

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

## La scienza giuridica analitica dalla nascita alla crisi

*I valori etici e politici entrano in gioco, in ogni scienza,  
in ogni scienza sociale, nella sociologia e nella sociologia del diritto,  
in almeno tre momenti importanti: il momento della posizione e dell'accettazione  
delle condizioni, degli assunti, delle convenzioni costitutivi della scienza;  
il momento della determinazione dei campi e temi d'indagine,  
il momento stesso dell'invenzione teorica,  
con la formulazione delle teorie.*

[U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, pp. 296-297]

### *Analytical Legal Science from Birth to Crisis*

This paper proposes a critical presentation of the analytical approach to legal science. After an introductory paragraph in which a definition of the notions involved (i.e.: «legal science» and «analytical approach») will be offered and some ambiguities affecting the discourses on legal knowledge will be disentangled, the next paragraphs will be devoted to a survey of the main analytical conceptions of legal science. The focus will be in particular on: (1) Alf Ross's legal realism and his neo-positivistic approach to legal science; (2) Norberto Bobbio and the Italian analytical legal philosophical school, which firmly tie legal science to language analysis; (3) Herbert Hart and the analytical philosophy of ordinary language, and, eventually, (4) Ronald Dworkin and the interpretative turn. In the last paragraph I draw a general conclusion: legal science's ambition to be pure and detached by its object (the law) is bound to be frustrated.

*Keywords:* Legal science-legal epistemology-value judgements- interpretive turn-methodological monism-methodological pluralism.

### 1. Premessa

Il tema della scienza giuridica o, per meglio dire, della «scientificità» della giurisprudenza (nell'accezione di *prudentia* o *sapientia juris*), è un tema classico della riflessione giusfilosofica<sup>1</sup> ed è strettamente collegato alla nascita dello stato moderno. Semplificando oltre il lecito, tra il XVIII e il XIX secolo il giusrazionalismo è riuscito ad imporre l'idea che la produzione del diritto dovesse essere affidata alla scienza della legislazione, una «nuova scienza» che, interrogando la natura dell'uomo, stabilisse quali fossero le leggi universali ed immutabili che regolano la condotta degli esseri umani. L'idea filosofica di fondo è che la natura profonda e la vera essenza della realtà è semplice, e le sue leggi sono armonicamente ed unitariamente collegate; la scienza giuridica illuminista rappresenta dunque un aspetto del ritorno alla natura e del contrasto tra natura e storia che

<sup>1</sup> Il riferimento obbligato è Kirchmann 1964.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

è tipica del pensiero illuminista. Secondo Norberto Bobbio l'espressione paradigmatica di tale atteggiamento si ritrova nella prima opera di Jean Jacques Rousseau *Discorso sull'ordine dell'ineguaglianza tra gli uomini*, dove la civiltà ed i suoi costumi sono considerati la causa della corruzione dell'essere umano che, per natura, è buono<sup>2</sup>. In ambito giuridico, il motto illuminista è: «poche leggi!».

Questa idea ne implica un'altra: una volta che il legislatore, col supporto della scienza giuridica giusrazionalista, avesse prodotto un diritto *comme il faut*, i giuristi non avrebbero dovuto far altro che custodire questo diritto evitando qualsiasi esercizio di discrezionalità. In questo modo è possibile realizzare l'aspirazione, che caratterizza lo stato di diritto illuminista, che il diritto sia «un meccanismo di pronta e sicura, e uniforme, applicazione della legge da parte dei giudici»<sup>3</sup>.

È questo il sostrato ideologico su cui si fonda – consapevolmente o meno – l'esigenza «di garantire alle attività degli studiosi del diritto [...] quegli stessi caratteri di oggettività, di controllabilità empirica, di successo nelle spiegazioni, di indipendenza dai discorsi politico-ideologici e dalle valutazioni di carattere etico, di progresso cumulativo nelle conoscenze che si suppone siano espressione delle scienze empiriche mature»<sup>4</sup>. Benché si possa consentire con Bobbio che il problema della scientificità della giurisprudenza sia «più verbale che reale»<sup>5</sup>, il fatto che il problema si ponga, e soprattutto si sia posto in un determinato ambito spazio-temporale, non è irrilevante.

In questo saggio mi occupo specificamente della scienza giuridica analitica che ha dominato il dibattito giusfilosofico per buona parte del secolo scorso. Nel prossimo paragrafo, dopo avere messo in evidenza alcune ambiguità da cui è affetto il sintagma «scienza giuridica», propongo una definizione di «scienza giuridica analitica»; nei paragrafi ancora successivi analizzo criticamente le principali versioni di questa concezione della scienza giuridica sino ad arrivare alla svolta interpretativa proposta da Ronald Dworkin che, pur inserendosi nella tradizione «analitica» di ricerca giusfilosofica, ne sancisce la crisi<sup>6</sup>. Infine, provo a trarre da questa vicenda qualche considerazione di carattere generale.

## 2. La scienza giuridica analitica: una definizione e qualche precisazione

---

<sup>2</sup> Bobbio 1996: 57-60.

<sup>3</sup> Fioravanti 1995: 125.

<sup>4</sup> Villa 2013: 374-375.

<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Bobbio 1997: 134.

<sup>6</sup> L'appartenenza di Dworkin alla filosofia del diritto analitica e senz'altro controversa. Al par. 6 avanzo argomenti a sostegno dell'opportunità di considerare Dworkin un giusfilosofo analitico, per quanto eclettico.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

È bene innanzitutto essere consapevoli del fatto che la nozione di «scienza giuridica» coincide, almeno in parte, con quelle di «dogmatica giuridica», «conoscenza giuridica», «teoria del diritto» e «metodologia giuridica», nonché con l'espressione inglese, a sua volta in parte coincidente con le precedenti, «*jurisprudence*». Quando ci si occupa di «scienza giuridica» è consigliato dunque tentare di delimitare il più precisamente possibile il proprio ambito di interesse. A ciò si aggiunga che «scienza giuridica» è un'espressione ambigua<sup>7</sup>.

La prima ambiguità dipende dall'oscillazione tra «scienza giuridica» intesa come attività ovvero come prodotto<sup>8</sup>. Il sintagma «scienza giuridica» denota sia l'attività conoscitiva del diritto sia l'esito di tale attività, vale a dire il diritto stesso. In altri termini, tale espressione «può essere utilizzata sia in relazione all'insieme delle attività poste in essere da chi studia il diritto sia in relazione ai risultati di tali attività»<sup>9</sup>. Questa ambiguità produce in taluni casi una confusione tra il «linguaggio oggetto» (i.e. il diritto) e il «meta-linguaggio» (i.e. le affermazioni sul diritto profferite dagli studiosi del diritto). Un caso esemplare di tale ambiguità è il *Corpus Iuris Civilis Iustiniani* dove norme giuridiche, costituzioni imperiali e casi giurisprudenziali sono accorpati con la razionalizzazione scientifica di questi documenti posta in essere dai giuristi<sup>10</sup>.

La seconda ambiguità è collegata al modo in cui si delimitano i confini della scienza giuridica. Tale espressione può essere infatti riservata alle discipline il cui oggetto di studio è espressamente ed esclusivamente il diritto ovvero può essere utilizzata in modo da includere tutte le discipline che, a diverso titolo, si occupano *anche* del diritto. Si tratta insomma di optare per una accezione ristretta o una accezione ampia della nozione in questione. Tale opzione, lungi dall'essere neutrale o meramente convenzionale, è influenzata da fattori epistemologici, dalla concezione del diritto adottata e, in generale, dalla cultura giuridica di riferimento. Chi accoglie una concezione normativistica del diritto, ad esempio, preferirà verosimilmente circoscrivere l'uso di «scienza giuridica» a quelle discipline che, in un modo o nell'altro, si occupano, in modo tecnico, di norme giuridiche, di istituti giuridici e di concetti giuridici (diritto costituzionale, diritto civile, teoria generale del diritto e così via). Al contrario, chi si pone da una prospettiva giusrealista sarà più propenso a fare un uso liberalizzato della nozione, includendovi senz'altro la sociologia del diritto, l'antropologia giuridica, la psicologia sociale e discipline analoghe.

La terza ambiguità scaturisce dal fatto che l'etichetta «scienza giuridica» è utilizzata tanto in relazione a discipline che hanno ad oggetto uno specifico diritto positivo (il diritto costituzionale italiano, il diritto internazionale e così via) quanto in relazione a discipline più astratte che si

<sup>7</sup> Cfr. Peczenick 2005: 1-3; Chiassoni 2013: 152-153.

<sup>8</sup> — — — — —

Ctr. Iarelli 1980: 39-42.

<sup>9</sup> Núñez Vaquero 2013: 56, trad. mia.

<sup>10</sup> Samuel 2003.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

interrogano sulla natura del diritto, in generale o in relazione ad insiemi più o meno ampi di sistemi giuridici, e che si dedicano all'analisi dei concetti giuridici (la filosofia del diritto, la teoria generale del diritto, il diritto comparato e così via). Si tratta, in altri termini, della classica distinzione tra «filosofia del diritto» e «teoria del diritto», da un lato, e «dogmatica» o «dottrina» dall'altro. Le indagini sul diritto del primo tipo non riguardano uno specifico diritto positivo e uno specifico ordinamento giuridico ma una pluralità di ordinamenti (in alcuni casi, le indagini teoriche sul diritto si pongono ad un livello tale di generalità da includere tutti i sistemi giuridici). I discorsi filosofico-giuridici e teorici generali sul diritto «sono volti ad enucleare una serie di nozioni che si presumono comuni a questi vari ordinamenti [...]. Nel fare ciò i teorici del diritto [...] si preoccupano di ricostruire *anche* le complesse attività (dei legislatori, dei giuristi, degli operatori, e così via), svolte su base prevalentemente linguistica, attraverso cui le nozioni in questione vengono, a seconda dei casi, create, interpretate, usate, applicate nelle varie sfere in cui si articolano le pratiche giuridiche condotte da questi soggetti, e nei vari concetti istituzionali di volta in volta assunti come punto di riferimento»<sup>11</sup>. La dogmatica racchiude invece tutti i discorsi «di coloro che si occupano di sottoporre ad indagine, per scopi 'scientifici', il contenuto di singoli settori di uno specifico ordinamento giuridico positivo»<sup>12</sup>. Questa distinzione non implica che vi siano differenze qualitative tra teoria del diritto e dogmatica, né che sia possibile tracciare linee di confine nette tra esse. Per questa ragione ritengo che sia plausibile un discorso sulla scienza giuridica che metta tra parentesi le differenze – per molti versi interessanti e da non sottovalutare – tra i diversi livelli in cui la scienza giuridica si articola.

Alla luce delle plurime fonti di indeterminatezza che caratterizzano la nozione di «scienza giuridica» è prudente adottare una definizione ampia, che consenta di ricondurre all'espressione in questione ogni «aspetto descrittivo o cognitivo dei pensieri e delle azioni giuridiche, che caratterizza il modo in cui gli individui e in particolare i giuristi (vale a dire chi ha che fare col diritto per ragioni professionali) conoscono il diritto prima di applicarlo, accettarlo, insegnarlo, offrire ad altri consulenze sul diritto, criticarlo, cambiarlo, violarlo consapevolmente, provare a fare una rivoluzione per abolirlo e, in generale, prima di fare qualsiasi cosa possa essere influenzata da qualsivoglia prescrizione giuridica»<sup>13</sup>.

A partire dagli anni '50 del secolo scorso la scienza giuridica è stata influenzata in molti modi dalla filosofia analitica. Questa tradizione di ricerca filosofica identifica le indagini filosofiche con l'analisi del linguaggio<sup>14</sup>. La filosofia non è altro che un meta-linguaggio rispetto a molteplici

---

<sup>11</sup> Villa 2013: 376-377, corsivo nell'originale.

<sup>12</sup> Villa 2013: 376.

<sup>13</sup> Jori 1990: 231-232, trad. mia; cfr. anche Villa 1984<sup>b</sup>: 244-246.

<sup>14</sup> Per una ricostruzione approfondita di questa tradizione di ricerca giusfilosofica cfr. Villa 1993: 65-98.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

linguaggi-oggetto. Il presupposto di questa «svolta linguistica» della filosofia è che tra linguaggio e pensiero vi sia una coincidenza pressoché totale<sup>15</sup>. A prescindere da questa tesi filosofica in senso stretto, tesi che nel corso del tempo è stata messa in dubbio anche da autorevoli filosofi analitici, a partire da Ludwig Wittgenstein, vi sono alcuni elementi di carattere metodologico che accomunano tutto gli esponenti di questa tradizione di ricerca giusfilosofica. Innanzitutto, la predilezione dell'analisi rispetto alla sintesi. Il filosofo analitico muove sempre da una scomposizione e da una disarticolazione degli oggetti sottoposti ad indagine, per poi tentarne, eventualmente, una ricomposizione unitaria. In questo senso, il lavoro del filosofo analitico può essere paragonato a quello di un orologiaio che per riparare un orologio, lo smonta e ne esamina i singoli pezzi per poi rimetterli insieme ed esaminarne il funzionamento complessivo. In secondo luogo, la predilezione per un certo stile di analisi, vale a dire uno stile particolarmente austero, orientato al rigore argomentativo, alla chiarezza nella formulazione dei problemi, alla precisione nelle definizioni, alla cura nelle distinzioni, e così via. Infine, l'uso dell'analisi del linguaggio finalizzata alla chiarificazione dei problemi più squisitamente filosofici. Al riguardo, Uberto Scarpelli osserva che la filosofia analitica «accosta e cerca di risolvere i problemi filosofici attraverso un'analisi del linguaggio, una indagine ed una riflessione sopra i significati, le strutture logiche, le funzioni o gli usi del linguaggio»<sup>16</sup>.

L'influenza della filosofia analitica sul pensiero giuridico è favorita dal fatto che il diritto in quanto tale è (o può essere ridotto a) un discorso (vale a dire, il discorso del legislatore e dei giudici), e ciò rende un approccio linguistico allo studio del diritto particolarmente adeguato. Nei prossimi paragrafi vedremo alcune declinazioni diverse di un approccio «analitico» allo studio del diritto.

### *3. La versione «dura e pura» del realismo giuridico scandinavo*

Ross difende una concezione radicalmente neo-positivista della scienza giuridica che è stata anche denominata "positivismo logico". Secondo questa concezione, l'istanza paradigmatica di conoscenza è rappresentata dalle scienze empiriche, le quali adottano il principio di verifica (o, da un certo momento in poi, di falsificazione). Quest'ultimo diviene dunque il principio metodologico fondamentale di ogni ambito della conoscenza. Come la proposizione «questo è gesso» implica che se si osserva un pezzo di gesso al microscopio si paleseranno alcune qualità strutturali, allo stesso

---

<sup>15</sup> Dummett 1986.

<sup>16</sup> Scarpelli 1982: 49

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

modo la proposizione «l'art. 62 dell'*Uniform Negotiable Instruments Act* è diritto valido dell'Illinois» implica che i giudici dell'Illinois, date certe condizioni, si comporteranno in un certo modo<sup>17</sup>. Il neopositivismo propugna dunque una metodologia monista; per dirla con le parole di Ross, «ogni scienza si riferisce al medesimo corpo di fatti, ed ogni affermazione scientifica circa la realtà [...] è soggetta alla prova sperimentale»<sup>18</sup>. La concezione della scienza giuridica proposta da Ross è chiaramente prescrittiva; egli ci dice come i giuristi *devono* agire per conoscere il diritto, non come essi agiscono nel mondo reale.

Da questo modello di scienza giuridica discende una determinata concezione della validità delle norme: una norma è valida se è applicata dai giudici. Più precisamente, per stabilire se una norma sia valida bisogna sia osservare il comportamento e le azioni delle corti sia individuare l'ideologia che induce i giudici a trattare la norma in questione come socialmente vincolante. Il giusrealismo di Ross è dunque una sintesi tra realismo psicologico e realismo behavioristico. Il realismo psicologico afferma che una norma è valida se è accettata dalla coscienza giuridica popolare. Secondo questa concezione del realismo giuridico, ciò che è diritto valido dipende principalmente dalle opinioni dei giuristi, i quali sono considerati «i guardiani delle tradizioni giuridiche». Questa versione del giusrealismo sottovaluta l'importanza dell'attività giudiziaria, riconduce la validità delle norme giuridiche alla psicologia individuale e, di conseguenza, «converte il diritto in un fenomeno individuale al pari della moralità»<sup>19</sup>. Il realismo behaviorista sostiene invece che una norma è valida se è usata dai giudici per prendere le loro decisioni. Tuttavia, la mera osservazione del comportamento e delle azioni dei giudici non consente di prevedere come i giudici agiranno in futuro, così come non è possibile comprendere il gioco degli scacchi limitandosi ad osservare le mosse dei giocatori. Per Ross, affermare che una norma è valida significa fare una previsione circa il fatto che i giudici, date certe circostanze, utilizzeranno tale norma per le loro decisioni future; una siffatta previsione si fonda sul comportamento passato dei giudici e sulla conoscenza della loro ideologia normativa. Alla luce di questa ricostruzione si può affermare che la teoria della validità giuridica proposta da Ross è riduzionista, nella misura in cui riduce la validità all'efficacia.

Ancora, da questa concezione della validità è possibile ricavare una definizione del diritto come l'insieme dei fatti psico-sociali dei giudici. Il realismo giuridico di Ross e, in particolare, il modo in cui egli concilia realismo behavioristico e psicologico, presenta delle interessanti analogie con l'analisi che Hart fa delle regole sociali e con la concezione hartiana della validità giuridica<sup>20</sup>. Pur non potendo approfondire qui questo punto<sup>21</sup>, mi pare almeno interessante segnalare che sia la

---

<sup>17</sup> Ross 1990: 38-49.

<sup>18</sup> Ross 1990: 65.

<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Ross 1990: 69.

<sup>20</sup> Ross 1962.

<sup>21</sup> Cfr. eventualmente Schiavello 2018: 388-390.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

concezione della validità di Ross sia quella di Hart corrono il rischio di risolversi in un circolo vizioso. Entrambi gli autori affermano che bisogna guardare al comportamento ed agli atteggiamenti dei giudici (o più in generale dei funzionari) per individuare il diritto esistente; tuttavia, l'individuazione dei giudici passa per la previa individuazione del diritto (in particolare, delle norme che identificano i giudici all'interno di un sistema giuridico). Quindi: per individuare il diritto bisogna guardare ai comportamenti e agli atteggiamenti convergenti dei giudici che, però, non possono essere individuati se non attraverso il diritto.

Secondo alcuni autori la circolarità in questione è meramente apparente in quanto è possibile individuare i giudici non soltanto attraverso il diritto ma anche attraverso una analisi empirica che consenta di stabilire a quali soggetti una determinata comunità nel suo complesso attribuisca la funzione di determinare le controversie<sup>22</sup>. Sia come sia, e non è certo questa la sede per dire una parola definitiva sulla faccenda, è difficile negare che le concezioni del diritto che fondano la propria ricostruzione del diritto esclusivamente sulla figura dei giudici e dei funzionari rischiano di perdere di vista diverse e importanti caratteristiche del diritto. L'argomento della circolarità – sia esso superabile o meno – richiama la nostra attenzione su questo rischio.

Un aspetto cruciale della filosofia del diritto di Ross – proprio in relazione al tema della scienza giuridica analitica – riguarda il ruolo dei concetti giuridici. Seguendo la strada tracciata da altri eminenti giusrealisti scandinavi, tra i quali Karl Olivecrona, Ross sostiene che i concetti giuridici sono parole vuote che non denotano nulla. Nonostante ciò, essi ricoprono un ruolo importante nella pratica giuridica in quanto consentono di ricondurre, in modo veloce e cumulativo, un insieme complesso di fatti giuridici a un insieme complesso di conseguenze giuridiche. Inoltre, noi attribuiamo ad alcune parole una forza magica e mistica. È quello che facciamo, per quanto qui rileva, quando usiamo alcune espressioni o parole quali «diritto soggettivo», «proprietà», «pretesa» e così via. Ad esempio, le frasi «se si concede un prestito nasce una pretesa» e «se esiste una pretesa il pagamento deve essere fatto alla scadenza dovuta» possono essere sostituite dalla frase «se si concede un prestito, il pagamento deve essere fatto alla scadenza dovuta». Ciò significa che «pretesa» è una parola priva di riferimento semantico. L'uso di tali parole svolge tuttavia una importante funzione: sfruttando le corde più ancestrali del nostro essere, induce in noi la credenza che porre in essere certi

---

<sup>22</sup> Per dirla con Neil MacCormick (2001: 73): «Le corti di giustizia non sono istituzioni che si sostengono da sé, dotate di legittimità per il solo fatto di affermarlo ed investite di poteri a causa della loro propria forza fisica. Esse sono istituzioni create (formalmente o informalmente) da una comunità più ampia, da cui esse traggono la loro legittimità e l'autorità di

risolvere le controversie; la forza vincolante dei loro provvedimenti dipende, in primo luogo, dall'accettazione della loro autorità da parte dei funzionari che si occupano dell'esecuzione dei provvedimenti stessi, i quali esercitano, in una certa misura (spesso considerevole) la forza pubblica».

-

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

comportamenti sia un qualcosa di ineluttabile. In definitiva, l'uso dei concetti giuridici, in virtù della forza magica di questi ultimi, favorisce e rafforza l'acquiescenza nei confronti del diritto<sup>23</sup>.

L'empirismo rigido del giusrealismo di Ross, che è la base filosofica della sua concezione del diritto, non è più difendibile. Il pluralismo metodologico è una tesi (quasi) unanimemente accolta dall'epistemologia contemporanea. Secondo questa tesi, che contraddice il monismo metodologico del neopositivismo più intransigente, la possibilità di qualificare come "scientifico" un ambito della conoscenza non passa per l'adozione di un determinato metodo, in particolare del metodo delle scienze empiriche mature<sup>24</sup>. L'idea, banale, è che il metodo dipende dal contesto o, in altri termini, che è l'ambito di esperienza oggetto di studio a determinare quale sia il metodo adeguato da adottare.

In generale, una indagine meta-metodologica induce a distinguere in modo piuttosto netto il metodo delle scienze naturali da quello delle scienze umane. Le ragioni sono ovvie. Qui le riassumo dicendo che nell'ambito delle scienze naturali la distanza tra l'oggetto di studio e l'attività conoscitiva è più ampia di quanto non sia, fatalmente, nell'ambito delle scienze umane. Queste ultime, infatti, si occupano di fatti umani i quali, a differenza dei fatti naturali, sono «costruiti»<sup>25</sup> dagli esseri umani e, proprio per questo, non sono impermeabili all'attività conoscitiva che li riguarda. Lo scienziato sociale è in qualche modo anche un attore o un «costruttore» dell'ambito di esperienza che rappresenta l'oggetto del suo studio.

Se è vero che l'oggetto di studio influisce sul metodo scientifico, allora un discorso sulla scienza giuridica impone qualche breve riflessione preliminare sull'oggetto della scienza giuridica, vale a dire sul diritto.

Dire che cos'è il diritto o delimitare l'ambito del giuridico non è semplice. Herbert Hart parte proprio da una riflessione sulla difficoltà di definire il diritto per elaborare la sua versione del positivismo giuridico:

Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione "Che cos'è il diritto?". Anche se limitiamo la nostra attenzione alla teoria giuridica degli ultimi centocinquanta anni e lasciamo da parte la riflessione classica e medievale sulla "natura del diritto", ci troviamo di fronte a una situazione che non ha uguali in nessuna altra materia studiata in modo sistematico come disciplina accademica a sé. Non esiste un'ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema "Che cos'è la chimica?" oppure "Che cos'è la medicina?", come quella rivolta alla soluzione della questione "Che cos'è il diritto?"<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Ross 1976; cfr. Serpe 2008: 138-145 e Schiavello 2010: 44-48.

<sup>24</sup> Per una articolata presentazione della contrapposizione tra monismo e pluralismo metodologico e per una argomentata



difesa di quest'ultimo si veda il pionieristico Villa 1984<sup>25</sup>: 24-45.

<sup>25</sup> Cfr. Searle 1996.

<sup>26</sup> Hart 2002: 3.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

Il disaccordo, anche radicale, sulla definizione del diritto ci dice molto sulla natura di quest'ultimo e rappresenta un indizio a favore di una scienza giuridica interpretativa. La prospettiva che la scienza giuridica deve adottare (*rectius*: non può non adottare) è al tempo stesso conoscitiva e normativa: è conoscitiva perché non può prescindere dalla pratica giuridica esistente; è normativa perché offrendo ricostruzioni e giustificazioni di tale pratica contribuisce a modellarla. Il giusrealismo di Ross è viziato proprio dal mancato riconoscimento dell'inevitabile dimensione normativa della scienza giuridica.

#### 4. *La Scuola analitica italiana: la scienza giuridica come analisi del linguaggio del diritto*

Per la Scuola giusanalitica italiana sia la scienza giuridica sia il diritto sono discorsi, ma discorsi da tenere ben distinti<sup>27</sup>. Il diritto è un insieme di norme, quindi si tratta di un discorso composto prevalentemente da enunciati in funzione prescrittiva. La scienza giuridica è un meta-linguaggio descrittivo che ha ad oggetto il linguaggio prescrittivo del diritto. La scienza giuridica esprime (deve esprimere) proposizioni concernenti il diritto. A questi due livelli di linguaggio è opportuno sovrapporne un terzo, che è quello della epistemologia giuridica la quale, avendo ad oggetto la scienza giuridica, può essere definita un meta-meta-linguaggio. Secondo questa impostazione, la meta-giurisprudenza è prescrittiva, nel senso che prescrive alla giurisprudenza di descrivere. Questa conclusione segna una distanza problematica (per i sostenitori di questa prospettiva) tra l'epistemologia giuridica e l'epistemologia delle scienze naturali. Quest'ultima infatti si limita a descrivere come le scienze producono conoscenza. L'epistemologia giuridica non descrive quello che fanno i giuristi, ma dice loro quello che dovrebbero fare (e perlopiù non fanno). Questa difformità può essere spiegata osservando che «la meta-scienza non può descrivere il modo in cui la scienza giuridica produce delle conoscenze sul diritto se il discorso sul diritto non si presenta esso stesso come un insieme di conoscenze. Non si può fare meta-scienza se non sopra un discorso che abbia il carattere di scienza. In fin dei conti, non è che l'epistemologia giuridica davvero prescriva di descrivere: ciò che essa fa è indicare i caratteri che una scienza del diritto dovrebbe avere se fosse costruita sulla base di un modello ispirato a quello delle scienze naturali»<sup>28</sup>.

Il problema – che nessuno peraltro nega – è che il discorso giuridico è parzialmente indeterminato. Ciò implica che il più delle volte da una disposizione è possibile trarre più norme. Al fine di mantenere

---

<sup>27</sup> Nel ricostruire i tratti salienti di questa versione della scienza giuridica analitica seguo Guastini 2011<sup>a</sup>: 439-450. Una

felice eccezione al *mainstream* della Scuola è rappresentato da Uberto Scarpelli, di cui si veda almeno Scarpelli 1965. Sulla concezione della scienza giuridica di Scarpelli, cfr. Jori 1997 e Schiavello 2004.

<sup>28</sup> Troper 2003: 25-26.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

la distinzione tra il diritto (linguaggio oggetto) e la scienza giuridica (meta-linguaggio), quest'ultima deve occuparsi a) di «interpretazione cognitiva», vale a dire di registrare tutte le possibili norme che possono scaturire da una disposizione e b) di individuare e descrivere l'«interpretazione vigente» di una disposizione (qualora esista).

Secondo questa prospettiva, buona parte di quello che effettivamente fanno i giuristi (in particolare, la dottrina), in effetti, non può essere considerato un meta-linguaggio rispetto al diritto ma è parte del linguaggio del diritto. La dottrina, più che descrivere il diritto, lo modella, sia scegliendo una tra le possibili norme ricavabili da una disposizione per via interpretativa, sia producendo norme nuove inesprese. Per questa ragione, quando il giurista si produce in queste attività (i.e. interpretazione decisoria e formulazione di nuove norme), attività da tutti considerate legittime<sup>29</sup>, non si pone al livello meta-linguistico ma al livello del linguaggio oggetto.

In conclusione, la maggior parte di quello che fanno i giuristi non può essere ricondotto alla scienza giuridica, a meno di non intendere quest'ultima in senso lato: la «vera» scienza giuridica è quella che descrive il diritto. La scuola giusanalitica italiana si rifiuta dunque di considerare come scienza giuridica (se non in senso lato) alcune attività che quasi tutti riconoscono come i casi paradigmatici di scienza giuridica. Questo non è un argomento decisivo contro questa concezione (troppo) esigente della scienza giuridica, ma è certamente un punto che dovrebbe indurre alla prudenza.

Un paio di esempi concreti evidenziano il limite di questa concezione della scienza giuridica.

Il primo esempio riguarda le «lacune immaginarie» e le «norme apocrife» (nonché la presunta omosessualità di Oliver Twist). Secondo Riccardo Guastini l'enunciato «Oliver Twist è omosessuale» non è né vero né falso (al limite, senz'altro falso) perché Charles Dickens non scrive nulla (di esplicito) al riguardo nel suo romanzo. Allo stesso modo, l'art. 87, comma 5 cost. che dispone: «[il Presidente della Repubblica] emana i decreti aventi valore di legge» è stato (ed è) oggetto di dispute «interpretative» relative alla individuazione dei limiti del potere del Presidente della Repubblica di emanare decreti. Eppure, «enunciati del tipo 'il Presidente della Repubblica non può rifiutare l'emanazione di decreti-legge se non in circostanze così-e-così'»<sup>30</sup> non sono né veri né falsi (al limite, senz'altro falsi) o devono essere convertiti da enunciati interpretativi in formulazioni di una norma apocrifa. Pur non potendo entrare nel merito, anche in questi casi vengono presupposte tutte una serie di opzioni meta-interpretative, che hanno peraltro evidenti risvolti ideologici e, nel caso del diritto, politici in senso stretto<sup>31</sup>. Peraltro, a voler seguire fino in fondo questa impostazione,

---

<sup>29</sup> Giovanni Tarello ad esempio osserva: «...è troppo ovvio che qualsiasi discorso di giurista non sfugge all'alternativa seguente: o è assolutamente inutile, ovvero è destinato ad (viene dall'autore destinato ad ed oggettivamente "ha il destino di") assumere "forza" precettiva o direttiva (nei confronti dei consociati, o comunque nei confronti dei giudici, e di solito

anche nei confronti degli altri giuristi)» (Tarello 1974: 376).

<sup>30</sup> Guastini 2011<sup>b</sup>: 448-449.

<sup>31</sup> Per un approfondimento, cfr. Villa 2012: 43-73. Cfr. anche Barberis 2001: 32-33.

10

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

bisogna concedere che, se, ad esempio, una norma vieta di dormire nelle stazioni ferroviarie, il giudice che assolve il distinto signore che si era assopito, da seduto, aspettando l'arrivo del suo treno, sta ignorando il diritto vigente; invece, l'altro giudice che condanna il vagabondo che si era sdraiato con un cuscino sotto la testa su una panchina della stazione ma che era ancora sveglio al momento dell'arresto, sta usando, come premessa maggiore della sua decisione, una norma apocrif<sup>32</sup>. E questa non sembra affatto una ricostruzione soddisfacente della vicenda.

Il secondo esempio riguarda alcuni aspetti centrali del c.d. neocostituzionalismo giuspositivista e garantista proposto da Luigi Ferrajoli<sup>33</sup>. Un elemento centrale del giuspositivismo di Ferrajoli è una concezione della validità giuridica che rispetta la separazione tra diritto e morale: una questione è la validità di una norma, altra la sua correttezza morale e la sua giustizia. Ciò in perfetta linea con il motto giuspositivista *auctoritas non veritas facit legem*. Tale versione non riduzionista della validità stride però con le celebri riflessioni di Ferrajoli sul mutamento che il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale avrebbe prodotto sulla nozione giuspositivista di validità. Nello stato costituzionale, alla validità formale (o vigore) si aggiunge anche una dimensione sostanziale (validità in senso pieno). La validità formale presuppone il rispetto delle meta-norme procedurali e di competenza relative alla produzione della legge, mentre la validità sostanziale richiede che vi sia coerenza e compatibilità tra le norme infra-costituzionali e le norme costituzionali che, secondo Ferrajoli, sono principi etico-politici. L'accertamento della validità sostanziale impone che si ponga in essere una attività interpretativa complessa che riguarda sia la disposizione infracostituzionale che quella costituzionale e il cui esito sarà la produzione della norma  $N_1$  (infracostituzionale) ed  $N_2$  (costituzionale) nonché la valutazione circa la coerenza e la compatibilità tra queste due norme. Questa complessa attività interpretativa che coinvolge – è bene ribadirlo – principi etico-politici, chiama in causa valutazioni sostanziali che «contrariamente a quanto afferma Ferrajoli, non possono essere di tipo prettamente ed esclusivamente giuridico, ma saranno anche – e necessariamente – di carattere etico-politico: proprio perché etico-politica è la sostanza delle norme in considerazione»<sup>34</sup>.

Il proposito di tenere ben separati il linguaggio-oggetto del diritto dal meta-linguaggio della scienza giuridica sembra dunque, ad essere generosi, difficilmente realizzabile.

## 5. Herbert Hart e l'analytical jurisprudence

<sup>32</sup> L'esempio è in Fuller 2005: 161-168. Cfr. anche Pino 2013: 81-88.

<sup>33</sup> Cfr. Ferrajoli 2013. Sul punto, seguo la ricostruzione critica del pensiero di Ferrajoli avanzata in Pino 2014, 77-87, a

cui rimando anche per i riferimenti puntuali all'opera di Ferrajoli. Per una incisiva presentazione delle tesi di Ferrajoli, cfr. García Figueroa 2005.

<sup>34</sup> Pino 2014: 84.

11

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

*Il concetto di diritto* di Hart è senz'altro l'opera di filosofia del diritto più influente della seconda metà del XX secolo, allo stesso modo in cui *Una teoria della giustizia* di John Rawls lo è, più o meno negli stessi anni, per la filosofia politica. Hart propone una versione del normativismo che offre risposte soddisfacenti alle critiche principali che erano state mosse al normativismo di Hans Kelsen. A partire dalla fine degli anni '70 del secolo scorso la cosiddetta disputa Hart/Dworkin è stato uno dei *leit motiv* del dibattito filosofico giuridico.

Hart ritiene che *Il concetto di diritto* sia un saggio di *analytical jurisprudence* (cfr. par. 2) in quanto si propone l'obiettivo di chiarire «la generale struttura del pensiero giuridico, piuttosto che la critica del diritto o la politica legislativa» e in quanto si occupa sovente di «questioni che possono essere considerate relative al significato delle parole»<sup>35</sup>. Inoltre, sin dalla prefazione de *Il concetto di diritto* Hart riconosce il proprio debito nei confronti dell'intuizione di John Langshaw Austin secondo cui nelle scienze sociali è possibile usare «una raffinata consapevolezza delle parole per affinare la nostra percezione dei fenomeni»<sup>36</sup>.

Hart elabora una teoria delle regole sociali il cui obiettivo è quello di distinguere le regole sociali dalle mere abitudini, i comportamenti regolati da quelli meramente regolari. Una tra le principali critiche che Hart muove all'imperativismo di John Austin è infatti quella di non avere colto l'importanza di tale distinzione e, come conseguenza di ciò, di prescindere dal concetto di norma.

Secondo Hart i comportamenti regolari e quelli regolati hanno in comune l'aspetto esterno, vale a dire la regolarità empiricamente rilevabile di comportamenti convergenti. Ciò implica che un'analisi meramente comportamentistica non consente di distinguere tra le situazioni sociali designate dalle regole e quelle designate dalle abitudini.

Le regole sociali, a differenza delle abitudini, presentano anche un aspetto interno, che consiste in «...un atteggiamento critico riflessivo nei confronti di certi modelli di comportamento intesi come criteri comuni di condotta [che] si manifest[a] nella critica (compresa l'autocritica), nelle richieste di conformità, e nel riconoscimento che simili critiche e richieste sono giustificate: tutto questo trova la sua espressione caratteristica nella terminologia normativa di dovere, obbligo, giusto e sbagliato»<sup>37</sup>.

Attraverso la *practice theory of norms* Hart riesce a superare in modo più convincente rispetto a Hans Kelsen il problema del fondamento della validità del diritto: una regola è una regola giuridica valida se soddisfa i criteri stabiliti dalla regola di riconoscimento che, a differenza della norma fondamentale, è una regola sociale. La regola di riconoscimento è il criterio supremo (la «regola delle regole») che consente di ricondurre ad unità sistemica tutte le regole giuridiche e di distinguere queste ultime dalle regole morali o dalle regole di etichetta. Una regola di riconoscimento – così come ogni

<sup>35</sup> Hart 2002: XXIII.

<sup>36</sup> Hart 2002: *ibidem*.

<sup>37</sup> Hart 2002: 69-70.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

altra regola sociale – esiste quando è possibile individuare un gruppo di persone che accetta tale regola dal «punto di vista interno». Va ricordato che, per Hart, il «punto di vista interno», non presuppone necessariamente l'accettazione morale di un sistema giuridico e dei suoi principi fondamentali, ma soltanto un generico atteggiamento critico riflessivo, empiricamente verificabile. Tale verifica empirica consiste sia nell'analisi delle espressioni linguistiche che accompagnano gli obblighi giuridici, sia nella osservazione del fatto che i funzionari, i giudici in particolare, agiscono conformemente alle norme secondarie. In conclusione, Hart intende l'accettazione del diritto in un senso debole e per molti versi vago: accettare il diritto significa considerare il comportamento prescritto dalle regole giuridiche come un modello comune di comportamento. L'esigenza di Hart, in questo caso, è chiaramente quella di suffragare la tesi che il diritto è almeno in parte autonomo dalla morale.

Una questione ulteriore è quella di specificare qual è il gruppo di persone la cui accettazione rileva in relazione all'esistenza di una regola di riconoscimento e, conseguentemente, di un sistema giuridico nel suo complesso. Per Hart è in linea di principio plausibile che il punto di vista interno sia condiviso esclusivamente dai funzionari, dai giudici in particolare, e che i cittadini seguano le norme primarie solamente per paura della sanzione. La netta distinzione che Hart fa tra funzionari e cittadini è alquanto problematica e, peraltro, potenzialmente distruttiva dell'intero impianto della sua versione di positivismo giuridico (cfr. par. 3).

Hart sostiene dunque che una regola di riconoscimento esiste quando è accettata almeno dai giudici. Questa tesi ontologica sul diritto – la tesi, cioè, che la regola di riconoscimento e, più in generale, il diritto di una comunità coincida con gli atteggiamenti ed i comportamenti convergenti dei partecipanti, e dei giudici in particolare – produce delle evidenti ricadute a livello metodologico o meta-teorico: il diritto è un dato di fatto che può essere descritto avalutativamente guardando, per l'appunto, agli atteggiamenti ed ai comportamenti convergenti dei partecipanti (tesi della neutralità).

Per Hart, come si è detto, il punto di vista interno non consiste necessariamente nell'accettazione morale di un sistema giuridico e dei suoi principi fondamentali, ma soltanto in un generico atteggiamento critico riflessivo, empiricamente verificabile. Hart riconduce quindi alla prospettiva del partecipante situazioni molto diverse tra loro che sarebbe stato opportuno distinguere ed ordinare in modo seriale. Ad esempio, chi *accetta* le norme giuridiche esclusivamente perché lo fanno gli altri è, in base all'analisi di Hart, un partecipante a tutti gli effetti. Ciò che spinge il conformista ad accettare il diritto è, in definitiva, la paura della riprovazione sociale. La riprovazione sociale, tuttavia, non è altro che una sanzione non istituzionalizzata. La caratterizzazione in senso debole del punto di vista interno assottiglia le differenze tra la *practice theory of norms* e l'imperativismo. Se le ragioni

per accettare il diritto stanno sullo stesso piano, si può ipotizzare il caso in cui tutti i partecipanti

12

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

accettino il diritto per conformismo e, ove ciò accada, la differenza tra «avere un obbligo» ed «essere obbligato» svanisce.

I seguaci di Hart, ed Hart stesso nel *Poscritto*, riconoscono la centralità della “prospettiva morale” rispetto alle altre manifestazioni epifenomeniche di accettazione. Hart e i suoi seguaci tuttavia ritengono che il fatto che alcuni tra i partecipanti credano che il diritto sia giusto non produca alcuna conseguenza diretta sulla tesi secondo cui l’individuazione del diritto sia una mera questione di fatto. Insomma, «la descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione»<sup>38</sup>. Ridotto ai minimi termini, l’argomento è il seguente: il fatto che i partecipanti, o alcuni tra essi, siano convinti che il proprio sistema giuridico sia fondato su principi morali validi ed appropriati, non costituisce un argomento adeguato a sostegno della tesi della connessione concettuale tra diritto e morale. Tale argomento, infatti, mostra semplicemente che coloro i quali sono giuridicamente obbligati a porre in essere un determinato comportamento credono di essere obbligati anche moralmente. Il medesimo argomento, tuttavia, non impedisce di predicare, al tempo stesso, l’esistenza di un sistema giuridico e la sua immoralità. In altri termini, la caratterizzazione in senso forte del punto di vista interno non è avvertita da Hart e dai suoi seguaci contemporanei come un’insidia per la tesi della neutralità. Il fatto che tra i compiti del giurista (in senso ampio) vi sia quello di riconoscere il «punto di vista morale» del partecipante e di renderne conto, non implica che il giurista abbandoni una prospettiva «distaccata» e, in definitiva, non compromette l’immagine del «lavoro teorico come una impresa *value-free*»<sup>39</sup>.

Ciò che Hart ed i suoi seguaci non considerano adeguatamente è che l’accordo tra i partecipanti su ciò che è e ciò che non è diritto – accordo che, per l’appunto, si manifesta attraverso comportamenti ed atteggiamenti convergenti – sotto-determina le norme effettivamente accolte da ciascuno dei partecipanti. Gli stessi criteri di riconoscimento sono sotto-determinati dai comportamenti e dagli atteggiamenti convergenti dei partecipanti e dei giudici in particolare. Dworkin non mancherà di insistere su questo limite della scienza giuridica di matrice hartiana.

Anche la teoria dell’interpretazione giuridica di Hart è istruttiva in relazione alle vicende della scienza giuridica analitica. In breve, Hart ambisce a tracciare una via intermedia tra formalismo ed anti-formalismo interpretativo. Il linguaggio giuridico, come ogni linguaggio naturale, ha una struttura aperta. Questo implica, secondo Hart, che esistono fattispecie giuridiche che ricadono chiaramente dentro l’area di applicazione della norma giuridica; vi sono però altre fattispecie che ricadono in una zona di penombra e rispetto ad esse si può discutere se la norma si applichi o meno. Secondo questa teoria, l’attività interpretativo/applicativa è sia un’attività squisitamente cognitiva

---

<sup>38</sup> Hart 2002: 314.

<sup>39</sup> Comanducci 1998: p. 11.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

(con riguardo ai casi facili) sia un'attività creativa e discrezionale (con riguardo ai casi difficili). Attraverso la distinzione tra casi facili e difficili Hart ritiene di avere offerto una spiegazione convincente di come il diritto riesca a garantire contemporaneamente i due valori della certezza e della flessibilità. Inoltre, come già detto, in relazione ai casi facili l'interpretazione giuridica può essere presentata come un'attività cognitiva e scientifica in senso stretto.

C'è tuttavia un'obiezione che può essere mossa alla teoria «mista» dell'interpretazione proposta da Hart: la distinzione tra casi facili e casi difficili non è netta e ciò inficia la possibilità di stabilire con chiarezza in quale punto l'attività interpretativa cessa di essere un'attività cognitiva e si trasformi in un'attività creativa<sup>40</sup>. Volendo esagerare (ma poi non tanto!) si potrebbe dire che tutti i casi giudiziari sono potenzialmente casi difficili. Questo aspetto problematico della vaghezza in relazione al linguaggio giuridico è colto in modo puntuale da Neil MacCormick: «C'è uno spettro che va dal manifestamente semplice all'estremamente complicato, e, scorrendo tale spettro, non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" in modo da aprire la strada alla possibilità di utilizzare argomenti consequenzialisti e argomenti di principio e analogico»<sup>41</sup>.

Anche questa obiezione alla possibilità di distinguere nettamente i casi facili dai casi difficili contribuisce alla crisi dell'idea di una scienza giuridica descrittiva e valutativa ed apre le porte alla svolta interpretativa della scienza giuridica analitica.

## 6. Ronald Dworkin e l'interpretive turn

L'inclusione di Dworkin tra i giusfilosofi analitici non è affatto scontata e va dunque brevemente giustificata. Contro questa scelta possono essere annoverate l'aspirazione di Dworkin, sin dai suoi primi scritti, all'eclettismo (Mackie 2005), che rende difficile il suo inquadramento dentro rigide categorie di scuola, nonché la palese insofferenza dell'autore americano per l'idioletto e i tic della scuola analitica e, in particolare, per la protervia, da Dworkin ritenuta ingenua ed illusoria, nel distinguere rigidamente tra discorsi e meta-discorsi e, a partire da questa distinzione, per la pretesa rassicurante che l'ambito della conoscenza giuridica si esaurisca in meta-discorsi descrittivi (Lacey, 2004, 328; Dworkin 2010, 39). La filosofia analitica del diritto di matrice giuspositivistica, si preoccupa di (tentare di) separare il diritto qual è dal diritto quale dovrebbe essere; il discorso scientifico, volto a descrivere il diritto esistente, dalle proprie preferenze personali e idiosincratice

---

<sup>40</sup> Cfr. Endicott 1997.

<sup>41</sup> MacCormick 2001: 230.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

su come il diritto dovrebbe essere. Dworkin, al contrario, ritiene che tali distinzioni siano illusorie e che il compito del filosofo del diritto e del giurista sia quello di "contribuire", attraverso i propri talenti argomentativi, a rendere il diritto esistente quanto più simile possibile al diritto ideale.

Per altro verso, è difficile negare che i riferimenti culturali e filosofici di Dworkin siano principalmente «analitici»; in particolare, è abbastanza evidente che uno tra gli autori che più ha influenzato Dworkin sia stato Ludwig Wittgenstein. Inoltre, se allarghiamo l'angolo visuale, si può anche rilevare che l'insofferenza per i meta-discorsi o, comunque, la consapevolezza che la conoscenza filosofica non si esaurisca in un asettico discorso su altri discorsi è, da un certo momento in poi, condivisa anche in ambito analitico. Basti pensare a John Rawls che con *A Theory of Justice* nei primi anni '70 del secolo scorso indirizza il dibattito filosofico morale e filosofico politico su questioni sostanziali distogliendolo dalle sottili questioni meta-etiche che lo avevano impegnato sino ad allora.

Infine, il fatto che Dworkin costruisca la sua concezione del diritto, soprattutto nella prima fase segnata dalla pubblicazione di *Taking Rights Seriously*, in contrapposizione al positivismo giuridico di matrice hartiana spinge comunque a inserire l'autore americano nello stesso *milieu* culturale e filosofico di Hart e, dunque, nell'ambito dell'*analytical jurisprudence*. Si potrebbe dire che Dworkin stia ad Hart come quest'ultimo sta a John Austin.

Detto questo, sarebbe ingenuo pretendere di stabilire, una volta per tutte, se Dworkin possa o meno essere considerato un giusfilosofo analitico. Le classificazioni, in ambito filosofico almeno, sono perlopiù espressione delle idiosincrasie di chi le propone e non vanno prese come rappresentazioni incontrovertibili della realtà. In ogni caso, Dworkin, comunque venga classificato, segna la crisi della scienza giuridica analitica e, già solo per questo, acquisisce un ruolo di rilievo nell'indagine condotta in questo saggio.

Fatta questa premessa, è il momento di introdurre le tesi fondamentali della svolta interpretativa. La natura interpretativa della scienza giuridica dipende anche dalle caratteristiche del diritto. A tal riguardo è utile riprendere la distinzione proposta da Dworkin tra tre tipi di concetti<sup>42</sup>.

Alcuni concetti sono criteriali in quanto presuppongono un accordo generalizzato su una definizione, che può essere precisa o approssimativa, la quale consenta di distinguere tra usi corretti e usi scorretti. 'Equilateralità' è un concetto criteriole assolutamente preciso; 'celibe' è ragionevolmente preciso anche se vi sono usi dubbi di questo concetto (ad esempio: ha senso dire di un bambino di cinque anni che è celibe?); 'matrimonio' è un concetto criteriole ancora più impreciso (un'unione tra persone dello stesso sesso è un matrimonio?)<sup>43</sup>.



<sup>42</sup> Cfr. Dworkin 2010: 3-40 e 153-203 e Dworkin 2013: 183-217. Per una analisi più articolata della svolta interpretativa rinvio a Schiavello 2014: 203-211.

<sup>43</sup> Tutti gli esempi sono tratti da Dworkin 2010 e 2013.

16

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

Altri concetti sono di "tipi o generi naturali": «...i tipi naturali sono cose che hanno un'identità fissa in natura, come un composto chimico o una specie animale, e [...] le persone condividono un concetto di tipo naturale quando lo usano per far riferimento a uno stesso tipo naturale»<sup>44</sup>. Si tratta di concetti di cui presupponiamo esista un'"essenza naturale" (la composizione molecolare, il Dna e così via) che non dipende dai criteri che noi utilizziamo comunemente per identificare le istanze d'uso corrette di tali concetti.

Infine, alcuni concetti sono interpretativi. Si tratta di concetti che a) sono collegati a pratiche sociali, b) esprimono il valore o i valori intorno al quale o ai quali tali pratiche si sono costituite e c) sopportano «...differenze di opinione forti e completamente irriducibili sui casi particolari»<sup>45</sup>.

Il modo in cui Dworkin delinea i concetti interpretativi è chiaramente riconducibile all'analisi dei "concetti essenzialmente contestabili" proposta da Walter B. Gallie<sup>46</sup>; senza indulgere in analisi esegetiche del pensiero dworkiniano, mi sembra opportuno osservare almeno che, pur senza salti o cambiamenti radicali, la concezione interpretativa del diritto proposta da Dworkin ha via via acquisito contorni più chiari e, soprattutto in relazione alla caratterizzazione del diritto come concetto interpretativo, il debito di Dworkin nei confronti di Gallie è emerso con chiarezza sempre maggiore.

I concetti essenzialmente contestabili presentano cinque caratteristiche<sup>47</sup>: 1) sono concetti che esplicitano il valore (*appraisive*) di una impresa ritenuta degna di essere perseguita e che collegano tra loro in modo indissolubile l'impresa ed il valore ad essa soggiacente; 2) l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve essere complessa ed articolata; 3) le ricostruzioni di tali concetti devono prendere in considerazione tutti i diversi aspetti e le diverse caratteristiche dell'impresa; 4) l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve avere un carattere "aperto", deve cioè essere in grado di sopportare cambiamenti significativi, non prevedibili in anticipo; 5) l'uso di concetti essenzialmente contestabili presuppone la consapevolezza circa l'esistenza di usi alternativi con i quali l'uso prescelto deve confrontarsi e rispetto ai quali deve sforzarsi di prevalere: «...usare un concetto essenzialmente contestabile significa usarlo in modo al tempo stesso aggressivo e difensivo»<sup>48</sup>.

Se il diritto è un concetto interpretativo – e, anche alla luce delle osservazioni avanzate nei paragrafi precedenti alla possibilità di una scienza giuridica oggettiva e avalutativa, a me pare difficile

---

<sup>44</sup> Dworkin 2013: 185. Per dirla con Hilary Putnam 1987: 266: «se esiste una struttura nascosta, essa generalmente determina in che cosa consiste l'essere un membro del genere naturale, non solo nel mondo reale, ma in tutti i mondi possibili. In altri termini, essa determina ciò che noi possiamo e non possiamo supporre in termini controfattuali circa il genere naturale ("l'acqua sarebbe potuta essere tutta vapore?", sì; "l'acqua sarebbe potuta essere XYZ?", no)».

<sup>45</sup> Dworkin 2013: 187.

<sup>46</sup> Gallie 1956: 167-198; cfr. Guest 1992: 34-37.

<sup>47</sup>

<sup>77</sup> Per quanto Gallie distingua sette caratteristiche dei concetti essenzialmente contestabili, in questa sede è possibile omettere le ultime due. Cfr. eventualmente Gallie 1956: 171-180.

<sup>48</sup> Gallie 1956: 172.

17

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

negarlo – bisogna rassegnarsi ad ammettere che anche la scienza giuridica è (nel senso che non può che essere) interpretativa.

### 7. Osservazioni conclusive

È possibile trarre qualche conclusione di carattere generale dalle vicende della scienza giuridica analitica? Io credo di sì. Il *trait d'union* di tutte le versioni della scienza giuridica analitica – con l'eccezione di Dworkin che non a caso ne sancisce la crisi – è l'idea che sia possibile (è opportuno) descrivere il diritto in modo oggettivo e avalutativo. In tutti i casi tuttavia tale aspirazione si è scontrata con ostacoli insormontabili.

Sebbene dunque in linea di principio sia possibile distinguere due modelli ideal-tipici di scienza giuridica, a seconda che si ritenga, rispettivamente, che la frontiera tra il diritto e la conoscenza giuridica sia netta ed invalicabile (in questo caso il modello è quello del giurista-custode) ovvero scarsamente visibile e poco significativa (in questo caso il modello è quello del giurista-creatore)<sup>49</sup>, questa distinzione segnala in realtà soltanto una importante differenza di stile tra i giuristi, in epoche storiche e contesti differenti, ma non una distinzione qualitativa. Il modello del giurista-custode si fonda su scelte ideologiche e valutative e dunque anche il giurista che si auto rappresenta come custode del diritto, è creatore del suo oggetto. La scienza giuridica è dunque sempre interpretativa, che lo voglia o no. Celarsi dietro le (mentite) spoglie di custode del diritto è spesso la strategia adottata dagli studiosi del diritto per imporre un proprio punto di vista ideologico senza farsene accorgere.

---

<sup>49</sup> Riprendo questa distinzione da Bobbio 2007: 34-47.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

### Bibliografia

Barberis, M. (2001). *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la gènoise*, in Comanducci, P., Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1-36.

Bobbio, N. (1996). *Il positivismo giuridico* (ed. or. 1960-1961), Torino, Giappichelli.

Bobbio, N. (1997). *Autobiografia*, Roma-Bari, Laterza.

Bobbio, N. (2007). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1<sup>a</sup> ed. 1977), Roma-Bari, Laterza.

Chiassoni, P. (2013). *Wiener Realism*. In Duarte D'Almeida L., Gardner J. & Green L. (eds.) *Kelsen Revisited. New Essays in the Pure Theory of Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 131-162.

Comanducci, P. (1998). *Diritto, morale e politica*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 3-15.

Dummett, M. (1986). *Truth and other enigmas* (1978), tr. it. *La verità e altri enigmi*, Milano, Il Saggiatore.

Dworkin, R. (2010). *Justice in Robes* (2006), tr. it. *La giustizia in toga*, Roma-Bari, Laterza.

Dworkin, R. (2013). *Justice for Hedgehogs* (2011), tr. it. *Giustizia per i ricci*, Milano, Feltrinelli.

Endicott, T.A.O. (1997). *Vagueness and Legal Theory*. «Legal Theory», 3, 37-63.

Ferrajoli, L. (2013). *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza.

Fioravanti, M. (1995). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli.

Fuller, L. L. (2005). *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart* (1958), tr. it. *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, in Schiavello, A., Velluzzi, V. (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 136-170.

Gallie, W. B. (1956). *Essentially Contested Concepts*, «Proceedings of the Aristotelian Society», vol. 56, 167-198.

García Figueroa, A. (2005). *Intervista a Luigi Ferrajoli*, «Diritto & questioni pubbliche», 5, 163-179.

Guastini, R. (2011<sup>a</sup>). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.

Guastini, R. (2011<sup>b</sup>). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.

Guest, S. (1992). *Ronald Dworkin*, Edinburgh, Edinburgh University Press.

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

Jori, M. (1990). *Paradigms of Legal Science*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 2, 230-254.

Jori, M. (1997). *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, II. ed., Napoli, ESI, 23-46.

Kirchmann von, J. H. (1964). *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1948), tr. it. *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in Kirchmann von, J. H. e Wolf, E., *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè.

Lacey, N. (2004). *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford, University Press.

MacCormick, N. (2001). *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978; 1994<sup>2</sup>), tr. it. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli.

Mackie, John L. (2005). *La terza teoria del diritto* (1977), in A. Schiavello, V. Velluzzi, (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 249-259.

Núñez Vaquero, A. (2013). *Five Models of Legal Sciences*, «Revus» 19, 53-81.

Peczenik, A. (2005). *Scientia Iuris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as Source of Law*, Dordrecht, Springer.

Pino, G. (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 77-101.

Pino, G. (2014). *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, «Diritto & questioni pubbliche», 14, 57-110.

Putnam, H. (1987). *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers, Volume 2* (1975), tr. it. *Mente, linguaggio e realtà*, Milano, Adelphi.

Ross, A. (1976). *Tû-Tû* (1957), tr. it. *Tû-Tû*, in Scarpelli, U. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di Comunità, 165-181.

Ross, A. (1990). *On Law and Justice* (1958), tr. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi.

Samuel, G. (2003). *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate.

Scarpelli, U. (1965), *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità.

Scarpelli, U. (1982). *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino.

Schiavello, A. (2004). *La lungimirante 'eterodossia' del positivismo giuridico di Scarpelli*, «Notizie di Politeia», a. XX, n. 73, 77-89.

Schiavello, A. (2010). *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Pisa, ETS, 2010.

Schiavello, A. (2014). *Algunos Argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa*,

«Doxa», 37, 193-217.

22

Draft: La versione definitiva è stata pubblicata in "Ragion Pratica", 54, 1/2020, 143-163, ISSN 1720-2396

Schiavello, A. (2018). *La filosofia «scientifica» di Alf Ross*, «Diritto & questioni pubbliche», 2, 379-392.

Searle, J. R. (1996). *The Construction of Social Reality* (1995), tr. it. *La costruzione della realtà sociale*, Milano, Edizioni di Comunità.

Serpe, A. (2008). *Realismo nordico e diritti umani. Le «avventure» del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino.

Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.

Troper, M. (2003). *La philosophie du droit* (2003), tr. it. *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè.

Villa, V. (1984<sup>a</sup>). *Legal science Between Natural and Human Sciences*, «Legal Studies» vol. 4, no. 3, 243-270.

Villa, V. (1984<sup>b</sup>). *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè.

Villa, V. (1993). *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.

Villa, V. (2012). *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli.

Villa, V. (2013). *Il problema della scienza giuridica*, in Pino, G., Schiavello, A., Villa, V. (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 374-398.

