

INTRODUZIONE

La nozione di interpretazione, al pari della nozione di norma, si configura come centrale nello studio del diritto. Non ci si può, infatti, assolutamente esimere dall'affrontare in via generale, almeno implicitamente, il problema ermeneutico, perché esso è il punto di passaggio obbligato tanto per il teorico quanto per il giurista pratico. Del resto, tutti i giuristi interpretano, moltissime delle loro attività potendo venir qualificate come attività *latu sensu* "interpretative". D'altro canto, non c'è tesi di diritto positivo che non venga presentata come una "interpretazione", ossia come il risultato o il prodotto di un'attività interpretativa. Attraverso l'interpretazione vengono – secondo le diverse concezioni – accertati o costituiti o in parte accertati e in parte costituiti i precetti che rappresentano l'oggetto della conoscenza giuridica. Non c'è allora da stupirsi se giuristi, filosofi e sociologi del diritto si sono spesso soffermati a riflettere su questo tema, sia elaborando teorie che mirano a descrivere le prassi effettive degli interpreti, sia elaborando dottrine che prescrivono come si debba interpretare.

Il termine "legge", oltre la norma o regola di condotta, finisce per indicare anche il momento *creativo* della regola, cioè la fonte della norma e, storicamente, la fonte per antonomasia delle norme o regole di condotta: vale a dire la legge del Parlamento, suprema espressione della sovranità popolare. La legge, intesa nella seconda delle accezioni appena considerate, consta di proposizioni, di uno o più enunciati linguistici eventualmente raggruppati in articoli. Da questi enunciati l'interprete *ricava*, secondo alcuni, o *costruisce*, secondo altri, le norme. E dunque attraverso l'interpretazione che si determina il significato del testo e cioè la norma giuridica, ricavata secondo alcuni all'interno del testo (e quindi semplicemente conosciuta dall'interprete) ovvero, secondo altri, costruita dall'interprete stesso.

Le principali teorie dell'interpretazione che si contendono il campo nel pensiero giuridico moderno sono sostanzialmente tre: una teoria cognitiva (o formalistica), una teoria scettica (o realista), ed una teoria mista (o intermedia), che tenta di conciliare le due precedenti.

La teoria cognitiva sostiene che l'interpretazione è "scoperta", conoscenza empirica o del significato "proprio", oggettivo, dei testi normativi (ad es.: le leggi) o della soggettiva intenzione delle autorità normative (ad es.: il Parlamento). "*The discovery of the law* – scrive a tal riguardo J. Austin - *which the lawgiver intended to establish, is the object of genuine interpretation: or (...) its object is the discovery of the intention with which he constructed the statute, or of the sense which he attached to the words wherein the statute is expressed*"¹.

Tale concezione (teoria "conoscitiva" dell'interpretazione), che vede nell'interpretazione un'attività di mera conoscenza, non di volontà, di carattere puramente tecnico, deriva dal considerare la normazione una sfera nettamente distinta da quella dell'interpretazione: l'interprete viene a configurarsi come soggetto istituzionalmente distinto e contrapposto al legislatore; esso conosce norme già prodotte da quest'ultimo, norme che, dunque, preesistono all'attività interpretativa. Tale visione dell'impresa ermeneutica soggiace alla credenza che le parole abbiano un significato "proprio", "intrinseco", dipendente dalla relazione oggettiva tra parole e cose; o alla credenza che le autorità legislative abbiano una volontà come gli individui oppure un'intenzione univoca e riconoscibile. Ragionando in tal guisa, scopo dell'interpretazione diventa semplicemente *scoprire* questo significato e questa intenzione preesistenti, già incorporati nelle leggi e in genere nei testi normativi. Per ogni enunciato normativo dovrebbe esservi dunque sempre una, ed una sola, interpretazione "vera".

La direttiva metodologica formalistica postula di conseguenza che ci si debba attenere, nell'interpretazione di un documento legislativo, ove la lettera della legge non sia oscura, ad un'interpretazione cosiddetta "dichiarativa", attribuendo all'enunciato il senso più immediato ed intuitivo. Essa può sintetizzarsi nel brocardo *in claris non fit interpretatio*.

La teoria cognitiva ritiene, infine, che i sistemi giuridici siano necessariamente "completi" (ossia privi di lacune) e coerenti (ossia privi di antinomie), in modo tale che ogni controversia ricada nell'ambito applicativo di *una sola* norma giuridica preesistente. Non vi sarebbe allora spazio per la discrezionalità giudiziale: le decisioni dei giudici essendo determinate esclusivamente da norme giuridiche preesistenti. Quindi, ogni questione di diritto sarebbe suscettibile di una sola risposta giusta o corretta.

A conclusioni radicalmente antitetiche pervengono invece le teorie realiste (o scettiche) dell'interpretazione giuridica, le quali costituiscono oggetto precipuo della presente tesi. Esse considerano elementi costitutivi del diritto non le statuizioni, bensì formulazioni linguistiche di significato indeterminato. Prima dell'interpretazione

¹ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, London, Murray, 1911, pp. 1023-1024.

vi sono semplici testi (disposizioni, enunciati normativi); le norme (prescrizioni, statuizioni) non sono altro che il *significato* che, di volta in volta, a tali enunciati l'interprete attribuisce. La norma quindi non è il presupposto, l'oggetto distinto o separato dall'attività interpretativa, ma ne costituisce al contrario il risultato. Per la teoria scettica, dunque, l'attività ermeneutica è *sempre* volitiva e creativa, l'interpretazione essendo in buona sostanza valutazione e decisione. Citando J. C. Gray: "*After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is it is for them to interpret legislative acts. (...) And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. (...) The courts put life into the dead words of the statute*"².

I sostenitori delle teorie scettiche osservano che i testi normativi emanati dalle autorità legislative sono suscettibili di interpretazioni sincronicamente configgenti e diacronicamente mutevoli. Da ciò essi concludono che le norme giuridiche non preesistono all'interpretazione, essendone piuttosto il risultato. Di conseguenza, il giudice non viene chiamato a risolvere un problema intellettuale, conoscitivo, bensì un problema di politica legislativa paragonabile a quello del legislatore di emanare leggi "giuste" nella cornice della Costituzione. Come scrive G. Tarello: "*Il processo interpretativo si esercita su di un enunciato (...) e perviene alla norma; la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo*"³.

Benjamin Hoadley, vescovo di Bangor, citato da Gray, affermava in proposito: "*Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them*". Ed inoltre: "*It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law*"⁴.

L'assunzione soggiacente al suddetto modo di intendere l'attività ermeneutica è l'idea che le parole *non* abbiano affatto un significato proprio, giacché ogni parola può avere o il significato ad essa attribuito dal parlante o il significato ad essa attribuito da ciascun ascoltatore, e la coincidenza tra questo e quello non è in alcun modo garantita. In altri termini, mentre, secondo una conclusione formalistica, l'opera dell'interprete sarebbe un'attività meramente conoscitiva, per le concezioni più radicalmente realiste non vi sono mai norme prima dell'interpretazione: le norme giuridiche non preesistono all'interpretazione, ma ne sono anzi il risultato.

Inoltre, secondo la teoria "scettica" dell'interpretazione, è un dato di fatto che qualunque sistema giuridico realmente esistente sia incompleto e incoerente. Di fronte a lacune e/o ad antinomie, i giudici creano inevitabilmente norme nuove e/o derogano a quelle esistenti. In entrambi i casi, essi agiscono come legislatori. Non si può pertanto tracciare una distinzione netta tra legislazione e giurisdizione. Conseguentemente, la scienza giuridica ha quale suo principale oggetto le decisioni dei giudici e delle pubbliche autorità; solo l'attività degli interpreti (e più in particolare quella dei giudici: interpreti dotati di particolare autorità) può essere quindi studiata e classificata.

La teoria mista (o "mediana"), intermedia tra le due precedenti, sostiene che l'interpretazione è: a) talvolta, il risultato di un processo di conoscenza; b) talaltra, il prodotto di una decisione discrezionale dell'ermeneuta. Due sono le versioni della suddetta teoria. La prima versione sottolinea l'irriducibile "trama aperta" (ossia la vaghezza, l'indeterminatezza) di quasi tutte le disposizioni giuridiche, formulate prevalentemente in linguaggio naturale, per mezzo di termini classificatori generali. Essa distingue, entro il significato di ogni norma, un "nocciolo" di significato accettato e una "penombra" di incertezza.

Conseguentemente, data una norma qualsivoglia, vi sono controversie che sicuramente ricadono nel suo campo di applicazione (casi facili e chiari), come pure controversie marginali per le quali l'applicazione della norma è discutibile (casi difficili). I giudici non usano alcun potere discrezionale quando decidono un caso chiaro. Ma la discrezionalità del giudice è inevitabile ogniqualvolta si debba decidere un caso difficile: in tali circostanze, infatti, la decisione esige una scelta tra soluzioni diverse e configgenti. In altre parole, di fronte ad un caso chiaro, che ricade nel nocciolo di significato accettato della formulazione normativa, il giudice si limita a "scoprire" e "descrivere" questo significato "oggettivo". Di fronte ad un caso difficile - né chiaramente incluso

² J. C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 1948, pp. 124-125.

³ G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 72.

⁴ J. C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, cit., p. 102.

nel, né chiaramente escluso dal, campo di applicazione della norma- il giudice è invece costretto a “decidere” un significato e ad “ascriverlo” alla norma.

Emblematiche espressioni di tale posizione “mediana” sono certamente le teorie di Herbert Hart e Genaro Carriò, secondo le quali l’interpretazione può essere (nelle “zone di luce”) *scoperta*, descrizione, di significato, ovvero (nelle “zone di penombra”) mera *ascrizione* di significato. «*La solución de los casos del primer tipo – scrive al riguardo Carriò - puede ser adecuadamente descripta usando expresiones tales como “el interprete descubrió o halló el significado que tal o cual norma tiene” o bien “el interprete aplicó tal o cual regla en su significado objetivo” (...) En cambio, la solución de los casos del segundo tipo (...) no puede ser descripta de ese modo sin engendrar graves equívocos. El caso no está caramente incluido ni caramente excluido por el significado descubrible de las palabras de la ley. El interprete (...) se ve forzado a decidir, bajo su responsabilidad, si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, a ese respecto, son indeterminadas. Su decisión, en consecuencia, no está controlada por ellas. Para considerar el caso como incluido o como excluido el interprete se ve forzado a adjudicar a la regla a un sentido que, en lo que hace al caso presente, hasta ese momento no tenía. (...) Ese sentido o significado (...) ha sido puesto por el interprete sobre la base de una decisión no determinada por los habitus lingüísticos establecidos*»⁵.

Non è chiaro se, entro questa teoria, i casi difficili debbano essere considerati lacune o no. Ad ogni modo, la teoria mista sembra convenire con quella scettica che i sistemi giuridici non siano né completi né coerenti.

Diversamente dalla prima, la seconda versione della teoria mista distingue non tra casi facili e casi difficili, ma tra testi chiari e testi oscuri. Mentre la prima versione sostiene che la discrezionalità giudiziale dipende dal “mondo” (la varietà di controversie), la seconda versione sostiene invece che la discrezionalità giudiziale dipende dal “linguaggio”, ossia dalla formulazione delle norme giuridiche. Per questa versione, l’interpretazione comporta comunque discrezionalità; tuttavia, l’interpretazione non è un passaggio necessario, ineludibile, di qualsivoglia interpretazione giurisdizionale. Essa è talora superflua.

Se l’interpretazione occorra o no dipende allora dalla formulazione del testo. Ciò significa che, quando un testo è chiaro, non vi sono dubbi circa il significato che esso incorpora e non vi è spazio per l’interpretazione, dal momento che “*interpretatio cessat in claris* (ovvero “*in claris non fit interpretatio*”). Per contro, quando un testo giuridico è oscuro, nascono dubbi intorno al suo significato e l’interpretazione diventa necessaria. Ergo: le decisioni giurisdizionali non hanno carattere discrezionale quando danno applicazione ad un testo chiaro, ma sono il prodotto di una scelta discrezionale ogniqualevolta danno applicazione ad un testo ambiguo.

Le tre succitate teorie dell’interpretazione giuridica possono essere anche ricostruite, mutuando una classificazione già operata da Riccardo Guastini, come altrettante “*analisi (tra loro configgenti) degli enunciati interpretativi, intesi come conclusioni di discorsi interpretativi*”⁶.

- a. Secondo la teoria cognitiva, gli enunciati profferiti da giuristi e giudici nell’interpretazione dei testi normativi hanno natura descrittiva: sono cioè enunciati *veri* o *falsi*. Interpretare vuol dire connettere parole e significati, e ciò consiste nel descrivere empiricamente dei significati preesistenti, già incorporati nelle parole.
- b. Secondo la teoria scettica, i discorsi interpretativi non sono né veri né falsi. Non vi sono significati incorporati nelle parole prima dell’interpretazione. Essendo l’interpretazione “costitutiva” dei significati, connettere parole e significati non equivale affatto a descrivere: gli interpreti, e in particolare i giudici, *ascrivono* significati alle formulazioni normative.
- c. Infine, secondo la teoria mista, bisogna distinguere due tipi di discorsi interpretativi. Nei casi facili e/o di fronte a testi chiari, gli interpreti si limitano a *descrivere* il significato preesistente della formulazione normativa, in conformità all’uso diffuso (cioè alle regole linguistiche accettate) entro una data comunità linguistica. In tali casi, interpretare consiste semplicemente nello scoprire il significato accettato. Pertanto, si può ritenere che questi discorsi interpretativi siano veri o falsi. Di fronte a testi oscuri, al contrario, gli interpreti *ascrivono* un significato alla formulazione normativa di cui si tratta. L’interpretazione prescelta diviene allora il risultato di una decisione discrezionale. Pertanto, in tali ipotesi, i discorsi interpretativi non sono né veri né falsi.

Delle tre succitate teorie dell’interpretazione giuridica, quelle che maggiormente interessano l’oggetto della presente tesi sono senza dubbio le ultime due, vale a dire quella scettica (da Noi qualificata come “estrema”) e quella cosiddetta “mediana” (da Noi definita scettica “moderata”). L’adesione allo scetticismo estremo è

⁵ G. CARRIO’, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, II ed., 1979, p. 57.

⁶ R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in “*Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica 1997*”, Padova, Cedam, 1997, pp. 39-40.

appannaggio *in primis* del Realismo giuridico americano: un movimento che nella prima metà del XX secolo produsse, attraverso la speculazione di teorici del calibro di Karl Llewellyn, Max Radin e Jerome Frank, una serrata critica all'argomentazione giuridica tradizionale e alla concezione sillogistica del giudizio, diretta a smontare il "mito" positivista della certezza del diritto.

In epoca più recente (precisamente a partire dal 1977), la *vis critica* dell'ormai estinto movimento realista statunitense ha trovato una logica prosecuzione in quella pleiade di teorici che vengono a formare (pur con diversità di accenti e dissonanze) il *Critical Legal Studies Movement*. Tra gli esponenti più autorevoli di questo composito movimento, fortemente critico nei confronti dell'ideologia nell'attività giudicante, spiccano senz'altro i nomi di Mark Tushnet, autore di un'accurata analisi critica del diritto costituzionale americano; ma soprattutto di Duncan Kennedy, che (alla luce del suo radicale nichilismo) identifica diritto e politica, individuando i comportamenti strategici generalmente sottesi all'opera interpretativa. Esiti radicalmente scettici ha avuto altresì il *Reader Response Criticism* elaborato dal critico letterario statunitense Stanley Fish, con la sua rivendicazione della forza costitutiva della ricezione e la sua concezione dell'interpretazione non come ricerca dell'*intentio auctoris* o dell'*intentio operis*, bensì come mera imposizione dell'*intentio lectoris*.

Nonostante lo scetticismo "estremo" sia fenomeno prettamente statunitense, non sono mancati in Europa illustri teorici che hanno aderito alle sue posizioni ermeneutiche estremistiche. Basti pensare a Michel Troper, con la sua teoria realista dell'interpretazione costituzionale, o alla posizione eccentrica rispetto al realismo giuridico scandinavo del danese Alf Ross. In Italia, poi, è stata addirittura individuata una "Scuola scettica genovese", capeggiata da Giovanni Tarello e Riccardo Guiastini. Per non parlare, inoltre, della posizione fortemente nichilistica di Pier Giuseppe Monateri, sostenitore dell'assenza radicale di fondamento dell'interpretazione giuridica.

La teoria ermeneutica definita "mediana" ha condotto, a sua volta, a posizioni scettiche "moderate", nelle quali oggi si riconosce, sebbene con diverse sfumature teoretiche, la più parte dei teorici del diritto. Oltre ai già citati Herbert Hart e Gènarò Carriò, sostenitori della trama "aperta" del diritto, si debbono citare Hans Kelsen (al cui formalismo scientifico si accompagna un saldo antiformalismo interpretativo), Eugenio Buligyn e Richard Posner, fondatore dell'*Economic Analysis of Law*.

L'ultima parte della presente tesi è dedicata ad una succinta rassegna delle principali posizioni giusfilosofiche anti-scettiche ed anti-decisioniste, facenti capo a teorici del diritto di scuola analitica (Scarpelli, Luzzati, Villa, Ferrajoli) ed ermeneutica (Zaccaria, Pastore, Dworkin).

CAPITOLO PRIMO

LO SCETTICISMO “ESTREMO” STATUNITENSE

PARTE PRIMA

IL REALISMO GIURIDICO AMERICANO

SOMMARIO: 1. Caratteri generali del realismo giuridico. – 2. La critica dell'argomentazione giuridica e della concezione sillogistica del giudizio. – 3. La critica del processo di ritrovamento della norma regolatrice di un caso: a) scelta del precedente; b) estrazione di una "regola" da una decisione. – 4. Critica dei processi di individuazione delle norme generali. Il problema dell'interpretazione nel pensiero dei realisti. – 5. Lo scetticismo sulle norme nel pensiero di K. N. Llewellyn. – 6. *Fact Skepticism*: Jerome Frank ed il "mito" della certezza del diritto.

1. Caratteri generali del realismo giuridico

Realismo giuridico scandinavo e realismo giuridico americano si sono sviluppati ed hanno espresso le loro idee più significative attorno alla prima metà del secolo (con ulteriori sviluppi nei lustri immediatamente successivi da parte del realismo scandinavo).

Le origini del realismo giuridico scandinavo si possono far risalire ai primi decenni del Novecento, con la pubblicazione dei primi saggi dello svedese Axel Hagerstrom, fondatore del movimento. Il realismo scandinavo prosegue, in Svezia, con Vihlelm Lundstedt e Karl Olivecrona.

Un altro ramo del realismo scandinavo è rappresentato dal danese Alf Ross, anch'egli discepolo di Hagerstrom, ma che, oltre all'influsso hagerstromiano ha anche subito quello di Hans Kelsen e per certi versi si ricollega alla dottrina del realismo giuridico americano.

Il realismo giuridico è una prospettiva empirica sviluppatasi sul piano giuridico. Esso considera il diritto come un "fatto". E questo fatto in cui consisterebbe il diritto è di natura essenzialmente psicologica, contrariamente a quanto aveva ritenuto il vecchio positivismo.

Il "realismo" è l'elemento, la prospettiva comune ai due movimenti: i due realismi però si colorano molto diversamente sotto l'influsso del differente tipo di condizioni socio-culturali in cui sorgono ed operano.

Il realismo giuridico scandinavo deriva il suo nome dalla cosiddetta "*tesi della realtà*" di Axel Hagerstrom: essa consiste nella "affermazione del dualismo soggetto-oggetto", sostiene cioè, contro la filosofia idealistica imperante in Svezia all'inizio del secolo, che "*nell'atto conoscitivo il soggetto viene a contatto non già con una modificazione della propria coscienza ma con un oggetto, con una realtà ben distinta dal soggetto medesimo. Questa realtà oggettiva si identifica esclusivamente con il mondo dell'esperienza sensibile, con la totalità dei fenomeni inscritti nelle coordinate spazio-temporali: tale identificazione viene effettuata sulla base del principio di non-contraddizione assunto come legge portante non solo del nostro pensiero, ma anche della realtà stessa*"⁷.

Ne consegue che ogni asserzione relativa a realtà di tipo diverso da quella sensibile (realtà spirituale o soprasensibile in genere) è da considerarsi senza senso. *Preterea censeo metaphysicam esse delendam*, era il motto di Hagerstrom, dove per metafisica intendeva appunto tutte quelle nozioni che non possono essere ridotte in termini fattuali o di relazioni comunque esistenti nel mondo empirico.

Trasportata e applicata nel campo giuridico, questa teoria ha portato ad una puntuale revisione e al controllo delle costruzioni concettuali fondamentali usate nel linguaggio giuridico, per smontarle e disarticularle alla ricerca dei fatti corrispondenti ("*il diritto come fatto*" come dirà Olivecrona): e per scartarle nei casi in cui tali fatti non vengano riscontrati. Hagerstrom e gli altri realisti hanno anche cercato di spiegare queste nozioni "metafisiche" come il "*prodotto di meccanismi psicologici di introiezione*" e come "*false oggettivizzazioni di sentimenti di costrizione provocati dall'abitudine e dalla pressione sociale, o addirittura risalenti ad origini magico-religiose*"⁸.

Anche il realismo giuridico americano (nel cui alveo germina uno scetticismo interpretativo con sfumature radicali) prende le mosse dalla realtà, ma il taglio è subito più giuridico che filosofico, pur senza dimenticare che esso è stato influenzato da una prospettiva filosofica generale, il pragmatismo di William James e di John Dewey. Non è opportuno parlare di "scuola realistica" cioè non un gruppo con un unico "credo" ufficiale ed accettato da tutti, 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

⁷ E. PATTARO, *Il realismo giuridico scandinavo – I. Axel Hagerstrom*, Bologna, Clueb, 1974, pp. 29.

⁸ S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, Comunità, 1974, p. 41.

prevalente considerazione di alcuni problemi tipici, dall'uso di determinate premesse metodologiche e dalla comunanza di alcuni risultati tra gli esponenti. Karl Llewellyn sostiene 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 complementarità, una connessione tra i risultati cui pervennero "quasi fossero guidati da una mano invisibile"*"⁹.

I maggiori esponenti di questo movimento sono, oltre al succitato Llewellyn,: Thurman Arnold, Joseph W. Bingham, Felix Salten Cohen, Walter Wheeler Cook, William O. Douglas, Jerome Frank, Leon Green, Herman Oliphant, Max Radin ed Hessel E. Yntema.

Alla base della critica realistica sta l'impostazione del problema della conoscenza giuridica nei termini della distinzione tra *"ciò che è"* e *"ciò che deve essere"*. Stabilendo tale distinzione, il realista assume essere oggetto della propria ricerca non un sistema normativo bensì delle serie di fatti. Le proposizioni normative formulate dagli operatori giuridici divengono oggetto di conoscenza in quanto assunte come formulazioni, cioè come fatti. Conseguentemente, le proposizioni prescrittive (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" ed il giurista si trova a studiare non solo una serie di precetti, ma una serie di precetti ed una serie di pratiche. La relazione tra i precetti e le pratiche essendo soggetta a mutamenti storici, l'oggetto dello studio del giurista (il "diritto") appare continuamente mutevole: specialmente se si tiene conto della continua formazione di nuove pratiche e formulazioni di nuovi precetti nel corso dell'attività giudiziaria (nella "creazione giudiziale di diritto")

*"Il realismo (dei realisti americani) – scrive Pound – significa fedeltà alla natura, esigenza di descrivere i fatti così come realmente sono, invece di descriverli come si immagina che siano, o come si desidera che siano, o come si ritiene che dovrebbero essere"*¹⁰. Nelle parole di Jerome Frank realismo significa *"descrizione di ciò che è, in contrasto alle visioni romantiche, o fantastiche, tendenti ad abbellire la realtà, e a sostituirla con quella esistente solo nei desideri"*¹¹. Tutto questo viene applicato direttamente al campo dei giudici, alla realtà del diritto rappresentata dalla *law in action* in contrapposizione alla *law in books*, indagando *"su ciò che i tribunali fanno effettivamente, e non ciò che essi dicono di fare"*.

*"Non la ragione addotta da un particolare giudice a sostegno della sua decisione e neppure tutto il complesso di regole accumulate attraverso i secoli sotto la spinta degli avvenimenti storici, ma il comportamento effettivo, l'azione riflessa di tutte le parti interessate alla risoluzione della controversia, costituiscono l'unico vero oggetto di qualsiasi studio che voglia essere scientifico. Questi comportamenti possono venir osservati empiricamente, classificati statisticamente ed interpretati induttivamente dal giurista scienziato, precisamente come le abitudini delle formiche vengono descritte e classificate dall'entomologo (...) seguendo un behaviorismo puramente empirico e rinunciando a ricercare la razionalità e il fine, la giurisprudenza uscirà finalmente dal dominio della metafisica per assurgere trionfalmente al suo stadio più elevato, lo stadio del suo sviluppo scientifico"*¹². I realisti americani scoprono in questo modo che la sequenza abitualmente accettata: *"prima gli enunciati normativi che contemplano il caso e poi la decisione del giudice"*, non corrisponde al funzionamento effettivo del diritto.

L'ordine dei fattori deve perciò essere così invertito: *"prima il giudice arriva ad una decisione sulla base di una serie di elementi che sono la sua ideologia della giustizia, l'idea che si è fatto degli interessi in causa, e persino le sue idiosincrasie personali, palesi o occulte, e poi va alla ricerca delle norme e dei precedenti da applicare al caso e che possono servire per giustificare la sua decisione"*¹³. Il tutto pur manifestando grande omaggio formale per la lettera degli enunciati normativi e dei precedenti. I realisti americani dimostrano, infatti, come un giudice (oppure un avvocato) possa arrivare a conclusioni diverse pur partendo da premesse simili, con grande dovizia di esempi tratti da casi specifici discussi davanti ai tribunali.

⁹ K. N. LLEWELLYN, *Some realism about realism. Responding to dean Pound*, in "Harvard Law Review", vol. 34, 1931, p. 1222 ss.

¹⁰ R. POUND, *The Call for a Realistic Jurisprudence*, in "Harvard Law Review", 1931, p.697.

¹¹ J. FRANK, *Are Judges Human ?*, in "University of Pennsylvania Law Review", 1931, p. 18.

¹² P. ARONSON, *Tendencies in American Jurisprudence*, in "Toronto Law Review", vol. 4, 1941, p. 103.

¹³ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 151 ss.

E' evidente in questo modo di concepire l'argomentazione giuridica l'influsso del pragmatismo, che può essere considerato la matrice filosofica del realismo americano. Scrive a tal proposito Dewey: "*As a matter of fact, men do not begin thinking with premises. They begin with some complicated and confused case, apparently admitting of alternatives modes of treatment end solution. Premises only gradually emerge from analysis of the total situation. The problem is not to draw conclusion from given premises; that can be best done by a piece of inanimate machinery by fingering a keyboard. The problem is to find statements of general principle and of a particular fact which are worthy to serve as premises*"¹⁴.

"*Il precedente ha due facce, come Giano*", scrive Llewellyn, e vi sono delle tecniche argomentative perfettamente legittime (ad es. quella "allargata" e quella "ristretta" del precedente) che permettono di utilizzare i precedenti che servono e di sbarazzarsi di quelli sgraditi. "*Si tratta non di una teoria unica o di una sola linea di pensiero, ma di due, e di due che, se applicate contemporaneamente allo stesso precedente, risultano contraddittorie. Lo stesso avvocato nello stesso esposto, lo stesso giudice nello stesso parere, possono usarle tutte e due*"¹⁵. Questo è reso possibile dalla presenza nel sistema di *common law* americano della regola dello *stare decisis*, con vincolatività delle soluzioni dei casi per i giudizi successivi. Poiché oltre alle giurisdizioni dei singoli Stati vi sono negli U.S.A. anche i diversi gradi di giurisdizione federale, è facile vedere come sia possibile una frequente difformità di decisioni.

Osservazioni analoghe si possono fare a proposito degli enunciati legislativi, a causa della generalità e della possibile variabilità di significato dei termini impiegati: "*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*"¹⁶.

Il mondo sociale è caratterizzato da continui conflitti tra interessi contrastanti che rischiano di dissolvere la società. Occorre, dunque, assicurare una composizione razionale di questi conflitti che tenga conto dell'utilità sociale. Ma questo compito non può spettare ad una funzione mediatrice dello Stato. Lo Stato, attraverso la funzione legislativa, accetta o respinge la pressione degli interessi in contrasto secondo la logica del potere, e quindi non può svolgere una funzione mediatrice. Questa funzione spetta alle Corti e pertanto il diritto vero, nel senso oggettivo del termine, è proprio quello che si fa pragmaticamente attraverso i giudizi delle Corti e non quello delle norme poste dallo Stato o dei concetti statici elaborati dai giuristi che si lasciano fuorviare dal "*concettualismo giuridico*". Perciò il realismo giuridico americano (che può svolgere queste teorie perché costituisce una tipica espressione del sistema dello "ordinamento giuridico aperto" vigente nelle società anglosassoni) ravvisa nella funzione giudiziale il fulcro della esperienza giuridica ed arriva, anzi, ad affermare con Holmes, che "*il diritto non è che la previsione di ciò che il giudice deciderà sui casi che gli vengono sottoposti*"¹⁷.

I realisti evidenziano poi i caratteri di generalità e astrattezza dei concetti dogmatici, i quali, se da un lato permettono di coprire un largo spettro di fattispecie diverse fra di loro, dall'altro non consentono di formulare delle previsioni attendibili sul comportamento dei giudici, non costituendo quindi uno strumento utile per la scienza giuridica. La scientificità della giurisprudenza, infatti, per i giusrealisti americani consiste nella sua capacità di dare informazioni dotate di un certo grado di certezza sul modo in cui i tribunali decideranno le controversie future, al fine di orientare le azioni delle persone interessate. Sorge allora la necessità di non fermarsi ai *paper rules*, ossia alle "regole di carta", ma di andare alla ricerca dei *real rules*, delle "regole reali", delle motivazioni e dei comportamenti effettivi delle corti, tenendo anche conto che la realtà sociale è in continuo movimento.

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 concetti in un contesto normativo provochi necessariamente l'indeterminatezza delle norme enunciate, dato che si tratta di concetti essi stessi indeterminati, a causa della loro latitudine. I concetti dogmatici del *common law* sarebbero infatti 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

¹⁴ J. DEWEY, *Logical Method and the Law*, in *Landmarks of Law: Highlights of Legal Opinion*, a cura di R. D. Henson, New York, AMS Press, 1960, p. 122.

¹⁵ K. N. LLEWELLYN, *The Brumble Bush, On our Law and its Study*, New York, Ocean Publications, 1951.

¹⁶ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., p.180.

¹⁷ O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, in "Harvard Law Review", 1897, p. 461.

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 l'adozione di un numero molto maggiore di nuovi concetti.

Da quanto detto appare chiaro che il punto centrale della critica realistica della giurisprudenza è costituito dall'analisi dei concetti giuridici. 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 che permettono di stabilire collegamenti sistematici tra concetti (in primo luogo quello di "diritto"). 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.

Oltre all'influenza del pragmatismo, i realisti americani hanno risentito molto della giurisprudenza sociologica di R. Pound, il quale concepiva il diritto "*non come un organismo, che cresce a causa e per mezzo di qualche proprietà ad esso inerente, ma...come un edificio, costruito dagli uomini per soddisfare aspirazioni umane, e continuamente riparato, restaurato e ricostruito e ampliato al fine di venire incontro al crescere e al variare delle aspirazioni*"¹⁸. Proprio questa esigenza di una scienza giuridica consapevole del continuo processo di mutamento e di aggiustamento del diritto costituisce una delle caratteristiche fondamentali del realismo americano, anche se esso, pur avendo raccolto l'aspirazione alla concretezza empirica propria della giurisprudenza sociologica, si muove poi in maniera autonoma, con metodi e obiettivi diversi e indipendenti.

Ambedue i realismi giuridici, americano e scandinavo, si iscrivono a giusto titolo in quella che è stata definita "*la rivolta contro il formalismo*"¹⁹, dovuta all'influsso delle scienze sociali emergenti in quel periodo, quali la sociologia, la psicologia, la psicoanalisi, la giurisprudenza sociologica, l'istituzionalismo. Nel campo giuridico in particolare il formalismo era rappresentato dall'atteggiamento tipico del positivismo giuridico secondo cui il diritto poteva venire sistematizzato per mezzo di concetti dogmatici e di definizioni precostituite. Contro il formalismo i realisti sostengono l'esigenza di andare al di là dei concetti e delle definizioni per arrivare a cogliere la "realtà" del fenomeno giuridico. Ma le linee d'attacco sono diverse: gli scandinavi muovono la loro offensiva soprattutto a livello dei vari concetti di validità, norma, diritto soggettivo e così via, effettuando un'operazione di "terapia linguistica". Gli americani, invece, appuntano la loro attenzione sull'applicazione del diritto, sul processo, sull'operato dei giudici. Una delle ragioni principali di questa differenza deriva dal diverso tipo di sistema giuridico in cui i due realismi si trovarono ad operare. Quello scandinavo sorse in un sistema giuridico di tipo codificato; mentre quello americano in un sistema di *common law*, in cui vige la dottrina del precedente, il principio dello *stare decisis*, cioè a dire il principio secondo cui la decisione del giudice deve essere basata sulle sentenze anteriori.

Montesquieu, in *Lo Spirito delle Leggi*, aveva affermato che il giudice non è, e non deve essere, nient'altro che "*la bocca della legge*"²⁰, cioè la bocca attraverso cui il diritto, stabilito dal legislatore sulla base di criteri razionali dedotti dalla natura e dai rapporti tra le cose, parla, dice, decide. Questa frase viene sovente usata per illustrare in maniera paradigmatica la nuova concezione meccanicistica dell'interpretazione che emerge e si va diffondendo, in nome della certezza del diritto, durante il processo di codificazione dei secoli XVIII e XIX. Ebbene, niente potrebbe mostrare meglio la rivoluzione portata in campo ermeneutico dai realisti americani quanto l'altrettanto paradigmatica frase di Morris Cohen, ripresa poi dal Frank, secondo cui "sarebbe ora di farla finita con questa "*teoria fonografica della funzione giudiziaria*"²¹.

Il giudice, l'interprete, non è uno strumento meccanico di mera riproduzione di suoni e di parole: l'interpretazione è un'operazione viva, attiva, "creativa" di diritto. Attraverso il giudice e il suo giudizio si esprimono le sempre nuove tensioni ed esigenze sociali, che plasmano, modificano, trasformano dall'interno le parole della legge per adeguarle alla realtà storica del momento. Questa è indubbiamente la caratteristica più rilevante del pensiero dei realisti americani, il *leit motiv* di tutta la loro produzione.

I realisti, sulla scia del Gray e dell'Holmes, portarono la loro attenzione sul momento della decisione giudiziale al fine di determinare come e perché, 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 perché costituisce la novità rispetto alle trattazioni di Gray e di Holmes. A

¹⁸ R. POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1946, p.21.

¹⁹ M. G. WHITE, *Social Thought in America: the Revolt against Formalism*, New York, Beacon, 1949.

²⁰ C. MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois*, 1748. Trad. it. di S. Cotta: *Lo Spirito delle Leggi*, Torino, UTET, 1965.

²¹ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Coward-Mc Cann, 1930, p. 19.

differenza di Gray e di Holmes, inoltre, i realisti non ritennero di identificare tutto il diritto nelle decisioni giudiziarie, dato che essi evitarono di restringere formalisticamente il campo del “giuridico” ai processi di soluzione giudiziaria della litigazione. Le decisioni giudiziarie furono perciò per i realisti creative “di” non “del” diritto, e furono considerate fonti non “del diritto”, ma “del diritto giudiziario”.

Ancora: Holmes aveva distinto tra “sostanza legislativa” e “forma logica” delle decisioni (e della esperienza giuridica in genere). I realisti, proseguendo su questa linea di pensiero, cercarono di stabilire con la massima accuratezza possibile la distinzione tra la decisione di una controversia e linguaggio in cui la decisione è enunciata, tra ragioni cui un giudice s’ispira nel decidere e ragioni che egli adduce e formula. Essi poi, a differenza di Holmes, cercarono non solo di constatare una difformità tra “forma” e “sostanza”, ma anche di dimostrare come una decisione non possa essere fondata su passaggi meramente logici che prendono come punto di partenza una formulazione preconstituita – 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.

Il loro discorso oscilla continuamente tra il piano dell’*essere* e quello del *dover essere*: cioè a dire, i realisti rivendicano una sfera di attività autonoma e creativa per l’interprete, sostenendo che solo così il diritto può effettivamente servire agli scopi sociali per cui è stato creato (livello prescrittivo); e al tempo stesso asseriscono e cercano di dimostrare (livello descrittivo) che, in effetti, l’interpretazione non può essere puramente meccanica. Di qui tutta l’attenzione che essi dedicano allo studio delle decisioni giudiziali, soprattutto a quelle date da tribunali diversi a casi simili o anche agli stessi casi da tribunali di grado diverso, nonché la loro analisi della utilizzazione e della importanza del precedente.

Per cogliere riassuntivamente le caratteristiche più salienti del realismo giuridico americano disponiamo dei nove punti indicati espressamente da K. Llewellyn, nell’articolo *Some realism about realism*, come qualificanti tale movimento²². Le caratteristiche dei realisti sono, secondo quest’autore, le seguenti:

- a) La concezione del diritto come processo in continuo movimento, accoppiata a quella della creazione del diritto da parte dei giudici;
- b) La concezione del diritto non come un fine in sé ma come un mezzo per scopi sociali: di modo che ogni sua parte deve continuamente essere controllata per verificarne l’idoneità e gli effetti, ed essere giudicata alla luce degli uni e degli altri e delle loro interrelazioni;
- c) La società come processo in movimento, ma tipicamente più veloce di quello del diritto, cosicché c’è sempre la probabilità che si renda necessario riesaminare una qualche parte del diritto per controllarne l’idoneità in rapporto alla società cui dovrebbe servire;
- d) Il divorzio temporaneo tra “*Essere*” e “*Dover Essere*” per motivi di studio. Mentre occorre sempre fare ricorso ai giudizi di valore per fissare gli obiettivi di una ricerca, durante il corso della ricerca che si colloca sul piano dell’*Essere*, l’osservazione, la descrizione e la determinazione di rapporti tra i fenomeni osservati devono rimanere il più possibile incontaminate dai desideri dell’interprete o da ciò che egli si augura accada, o ritenga che debba (in senso etico) accadere. Questo implica, nello studiare ciò che i tribunali fanno, uno sforzo continuo per non occuparsi di ciò che dovrebbero fare. Naturalmente il divorzio tra “*Essere*” e “*Dover Essere*” non viene prospettato come permanente. Nessun giudizio su ciò che deve essere fatto in futuro riguardo ad una certa parte del diritto, può venir formulato in maniera intelligente senza conoscere il più oggettivamente possibile come tale parte operi in concreto al momento del giudizio stesso. I realisti ritengono dimostrato dall’esperienza che l’interferenza del “*Dover Essere*” mentre si esaminano i fatti rende molto difficile vedere quello che effettivamente succede. Ciò significa, per quanto riguarda il “*Dover Essere*”, insistere nella richiesta di valutazioni basate su informazioni precise anziché su speculazioni da tavolino. Tutte le conseguenze e le implicazioni della ricerca a livello di “*Essere*” possono venire debitamente apprezzate solo sulla base dei contributi dati dai realisti alla descrizione oggettiva dell’effettivo funzionamento del diritto, con riferimento alla loro filosofia sociale che rifiuta molti dei principi dell’ordine economico esistente comunemente accettati.
- e) Una sfiducia nelle regole e nei concetti giuridici tradizionali in quanto pretendono di descrivere che cosa fanno realmente i giudici e la gente in genere. Di qui l’insistenza nell’affermare che le norme non sono altro che “*predizioni generalizzate di ciò che i tribunali faranno*”. Accurata separazione tra le regole sul fare (o precetti) e le regole del fare (o prassi).
- f) Alla sfiducia nei confronti delle norme tradizionali (nel loro aspetto descrittivo) si accompagna una sfiducia parallela verso la teoria secondo cui le formulazioni precettive tradizionali sono il fattore più

²² K. N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism*, cit. p. 1236 ss.

importante che agisce sulle decisioni dei tribunali. Questo implica sperimentare la adozione della teoria della razionalizzazione applicata allo studio delle motivazioni delle sentenze (per la luce che può gettarvi).

- g) La convinzione dell'utilità di raggruppare i casi e le situazioni giuridiche in categorie più ristrette di quanto non sia stato fatto in passato. Questo si riconnette con la sfiducia nelle regole della formulazione verbale semplice che così spesso ricoprono situazioni di fatto dissimili e tutt'altro che semplici. Ma un realista cerca di indicare esplicitamente di volta in volta il criterio che sta applicando.
- h) L'insistenza sulla necessità di valutare ogni legge in base ai suoi effetti, e sulla utilità di cercare di trovare tali effetti.
- i) L'insistenza sull'opportunità di affrontare in modo continuo e programmatico i problemi giuridici seguendo le linee indicate.

E' di tutta evidenza come da questi nove punti derivi l'inquietante conclusione che non esiste un diritto, o insieme di regole giuridiche, precostituito alle decisioni dei tribunali: si apre quindi il grosso problema di vedere se e in quale misura tali decisioni siano prevedibili, "profetizzabili". La risposta a tale problema segna una frattura all'interno del movimento realista: da un lato infatti Frank²³ nega la possibilità di arrivare alla formulazione di previsioni affidabili, in quanto il giudice sarebbe condizionato, in maniera non controllabile, dalle proprie preferenze, idiosincrasie, gusti, autobiografia. E ciò non solo nella scelta della regola e del precedente, ma anche nell'attribuire significato ai fatti del caso, vale a dire nel modo di intendere la fattispecie concreta, di assumere le testimonianze, di valutare gli eventi.

Dall'altro lato invece Llewellyn²⁴ afferma la possibilità di effettuare delle razionalizzazioni sull'operato dei giudici e quindi di arrivare a delle previsioni, in quanto i giudici e i funzionari rispondono generalmente alle sollecitazioni dell'ambiente in cui vivono e tendono a comportarsi secondo i *patterns* segnati dai loro predecessori e dagli altri componenti della loro stessa classe, dando così origine a delle rilevabili uniformità nelle decisioni.

A questa diversità di atteggiamenti riguardo alla possibilità delle decisioni (e quindi in definitiva alla possibilità stessa della esistenza della scienza giuridica), si aggiunge e s'interseca la divisione tra i cosiddetti "scettici delle norme" e i cosiddetti "scettici dei fatti" (distinzione avanzata per la prima volta dal Frank che si colloca nel secondo gruppo).

2. La critica dell'argomentazione giuridica e della concezione sillogistica del giudizio.

La critica della concezione tradizionale dell'argomentazione giuridica e la critica della concezione tradizionale della scienza giuridica sono i temi centrali della critica realistica americana.

Dal punto di vista dei realisti statunitensi, questi due temi critici sono strettamente collegati. La concezione "tradizionale", generalmente accolta, del processo di decisione è quella che partendo dall'idea che *"il compito principale dei tribunali consiste nell'applicazione, nelle varie cause individuali, di regole generali ai fatti della causa"*²⁵, viene a configurare le decisioni come derivanti in maniera logicamente necessaria dalla sussunzione di fatti alle suddette regole. Questa concezione "ortodossa" del giudizio considera quindi l'argomentazione giuridica come ricalcante una deduzione logica e la scienza del diritto come scienza avente ad oggetto "regole" intese come formulazioni generali: difatti, *"una concezione sillogistica del giudizio induce, da una parte, a concepire la scienza giuridica come attività volta a conoscere le proposizioni che fungono da premesse maggiori e, d'altra parte, a configurare l'argomentazione come un modello o proposta di giudizio. Ciò porta 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)"*²⁶.

In sintesi, la critica realistica assimila il modo di pensare "tradizionale" alla concezione sillogistica del giudizio e fa emergere le ragioni della inutilizzabilità (o quanto meno i limiti di utilizzabilità) dello schema sillogistico del giudizio (e le ragioni dell'infedeltà della concezione in senso lato normativistica), proprio facendo perno sull'argomentazione. Il realismo vuole perseguire una descrittiva delle operazioni tipiche degli

²³ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 202 ss.

²⁴ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 205 ss.

²⁵ J. N. FRANK, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949, p. 3.

²⁶ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 152.