

GIOVANNI BATTISTA RATTI

**STUDI SULLA LOGICA
DEL DIRITTO E
DELLA SCIENZA GIURIDICA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

INDICE

	Pag.
INTRODUZIONE	13
FONTI	19
I. NATURALISMO E DEMARCAZIONE	21
PREMESSA	21
1. TRE TESI FONDAMENTALI	22
2. GIUSREALISMO E GIUSPOSITIVISMO RIVISITATI...	23
3. REALISMO GIURIDICO E REGOLA DI RICONOSCI- MENTO.....	28
4. LA CONOSCENZA GIURIDICA SECONDO LA TEO- RIA DEL DIRITTO NATURALIZZATA	31
5. TEORIA GIURIDICA NATURALIZZATA E OGGETTI- VITÀ DELLA MORALE	33
6. IL PROBLEMA DELLA DEMARCAZIONE E L'APPA- RENTE DECLINO DEL PROGETTO NATURALISTICO	36
7. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	43
II. LA SCIENZA GIURIDICA SECONDO HAROLD BERMAN	45
PREMESSA	45
1. SCIENZA GIURIDICA E CRITERI EPISTEMOLOGICI	45
1.1. Le caratteristiche metodologiche della scienza giuridica	46

	<u>Pag.</u>
1.2. Le premesse valutative della scienza giuridica	48
1.3. I criteri sociologici della scienza giuridica.....	49
1.4. Qualche osservazione critica.....	49
2. DUE MODELLI CONTEMPORANEI DI SCIENZA GIURIDICA	51
2.1. Il modello “giurazionalistico” di Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin.....	51
2.2. Il modello “naturalistico” di Brian Leiter.....	54
3. CONVERGENZE E DIVERGENZE FRA I TRE MODELLI	55
3.1. La derivazione dei principi.....	56
3.2. Criteri deontologici e sociologici di scientificità	56
3.3. L’oggetto della scienza giuridica.....	57
3.4. La scienza giuridica in quanto attività predittiva	57
3.5. La dogmatica giuridica come scienza	58
3.6. Discorsi descrittivi vs. discorsi prescrittivi nella scienza giuridica	58
III. DISACCORDI E REALISMO GIURIDICO	61
PREMESSA	61
1. LE RELAZIONI CONCETTUALI TRA DISACCORDI TEORICI E DISACCORDI INTERPRETATIVI	62
1.1. Norme derivate.....	63
1.2. Principi morali.....	65
2. INDETERMINATEZZA E INCOERENZA DEL DIRITTO.....	67
2.1. Indeterminatezza interpretativa	67
2.2. Incoerenza	72
3. ACCORDI E DISACCORDI NELL’AMBITO GIURIDICO	74
4. CONCLUSIONE: LE CONDIZIONI DI VERITÀ DELLE PROPOSIZIONI SUL DIRITTO	78
IV. OSSERVAZIONI SULLA NEGAZIONE DELLE NORME CONDIZIONALI	81
PREMESSA	81
1. LA NEGAZIONE NEL DISCORSO PRESCRITTIVO	82
1.1. La negazione delle norme condizionali.....	84

	Pag.
2. NORME CONDIZIONALI NEGATE	85
2.1. Equivalenza delle negazioni.....	85
2.2. La lettura bicondizionale.....	86
2.3. Ambivalenza.....	87
2.4. La lettura descrittiva: proposizioni su norme.....	88
3. LA NEGAZIONE CONDIZIONALE E IL CONCETTO DI CONTRADDIZIONE PRESCRITTIVA.....	88
3.1. Un concetto più ristretto di incoerenza	90
4. OSSERVAZIONI FINALI	92
V. NORME GIURIDICHE E CONTRADDIZIONI	95
PREMESSA	95
1. L'IDENTIFICAZIONE DELLE CONTRADDIZIONI TRA NORME GIURIDICHE.....	95
1.1. Logica e contraddizioni normative.....	96
1.2. Le antinomie come variabili dipendenti dell'inter- pretazione	100
2. LA TESI DELLA NECESSARIA COERENZA DEL DI- RITTO	102
VI. COERENZA, COMPLETEZZA, COESIONE. UNA MAP- PA CONCETTUALE	109
PREMESSA	109
1. COERENZA E COMPLETEZZA NELLA LOGICA PROPOSIZIONALE.....	110
2. COERENZA E COMPLETEZZA DEGLI ORDINAMEN- TI NORMATIVI	113
3. COESIONE	115
VII. TRE DILEMMI TEORICI NELLA RICOSTRUZIONE DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI	119
PREMESSA	119
1. INCLUSIONE O APPARTENENZA?.....	120
1.1. Lo statuto teorico del principio di legalità	123
2. ORDINAMENTO GIURIDICO: DEPURATO O NON DEPURATO?	126
3. BASI NORMATIVE O SISTEMI?.....	129

APPENDICE

Disaccordi giuridici e interpretazione

VIII. I DISACCORDI GIURIDICI RIVISITATI , di <i>G.B. Ratti e A. Dolcetti</i>	137
INTRODUZIONE.....	137
1. DWORKIN E L'ARGOMENTO DEI DISACCORDI.....	138
1. DUE AMBIGUITÀ NELL'ARGOMENTO DI DWORKIN.....	141
3. UNA TASSONOMIA DEI DISACCORDI GIURIDICI	143
3.1. I disaccordi di riconoscimento	143
3.2. I disaccordi interpretativi	143
3.3. I disaccordi decisionali.....	144
3.4. I disaccordi assiologici.....	144
4. I DISACCORDI GIURIDICI E IL POSITIVISMO HARTIANO	145
5. ACCORDI, DISACCORDI, E LA «DUPLICE NATURA» DEL DIRITTO	150
5.1. L'accordo sulle fonti del diritto.....	151
5.2. Disaccordi sull'interpretazione delle fonti del diritto ..	153
5.3. Disaccordi giuridici e teoria generale del diritto.....	157
6. CONCLUSIONI.....	159
IX. DISACCORDI TEORICI E <i>PLANNING THEORY OF LAW</i> , di <i>G.B. Ratti e J. Ferrer Beltrán</i>	161
INTRODUZIONE.....	161
1. IL DIBATTITO ANGLO-AMERICANO SUL POSITIVISMO GIURIDICO (IN POCHE PAROLE).....	162
2. IL POSITIVISMO GIURIDICO E LA RIAFFERMAZIONE DELLA TESI DELLA SEPARAZIONE	168
3. L'ARGOMENTO DEI DISACCORDI COME PRESUNTA CONFUTAZIONE DEL POSITIVISMO GIURIDICO	172
4. SHAPIRO SULL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA.....	177
5. CONCLUSIONI.....	182

INTRODUZIONE

In questo volume raccolgo alcune ricerche degli a.a. 2011-12 e 2012-13. Talune di esse portano a compimento una lunga attività investigativa che ha avuto ad oggetto la spiegazione giusrealistica del problema dei disaccordi nel diritto come il miglior modo di difendere il positivismo metodologico dagli attacchi del dworkinismo (saggi 3, 8, 9), mentre altri costituiscono il primo abbozzo di analisi di temi che sono, da qualche tempo, trascurati in letteratura e meritano senz'altro una rinnovata considerazione nell'ambito degli studi filosofico-giuridici, come la negazione delle norme (saggio 4) e i rapporti concettuali tra coerenza, completezza, e coesione assiologica (saggio 6). Altre ricerche ancora hanno ad oggetto questioni che sono state imposte all'attenzione generale da tre poderose monografie, in tema di concezioni del diritto e della scienza giuridica (saggi 1 e 2) e di dinamica dei sistemi giuridici (saggio 7). La ricerca che occupa il quinto saggio, invece, riprende, sulle orme di un lavoro pionieristico di Ricardo Caracciolo, l'annoso tema delle antinomie nel diritto, cercando di approfondire alcuni aspetti sinora trattati solo incidentalmente in letteratura.

Più in dettaglio, il volume è composto da nove studi: sette saggi redatti individualmente, cui s'aggiunge un'appendice in cui sono confluite due ricerche sui disaccordi giuridici realizzate, rispettivamente, con Andrea Dolcetti e Jordi Ferrer Beltrán.

Il primo saggio – “Naturalismo e demarcazione” – illustra, nella prima parte, i tratti principali del progetto naturalistico di Brian Leiter. In particolare analizza le seguenti tesi: 1) il realismo giuridico americano è una

sorta di naturalismo filosofico *ante litteram* applicato alla teoria delle decisioni giurisdizionali; 2) non solo il realismo giuridico americano è compatibile col positivismo giuridico, ma anzi ne presuppone la sua versione esclusivista; 3) si può “completare” la teoria giusrealistica mediante l’idea che l’oggettivismo morale debba essere respinto in quanto postula entità che non corrispondono ai requisiti epistemici e ontologici previsti dalle migliori teorie scientifiche, i cui metodi, secondo il naturalismo, dovrebbero essere utilizzati anche dall’indagine filosofica. Successivamente, il saggio analizza le difficoltà che il progetto naturalistico si trova ad affrontare a seguito dell’analisi del problema della demarcazione tra diritto e morale svolta recentemente da Leiter, e propone una possibile via d’uscita dall’*impasse* venutasi a creare come conseguenza di tale analisi.

Nel secondo saggio, viene illustrato ed esaminato criticamente il (non molto noto) modello della scienza giuridica elaborato dal giurista statunitense Harold Berman, sulla base della distinzione tra criteri metodologici, criteri di valore, e criteri sociologici di scientificità. Tale modello viene poi comparato a due dei principali modelli contemporanei di scienza giuridica: il modello giusrazionalistico di Alchourrón e Bulygin e il modello naturalistico di Brian Leiter. Nella parte finale del saggio, vengono segnalate alcune delle convergenze e delle divergenze più notevoli tra il modello di Berman e i due modelli contemporanei di scienza giuridica presi in esame, riguardo alla derivazione dei principi, ai criteri deontologici e sociologici di scientificità, all’oggetto della scienza giuridica, alla predizione scientifica, allo statuto scientifico della dogmatica giuridica, e alle sue componenti descrittive e prescrittive.

Il terzo saggio si propone di rispondere ad alcune critiche sollevate da Diego Papayannis e Lorena Ramírez alla mia ricostruzione dei disaccordi giuridici. In particolare, nel saggio si mostra che: (i) le relazioni concettuali tra disaccordi interpretativi e disaccordi teorici rilevate da Papayannis e Ramírez sono meramente apparenti, (ii) le tesi dell’indeterminatezza interpretativa e dell’incoerenza sono, contrariamente al loro parere, metodologicamente ben fondate, e (iii) la tesi che l’accordo sia necessario per l’esistenza dei sistemi giuridici – in quanto negazione della mia tesi secondo cui l’efficacia sarebbe sufficiente – deve la sua apparente plausibilità ad alcune oscurità concettuali.

Il quarto saggio – “Osservazioni sulla negazione delle norme condizionali” – fornisce un primo, provvisorio, contributo alla chiarificazione del luogo occupato dalla negazione nel discorso prescrittivo. In particolare, esso analizza i modi in cui si possono negare le norme e il significato che assumono le formulazioni normative quando sono negate. Così facendo, vengono esaminate le differenze tra negazione esterna ed interna delle nor-

me condizionali. Il saggio affronta inoltre gli effetti della incoerenza tra norme condizionali, intesa come la congiunzione di una norma condizionale e della corrispondente negazione condizionale. Il risultato principale della ricerca è che sia la negazione delle norme sia la loro incoerenza sono nozioni poco chiare, che proiettano le loro ombre sul concetto stesso di norma.

Il quinto saggio – “Norme giuridiche e contraddizioni” – esamina due questioni fondamentali relative ai conflitti fra norme giuridiche: (1) l’identificazione stessa di tali conflitti, e (2) la tesi della coerenza necessaria dei sistemi giuridici. Nell’esaminare la prima questione, vengono analizzati due principali problemi teorici: (i) determinare quale sistema di logica deontica possa essere usato ai fini di delucidare formalmente i conflitti normativi che i giuristi ritengono rilevanti; (ii) come stabilire dei criteri oggettivi che consentano di identificare univocamente i casi di contraddizione tra norme giuridiche. Quanto alla seconda questione, il saggio esamina criticamente e rigetta gli argomenti su cui viene di solito fondata la tesi della necessaria coerenza dei sistemi giuridici: 1) l’argomento del “legislatore razionale”, secondo cui un’autorità normativa razionale non può creare sistemi incoerenti, sicché di due norme in conflitto, soltanto una di esse sarebbe “davvero” valida, o addirittura nessuna delle due lo sarebbe; 2) l’argomento secondo cui, benché un’autorità normativa possa di fatto emanare norme *prima facie* contraddittorie, è sempre possibile che, a seguito di (re)interpretazione dei materiali giuridici rilevanti, venga assicurata la coerenza del sistema; 3) l’argomento secondo cui ogni ordinamento giuridico fornisce sempre – da un punto di vista “empirico” o, alternativamente, da un punto di vista “logico” – i criteri per risolvere qualsiasi tipo di antinomia.

Il sesto saggio – come suggerisce il titolo – esamina le nozioni di coerenza, completezza e coesione, e indaga le loro relazioni reciproche distinguendo tra coerenza relativa alla negazione e coerenza assoluta, completezza debole, forte e triviale, e tre diverse funzioni della coesione (semplificazione, integrazione, e deroga). Il risultato principale dell’indagine è che la coesione può essere considerata come una combinazione di completezza debole, mancanza di completezza forte, ed eventuale mancanza di coerenza rispetto alla negazione. Si sostiene inoltre che la coesione può funzionare come una garanzia di coerenza normativa assoluta.

Il settimo saggio, infine, esamina criticamente tre dilemmi teorici proposti da Jordi Ferrer e Jorge Rodríguez, nel loro libro *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*¹, riguardo alle seguenti questioni:

¹ Madrid, Marcial Pons, 2011.

(1) il migliore modello ricostruttivo – tra appartenenza e inclusione – delle relazioni tra sistemi momentanei e ordinamenti giuridici non momentanei; (2) la distinzione tra ordinamenti giuridici depurati e non depurati, e la loro relazione con la nozione di competenza, intesa come una proprietà disposizionale; (3) lo status delle norme derivate nella dinamica del diritto. In tale contesto, si sostiene che (a) il primo dilemma è soltanto apparente, giacché i due modelli sono del tutto compatibili; (b) il secondo dilemma è ingannevole – in quanto ha dei propositi esplicativi che non può soddisfare – oppure è mal formulato, giacché le nozioni su cui si basa generano tensioni nella rete concettuale che da esse è dato desumere; e (c) il terzo dilemma costituisce una falsa disgiunzione, giacché esiste uno spazio teorico per congetturare posizioni intermedie relative allo statuto dinamico delle norme derivate.

Nell’ottavo saggio – “I disaccordi giuridici rivisitati” – scritto insieme ad Andrea Dolcetti, si propone una difesa del positivismo giuridico, segnalando alcune ambiguità presenti nell’argomento dei disaccordi proposto da Dworkin e distinguendo tra diversi tipi di disaccordi, che appaiono in modo confuso nell’ambito dell’attacco dworkiniano. Sulla base della fondamentale distinzione tra disposizione e norma, si sostiene che un sistema giuridico possa esistere anche se il potenziale disaccordo sul contenuto di senso delle disposizioni giuridiche è molto diffuso, e che il positivismo di ascendenza hartiana, con alcune modifiche, è perfettamente in grado di dare conto del fenomeno giuridico giacché enfatizza correttamente l’accordo istituzionale che normalmente esiste tra i giuristi su quali siano le fonti del sistema giuridico.

Il saggio finale – “Disaccordi teorici e *planning theory of law*” – scritto insieme a Jordi Ferrer Beltrán, analizza le parti del libro di Scott Shapiro *Legality* che si occupano dell’argomento dei disaccordi giuridici e offrono una inedita teoria dell’interpretazione (e della metainterpretazione) elaborata al fine contrastare tale argomento. In questo contesto, il saggio analizza dapprima i modi in cui il positivismo giuridico viene comunemente ricostruito nell’ambito della teoria giuridica anglo-americana. Successivamente, presenta una diversa versione, squisitamente metodologica, del positivismo giuridico, desunta in gran parte dalle opere di Bobbio e di Ross. Infine, analizza l’argomento dei disaccordi e le difficoltà che esso presuntamente rappresenta per il positivismo giuridico, nonché la replica a tale argomento proposta da Shapiro. Le principali conclusioni cui giunge la ricerca sono le seguenti: la sofisticata teoria dell’interpretazione di Shapiro è, da un lato, supererogatoria, e, dall’altro, infedele all’autentico spirito del positivismo metodologico tradizionale, dal momento che, per un verso,

non è necessaria per rispondere all'argomento dworkiniano, e, per l'altro, confonde aspetti descrittivi e prescrittivi dell'interpretazione giuridica.

RINGRAZIAMENTI

Mi preme ringraziare Andrea Dolcetti e Jordi Ferrer Beltrán, che mi hanno concesso di ripubblicare in questo volume alcune ricerche realizzate insieme a loro, e hanno commentato utilmente alcuni aspetti degli argomenti sviluppati nelle altre parti del libro. Desidero ringraziare altresì Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Andrej Kristan, Nicola Muffato, Álvaro Nuñez Vaquero, Diego Papayannis, Pablo Perot, Lorena Ramírez, Cristina Redondo, Jorge Rodríguez, e Tobías Schleider, i quali hanno letto alcune parti del libro, rivolgendomi acute osservazioni critiche. Come sempre, il maggior debito, però, è nei confronti di Riccardo Guastini, che ha letto e commentato una prima versione dell'intero manoscritto, fornendomi consigli preziosi e indicazioni imprescindibili. Gli errori e le inadeguatezze che, inevitabilmente, rimangono sono di mia sola responsabilità.

NATURALISMO E DEMARCAZIONE

PREMESSA

In questo primo saggio, mi propongo un duplice (benché modesto) compito giusteorico.

Anzitutto, formulare alcune note di lettura su taluni aspetti notevoli di *Naturalizing Jurisprudence* di Brian Leiter¹. In particolare, cercherò di mettere in evidenza come Leiter – nello sviluppare il progetto di naturalizzare la teoria del diritto (o quantomeno la teoria della *legal adjudication*) attraverso la rilettura, in chiave quineana, dei classici del realismo giuridico americano – elabori in realtà un profondo rinnovamento del positivismo giuridico anglosassone, mediante una serie di argomenti alquanto innovativi.

In secondo luogo, mi propongo di esaminare alcune tesi sostenute di recente da Leiter, nell'articolo *The Demarcation Problem*², che sembrano

¹ B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* Oxford, Oxford University Press, 2007. Per un'eccellente presentazione delle principali tesi del libro, accompagnata da acute osservazioni critiche, cfr. A. Núñez Vaquero, *El realismo jurídico de Brian Leiter*, in "Diritto e questioni pubbliche", 11, 2011, spec. pp. 438-456.

² B. Leiter, *The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism* (2011), in J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 2013.

revocare in dubbio il progetto naturalistico in teoria del diritto da lui elaborato. In particolare, il rigetto del problema della demarcazione tra diritto e morale come questione teorica centrale sembra rendere vana la costruzione di una teoria del diritto intesa come la branca astratta della scienza giuridica. Come vedremo, è possibile – discostandosi su questo punto dalle tesi leiteriane – continuare a sostenere che il problema della demarcazione (adeguatamente riarticolato) sia rilevante per la teoria del diritto, senza perciò dovere rinunciare al programma naturalistico.

1. TRE TESI FONDAMENTALI

La proposta naturalistica di Leiter si basa su tre tesi fondamentali (che corrispondono, grosso modo, alle tre parti di cui si compone il libro *Naturalizing Jurisprudence*):

1) il realismo giuridico americano è un tipo di naturalismo filosofico *ante litteram* – in particolare, di “naturalismo sostitutivo” d’indole quineana³ – applicato all’analisi delle decisioni giudiziali: più precisamente, nello stesso modo in cui il naturalismo filosofico sostiene, con la tesi Duhem-Quine sulla sottodeterminazione delle teorie, che i dati sensoriali non giustifichino una unica teoria scientifica, i fautori del realismo giuridico difendono l’idea che la “classe delle ragioni giuridiche” non giustifichi una unica decisione giuridicamente corretta⁴;

2) contrariamente a un diffuso modo di vedere, il realismo giuridico non solo non è incompatibile con il positivismo giuridico, ma anzi presuppone la sua variante esclusiva, benché intesa – come vedremo – in modo alquanto diverso da come viene comunemente concepita dai suoi principali difensori nell’ambito della teoria giuridica anglo-americana;

3) l’oggettivismo morale deve essere respinto sulla base del fatto che presuppone entità che non soddisfano i vincoli epistemologici e ontologici che è possibile inferire dalle migliori teorie scientifiche – i cui metodi, secondo il naturalismo, devono essere usati anche in ambito filosofico. Se così è, allora la concezione di Ronald Dworkin – secondo cui il diritto è univoco in ragione della sua connessione necessaria con la morale oggettiva – si rivela una concessione di discrezionalità illimitata agli organi

³ Per “naturalismo sostitutivo” (o “naturalismo quineano”) si intende una concezione della filosofia che si propone di realizzare una riflessione filosofica connessa alla, e dipendente dalla, riflessione scientifica, e propone come suo risultato principale la elaborazione di teorie esplicative e/o descrittive: cfr. B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 35 ss.

⁴ Ivi, p. 39. Si vedano al riguardo le puntuali osservazioni di J. Coleman, *La pratica dei principi* (2001), Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 346 ss.

giudiziali: una discrezionalità assai più ampia di quella che, secondo Leiter, sarebbe stata loro riconosciuta, sul piano descrittivo, da gran parte dei realisti giuridici americani.

2. GIUSREALISMO E GIUSPOSITIVISMO RIVISITATI

Uno degli obiettivi principali di Leiter – s'è detto – consiste nel ravvivare il realismo, considerato nella cultura giuridica anglosassone (ma non solo in essa)⁵, felicemente defunto da parecchio tempo. Tuttavia, Leiter ottiene molto di più: costruisce una concezione positivista del diritto su solide basi empiriche, aggiungendo ai pilastri classici del giuspositivismo metodologico alcune tesi relative all'indeterminazione del diritto, allo statuto della scienza giuridica, e all'oggettività della morale.

La strategia seguita da Leiter nel riabilitare il realismo giuridico americano consiste, nella sua struttura generale, in tre mosse principali: i) in primo luogo, Leiter nega che la versione caricaturale o “frankificata” del realismo – secondo la quale le decisioni giudiziali sarebbero assunte sulla sola base delle preferenze individuali dei giudici – costituisca la concezione difesa dalla maggior parte dei realisti, giacché il loro interesse precipuo consisteva nel *predire* le decisioni giudiziali: ciò che diventa impossibile, per l'appunto, qualora si accetti la versione caricaturale⁶; ii) in secondo luogo, egli sostiene che la *tesi nucleare* del realismo consista nell'affermare che, in molte occasioni (benché non sempre), «i giudici raggiungono delle decisioni fondate su ciò che pensano sia giusto rispetto ai fatti del caso, piuttosto che sulla base delle norme giuridiche applicabili»⁷, e che tale tesi si vincoli all'altro assunto realistico secondo cui i fondamenti della decisione giudiziale non consistono, come pensava Frank, «in fatti peculiari relativi ai singoli giudici, ma devono essere sufficientemente generali e comuni da essere accessibili e ammettere generalizzazioni sotto forma di leggi empiriche»⁸; iii) in terzo luogo, Leiter afferma che, in quanto teoria della *adjudication*, il realismo giuridico è caratterizzato da due vincoli filosofici specifici con il *naturalismo* e il *pragmatismo*. «Secondo il naturalismo, una teoria soddisfacente della decisione giudiziale si deve accompagnare a un'analisi empirica mutuata dalle scienze sociali e naturali.

⁵ M. Barberis, *Un poco de realismo sobre el realismo “genovés”*, e L. Hierro, *Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo*, entrambi in J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁶ B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 25.

⁷ Ivi, p. 22.

⁸ Ivi, p. 26.

Secondo il pragmatismo, una teoria siffatta dovrebbe consentire ai giuristi di predire ciò che faranno in futuro le corti⁹. Ne segue che naturalismo e pragmatismo risultano essere vincolati nel modo seguente: «al fine di predire, in modo affidabile ed efficace, ciò che faranno le corti, si devono conoscere i fattori che *causano* le loro decisioni; tali fattori, a loro volta, sono accessibili soltanto al tipo di ricerca empirica, mutuata dalle scienze sociali e naturali, propugnata dai realisti». Di conseguenza, è necessaria «una teoria naturalistica della decisione giudiziale [...] al fine di elaborare una teoria *utile, dal punto di vista pragmatico*, ai giuristi, ossia una teoria che consenta loro di predire ciò che faranno le corti»¹⁰

Secondo Leiter, il realismo giuridico, quindi, non avanza la pretesa di essere una teoria generale del diritto, ma piuttosto di costituire una sua parte, e in particolare – come s'è appena visto – una teoria della decisione giurisdizionale¹¹. Tracciando un'analogia con il dibattito tra fondazionalismo e naturalismo, e vincolando il primo a una qualche forma di formalismo giuridico, Leiter caratterizza il giusrealismo in senso “antifondazionalista”, nella misura in cui sostiene la tesi secondo cui vi sono diverse ragioni giuridiche, tutte ugualmente legittime, che possono giustificare soluzioni diverse e incompatibili dello stesso caso. Ne segue che le «risorse giuridiche» non costituiscono degli strumenti sempre utili ad esplicitare le ragioni per cui un certo giudice ha deciso in un determinato modo. Ciò di cui si ha realmente bisogno è, piuttosto, una ricerca delle ragioni *reali*, eminentemente non giuridiche, in grado di spiegare e predire l'assunzione di decisioni giudiziali.

Nondimeno, osserva Leiter¹², tale concezione antifondazionalista della spiegazione delle decisioni giurisdizionali presuppone una teoria del diritto che non può essere, a sua volta, naturalistica ed empirica, ma deve avere carattere eminentemente concettuale: deve cioè essere in grado di offrire una spiegazione della nozione di “diritto” sottesa alla concezione naturalistica dell'*adjudication*. Tale teoria altro non è che il positivismo giuridico, o, meglio, una versione, per così dire, “depurata” della sua variante esclusiva¹³. Più precisamente, il realismo giuridico, nel sostenere l'indeterminatezza del diritto, si baserebbe su criteri di giuridicità puramente fattuali, o di pedigree, giacché presuppone che la classe delle ragioni giuridiche

⁹ Ivi, pp. 30-31.

¹⁰ Ivi, p. 31.

¹¹ Cfr. altresì quanto affermato da G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 239: «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».

¹² B. Leiter, *Naturalizing jurisprudence*, cit., p. 65.

¹³ Ivi, p. 189.

derivati esclusivamente dalle fonti esplicitamente qualificate come tali dai membri della società da cui promana il diritto stesso.

Si badi: il positivismo esclusivo postulato dai realisti non ha molto a che fare con quello difeso dai suoi principali fautori contemporanei.

L'argomento centrale dei realisti a sostegno del positivismo esclusivo, infatti, è assai diverso dalle tesi, dal forte sapore ideologico, della giustificazione normale o della differenza pratica, propugnate dai sostenitori più noti dell'esclusivismo, almeno nell'ambito della teoria giuridica anglo-americana¹⁴. Leiter lo articola in due passaggi principali: (a) se si intende sostenere che i giudici applichino norme non giuridiche nel decidere determinati casi, v'è bisogno di un criterio per distinguere le norme che fanno parte dell'ordinamento giuridico da quelle che non ricadono nel suo ambito. Tale criterio – così com'è normalmente formulato dai giuristi – fa riferimento, banalmente, ai documenti promulgati dalle autorità giuridiche ritenute competenti (costituzione, leggi, precedenti giudiziari, atti amministrativi, etc.)¹⁵. Una semplice rilevazione empirica ci suggerisce infatti che, negli ordinamenti giuridici contemporanei (specie in quelli di orientamento liberale), i giuristi usano documenti promulgati da certe autorità normative, e non, per esempio, testi religiosi o economici, per risolvere i casi loro sottoposti; (b) i programmi di ricerca scientifico-giuridica di maggior successo si fondano (più o meno esplicitamente) sulla nozione di diritto propria del positivismo esclusivo, ossia muovono dall'assunto che le ricostruzioni del comportamento giudiziale presuppongano spiegazioni in termini di norme dotate di pedigree. La variante esclusiva del positivismo, pertanto, «sarebbe sostenuta dal ruolo che implicitamente svolge nell'ambito delle migliori teorie a *posteriori* del diritto e dal suo posto nell'ordine causale della natura»¹⁶.

¹⁴ Com'è noto, la tesi della giustificazione normale, introdotta da Raz, afferma che le norme giuridiche non possono incorporare criteri morali poiché, così facendo, non sarebbero in grado di adempiere la loro funzione a favore dei destinatari normativi, ossia inibire qualsiasi discussione rispetto a ciò che gli stessi destinatari devono fare per soddisfare, nel modo migliore possibile, i dettami della *recta ratio* (cfr. J. Raz, *Authority, Law, and Morality*, in Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994). Da parte sua, la tesi della differenza pratica – difesa da Shapiro – sostiene che una regola di riconoscimento che includesse concetti morali o rimettesse ad argomenti morali non farebbe, per l'appunto, alcuna differenza pratica nella deliberazione dei suoi destinatari, giacché non inibirebbe quelle considerazioni assiologiche che verrebbero realizzate in assenza di tale norma e che dovrebbero essere evitate proprio in virtù di essa, sicché un diritto inclusivo frustrerebbe *ab origine* la sua funzione precipua di guidare la condotta umana (S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001).

¹⁵ B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 72.

¹⁶ Ivi, p. 135.