meno che quella dottrina non fosse (a) propria degli operatori giuridici o di parte di essi e (b) fosse obiettivamente tale da influenzarne i comportamenti. Nel caso considerato, il Radin appunto prevede che la dottrina secondo cui i Restatements non hanno status normativo, quantunque formalmente accolta da gran parte dei giudici e dei savants, non ne influenzi obiettivamente il comportamento: e pertanto non influenzi il comportamento dei consociati nè il sostanziale argomentare degli avvocati. Per inciso, la previsione del Radin si è rivelata — alla luce del successivo evolversi dell'esperienza giuridica americana — abbastanza esatta.

(51) Stando alle citazioni dirette, il Radin sembra conoscere la posizione che potremmo dire tradizionale attraverso: il libro del Bonnecase su L'école de l'exégèse; L'interpretazione della legge del Degni; una traduzione francese del Cosentini, La riforma della legislazione civile; la Einführung in die Rechtswissenschaft dello Sternberg (che è del 1912); Janssen, Das Wesen des Gesetzesbildung (del 1910); Van der Eyken, Méthode positive de l'interprétation juridique (del 1907).

Le posizioni metodologiche emerse nel nostro secolo gli sono note attraverso le opere del Geny, particolarmente, Méthode d'interprétation; del Reichel, Gesetz und Richterspruch (del 1915); attraverso la voce Auslegung nell'Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (che è redatta dal Magnik); e infine attraverso l'opera dello Heck (del quale il nome non viene fatto, ma che mi sembra la fonte da cui — particolarmente da Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz — il Radin ricava le opinioni che esprime sulla « giurisprudenza degli interessi »). Inoltre, per il modo in cui i problemi interpretativi si pongono al pratico continentale, il Radin fa credito al Fabreguettes (La logique judiciaire, Paris 1914) e, molto significativamente, ad Ernst Fuchs (di cui conosce tanto Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz che Juristicher Kulturkampf).

pensatore piuttosto spregiudicato se non addirittura rivoluzionario (52). Il fatto, però, che nel caso del diritto giudiziario si tratta di « scoprire un principio » cioè di formulare un principio, mentre nel caso del diritto legislativo si tratta di « scoprire » il significato di una « formulazione », cioè di scoprire un principio dietro ad una formula precostituita, rende guardingo il Radin di fronte ad un'assimilazione dei due processi (53).

Il problema dell'interpretazione è, per Radin, il problema della determinazione dell'estensione delle formule. A questo proposito, viene esclusa fin dal principio la possibilità di concepire la « interpretazione » come una rubrica generale comprendente, assieme all'interpretazione giuridica, anche altri tipi di interpretazione come l'interpretazione critica di un'espressione letteraria, l'interpretazione teologica di un documento contenente una rivelazione, ed altri tipi di interpretazione (54). La possibilità di configurare una « teoria generale dell'interpretazione » presuppone che si intenda per « interpretazione » una forma di « comprensione » per cui formulazione e contenuto vengono assunti come costituenti un'entità unitaria capace di costituire l'oggetto di un'attività intellettiva mediante la quale l'interprete per così dire fa suo il significato intrinseco di quell'entità: come è palese, dietro a simili entificazioni dell'oggetto dell'interpretazione si cela una epistemologia che presuppone un'ontologia degli oggetti spirituali (55).

<sup>(52)</sup> La tendenza generale era quella di far confluire il problema della interpretazione del diritto « statutory » nel problema del precedente, per cui la corretta interpretazione di una proposizione legislativa è quella che deriva dalle decisioni che precedentemente l'hanno applicata. Quanto ai Restatements, il fatto che essi vengano generalmente assunti dai giudici come corpi di norme da applicare veniva — e viene — semplicemente ignorato nella teoria più diffusa.

<sup>(53)</sup> Assimilazione frequentissima nella dottrina di common law, per la quale, oltre alla impostazione ricordata nella nota precedente, giocava la ideologia deduttivistica per cui dedurre da un precedente e dedurre da uno statute costituiscono la stessa operazione logica. Il Radin ricorda a questo proposito i classici MAXWELL, On the interpretation of statutes, 7<sup>a</sup> ed. 1929, e Graies, Statute law, 3<sup>a</sup> ed. 1923.

<sup>(54)</sup> Per questa esclusione, cfr. RADIN, Stat. int., p. 866-868.

<sup>(55)</sup> Come è noto le teorie generali della interpretazione o teorie della interpretazione in generale sono fiorite sopratutto in Germania approfittando delle più macchinose epistemologie, ed hanno avuto nelle discipline giuridiche alcune monumentali quantunque scarsamente utilizzabili espressioni di cui quella del Betti costituisce un esempio.

L'esclusione di ogni problematica dell'interpretazione in generale permette al Radin, forse non consapevolmente, di studiare l'interpretazione come processo logico: e non invece come fenomeno dell'« intendere » la cui problematizzazione apre questioni epistemologiche. Per analoghe ragioni, il Radin non si sofferma a considerare l'intento del legislatore, inteso come qualcosa di diverso sia dalle volontà attuali di coloro che hanno partecipato al processo di formazione delle formule sia dalla funzionalità specifica della formula legislativa (cioè da cosa la formula serve a fare). In questo senso, l'« intento del legislatore » non ha, per Radin, alcun significato; infatti la locuzione designa qualcosa di inesistente (56) e comunque qualcosa che, anche se esistesse e fosse determinabile, « non potrebbe vincolarci » (57). L'asserzione secondo cui la volontà del legislatore può presiedere all'interpretazione è preposterioristica: infatti « l'interpretazione è un atto che presuppone l'esistenza di un evento determinato — la questione litigiosa — che ovviamente non può venire in esistenza se non dopo

<sup>(56)</sup> Inesistente nel senso che nulla può corrispondere, nella realtà, a tale locuzione: « Un organo legislativo (A legislature) certamente non ha alcun intento rispetto a parole che due o tre uomini hanno formulato, che un certo numero di persone hanno respinto, ed in ordine alle quali molti componenti la maggioranza che le ha approvate potevano avere, e spesso è dimostrabile che hanno avuto, idee e credenze diverse » (Radin, Stat int, p. 870. Cfr. anche, del Radin, The intermittent sovereign, cit., e quanto si è detto retro, cap. II). La critica della nozione di « intento del legislatore » che il Radin fa propria ha dietro di sè una lunga tradizione sia nelle correnti sociologiche (es. Duguit) sia nella tradizione del cosiddetto realismo giuridico scandinavo, specialmente di Hägerström e di Lundstedt. Il Radin non conosceva le opere dei realisti scandinavi precedenti ai suoi lavori degli anni attorno al 1930.

<sup>(57)</sup> Radin, Stat. int., p. 871: « Cosa potrebbe dare una forza obbligante all'intento del legislativo (legislature)? Nel campo letterario o teologico questa domanda trova da sola la sua risposta, ma nel campo del diritto i particolari individui che costituiscono il legislativo sono semplicemente uomini ai quali è stato temporaneamente assegnata una funzione specializzata, quella di fare leggi (pass statutes). Cioè, essi formulano asserzioni in termini generali (make statements in general terms) circa situazioni desiderabili o indesiderabili da cui derivano certi effetti ». È da rilevare che l'analisi è di tipo comportamentistico: si osserva ciò che fanno le persone denominate «legislature», mentre il problema di ciò che emerge da tale comportamento è rinviato a dopo che si sarà fatta l'analisi di comportamenti successivi di altri soggetti. Le connesioni tra queste serie di comportamenti costituiscono l'oggetto di ipotesi di lavoro da suffragare con osservazioni ripetute. Nel brano riportato e nel testo ho tradotto

che la legge è divenuta efficace. Dire che l'intento del legislativo (legislature) decide l'interpretazione significa dire che il legislativo interpreta preventivamente assumendosi l'impresa impossibile di esaminare una [formula] determinabile per vedere se essa può coprire una situazione che non esiste » (58).

L'unico modo per comprendere il meccanismo dell'interpretazione, perciò, consiste nel determinare le caratteristiche logiche delle formulazioni legislative, e nell'esaminare come le parole della legge « una volta espresse, verbalizzate, trascritte, registrate, proclamate, incise nel bronzo, diventino strumenti (instrumentalities) che organi esecutivi e tribunali debbono usare nell'espletare le funzioni loro proprie » (59).

Da un punto di vista logico, il problema dell'interpretazione di una norma, (e, più in genere, di una proposizione linguistica) si risolve, secondo il Radin, nel problema dell'ambiguità dei nomi comuni, cioè a dire dell'ambiguità che si verifica allorquando una o più situazioni o uno o più eventi vengono descritti come membri di una classe di situazioni o di eventi. « Una legge ... contiene ... la descrizione di una situazione (a statement of a situation) o meglio di un gruppo di eventi possibili in una situazione, e perciò è essenzialmente ambigua » (60). Si tratta di un'ambiguità quasi necessaria, cioè « quasi per definizione », dice il Radin, in quanto « gli eventi sono unici »;

<sup>«</sup> legislature » con « legislativo » (organo legislativo), per il fatto che il termine « legislatore » ha assunto nella cultura giuridica continentale una serie di connotazioni che « legislature » non ha assunto affatto.

<sup>(58)</sup> RADIN, op. cit., p. 871-872. (59) RADIN, Stat. int., p. 871.

<sup>(60)</sup> Radin, Stat. int., p. 868. Il Radin insiste sul fatto che « ambiguo » non viene usato in senso peggiorativo, bensì solo in senso descrittivo. Egli inoltre precisa che, qualunque possa essere l'uso di « ambiguo » nel linguaggio corrente, il termine viene da lui usato esclusivamente nel senso di « polisignificativo »; quantunque una asserzione dotata di due possibili significati contradditori tra loro (ad esempio, una proibizione ed un permesso aventi ad oggetto lo stesso comportamento) sia, secondo la terminologia del Radin, « ambigua », affinchè una asserzione venga detta « ambigua » non è necessario che i suoi significati possibili siano mutualmente contradditori. « Una asserzione è ambigua se ha due possibili significati — due qualunque — e non fa differenza se questi si contraddicono parzialmente o no » (Radin, ibid.). È opportuno rilevare che il Radin in questo passo usa in modo promiscuo i termini « expression », « sentence », « statement ».

« in un gruppo ne devono essere compresi almeno due »; e la descrizione contenuta nella legge è una «descrizione di un gruppo». Il fatto è che « la situazione descritta in una legge è generalmente una determinabile, cioè a dire [la descrizione] è un'asserzione (statement) che contiene un certo numero di eventi o individualizzazioni, ognuno dei quali è correttamente descritto dalla determinabile in questione » (61). In altre parole, da un punto di vista logico vi è un parallelismo tra la situazione che si presenta al giurista che argomenta sul diritto giudiziario e quella che si presenta al giurista che argomenta sul diritto legislativamente formulato; come un evento può essere sussunto a diverse formulazioni di principi emersi nel corso di decisioni precedenti, così un evento può essere sussunto a diversi significati presenti in una stessa formula legislativa. Tale parallelismo peraltro non può essere spinto troppo oltre, perchè nel diritto legislativo, a differenza del diritto giudiziario, vi sono formulazioni altamente particolareggiate. Per lo meno in un caso limite, la formulazione legislativa chiude la strada ad una scelta compiuta dall'interprete. Il problema dell'interpretazione consiste nel fatto che la maggior parte delle formulazioni legislative si allontanano da questo caso limite. Com'è palese, il caso limite è costituito dalle formulazioni legislative che predicano conseguenze giuridiche di qualcosa che viene designata mediante nome proprio: tale è il caso di « una legge che ratifica un particolare atto passato di una persona nominata » (62). Formulazioni di questo tipo sono determinate. Il Radin imposta le sue osservazioni sull'interpretazione mettendo in rilievo quali differenze vi siano, dal punto di vista logico, tra formulazioni di questo tipo e la maggioranza di formulazioni legislative che non rientrano in questo tipo.

In primo luogo, vi sono formulazioni legislative le quali, pur non rientrando nel tipo precedente perchè al posto di un nome proprio vi è una variabile, sono tuttavia « chiare » (plain). Ovunque nella formulazione vi sia un elemento variabile, tale elemento conferisce

(62) RADIN, op. cit., p. 868.

<sup>(61)</sup> Radin, op. cit., p. 868. Ovviamente il Radin intendeva « correttamente ma non esaurientemente descritto ». Su ciò cfr. anche la opinion di J. Frank in Giuseppi v. Walling (in 144 F., 2<sup>nd</sup> (608 ss.), cfr. 621-622).

alla formulazione il carattere dell'ambiguità; in questo caso ci troviamo perciò di fronte a norme ambigue; tuttavia l'ambiguità può venire facilmente superata attraverso considerazioni di luogo e di tempo. Ad esempio una norma che stabilisce che « quando il Presidente muore il Vicepresidente ipso facto diviene automaticamente Presidente » è « ambigua » in quanto vi è un numero indefinito di presidenti e di vicepresidenti passati e futuri (63); tale norma però è chiara in quanto la variabile, (o meglio le due variabili: « Presidente » e « Vicepresidente ») in essa contenuta è sostituibile, in un momento dato, con uno ed un solo nome proprio: tranne ovviamente casi eccezionali (64).

L'esame di questo secondo tipo di formulazioni ci conduce a vedere chiaramente in cosa consiste il processo di interpretazione di una norma. Il processo di interpretazione di una norma giuridica non differisce in modo apprezzabile dal processo di interpretazione di una espressione simbolica contenente una o più variabili. Interpretare una norma legislativamente formulata significa dare un valore alle variabili contenute nella formulazione legislativa (65). Tale operazione presenta un alto grado di arbitrio, anzi dal punto di vista logico è meramente arbitraria.

Quantunque il Radin non si ponga esplicitamente il problema in sede di discussione sull'interpretazione, altrove egli mostra di ritenere che, sul piano dell'applicazione del diritto (cioè delle operazioni che nell'uso vengono così denominate) il limite sia costituito dall'esigenza di non rendere la formula priva di senso e dalla pressione dell'ambiente sociale che si esercita attraverso la generalizzazione di criteri d'uso delle parole. Nel caso della norma sulla successione del Vi-

<sup>(63)</sup> RADIN, op. cit., p. 869.

<sup>(64)</sup> Il Radin non fa esempi di casi eccezionali, ma non è difficile immaginarne: ad esempio ogni qualvolta sia in discussione la qualifica di «Presidente» o «Vicepresidente», cioè quando si apra una questione sulla legalità della elezione, ecc. Cioè a dire, il caso limite che chiude la strada alla scelta dell'interprete, è secondo il Radin il privilegium inteso nel senso in cui lo intendevano i pandettisti (es.: Puchta, Pandekten, 12ª ed., Leipzig 1877, §§ 14 e 30; Windscheid, Diritto delle pandette, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, vol. I, Torino 1925, §§ 29 e 135.

<sup>(65)</sup> Cioè « rendere determinata una determinabile », ove « la determinata è costituita », a fini pratici, « dall'oggetto della controversia » (RADIN, op. cit., p. 869).

cepresidente, sono appunto questi due limiti che rendono la norma (quantunque « ambigua ») « chiara ». Quando una formulazione comprende un maggior numero di variabili, o la formulazione è tale che un senso può esserle attribuito sostituendo alla variabile un gran numero di determinazioni, i processi di interpretazione consistono in sostituzioni successive, volte a « ridurre » il numero delle determinate possibili (66) al fine di rendere la norma « chiara ». A questo punto si dice che la norma non ha bisogno di ulteriore interpretazione. Occorre però notare che tutto il processo è arbitrario e che, esclusi i casi di formulazioni determinate, « quando i tribunali affermano che una legge è chiara e perciò non richiede interpretazione, essi procedono a quella inversione che caratterizza tanta parte del giudizio (judicial process). Essi hanno in realtà già interpretato, e dichiarano che, così interpretata, la legge non richiede interpretazione ulteriore » (67).

\* \* \*

Avendo mostrato come l'individuazione di una formula normativa generale non può avvenire per il tramite di una deduzione logica, il Radin si propone di vedere in concreto se esistono dei criteri in base ai quali i giudici (ed in genere tutti gli operatori giuridici a livello autoritativo) procedono all'individuazione. Poichè sono state formulate delle tesi sia circa come i giudici di fatto individuano le formulazioni generali sia circa come i giudici debbono individuarle, il primo compito che si propone ad un realista consiste nell'analizzare queste tesi per vedere se è possibile che i giudici si comportino nei modi suggeriti. Questo problema è ovviamente preliminare in quanto, se non è possibile ipotizzare certi comportamenti dei giudici sia perchè di fatto irrealizzabili sia perchè la descrizione di quei comportamenti è formulata in modo da essere priva di senso, non si pone più la necessità di controllare se qualche giudice (e quanti) si comporta secondo le tesi proposte nè di discutere (in sede di proposte) se i giudici « debbono » o « non debbono » attenersi a quei criteri nell'individuare le formulazioni normative generali.

<sup>(66)</sup> RADIN, op. cit., p. 868.

<sup>(67)</sup> RADIN, op. cit., p. 869.

Le tesi che sono state proposte — sia in veste descrittiva sia in veste prescrittiva — circa l'individuazione di formulazioni generali da parte dei giudici si riducono sostanzialmente, secondo il Radin, a tre: 1) il ricorso (cioè: «i giudici debbono ricorrere», oppure «i giudici ricorrono») ai cosiddetti canoni ermeneutici; 2) il ricorso alla volontà o intento della legge; 3) il ricorso alla determinazione e valutazione degli effetti rispettivi delle diverse decisioni possibili in un caso.

Il ricorso ai canoni ermeneutici non funziona di per sè come criterio d'individuazione delle norme generali perchè i canoni sono espressi da coppie di regole confliggenti e tra cui la scelta è arbitraria, che hanno la tendenza la condurre rispettivamente un operatore verso decisioni opposte di uno stesso caso. I canoni ermeneutici cui il Radin si riferisce sono i due canoni expressio unius est exclusio alterius ed ejusdem generis (68); ed è difficile ipotizzare una decisione che non possa essere presentata come « applicazione » dell'una regola e « violazione » dell'altra. Il ricorso ai canoni ermeneutici, perciò, senza specificazione di quale canone si tratta, non significa nulla. Affinchè fosse possibile osservare se di fatto i giudici ricorrono al canone ermeneutico o argomentare se i giudici debbono ricorrervi, occorrerebbe che vi fosse un solo canone ermeneutico: ma coloro che parlano di ricorso ai canoni ermeneutici non intendono affatto asserire che i giudici fanno - o dovrebbero fare — ricorso sempre e solo ad uno dei due canoni. E comunque non si vedono ragioni idonee a far considerare privilegiato l'uno o l'altro dei due canoni. La regola expressio unius est exclusio alterius si presenta come — ma non è — dotata di forza assiomatica. Una sia pure superficiale indagine linguistica permette di osservare come essa non possa funzionare come regola generale per intendere contesti del linguaggio ordinario: « essa contraddice gli abiti linguistici più diffusi » (69). Nè — dal punto di vista precettivo — è possibile, secondo

(68) Cfr. M. RADIN, Stat. int., p. 873.

<sup>(69)</sup> M. RADIN, op. cit., p. 873. Infatti, secondo il Radin, nei contesti del linguaggio ordinario il predicare qualcosa di un oggetto non implica affatto che il predicato sia pertinente soltanto (esclusivamente) a quell'oggetto, a meno che non vi sia qualche elemento di enfasi (accento, struttura della proposizione, punteggiatura, impiego di artifici rettorici) sull'oggetto di cui si predica. Orbene, il ravvisare nelle predicazioni contenute in formulazioni legislative l'esi-

il Radin, trovare qualcosa che raccomandi questa regola a scapito di altre (70).

Lo stesso discorso può farsi a proposito della regola ejusdem generis, quantunque secondo il Radin questa abbia una qualche rispondenza in usi propri del linguaggio ordinario; anche questa regola infatti non ha una grande utilità perchè, a causa dello scarso rigore del linguaggio ordinario sul quale essa si fonda, la sua adozione non consente di evitare un criterio ulteriore relativo alle condizioni della sua applicabilità (71).

stenza di questo tipo di enfasi non è, secondo il Radin, usuale presso gli operatori giuridici (p. 873), epperciò la regola in questione non è « vera » (p. 874). Non essendo una vera regola nel senso or ora indicato, essa non serve alla previsione dei comportamenti futuri delle corti. Da notare questo impiego del termine « vero » (true) a proposito di regole d'interpretazione; per il Radin una regola d'interpretazione — che è un tipo di norma — è « vera » se è usualmente applicata. L'impiego di « vero » qui esemplificato corrisponde a quella nozione che talune correnti formalistiche (Kelsen) ed analitiche (Bobbio), designano con il termine « efficacia »: ovviamente però, mentre l'impiego è lo stesso, ben diversa è la rilevanza che il realista Radin attribuisce all'osservazione che un precetto è « vero » dalla rilevanza che un formalista attribuisce all'osservazione che un precetto (una norma) è « efficace ».

(70) Infatti una regola può essere raccomandata o a causa delle operazioni cui serve o per via dei risultati cui potrebbe portare. Ma la regola in questione non essendo « vera » e perciò non servendo a previsioni ragionevoli, non può essere raccomandata per le operazioni cui serve; e i risultati non possono essere previsti in linea generale, dato che in casi diversi la regola può condurre a risultati rispettivamente soddisfacenti o non soddisfacenti. Il fatto è che, proprio per l'ultimo motivo, quando un operatore sceglie di applicare quella regola o lo fa per caso o lo fa sulla base di un criterio ulteriore. Cfr. M. Radin, op. cit., p. 87.

(71) Infatti, da una parte « non vi è alcun caso in cui le parole "altro" ed "ogni altro" sono impiegate e applicate, in cui gli stessi risultati (quanto all'estensione delle proporzioni in cui esse compaiono) non avrebbe potuto essere raggiunto anche ove tali parole fossero state assenti» (M. Radin, op. cit., p. 874); d'altra parte ogni qual volta i tribunali hanno ritenuto che l'inclusione della parola « altro » o « altri » in una formula ha l'effetto di accrescere di molto « il numero delle determinazioni », cioè la portata della disposizione legislativa, ciò è avvenuto « al prezzo di rendere superflua la enumerazione delle determinazioni che pure sono contenute nella formulazione » (op. cit., p. 875).

In altre parole, a causa della elasticità del linguaggio ordinario ci troviamo nella situazione seguente: « quando abbiamo una lunga lista di categorie di oggetti che si conclude con le parole 'ed altri', possiamo tranquillamente omettere queste parole, oppure omettere la lista precedente » (p. 874-875). Così stando

Visto che il ricorso ai canoni ermeneutici non serve come criterio di decisione, e che pertanto non ha senso domandarsi se i giudici applicano o se debbano applicare il criterio di ricorrere ai canoni ermeneutici per trovare una soluzione, restano da esaminare due canoni interpretativi cui spesso la dottrina moderna si è riferita, e che possono, a prima vista, servire come criteri di scelta epperciò, eventualmente, anche come criteri di decisione. Espressi in forma vaga, tali criteri sono: 1) nell'interpretare una formulazione legislativa si deve tener conto dei fini della legge; 2) nell'interpretare una formulazione legislativa si deve tenere conto delle conseguenze che derivano dalle interpretazioni possibili. Tali due criteri sono, secondo il Radin, molto diversi tra loro ed ogni tentativo di giustapporli (quale sarebbe secondo il Radin il tentativo compiuto dallo Heck) deve considerarsi una « bigamia metodologica... il cui frutto non può a meno di essere illegittimo ».

Orbene, i realisti ritengono che il « criterio dei fini » non sia affatto un vero « criterio », cioè non ritengono che possa determinarsi in alcun modo quale, tra due decisioni diverse, entrambe tali da poter essere intese come compatibili (dal punto di vista della compatibilità — giudicata secondo la tollerabilità d'uso — dei termini rispettivamente ricorrenti nella parte descrittiva della norma e nella parte descrittiva della decisione), sia conforme ai « fini » della norma: tanto che, secondo i realisti, non ha senso chiedersi se un giudice si è attenuto o meno, nel decidere in un certo modo, ai fini della norma; oppure discutere se a tali fini i giudici debbano o non debbano attenersi.

Il « criterio dei fini » in altre parole non è un criterio, non funziona come criterio, perchè, secondo i realisti, i fini di per sè non si sa cosa significationo. I motivi per cui non è possibile attribuire un senso specifico all'espressione « i fini della norma » sono diversi, e quello della mancanza di un « autore » della norma (72) non è il solo nè il

le cose, la scelta di una delle alternative è una scelta di carattere metagiuridico, nel senso in cui un positivista parlerebbe di « metagiuridico », e l'impiego della stessa regola ejusdem generis viene condizionata da tale scelta. L'impiego di questa regola dipende dalla stessa scelta per cui si decide per una interpretazione « stretta » o « larga », ma la regola non può darci il criterio in base al quale la scelta viene compiuta.

<sup>(72)</sup> Cfr. retro.

più importante. I motivi più importanti sono due, e precisamente: quello che potrebbe dirsi storico-critico (formulato dal Llewellyn) e quello che potrebbe forse dirsi analitico-strumentale (formulato dal Radin). L'argomento storico-critico punta sulla perdita di significato dei termini contenuti in formule normative con il passare del tempo. Secondo il Llewellyn, un corpo di legge incomincia come un esperimento, ed « un codice riuscito è un esperimento che funziona » (73). Ora, all'inizio di un simile esperimento, l'« intenzione delle parole ha una chiara ed appropriata relazione con le azioni umane »; « le parole hanno come funzione quella di guidare le azioni umane», ed esse pertanto possono ottimamente « essere lette — al principio — in termini di storia legislativa » (74). Le parole tuttavia tendono a perdere significato, allorquando si pongono dei problemi non previsti direttamente da chi formula una proposizione normativa, dacchè in tal caso non è possibile un riferimento all'intenzione, bensì solo « al linguaggio ed alla situazione, cioè all'intenzione "ovvia" anzichè reale » (75). Questo processo viene, secondo il Llewellyn, a privare la formulazione normativa di un « significato proprio » (76), epperciò anche di un fine proprio. Non appena inizia questo processo, ciò che si chiama « fine della norma » viene ad essere null'altro che quel fine dell'operatore che l'operatore vuole perseguire avvalendosi della formula legislativa. Da quel momento, dire che un operatore giuridico si attiene ai fini della norma significa dire che un operatore si attiene ai fini suoi propri: la norma non è più un criterio di decisione (77).

<sup>(73)</sup> K. N. LLEWELLYN, The constitution as an institution, cit., p. 12 segg.: e cfr. retro, il parag. 4 del cap. II.
(74) K. N. Llewellyn, The constitution, cit., p. 11.

<sup>(75)</sup> K. N. LLEWELLYN, The constitution, cit., p. 12.

<sup>(76)</sup> L'Yntema voleva dire la stessa cosa quando osservava che il significato (meaning) di un precetto non è dato dalla sua emissione (enactment) · bensì « dalla sua applicazione amministrativa ». Cfr. H.E. YNТЕМА, Legal science and reform, cit., p. 207.

<sup>(77)</sup> È su questa base che tutti i realisti, ed il Llewellyn in ispecie, danno un giudizio politico negativo su quella parte della dottrina giuridica che si attesta sulla concezione « austiniana » del diritto come norma e dell'argomentazione giuridica come deduzione logica. Tale dottrina infatti occulta il senso politico delle azioni degli operatori giuridici e perciò preclude quanto può la aperta discussione pubblica circa quale azione sia politicamente opportuna in date circostanze e rispetto a dati problemi, da parte degli operatori giuridici a

L'argomento analitico-strumentale del Radin è forse ancora più interessante. Il Radin incomincia con l'ammettere che si può benissimo parlare di finalità anche a proposito di un oggetto, cioè di finalità proprie di un oggetto: ciò si fa solitamente quando, per illustrare le caratteristiche di quell'oggetto, ci si riferisce a ciò che esso « serve a fare » (78). Ponendosi su questo piano, secondo il Radin, « nel caso di una legge (statute) è veramente raro che non si possa positivamente determinare a cosa essa serva sulla base di una semplice lettura » (79).

livello autoritativo. Questo atteggiamento dei realisti si fonda non sulla opinione (che del resto troverebbe un certo supporto in tutta una tradizione di pensiero ed in tutto un costume politico americano) secondo cui i giudici « debbono » agire come politici, bensì sull'opinione che i giudici non possono fare altrimenti. Cfr. LLEWELLYN, The constitution, p. 13. Secondo il Llewellyn « per un certo periodo di tempo questo trattamento in termini di intento reale più intento 'necessario' non fa alcun male », in quanto appunto serve alla riuscita dell'esperimento ed alla creazione di una nuova pratica. « Tale trattamento ha, per così dire, valore politico. Finchè il codice è giovane, l'intento serve alla stabilità »; ma « a mano a mano che il codice invecchia, l'utilità di un simile trattamento diviene minore », anzi, « a mano a mano che ci si allontana dal momento storico in cui l'esperimento venne fatto, un simile trattamento diviene dannoso, cioè 'pseudo-interpretazione'. Si provvede ai bisogni presenti come se ciò fosse permesso dai significati antichi; conoscenze più recenti si vestono di antiche parole; la strada della finzione è cominciata. Ma ciò che è peggio è che non si tratta di finzione consapevole. Vestito come esso è dal linguaggio dell'intenzione originale del documento, il nuovo modo di decidere non rovescia e non sostituisce il vecchio, ma gli si affianca silenzioso, lasciando il vecchio metodo padrone nominale del campo. Con il suo stesso frasario suscita confusione. Con la sua stessa espressione verbale invita i propri autori, in ogni caso successivo, a superarlo o a disfarsene». Quando si arriva a questo punto, una proposizione normativa non adempie più alla funzione di influenzare i comportamenti, e non ha più un significato proprio; a questo punto, uno studio del diritto che parta dalle proposizioni normative anzichè dalla pratica, è non solo inutile ma dannoso, nel senso in cui è dannoso ogni studio che trascuri quanto di fatto avviene.

(78) Così ad esempio « un rasoio è una cosa con cui radersi, come noi possiamo sapere prescindendo da ogni speculazione circa le idee che stavano nella mente dell'artefice quando il rasoio fu fatto » (RADIN, Stat. int., p. 875-876).

(79) Radin, op. cit., p. 876. Il Radin così continua: « Una legge è di solito un'asserzione (statement) piuttosto specifica. Essa asserisce che qualcosa deve esesre fatta e, qualunque incertezza o indeterminatezza possa susistere quanto alle condizioni in base alle quali sorge il dovere, di solito non vi è incertezza o indeterminatezza riguardo alla situazione che, esistendo quelle condizioni, la legge vuole far sorgere. Una legge che dichiara nulli i contratti meramente aleatori (gambling contracts) può necessitare di una gran quantità di interpretazione, ma il suo scopo evidente è quello di scoraggiare il gioco ».

Tuttavia un'attenta analisi dell'aspetto strumentale di una legge mostra come, nell'ambito del « fine », si debba istituire una distinzione che permetta di comprendere come « interpretare tenendo conto del fine » non costituisca affatto per sè un criterio di scelta tale da funzionare in modo univoco. Se invero prendiamo in considerazione una qualsiasi formulazione legislativa - ad esempio quella che dichiara nulli i contratti meramente aleatori - noi ci troviamo di fronte non già ad un fine unico, bensì ad una catena di fini, dai più prossimi ai più remoti; nel caso esemplificato, rispetto al fine palese (quello di scoraggiare il gioco) sono presenti fini più prossimi (come quello di negare un'azione che discende da contratto meramente aleatorio e di accordare un'eccezione a favore di colui nei cui confronti una simile azione venisse promossa) così come sono presenti fini più remoti (quale potrebbe essere la tutela della famiglia) ed altri magari remotissimi fini, remotissimi ma non per questo tali da poter essere correttamente disconosciuti (quali per esempio i fini di sicurezza e di giustizia) (80). Orbene secondo il Radin allorquando si vuole proporre genericamente il criterio finalistico come canone di interpretazione del diritto scritto, si dimentica che - a meno non si intenda alludere all'inesistente volontà di un ente immaginario — tutta una serie di fini è implicita in una formulazione legislativa, ove questa venga presa in considerazione come strumento « per fare » qualcosa. Peraltro ciò che di solito è palese a chi osserva una formulazione legislativa è un fine più lontano di quello immediato; nell'esempio fatto, è palese ad esempio che la legge in questione serve a scoraggiare il gioco, mentre non è palese — e richiede appunto interpretazione - il fine prossimo, cioè le precise condizioni in base alle quali il contratto è nullo. Così stando le cose, l'« interpretazione » di una formulazione legislativa dal punto di vista del fine, se non si risolve nell'inevitabilmente arbitraria ricerca della volontà di un ente creato ad hoc, si risolve in null'altro che nel riconoscimento di un fine remoto ed in un giudizio tecnico sull'idoneità di una determinazione delle variabili contenute nella formula a rendere l'applicazione

<sup>(80)</sup> Si veda RADIN, op. cit., p. 876 e segg.

di tale formula uno strumento utile al raggiungimento di quel fine. Ciò significa che il criterio del fine si risolve nel criterio dei risultati, ove i risultati vengono giudicati in base ad uno tra i più o meno remoti fini che, secondo l'operatore, la legge in questione serve a promuovere (81). In conclusione, dice il Radin, « interpretare una legge secondo i suoi fini (by its purposes) implica che il tribunale scelga uno tra i fini che stanno nella sequenza o catena di fini [che la legge serve a promuovere], e questa scelta è determinata da motivi che di solito sono occulti » (82).

Resterebbe da parlare dell'interpretazione (e dell'argomentazione) che fa leva sui risultati: che è la direzione verso la quale punta tutto il discorso dei realisti. Ma prima di parlare di questo, occorre tirare le fila di tutto il discorso dei realisti sulla concezione « tradizionale » dell'argomentazione giuridica.

## 4. Il problema del fatto, l'accertamento storico ed il fact-skepticism.

Proseguendo nell'esame della critica dei realisti alla concezione tradizionale dell'argomentazione giuridica, dobbiamo occuparci a questo punto di una serie di discussioni che, nell'ambito del realismo, si sono rivolte alla nozione di «fatto» ed al problema dell'accertamento dei fatti. La rilevanza di tali discussioni nel quadro generale della critica dell'argomentazione è palese dato che, secondo la teoria tradizionale, uno degli elementi del termine medio del sillogismo giuridico — e dell'argomentazione che costituisce un progetto di sillogismo epperciò ne ricalca lo schema — è, appunto, un «fatto»: un fatto accertato, cioè «provato». Occorre peraltro ricordare che non sempre le discussioni di cui sopra si rivolgevano specificamente al «fatto provato» presente nel termine medio del c.d. sillogismo giuridico, ma talvolta agitavano il (o comunque si rifacevano più o meno direttamente al) problema generale dei rapporti tra « diritto» e « fatto».

<sup>(81)</sup> Cfr. M. RADIN, Stat. int., p. 878.

<sup>(82)</sup> M. RADIN, ibid.

Il problema dei rapporti tra ciò che si chiama « diritto » e ciò che si chiama « fatto » — problema che si ripropone continuamente in sede di filosofia e di teoria giuridica -- è senza dubbio un problema la cui stessa posizione è fonte di equivoci, data la pluralità di significati che « diritto » e « fatto » assumono nei diversi contesti e nei vari livelli linguistici (83). Comunque è possibile, mi sembra, isolare in via generale tre modi specifici di parlare di rapporti tra diritto e fatto, modi che corrispondono a tre problemi specifici che si sono storicamente proposti alla speculazione giuridica. Un primo modo di contrapporre « diritto » e « fatto » (e conseguentemente di proporre il problema dei loro rapporti) è quello che si determina allorquando si distingue tra « questioni di diritto » e « questioni di fatto »; un secondo modo di contrapporre « diritto » e « fatto » è quello che si determina allorquando si contrappone la « norma » o « regola » alla « applicazione » o « realizzazione » di essa; un terzo modo di contrapporre « diritto » e « fatto » è quello che si determina allorquando si propone il problema dei rapporti tra i processi di produzione consapevole di norme o regole e la formazione spontanea di regole, ovvero il problema della adesione spontanea o del « consenso » dei consociati ad un sistema normativo vigente. Occorre notare come i primi due modi di contrapporre « diritto » e « fatto » nascano all'interno della problematica del giudizio giuridico e (per lo meno nei termini in cui le contrapposizioni sono di solito formulate) siano solidali con una concezione sillogistica del giudizio giuridico stesso: la contrapposizione tra « questioni di diritto » e « questioni di fatto » nasce allorquando si pone il problema di sceverare quanto attiene alla prova di qualcosa che si dice « diritto » da quanto attiene invece alla prova di qualcosa che si dice « fatto » (84); mentre la contrapposizione tra il « diritto » e la « sua realizzazione nel mondo del fatto » esprime il problema della conformità del comportamento alla norma (85) e la di-

<sup>(83)</sup> Cioè a dire, nella sua formulazione più vaga, o se vogliamo più generale, non è affatto un problema vero ma solo un pseudoproblema.

<sup>(84)</sup> Cioè tale contrapposizione presuppone che, in sede teorica, si sia concepita la regola giuridica come documento precostituito all'operazione della qualificazione dei fatti.

<sup>(85)</sup> Alla norma che di solito si chiama « primaria » (cioè al « comando ») e che invece il Kelsen chiama « secondaria ».

stinzione tra i due termini in vista appunto del giudizio o della esecuzione. Il terzo tra gli accennati modi di contrapporre « diritto » e « fatto » nasce invece da una problematica completamente diversa da quella del giudizio giuridico, e di solito il contesto in cui la distinzione appare in quei termini è costituito da un discorso vertente sulla opportunità o sulla « possibilità » (intesa in senso strumentalistico) di legiferare o di giudicare in un certo modo: così ad esempio si contrappone « diritto » a « fatto » (o, meglio, « sistema delle norme » a « mondo dei fatti ») quando ci si pone il problema se una data legge in discussione sarebbe efficace, ovvero se sia conveniente (rispetto a certe finalità pratiche) considerare « diritto » piuttosto quello ricavabile dai comportamenti effettivi dei consociati che quello caratterizzato da certi contrassegni formali. Orbene, molto spesso la testè accennata diversità dei livelli in cui si pone il rapporto tra « diritto » e « fatto » non è tenuta presente nelle discussioni realistiche sul problema del fatto: la conseguenza è che quelle discussioni tendono talvolta a collegare il problema della ricerca di uniformità nei comportamenti degli operatori giuridici al problema della ricostruzione del «fatto» come termine medio del sillogismo.

Prima di tentare di mettere un po' di ordine nelle vaghe, generiche e prolisse discussioni dei realisti sul problema del « fatto », occorre comunque ricordare come l'insistenza su questo problema è caratteristica dell'ala più estremista del realismo giuridico, e particolarmente del Frank e (in minor misura) del Green e del Radin. Le conclusioni cui, agitando questo problema, il Frank ed il Green (non, invece, il Radin) pervennero — e precisamente che per via della arbitrarietà della ricostruzione dei fatti non sono possibili previsioni giuridiche dotate di una apprezzabile probabilità di risultare vere, cosicchè la stessa ricerca di uniformità nei comportamenti degli operatori è largamente inutile — non furono accolte dagli altri realisti; tanto che il Frank ritenne di poter distinguere nell'ambito del realismo giuridico due diversi movimenti di pensiero e cioè quello dei fact-skeptics e quello dei rule-skeptics (86).

È pertanto errato ritenere — come sovente, specie in passato, è stato fatto — che la discussione sul « fatto » e la connessa soluzione ra-

<sup>(86)</sup> Cfr. retro, cap. I, pargg. 1 e 4.

dicale del problema della certezza del diritto costituiscano l'aspetto principale del movimento realistico nella sua totalità: e non soltanto, invece, una particolare ed estrema sua manifestazione (87).

\* \* \*

La discussione del problema del « fatto », così come si presenta nell'ambito del movimento realista, sembra possa venir sintetizzata tenendo presenti quattro tempi in cui si svolge.

A) La concezione tradizionale del giudizio e dell'argomento giuridico assume che il giudizio e l'argomento giuridico siano rappresentabili mediante uno schema del tipo « R-F = D », ove « R » sta per la regola giuridica precostituita, «F» sta per la situazione di fatto disciplinata dalla regola, e «D» sta per la conclusione dell'argomento ovvero per la decisione del giudice (88). Orbene, indipendentemente dalle già accennate manchevolezze di quello schema (che suggerisce che le regole sono precostituite ed hanno una data estensione, mentre la decisione deriva logicamente dalla sussunzione di un fatto alla regola), tale schema presuppone anche che il fatto sia obbiettivamente accertabile, cioè a dire presuppone che: (a) il « fatto » che viene accertato nel corso di uno procedimento volto a risolvere una controversia non sia manipolabile in vista della decisione eventualmente desiderata dal giudice per ragioni diverse da quella di « applicare » la norma; (b) il « fatto » non venga ad essere condizionato — coscientemente o non coscientemente — dalle diverse reazioni che i vari individui che « collaborano » alla determinazione del fatto (giudice, giuria, parti, testimoni, periti ecc.) hanno nella situazione processuale; (c) che l'insieme degli elementi istituzionali - se si vuole, delle precedenti enunciazioni di regole - che presiedono all'accertamento (in parole più semplici: i modi con cui vengono di volta in volta applicate le regole sulla prova e sulla ammissibilità della prova)

<sup>(87)</sup> Le ragioni per le quali spesso il realismo giuridico è stato ritenuto esaurirsi nella sua ala estremista sono probabilmente due: da una parte l'ala estremista si è espressa di solito in una maniera rumorosamente gladiatoria; dall'altra parte essa offre un bersaglio fin troppo facile alle critiche.

<sup>(88)</sup> Cfr. retro, in questo capitolo, parg. 1, nota 2.

influiscano nello stesso modo per tutti i « fatti » simili in tutti i singoli processi. Tutti e tre questi punti sono insostenibili, secondo l'ala estremista del realismo, i cui esponenti ritengono invece che: (a) il « fatto » è manipolabile e spesso è davvero manipolato, anche in vista delle decisioni che si desidera rendere (89); (b) il « fatto » è condizionato effettivamente dalle reazioni individuali e dalle prevenzioni dei soggetti che collaborano all'accertamento (90); (c) il complesso di elementi istituzionali, ed in particolare le regole di procedura e le re-

(89) Cfr. J. Frank, LMM, p. 116: «Il giudice ... non separa certamente le sue credenze sui "fatti" dalle sue conclusioni sul "diritto"; la sua intuizione (hunch) generale è integrale e composita, e si riflette sulla descrizione — che egli fa a se stesso ed al pubblico — dei fatti »; p. 134: «Queste due parti del giudicare [la determinazione dei fatti e la determinazione delle regole da applicare ai fatti] usualmente non sono separate ma interferiscono. Generalmente è solo dopo aver preso una decisione che si tenta di separare artificialmente le due operazioni » (corsivo del F.). In A sketch of an influence, cit., p. 343, il Frank enuncia incisivamente che: «I "fatti" e le "regole giuridiche" interagiscono nel processo di decisione (decisional process); e non rappresentano affatto, come invece vorrebbe la teoria tradizionale, entità indipendenti che giocano l'una sull'altra solo sillogisticamente nel determinare una decisione »; «chiunque — continua l'autore (p. 344) — impone uno schema (patterns) sui "dati" mentre li osserva ».

Il ricorso a talune situazioni tipiche, descritte in COT, rende questa tesi dell'interazione di fatto e regola piuttosto convincente: ad es.: «Supponiamo che nell'ascoltare i testimoni il giudice pensi che una particolare formulazione di una particolare regola sarà atta a risolvere il caso. Tale regola allora servirà come guida alla sua attenzione, cioè polarizzerà la sua attenzione sulla testimonianza e sul comportamento di quei testimoni che si riferiscono a fatti specificamente rilevanti per la sua versione della ridetta regola». Se però nel corso del processo il giudice cambia opinione sulla formulazione corretta della regola corretta, egli « non può più ricordare bene la testimonianza o il comportamento rilevanti per quella che egli ora considera la formulazione della regola corretta» (COT, p. 181). Cfr. anche gli ultimi lavori del Frank, che su questo punto si è sempre ripetuto usando sempre le stesse parole: ad es. "Short of sickness and death". A study of moral responsibility in legal criticism, in N.Y.L.Q.R., XXVI, p. 545 ss.; cfr. p. 595.

(90) Sia dei giudici come dei membri della giuria e dei testimoni. Cfr. J. Frank, LMM, p. 106, 170-185; Id., IMWA, p. 265 ss.; Id., Cardozo and the upper—court myth, (in L.C.P., XIII, 1948, p. 369 ss.) passim; Id., COT, pp. 22, 24, 32, 47, 58-59, 151-156, cap. XII passim, cap. XXIII passim. Cfr. anche W. W. Cook, «Facts» and «statements of fact», cit., p. 238 seg. e vedi anche le osservazioni fatte al Frank a questo proposito da F. Rodell, Recensione a COT, in Ind. L. J., XXV, 1949, p. 114 ss.

gole sulla prova (in quanto effettivamente praticate e non in quanto semplicemente « enunciate ») discriminano in maniera arbitraria e comunque non prevedibile prima di ciascun processo tra « fatti » che, da qualsiasi punto di vista ragionevole, dovrebbero essere ritenuti simili (91). Insomma, il « fatto » è qualcosa di soggettivo, e perciò lo schema andrebbe corretto nel modo seguente: « R · SF = D », ove « SF » sta appunto ad indicare che il « fatto » non è obbiettivamente accertabile (92).

B) Non è possibile, pertanto, determinare le regole effettivamente seguite dai tribunali nel decidere le controversie e nel risolvere i conflitti di interesse che vengono loro sottoposti. Le previsioni circa le decisioni future e le asserzioni circa le decisioni passate non hanno infatti una diretta connessione con le effettive controversie e con gli effettivi conflitti di interesse; al contrario, vertono su controversie e conflitti di interessi così come questi vengono artificialmente ad essere configurati in seguito ad un incontrollabile accertamento dei « fatti » (93). Se un diritto soggettivo, prima del giudizio, è la previsione che un tribunale lo « riconoscerà » (94), allora non v'è alcuna sicurezza giuridica, perchè non è possibile prevedere quale sarà (come verrà costruito) il « fatto » riferendosi al quale il tribunale dichiarerà « il diritto » (95).

(91) Cfr., ad es., J. Frank, COT, pp. 123, 143-44.

(92) J. Frank, COT, pp. 24, 326. E vedi, su questo punto, J. Paul, *The legal realism*, cit., p. 87 ss.; H. G. Reuchlein, *Jurisprudence*, cit., p. 215 (secondo cui la discussione della nozione di «fatto» svolta dal Frank è influenzata in particolar modo dal pensiero dell'Arnold).

Un apprezzamento nel complesso positivo (anche se con qualche riserva) delle tesi del Frank sull'importanza dell'elemento «fatto» nel processo di decisione, e sulla obbiettiva, estrema difficoltà di prevedere l'accertamento dei fatti, è contenuto nella recensione che J. Stone fece a COT (vedila in H.L.R., LXIII, 1950, p. 1466 ss.).

(93) Cfr. Frank, COT, p. 33: « invero, in una causa in cui una regola viene applicata a fatti irreali, la regola non è applicata e la sua applicazione

(enforcement) diviene illusoria ».

(94) J. Frank, LMM, p. 125; COT, pp. 8-9; W. W. Cook, "Substance"

and "procedure", cit., p. 334 ss.

<sup>(95)</sup> Cfr. J. Frank, COT, p. 25: «(1) La discussione delle cause fa leva su i fatti. (2) Non si sa precedentemente quali cause sorgeranno [da una situazione data] e in quali di queste i fatti saranno contestati. (3) Non si conoscono in precedenza quali fatti verranno accertati nel corso di cause future. (4) "Di-

C) Le ragioni per le quali si insiste nel discutere piuttosto sull'incertezza o sulla certezza delle regole che non sul problema principale (che è quello dell'accertamento del «fatto») e le ragioni per le quali i giuristi sono di solito timorosi di ogni asserzione che verta sulla reale incertezza del diritto, devono essere ricercate in un condizionamento psicologico che nulla ha a che fare con il loro mestiere di giuristi (96).

Su ciò vedi J. PAUL, The legal realism, cit., pp. 76-78.

Comunque la « applicazione » che il Frank fece di tesi della più moderna (nel 1930) psicologia alla spiegazione delle ideologie giuridiche da lui ritenute

dominanti si esprime nelle seguenti asserzioni:

1) È generalmente sentita l'esigenza di una «certezza» del diritto, tale quale non è affatto possibile ottenere (LMM, cap. I) ed a questa esigenza si accompagna la credenza che effettivamente il diritto sia — o possa essere — certo (LMM, cap. I). Se la certezza è voluta e creduta, ma non esiste in realtà, allora la certezza è un « mito » (LMM, p. 11-12).

2) La ragione di questo mito è da ricercarsi nella più generale esigenza di sicurezza che è propria del non-adulto. L'infante, nel perseguire questa esigenza, cerca una autorità assoluta che sia depositaria di verità immutabili: e la trova prima nel padre, ed in seguito (scossa l'autorità di quest'ultimo) in sostituti vari. Il diritto può, appunto, diventare uno di questi « sostituti del padre », cioè una autorità i cui comandi sono ritenuti certi ed inalterabili (LMM, pp. 18-21).

3) Gli uomini di legge, sia in quanto afflitti (non meno del pubblico in genere) da un complesso paterno, sia in quanto convinti che il mito della certezza sia indispensabile alla pace sociale, di solito tendono a descrivere i feno-

ritti" e "doveri" significano [mean] rispettivamente cause vinte o perse. (5) Perciò i diritti ed i doveri dipendono da cause future, cioè a dire dipendono da fatti precedentemente sconosciuti. (6) La conseguenza è che, quantunque pacifiche possano essere le regole, un avvocato di solito non può, prima che la causa sia iniziata, dire ad alcuno quali diritti egli abbia». Cfr. anche p. 27.

<sup>(96)</sup> Questo è il tema centrale della prima opera del Frank (LMM), ed anche il punto sul quale più sovente i critici si sono dilungati. Riassumo qui il più brevemente possibile i principali passaggi della spiegazione psicologica che il Frank dà del favore che la concezione tradizionale del diritto e della scienza giuridica incontra sia presso i giuristi che presso il pubblico. Tale spiegazione psicologica pretende di essere l'applicazione allo studio delle credenze generalizzate circa «il diritto», di alcune tesi del Piaget e del Rignano: in realtà si tratta di un esempio di quanto facilmente i risultati (non i metodi) della ricerca compiuta in un determinato campo possano essere presi di peso da un orecchiante ed « applicati » in campi completamente diversi per sostenere tesi che non sono per nulla solidali con gli scopi scientifici che gli autori si erano originariamente proposti.

D) Sul piano delle proposte, il Frank suggerisce in primo luogo che gli uomini di legge sottopongano continuamente a critica rigorosa tutta la « mitologia giuridica » corrente, ed in particolare quella che ha come centro la nozione di « certezza » e la distinzione tra « applicazione delle regole » e « amministrazione della giustizia » (97). Tale mitologia corrente sarebbe dannosa in quanto atta a rendere il meccanismo reale dell'impiego statale della forza incomprensibile al pubblico e perciò tale da rendere più difficile il controllo democratico sulle istituzioni giuridiche (98).

meni giuridici in modo tale da far salvo il mito stesso: cioè a dire «razionalizzano» i fatti in modo da nascondere che contraddicono allo schema accolto (LMM, cap. III, VI, VII).

Occorre notare che, secondo il Frank, la spiegazione psicologica del « mito » della certezza è una « spiegazione parziale » : ed infatti, a questa spiegazione, l'autore aggiunge tutta una lista di altre spiegazioni parziali (LMM, p. 263 ss.).

Occorre notare inoltre che è rilevabile una progressiva ritirata del Frank da queste tesi (cfr. IMWA, p. 295 ss. e COT, p. 157 ss.), per lo meno nel senso di una sempre minore insistenza su di esse, anche se, come spiegazione parziale, la spiegazione psicologica non fu mai sconfessata dall'autore.

(97) Sulla tesi del Frank circa la certezza come mito, cfr. in generale J. Paul, The legal realism, cit., cap. III e IV, passim; H. G. REUCHLEIN, Juris-prudence, cit., p. 210 ss.

Per apprezzamenti in qualche misura favorevoli dell'impostazione data dal Frank, cfr: C. L. Stevenson, Ethics and language, New Haven 1944, p. 92; Thurman Arnold, Law and men, in Saturday Review of Literature, VII (7 marzo 1931); Id., Iudge Jerome Frank, in U. Chi. L. R., XXIV, 1957, p. 633 ss.

Critiche della spiegazione psicologica di Frank si trovano specialmente negli scritti seguenti; M. J. Adler, Legal certainty (contributo ad una discussione di vari autori su LMM) in Col. L. R. XXXI, 1931; M. R. Cohen, Law and the social order, New York 1933, p. 359 ss.; L. Fuller, American legal realism, cit., passim; R. Pound, Fifty years of jurisprudence, cit., p. 789; N. Bobbio, La certezza del diritto è un mito?, cit.; J. Paul, The legal realism, cit., p. 59-67.

(98) Cfr. J. Frank, LMM, p. 137-138: « Tutti i giudici esercitano una discrezionalità, individualizzano regole astratte, creano diritto. Deve tutto questo venir nascosto o deve invece venir proclamato? Il fatto è, come sa ogni avvocato, che proprio quei giudici che più sono senza-legge (lawless) o più accondiscendono alla "perversa influenza delle passioni", o sono più disonesti, sovente usano nel modo più meticoloso il linguaggio di chi è vincolato da una logica meccanica, pretendono di non far altro che scoprire e applicare le regole preesistenti ed evitano accuratamente di lasciar traccia che individualizzano i casi. Se ogni sentenza contenesse una chiara esposizione di tutte le ragioni

In secondo luogo, in sede di riforma processuale, il Frank suggerisce di eliminare i fattori che, nel processo, maggiormente giocano nel rendere imprevedibile la determinazione del « fatto ». Quantunque riconosca che si tratta solo di palliativi, il Frank ritiene che nulla debba essere trascurato per ridurre sia pur di poco il margine di incertezza e di incontrollabilità che l'accertamento dei fatti inevitabilmente presenta in misura rilevante (99).

reali della decisione, i giudici tiranni faziosi o disonesti sarebbero più facilmente identificabili. È tempo che venga abbandonata l'idea che un discorso tortuoso ed evasivo (indirection and evasion) sia necessario alla tecnica del diritto,
e che noi si possa meglio conseguire i nostri fini se gli avvocati ed i giudici
rimangono semi-ignoranti non solo di questi fini ma anche dei mezzi per perseguirli. No, la pretesa che i giudici non abbiano il potere di esercitare una
enorme discrezionalità... non ci difende da quei mali che derivano dall'abuso
di questo potere. Al contrario, essa accresce il male. Il giudice onesto e preparato, dotato della conoscenza la migliore possibile così dei suoi poteri come
dei suoi pregiudizi e delle sue debolezze è la migliore garanzia della giustizia.
Il tentativo di eliminare l'incidenza della personalità del giudice è destinato a
fallire. La cosa migliore è riconoscere l'ineliminabile esistenza di questo elemento
personale, e agire conseguentemente » (corsivo del F.).

Commentando l'ultima parte del brano riportato, il PAUL (The legal realism, cit., p. 58, nota 1) asserisce di non comprendere il senso delle ultime parole, « agire conseguentemente »; secondo il Paul, « il psicoanalista può bensì liberare il paziente dalle sue illusioni, ma ciò di per sè non costituisce una prescrizione circa azioni future». Mi sembra invece che il senso delle parole incriminate sia chiaro, ove si consideri il contesto. « Agire conseguentemente » è una prescrizione rivolta ai giudici (motivare con le ragioni reali della decisione) ed ai consociati (usare gli strumenti di pressione disponibili, affinchè i giudici siano costretti o indotti a motivare come sopra), la quale si fonda non già su di una mera descrizione, bensì sulla previa asserzione che la generalizzata accettazione della credenza o « mito » che il diritto è « certo » ed i giudici non lo « creano » rende più facile nascondere l'arbitrio, il fanatismo, la disonestà delle decisioni. Cioè a dire, la prescrizione espressa nelle ultime parole del brano di Frank si fonda sulla valutazione (che Frank giustamente dà per scontata) secondo cui è da evitare ciò che rende possibile nascondere arbitrio, fanatismo, ecc.

(99) In particolare il Frank ritiene che l'istituto della giuria costituisca uno dei principali fattori che rendono imprevedibile l'accertamento dei fatti: ciò sia a causa della maggiore facilità con cui i giurati (o perchè meno legati ad una tradizione di « fedeltà alla legge », o perchè non esèrcitati a distinguere i problemi) manipolano i fatti in vista dei risultati che desiderano ottenere nel risolvere il caso specifico; sia a causa della scarsa capacità che il più delle volte i giurati hanno di comprendere le conseguenze delle loro decisioni sul fatto. In vista di ciò, il Frank propugnò (senza peraltro ottenere notevoli

\* \* \*

Come è palese, la trattazione che l'ala estremista del realismo (e segnatamente Frank) faceva del problema del « fatto », da una parte si inserisce agevolmente nel quadro della critica che il realismo tutto svolge nei confronti della concezione sillogistica dell'argomentazione e del giudizio; ma dall'altra parte, proprio l'insistere sulla preminenza della « questione di fatto » (necessariamente soggettiva ed imprevedibile in larga misura) tra gli elementi sui quali si basa una decisione, veniva a contraddire l'esigenza, propria dell'ala moderata del realismo, di trovare un criterio per la formulazione di concetti tali da permettere il rilevamento di tendenze generalizzate (in una situazione culturale data) e di formulare programmi e piani di politica legislativa e specialmente giudiziaria, in materia diversa da quella prettamente processuale. Insomma, l'impostazione che l'ala estremista del realismo dava al problema della distinzione tra « questione di diritto » e « questione di fatto » veniva ad incidere sulla rilevanza del problema dei rapporti tra « diritto » e « fatto » nell'ultima delle accezioni di cui si diceva all'inizio di questo paragrafo, in quanto rendeva irrilevanti i problemi della relazione fra una formulazione normativa relativamente generalizzabile e gli effetti sociali che ne scaturiscono. Questi problemi sono invece quelli che stavano a cuore all'ala moderata del movimento. È pertanto ovvio che da parte dei rule skeptics si

Su questo aspetto dell'opera del Frank, cfr., in senso adesivo, E. Cahn, The moral decision. Right and wrong in the light of American law, Bloomington 1956, spec. pp. 257 ss. e 263 ss.

risultati) una serie di riforme processuali intese ad: a) eliminare la giuria, tranne che nei giudizi penali più importanti; b) limitare il potere del magistrato di devolvere alla decisione della giuria diversi quesiti contemporaneamente, e specialmente di devolvere alla giuria, dopo averla istruita sulle conseguenze giuridiche dei fatti da dichiarare avvenuti o non avvenuti, la decisione finale; c) permettere ai giurati l'impiego di appunti, processi verbali, ecc.; d) fornire alla giuria consulenze tecniche; adottare il sistema delle «giurie speciali», cioè composte da persone competenti in specifiche tecniche; e) sottoporre i giurati ad accuratissimi tests psicologici; f) istruire i giurati sulla natura delle loro funzioni; g) modificare, o abolire, le rules of exclusion nella misura in cui costituiscono l'espressione della sfiducia nel discernimento delle giurie (ciò subordinatamente alla previa riforma della giuria); h) limitare i poteri della stampa e degli altri mezzi di pubblica informazione per quanto attiene ai commenti sullo svolgimento di cause pendenti.

cercasse di minimizzare la portata della discussione sui « fatti », per proporre subito il problema delle uniformità (100). Come passiamo immediatamente a vedere.

5. L'aspetto distruttivo e l'aspetto costruttivo della critica realistica dell'argomentazione. Tentativi di «razionalizzazione» e ricerca di «uniformità». Compiti della scienza.

Come si è detto nelle pagine precedenti, la critica realistica del processo di decisione aveva cercato di mettere in rilievo i seguenti punti.

In primo luogo, che la premessa maggiore del presunto sillogismo non è affatto un *dato* per colui che « applica » la norma, ma è un qualcosa che viene *costruito* nel processo di « applicazione », cioè in seguito ad un procedimento giudiziario o amministrativo (101): se-

Per ampi sviluppi della critica nei confronti dei giuristi che restringono la loro attenzione ai tribunali superiori, cfr. Frank, Cardozo and the upper-Court myth, cit.; per la diffidenza del Frank nei riguardi delle spiegazioni che si fondano su generalizzazioni o leggi socio-economiche, cfr. Frank, Fate and freedom, A philosophy for free Americans (New York, Simon & Schuster, 1945; 2ª ed., Boston, The Beacon Press, 1953; sul quale cfr. Tarello, A proposito di un libro del Frank, in R.I.F.D., 1957, p. 464 ss.), passim, ma specialmente capitolo I.

(101) Ciò vale per i realisti anche a prescindere dal problema del ritrovamento e della formulazione della norma generale regolatrice del caso, epperciò anche nell'ipotesi di una controversia limitata alla sola questione dell'applicabilità o meno di una singola norma preformulata ad un caso specifico.

<sup>(100)</sup> È appunto questo che il Frank loro rimprovera. Secondo il Frank, i rule-skeptics «(1) escludono virtualmente tutte le altre considerazioni, e fanno leva sull'elemento della regolarità delle decisioni o delle pratiche sociali che stanno dietro alle regole; (2) di conseguenza centrano i loro interessi sulle decisioni dei tribunali superiori che non trattano questioni di fatto; (3) ritengono che le motivazioni reali delle decisioni giuridiche siano quasi esclusivamente riferibili all'influenza di fattori sociali, economici, politici e professionali sui giudici dei tribunali superiori ». Cioè a dire, il rule-skeptics « cercano — e trovano — uniformità nelle regole o nelle policies sociali che stanno dietro alle regole. Ignorano, tuttavia, la grande maggioranza delle decisioni in cui considerazioni sociali, economiche, politiche e professionali sono del tutto (o quasi del tutto) assenti, e le regole sono chiare, solo i fatti essendo in contestazione. Questi studiosi, dato il loro interesse per i tribunali superiori (dove i fatti sono « dati » dai tribunali di merito) non tengono conto dei numerosi fattori psicologici che giocano sull'elemento extraregolare del processo del decidere - cioè sul ritrovamento dei fatti presso i tribunali di merito» (COT, p. 149).

condo le parole di Yntema, come si è accennato, il « significato » di una formulazione normativa non è qualcosa di diverso dalla « sua applicazione amministrativa » (102).

In secondo luogo, che anche la premessa minore di quel sillogismo non è affatto un dato, ma è un qualcosa che nel processo e per il processo viene costruito. Costruito per due ragioni e cioè: (a) perchè il « fatto » entra nella premessa minore sotto la specie di una denominazione che serve a qualificare — cioè serve al raccordo con la premessa maggiore — ma la regola del cui impiego è, per lo meno entro certi limiti, rimessa alla discrezionalità del giudice (103); (b) perchè l'accertamento del « fatto » (che è preliminare alla sua denominazione) non può non essere pregiudicato dalla personalità e dagli scopi di chi accerta e di tutti coloro che all'accertamento collaborano, così come dalle caratteristiche e dalle manchevolezze degli strumenti a loro disposizione (104).

Cioè, le ricerche che i realisti avevano condotto negli anni attorno al 1930 sulle sezioni trasversali — per così dire — del processo di decisione erano venute a confermare puntualmente le convinzioni che già erano state espresse da alcuni realisti negli anni immediatamente successivi al 1920: secondo cui il meccanismo di una decisione giuridica procede da quella che nello schema sillogistico è la conseguenza a quelle che nello schema sillogistico sono le premesse, e non viceversa (105).

<sup>(102)</sup> H. E. YNTEMA, Legal science and reform, cit., p. 207 (ove « amministrativa » sta per « amministrativa o giudiziaria »); e cfr. retro, in questo capitolo al parg. 3, per le osservazioni di Radin e di Llewellyn a questo proposito. È palese — incidentalmente — come questa affermazione dei realisti sia solidale con la concezione deweyana della logica giuridica come processo di giuridificazione (cfr. retro, cap. I, parg. 3, attorno alle note 120-128): ed è pertanto comprensibile come Dewey se ne sia impossessato ed abbia talvolta addirittura parafrasato i brani più significativi dei realisti (cfr. ad es. Dewey in My philosophy of law, cit., p. 77: «Ciò che si chiama la applicazione non è qualcosa che si verifica dopo che una regola giuridica è stata posta (laid down), ma è parte della regola stessa; tanto ne è parte costitutiva (necessary) che è possibile giudicare qual sia effettivamente il diritto (the law) solo vedendo come opera »).

<sup>(103)</sup> Cfr. retro, cap. III, parg. 1 e 2. (104) Cfr. retro, in questo cap., parg. 4.

<sup>(105)</sup> Una delle prime, e delle più chiare, manifestazioni di quella convinzione si trova in W. W. Cook, The logical and legal bases, cit., (del 1924),

La portata di queste tesi realistiche in sede di critica dell'argomentazione (epperciò in sede di critica della scienza giuridica (106)) è evidente. Secondo le opinioni che i realisti chiamano « tradizionali », l'argomentazione giuridica — in quanto proposta di giudizio — ha un andamento sillogistico. Dopo la critica realistica del processo di decisione, parlare di sillogismo a proposito dell'argomentazione giuridica è privo di senso: una argomentazione sillogistica, infatti, la quale assumesse una norma come premessa maggiore non potrebbe di fatto funzionare come una proposta di giudizio. Insomma, dal punto di vista dei realisti, il problema dell'argomentazione giuridica che coincide con il problema delle posizioni giuridiche soggettive vantaggiose (107) — è pregiudicato dall'esito dell'analisi degli effettivi processi di decisione. Pertanto, secondo i realisti: (a) dire che esiste un diritto soggettivo ovvero che una pretesa è fondata è - prima del giudizio — un modo metaforico per dire che colui che fa valere la pretesa ha a propria disposizione un argomento che probabilmente influenzerà l'operatore a livello autoritativo il quale renderà la decisione; (b) tale argomento non può consistere in un sillogismo che assuma una norma precostituita come premessa maggiore perchè le ragioni reali della decisione non consistono nell'applicazione di norme precostituite. Il risultato di tutto ciò è che, secondo i realisti, la possibilità di addivenire ad una teoria generale dell'argomentazione giuridica è

a p. 487: « Se gli aspetti, per cui una situazione nuova è simile ad altre situazioni per le quali già si è disposto, sono ritenuti esser stati decisivi nel determinare le decisioni precedenti, allora il caso nuovo sarà sussunto alla vecchia regola o al vecchio principio. In così fare, peraltro, la regola (o il principio) preesistente non sarà applicata: ma sarà invece estesa sino ad includere la nuova situazione. In altre parole, quantunque generale possa apparire la parte giocata dal ragionamento deduttivo, la decisione effettiva (the real decision) ovunque un caso presenta elementi nuovi consiste nel ridefinire il termine medio della premessa maggiore e della premessa minore del sillogismo; cioè nella ricostruzione (construction) o nella creazione (creation) di premesse per il caso in questione, premesse che non erano perciò preesistenti. L'enunciazione delle premesse del sillogismo deduttivo si risolve dunque nell'enunciazione della conclusione che è stata raggiunta su altre basi e non costituisce perciò l'enunciazione delle ragioni reali della decisione » (corsivo mio).

<sup>(106)</sup> Per via della solidarietà tra le due critiche, su cui retro, in questo cap., parg. 1.

<sup>(107)</sup> Cfr. retro, in questo cap., parg. 1.

condizionata alla possibilità di determinare previamente quali siano — in linea generale — le ragioni effettive in base a cui i giudici ed i funzionari operano.

Su quest'ultimo punto, tuttavia, lo schieramento dei realisti si divide.

\* \* \*

Secondo taluni, non sarebbe possibile rintracciare alcuna uniformità nelle decisioni dei giudici e dei funzionari, e le decisioni avverrebbero in maniera puramente casuale. Le strade traverso cui un gruppo di realisti perviene a questa conclusione sono due. La prima, seguita soprattutto da Yntema e — con minor decisione — da Green, passa traverso la convinzione che nessuna concettualizzazione (e non solo quelle, favorite dai « tradizionalisti », che si sono formate per generalizzazioni successive compiute su enunciati normativi in un clima caratterizzato da una concezione « autonomistica » del diritto (108)) possa servire come strumento efficace per la generalizzazione di una determinata policy (109); partendo da simile convinzione, si conclude che il giudice non può evitare di essere irretito - per il solo fatto di enunciare la decisione — in un macchinismo concettuale che rende impossibile il perseguimento ragionevole di una serie di finalità politico-giuridiche, e che perciò non è possibile « razionalizzare » serie di decisioni e scoprire delle uniformità. La seconda strada - che è quella propria del Frank — passa traverso la convinzione che i giudici si lasciano guidare, particolarmente nella manipolazione del «fatto» (110), da inclinazioni e gusti prettamente individuali e che comunque ciascuna decisione è influenzata da una costellazione di stimoli che non ha una apprezzabile probabilità di riprodursi identica per un'altra decisione; anche partendo da questa convinzione si conclude che non

<sup>(108)</sup> Sull'inidoneità di queste particolari concettualizzazioni a servire per le finalità di cui nel testo, tutti i realisti sono d'accordo. Cfr. retro, cap. III, passim.

<sup>(109)</sup> Cfr. retro, cap. III, parg. 3, per la posizione particolare di Yntema rispetto agli altri realisti e particolarmente per le differenze tra Yntema da una parte e Llewellyn dall'altra.

<sup>(110)</sup> Cfr. retro, in questo cap., parg. 4.

è possibile « razionalizzare » serie di decisioni e scoprire delle uniformità.

Questo gruppo di autori, cioè Frank, l'Yntema ed il Green (non senza qualche perplessità da parte di ciascuno, specie verso la fine del periodo più specificamente considerato e cioè specie negli anni attorno e successivi al 1940) non ritenendo di poter dare in via generale - cioè senza limitare l'attenzione a situazioni estremamente circoscritte una risposta al quesito « come si determinano le decisioni degli operatori giuridici a livello autoritativo? », tendono a considerare conclusa l'indagine realistica con la critica (meramente) distruttiva delle concezioni tradizionali e con i risultati demistificatori di questa critica. Essi insomma si attestano su due tesi, entrambe - per così dire - rinunciatarie, e precisamente le seguenti: A) non è possibile pervenire ad una teoria descrittiva dell'argomentazione giuridica perchè non è possibile descrivere in generale i processi di decisione e di scelta tra corsi di condotta alternativi, non essendo riscontrabili delle uniformità apprezzabili nelle decisioni e nei comportamenti dei giudici e dei funzionari; B) non è possibile pervenire ad una precettistica sul modo di argomentare per influire sui giudici ed i funzionari al fine di ottenere i risultati voluti: per le stesse ragioni, e cioè per la mancanza di uniformità descrittive da cui ricavare un imperativo ipotetico.

La portata di queste tesi è assai grande: partendo da queste, e stante la concezione che gli autori qui considerati condividono con gli altri realisti (per cui la « scienza » consiste nella previsione sistematizzata di accadimenti futuri, e la scienza giuridica dovrebbe consistere nella previsione sistematizzata dei futuri comportamenti degli operatori a livello autoritativo (111), questi autori concludono che non è possibile una scienza del diritto (112). Questi autori partono,

<sup>(111)</sup> Cfr. retro, cap. I, parg. 4, e cap. II, pargg. 5 e 6.

<sup>(112)</sup> Citazioni in questo senso potrebbero sprecarsi. Cfr., tra le più significative: Frank, LMM, pp. 93-97 (solo partendo da una concezione metafisica della scienza è stato possibile credere di poter costruire una giurisprudenza scientifica: ma partendo da una concezione moderna della scienza si deve riconoscere che non è possibile scienza del diritto); Id., COT, pp. 214-216 (non è utile — perchè porterebbe ad equivoci — chiamare scienza l'attività di chi fa delle supposizioni, più o meno ragionate ma comunque non « garantite », su comportamenti futuri di individui singoli o di classi di individui).

come gli altri del gruppo realista (113), da una concezione « scientistica » (114): ma ritengono che, in sede di studi giuridici, un atteggiamento consapevolmente scientifico non possa portare ad altri risultati oltre a quelli della critica della giurisprudenza tradizionale e della distruzione dei miti giuridici (con particolare riguardo al mito della « certezza ») (115). Le previsioni che i consociati in genere e chi esercita le professioni legali in ispecie pur arrischiano non hanno una base propriamente scentifica, ma si basano su un complesso di osservazioni di esperienze di intuizioni: tanto che si può parlare (talvolta l'espressione affiora nella prosa di questi autori) di arte del diritto (116).

Come è ovvio, e come già si è accennato a proposito di Yntema, le conclusioni di questi autori sul problema della scienza del diritto sono, dal punto di vista psicologico, da ritenersi collegate con l'opinione, da essi pure professata, secondo cui è desiderabile che le scelte vengano compiute caso per caso, e secondo cui è opportuno favorire

<sup>(113)</sup> Vedi infra, in questo parg.

<sup>(114)</sup> Il carattere « scientistico » del movimento realista (implicito in tutte le formulazioni programmatiche, da Some realism about realism del Llewellyn a LMM del Frank) fu per lungo tempo preso di mira dai critici, che vedevano nello « scientismo » null'altro che l'impiego di un vocabolario ad effetto il cui scopo sarebbe stato di dare una patente di nobiltà scientifica al sovvertimento della giurisprudenza tradizionale. Cfr. ad. es. A. L. Goodhart, Some American interpretations of law (nel vol. coll. a cura di W.I. Jennings, Modern theories of law, London 1933, pp. 1-20) a p. 17: « La scuola realista trova il suo toccasana (safety device) nella credenza che il "metodo scientifico" risolverà tutte le difficoltà giuridiche ».

Effettivamente vi era, da parte realista, la tendenza ad abusare di un linguaggio mutuato di volta in volta dalla matematica, dalla fisica, dalla psicologia e dalla medicina. Questo abuso valse al movimento diverse prese in giro, talvolta spiritose. Chi volesse leggerne una, tra le più pesanti, dovrebbe cercare di procurarsi la Harvard Law Revue, vol. VI, n. 1 (22 aprile 1935): ivi troverebbe un articolo, firmato con lo pseudonimo di A. Nuther Nutt, (Roscoe Pound?), che porta l'incredibile titolo di Preface to nomotheatrics with some observations on onymocalics, calamandroteinics and allied juristic sales-devices. An introduction to realistic methodology (Written for the Journal of Neonomosophy). La Harvard Law Revue era una parodia della Harvard Law Review, scritta da membri del corpo accademico con velleità goliardiche, e stampata in pochissimi esemplari non in commercio.

<sup>(115)</sup> Cfr. retro, in questo cap., parg. 4.

<sup>(116)</sup> Cfr., ad es. Frank, COT, p. 221.

la consapevole ricerca di soluzioni equitative da parte dei giudici e dei funzionari (117).

\* \* \*

Ben più interessante è a mio avviso il fronte di quelli, tra i realisti, che ritengono invece di risolvere in maniera positiva — sia pure entro certi limiti — il quesito se siano riscontrabili talune uniformità nei comportamenti e nelle decisioni dei giudici e dei funzionari nell'ambito di un determinato periodo storico in una determinata società. Infatti questi ultimi realisti - tra i quali il Llewellyn, l'Oliphant ed il Douglas sono forse i più rappresentativi - pervengono ad una serie di proposizioni di carattere generale circa: (a) come si comportano gli operatori a livello autoritativo; (b) quale modo di argomentare a favore di una determinata soluzione di una controversia ha maggiori probabilità di successo; (c) attraverso quali mezzi i giudici e i funzionari da una parte ed i teorici e dottrinari del diritto dall'altra parte possano cooperare per rendere l'insieme degli strumenti giuridici di controllo della società più efficienti, epperciò per assicurare un maggior grado di certezza giuridica alla collettività. Come è palese, le proposizioni che riguardano il punto (a) sono descrittive; le proposizioni che riguardano il punto (b) sono pure descrittive, ma sono enunciate in funzione prescrittiva data la presunzione che, nella pluralità dei casi, per lo meno un gruppo di operatori giuridici (e cioè gli avvocati) vogliono adottare quell'argomentazione che ha maggiori probabilità di successo; le proposizioni sul punto (c), invece, sono delle proposte, quantunque talvolta siano presentate come indissolubil-

Su questo punto vedi anche l'esame che delle idee di Frank fa E. Mc-Whinney, The great debate. Activism and self-restraint and current dilemmas in judicial policy-making (in N.Y.U.L.R., XXXIII, 1958, p. 775 ss.); e del Mc-Whinney cfr. anche Judge Jerome Frank and legal realism. An appraisal (in

N.Y.L.F., III, 1957, p. 113 ss.).

<sup>(117)</sup> Cfr. retro, cap. III, attorno alla nota 64. E vedi Frank, LMM, pagina 157: «Il giudice migliore è un arbitro ... che cerca di rendere giustizia tra le parti esercitando saggiamente la sua discrezionalità in vista delle circostanze peculiari del caso singolo. Egli non si limita a "trovare" o "inventare" regole generalizzate da "applicare" ai fatti che gli vengono presentati. Egli pratica "l'equità" ... La funzione arbitrale è preminente nell'amministrazione della giustizia ». Inoltre, LMM, pp. 140-142.

mente connesse e quasi derivanti necessariamente dalle descrizioni (118).

A proposito del problema del comportamento degli operatori a livello autoritativo, questo gruppo di autori sostiene anzitutto che, nella pluralità dei casi, una decisione (o la soluzione di una controversia) sia determinata dalla scelta, compiuta dall'operatore, tra i risultati socioeconomici cui le decisioni alternativamente possibili condurrebbero (119); anche gli autori del primo gruppo, per vero, parlavano di scelte determinate (120), ma a differenza degli autori di cui ci occupiamo in questo momento, quelli davano rilievo maggiore alle preferenze individuali del singolo operatore — come si è visto — e tendevano a svalutare l'importanza del fattore economico nella scelta. In secondo luogo questo gruppo di autori sostiene che, entro certi limiti, gli operatori giuridici e specialmente i giudici hanno la tendenza a conformare i propri comportamenti a quelli generalizzati tra i membri della propria classe: epperciò a ripetere le scelte fatte in casi precedenti da altri operatori giuridici e altri giudici (121). Come è evidente, quest'ultima affermazione è solidale con una tesi prescrittiva, e cioè con la tesi che è opportuno che un qualche valore si continui a dare al principio stare decisis, ove questo principio venga inteso non nel senso tradizionale di una prescrizione di fedeltà alle formule verbali, bensì nel senso della prescrizione di fedeltà a talune scelte compiute nel passato; e, come è altrettanto evidente, tale tesi è a sua volta solidale con l'opinione secondo cui il conseguimento di un certo grado

<sup>(118)</sup> Molti realisti, infatti, mostrano implicitamente di ritenere che da una descrizione sia possibile ricavare una prescrizione. Ciò, fra l'altro, è stato sovente rimproverato ai realisti in blocco. Di fatto è da escludere che tutti condividessero questa posizione (certo, ad esempio, non la condivideva il Cook).

<sup>(119)</sup> Cfr. le opere citate a nota 121.

<sup>(120)</sup> Cfr. ad. es. J. Frank, LMM, parte III; Are judges human?, cit.; Mr. Justice Holmes and non-Euclidean legal thinking (in Corn. L. Q., XVII, 1932, p. 568).

<sup>(121)</sup> Cfr. ad es. F. S. Cohen, ESLI, cap. V; K. N. Llewellyn, The effect of legal institutions upon economics (in Am. Ec. R., XV, 1925; p. 665); The conditions for, cit.; A realistic surisprudence, cit.; What price contract?, cit.; The normative, cit.; My philosophy of law (nel vol. collettivo My philosophy of law, cit.); Legal tradition, cit.; Theory of legal « science », cit.); H. Oliphant, Introduction (al libro di Rueff) cit.

di certezza e di prevedibilità giuridica è una mèta meritevole di essere perseguita (122).

A questo punto è necessario aprire una lunga parentesi per chiarire in qual senso questo gruppo di realisti parla di « uniformità » che si stabiliscono nel modo in cui i giudici giudicano. Infatti, se sono palesi gli scopi perseguiti, sono però meno palesi le ragioni per cui, dopo la critica dell'argomentazione che assume come premesse delle formule precettive, questi realisti ritengono di poter ancora parlare di uniformità nel campo del diritto giudiziario. Eppure la posizione di questi realisti non è incoerente, perchè le « uniformità » a cui pensano sono di un tipo particolare. I realisti parlano di « uniformità » in un senso affatto diverso da quello in cui tutto il filone sociologico della scienza giuridica europea si era riferito alle uniformità che si riscontrano nei giudizi resi dai giudici intendendo queste uniformità come norme (123): i realisti parlano di « uniformità » in senso diverso dai sociologi europei proprio perchè l'idea che sia possibile - una volta data una decisione su di un caso ed una volta data la descrizione degli aspetti fattizi del caso stesso — ricavare la norma sulla cui base la decisione è stata resa, è una idea perfettamente incompatibile sia con la analisi dei concetti sia con la critica dei processi di estrazione di norme dai casi, critiche che appunto erano entrambe state svolte dai realisti (124). L'uni-

<sup>(122)</sup> Cfr. retro, cap. III, p. 149-150 e note 62 e 63, per la espressione della stessa tendenza in sede di proposte per la formulazione dei concetti.

<sup>(123)</sup> La sociologia giuridica europea della fine del XIX e del principio del XX secolo si era spesso riferita alle uniformità che si esprimono in serie di decisioni giudiziarie (oltrechè, ovviamente, alle uniformità dei comportamenti dei consociati); ma aveva di solito ravvisato le uniformità nel fatto che i giudici adottano determinati criteri di decisione, o regole-norme, possibilmente diverse dalle regole-norme secondo cui i consociati vivono. Così ad esempio secondo E. Ehrlich (Grundlegung der Soziologie des Rechts, München-Leipzig 1913, p. 6) « la regola della condotta degli uomini e la regola secondo cui i giudici decidono le controversie possono essere completamente diverse »; anche le regole secondo cui i giudici decidono sono « regole di condotta », ma sono regole « per una piccola cerchia di persone ... incaricate della applicazione del diritto ». Ora, le « regole » di cui parla Ehrlich sono (a) intese come « norme » anche se sono ricavate dall'esame delle decisioni, ed inoltre sono (b) espresse negli stessi concetti elaborati dalla tradizione pandettistica.

<sup>(124)</sup> Ricavare la norma sarebbe infatti nè più nè meno ricavare la cosiddetta ratio decidendi of a case, cioè si risolverebbe proprio nell'operazione che i

formità cui pensano i realisti dei quali si sta parlando è l'uniformità che si stabilisce (che viene stabilita) tra un gruppo di decisioni non già quando esse si ispirano ad uno stesso precetto o norma formulata nei termini di concetti generali elaborati secondo le esigenze di una problematica ottocentesca (esempio: decisioni che si ispirano al principio di attribuire all'imprenditore il rischio dei danni « prevedibili » arrecati ai terzi dai dipendenti (125)), bensì quando le decisioni esprimono - cioè possono essere viste come passaggi obbligati di - una direttiva obbiettivamente controllabile (esempio: decisioni che esprimono la direttiva di accollare all'imprenditore i rischi che egli può assicurare, o che comunque può ripartire tra i clienti sotto forma di costi). In questo senso si possono rilevare delle uniformità, e stare decisis acquista, sia che venga applicato o meno, un senso descrittivo ben preciso: stare decisis significa attenersi (non già a quanto i giudici dicono ma) a quanto i giudici, in casi precedenti, hanno fatto (126).

L'operazione di scoprire le uniformità (cioè, come si è detto, la direttiva) di un gruppo di decisioni è talvolta chiamata dai realisti con un nome che si presta a facili equivoci: essa viene chiamata la « razionalizzazione » di un gruppo di decisioni o la ricerca delle « ragioni », del « rationale », di tali decisioni.

Orbene, « ricerca del rationale » era una di quelle espressioni

realisti, come si è mostrato, considerano impossibile; e le cui difficoltà sono note a (e costituiscono il problema più tormentato di) tutta la dottrina anglosassone (cfr. retro, cap. I, parag. 2), tanto che le proposte del Llewellyn sul modo in cui dovrebbe e potrebbe essere inteso lo stare decisis ha potuto avere largo seguito tra i partecipanti al congresso sullo Status of the rule (cfr. sempre retro loc. cit.) e larga risonanza in tutta la dottrina americana.

<sup>(125)</sup> Non si potrebbero stabilire uniformità sulla base di questo principio perchè il concetto di «danni prevedibili» non è determinato, e la «prevedibilità» non ha un significato diverso dal (cioè non riducibile al) fatto che i giudici in diversi casi hanno usato il termine nel decidere arbitrariamente di attribuire all'imprenditore i rischi di quei danni.

<sup>(126)</sup> La tesi secondo cui, per dare un senso obbiettivo al precetto stare decisis, occorre intenderlo (ripudiando il significato tradizionalmente attribuito a tale locuzione) come un invito, non già a seguire le rules precettive enunciate nelle decisioni precedenti, bensì ad attenersi a quanto in casi precedenti i giudici hanno fatto, è stata enunciata per la prima volta da H. OLIPHANT nell'articolo A return to stare decisis, cit.

che dal benthamismo e dalla scienza della legislazione (127) erano penetrate nella letteratura giuridica anglosassone attraverso Austin (128), e di solito indicava la ricerca del principio applicato nella decisione (rivelando così una forte parentela con le locuzioni del tipo « ratio decidendi » ecc.): da ciò facili equivoci. Il fatto è che l'impiego di rationale nel caso dei positivisti e nel caso dei realisti è solidale rispettivamente con una concezione illuminista della ragione nel caso dei primi e con una concezione strumentalista della ragione nel caso dei secondi: per cui i primi vedevano il rationale delle decisioni nelle premesse, i secondi invece lo vedevano in ciò che le decisioni servono a fare.

Al fine di chiarire sia l'operazione di scoprire le uniformità tra gruppi di decisioni sia l'impiego di « rationale » nella letteratura realistica mi pare opportuno riferire un esempio. L'esempio è costituito dalla analisi del problema della responsabilità vicaria compiuta da William O. Douglas (129). Le parole con cui il Douglas apre la sua analisi sono: « quale rationale giustifica le diverse regole concernenti la responsabilità vicaria in una società moderna? » (130). Secondo il Douglas, occorre vedere se le « regole » usualmente enunciate in questa materia permettono di comprendere ciò che le corti fanno: e ciò che le corti fanno in questa materia, consiste nella allocazione di certi rischi. Orbene, secondo il nostro autore, « resta ancora inesplorato, pur essendo altamente significante, il problema se le [usual-

<sup>(127)</sup> A titolo di esempio, la rielaborazione inglese del Traité des preuves judiciaires (Paris 1823) del Bentham, apparve (nella ed. di J. Stuart Mill, in Bentham, Works, Edimburgh, voll. VI e VII, 1827) con il titolo di Rationale of judicial evidence.

<sup>(128)</sup> Cfr. ad es. J. Austin, Lectures on jurisprudence, 5ª ed. (a cura di R. Campbell) London 1885, vol. II, pp. 680-681, ove, parlando dell'uomo colto, l'Austin osserva che « nient'altro che una vera necessità o una risoluta determinazione a raggiungere il rationale del diritto al di sotto della crosta che lo ricopre potrebbe convincere » un uomo colto a studiare il diritto. Vedo questo passo citato (per altre ragioni) anche da N. Bobbio, Il positivismo, cit.

<sup>(129)</sup> W. O. Douglas, Vicarious liability and administration of risk, cit. Occorre peraltro ricordare che, anche nella letteratura realistica, talvolta « rationale » è impiegato in un senso affine a quello austiniano (per un impiego austiniano di rationale da parte di F. S. Cohen, cfr. retro, p. 104). Comunque l'uso prevalente nella letteratura realistica è quello del Douglas (cfr. ad es. Arnold, Criminal attempt, cit., p. 70 sgg.).

<sup>(130)</sup> W. O. Douglas, Vicarious liability, p. 584.

mente enunciate] regole sulla responsabilità vicaria determinano una soddisfacente ed effettiva composizione di conflitti economici e sociali presenti nella società industriale in cui esse sono formulate » (131); e nell'affrontare questo problema il Douglas si propone di mostrare come, impiegando le « regole » usuali formulate in termini che rinviano a nozioni psicologiche care alla dottrina tradizionale quali la « volontà » e la « prevedibilità », si vengono da una parte a creare problemi giuridici che non sono significativi e non corrispondono agli effettivi problemi sociali ed istituzionali e, dall'altra parte, si perde la possibilità di rinvenire una effettiva razionalizzazione, cioè a dire di ritrovare una uniformità in gruppi di decisioni dal punto di vista dei loro effetti (132).

Le regole circa la responsabilità vicaria, pensa Douglas, sono regole circa la collocazione del rischio, epperciò riguardano la collocazione di costi (assicurativi) in determinati segmenti del processo di produzione: ciò per lo meno in una economia di mercato in cui la pratica della assicurazione dei rischi è generalizzata. Perciò diventano inefficienti quei concetti giuridici, i quali collochino dei costi in segmenti in cui sia facile scaricarli su altri segmenti e (questo è il punto in cui la considerazione scientifica cede il posto ad un parametro di valore) senza che questo determini soluzioni tecnologicamente più progredite. Cioè, una regola giuridica è l'espressione del risultato di una serie potenziale di giudizi i quali a loro volta entrano come componenti del sistema dei costi; per cui una determinata formulazione di regole giuridiche è un atto di politica economica ed i concetti scelti nella formulazione di essa non possono che essere scelti col criterio della efficienza economica, trascurando quei concetti i quali — dal punto di vista dei risultati — non sono univoci. L'uso di tali concetti equivarrebbe all'adozione di una politica economica incoerente e capricciosa. Nelle parole di Douglas: « I fattori di queste regole consistono nel diniego di risarcimento (recovery) contro certi individui o certe imprese (business) in certi momenti. Le ragioni che stanno alla base di talune discriminazioni sono da riferire piuttosto alla situazione della persona che cerca di sfuggire l'obbligazione giuridica

<sup>(131)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 584. Corsivo mio.

<sup>(132)</sup> Cfr. W O. Douglas, op. cit., p. 584.

che non alla situazione di chi cerca di asserire il suo diritto; giudizi che applicano queste regole sono infatti accollati alle imprese rispettivamente interessate, diventano voci di costo, e gli imprenditori (managers) devono pagarle. Questi ultimi probabilmente vorranno provvedere tentando di assorbirle. I loro problemi nell'amministrare queste voci di rischio sono perciò proprii oggetti di considerazione in ogni tentativo sia di circoscrivere sia di estendere le regole sulla responsabilità. L'efficienza con cui le imprese (business) nella società moderna possono amministrare questi rischi non costituisce — per certo — la totalità del problema. Il compenso per la parte danneggiata certo viene prima, ma questo non può essere considerato separatamente dal problema della capacità delle parti cui la perdita è allocata a sopportarla. Solo quando questa capacità è misurata, può essere determinata intelligentemente l'ampiezza (scope) del diritto della parte danneggiata. Altrimenti la regola formulata può essere troppo leggera o troppo pesante. Un'analisi di queste regole alla luce dei problemi di chi amministra il rischio sarà perciò intrapresa. Quantunque questa analisi non possa far altro che mettere succintamente in evidenza uno solo degli importanti problemi impliciti nei casi, tuttavia se tale scopo è raggiunto una base per la razionalizzazione di quelle regole sarà trovata » (133). Ciò premesso, il Douglas esamina la giurisprudenza sulle deviazioni (detour) e sul mutamento di destinazione (frolic) come elementi discriminatori rispetto alla responsabilità di imprese che si servono di autisti. L'autore fa diversi esempi.

1º Esempio. — M è un'impresa di vendita e distribuzione di carbone. S è l'autista che procede per la strada più diretta verso la destinazione voluta da M. P è danneggiato per fatto di S. In questo caso, secondo common law, il danno è accollato ad M in base alla cosiddetta Entrepreneur theory, secondo cui i rischi di una impresa (business) devono essere assunti direttamente dall'impresa. Secondo Douglas tale regola può essere razionalizzata dicendo che « se l'impresa di M è caricata dalla nuova voce di costo, tale voce è similmente imposta a ciascuno concorrente di M ». Così razionalizzata la regola è da approvarsi in quanto « concede un premio all'efficienza » (134).

<sup>(133)</sup> W. O. Douglas, op cit., p. 585.

<sup>(134)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 586.

Una volta razionalizzata la regola, Douglas passa ad esaminare le estensioni che ne sono state fatte. La regola è stata precisata in base a concetti psicologici, quali la prevedibilità dell'evento da parte di M (zone of rik test) e la intenzione di S rispetto all'ordine dato da M (motivation-deviation test). Douglas critica tali estensioni.

 $2^{\circ}$  Esempio. — S danneggia P durante una piccola deviazione dall'itinerario decisa per comprarsi delle sigarette. Poichè S intendeva eseguire le istruzioni di M (motivation test) e la deviazione è irrilevante (zone of risk test), M è responsabile.

3º Esempio. — S danneggia P durante una notevole deviazione, compiuta per motivi personali di una certa importanza. Secondo il motivation test, M non è responsabile. Secondo il zone of risk test lo è, perchè il fatto avviene « dentro la zona in cui una persona che trasporta beni dal punto di consegna al punto di distribuzione può ragionevolmente essere pensata trovarsi » (135).

 $4^{\circ}$  Esempio. — S è sul tragitto fissato, ma intende procedere oltre il punto di destinazione per motivi privati. Secondo il motivation test M non è responsabile; secondo il zone of risk test invece M è responsabile.

5° Esempio. — Quando avviene il fatto, S si trova già oltre il punto di destinazione. M non è responsabile qualunque criterio si adotti (136).

La critica di Douglas a regole in cui compaiono come termini concetti dogmatici di origine psicologica si fonda sul fatto che tali regole non sono regole le quali esprimono una scelta in sede di organizzazione della società economica. Infatti, tracciare su queste basi una distinzione tra l'esempio I e l'esempio V significa respingere una distinzione che si basa su quella « tra rischi che possono essere prevenuti e rischi che non possono essere prevenuti » (137). Dal punto di vista della prevenzione del rischio, la distinzione tra detour e frolic

<sup>(135)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 587.

<sup>(136)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 587-588. Per tutti gli esempi, ovviamente, si assume che non vi sia negligence da parte di M.

<sup>(137)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 588.

non diviene un efficiente strumento in quanto nulla aggiunge alla ovvia tendenza ad impiegare personale ragionevolmente accurato. Parimenti, dal punto di vista dell'evitare il rischio, sfuma la distinzione tra il V ed il II esempio (138).

L'introduzione di nozioni psicologiche, cioè, diviene un impedimento alla razionalizzazione delle regole sulla responsabilità vicaria. « Se le corti desiderassero colpire chi sta in una posizione strategica per evitare il rischio, esse dovrebbero ritenere responsabile M in tutti e cinque gli esempi. Poichè la prevenzione o l'evitare il rischio forniscono scarsa base per una razionalizzazione, quale significato ha il criterio della prevedibilità (foreseability test)? Esso ha fascino, ma è forse qualcosa più che una regola che lascia posto all'arbitrio? » (139). Prima di rispondere a questa domanda occorre, secondo Douglas, esaminare come si amministra il rischio. Il Douglas osserva prima di tutto che, quantunque non sia facile sapere se nel periodo storico della loro formazione le regole sulla responsabilità vicaria costituissero una soddisfacente composizione degli interessi, resta comunque il fattoche, nello studiare se esse costituiscono una composizione soddisfacente oggi, occorre tener presente che nel mondo moderno questi tipi di rischio — come altri — possono essere e sono di fatto tradotti in prezzi di costo. « È palese che M ... può comprare, sul mercato delle assicurazioni, una promessa di pagare le somme che M è legalmente obbligato a pagare a terzi in seguito ad atti di S». Pertanto, se le corti volessero eliminare la distinzione tra frolic e detour, « il mezzo per trasferire il rischio sarebbe lo stesso ottenibile » (140). Insomma, l'unico tipo di prevedibilità il cui impiego permette una vera razionalizzazione (dal punto di vista di un realista), è quello delle scienze attuariali (141). Se pertanto ci si mette dal punto di vista dell'amministrazio-

<sup>(138)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 589.

<sup>(139)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 590-591. (140) W. O. Douglas, op. cit., p. 591.

<sup>(141)</sup> W. O. Douglas, op. cit., p. 592. Quantunque il discorso del Douglas non sia del tutto chiaro, è chiaro per lo meno che l'autore vuol mettere in rilievo come dal punto di vista istituzionale l'insorgere di determinati danni non è prevedibile sulla base di uno schema psicologico mentre lo è sulla base di uno schema statistico. È perfettamente possibile determinare, mediante calcoli attuariali, la quantità di eventi dannosi che si verificheranno in un periodo di

ne del rischio, tra i cinque esempi non vi è alcuna differenza. « Nel rittenere M responsabile nei casi I, II, III, e IV, le corti terrebbero per responsabile un soggetto che ha la possibilità, nella società moderna, di prevenire, evitare trasferire e/o distribuire le singole perdite. Nel non ritenere responsabile M nel caso V non si potrebbe dire che non è stato ritenuto responsabile un soggetto che non aveva tale possibilità (142). Può darsi benissimo che se non si pongono limitazioni alla responsabilità di M si superi il punto in cui il rischio può essere assorbito. I vari tests sono stati trovati perchè una simile sensazione è diffusa. Non si hanno, forse, dati sufficienti: ed in questa situazione è sufficiente dire che i tests offerti sono semplicemente arbitrarii » (143).

Non occorre proseguire lo studio dell'analisi del Douglas (144) per chiarire in cosa consiste la ricerca di uniformità giudiziaria dal punto

tempo sufficientemente lungo nell'esercizio di una data attività industriale: non è invece possibile determinare in precedenza la quantità di danni che si verificheranno (in quello stesso settore) in seguito all'operare di un singolo lavoratore, quantunque conosciuto.

Per una riconsiderazione del presente problema nell'ambito della dottrina anglosassone, cfr. F. James, Accident liability reconsidered. The impact of liability insurance (in Y.L.J., LVII, 1948, p. 549 ss.). Anche nel pensiero continentale questo problema si è posto, ed è stato trattato soprattutto dagli esponenti delle tendenze più antiformaliste della privatistica, da Josserand a Saleilles, da Rümelin a Müller-Erzbach. Da ultimo, anche per la bibliografia, cfr. l'importante lavoro di P. Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano 1961 (per il problema specifico vedi pp. 11 segg.).

(142) W. O. Douglas, op. cit., p. 593. (143) W. O. Douglas, op. cit., p. 593-594.

(144) Nell'articolo di cui ci stiamo occupando il Douglas prosegue la sua analisi occupandosi di altre situazioni che danno luogo a questioni concernenti la responsabilità vicaria. Una di queste è la situazione che si verifica in casi simili a quello testè esaminato, ma in cui S non è impiegato da M, bensì da un diverso soggetto D che esercita un'impresa di trasporti e si trova in rapporto contrattuale con M; situazione in cui la allocazione delle perdite può essere fatta sia ad S, sia ad M, sia a D (pp. 535-604). Non preme qui entrare nei particolari di questa analisi, che si svolge sulla linea della precedente, ed ha di mira la affermazione della arbitrarietà e del carattere « magico » (una parola che è usata spesso dal Frank) delle proposizioni i cui termini sono concetti giuridici di tipo dogmatico; e la affermazione della necessità di uscire da un discorso che si pretende autonomo (come quello dei dogmatici), per dare rilevanza a materiali (cioè a discorsi) non-giuridici. Altre situazioni esaminate sono quelle determinate da fenomeni associativi, quali la partnership, la joint stock company, o fiduciari con finalità associative, quali il trust (pp. 720-743).

di vista di un realista, ed in quale senso i realisti parlino di ricerca del « rationale » di una serie di decisioni giudiziarie. Il rationale è la enunciazione della strumentalità di una decisione rispetto a certi effetti economico-sociali; e si può dire che un gruppo di decisioni possono essere giustificate da uno stesso « rationale ». La ricerca di uniformità così intese è del tutto compatibile con la critica delle « regole » tradizionali formulate con una terminologia inidonea ad esprimere un rationale strumentalistico (145). Tale ricerca permette un particolare tipo di argomentazione giuridica: precisamente l'argomentazione volta a mostrare il collegamento tra la decisione voluta e certi effetti economico sociali che si assumono desiderabili (argomentazione volta a giustificare la scelta), oppure che si ritengono desiderati da colui che deve decidere (argomentazione volta a persuadere a scegliere in un certo modo). Inoltre, nel caso in cui sia possibile ritenere che tutte o gran parte delle decisioni in una determinata materia esprimono lo stesso rationale (146), è possibile attribuire un senso preciso al precetto stare decisis, inteso come un comando ad attenersi a ciò che giudici in casi precedenti « hanno fatto ». Sempre che sia possibile determinare ciò che « hanno fatto » cioè sempre che sia possibile trovare un rationale delle decisioni passate su di una data materia, il precetto stare decisis può, entro certi limiti, funzionare come criterio di decisione. Per dare un senso al precetto stare decisis, tuttavia, occorre argomentare partendo non già dalle premesse normative bensì dalle conseguenze di fatto cui una determinata decisione conduce.

Dopo questa lunga parentesi intesa a chiarire in che senso (nell'ambito del realismo ed in modo non incongruente con le premesse critiche in tale ambito fatte valere) si perseguirono tentativi di « razionalizzazione » e ricerche di « uniformità », è possibile riprendere il discorso interrotto e precisare in qual modo i realisti dei quali stiamo

(146) Il che può avvenire o non avvenire. Cfr. Douglas, op. cit., p. 744-745.

<sup>(145)</sup> Il Douglas osserva esplicitamente che una razionalizzazione è solidale con « il riconoscimento che la tecnica usata [scil., nel formulare le regole tradizionali] è senza senso (meaningless) e puramente arbitraria »: riconoscimento che, a sua volta, porta « a dare sempre minor rilievo alla regola (rule) e sempre maggior rilievo al più complesso problema economico e sociale » (Douglas, op. cit., p. 594).

parlando ritennero di potere esercitare una azione costruttiva, e non meramente distruttiva, nella giurisprudenza.

Si tratta di una azione costruttiva perchè permette di « consigliare » un tipo determinato di argomentazione giuridica: precisamente l'argomentazione volta a dimostrare il collegamento tra la decisione voluta e certi effetti economico-sociali che si ritengono desiderati da colui che deve decidere. Ma, ancor più, si tratta di una azione costruttiva in quanto permette non solo di consigliare il tipo di argomentazione obbiettivamente più fruttuoso per il singolo, bensì anche permette di additare agli operatori a livello autoritativo - cioè ai giudici ed ai funzionari — uno schema di motivazione comprensibile e comunicabile, cioè tale da permettere una discussione ragionevole ed una critica basata su elementi oggettivi. Si tratta dello schema di motivazione per cui le decisioni prese si collegano (non a delle premesse normative, ma) alle conseguenze che tali decisioni, in quanto generalizzate, provocherebbero. Si tratta di un modo di motivare che permette un dialogo ed una critica; comunque permette di comunicare, non ovviamente — sui fini ultimi, bensì sul rapporto fra mezzo e fine (147).

b) Poichè, peraltro, l'unico modo di conoscere scientificamente consiste

<sup>(147)</sup> Ed è proprio in vista di tale rapporto mezzo-fine che, secondo taluni realisti, si può parlare di una vera e propria « scienza » del diritto, anche se tale « scienza » è ritenuta — nel momento in cui i realisti scrivono — ancora in fase embrionale.

Così Oliphant ed Hewitt, nella Introduction (alla traduzione di Rueff) cit., osservano che: a) « La maggior parte della letteratura giuridica si occupa dei primi due metodi » (cioè del metodo « trascendentale » e del metodo « induttivo »: cfr. retro, in questo cap., pag. 2); ed occupandosi dei primi due metodi si dedica non già al residuo pragmatico posto in rilievo, bensì al bagaglio di concetti che di quel residuo costituiscono la mascheratura. In particolare, « si dedica ad erigere, difendere o attaccare elaborate strutture di pensiero autonomo che cercano di descrivere la realtà osservata o quella desiderata per mezzo di una serie di piramidi rovesciate di proposizioni astratte (ogni proposizione successiva essendo più generale della precedente), la realtà in questione essendo costituita dalle effettive decisioni di casi da parte di tribunali». In tal modo, la idoneità delle 'descrizioni' a descrivere effettivamente quanto avviene dipende dal grado di consapevolezza con il quale il bagaglio concettuale è stato costruito in funzione di esigenze pratiche. Tuttavia, proprio a causa della mancanza di studi che affrontino consapevolmente l'aspetto pratico del giudicare, la rispondenza dei concetti dipende in ultima analisi o dal mero caso oppure è il prodotto del buon senso empirico che non segue alcun metodo (op. cit., p. XXVI).

L'aspetto che abbiamo chiamato costruttivo della critica dell'argomentazione (e, di riflesso, della motivazione) compiuta da alcuni realisti è perfettamente parallela a, ed ha un esito solidale con, le proposte costruttive che dagli stessi realisti erano contemporaneamente fatte in sede di discussione dei processi di formazione e degli impieghi dei concetti, cioè in sede di critica del concettualismo.

Tale critica, come si è visto, si basava per la parte che potrebbe dirsi « distruttiva » su quell'aspetto delle analisi dei concetti dogmatici che mira a mettere in luce l'« inidoneità » dei principali concetti tradizionali a funzionare come strumenti per l'operazione giuridica. Tuttava vi è anche un altro aspetto dell'analisi realistica dei concetti giuridici, sul quale pure è stata a suo tempo richiamata l'attenzione; cioè che da parte realistica si affermava (talvolta con maggiore e talvolta con minore convinzione) che i precetti sono tanto meno inidonei ad influenzare le decisioni (pur non essendo mai logicamente sufficienti a determinarle se in essi compaiono concetti dogmatici), e le regole sono tanto meno inidonee a funzionare come descrizioni utili (pur non essendo mai esaurienti), quanto meno i concetti giuridici che in esse compaiono sono « generali » e quanto più tali concetti esprimo-

nel sistemare e relazionare i fenomeni, dato che senza questo sistemare e relazionare non è possibile alcuna predizione garantita, è pur necessario far progredire la sistemazione dei casi. Tuttavia, « perchè l'aspetto 'razionale' della scienza sia produttivo, occorre che i suoi assunti basilari abbiano qualche grado di significato pratico (current significance). Significato che si trova assai poco sovente in grandi masse dei postulati dell'attuale giurisprudenza, che hanno avuto origine dallo scolasticismo medioevale e che sono stati sottoposti da quei tempi ad assai scarso controllo empirico». Molto probabilmente la mancanza di controllo empirico è stata causata da « una mal riposta fiducia nel potere della logica » persino da parte di coloro che deridono il diritto naturale (op. cit., p. XXVII).

c) Comunque « vi è stata una tale completa assenza di sforzi rivolti a sviluppare metodicamente il lato empirico del diritto ed una tale superelaborazione del suo lato razionale, che la dottrina giuridica (scholarship in law) tende sempre più a dimenticare come i tribunali decidono, di fatto, i casi e a prendere sempre maggiormente in considerazione quanto invece i tribunali dicono circa le ragioni per le quali decidono » (op. cit., XXVI).

d) Cosicchè, a meno che non si sia disposti a «chiamare scienza un corpo di sapere sostanzialmente sprovvisto di un ramo empirico», occorre concludere che, allo stato attuale, «non esiste scienza del diritto» (op. cit., pagina XXVII).

no l'esigenza di delimitare nel modo più specifico possibile un conflitto di interessi, in modo che l'adozione di una policy nel conflitto in questione non venga a pregiudicare l'adozione di una policy diversa in casi che (sulla base di qualche criterio politico) possono essere considerati « diversi » da quello in questione. Anche questo aspetto delle analisi dei concetti giuridici sfocia in una tesi su l'argomentazione; e precisamente nella tesi secondo cui quei precetti che sono formulati con l'impiego di concetti giuridici molto ristretti e idonei a descrivere una determinata policy economico-politica, possono in qualche misura, e persino in larga misura, influenzare i comportamenti degli operatori, o per lo meno di quegli operatori che maggiormente sentano quel lealismo nei confronti dei precetti degli operatori giuridici a livello autoritativo che secondo taluni realisti sta alla base di una certa coerenza di fatto della esperienza giuridica e rende possibile la scoperta di talune uniformità di tipo naturalistico nell'ambito di una circoscritta esperienza giuridica (148).

Questa tesi, certamente, era assai poco rilevante nel campo della applicazione del diritto statutario vigente, dato che il diritto statutario vigente al momento in cui i realisti scrivevano era per l'appunto quasi tutto formulato nei termini della dogmatica tradizionale di common law (149), ed era destinata a riflettersi piuttosto in sede di politica e di

<sup>(148)</sup> Cfr. retro, cap. II, paragf. 4 e 5.

<sup>(149)</sup> Peraltro con alcune importanti eccezioni, che valgono a mettere in rilievo un aspetto interessante, sotto il profilo storico, della solidarietà che si stabiliva (forse più nelle cose che nelle stesse intenzioni) tra l'analisi realistica dei concetti giuridici e le correnti politiche che nell'America degli anni 30 propugnavano, in varie guise, un più deciso controllo legislativo delle attività economiche. Le eccezioni erano infatti costituite dalla legislazione economica e, in parte, dalla legislazione sociale. Questa legislazione infatti, sia che stabilisse tariffe, orari massimi di lavoro, minimi salariali, sia che stabilisse particolari controlli e condizioni per l'ammissione dei titoli alla negoziazione in borsa (vedi es. l'istituzione della S.E.C.) sia che riguardasse gli ammassi, era di necessità formulata mediante l'impiego di una terminologia nuova, comodata più o meno felicemente dagli studi di economia e non dai tradizionali trattati giuridici: proprio in vista del raggiungimento di risultati diversi da quelli che, nella tradizione in cui i concetti dogmatici del common law erano venuti formulandosi, si ritenevano essere gli scopi che la legislazione potesse proporsi. Per cui il movimento realistico, nel mettere in luce la possibilità di una legislazione formulata con concetti novellamente recepiti dalle scienze economiche

tecnica legislativa (150); ma la stessa tesi, nelle mani di alcuni realisti, diviene estremamente rilevante per quanto riguarda la possibilità che essa offre di manipolare il diritto giudiziario: come passo subito a chiarire.

A differenza del diritto statutario, il diritto di origine giudiziaria non è preformulato; o meglio non è preformulato se non si assume che il diritto di origine giudiziaria è costituito dalle formule impiegate dai giudici nelle decisions: ma la stessa dottrina tradizionale nel ravvisare la norma di origine giudiziaria nella ratio decidendi, aveva già escluso che per diritto giudiziario (per common law in quanto contrapposta a statutory law) si potesse intendere l'insieme delle formulazioni effettivamente impiegate nelle decisions. Non essendo il diritto giudiziario « già formulato », ecco che in questo campo può essere impiegata la teoria realistica delle formulazioni idonee ad influenzare e delle formulazioni meno idonee ad influenzare. Vi è tutto un filone del realismo che si propone appunto di formulare il diritto giudiziario in modo da poterlo in qualche modo utilizzare.

Per comprendere i nessi che intercorrono tra quest'ultima tendenza e le prese di posizione dei realisti in sede di analisi dei concetti ed in sede di critica del logicismo è opportuno ricordare che, come si è accennato a suo tempo, si manifesta una differenza quanto meno di accento tra quei realisti che insistono molto sull'aspetto arbitrario di ogni concettualizzazione e (come ad esempio lo Yntema) si ralle-

di influenzare effettivamente gli operatori giuridici e nel mettere contemporaneamente in rilievo il grande margine di arbitrio che spetta all'operatore quando sceglie tra i molti possibili — ed economicamente tra loro incoerenti — risultati giustificabili sulla base di una legislazione formulata con i concetti dogmatici tradizionali, veniva implicitamente incoraggiando gli operatori ad interpretare la legislazione vecchia in modo da accordarla con la legislazione nuova: laddove la tendenza di molti giuristi tradizionalisti era quella opposta.

<sup>(150)</sup> La tesi dei realisti ebbe qualche effetto sul modo di formulare le norme. Un esame dettagliato di questi effetti fuoresce dai limiti di questo studio, però vorrei ricordare, come significativo, il caso del Restatement del diritto contrattuale cui collaborò il Llewellyn. Alcune delle critiche che i giuristi anglosassoni di mentalità « classica » muovono a questa parte del Restatement (ad es. K. O. Shatwell, The doctrine of consideration, cit.) si rivolgono proprio a quegli aspetti di esso che riflettono le opinioni del Llewellyn e di altri sul ridimensionamento e sulla semplificazione di alcune concezioni e di alcune concettualizzazioni tradizionali.

grano del fatto che la creazione del diritto non possa essere sottratta agli operatori che decidono i casi individuali (cioè ai giudici), e quegli altri realisti che (pur condividendo con i primi l'opinione che ogni decisione giudiziaria è creativa) insistono molto sulla possibilità di una influenza dei precetti sui comportamenti degli operatori (e dei giudici) quando i precetti sono formulati nei termini di concetti adeguati alla distinzione tra interessi diversi dal punto di vista di una policy politico-economica. Orbene, quest'ultima insistenza si riflette sulle discussioni circa la formulazione del diritto di origine giudiziaria: taluni realisti infatti, ed in particolare modo il Llewellyn, il Douglas, e l'Oliphant, ritengono sia possibile pervenire (mediante l'impiego e la creazione di concetti adeguati, appunto) ad una descrizione strumentalmente idonea delle uniformità (diverse da quelle puramente verbali) che si manifestano in gruppi o serie di decisioni.

Lo scopo che il Llewellyn, il Douglas e l'Oliphant si propongono è ovviamente quello di riconoscere sul piano teorico quanto sembrava loro essere un fatto reale: e cioè che il principio stare decisis è largamente sentito dalla pluralità dei giudici (esprimendo in qualche modo sia la solidarietà professionale sia il conservatorismo tecnico cui l'educazione giuridica predispone), anche se questo principio è un principio affatto indeterminato (151). E, oltre a questa finalità che potremmo dire « conoscitiva », fa capolino anche una finalità che potremmo chiamare « di persuasione »: si vuole cioè persuadere i giudici a considerare non tanto le formulazioni delle decisions precedenti, quanto il senso politico-economico di una serie di decisioni passate, in modo da ottenere quella maggiore « chiarezza » nel campo giuridico che deriva dalla adozione di una motivazione che enuncia i motivi « reali » per cui un giudice si pronuncia in modo conforme alle formulazioni precedenti o per cui invece egli ritiene di doversi discostare da quelle formulazioni (152).

(152) Cfr. sempre The status of the rule, del LLEWELLYN.

<sup>(151)</sup> Indeterminato per le ragioni esposte retro, cap. I parag. 2, e riassunte efficacemente dal LLEWELLYN nel saggio su The status of the rule of judicial precedent, cit.

## CAPITOLO V CONSIDERAZIONI FINALI

- Sommario: 1. La critica della concezione « tradizionale » dell'argomentazione giuridica, la critica dei concetti dogmatici e la posizione dei realisti nei confronti della logica formale. 2. Osservazioni sulla polemica antirealistica e sul significato storico del realismo giuridico americano.
- La critica della concezione « tradizionale » dell'argomentazione giuridica, la critica dei concetti dogmatici e la posizione dei realisti nei confronti della logica formale.

Se si considera attentamente la critica svolta dai realisti alle concezioni tradizionali dell'argomentazione giuridica ci si avvede che tale critica si basa su due premesse distinte anche se collegate: collegate appunto nel servire alla critica della concezione tradizionale dell'argomentazione. Tali premesse sono i risultati della critica realistica dei concetti dogmatici da una parte, ed una presa di posizione sul rapporto tra logica formale e discorso tecnico dei giuristi dall'altra parte. La critica alla concezione tradizionale dell'argomentazione giuridica, infatti, si risolve nel tentativo dei realisti di minare i presupposti di tale concezione; nel corso di tale tentativo i realisti, come si è cercato di mostrare, affermano i seguenti punti.

A) La scelta del precedente è arbitraria. B) Dalla proposizione che decide un caso è possibile ricavare un numero arbitrario di regole o proposizioni normative generali con le quali la proposizione che decide il caso è compatibile. C) Data una proposizione normativa generale (formulazione legislativa in termini generali o regola ricavata da un precedente o formulazione dottrinaria che si adotta come premessa) è sempre possibile trovare soluzioni di uno stesso caso che, pur essendo diverse fra di loro, sono tutte logicamente compatibili con la ridetta proposizione normativa generale. D) Le cosiddette regole ermeneutiche, e la dottrina secondo cui l'interpretazione corretta,

cioè l'individuazione corretta di una formulazione normativa generale, è quella che attua l'intento del « legislatore », non valgono a dare all'operatore un criterio univoco di decisione epperciò l'argomentare sull'« intento » o l'argomentare basandosi sulle regole ermeneutiche non vale (anche nel caso in cui vi sia, tra colui che argomenta e colui che deve decidere, un accordo sull'attenersi alle regole ermeneutiche e/o sul perseguire l'intento del legislatore) a garantire che si pervenga ad un risultato piuttosto che ad un altro.

Orbene, i punti A) C) e D) si basano direttamente sui risultati dell'analisi realistica dei concetti giuridici dogmatici. La scelta del precedente è arbitraria perchè la assimilazione della fattispecie su cui decidere alla fattispecie la decisione sulla quale si vuole assumere come «precedente», avviene sulla base di una scelta, tra i vari elementi del fatto sui cui decidere, di alcuni elementi atti o supposti atti a permettere l'impiego di un concetto dogmatico come « causazione », « tentativo », « consideration » ecc.; solo in seguito a tale scelta è possibile considerare « precedenti » le decisioni rese su altri casi, ed avvenute sulla base della assunzione di elementi del fatto sotto le classi di « causazione », o « tentativo », o « consideration »; ma proprio sulla scelta degli elementi del fatto richiamano l'attenzione i realisti quando osservano il grado di arbitrarietà nell'impiego di quelle classi o concetti dogmatici. Affinchè la scelta del precedente non fosse arbitraria occorrerebbe che la estensione di « causalità ». « tentativo », « consideration », ecc., fosse rigidamente determinata: ciò che appunto i realisti negano (1). Inoltre occorrerebbe che l'insieme delle regole ottenute trascrivendo in indicativi i precetti contenuti in tutti i giudizi già resi costituisse un sistema di proposizioni in cui a) vigesse il principio di non contraddizione e b) tutte le proposizioni fossero compatibili: ciò che pure i realisti negano, in quanto negano il punto b) e non trovano giustificazioni per affermare il punto a)(2). L'individuazione di una formulazione normativa generale precostituita è arbitraria per la ragione che, prima di sussumere una situazione di fatto a quella formulazione, occorre qualificare quella situazione di fatto mediante i concetti (dogmi giuridici) impiegati

<sup>(1)</sup> Cfr. Cap. III.

<sup>(2)</sup> Cfr. Cap. II, passim.

nella formulazione, ed i criteri usuali (regole ermeneutiche e intento legislativo) per la qualificazione sono indeterminati.

Per rendere chiaro il pensiero dei realisti mi sembra si potrebbe fare il seguente esempio (3). Supponiamo dei giocatori impegnati in un gioco di carte; esiste una regola precostituita ed accettata dai giocatori secondo cui si devono scartare i fanti; i giocatori passano le carte e scartano le figure che corrispondono alla definizione accolta di « fante »; in un momento successivo del gioco i giocatori possono scartare le carte che corrispondono a quelle che sono rimaste in cima al mazzo nei giri precedenti; i giocatori ricorrono al taccuino e vedono annotato che, nei giri precedenti, erano rimasti in cima al mazzo i sei, i tre ed i nove; i giocatori procedono a scartare i sei, i tre, ed i nove. Questo esempio assomiglia in un certo senso e non assomiglia in un altro senso al caso di un tribunale che si trova a decidere sulla base di una norma precostituita e della ricerca di un precedente; i realisti ritengono che, ad ogni effetto rilevante, l'esempio non assomiglia al caso del tribunale perchè a) la equivalenza delle carte è stabilita per definizione, dato che le carte sono simboli fatti in modo che in ogni mazzo vi sono quattro serie (semi), ed in ogni serie tredici valori in modo che ad ogni valore di una serie corrisponda l'equivalente valore delle altre tre; laddove nel caso del giudice l'equivalenza tra fatti non esiste se non dopo che, mediante qualificazioni, i fatti siano sussunti sotto uno stesso simbolo (che può essere « compravendita » — non rileva se di chiodi o di fagioli —, ma potrebbe essere, e logicamente non fa differenza, « nove » — non importa se di spade o di bastoni), e le qualificazioni sono in qualche misura arbitrarie; ed inoltre perchè (b) la regola del gioco secondo cui si debbono scartare i fanti è determinata (nel senso in cui il Radin parla di norme « determinate »)(4) mentre la norma precostituita in base a cui il giudice decide un caso non è determinata se non allorquando si tratti di una norma che attribuisce conseguenze giuridiche ad una azione singola ed individuata compiuta da un soggetto designato con il suo nome (cioè: se non nel caso dei « privilegia »).

<sup>(3)</sup> Questo esempio non è fatto dai realisti, ma assumo che i realisti avrebbero accolto tale esempio come idoneo a chiarire il loro pensiero.

<sup>(4)</sup> Cfr. retro, parag. 3 in questo capitolo.

Per quanto riguarda il punto B), l'osservazione che fanno i realisti non è se non l'enunciazione di una regola di logica formale: e cioè che decisioni di due casi, comunque ispirate a criteri diversi o alla ricerca di effetti economico-sociali incompatibili, possono sempre essere ricomprese sotto una formulazione che non venga falsificata da nessuna delle decisioni in questione.

Dall'esame spassionato dei punti A), B), C), e D) si ricava pertanto l'idea che non sia esatto parlare, come pur molte volte si fa, di un « antilogicismo » del movimento realista. Nell'asserire che l'argomentazione giuridica non ricalca e non può ricalcare degli schemi di trasformazione logica di proposizioni, i realisti non intendono minimamente parlare nè in logica nè di logica, bensì intendono mettere in luce alcune caratteristiche proprie delle espressioni linguistiche che contengono concetti giuridici, ed alcuni aspetti delle operazioni che mediante l'impiego di queste espressioni si compiono.

È estremamente importante rilevare questo, perchè solo così è possibile comprendere come, nell'ambito del gruppo di giuristi che si dicevano realisti, si siano potuti manifestare interessi specifici per problemi di logica giuridica (5).

<sup>(5)</sup> Gli interessi che taluni dei realisti ebbero per problemi di logica giuridica, intesa come logica delle proposizioni normative e non come teoria dell'argomentazione dei giuristi, esula dal campo di questa ricerca, la quale si occupa dell'attività di un gruppo di studiosi sotto il profilo di quello che si è chiamato il loro « realismo », e non invece dell'attività che taluni di quegli studiosi svolsero in campi che in nessun modo possono essere considerati sotto la rubrica « realismo ». Ĝli interessi propriamente logici di taluni realisti si manifestarono soprattutto sotto forma di riflessioni sulla teoria di Wesley Newcomb Hohfeld circa la possibilità di descrivere il contenuto di ogni proposizione normativa analizzandolo nei termini di otto concetti fondamentali (fundamental legal conceptions) e cioè: (1) right, (2) no-right, (3) privilege, (4) duty, (5) power, (6) disability, (7) immunity, (8) liability; quantunque gli intenti dell'Hohfeld, che morì giovane senza portare a termine il lavoro progettato, non siano molto chiari, è probabile che queste conceptions fossero intese piuttosto come concetti modali che non come concetti dogmatici (anche se alcuni di essi, come il n. (1) il n. (3) il n. (4) il n. (5) ed il n. (8), si presentano come ridefinizioni di concetti dogmatici diffusamente usati) dato che l'Hohfeld li presenta come una serie di coppie di concetti correlativi (i correlativi sono: (1) e (4); (2) e (3); (5) e (8); (6) e (7)) alternata con una serie di concetti opposti (gli opposti sono: (1) e (2); (3) e (4); (5) e (6); (7) e (8)) tanto da rendere possibile la ideazione di una complessa tavola modale. Le conceptions di Hohfeld sono state intese

In effetti, tutta la polemica anticoncettualistica dei realisti non si occupa affatto delle costanti funzionali deontiche, cioè di quei termini connettivi di cui ad esempio si occupa Hart quando illustra la funzione di « a right » nei contesti giuridici paragonando le condizioni di impiego di « a right » con le condizioni di impiego di « out » in quanto pronunciato da un arbitro durante una partita di cricket (6), bensì si occupa di quei costrutti linguistici impiegati nel discorso giuridico i quali constano di una costante deontica e di un concetto

come modalità da A. Ross (On law and justice, London 1958, p. 161); e mi consta che nella stessa direzione siano L. E. Allen ed altri cultori di logica giuridica che fanno capo alla rivista MULL, i quali avrebbero in progetto una riedizione dei lavori del Hohfeld; cfr. anche lo studio di Manfred Moritz, Ueber Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe, Lund 1960.

I realisti che si interessarono alla teoria di Hohfeld furono il Llewellyn che, ancora studente a Yale, scrisse un editoriale non firmato in occasione della morte dell'Hohfeld per il Y.L.J., XXVIII, 1919, p. 795 ss. (pubblicato anche in Am. L.S.R., IV, 1919, p. 409); e soprattutto il Cook, che fu uno dei più fedeli allievi di Hohfeld, e che scrisse sullo stesso numero del Y.L.J. (XXVIII, 1919, p. 721) un lungo articolo (forse il primo dedicato esclusivamente ad illustrare il pensiero dello studioso americano) su Hohfeld's contributions to the science of law, (che venne ripubblicato nel 1923 come introduzione della edizione postuma di Fundamental legal conceptions). Anche nei lavori scritti dal Cook negli anni successivi è palese l'interesse per la problematica di Hohfeld: cfr. soprattutto Modern movements in legal education (in Am. L.R., VI, 1920, p. 409 segg.) e The utility of jurisprudence in the solution of legal problems, cit. Si occupò di Hohfeld pure il Radin nell'articolo A restatement of Hohfeld, in H.L.R., LI, 1938, p. 1141 segg.

Come osserva giustamente il Bobbio (Diritto e Logica, in R.I.F.D., XXXIX, 1962, p. 9 ss.: cfr. p. 27), «l'interesse per la logica simbolica da parte dei giuristi americani [ha] avuto un significato prammatico: esso era nato dall'idea che la nuova logica fosse più adatta a dar ragione alle correnti antiformalistiche, prevalenti nella giurisprudenza americana, che non la logica tradizionale ». Il Bobbio continua così: «In sostanza si chiedeva alla logica moderna una specie di titolo di legittimazione della scuola realistica; ma le si chiedeva quello che non avrebbe mai potuto dare ». Anche questa osservazione mi sembra giusta: ma occorre tener presente che forse il « programma minimo » era quello di mostrare che la nuova logica non costituiva comunque una legittimazione per la scuola « tradizionale », e questo programma minimo può considerarsi realizzato.

(6) Mi riferisco alla famosa prolusione oxoniense di H.L.A. HART, Definition and theory in jurisprudence (in L.Q.R., LXX, 1954, p. 37 ss.). Mentre è chiaro che la critica anticoncettualistica non si rivolge ad « a right » (inteso nel senso ridetto), la stessa cosa non può dirsi per « persona giuridica », di cui pure parla l'Hart.

indeterminato indissolubilmente uniti in un unico termine. È opportuno chiarire questo punto, perchè si tratta forse del più notevole suggerimento che il realismo giuridico offre allo studioso contemporaneo. Se noi facciamo una asserzione del tipo «X è un diritto acquisito di A » (I) (ove X sta per il contenuto di un qualsiasi diritto soggettivo), noi compiamo una qualificazione giuridica con cui attribuiamo al soggetto A il complesso di facoltà e di pretese giuridiche simbolizzate con X sulla base di una norma giuridica che garantisce la tutela dei diritti acquisiti. Peraltro, il riferimento alla norma non appare a prima vista nella proposizione (I) dato che tale proposizione non contiene un apposito segno per il neustico; il riferimento alla norma (il neustico) è per così dire, incorporato nel simbolo « diritto acquisito», epperciò è collegato con una descrizione. In altre parole, « diritto acquisito » è un costrutto analizzabile nella congiunzione di: (a) la descrizione dei comportamenti dei consociati nei cui confronti con la (I) si vuol attribuire una pretesa giuridica ad A, seguita dal neustico « deve (devono)»; e (b) la descrizione dei comportamenti di cui si vuole con la (I) attribuire ad A la facoltà giuridica, seguita dal segno « può ». Orbene, la critica anticoncettualistica dei realisti mira a mettere in luce i margini di indeterminatezza della maggior parte dei concetti dogmatici (specie di quelli più « generali » elaborati dal pensiero illuminista) nel loro aspetto descrittivo, senza minimamente occuparsi del neustico in essi incorporato: ed anzi, per vero, ignorando molto spesso il problema stesso del neustico (7); e quando, sulla base della critica dei concetti giuridici dogmatici, i realisti si propongono di mettere in luce l'arbitrarietà dell'argomentazione logicistica (cioè dal punto di vista dei realisti « pseudologica ») in giurisprudenza, i realisti intendono parlare della arbitrarietà della trasformazione logica di espressioni linguistiche in cui le costanti sono solo apparentemente tali a causa del fatto che i simboli « costanti » constano di una descrizione indeterminata congiunta ad un neustico vero e proprio (8).

(8) Da questo punto di vista risultano facilmente comprensibili le prese

<sup>(7)</sup> Spesso ma non sempre: ad es., come si è visto, la analisi proposta dal Green della nozione di « causation », sia pure con una terminologia poco accurata, propone la distinzione tra l'aspetto descrittivo e l'aspetto normativo di quel concetto giuridico mostrando chiaramente come la polemica dei realisti si rivolga esclusivamente al primo aspetto. Cfr. retro, Cap. III, parag. 2.

Vero è che, mentre il senso della critica realistica è senza dubbio quello testè detto, molto spesso i realisti impiegano una terminologia poco accurata tanto da indurre in equivoco il lettore frettoloso (9);

di posizione del realista Cook (negli scritti Hohfeld's contributions, e The utility of jurisprudence, citt.) sulla utilità di impostare i problemi giuridici ricorrendo ai « concetti fondamentali » di Hohfeld. Infatti se si parte dal presupposto che un problema giuridico consiste nel decidere se un soggetto abbia un singolo « potere », o « immunità » o « inabilità » (anzichè nel decidere circa la applicabilità di una serie di figure dogmatiche come ad esempio decidere se si può dire che il soggetto sia « entrato in un rapporto che ha origine da un contratto consensuale obbligatorio stipulato con l'avente causa di colui che secondo la lex rei sitae aveva precedentemente acquisito la nuda proprietà dell'immobile i cui frutti futuri costituiscono il contenuto della prestazione dedotta in contratto come consideration») diviene più facile considerare irrilevante la più gran parte dei precedenti che vengono invocati, evitando così di impelagarsi in una nuova catena di concetti atti a « distinguere » il caso da decidere da tutti i casi che, pur essendo diversamente valutabili dal punto di vista della policy che si vuol adottare, sono tuttavia dogmaticamente descrivibili mediante alcuni dei concetti dogmatici che potrebbero essere impiegati tollerabilmente anche nel caso da decidere. In questo senso, si potrebbe dire che, secondo il Cook, ricorrendo ai concetti fondamentali di Hohfeld è forse possibile rendere meno « distinguished » quei casi che gli studiosi anglosassoni con una freddura tralaticia sogliono chiamere « very distinguished cases ».

(9) Vorrei portare un esempio di discorso in chiave realistica in cui appaia come la critica anticoncettualistica non pretende di « negare la logica », e neppure di negare la fecondità della analisi logica dei discorsi giuridici, pur essendo condotta in modo da non lasciare dubbi sul fatto che il logicismo giuridico è preso di mira. Un esempio di questo genere può essere tratto, ad esempio, dall'articolo di H.E. YNTEMA, The hornbook method, cit. Dice l'Yntema, parlando della dottrina del diritto quesito: « Dire che delle leggi 'esistono' in limiti geografici definiti; che da tali leggi vengono 'creati' diritti, e questi diritti 'esistono' finchè vengono distrutti dalla legge; che, inoltre, vi sono 'principi' che attribuiscono a questi diritti il potere di migrare da stato a stato; che in virtù di questi principi i diritti acquisiti sono riconosciuti e coerciti presso tribunali stranieri; dire tutto questo significa esprimere mediante simboli assai grossolani complesse sintesi di fenomeni. Ciò non ostante, la espressione metaforica secondo cui i diritti esistono è sovente un utile modo di dire, cui di per sè non vi sarebbe da obbiettare fintantochè si resti consapevoli di aver semplicemente messo un cartellino sopra una complessa esperienza, reale o supposta. Noi dobbiamo necessariamente parlare e probabilmente anche pensare per simboli... La difficoltà sta piuttosto nel fatto che i simboli impiegati nella teoria dei diritti quesiti non corrispondono ai fattori economici e sociali con cui i tribunali hanno a che fare né informano accuratamente circa le cose che i tribunali fanno. Da ciò consegue il difetto principale di questa come di altre troppo astratte teorie concettualistiche, cioè che, a causa del fatto che i simboli impiegati

e vero è altresì che uno dei realisti, cioè Jerome Frank, asserì che la polemica del realismo giuridico si rivolge specialmente contro la « logica formale », la quale avrebbe dei « difetti » e cioè che (a) « l'ideale di perfezione della logica formale è la staticità (fixity) », (b) « secondo la logica formale solo un punto di vista è quella vero », (c) « la logica formale è inveteratamente verbalistica » (10). Però al di sotto dei discorsi poco rigorosi di quasi tutti i realisti (fanno eccezione il Radin ed il Cook), e persino al di sotto delle parole in libertà del Frank (che fu fra l'altro un cattivo volgarizzatore di talune istanze del realismo), resta il fatto di una critica del logicismo giuridico e della costruzione tradizionale dell'argomentazione giuridica condotta attraverso all'analisi dell'aspetto descrittivo dei concetti dogmatici ed al rilevamento dell'alto grado di arbitrarietà nel loro impiego (11); cioè

sono troppo distanti dalla realtà per descriverla, essi costringono coloro che pensano nei loro termini a considerare loro stessi [i simboli] come realtà ed a credere che manipolandoli secondo processi di logica formale, sia possibile pervenire a risultati 'corretti'. Una semplice illustrazione illustrerà questo punto. La ipotesi: due più due uguale quattro, è vera come proposizione astratta se si accettano alcune premesse; ma non è affatto un metodo universalmente utile di descrizione dell'esperienza (of stating experience), come ben dimostra la somma di due parti di idrogeno a due di ossigeno. Se il campo del diritto fosse come la matematica composto di ipotesi od of the stuff of wich dreams are made of, nessuno potrebbe obiettare al popolamento del mondo giuridico con principi, diritti ed altre costruzioni dottrinali (juristic constructions). Ma il diritto non coincide con la logica quantunque utilmente la logica possa essere fatta servire ai fini del diritto » (pp. 476-477; corsivo mio; sono state lasciate in inglese alcune parole perchè si tratta palesemente di una reminiscenza shakespeariana: « we are such a stuff as dreams are made of ... »). Quantunque la prosa di Yntema sia poco rigorosa, è chiaro che la polemica contro il logicismo giuridico viene basata sulla critica dei simboli giuridici nel loro aspetto descrittivo, e non coinvolge « la logica » e neppure l'impiego di strumenti logici da parte dei giuristi.

Un altro esempio di discorso in chiave realistica che mostra perche la critica realistica non può dirsi rivolta contro lo studio logico in senso stretto potrebbe essere costituito dal brano di F. S. Cohen, cit. retro, cap. II, nota 95 (ma tutto il libro del Cohen, ESLI, potrebbe essere citato a questo proposito).

(10) J. Frank, LMM, p. 67.

(11) È da notare che, dopo la scoperta dei « difetti » della logica formale, il Frank si rimangia tranquillamente la tesi soggiungendo (LMM, p. 67 nota (\*)) che « naturalmente... nessun intelligente critico della logica formale nega il valore del ragionamento sillogistico, a patto che non se ne abusi e che esso non venga impiegato per occultare il fatto che il compito più importante consiste sempre nella scelta delle premesse »: dove è palese che, nelle intenzioni dello stesso Frank, la polemica non si rivolge contro la « logica

resta che, sotto il profilo del problema logico (in senso proprio) del diritto, cioè sotto il profilo della logica del discorso precettivo, il senso dell'analisi dei concetti giuridici dogmatici svolta dai realisti risiede nel tentativo (sia pure non sempre consapevole e raramente perseguito con rigore) di scoprire i vizi delle teorie pseudoformaliste che contrabbandano, sotto l'inappropriata etichetta di « deduzioni logiche », alcune trasformazioni di proposizioni precettive in cui le costanti apparenti sono in realtà la congiunzione di una costante logica con una variabile.

2. Osservazioni sulla polemica antirealistica e sul significato storico del realismo giuridico americano.

L'osservazione fatta all'inizio del precedente paragrafo, secondo cui la critica dell'argomentazione giuridica svolta dai realisti presup-

formale », bensì contro ciò che il Frank erroneamente confondeva con la logica formale e cioè contro il pseudo-logismo dei concettualisti.

Tutto il discorso del Frank in L.M.M., cap. III-VIII, si svolge presso a poco nei termini seguenti: « esiste un precetto secondo cui 'tutti gli uomini verdi hanno il dovere di pagare 10 lire ad X' però Tizio è un uomo verde e non si sa se ha il dovere di pagare 10 lire ad X, infatti fino a quando il giudice non ha stabilito che Tizio ha questo dovere il dire che Tizio ha ii dovere di pagare 10 lire è solo una previsione, più o meno giustificata, circa il comportamento futuro del giudice; perciò il diritto non consiste in precetti e non è possibile logicizzare ». Certo questo discorso non è molto rigoroso, tuttavia è chiaro che questo non rigoroso discorso, in bocca al Frank, vuole semplicemente dire: « posto che io mi metta nei panni di un consulente di Tizio, se Tizio mi chiede se ha il dovere di pagare 10 lire ad X, gli rispondo che esiste una proposizione (il precetto) ritenuta vincolante secondo cui gli nomini verdi hanno quel dovere; quantunque io e Tizio possiamo essere d'accordo sul fatto che Tizio è verde, resta che molto spesso i giudici hanno chiamato « verdi » persone che noi credevamo non verdi, e resta il fatto che l'impiego di « verde » non è rigido, tanto che uno, senza contraddirsi necessariamente, può dire che Caio è verde e non è verde (Caio essendo verdastro); perciò io consulente dico a Tizio che non so quale sarà l'asserzione del giudice eventualmente chiamato a decidere, e che è inutile cercare di prevedere l'asserzione del giudice basandosi sull'ipotesi che il giudice intenda 'applicare' il precetto e trasformando, secondo un qualsiasi sistema logico, il precetto ». In questo senso, come è ovvio, il discorso non è « antilogico » perchè, semplicemente, non è un discorso in logica nè un discorso sulla logica: il discorso mira semplicemente a descrivere un aspetto dell'esperienza giuridica, e ad enunciare un imperativo tecnico, cioè « se voglio fare efficientemente il consulente, ecc. ». E cfr. anche, del Frank, COT, p. 25 e Mr. Justice Holmes, cit., p. 578.

pone la critica del concettualismo ed una presa di posizione decisa sul problema dei rapporti tra logica formale e discorso tecnico del giurista, mi sembra particolarmente importante. Infatti, secondo me, quell'osservazione apre la strada alla comprensione del significato della polemica antirealistica, o per lo meno della polemica antirealistica nella sua espressione teoricamente più importante.

L'espressione teoricamente più importante della polemica antirealistica è quella rappresentata dagli scritti di John Dickinson (12), di Hermann Kantorowicz (13) e di Herbert Hart (14). Quantunque diverse siano le premesse fondamentali da cui questi autori partono, le critiche che rivolgono al realismo giuridico sono strettamente apparentate e quasi si completano a vicenda (15) essendo tutte rivolte a mostrare (a) che l'impostazione data dai realisti al problema della scienza del diritto esclude la possibilità di considerare le regole giuridiche o norme come criteri di condotta, cioè come formulazioni di un « dover essere »; (b) che escludendo la ridetta possibilità i realisti non danno conto della caratteristica distintiva del discorso giuridico rispetto agli altri discorsi che adempiono a funzioni diverse.

Orbene, a mio avviso, queste critiche non sono (come potrebbe sembrare) dirette contro il preteso antilogicismo dei realisti, ma si rivolgono alla concezione realistica della scienza giuridica (epperciò alla critica che i realisti a loro volta muovono alla concezione tradizionale dell'argomentazione); e danno per concesse l'una o l'altra o en-

<sup>(12)</sup> D. J. DICKINSON si vedano: Legal rules. Their function in the process of decision (in U.Pa.L.R., LXXX, 1931, p. 833 ss.); My philosophy of law (nel vol. coll. cit., a p. 89 ss.). Per comprendere appieno il punto di vista di questo autore, tuttavia, occorre tener presente anche il suo lavoro più importante, Administrative justice and the supremacy of law, Cambridge (Mass.), 1927.

<sup>(13)</sup> Di H. Kantorowicz si vedono: Some rationalism about realism (in Y.L.J., XLIII, 1934, p. 1240 ss.); The definition of law, Cambridge 1958.

<sup>(14)</sup> Di H. L. A. HART si veda, a questo proposito, *The concept of law*, Oxford 1961 (su cui mi permetto rinviare alle osservazioni da me svolte nella nota *Il concetto di diritto. Una teoria generale « analitica* », negli Annali della fac, di giur. dell'Univ. di Genova, vol. I, 1962).

<sup>(15)</sup> Ciò che del resto viene suggerito anche da un riferimento assai esplicito che HART (op. ult. cit., p. 250) fa alle opere dei primi due autori ricordati, riferimento in cui quelle opere sono presentate come utili punti di partenza per la discussione delle tesi realistiche.

trambe le tesi che i realisti avevano appunto prese di mira in sede di discussione sui concetti ed in sede di determinazione dei rapporti tra logica formale e discorso tecnico del giurista. Cioè a dire, a mio avviso la polemica antirealistica svolta da Dickinson, Kantorowicz ed Hart evita proprio di colpire le premesse da cui i realisti partono: mentre solo facendo leva sulle premesse sarebbe stata davvero efficace.

In particolare, il Dickinson asserisce: (a) Se il diritto consiste in ciò che i giudici fanno, allora diviene impossibile legittimare le critiche dell'operato dei giudici. Ogni critica dell'operato dei giudici sarebbe preposterioristica, in quanto dovrebbe assumere il risultato dell'attività dei giudici come criterio per criticare quella stessa attività (16). (b) Una asserzione circa l'esistenza di una regola giuridica non può essere l'asserzione di un « essere », ma deve essere la asserzione di un « dover essere »; infatti una regola giuridica può essere disapplicata (17). (c) Se il diritto è ciò che i giudici fanno, allora non hà senso, da parte del giudice, chiedersi come decidere (18). (d) « Se per diritto si intende semplicemente l'azione esercitata dal potere statale (government) allora il diritto cessa di essere una guida o un limite per l'azione di chi detiene il potere (governmental action) e diviene null'altro che un nome nuovo per ciò che sinora è stata chiamato government without law » (19).

È evidente che il Dickinson parte dall'idea che i realisti intendono dare una « definizione reale'» di « diritto » (20); che in secondo luogo egli è ostile a quella (presunta) definizione per ragioni etico-politiche (punto d); che in terzo luogo dichiara impossibile la critica dell'operato di un giudice, ove ci si ponga dal punto di vista di un realista, solo perchè da per scontato ciò che appunto i realisti negano, e cioè che la critica di una sentenza sia una critica tecnica anzichè (come i

<sup>(16)</sup> J. Dickinson, Legal rules, cit., p. 838.

<sup>(17)</sup> Cfr. J. Dickinson, Legal rules, cit., p. 860: « una regola giuridica, anche se ricavata per generalizzazione da quanto si è verificato in passato, non è una regola in termini di 'essere' ('isness') perchè può indifferentemente venir o non venir applicata in una causa sopravveniente, cioè quella per cui si ricerca la regola, a seconda della volontà del giudice ».

<sup>(18)</sup> Cfr. J. Dickinson, Legal rules, cit., p. 843 ss.

<sup>(19)</sup> Cfr. J. Dickinson, My philosophy of law, cit., p. 98.

<sup>(20)</sup> Ciò che noi abbiamo creduto di poter escludere: cfr. retro, cap. II.

realisti invece insistono) una critica etica o politica (21); che in quarto luogo, accusando i realisti di trascurare l'aspetto normativo delle regole giuridiche, per cui le regole (I) possono essere disapplicate e (II) funzionano come criterio di decisione per il giudice, egli trascura tutti gli argomenti addotti dai realisti per suffragare (I) l'opportunità pratica di non parlare di « diritto disapplicato » e di non stabilire contrapposizioni tra « diritto in teoria » e « diritto in pratica »; (II) egli trascura tutti gli argomenti addotti dai realisti per suffragare la tesi secondo cui una regola precostituita non può, di per sè, funzionare come criterio di decisione per un giudice. Insomma il Dickinson non critica le premesse del discorso dei realisti, ma si limita a criticarne le conclusioni, cioè il punto di vista finale (che il Dickinson erroneamente configura come una « definizione reale »), sulla base di un'esigenza di ordine etico-politico (22).

Il Kantorowicz, a differenza del Dickinson, sembra rivolgere la sua polemica anche all'anticoncettualismo dei realisti, cioè alle premesse delle tesi criticate. Il Kantorowicz ritiene che i realisti abbiano errato nel non stabilire una distinzione tra « diritto formale » e diritto che, per non essere formale, può considerarsi « libero ». Il « diritto formale », sia statutario che giudiziario, presenta delle lacune; queste la-

<sup>(21)</sup> Cfr. F. S. COHEN, ESLI, p. 13: « A meno che non si voglia assumere che il diritto (law) è al di sopra di ogni critica morale, non vi può essere obbiezione al criticare un giudice in quanto crea o perpetua un diritto moralmente condannabile (bad law: da notare che, mentre di solito « bad law » è locuzione che indica solo « cattivo insegnamento » in questo passo — ed in tutta l'opera di F. S. Cohen — bad law sta contemporaneamente per « diritto moralmente condannabile » e per « cattivo insegnamento »).

<sup>(22)</sup> Sulla quale esigenza si potrebbero fare molte considerazioni. In tutte le opere, cominciando da Administrative justice and the supremacy of law, cit., il Dickinson si è sempre fatto fautore della massima limitazione dei poteri dell'amministrazione e delle giurisdizioni amministrative (a favore della giurisdizione ordinaria) e della massima limitazione dell'intervento legislativo specie federale (a favore del common law tradizionale). L'idea che il common law tradizionale realizzasse la « supremazia del diritto » mentre l'intervento legislativo e amministrativo fossero parziali e corruttori, assieme all'idea che fosse opportuno risolvere tutti i conflitti di interesse attraverso il gioco formalista dei principi del tradizionale common law, andavano singolarmente d'accordo con le esigenze proprie della principale attività del Dickinson, che era quella di consulente legale della Pennsylvania Railroad.

cune vengono riempite da materiale non (ancora) formalizzato, come regole di opportunità, consuetudini mercantili, convinzioni più o meno generalizzate, preferenze personali di chi giudica: e vengono riempite - in sede di decisione - dando così luogo al diritto di formazione giudiziaria o « libero ». L'importanza del diritto « libero » è, in sede pratica, grande, dato che ove il diritto formale non presenta lacune scarsa è la litigazione. Ma, nonostante l'esistenza di lacune, le regole generali controllano - il più delle volte - le decisioni e vengono applicate dai tribunali; si può ritenere che l'interpretazione letterale di una norma preformulata abbia dei limiti, senza per questo ritenere che le norme, prima della decisione, siano sprovviste di un qualunque significato obbiettivo. Errano pertanto i realisti quando, « esagerando » la tesi della scuola del diritto libero, « asseriscono che il diritto consiste di sole decisioni giudiziarie, e perciò di fatti » (23). « Un cattivo uso del termine "diritto" (law) ... è quello per cui diritto viene impiegato ad indicare non un corpo di regole, ma una massa di fatti reali come ad esempio il comportamento dei giudici»; « tale opinione distruggerebbe la scienza giuridica così come questa è stata fino ad ora coltivata in ogni paese», se è vero che alla base della scienza giuridica « vi è una distinzione, conoscibile, tra gli atti legali e gli atti illegali dei soggetti, e tra le decisioni giustificabili e le decisioni ingiustificabili dei tribunali »: occorre dire perciò che « gli atti illegali e le decisioni ingiustificabli sono tanto "reali" quanto gli atti legali e le decisioni giustificabili, e che non vi è possibilità di distinguere se non applicando loro le regole giuridiche, che conseguentemente debbono essere qualcosa di diverso [dai comportamenti reali] » (24). Ora, è palese che la polemica del Kantorowicz nei confronti delle tesi anticoncettualiste dei realisti è dipendente da una preoccupazione che non può dirsi « scientifica » ma che deve dirsi politica. Infatti il Kantorowicz si limita ad affermare che i realisti « esagerano » la portata delle critiche al concettualismo che già erano state svolte dalla Freirechtslehre, ma non giustifica l'affermazione secondo cui i realisti « esagerano » se non con un affermazione di principio: il

<sup>(23)</sup> H. Kantorowicz, Some rationalism about realism, p. 1241 ss. (24) H. Kantorowicz, The definition of law, cit., p. 18.

Kantorowicz afferma semplicemente che una critica anticoncettualista non deve spingersi tanto oltre da pervenire alla conclusione che le regole precostituite (cioè il diritto formale) non controllano, in linea di massima, le decisioni; nè deve spingersi tanto oltre da pervenire alla conclusione che per conoscere l'ordine giuridico proprio di una società occorra riferirsi alle singole decisioni di casi indivduali (che vengono chiamate fatti) anzichè al « diritto formale »; nè infine deve spingersi tanto oltre da demolire quella che il Kantorowicz asserisce essere la « scienza giuridica così come finora dovunque praticata ». Il Kantorowicz, cioè, rifiuta le conclusioni della critica anticoncettualista svolta dagli esponenti del realismo americano non a causa di contraddizioni interne a quella critica o di manchevolezze di quella critica, ma semplicemente perchè si rende interprete dell'imperativo di porsi (nello studio del fenomeno giuridico) da un punto di vista atto a garantire la possibilità di considerare la critica di una decisione giudiziaria come attività « scientifica » (cioè che si svolge all'interno di una scienza giuridica considerata come scienza autonoma); e perchè si rende interprete dell'imperativo di non impiegare locuzioni come « diritto » o « ordinamento giuridico » per riferirsi immediatamente al regolamento di fatto dei conflitti di interesse che si verificano nell'ambito della società considerata. Entrambi questi imperativi, di cui il Kantorowicz si rende interprete, non emergono dalla considerazione di limiti interni alla teorizzazione dei realisti, come si diceva, ma sono espressione di un'esigenza o preoccupazione di carattere politico: ciò si rileva fra l'altro da un accostamento che il Kantorowicz fa delle teorizzazioni dei realisti ad una teorizzazione nazista del diritto quale quella di Carl Schmitt (25).

Le critiche di Hart ai realisti sono, in un certo senso, più complesse. L'illustre autore afferma quanto segue: 1) La critica realista

<sup>(25)</sup> Cfr. Kantorowicz, The definition of law, cit., p. 18-19, ove a conclusione del discorso sui realisti riferito nel testo si dice: «La massima 'potenza è diritto' è meglio lasciarla alla Realpolitik tedesca. Quanto detto fa giustizia anche del tantativo ancora più radicale di Carl Schmitt, il massimo costituzionalista del Terzo Reich, di rimpiazzare il dualismo 'liberale' di regole e fatti con la 'vivente' unità del diritto come 'konkrete Ordnung'». Da notare che l'articolo Some rationalism about realism fu scritto dal K. l'anno stesso della sua andata in America, avvenuta per sfuggire alla persecuzione hitleriana.

può rivolgersi solo al fenomeno dell'applicazione delle leggi primarie, dato che senza la postulazione delle regole secondarie (di giudizio) non sarebbe nemmeno possibile parlare di « tribunali » o di « persone preposte alla applicazione del diritto » (26). 2) Al di fuori di questo campo litigioso, le regole primarie adempiono alla funzione di offrire uno standard di condotta (27). 3) Anche nelle questioni litigiose v'è largo margine di accordo sul significato delle regole (28). 4) « Per la maggior parte le decisioni, come le mosse di uno scacchista, sono raggiunte o in seguito ad un genuino sforzo di conformarsi alle regole consapevolmente assunte come standards per la guida delle decisioni oppure, se raggiunte intuitivamente, sono giustificate da regole che il giudice era antecedentemente disposto ad osservare e la cui rilevanza per il caso in questione sarebbe generalmente riconosciuta da chiunque (20). 5) Se l'arbitro di un gioco è onesto, quando assegna un punto ad un giocatore lo fa riferendosi alle regole del gioco: dire che le regole del gioco sono quelle che l'arbitro applica, intendendo che esse si risolvono in una previsione, significa o dire cosa falsa o parlare di un'altro gioco e cioè del gioco « l'arbitro fa quel che vuole » (30). 6) La possibilità che i tribunali manipolino la « regola fondamentale di ricognizione » deve essere considerata come eccezionale; eventi di questo genere si inseriscono di solito nel più vasto contesto di una normale attitudine dei tribunali a stare alle regole del gioco giuridico (31).

<sup>(26)</sup> H. L. A. HART, The concept of law, cit., p. 133.

<sup>(27)</sup> H. L. A. HART, op. cit., p. 134.

<sup>(28)</sup> H. L. A. HART, op. cit., pp. 135-136.

<sup>(29)</sup> H. L. A. HART, op. cit., p. 137.

<sup>(30)</sup> H. L.A. HART, op. cit., pp. 138-142.

<sup>(31)</sup> H. L. A. Hart, op. cit., pp. 144-150. Questo punto richiede un chiarimento volto a spiegare cosa intenda Hart quando parla di « regola fondamentale di ricognizione ». Uno degli scopi che Hart si propone in The concept of law è quello di mettere in luce un carattere distintivo dei sistemi giuridici moderni e precisamente che questi consistono di norme appartenenti ai due tipi che Hart chiama rispettivamente « regole primarie » e « regole secondarie ». In modo curioso, Hart illustra la funzione e la natura delle regole secondarie prendendo lo spunto da tre « difetti » che egli considera propri degli ordinamenti che come ad esempio quelli primitivi, sono composti da sole regole primarie: un ordinamento siffatto sarebbe incerto non essendovi una possibilità di risolvere eventuali dubbi sull'esistenza o la portata delle regole; sarebbe statico non essendovi — a parte the slow process of growth — una tecnica per produrre regole

Al fine di mostrare come queste sei tesi di Hart non rappresentano una critica interna delle teorizzazioni dei realisti, ma solo una critica esterna, e cioè si risolvono nella mera contrapposizione di una teorizzazione ad un'altra e diversa teorizzazione, si potrebbe osservare che: la tesi 1) si risolve in una petizione di principio, poichè affermando che i tribunali presuppongono una norma che li istituisce si propone come punto di vista privilegiato quello che tiene conto dell'aspetto interno delle regole, mentre appunto la discussione verte sulla possibilità di adottare un tale punto di vista (nonchè di renderlo privilegiato); la tesi 2) afferma qualcosa che non può essere nè provata nè disprovata, data la normale coincidenza (almeno parziale) delle formulazioni di standards di condotta che vengono dette giuridiche, e di altre formulazioni che vengono dette morali, religiose, ecc.; e data la incidenza, sulla condotta, del timore di sanzioni giuridiche, timore che senza dubbio tende a far adottare come standard le formu-

nuove; sarebbe inefficiente per mancanza di organi preposti alla soluzione delle controversie, all'accertamento dei fatti ed all'applicazione delle sanzioni. A questi « difetti » rimedia l'esistenza di regole secondarie, « che possono dirsi di livello differente dalle primarie, essendo regole su queste ultime; nel senso che mentre le regole primarie si occupano delle azioni che gli individui devono o non devono compiere, queste regole secondarie si occupano ... di specificare in che modo le regole primarie possono essere accertate, introdotte, eliminate, variate, ed il fatto della loro violazione possa venir determinato in via definitiva » (p. 92). Norme secondarie che si dividono in: (a) « regola di riconoscimento » (rule of recognition) che rimedia all'incertezza indicando le caratteristiche in base alle quali una regola viene riconosciuta come «regola del gruppo, che deve essere sostenuta dalla pressione sociale che il gruppo esercita»; (b) « regole di mutamento » (rules of change) che rimediano alla staticità delegando ad una persona o più persone, e fissando contemporaneamente le modalità da seguire, il potere di introdurre nuove regole primarie; (c) « regole sul giudizio » (rules of adjudication), che rimediano all'inefficienza indicando le persone che devono giudicare e le procedure che devono essere seguite (p. 90-95). La ragione per cui Hart ritiene importante la compresenza di regole primarie e di regole secondarie nei sistemi giuridici è che, trattando l'individuazione del diritto, la modificazione del diritto e la dichiarazione del diritto sub specie regulae, i concetti principali delle « teorie generali del diritto » ovvero delle general jurisprudences (come « legislazione », « giurisdizione », « poteri pubblici », « poteri privati » e, sopratutto, « validità giuridica ») possono essere definiti nel loro aspetto « interno », e possono essere considerati come concetti propriamente giuridici - e non, invece, come concetti elaborati in sede di scienze politiche tenendo conto del loro aspetto « esterno » (p. 95-96).

lazioni giuridiche in quanto considerate a ragione o a torto previsioni generalizzate delle decisioni future dei tribunali; la tesi 3) è compromissoria, e comunque non tiene conto della frequente antieconomicità del contendere, che si riflette ad esempio nell'invito a transigere che in quasi tutte le circostanze gli avvocati onesti propongono ai clienti; la tesi 4) è palesemente una petizione di principio che gioca sul valore attribuito a « normalmente »; la tesi 5) si risolve nell'affermazione che, ove il giudice non fosse vincolato dalle regole (guardate dal punto di vista interno) non ci troveremmo di fronte ad un ordinamento giuridico, cioè si risolve in una proposta di definizione di « diritto » volta a far prevalere un significato « corretto » di diritto sul (presunto) significato lessicale che i realisti derivano dalla constatazione che si parla di ordinamenti giuridici a proposito di sistemi che - per la grande indeterminatezza delle norme - sono caratterizzati da una arbitrarietà inevitabile della composizione delle controversie; infine, la tesi 6) non tiene conto che non può ritenersi che la regola fondamentale di ricognizione, intesa come Hart la intende, sia in casi eccezionali modificata e normalmente ben applicata, perchè tale regola si identifica con la pratica di coloro che decidono, ed è da questa pratica inferita.

Concludendo mi sembra che dalla considerazione dei motivi critici che vengono fatti valere contro il realismo americano si possano ricavare elementi a sostegno dell'opinione secondo cui diversi modi di teorizzare sull'esperienza giuridica (o, se si vuole, le diverse « definizioni » di diritto: ma io preferirei evitare questo termine) rispondono non già ad esigenze, istanze, problemi « scientifici », ma esprimono valutazioni e scelte fondamentali (o, se si vuole, esprimono delle valutazioni in termini di giustizia) (32): e non già in astratto ma così come tali valutazioni si vengono a proporre in una determinata situazione temporale sociale e culturale (33). Da questo punto di vista l'alternativa tra una concezione del lavoro del giurista quale quella propria

(33) E vorrei anche a questo punto riferirmi ad osservazioni recentemente svolte dal Bagolini nell'articolo Cultura e scienza del diritto, cit.

<sup>(32)</sup> Vorrei qui fare rinvio alle penetranti osservazioni svolte dal Bago-LINI in Il problema della definizione generale del diritto nella crisi del positivismo giuridico (in R.I.F.D., XXXVIII, 1961).

dei realisti ed una concezione del lavoro del giurista quale quella che si manifesta attraverso la polemica antirealistica di Dickinson, Kantorowicz ed Hart non appare come una alternativa tra due tesi scientifiche (di cui l'una corretta e l'altra scorretta), ma come l'alternativa tra due modi diversi di caratterizzare il fenomeno giuridico.

Modi diversi di configurare il lavoro del giurista e il fenomeno giuridico condizionati sul piano storico ambientale dal peso maggiore o minore che in una determinata situazione si ritiene di poter dare agli aspetti « incerti » ed « arbitrari » delle decisioni degli organi preposti alla soluzione autoritativa dei conflitti di interesse; e conseguentemente condizionati dalla considerazione — compiuta nell'ambito di un contesto storico determinato — di quale, tra i due astrattamente possibili punti di partenza per una descrizione del fenomeno cui usualmente ci si riferisce mediante il comprensivo, elastico e vago termine « diritto » (punti di partenza costituiti rispettivamente da « le norme in base alle quali i conflitti vengono decisi » e « il modo con cui taluni organi costituiti decidono i conflitti ») convenga adottare.

Modi diversi di caratterizzare i compiti del giurista ed il fenomeno giuridico che, sul piano delle valutazioni fondamentali o delle concezioni della giustizia o — in una parola — delle ideologie, sono condizionati dalla scelta tra il punto di vista secondo cui è bene considerare l'attività di critica di una decisione come un ragionamento tecnico ed il punto di vista secondo cui è invece opportuno configurarla come un'attività etico-politica; che sono condizionati dalla scelta che si fa tra l'opinione che, essendo la soluzione dei conflitti atto politico sempre innovativo, sia bene considerarla come tale, e l'opinione secondo cui, essendo la soluzione dei conflitti di interesse (a livello giudiziario) atto dichiarativo di una regola precostituita, sia bene considerarla come tale; che sono infine condizionati da una maggiore o minore adesione alla teoria secondo cui i poteri legislativo e giudiziario possono essere distinti e da una maggiore o minore adesione alla dottrina secondo cui è bene che quei poteri siano distinti.

Probabilmente il punto debole della teorizzazione realista (che emerge anche dalla considerazione della polemica antirealistica, ma che non è affatto il bersaglio diretto di tale polemica) è costituito dalla

pretesa — che i realisti talvolta ebbero — secondo cui il *metodo* realistico (a differenza delle proposte concrete avanzate dai realisti in sede di politica legislativa o giudiziaria) non sarebbe di per sè ideologicamente condizionato.

Vero è che i realisti (sia pure con qualche indecisione) evitarono di dare una definizione generale di diritto e si limitarono a proporre dei « punti focali » ed a renderne qualcuno privilegiato sulla base di considerazioni pratiche. Ma proprio questo evitare una definizione generale — oppenendosi così a tutta una tradizione « definitoria » ideologicamente qualificata — è a sua volta l'espressione evidente di una scelta ideologica di fondo: anche se si tratta di una scelta ideologica che avviene su di un piano generalissimo, quale è quello del problema se sia opportuno riconoscere in sede teorica il fatto (osservabile nel contesto storico in cui i realisti si trovavano ad operare) che l'attività giudiziaria è creativa ed è politica. Questa scelta fondamentale, che caratterizza ideologicamente il realismo giuridico, è certo compatibile con una gamma assai estesa di altre scelte ideologiche (anche se tra loro incompatibili) ad un livello inferiore; così è certo che una volta rilevata quella scelta fondamentale non sarebbe lecito indulgere al tentativo di andare oltre e di ricostruire un organizzato e articolato sistema ideologico del realismo giuridico in blocco. Si potrebbe tutt'al più, a questo proposito, accennare anche alla convinzione, che accomuna tutti i realisti, secondo cui sarebbe opportuno che i giudici (ed i funzionari amministrativi) decidessero ed agissero tenendo conto dei risultati della decisione; ma occorrerebbe precisare che anche in questo caso si tratta di una convinzione ideologica piuttosto generica. Infatti mentre è caratteristica di tutti i realisti americani l'insistenza sul fatto che i giudici ed i funzionari agiscono sulla base della considerazione dei risultati o effetti del loro agire tranne quando vengono irretiti dal macchinismo concettualista con il quale sono abituati a rivestire le loro decisioni, e mentre è caratteristica di tutti i realisti americani il ritenere che solo attraverso ad una educazione degli operatori giuridici che agiscono a livello autoritativo volta a liberarli dalle remore concettualistiche e a dar loro consapevolezza della vera natura della loro attività, il complesso di istituzioni che si chiama in senso lato « diritto » possa adempiere alle sue funzioni di controllo

sociale (34), non è però possibile caratterizzare il realismo giuridico americano sulla base di una ideologia politica molto specifica: cioè non è possibile isolare quali soluzioni dei vari conflitti di interesse « il realismo » in blocco volesse vedere attuate, o quali forme e quali scopi il controllo sociale attraverso gli strumenti giuridici dovesse secondo «i realisti» avere. Quantunque l'azione di taluni realisti che si trovarono ad operare a livello autoritativo (come giudici), possa essere facilmente inquadrata nel contesto peraltro assai indeterminato della politica newdealista (35), resta che le ideologie politiche particolari e le concezioni della giustizia dei vari membri del gruppo differivano anche sostanzialmente, e differivano gli scopi immediati delle loro prese di posizione. Il tentativo di accreditare un tipo di argomentazione giuridica basata sul rapporto tra decisione e risultati o effetti della decisione, resta un tentativo di sostituire una tecnica ad un'altra — in questo senso si potrebbe persino parlare di un « formalismo » del realismo giuridico — e, nonchè implicare una concezione ideologica molto articolata, resta il tentativo di forgiare uno strumento che può venir posto al servizio di svariate ideologie (36): salvo restando il fatto che, in sede di interpreta-

<sup>(34)</sup> L'attribuzione di una funzione di controllo sociale all'istituzione, o al complesso di istituzioni (in senso vebleniano: cfr. cap. I parag. 3) cui si fa riferimento quando si parla genericamente di « diritto », è frequente anche da parte di quei realisti che più si sono adoperati per la polverizzazione concettuale dell'esperienza in una serie di pratiche scarsamente interrelate (cioè per un ridimensionamento degli aspetti « istituzionali » dell'esperienza giuridica che i realisti di tendenza sociologica come il Llewellyn cercavano invece di accentuare). Per un esempio di quanto dico, si veda J. Frank, Realistic reflexions on law as a constructive social force, in Proceedings of the National Conference of Social Work (tenuta a Detroit nel 1933), Chicago 1933, p. 326 ss.

<sup>(35)</sup> Mi riferisco ad O.W. Douglas, che fu nominato giudice della Corte Suprema da Roosevelt, e a J. Frank, che fu dal Roosevelt nominato chairman di quell'organo importantissimo nella riforma newdealista che fu la Securities and Exchange Commission, ed in seguito presidente di una Corte d'Appello Federale.

<sup>(36)</sup> Dal punto di vista esposto nel testo non si può che considerare semplicemente male impostato lo studio del Garlan, Legal realism and justice, cit., il quale tenta di isolare una inesistente concezione realistica della giustizia o una ideologia realistica della giustizia da una serie di impostazioni che giuristi degli anni attorno al 1930 hanno dato a problemi specifici. Anche a prescindere dal fatto che i giuristi ricordati dal Garlan sono in numero assai grande,

zione storica, noi si possa attribuire un significato politico al fatto che questo strumento venisse formulato in un particolare contesto ambientale.

\* \* \*

Nelle pagine precedenti si è cercato di mettere in evidenza la natura del tentativo, compiuto dai realisti, di accreditare un tipo di argomentazione giuridica diversa da quella che tradizionalmente era ritenuta la argomentazione giuridica per eccellenza: cioè di accreditare una argomentazione che prenda le mosse non già dalle premesse normative accolte dall'operatore cui l'argomentazione si dirige, bensì che prenda le mosse dai risultati (« fatti » e non « norme ») desiderati da quell'operatore. Per suffragare questo tentativo i realisti hanno osservato che, di fatto, le argomentazioni che partono da premesse normative celano, di solito, una argomentazione che prende le mosse dai risultati; che comunque una argomentazione che parte da premesse normative porta a risultati arbitrari (cioè permette di arrivare a risultati opposti nel decidere su di uno stesso caso); che infine, se si vuole dare un senso univoco ai processi di interpretazione delle

e fra di essi ricompresi studiosi a proposito dei quali non si era mai parlato (prima del Garlan) di « realismo » quando al termine si era dato un significato specifico (un numero di giuristi di gran lunga maggiore di quello della lista del Llewellyn in Some realism, lista che era gonfiata al massimo per le ragioni polemiche ricordate retro, cap. I, parag. 1), resta che al filosofo Garlan (il suo libro era in origine una tesi di dottorato in filosofia) sfuggono completamente i caratteri del realismo in quanto movimento giuridico inserito in una determinata tradizione giuridica cosicchè la critica a talune concettualizzazioni tradizionali viene messa sullo stesso piano di soluzioni proposte da giuristi (che magari operavano proprio sul piano di quelle concettualizzazioni tradizionali) in ordine a specifici conflitti d'interesse, mentre le effettive divergenze ideologiche sottostanti ad un comune genericissimo «radicalismo» (in senso anglosassone) venivano tenute in ombra. In tal modo si perdeva la possibilità di rilevare la posizione di un ristretto numero di giuristi in ordine alla critica e alla formulazione di talune tecniche argomentative di per sè buone a vari usi, di rilevare gli usi che eventualmente stavano a cuore ai singoli realisti, ed infine di vedere eventualmente il significato storico (del tutto indipendente dai desideri dei singoli realisti in ordine a problemi specifici) del fatto che quelle tecniche argomentative fossero emerse in quella particolare temperie storico-culturale.

formule normative precostituite o ai processi di formulazione di norme « implicite » in decisioni giudiziarie, occorre appunto prendere come base per l'interpretazione e per la formulazione il rapporto tra i risultati (fini) e la interpretazione e la formulazione (mezzo). Come è manifesto, al problema dell'argomentazione giuridica viene in tal modo data una impostazione nettamente strumentalistica: una impostazione che presenta le due caratteristiche tipiche di ogni impostazione strumentalistica dei problemi concernenti il discorso prescrittivo, e cioè da una parte la assunzione del rapporto mezzo-fine a schema conoscitivo fondamentale, e dall'altra parte la incapacità ad offrire risposte al problema dei fini ultimi (cioè dei fini che non possono funzionare come mezzo nei confronti di fini ulteriori) senza uscire dai limiti imposti dalla adozione di quello stesso schema fondamentale.

La prima di queste caratteristiche dell'impostazione data dai realisti al problema dell'argomentazione giuridica è assai importante in quanto da essa vennero tratte conseguenze (a mio avviso positive) in sede di proposte di ricerca ed in sede di pedagogia giuridica. L'adozione del rapporto mezzo-fine come schema fondamentale attorno al quale organizzare la conoscenza giuridica infatti porta a suggerire agli studiosi di problemi giuridici di dedicarsi a quelle ricerche che nel gergo accademico anglosassone sono designate come fact research (37), e che sono rivolte a determinare sia le tendenze o policies implicite nel comportamento (nella prassi) dei giudici componenti un determinato tribunale in un determinato periodo, sia gli effetti di una serie di decisioni sui comportamenti dei consociati, sia ancora le pratiche sociali accertabili in limiti spaziotemporali sufficientemente ristretti (pratiche di cui i giudici e gli altri operatori a livello autoritativo - legislatori, funzionari - debbono tener conto 'se intendono efficientemente perseguire gli effetti sociali che desiderano veder realizzati) (38). In sede di tecnica professionale questa

(38) Questo tipo di ricerche erano guardate con favore e praticate da

tutti i realisti ad eccezione del Frank.

<sup>(37)</sup> Sulla nozione di « fact research », sulla fortuna recente delle ricerche designate così, sulla origine « realistica » di tali ricerche, si vedano i vari studi raccolti nel volume a cura di Alfred F. Conard, Aims and methods of legal research, Ann Arbor, 1955.

impostazione del problema dell'argomentazione giuridica si traduce nel suggerimento agli avvocati, che debbono sostenere una tesi in giudizio, ad offrire ai giudici, oltre agli argomenti « normativi », tutta la documentazione possibile circa i probabili risultati (diretti e secondari) che deriverebbero dall'accoglimento da parte del giudiziario della tesi sostenuta: mettendo così i giudici in grado di conoscere (sulla scorta della documentazione offerta dalle parti in causa) la questione « reale » dedotta in giudizio (39). E parallelamente, in sede di pedagogia giuridica, l'impostazione realistica si traduce in primo luogo nella proposta di affiancare nel curriculum universitario tutto un tirocinio empirico-pratico (processi organizzati con studenti che agiscono come avvocati e come giudici, resoconti di processi affidati a studenti, ecc.) all'apprendimento di formulazioni legislative ed alla digestione di ingenti masse di decisioni (e queste ultime dovreb-

<sup>(39)</sup> Su tutti questi punti, peraltro di solito in senso programmatico più che esecutivo, si vedano W. O. Douglas, The business failure project, cit.; ID., Some functional aspects, cit.; ID., Wage earner bankruptcies, cit.; ID., Factual study of bankruptcy, cit.; ID., Insulation from liability, cit.; K. N. LLEWELLYN, What price contract?, cit.; ID., Behind the law of divorce, cit.; ID., The crafts of law revalued (in A.B.A.J., XXVIII, 1932, p. 801 ss.); In., On crime, social science and rationalism, cit.; ID., The normative, the legal and the law jobs, cit.: In., Horse trade and the merchant's market in sales (in H.L.R., LII, 1939, p. 725); ID., My philosophy of law (nel vol. My philosophy of law, cit.); ID., On reading and using the new jurisprudence (in Col. L.R., XL, 1940, p. 604 ss.); ID., Theory of legal « science » (in N.C.L.R., XX, 1941, p. 1 ss.); ID., On the good, the true, the beautiful in law (in U.Chi.L.R., IX, 1942, p. 225 ss.); ID., Law and social sciences, especially sociology (in H.L.R., LXII, 1949, p. 1286 ss.); H. OLIPHANT, The relation of current economic and social problems to the Restatement of the law (in An. Am. Ac. Po. S.S., CVIII, 1023); ID., Current discussions of legal methodology (in A.B.A.J., VII, 1921, 241 ss.); In., Study of the operations of rules of law (in A.B.A.J., IX, 1923, p. 497 ss.); ID., Introduction, cit.; M. RADIN, The law of sales, cit.; ID., Legal realism, cit.; H. E. YNTEMA, The rational basis of legal science, cit.; ID., Legal science and reform, cit.; ID., The purview of research, cit.; ID., The implications of legal science, cit.; ID., Jurisprudence on parade (in Mich. L.R., XXXIX, 1941, p. 1154 ss.; specialmente per quanto riguarda l'atteggiamento dei realisti nei confronti della sociologia giuridica di Timasheff e dell'Olivecrona). Inoltre possono essere di qualche interesse in questo contesto due recensioni di F. S. Cohen, cioè quella all'Ehrlich (in Ill. L.R., XXXI, 1937, p. 1128 ss.) e quella al Timasheff (in H.L.R., LII, 1940, p. 707 ss.), ed anche il suo articolo Antropology and the problems of Indian administration (in Sw.S.S.Q., XVIII, 1937, p. 1 ss.).

bero essere studiate nel contesto e non sotto forma di «rules » o — come diremmo noi — di « massime »); in secondo luogo nella proposta di collegare gli insegnamenti giuridici (e le facoltà giuridiche) agli insegnamenti (ed alle facoltà) di (delle altre) scienze sociali e politiche (40). Si tratta, come è palese, di suggerimenti intesi a combattere quel formalismo deteriore che da tante parti si riteneva — e si ritiene — favorito dalla tradizione concettualistica delle scuole.

Per quanto riguarda la seconda caratteristica dell'impostazione data dai realisti al problema dell'argomentazione giuridica, cioè il fatto che tale impostazione preclude la possibilità stessa di proporre il problema dei fini ultimi, io non esiterei a dire che anche per questo aspetto l'influenza dell'impostazione realistica sulla cultura giuridica americana deve essere valutata positivamente: tale influenza infatti ha giocato un ruolo assai importante nel combattere le tendenze giusnaturalistiche così diffuse in quella cultura, e nell'accrescere la consapevolezza del carattere di scelta (e perciò del carattere in senso lato

<sup>(40)</sup> Per l'atteggiamento dei realisti sui problemi dell'istruzione giuridica si veda soprattutto J. W. BINGHAM, The mule considers his burden (in A.B. A.J., 1930, XVI, p. 816 ss.); W. W. Cook, Modern movements in legal education (in Am. L.R., VI, 1920, p. 409 ss.); J. Frank. L.M.M. passim; ID., Mr. Justice Holmes, cit.; Id., What constitutes a good legal education? (in A.B.A.J., XIX, 1933, p. 723 ss.; ed anche in Am. L.S.R., VII, 1933, p. 877 ss.); Id., Why not a clinical Lawyer-School? (in U. Pa. L.R., LXXXI, 1933, p. 907 ss.); ID., A sketch of an influence, cit.; ID., A plea for Lawyer-Schools (in Y.L.J., LVI, 1947, p. 1303 ss.); ID., A disturbing look at the Law Schools (in J.L.E., II, 1949, p. 189 ss.); L. Green, New program in legal education (in A.B.A.J., XVIII, 1931, p. 299 ss.); Id., Must the legal profession undergo a spiritual rebirth? (in Ind. L.R., XVI, 194, p. 15 ss.); K. N. LLEWELLYN, B.B., passim; Id., Theory of legal « science », cit.; ID., Law and the social sciences, cit.; H. OLIPHANT, Current discussion, cit.; ID., The public and the law. The three major criticisms of the law and their validity (in A.B.A.J., XVIII, 1932, p. 787 ss.); M. RADIN, The education of a lawyer (in Calif. L.R., XXV, 1937, p. 679 ss.); ID., Legal realism, cit.; ID., Case law and stare decisis (in Col. L.R., XXXIII, 1933, p. 199 ss.); ID., The trail of the calf (in Corn. L.Q., XXXII, 1946, p. 137 ss.); ID., The Chancellor's foot (in H.L.R., XXXXIX, 1935, p. 44 ss.); H. YNTEMA, The hornbook method, cit.; In., Legal science and reform, cit. Molte delle proposte dei realisti circa il rinnovamento dei metodi di insegnamento nelle facoltà giuridiche sono state accolte. Non hanno di solito avuto esito però le proposte tendenti ad unificare le facoltà giuridiche con quelle di scienze politiche, quantunque questa istanza nata negli ambienti realisti sia ormai accolta dalla parte più avanzata dei giuristi americani.

politico) di ogni operazione giuridica compiuta a livello autoritativo, non importa da esponenti di quale « potere ».

Quantunque quasi tutti i realisti abbiano giustapposto una qualche ideologia della giustizia (41) al loro strumentalismo giuridico, ed abbiano perciò fatto anche della precettistica morale, resta che, proprio a causa del fatto che la loro impostazione metteva in luce l'elemento « scelta » implicito in ogni operazione giuridica, la precettistica dei realisti mirava piuttosto a persuadere gli operatori (e soprattutto i giudici) a scegliere in un determinato modo che non a teorizzare rapporti tra una entità « diritto » ed una entità « morale » ovvero a teorizzare i doveri dei giudici qua giudici: in una parola, la precettistica dei realisti era senza dubbio una precettistica morale ma non era una teoria giusnaturalista e costituiva un prezioso freno rispetto al giusnaturalismo inconsapevole che era (ed è) così diffuso nella cultura giuridica americana. Certo, l'aver messo in luce l'elemento « scelta » presente nelle operazioni giuridiche di ritrovamento del precedente, di formulazione delle regole, di interpretazione delle regole precostituite al giudizio, presente in una parola nell'attività del giudice, valeva come una decisa affermazione non solo della creatività ma anche della politicità (in senso lato) dell'attività giudiziaria; così che il riconoscimento di una grande importanza alla funzione giurisdizionale (parallelo al riconoscimento della grande importanza della funzione esecutiva) nel processo di formazione di quello che noi chiameremmo diritto obbiettivo, corrispondeva effettivamente ad un attacco contro uno dei presupposti psicologici e politici dell'ideologia dell'indipendenza del giudiziario; mentre non si possono dimenticare le condizioni ambientali in cui si sviluppò il realismo americano (condizioni caratterizzate da una effettiva politicizzazione del giudiziario (42)) non si può disconoscere che l'impostazione realistica veniva in tal modo a portare un attacco deciso contro una ideologia in cui spesso si vede una delle garanzie fondamentali del cittadino nei confronti dello stato: attacco parallelo, e cronologicamente contemporaneo, a

<sup>(41)</sup> Di solito poco elaborata. La più meditata è quella di F. S. Cohen, Non siamo interessati, in questo lavoro sul realismo giuridico, a studiare le ideologie della giustizia dei singoli realisti.

<sup>(42)</sup> Vedi retro, cap. I parag. 2.

quelli che nell'Europa continentale si venivano consumando da taluni teorici del diritto al servizio delle dittature fasciste (43). Peraltro, se si evitano le generalizzazioni frettolose e si tiene presente il contesto storico del realismo giuridico, è facile vedere come gli attacchi a quell'ideologia abbiano un significato storico politico completamente diverso nei due casi (quello americano e quello europeo continentale): mentre in Europa la ideologia dell'indipendenza del giudiziario costituiva (piuttosto nelle illusioni che nella realtà) un ostacolo alla soppressione delle libertà civili e politiche consumate dal legislativo, in America quella stessa ideologia costituiva (nella realtà) un ostacolo alla politica sociale ed agli interventi economici del legislativo federale; mentre in Europa la classe giudiziaria era ritenuta (di solito a torto) gelosa custode delle libertà civili e politiche, in America la classe giudiziaria era (spesso) gelosa custode delle libertà economiche individuali. Cosicchè quando uno dei realisti (44), tirando le conseguenze della sua teoria all'interpretazione, propose la « amministrativizzazione » del giudiziario (45), egli non fece che precorrere l'ideologia

<sup>(43)</sup> Come è evidente, proprio questo aspetto del realismo giuridico ha suscitato preoccupazioni di carattere politico soprattutto da parte di studiosi europei: come nel caso del Kantorowicz, cui si è fatto cenno.

<sup>(44)</sup> Cioè il Radin, che però si trovò solo (o forse nella compagnia del solo Arnold, le cui idee però sono su questo punto piuttosto confuse).

<sup>(45)</sup> Cfr. M. RADIN, Statutory interpretation, cit., p. 884-885. Il Radin, mentre nega che il legislativo possa ridurre la possibilità di scelta da parte del giudiziario mediante l'enunciazione di principi generali e mediante una legislazione formulata nei termini dei concetti tradizionali di common law, ritiene che il legislatore possa limitare la possibilità di scelta del giudiziario mediante una legislazione minuziosa, formulata in termini rigorosamente definiti e non tradizionali, e la contemporanea istituzione di controlli di carattere amministrativo: «Se vi è una palese contraddizione tra ciò che il giudice ritiene desiderabile e ciò che la grande maggioranza della comunità considera tale, la comunità deve, nella sua funzione legislativa, limitare con quanta cura è possibile, mediante l'impiego di categorie più facilmente determinabili, lo spazio entro cui il giudice può scegliere alternative a lui gradite... È pur vero che i tribunali possono deliberatamente andare al di là dei limiti posti dalla formula. Essi possono decidere contra legem. Questo è il costante rimprovero che si volge a coloro che si rifanno un po' troppo alle lacune della legge. Ma... noi dobbiamo mettere da parte la reverenza che ha circondato il giudice dal tempo in cui le loro signorie on the bench rappresentavano in modo immediato il potere sovrano. Un sistema per porre in essere la responsabilità del

democratica rooseveltiana secondo la quale le decisioni politiche spettano ai rappresentanti eletti e non ai giudici specie se professionali.

giudice, più elastico e manovrabile di quelli che oggi si hanno, potrebbe effettivamente diminuire il pericolo di azione arbitraria da parte dei tribunali. I giudici che decidono contra legem sono, sotto il presente sistema, intangibili... Ma un tribunale disciplinare che potesse sospendere, disapprovare, rimuovere, multare o condannare a risarcimento, potrebbe funzionare benissimo anche se il solo suggerimento provoca un brivido ad ogni common lawyer » (corsivo mio).

Come è chiaro in questo passaggio, il problema del realismo giuridico, in persona di uno dei suoi più autorevoli esponenti, non è tanto quello di fare emergere la effettiva indipendenza del giudice dalla legge precostituita al fine di derivare da questa constatazione di fatto, in maniera surrettizia, una valutazione negativa della certezza del diritto; bensì, invece, il problema di determinare in qual misura è possibile, e con quali mezzi è possibile promuovere, quella forma di certezza che non consiste nella mera sicurezza che i giudici adotteranno un certo tipo di fraseologia ma consiste invece nella possibilità di prevedere quali scelte i giudici compiranno essendo dato un indirizzo politico. In questo senso, la critica dei processi argomentativi del giurista e della « certezza » del diritto intesa come valore colpisce il corpo della common law che, per essere un complesso di giustapposizioni storiche, non contiene un indirizzo politico in senso specifico e, per includere la tradizione dottrinale secondo cui ciò che vincola sono dei principi, non offre alcuna possibilità di controllo del singolo operatore epperciò alcuna effettiva possibilità di previsione: ma quella stessa critica colpisce solo in piccola parte il diritto legiferato semprechè esso consista di formulazioni che non includono i termini tradizionali della common law, essendo questi troppo generici e troppo incerti.

Mi sembra necessario ricordare che, però, alcuni realisti non condividono questa impostazione perchè ritengono che, comunque, il diritto statutario sarebbe sempre (non potrebbe non essere) generico ed incerto. Si tratta soprattutto, come si è rilevato, di Frank e di Yntema i quali non nascondono di ritenere la ricerca di soluzioni equitative delle singole controversie la soluzione migliore tra quelle possibili: cioè la soluzione migliore perchè l'unica possibile. Anche il Frank preferirebbe — in astratto — una legislazione del legislativo ad una legislazione del giudiziario, poichè il legislativo « comes closest to reflecting popular desires » (COT, p. 292); ma — in concreto — ritiene la legislazione del legislativo un ideale irragiungibile (COT, 293 ss.; Words and music, cit.,

passim).

## INDICE DÉI NOMI

Аввот, F. E., 36, 37. Adler, M.J., 196.	Bryce, J., 99. Burks, A.W., 36.
Agnelli, A., 27, 88.	
ALLEN, L.E., 225.	Cahn, E., 154, 198.
Allen, C.K., 11.	CALAMANDREI, P., 15, 158.
Aristotele, 86.	Callahan, C.
Arnold, T., 6, 9, 120, 124, 134, 135,	CAMMARATA, A.E., 74.
136, 137, 138, 139, 140, 144, 145,	CAMPBELL, R., 209.
146, 147, 148, 149, 150, 194, 196,	CAPPELLETTI, M., 15, 29, 158.
209, 246.	Capograssi, G., 78.
Ascarelli, T., 106, 118.	Callahan, C., 49.
Ascoli, M., 99.	CARBONNIER, 27.
Austin, J., 4, 26, 27, 32, 33, 34, 56,	CARRÈ DE MALBERG, R., 96.
58, 72, 74, 84, 87, 88, 89, 209.	CARDOZO, B.N., 11, 57, 109, 113, 164, 167.
BAGOLINI, L., VII, 80, 118, 119, 147,	CARNELUTTI, F., 158.
237.	CATTANEO, M.A., 27.
BATIFFOL, H., 27.	CESARINI SFORZA, W., VII, 157, 158.
Beale, J.H., 106.	CLARK, C.E., 7, 121.
BEARD, C.A., 47.	Cohen, F.S., 6, 7, 36, 45, 79, 80, 81,
Bensa, P.E., 181.	82, 97, 98, 107, 108, 109, 110, 111,
Вентнам, Ј., 29, 209.	112, 113, 114, 115, 119, 120, 156,
BENTLEY, A., 47, 48, 114.	164, 171, 172, 173, 206, 209, 228,
Ветті, Е., 177.	232, 243, 245.
BINGHAM, J.W., 5, 6, 7, 8, 9, 74, 75,	Cohen, M.R., 7, 163, 196.
102, 120, 157, 244.	Coing, H., 27.
BLACKSTONE, W., 23, 33, 34, 81.	Commons, J.R., 20, 46, 104.
BLATCHFORD (Justice), 19.	CONARD, A., 242.
Blau, J.L., 36, 37.	Cook, Walter W., 4, 6, 7, 9, 35, 120,
Воввю, N., 10, 27, 106, 154, 160, 169,	133, 152, 156, 164, 174, 175, 193,
184, 196, 209, 225.	194, 200, 206, 225, 227, 228, 244.
RODENHEIMER, E., 28.	Convey F.S. av
BOGNETTI, G., 5, 34, 35, 36, 147, 167.	CORNERS E 176
Bonnecase, J., 176.	Cosentini, F., 176. Cotta, S., 26.
Bradley (Justice), 18.	Coutts, J.A., 14.
Brand, C.E., 49.	CROCE, B., 168.
Bruncken, E., 23.	Cross, R., 14.
2	,, -7.

DATIGERY, S.M., 44.

DECRIL, F., 176.

DE MARINI, C.M., 158.

DEWEY, I., 37, 38, 46, 51, 52, 53, 57, 77, 87, 92, 94, 167; 200.

DE WOLFE HOWE, M., 31, 36.

DICKINSON, J., 32, 230, 231, 232, 238.

DILLON, J.F., 31.

DORMAN, J., 44.

DOUGLAS, W.O., 6, 9, 14, 15, 102, 110, 121, 205, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 220, 240, 243.

DUGUIT, L., 89.

EHRLICH, E., 95, 157, 207, 243. EISENMANN, C., 27. ELLENBOGEN, H., 14. ELLIOT, W.Y., 44. ESSER, J., 27. EVERETT, C.W., 28.

Fabreguettes, 176. FADDA, C., 181. FECHNER, E., 27. Frielemann, J.K., 36. FIELD, D.D., 18, 23, 31. Fisch, M., 35. FISKE, J., 36, 37. Frank, J., 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 15, 16, 23, 34, 35, 36, 37, 49, 50, 58, 65, 75, 76, 77, 80, 81, 88, 102, 106, 121, 127, 129, 141, 144, 150, 152, 154, 155, 156, 157, 165, 175, 180, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 202, 203, 204, 205, 206, 214, 228, 229, 240, 242, 244, 247. Frankfurter, F., 24, 35, 47, 122. FRANKLIN, M., 29, 30. FRIEDMANN, W., 157. FULLER, L., 28, 32, 50, 63, 196

Garlan, E., 7, 64, 240, 241. Geny, F., 176. Glannini, M.S., 27. Gluchi, G., 46. Gluliani, A., 28, 29, 31, 32, 159. Gmelin, J.G., 157.

Fuchs, E., 157, 176.

GOODERSON, R.N., 14.

GOODERAT, A.L., 13, 14, 131, 204.

GORAL, C., 71, 141.

GRAFF, J.C., 11, 32, 33, 34, 58, 60, 72, 87.

GREEN, L., 7, 9, 36, 102, 120, 121, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 191, 202, 203, 226, 244.

GREEN, N. ST. JOHN, 36, 37.

GREENE, N., 24, 47.

Hägerström, А., 178. HALL, J., 35. HALL, M., 164. HAMILTON, W.H., 7, 23. HARDMANN, T.P., 13. HARE, R.M., 128, 159, 161. HART, H.L.A., 22, 27, 88, 129, 130, 169, 225, 230, 231, 234, 234, 236, 237, 238. HARTSHORNE, C., 36. HAYAKAWA, S., 121. HECK, P., 176, 185. HEWITT, A., 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 216. HOAR, 24. HOBBES, T., HOPETADTER, R., 36. Homfeld, W.N., 26, 57, 224, 225, 227. HOLDSWORTH, W., 141. HOLMES, O.W., 25, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 51, 52, 57, 58, 59, 74, 75, 80, 112, 113. Honoré, A.M., 129, 130. Hope, T.S. jun., 49. HULL, C.L., 49. HUTCHESON, J.C., 15, 16.

ISAY, H, 157.

Jackson, R.H.I., 11.
Jacobs, C.E., 31.
James, F., 214.
James, W., 36, 37.
Janssen, P., 176.
Jellinek, G., 96.
Jennyngs, W.I., 204.

JHERING, R., 34. JOSSERAND, L., 214.

Kallen, H.M., 37.

Kantorowicz, H., 95, 230, 231, 232, 233, 234, 238, 246.

Keeton, G.W., 6, 31.

Kelsen, H., 26, 27, 33, 57, 88, 89, 96, 115, 168, 184, 190.

Kennedy, W.B., 164.

Kent, J., 33, 34.

Keyser, C.J., 113.

King, R., 47.

Knies, K.G.A., 45.

Kocourek, A., 14.

Koven, H., 14.

LABAND, P., 96. LANGDELL, C.C., 32, 41. LASKI, H., 2, 7, 35, 89. Lasswell, H.D., 7. LEACH, J.R., 23. LE BRAS, G., 27. LERNER, M., 7, 35. Lévy Bruhl, 27. Lief, A., 35. LIVIGNSTON, E., 29, 30, 31, 54. LLEWELLYN, K.N., 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 35, 50, 58, 61, 62, 63, 64, 75, 76, 77, 78, 82, 95, 100, 101, 102, 103, 104, 110, 122, 141, 142, 143, 147, 157, 158, 175, 186, 187, 200, 202, 204, 205, 206, 208, 219, 220, 225, 240, 241, 242, 244. LUNDSTEDT, V., 178.

Magnik, A., 176.
Maitland, F.W., 84.
Malinowsky, 95.
Mancini, F., 141.
Mansfield, 137.
Marsch, J.D., 22.
Marshall, J.H., 121.
Marshall, L.C., 48.
Marshall, O.R., 31.
Maxwell, 177.
May, G., 48.

Mc Dougal, M.S., 7.
Mc Whinney, E., 205.
Mill, J.S., 209.
Miller (*Justice*), 18.
Mitchell, W.C., 29, 44.
Montaner, A., 44.
Montrose, J. L., 14.
Moore, U., 5, 7, 49, 50, 102.
Moorhead, R., 15.
Morison, W., 28, 88.
Moritz, M., 225.
Morra, N., 106.
Moschziker, R., 13.
Müller Erzbach, R., 214.

Nadelman, K., 15. Nelles, W., 7, 47. Netton Fiero, S., 31. Northrop, F.C.S., 28, 32, 50. Nussbaum, A., 5, 49.

OLIPHANT, H., 6, 7, 9, 14, 50, 122, 142, 157, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 205, 206, 208, 216, 220, 243, 244.

OLIVECRONA, K., 243.

ORESTANO, R., 27, 78, 106.

PALMER, P.A., 28. Paradies, F., 3. Paton, G.W., 14. PATTEN, S.N., 43. Patterson, E., 7, 53, 102, 147. Paul, J., 7, 64, 154, 194, 195, 196, 197. Peirce, C.S., 36, 37. PERELMANN, C., 159. PERLMAN, S., 46. Perry, R.B., 36. PERTICONE, G., VII. PIOVANI, P., 78. Pollock, F., 4. Pound, R., 5, 7, 23, 25, 28, 29, 31, 57, 61, 114, 147, 164, 196, 204. Powell, T.R., 7, 22, 124. **Р**кітснетт, С.Н., 22. Puchta, G.F., 181.

RADIN, M., 7, 9, 28, 62, 69, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 101, 102, 103, 110, 122, 142, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 194, 200, 223, 225, 228, 243, 244, 246. RAGGI, L., 71, 106. REICHEL, H., 176. REUCHLEIN, H.G., 7, 31, 50, 147, 194, RHEINSTEIN, M., 158. ROBINSON, E.S., 7. RODELL, F., 7, 193. ROGUIN, E., 26. ROOSEVELT, F.D., 22, 100, 240. Ross, A., 225. Rossi Landi, F., 28. ROUBIER, P., 27. Rueff, J., 163, 206, 216. RÜMELIN, M., 214.

Russell, B., 54.

STEWART, 24.

SABINE, G.H., 44, 45. SALEILLES, R., 214. SALMOND, J., 4, 72. SANDULLI, A., 21. SARTORI, G., 48. SATTA, S., 158. SAWER, G., 14. SAYRE, P., 34, 121, 139. SCARPELLI, U., 128, 161, 169. SCHMOLLER, G., 45. **S**снмітт, С., 234. Scносн, М.М., 147. Schriver, H.C., 35. Schwarzenberger, G., 29. Shanks, C.M., 121. SHATWELL, K.O., 141, 219. SHERMAN, 24. SIMPSON, A.W.B., 14. Sмітн, A., 18, 21. SOMBART, W., 45. SPENCER, H., 21. STEPHENS, R.B., 15. Sternberg, T., 176. STEVENSON, C.L., 196.

STONE, J., VII, 14, 26, 27, 64, 67, 132, 147, 194.
STUMPF, S.E., 27.
SUNDERLAND, 122.
SUSSMAN, G., 49.
SWAYNE (Justice), 18.

Taft, R.A., sen., 24.
Tammelo, I., VII, 118.
Teller, 24.
Thackeray, 96.
Thayer, J.B., 32.
Thomas, D.S., 121.
Timasheff, N.S., 243.
Toulmin, S., 160, 161.
Treves, G., 26.
Treves, R., 26, 27.
Trimarchi, P., 214.
Tugwell, R., 43.
Tunc, A., 11, 15, 22, 175.
Tunc, S., 11, 15, 22, 175.
Tylor, E.B., 38.

Van der Eyken, 176. Veblen, T., 20, 44, 45, 46, 51. Vianello, M., 44. Villey, M., 27. Visalberghi, A., 113.

Warner, J., 36.

Wasserstrom, R.A., 14, 158.

Weber, M., 45.

Weiss, P., 36.

White, M., 44, 51, 52.

Wiener, P.P., 36, 37.

Williams, G.,

Williamson, C., 29.

Willoughby, W.F., 96.

Windscheid, B., 181.

Wolf, Ernst, 20.

Wright (Lord), 14.

Wu, J.C., 35, 36.

YNTEMA, H.E., 7, 9, 35, 41, 50, 102, 122, 124, 133, 150, 157, 186, 200, 202, 203, 204, 219, 227, 228, 243, 244, 247.

