



RIFRAZIONI

Studi critici di storia della filosofia del diritto

Comitato direttivo

María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III de Madrid), Emilia Bea Pérez (Universitat de València), Ilario Belloni (Università di Pisa - coordinatore), Maria Borrello (Università di Torino - coordinatrice), Carmelo Calabrò (Università di Pisa), Thomas Casadei (Università di Modena e Reggio Emilia), Paola Chiarella (Università Magna Græcia di Catanzaro), Patricia Cuenca Gómez (Universidad Carlos III de Madrid), Corrado Del Bò (Università di Milano), Filippo Del Lucchese (Brunel University London), Isabel Fanlo Cortés (Università di Genova), Cristina García Pascual (Universitat de València), Tommaso Greco (Università di Pisa), Giulio Itzcovich (Università di Brescia), Fernando Llano Alonso (Universidad de Sevilla), Alessio Lo Giudice (Università di Messina - coordinatore), Costanza Margiotta Broglio (Università di Padova), Valeria Marzocco (Università Federico II di Napoli - coordinatrice), Ferdinando Menga (Università della Campania Luigi Vanvitelli), Lorenzo Milazzo (Università di Pisa), Francisco Mora Sifuentes (Universidad de Guanajuato), Paola Persano (Università di Macerata), Andrea Porciello (Università Magna Græcia di Catanzaro), Susanna Pozzolo (Università di Brescia), Filippo Ruschi (Università di Firenze), Alessandra Sciarba (Università di Palermo), Alessandro Serpe (Università G. D'Annunzio di Chieti-Pescara), Maria Zanichelli (Università di Parma)

Un dialogo su

Alf Ross

Scienza giuridica, validità
e concetto di diritto

a cura di

Lorenzo Milazzo e Andrea Porciello

anteprima

visualizza la scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Opera realizzata con il sostegno del Dottorato di ricerca
in Scienze giuridiche del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Pisa.*

© Copyright 2019

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675617-6

Indice

Prefazione	7
“Ciò non è mai stato capito”. Stranezze di un realista <i>Franco Bonsignori</i>	11
Ross, l'epistemologia e il gioco degli scacchi <i>Andrea Porciello</i>	17
Scienza giuridica e concetto di diritto in <i>Diritto e giustizia</i> <i>Lorenzo Milazzo</i>	55
Validità e scienza giuridica. L'itinerario rossiano <i>Alessandro Serpe</i>	99
Linguaggio giuridico e finzione. Alcune note sul pensiero di Alf Ross <i>Ilario Belloni</i>	129
Scienza giuridica, validità e potere in Alf Ross e Herbert Hart <i>Aldo Schiavello</i>	151
Riferimenti bibliografici	177

Prefazione

Qualche volta si dice: «Che cosa volevo mai cercare in questo cassetto? – Ah sì, la fotografia!» E una volta che questo ci è venuto in mente, ci ricordiamo anche della connessione che la nostra azione ha con quello che era accaduto prima. Ma potrebbe anche darsi questo caso: apro il cassetto e ci rovisto dentro. Alla fine, per così dire, riprendo i sensi e mi chiedo: «Perché mai sto rovistando in questo cassetto?» E allora arriva la risposta: «Voglio vedere la fotografia di...» «Voglio», non «volevo».

Wittgenstein, Zettel

Era da molto tempo che avevamo in mente l'idea di istituire una collana destinata a ospitare studi critici di storia della filosofia del diritto, una cui sezione fosse in particolare dedicata agli atti di seminari sui grandi classici della nostra disciplina. Quando abbiamo proposto quest'idea alle colleghe e ai colleghi che ora ne costituiscono la direzione e alle Edizioni ETS, è nata *Rifrazioni. Studi critici di storia della filosofia del diritto*. Questo volumetto ne inaugura la sezione *Dialoghi sui classici* e raccoglie gli atti di un seminario intitolato *La validità e il concetto di diritto. Un dialogo su Alf Ross*, che si è svolto a Pisa il 4 luglio di quest'anno.

Abbiamo cominciato con Ross forse un po' per caso, ma certo non sarebbero mancate buone ragioni per scegliere di farlo deliberatamente. Dalla data della sua morte ci separano esattamente quarant'anni (centoventi da quella nella quale venne al mondo) e proprio in questi giorni è uscita finalmente la traduzione inglese di Uta Bindreiter, a cura di Jakob v. H. Holtermann, della più celebre delle

opere di Ross, *Diritto e giustizia*, della quale, come è noto, era disponibile soltanto quella del 1958 (tradotta a sua volta in italiano da Giacomo Gavazzi nel 1965), i cui limiti sono altrettanto noti¹.

Siamo riusciti soltanto a dare uno sguardo all'edizione elettronica della traduzione curata da Holtermann poco prima di separarci dai nostri contributi per consegnarli all'Editore, ed è un vero peccato non avere avuto altro tempo a disposizione, che ci avrebbe permesso di considerare in modo più approfondito alcune scelte a dir poco problematiche di traduttore e curatore, della cui delicatezza essi stessi, per altro, hanno mostrato nei loro scritti introduttivi di essere pienamente consapevoli.

Vi sono, tuttavia, ben altre ragioni che possono essere addotte per giustificare l'organizzazione di un seminario di studi su Ross e la pubblicazione dei suoi atti nel primo volume di una collana dedicata ai "classici" della filosofia del diritto.

Sappiamo bene che si può fare storia della filosofia del diritto in molti modi diversi e che non è affatto scontato che la si debba fare a partire dai classici, ma riteniamo che, nonostante tutto, i classici continuino ad essere se non altro un buon argomento di conversazione. Su di loro, più o meno consapevolmente, tutti noi (chi più chi meno) ci siamo formati, ma raramente abbiamo modo di rileggerli con calma, ed avviene così che quando riusciamo a farlo ci sorprenda la distanza che separa l'impressione che ne ricaviamo dall'idea che, in un modo o nell'altro, ce ne eravamo fatti. In parte lo si deve al fatto che probabilmente non siamo più quelli di allora né sono le stesse le circostanze in cui li rileggiamo. Ma forse c'è anche un'altra ragione, magari banale, ma non meno rilevante: le cognizioni, in

¹ Perciò – lo rileviamo per inciso – gli autori degli scritti raccolti in questo volume hanno fatto in genere riferimento anche all'edizione danese, riportandone talora delle parti per sottolineare la conformità dei passi citati in traduzione al testo originale o per evidenziarne invece le difformità.

alcuni casi molto vaghe, che ciascuno di noi ne conserva sono mediate, oltre in genere che dalle loro traduzioni, dalle interpretazioni attraverso le quali ci sono stati consegnati dalla letteratura secondaria.

Con l'andare del tempo, d'altra parte, la letteratura si rinnova e alcune interpretazioni in voga nel passato assurgono esse stesse al rango della "classicità", divenendo oggetto di quel particolare tipo di studio che si riserva, appunto, ai classici. Ed è così che da queste interpretazioni, proprio perché sono divenute classiche, si possono prendere finalmente le distanze per studiarle insieme ai classici che ne costituiscono l'oggetto. Non, beninteso, che in questo modo divenga possibile avere accesso ai classici nella loro oggettiva "nudità", senza più alcuna mediazione. Ma certo rileggerli di tanto in tanto può consentire agli studiosi di ciascuna generazione di riflettere criticamente anche sulla propria formazione e su stessi ritornando nel contempo a leggere, con la considerazione e il distacco che sono loro dovuti, gli scritti dei maestri delle generazioni precedenti, da cui provengono molte delle idee che si sono fatti dei classici e, con esse, larga parte delle categorie teoriche e concettuali che definiscono l'oggetto e il metodo dei loro studi.

Il caso di Ross, al riguardo, sembra esemplare, non solo per i problemi posti dalle traduzioni di *Diritto e giustizia*, ai quali si è già accennato e sui quali lo stesso Ross ebbe modo in più occasioni di richiamare l'attenzione. Dell'opera di Ross, infatti, di cui in Italia si discute da più di cinquant'anni, si sono occupati alcuni fra i più autorevoli maestri delle generazioni che precedono la nostra, i quali, anche attraverso i loro studi su Ross, hanno determinato, almeno in parte, l'oggetto della nostra disciplina e i modi nei quali la intendiamo. Perciò rileggere criticamente Ross, soffermandoci in particolare sulle questioni, classiche esse stesse, della scienza giuridica, della validità e del concetto di diritto, ci ha consentito di riconsiderare criticamente l'uno e gli altri.

Lo abbiamo fatto assumendo prospettive differenti, senza alcuna pretesa di dar conto esaustivamente della dottrina russiana del diritto, delle sue articolazioni interne e dei suoi sviluppi non sempre lineari, anche soltanto in riferimento ai temi, vastissimi essi stessi, sui quali in particolare ci siamo soffermati. Pur avendo affrontato tutti, in fondo, le medesime questioni, ognuno di noi ne ha messo in luce solamente alcuni aspetti. Eppure il lettore non tarderà ad accorgersi che gli scritti dei quali si compone questo libro risentono realmente gli uni degli altri e che ciascuno di loro probabilmente deve qualcosa alla discussione che ha avuto inizio il 4 luglio di quest'anno e che in vario modo è continuata fino ad ora.

I curatori

“Ciò non è mai stato capito”.

Stranezze di un realista

Franco Bonsignori

1. L'opera fondamentale di Alf Ross, quella che pone le basi del suo pensiero e gli dà un posto nella storia della Filosofia del diritto, è probabilmente l'ampio volume *Diritto e giustizia*¹. Mi limito a svolgere alcune brevi considerazioni su di esso.

Un punto a mio avviso fondativo merita una riflessione particolare. Leggendo il primo capitolo dell'opera troviamo uno strano giudizio sulla filosofia del diritto:

Essa non è affatto una teoria, ma un metodo. Questo metodo è l'analisi logica. La filosofia è la logica della scienza, e il suo oggetto è il linguaggio della scienza. [...] Il filosofo del diritto (colui che studia *jurisprudence*) conduce le sue ricerche su quelle che spesso costituiscono le premesse, assunte come certe dal giurista. Egli si occupa essenzialmente di concetti fondamentali e generali, quali per esempio il concetto di diritto valido, che, perciò, non compete specificamente a nessuno dei molti specialisti nell'ampio dominio del diritto. L'oggetto della *jurisprudence* non è il diritto né alcuna parte o aspetto di esso, ma lo studio del diritto. La *jurisprudence* sta, per così dire, su un piano più alto dello studio del diritto, e guarda in basso su di esso².

Una riduzione della filosofia del diritto a teoria generale del diritto, dunque: con l'aggiunta di una soggezione della filosofia alla scienza, da cui la prima prende i suoi problemi.

Proseguendo nella lettura troviamo un altro giudizio non meno strano:

¹ *Om ret og retfærdighed* nell'edizione originale, tradotta in inglese come *On Law and Justice* e in italiano, dal testo inglese, come *Diritto e giustizia*.

² A. Ross, *Diritto e giustizia*, trad. it. e introduzione di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 1965, p. 26.

Se ci proponiamo di limitare il compito della *jurisprudence* allo studio di quei concetti che vengono presupposti nella scienza del diritto, il problema di una definizione di “diritto” (“sistema giuridico”) non appartiene alla *jurisprudence*. Ciò non è mai stato capito. Si credeva che, per definire il campo di lavoro del giurista, fosse necessario premettere una definizione tale da consentire di distinguere il diritto dalle altre specie di norme sociali. L’equivoco sorse perché si ignorava che il “diritto nazionale valido” costituisce una entità individuale. Ciò che è contenuto in esso, dipende dalla coerenza di significato all’interno di esso. Il termine “diritto” non è comune ad una classe di norme giuridiche ma ad una classe di sistemi giuridici individuali. Anche l’esperienza lo comprova, dato che, in pratica, al giurista generalmente non riesce difficile stabilire se una regola giuridica appartiene al diritto nazionale o se appartiene ad un diverso sistema di norme, per esempio ad un altro sistema nazionale, alle regole degli scacchi o alla moralità³.

Come si vede, siamo di fronte a un nucleo teorico di tipo ontologico e epistemologico, che taglia le “unghie teoretiche” alla filosofia del diritto togliendole ciò a cui da sempre è volta: la riflessione sulla natura del *ius*, e cioè la definizione di un concetto generale di diritto quale suo impegno centrale, pur se non esclusivo. Il tutto espresso con semplicità realistica e pratica, quasi venisse naturalmente dalle cose.

2. In effetti, però, nella sua essenzialità tale dottrina non appare chiara. Cosa vuol dire davvero? Qual è la reale intenzione di Ross? Due ipotesi vengono in mente.

Prima ipotesi. Egli fa un discorso di mero buon senso. Siamo immersi al presente nel quadro degli ordinamenti giuridici nazionali, da cui vengono tanti problemi anche teorici per il filosofo; non serve perciò vagare in astratte speculazioni ontologiche quando già c’è materia concreta per i suoi denti. Seconda ipotesi. Egli fa un discorso più impegnativo, e di tipo ontologico. Il diritto ha avuto nei

³ Ivi, p. 30.

secoli un'evoluzione di forme e oggi ha assunto quella degli ordinamenti giuridici nazionali, che sono l'oggetto attuale di studio, scientifico e filosofico; durante altre epoche le cose erano diverse e forse lo saranno più avanti, ma oggi il diritto è questo e lì bisogna guardare. A che pro perdersi dunque in fumose indagini teoretiche sulla natura del *ius*?

Due visioni possibili, quindi; ma qualcosa nel discorso rossiano fa propendere per la seconda. Quanto prima detto – il diritto come realtà offerta dai fatti, la giusfilosofia quale epistemologia scientifica, la negazione della definizione generale del *ius* –, egli aggiunge, non è mai stato capito: adesso finalmente sappiamo e possiamo correggere i nostri errori. Ciò allora proietta il tutto nell'intera storia del pensiero giuridico: i principi indicati valgono per ogni tempo passato, presente e futuro; dovunque esista il diritto esso sta nei fatti, la conoscenza scientifico-filosofica vi è totalmente immersa e non ha senso una definizione teorico-concettuale. Una forte idea teoretica, dunque, che infrange e ribalta l'intera tradizione del pensiero giuridico, in specie filosofico.

3. Comunque, sia l'uno o l'altro il senso voluto da Ross, la sua dottrina solleva non poche perplessità. Guardiamo il punto più strano e irrituale di essa: la negazione della definizione generale del diritto.

In realtà, la prima versione indicata non offre alcun principio teorico contro la definizione. È solo un discorso di mera opportunità pratica, che invita i filosofi a fare sul serio e a interessarsi di quanto davvero serve al presente. Ciò non esclude gusti diversi e temi più astratti, compreso quello della natura del *ius*, poiché niente è detto su come sia fatto il diritto e su come s'imponga una certa epistemologia. Il quadro delle problematiche ordinamentali quindi, se pur chiama a sé, lascia aperte anche altre possibilità cognitive. Dobbiamo evitare speculazioni sull'*on*, voglia-

mo filosofi che non vi s'impegnino, ma niente osta a esse teoricamente e praticamente.

Assai più complessa è invece la seconda versione. Analizziamola nello scenario in cui Ross stesso la pone, il mondo giuridico contemporaneo. Se il diritto attuale è l'insieme degli ordinamenti nazionali, non ha alcun senso la speculazione sulla natura del *ius*. Ma, ci chiediamo, quale argomento legittima l'identificazione del diritto attuale con gli ordinamenti nazionali? Nell'intenzione di Ross, sembra, la loro stessa autoevidenza; essi esistono, li abbiamo davanti, sono conoscibili: che altro guardare? Ciò è però sufficiente a qualificarli come il diritto dei nostri tempi? Senza alcun dubbio, no. Pur nella loro emergenza, essi non esauriscono l'arco di fenomeni – politici, sociali, economici, culturali, nazionali e non – potenzialmente significanti per una qualificazione in termini di *ius*. E infatti, non a caso compaiono nella cultura giuridica idee del diritto varie e differenziate, una vera diatriba che è spinta e matrice della sua evoluzione. Di conseguenza, Ross compie una scelta, e suo malgrado una scelta definitoria: l'isolamento di un ambito – certo primario, centrale, consolidato e riconoscibile – nel complesso fenomeno della vita ordinata da regole. In altre parole, offre un concetto generale di diritto di tipo opzionale, motivandolo come adesione concreta e non prescrittiva al reale. Il suo realismo, insomma: ma basta il realismo a spiegare la realtà?

4. Nel quadro della teoria generale della definizione⁴, quella di Ross corrisponde a un tipo preciso: la cosiddetta “definizione ostensiva”, basata sul punto dell'autoevidenza⁵. Ma anche qui ci sono rilievi da fare. Si può parlare davvero di un'autoevidenza dell'ordinamento giuridico

⁴ Cfr., ad esempio, R. Robinson, *Definition*, Oxford University Press, Oxford 1968.

⁵ Alla domanda: “Cosa significa il termine x?” si risponde non verbalmente ma mostrandone il referente.

nazionale, ossia di esso come complesso coerente che non pone problemi di riconoscimento? Questo sarebbe possibile solo ove il medesimo avesse in sé precisi criteri che ne delimitano i contenuti. Nessun ordinamento però, almeno al presente, vi corrisponde: ogni sistema offre spazi cruciali d'indeterminazione fino a veri problemi d'identità, e ciò specialmente nell'attuale tendenza espansiva delle forme politico-giuridiche. Senza contare poi le differenze fra un sistema e l'altro, il che appanna l'ipotesi del *genus* “ordinamento giuridico nazionale” proposto da Ross. Ciò vale su un piano formale, ossia di una teoria formale delle fonti, e ancor più sul piano dei comportamenti sociali e istituzionali come “costruttori” reali del sistema: quali regole emergono dai processi, dalle azioni amministrative e politiche, dai contegni dei consociati, ecc.? Qui l'incertezza domina e si fa drammatica⁶. Di conseguenza, la figura di ordinamento giuridico nazionale autoevidente appare una falsificazione della realtà, o almeno una sua modellazione ideologica a fini teorici e pratici: e quindi ancora una volta un'opzione definitoria, non sul concetto generale di diritto ma sul concetto di ordinamento giuridico nazionale, che integra l'altra ampliando lo spazio teoretico-prescrittivo del pensiero rossiano.

5. Tiriamo le somme. In realtà, gli strani argomenti di Ross non dicono quanto vorrebbero.

Innanzitutto, non fanno cadere la validità teorica e pratica di un'indagine speculativa sulla natura del *ius*, e cioè di una definizione del concetto generale di diritto. Il che agisce sulla stessa visione metodologica dell'autore, riaprendo il campo della filosofia del diritto a un più ampio scenario oltre quello epistemologico: ontologico, deonto-

⁶ Per un'analisi più approfondita di questi aspetti, cfr. F. Bonsignori, *Concetto di diritto e validità giuridica*, Giuffrè, Milano 1985, pp. 110 ss.

logico, fenomenologico e storico; quale da sempre insomma essa ha praticato nell'evoluzione di civiltà.

In secondo luogo, Ross è caduto nella trappola fatta dalle sue stesse mani. Nel porre argomenti per una dottrina epistemologica e non definitoria della filosofia del diritto, ha formulato una propria visione ontologica e definitoria: anzi una doppia definizione, del concetto generale di diritto e del concetto di ordinamento giuridico nazionale. Ciò ha posto, neppur troppo implicitamente, all'inizio, e gli ha dato corpo col successivo sviluppo dei grandi temi del *ius*: norma, soggetti, validità, processi, rapporto diritto-morale, fonti, interpretazione, metodo scientifico, ecc. Alla fine, facendo non meno di quanto fanno e hanno fatto da sempre i giusfilosofi ontologici e definitori. Ma certo, anche offrendo una visione originale e complessa: una sintesi nuova fra normativismo e realismo giuridico, approdo di un lungo percorso giusfilosofico che ha varie origini e linee. Ove gli aspetti normativistici e realistici si integrano e commisurano; o forse i primi superano gli altri: c'è più realismo o Kelsen nel pensiero di Ross?

Ross, l'epistemologia e il gioco degli scacchi

Andrea Porciello

1. Introduzione

In questo contributo intendo sottoporre a vaglio critico alcune tra le più importanti tesi esposte da Alf Ross nella sua opera certamente più nota ed originale, *Diritto e giustizia*¹. Non si tratta di una recensione tardiva di un volume risalente a più di sessant'anni fa, su cui peraltro si è detto e scritto praticamente tutto. Nello spirito che ha animato la nascita della collana che ospita il presente volume, s'intende piuttosto rimettere in discussione il progetto filosofico elaborato da Ross nella sua opera capolavoro per stimolare un proficuo "dialogo" sull'idea stessa di diritto proposta dall'autore danese, senza alcuna pretesa di sistematicità e di completezza.

Benché non sia un libro *complicato* (le indiscusse capacità analitiche del suo autore lo rendono estremamente chiaro e godibile anche ai lettori non avvezzi agli studi filosofico-giuridici), *Diritto e giustizia* è certamente un libro *complesso*, innanzitutto perché nelle sue pagine, Ross parla di diritto su diversi livelli discorsivi ed impie-

¹ *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1953), Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, København 1966, oggi digitalizzata e disponibile on line al seguente indirizzo: https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiskemonografier/Ross_Om_ret_og_retfaerdighed_1966.pdf; ed. ing. *On Law and Justice* (1958), University of California Press, Berkeley & Los Angeles 1959 e *On Law and Justice*, edited and with an introduction by J.v.H. Holtermann, translated by U. Bindreiter, Oxford University Press, Oxford 2019; trad. es., *Sobre el derecho y la justicia*, por G.R. Carrió, Editorial universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1963; trad. it., *Diritto e giustizia* (1965), a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 2001.

gando molteplici punti di vista.

In particolare, ad un primo livello, Ross riflette su ciò che i giuristi intendono quando utilizzano il termine ‘diritto’, e le idee che offre sul punto, nel loro insieme, costituiscono la tesi più caratterizzante ed “inconsueta” dell’intero volume: col termine ‘diritto’, sostiene Ross, indichiamo il diritto vigente, ossia: «l’insieme astratto di idee normative che servono come schema d’interpretazione dei fenomeni giuridici in azione, il che poi implica che queste norme siano effettivamente seguite e seguite perché esse sono sperimentate e sentite come socialmente vincolanti»². Più avanti torneremo su questo punto e sulla metafora scacchistica che Ross utilizza per esplicitarlo; ad un secondo livello discorsivo, che potremmo definire “interpretativo” o “metodologico”, l’autore s’interroga sulla natura dell’interpretazione, con particolare riferimento a quella giudiziale. Sul punto Ross, mostrandosi vicino agli esponenti del realismo d’oltreoceano (senza mai raggiungere gli eccessi della *breakfast theory*³ americana), afferma che l’interpretazione, il “metodo giudiziale”, è l’insieme di quei giudizi (interpretativi appunto) «che mirano a determinare il significato delle

² A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 18-19. Per le citazioni più rilevanti di *Diritto e giustizia*, abbiamo scelto, come in questo caso, di riportare in nota anche il testo originale danese: (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 27: «På grundlag heraf fremsætter jeg denne påstand: *Der er efter alt at dømme ingen anledning til at tro, at begrebet »gældende (dansk) ret« (retsnorm) ikke skulle kunne forklares og bestemmes principielt på samme måde som begrebet »gældende (for et spillerpar) skaknorm«*. Det vil altså sige, at »gældende (dansk) ret« betyder det abstraherede sæt af normative ideer der tjener som tydningskema for dansk retslivs fænomener, hvilket igen vil sige, at disse normer følges effektivt) og følges, fordi de opleves som socialt forbindende»).

³ Con questa espressione si suole indicare una delle idee chiave del realismo giuridico americano, espressa per la prima volta da Jerome Frank con queste parole “Justice is what the judge ate for breakfast”, ossia l’idea per cui la produzione della norma da parte del singolo giudice subisce influenze in parte incontrollate ed incontrollabili che vanno ben oltre le indicazioni fornite dai legislatori nelle loro disposizioni. È questo il principale motivo per cui quasi tutti i realisti americani sostengono, anche se con diversi livelli d’intensità, tesi scettiche in ambito interpretativo.

direttive indicando specificatamente le circostanze nelle quali le direttive devono applicarsi e quindi come il giudice dovrà comportarsi»⁴. Secondo Ross la comprensione di tali giudizi presuppone necessariamente un'indagine di tipo "sociologico" avente ad oggetto la reale attività ermeneutica posta in essere dai giudici, finalizzata a «scoprire i principi e le norme che effettivamente guidano le corti nel trarre da una norma generale la decisione del caso particolare»⁵. La conclusione cui Ross approda è che tali principi e norme, nel loro insieme, compongono un metodo ibrido e complesso, che trova nella "interpretazione pragmatica" la sua manifestazione più importante, e che consiste nell'integrazione di una molteplicità di valutazioni, tra le quali:

lo scopo della legge indica soltanto una singola considerazione nell'ambito di questa molteplicità. Se si vuole ancora usare il termine interpretazione teleologica – continua Ross – (piuttosto che interpretazione pragmatica), bisogna sottolineare che *telos* non indica lo scopo isolato della legge presa individualmente, ma in quanto *pars pro toto* si riferisce a qualsiasi considerazione rilevante⁶;

ed infine, ad un terzo livello, quello epistemologico, Ross si chiede a quali condizioni sia possibile una reale conoscenza scientifica del diritto. L'autore di *Diritto e giustizia* sul punto non potrebbe essere più chiaro: l'unico fine, nonché l'unico contenuto legittimo della scienza giuridica, deve consistere nella descrizione del diritto vigente, vedremo più avanti con quale metodo e con quali strumenti. Quando lo studioso del diritto, coscientemente o incoscientemente, persegue fini differenti, fuoriesce

⁴ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 103.

⁵ Ivi, p. 104.

⁶ Ivi, pp. 139-140. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 172: «Hvis man ønsker vedblivende at tale om teleologisk fortolkning (og ikke som jeg om pragmatisk fortolkning), må det understreges, at *telos* ikke sigter til den enkelte lovs isolerede formål, den direkte tilsigtede effekt, men *pars pro toto* går på alle hensyn og vurderinger der kan anlægges»).

dall'ambito scientifico per soddisfare esigenze altre, etiche o di politica del diritto ad esempio. Precisando sin d'ora che se, secondo Ross, i giuristi svolgono un'attività essenzialmente descrittiva, il modello epistemologico da lui concepito costituisce invece una dimensione prescrittiva, attraverso il quale indicare ai giuristi il modo in cui dovrebbero analizzare il diritto, e non quello in cui realmente lo analizzano⁷.

Ciò premesso, credo sia essenziale innanzitutto chiedersi se i livelli discorsivi appena descritti siano parimenti importanti, oppure se sia ravvisabile nel loro reciproco rapporto un qualche ordine di rilevanza. Ed in questo caso, diventa altrettanto essenziale capire quale livello discorsivo sia dominante e quali invece siano i livelli discorsivi secondari. Ebbene, la tesi che qui voglio sostenere ed approfondire, rifacendomi in tal senso ad Holtermann, è che *Diritto e giustizia* sia innanzitutto un contributo riconducibile al dibattito epistemologico del suo tempo, essenzialmente un libro di "filosofia della scienza", della quale riprende i metodi e gli obiettivi, con la finalità di applicarli in via quasi incidentale al fenomeno giuridico. «Per Ross, il problema centrale della filosofia della scienza giuridica – la disciplina accademica il cui obiettivo è di descrivere, interpretare e sistematizzare il diritto valido – è quello di giustificare il proprio *status* scientifico. E questo è innanzitutto un interesse epistemologico»⁸.

Lo stesso interesse epistemologico che ha caratterizzato l'opera di Hans Kelsen, ma con un'importante differenza: Ross guarda al problema epistemologico attraverso un punto di vista più ampio e comprensivo di quello assunto dall'autore di Praga, andando ben oltre l'ambito del di-

⁷ Sul punto si consideri quanto messo in evidenza da Aldo Schiavello più avanti nel volume. *Infra*, p. 156.

⁸ Cfr. J.v.H. Holtermann, *Naturalizing Alf Ross's Legal Realism. A Philosophical Reconstruction*, in «*Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*», 24 (2014), pp. 165-186.

ritto. Detto altrimenti, per Ross il problema della delimitazione della scienza giuridica, lungi dal porre problemi epistemologici peculiari come per Kelsen, «altro non è che un caso speciale [...] del *problema della demarcazione*, ossia il problema della distinzione tra scienza [...] e pseudo scienza»⁹.

A partire da tale caratterizzazione del progetto filosofico espresso in *Diritto e giustizia*, nei prossimi paragrafi analizzeremo i rapporti tra Ross ed il positivismo, quello giuridico di Austin e quello logico del circolo di Vienna, al fine d'inquadrare la sua proposta epistemologica e di comprendere il reale fondamento delle tesi relative al "diritto vigente".

2. *Ross e il problema della demarcazione: l'eredità di John Austin*

Una volta chiarito che l'intento che Ross vuole perseguire in *Diritto e giustizia* è innanzitutto epistemologico, e che le conclusioni cui il filosofo danese giunge riguardo alle questioni della definizione del diritto vigente e della natura dell'interpretazione sono essenzialmente una diretta conseguenza della sua idea di scienza giuridica, diventa essenziale inquadrarne l'approccio epistemologico all'interno di una cornice culturale e filosofica più ampia.

Iniziamo col dire che il problema della demarcazione della scienza giuridica, ossia dell'individuazione delle condizioni di possibilità di una vera e propria scienza del diritto, prima ancora che dell'opera di Kelsen e di Ross, ha rappresentato il tratto caratteristico della filosofia giuridica ottocentesca ed in particolare della proposta di Austin. In *The Province of Jurisprudence Determined*, un vero e

⁹ J.v.H. Holtermann, *Introduction*, in A. Ross, *On Law and Justice*, edited and with an introduction by J.v.H. Holtermann, translated by U. Bindreiter, Oxford University Press, Oxford 2019, pp. xxi.

proprio monumento per i giuspositivisti di ogni epoca, Austin ha affermato che «l'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra. Se esso esista o meno costituisce un certo tipo d'indagine, se esso si conformi o meno ad uno standard assunto costituisce un altro tipo d'indagine»¹⁰.

Con questa celebre tesi, divenuta nel giro di poco tempo la tesi epistemologica standard del positivismo giuridico metodologico¹¹, Austin ha voluto innanzitutto sostenere che è possibile studiare il diritto in modi differenti, tutti degni di nota e parimenti importanti. Solo un metodo, però, si addice a chi voglia studiare il diritto in modo scientifico e analitico, quello che ha ad oggetto ciò che il diritto "è", e non ciò che il diritto "dovrebbe o potrebbe essere". Secondo Austin, insomma, il giurista, a differenza del filosofo morale, del filosofo politico o di chiunque intenda fare politica del diritto, è chiamato a descrivere il diritto positivo, e non a valutarlo in base agli standard imposti da questa o da quella teoria morale¹². Questo non vuol dire che il metodo scientifico-descrittivo del giurista sia migliore degli altri, o l'unico utilizzabile per studiare il diritto, significa semplicemente che è essenziale, in quanto studiosi del diritto, essere coscienti e consapevoli del tipo d'indagine che si sta conducendo e della linea di demarcazione che distingue i differenti approcci metodologici.

Ross, benché ad un più elevato grado di elaborazione

¹⁰ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), edited by H.L.A. Hart, Weidenfeld and Nicholson, London 1954; trad. it. a cura di M. Barberis, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna 1995, p. 228.

¹¹ Si allude ovviamente alla distinzione proposta da Norberto Bobbio tra positivismo come teoria, come ideologia e come metodo. Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1961.

¹² Non è un caso che i propugnatori di tale approccio metodologico, da Austin fino a Kelsen e Ross, dal punto di vista metaetico sostengano tesi non-cognitivistice, concependo le questioni di giustizia come slanci emotivi tendenzialmente irrazionali.

concettuale, riprende essenzialmente le idee di Austin in merito al problema della demarcazione dei confini della scienza giuridica. In particolare, nelle pagine di *Diritto e giustizia* si legge che

le asserzioni concernenti il diritto valido sono [...] predizioni di avvenimenti sociali futuri. [...] Ogni previsione è nello stesso tempo un fattore capace di influire sul corso degli eventi e, in questo senso, è un atto politico. Fondamentalmente, quindi, lo studio descrittivo del diritto non può essere separato dalla politica del diritto. Sarebbe tuttavia erroneo interpretare questa affermazione come se fosse una giustificazione metodologica di qualsiasi mescolanza di descrizione e di politica. Importante per un buon metodo giuridico – ed è questo il passaggio che più ci interessa – non è tanto che l'interpretazione sia offerta come un consiglio soggettivo o come un'asserzione oggettiva. *Quello che conta è che il giurista sia in grado di offrire le proprie interpretazioni personali con la consapevolezza che esse non possono essere enunciate come diritto valido con quella stessa certezza come quando si tratti di norme ben stabilite. [...] Il giurista dovrebbe cercare di non ingannare sé stesso e gli altri, mettendo in luce le differenze nei gradi di certezza*¹³.

Il che significa che una demarcazione precisa e definiti-

¹³ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 48. *Corsivo mio*. (Om ret og retfærdighed, cit., pp. 63-64: «Retsvidenskabelige påstande om gældende ret er efter deres realindhold forudsigelse af fremtidige sociale hændelser. Sådanne er principielt indeterminerede og lader sig ikke entydigt forudsige. Enhver forudsigelse er tillige en realfaktor der kan påvirke forløbet og for så vidt en politisk akt. Retsvidenskab lader sig derfor principielt ikke adskille fra retspolitik. Det ville dog være en alvorlig misforståelse at tolke denne indsigt som en metodologisk sovepude der legitimerer enhver sammenblanding af videnskab og politik, især den der består i, at man frækt udgiver vurderende fortolkning ud fra »forholdets natur« for gældende ret på linie med loven, for derved at hypnotisere domstolene til at følge sig. Afgørende for god juridisk metode er ikke så meget, om man lader fortolkning fremtræde som subjektive råd eller som objektive påstande. Derimod at juristen handler med fuld forståelse og tilkendegivelse af, at hans tolkninger ikke kan udgives for gældende ret med samme sikkerhed, som når det drejer sig om velfæstede regler, ja at sikkerhedsgraden i mange tilfælde kan være så lille, at det vil være naturligere ganske at lade talen om gældende ret falde og simpelthen tale om råd og forslag til dommerne. Afgørende er, at juristen ikke på dette punkt søger at narre sig selv eller andre ved at tilsløre forskelle med hensyn til sikkerhedsgraden»).

va tra descrizione e valutazione, che come vedremo a breve per Ross è possibile a livello teorico concettuale, nella pratica giuridica diviene impraticabile, perchè la descrizione, in quanto previsione, ha sempre ed inevitabilmente implicazioni politiche. La cosa importante, tanto per Ross quanto per Austin, è che il giurista sia consapevole di tali commistioni, per non illudere gli altri e soprattutto sé stesso di fare scienza quando in realtà non la sta facendo.

In questo senso, l'approccio epistemologico di Ross, come quello di molti altri autori della stessa epoca, appare ben radicato nel solco della tradizione positivista. Nel caso di Ross, però, all'eredità di Austin si aggiunge anche quella del positivismo logico, che indubbiamente lascia tracce ancor più pesanti sul suo pensiero. Come opportunamente ha notato Pattaro, e più recentemente Holtermann¹⁴, «Ross si propone di condurre, nel campo del diritto, alle estreme conseguenze i principi empirici, applicando allo studio del diritto i criteri dell'osservazione e della verifica propri della scienza empirica moderna»¹⁵ sostenuti a livello teorico proprio dal positivismo logico. È del tutto corretto affermare che nel pensiero di Ross, in special modo in quello espresso in *Diritto e giustizia*, trovano applicazione tutte le tesi fondamentali del positivismo logico viennese. Con le parole di Villa: «nel caso di Ross la concezione epistemologica “di sfondo” è costituita dallo *strict positivism*, etichetta che vale a rappresentare la prima fase di sviluppo, in chiave rigidamente empiristica, del neopositivismo, all'interno della quale viene prescritta, per tutte le scienze, l'adozione integrale del principio di verifica»¹⁶.

Per cui, e prima di concentrarci sulla proposta di Ross, o quantomeno su alcuni suoi aspetti salienti, appare es-

¹⁴ Cfr. in particolare J.v.H. Holtermann, *Introduction*, cit.

¹⁵ E. Pattaro, *Validità o verificabilità del diritto?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 20 (1966), 3, p. 1005.

¹⁶ V. Villa, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in «Diritto & questioni pubbliche», 5 (2005), p. 32.

senziale proporre una breve sintesi dei principi cardine del positivismo logico, innanzitutto al fine di comprendere appieno la posizione epistemologica espressa dal giurista danese.

3. Ross verificazionista: l'eredità di Wittgenstein e del positivismo logico

Com'è noto il positivismo logico muove dall'idea che la scienza debba sempre utilizzare un linguaggio dotato di significato, e perciò un linguaggio che sia quanto più possibile certo e rigoroso. Detto altrimenti, i positivisti logici credono che «il progresso sarebbe possibile se e solo se tutti i campi del sapere fossero ridotti allo stesso chiaro, semplice, linguaggio logico-osservativo. [...] [Perché] soltanto la scienza ci fornisce (reale) conoscenza»¹⁷. Se ciò avvenisse, secondo Ayer, Schlick e gli altri esponenti del Circolo di Vienna, tutte le tradizionali dispute filosofiche si dissolverebbero nel nulla, essenzialmente perché sul nulla fondate. «Il modo più sicuro di risolverle consiste nello stabilire quale dovrebbe essere lo scopo e il metodo di una ricerca filosofica. E questo non è affatto un compito così difficile come la storia della filosofia indurrebbe a supporre»¹⁸.

Da ciò deriva la grande attenzione che il positivismo logico attribuisce alle questioni linguistiche e logiche¹⁹, in-

¹⁷ C.J. Misak, *Il verificazionismo. Protagonisti, problemi, teorie*, Armando editore, Roma 2000, p. 91.

¹⁸ A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Victor Gollancz, London 1936, trad. it. *Linguaggio, verità e logica*, a cura di G. De Toni, Feltrinelli, Milano 1961.

¹⁹ Come opportunamente nota Argante Ciocchi, «I significati compaiono come protagonisti della scena filosofica soltanto dopo l'opera di Frege – uno dei grandi ispiratori del positivismo logico – che sposta l'attenzione dalle idee della mente al linguaggio enunciativo». È proprio grazie a Frege, continua Ciocchi, che «l'epistemologo contemporaneo» considera «il sapere come un tessuto di enunciati». A. Ciocchi, *Introduzione*, in C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 9.

serendosi in quella tradizione di pensiero che a partire da Hume e dall'empirismo in genere ha mostrato piena fiducia nell'assunto, che si dimostrerà poi eccessivamente ottimistico (lo stesso ottimismo del quale Ross darà prova), per cui tutte le nostre credenze possono dirsi giustificate e dotate di senso quando espresse attraverso un linguaggio rigoroso che si limiti a descrivere i dati dell'esperienza sensibile. La scienza, ed il linguaggio in essa utilizzato, divengono così «il paradigma della conoscenza razionale e la metafisica l'antitesi di essa»²⁰.

Quest'opera di purificazione del linguaggio scientifico portata avanti dal positivismo logico conduce all'idea che possano legittimamente trovare cittadinanza nel reame della scienza esclusivamente gli enunciati analitici (o tautologici), del tipo “il triangolo ha tre lati”, e quelli empirici, che trovano un referente oggettivo in dati sensibili del mondo reale. Nel linguaggio kantiano, potremmo dire che il positivismo logico distingue gli enunciati dotati di senso in “enunciati analitici a priori” ed “enunciati sintetici a posteriori”, relegando gli “enunciati sintetici a priori” oltre i margini della conoscenza scientifica. Al di fuori di questi casi, la conoscenza, o sarebbe meglio dire il “linguaggio utilizzato a fini conoscitivi”, finisce così col perdere i caratteri della scientificità divenendo *mera* metafisica, ossia un tipo di conoscenza – ammesso che di conoscenza effettivamente si tratti – cui non può in alcun modo essere applicato un metodo certo di verificaione. Il punto focale, soprattutto al fine di comprendere la proposta di Ross, è che secondo i neopositivisti, senza un valido criterio di verificaione non può esistere significato, con l'eccezione ovviamente degli enunciati analitici che, come appena visto, non necessitano di verificaione alcuna in quanto *veri o falsi* per ragioni relative alla forma logica. Come più volte Schlick ha avuto modo di sottolineare la-

²⁰ C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 92.

pidariamente, “il significato di un enunciato è il metodo della sua verifica”.

Quest'impostazione, qui soltanto abbozzata, com'è noto è stata in gran parte ispirata da quanto sostenuto dal “primo Wittgenstein” nel suo *Tractatus*²¹, di fatto il testo su cui si sono concentrate le più importanti discussioni critiche degli intellettuali del Circolo di Vienna per circa due anni²². A tal punto che molte delle idee del filosofo austriaco sono divenute parte integrante dell'arsenale teorico neopositivista, a cominciare dalla teoria sulle “condizioni di verità degli enunciati”²³.

Il “primo Wittgenstein” sostiene, in particolare, la teoria della verità come corrispondenza, per la quale «il senso di una proposizione è il suo accordo o disaccordo con le possibilità del sussistere o non sussistere degli stati di cose»²⁴. Comprendere il senso di una proposizione significherebbe, dunque, secondo il Wittgenstein del *Tractatus*,

²¹ L. Wittgenstein, *Logisch-Philosophische Abhandlung*, in «Annalen der Naturphilosophie», Leipzig, 1921; *Tractatus Logico-Philosophicus*, edited by F. Ramsey-C.K. Ogden, Routledge & Kegan Paul, London 1922, trad. it., *Tractatus Logico-Philosophicus*, in «Tractatus Logico-Philosophicus e Quaderni 1914-1916», a cura di A.G. Conte, Einaudi, Torino 2009.

²² Cfr. C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 69. In particolare Misak nota che «le idee di Wittgenstein stimolarono i positivisti logici a tal punto che essi smisero di discutere di differenti argomenti ad ognuno dei loro incontri e si occuparono per tutto il 1926 ed il 1927 soltanto del *Tractatus*».

²³ Sulla filosofia del linguaggio di Wittgenstein, la sua evoluzione, le sue implicazioni giuridiche ed i suoi rapporti con le tesi del positivismo logico si consulti, tra gli altri, M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999.

²⁴ L. Wittgenstein, *Tractatus*, cit., 4.2. In verità, anche nella sua seconda fase di elaborazione, quella delle “forme di vita” e dei “giochi linguistici”, permangono tracce di quel rapporto così intimo tra fatti e parole che permeava la fase del *Tractatus*: «Chi non è certo di nessun dato di fatto, non può neanche essere sicuro delle sue parole», *Über Gewissheit, herausgegeben von G.E.M. Anscombe und G.H. von Wright*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1969; *On Certainty*, translated by D. Paul-G.E.M. Anscombe, edited by G.E.M. Anscombe and G.H. Von Wright, Basil Blackwell, Oxford 1969; trad. it. di M. Trincherò, *Della certezza. L'analisi filosofica del senso comune*, Einaudi, Torino 1978.

capire cosa accadrebbe se l'asserzione si dimostrasse vera. Da ciò deriva che ogni enunciato raffigurante un determinato stato di cose potrà essere verificato al fine di stabilire se lo stato di cose sia esistente o meno, e conseguentemente, se l'enunciato utilizzato sia vero o falso. Anticipando una delle tesi chiave del positivismo logico, Wittgenstein ritiene che tali enunciati, definiti "enunciati empirici", hanno senso perché possono essere riferiti alla realtà empirica e soprattutto sottoposti ad una procedura di verifica. A questi enunciati verificabili si aggiungono poi, anche nella proposta del primo Wittgenstein, gli enunciati che sono veri (o falsi) a prescindere dalla relazione che intrattengono con la realtà sensibile e dalla possibilità della loro verifica. È il caso delle tautologie e delle contraddizioni, che sono rispettivamente sempre vere e sempre false a causa della loro forma logica ed indipendentemente da qualsiasi altra circostanza fattuale: per cui ad esempio, e semplificando, "neveca o non neveca" costituisce un enunciato tautologico, che è *vero* a prescindere dai fatti e dalla loro verifica, laddove "neveca e non neveca" costituisce un enunciato contraddittorio che sarà sempre *falso* a prescindere da ciò che avviene nel mondo e dal metodo utilizzato per verificarlo. Quello che ai nostri fini è interessante notare è che, anche per Wittgenstein, come per i positivisti logici, fatti salvi gli enunciati dotati di senso per motivi empirici o per ragioni logiche, tutti gli altri enunciati, tipici della metafisica, dell'etica e della religione, sono da considerarsi necessariamente *insensati*.

Ma l'influenza di Wittgenstein sul positivismo logico non riguarda solo le condizioni di verità degli enunciati, riguarda anche, più in generale, le idee neopositivistiche di "filosofia" e di "scienza", idee, peraltro, che qualche anno dopo avranno un ruolo centrale anche nella proposta di Ross:

- 1) la scienza è l'unica attività realmente conoscitiva, ed il suo tratto caratteristico consiste nella verificabilità dei

suoi enunciati. Il linguaggio scientifico si compone, quindi, di enunciati descrittivi con finalità predittive;

2) la filosofia, dal canto suo, da studio dei principi primi, diviene analisi del linguaggio scientifico: il suo compito è quello di distinguere i fatti dai valori, gli enunciati sensati da quelli insensati, e più in generale di purificare il linguaggio scientifico da tutte quelle incrostazioni metafisiche che costituiscono la vera ragione dei dibattiti filosofici. Con le parole di Wittgenstein, ma tanto Carnap ed i suoi compagni quanto lo stesso Ross avrebbero sottoscritto, «lo scopo della filosofia è il rischiaramento logico dei pensieri»²⁵.

Ebbene, tutte le tesi neopositiviste di derivazione wittgensteiniana appena sintetizzate trovano chiara applicazione nel progetto epistemologico di Ross, che senza difficoltà può essere interpretato come un “esercizio neo-empirista”: Ross accetta senza grossi tentennamenti le idee di scienza (del diritto) e di filosofia (*Jurisprudence*) proposte dal positivismo logico, nonché la medesima idea di linguaggio e di verifica, benché al fine di comprendere e definire fenomeni assai diversi da quelli immaginati dagli esponenti del Circolo di Vienna. Così stando le cose, è ragionevole ritenere che per intendere il senso e la portata del progetto epistemologico di Ross divenga essenziale comprendere se le tesi del positivismo logico, originariamente pensate per la filosofia, per la scienza naturale e per gli oggetti che essa studia, possano essere applicate alla filosofia del diritto, alla scienza giuridica (e agli enunciati che la compongono) ed all'oggetto che essa studia, il diritto realmente vigente, ossia, e per usare ancora una volta il linguaggio di Wittgenstein, il diritto in quanto “stato di cose”. Un problema non da poco, visto che tradizionalmente lo studio del diritto, in tutte le sue manifestazioni ed espressioni, contiene proprio quegli enunciati messi al

²⁵ L. Wittgenstein, *Tractatus*, cit., 4.112.

bando dal positivismo logico, che non sono né empirici, né tautologici.

È del tutto agevole constatare, in effetti, che non c'è in pratica manuale giuridico, articolo scientifico o mero commento dottrinale nel quale non siano utilizzati concetti normativi impalpabili, "privati" nel lessico rossiano, quali quelli di "dovere", "obbligo", "validità" etc., che in nessun modo possono essere ricondotti ai dati sensibili. Ecco allora il reale problema al momento di valutare il progetto epistemologico di Ross (in quanto tentativo di applicare le tesi del positivismo logico all'ambito del diritto): diventa essenziale verificare se Ross, in quanto "positivista logico del diritto", riesca o meno a tirarsi fuori da una contraddizione potenzialmente letale, consistente nell'aderire esplicitamente alla definizione neopositivista del linguaggio scientifico in quanto insieme di enunciati "veri o verificabili", ed al contempo riferire tale assunto ad un linguaggio, qual è quello giuridico, che spesso si compone di enunciati che non sono "né veri né verificabili".

Ross, in piena sintonia con l'intransigenza del positivismo logico, rigetta in toto le soluzioni epistemologiche prospettate da quello che lui definisce *idealismo giuridico*, ossia tanto dal giusnaturalismo quanto dal positivismo giuridico normativista. Per quanto concerne il primo, Ross afferma, in modo tanto chiaro quanto inelegante che

come una sguadrina la legge naturale è a disposizione di tutti. Non esiste ideologia che non si possa difendere con un appello alla legge naturale. E a ben vedere come potrebbe essere altrimenti – incalza Ross – dal momento che il fondamento ultimo di ogni diritto naturale risiede in un'immediata percezione *privata*, in una contemplazione evidente, in una intuizione? [...] L'evidenza, assunta come criterio di verità, spiega il carattere assolutamente arbitrario delle affermazioni metafisiche²⁶.

²⁶ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit. p. 246. Corsivo mio. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 343: «Som en skøge er naturretten til rådighed for enhver. Der er ikke den ideologi der ikke kan forsvares under påberåbelse af naturens lov.

Il che, a ben vedere, ricorda molto da vicino quanto Karl Popper, all'incirca a partire dal 1920, andava dicendo della teoria marxista, della psicoanalisi freudiana e della psicologia individuale di Adler²⁷. Benché Ross non accetti in modo esplicito l'idea di pseudoscienza avanzata da Popper, nonché l'idea di falsificazione su cui essa si basa, anche forse per la netta contrapposizione tra l'impostazione epistemologica popperiana e quella avanzata dagli esponenti del Circolo di Vienna cui Ross aveva espressamente aderito, l'argomento appare simile: la scienza del diritto, se vuole mantenere il proprio status di scienza, deve prendere le distanze dal modello epistemologico giusnaturalista, un modello che utilizza un linguaggio che non è né verificabile né falsificabile perché sganciato dai dati sensibili dell'esperienza.

Medesima insoddisfazione Ross manifesta nei confronti dell'altra espressione dell'idealismo giuridico, il normativismo kelseniano, accusato di chiudere la catena logica della giustificazione giuridica con un *apriori* dal sapore metafisico non molto distante da quello giusnaturalista, la *Grundnorm*:

in questa versione dell'idealismo la validità è ridotta ad una categoria formale di pensiero, senza alcuna pretesa riguardo al contenuto materiale appreso in questa forma categoriale. La norma

Og hvor kan det være anderledes, når det sidste grundlag for enhver naturret ligger i en privat (intrasubjektiv), umiddelbar indsigt, en evident skuen, en intuition. Kan ikke *min* intuition være lige så god som *din*? Evidensen som sandhedskriterium forklarer de metafysiske påstandes fuldkommen vilkårlige karakter. Den hæver dem op over enhver form for intersubjektiv kontrol og slår døren op for ubunden digt og dogmatik»).

²⁷ Cfr. K. Popper, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge & Kegan Paul, London 1963, trad. it. *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Il Mulino, Bologna 1985. In particolare Popper scrive: «Era precisamente questo fatto – il fatto cioè che tali teorie risultassero sempre adeguate e confermate – ciò che agli occhi dei sostenitori costituiva l'elemento più valido a loro favore. Cominciai ad intravedere che questa loro apparente forza era in realtà il loro elemento di debolezza», p. 63.

fondamentale è priva di qualsiasi coloritura etica. Essa è conformata in modo da *reggere* l'ordinamento che è di fatto vigente, e non è niente di più che un postulato per far sì che questo ordinamento possenga validità²⁸.

Abbandonate, quindi, le tesi tradizionali, non è affatto un caso che Ross adotti una soluzione elaborata da Gottlob Frege²⁹, insieme a Wittgenstein, ispiratore del positivismo logico.

In sintesi, Frege aveva distinto in modo netto l'idea di enunciato dall'atteggiamento che il parlante intrattiene con esso. Frege chiama *atteggiamenti proposizionali* quelle particolari disposizioni mentali che ciascun parlante coltiva in riferimento ad un determinato enunciato linguistico, che diviene quindi oggetto del suo atteggiamento. Tali atteggiamenti possono essere sinteticamente espressi con la formula "A x P", in cui A è il soggetto dell'atteggiamento, x è l'atteggiamento stesso (ad esempio di desiderio, di credenza, di pensiero etc.) e P è l'enunciato che esprime una proposizione, di norma introdotta dalla congiunzione *che*. Prendiamo in considerazione, ad esempio, un enunciato (falso) del tipo: *Gli asini volano*. Secondo Frege è possibile assumere riguardo a tale enunciato diversi atteggiamenti, del tipo *A crede che gli asini volino*, *A desidera che gli asini volino*, *A teme che gli asini volino* etc. Il punto che il matematico tedesco vuole mettere in rilievo, ripreso da Ross nella costruzione della sua epistemologia giuridica, è che benché l'enunciato particolare *Gli asini volano* sia palesemente falso, l'enunciato che lo contiene, ad esempio *A crede che gli asini volino*, può essere cionon-

²⁸ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 64. Corsivo mio.

²⁹ Cfr. G. Frege, *Über Sinn und Bedeutung*, in «Zeitschrift für Philosophie und Philosophische Kritik», 100 (1892), 1, pp. 25-50; trad. ing., *On Sense and Reference*, in R.M. Harnish (Ed.), *Basic Topics in the Philosophy of Language*, Harvester/WheatSheaf, New York 1994, pp. 142-160. Sull'idea di "atteggiamento proposizionale" cfr. tra gli altri M. Vignolo, *Afferrare pensieri. Gli atteggiamenti proposizionali dopo Frege e Russell*, Carocci, Roma 2001.

nostante “vero”. Le condizioni di verità dei due enunciati non sono infatti le medesime.

Ross utilizza una strategia simile per tirarsi fuori dalla contraddizione pocanzi rilevata, ossia quella, lo ripetiamo, di definire il linguaggio scientifico come insieme di enunciati “veri o verificabili” in quanto descrittivi di fatti tangibili, ed al contempo estendere tale status anche agli enunciati della scienza del diritto che, quando fanno riferimento ad entità “magiche” come quelle di “dovere”, “obbligo” e “validità”, non possono essere “né veri né verificabili”. Possiamo sintetizzare in questi termini il suo ragionamento: la scienza del diritto, in quanto insieme di enunciati veri sul fenomeno giuridico, è possibile indipendentemente dal fatto che gli enunciati ai quali si riferisce siano anch'essi veri o verificabili, perché il suo reale oggetto è costituito dagli atteggiamenti che i giudici manifestano nei loro confronti, cioè a dire dalla loro “ideologia normativa”.

L'argomento è persuasivo, ma a ben vedere la partita non è ancora chiusa, perché, così facendo, Ross sembra esporsi ad una nuova e più pericolosa obiezione: neanche gli atteggiamenti dei giudici, in quanto tali, sono entità conoscibili, anch'essi costituiscono delle entità *private*. Anche in questo caso, però, Ross sembra avere un asso nella manica: si tratta sì di atteggiamenti “privati”, ed in quanto tali inaccessibili, che tuttavia possono essere resi visibili dai comportamenti posti in essere dai giudici, ed in tal modo “convertiti” in fatti. Così, ad esempio, con riferimento all'enunciato “*A crede che gli asini volino*”, sebbene l'atteggiamento di credenza di A rimanga un fatto privato, le azioni che egli compirà a riguardo (come il guardare costantemente dalla finestra in attesa di un quadrupede volante), potranno comprovare la verità, non del fatto che gli asini volano ovviamente, ma del fatto che effettivamente egli nutre quella credenza. Mi sembra che Ross ricorra ad un ragionamento analogo per quanto concerne la verità delle proposizioni della scienza giuridica, soprattutto

quando afferma che la concezione della scienza del diritto presentata in *Diritto e giustizia*:

si fonda sul presupposto che il principio di verifica-
zione debba essere applicato anche a questo campo di conoscenza; che
cioè alla scienza diritto debba essere riconosciuto il carattere
di scienza sociale empirica. Ciò significa che le proposizioni
circa il diritto valido debbano essere interpretate come rife-
rentisi non ad una *inosservabile validità* o “forza vincolante”,
derivante da principi *a priori* o da postulati, ma a *fatti sociali*.
[...] Noi riteniamo [...] che il contenuto reale delle proposizioni
della scienza giuridica si riferisca alle azioni delle corti in certe
circostanze³⁰.

Sarà chiaro adesso perché la scienza giuridica, a pare-
re di Ross, sia possibile alle stesse condizioni alle quali è
possibile ogni altra scienza secondo il positivismo logico
(ed anche secondo Hägerström): se davvero vuole essere
tale, essa «deve situare il suo oggetto, non in una sfera di
validità, di *Sollen*, ma nella realtà, nel *Sein*»³¹. Lo scienzia-
to del diritto in fondo studia fenomeni psichici nella loro
dimensione sociale, «perché la psiche esiste, è reale, se la
consideriamo non *von innen*, come uno stato di coscienza
(*Bewusstseinslage*), ma *von aussen*, come fenomeno psico-
fisico che ha luogo in un organismo psico-fisico situato
nella realtà spazio temporale»³².

Ciò impone una ridefinizione dell'idea stessa di dog-
matica giuridica, perché, quantomeno nella sua accezione
originaria, a partire da questi presupposti, essa diviene
impossibile, banalmente perché il mondo che intendeva
studiare, quello dei diritti, dei doveri, della validità etc. in
questa “nuova” ottica, non esiste più. La dogmatica giu-
ridica, così come ripensata da Ross, è invece una scienza
della realtà,

³⁰ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 39. Corsivo mio.

³¹ R. Hernandez Marin, *Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*, in E. Pattaro
(a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1982, p. 198.

³² Ivi, p. 199.

che studia le norme giuridiche non quali astratte entità linguistiche che parlano di diritti e obblighi giuridici, ma quali fatti psico-linguistici, costituendosi così in un settore della conoscenza giuridica integrato nella scienza del diritto, la quale, nel suo insieme, è una scienza della realtà, una scienza del comportamento umano³³.

Essa diviene scienza del comportamento giudiziale, ossia una scienza che non studia direttamente il modo in cui “dobbiamo o non dobbiamo” comportarci, o il fatto che “abbiamo o non abbiamo” un certo diritto, bensì esclusivamente ciò che i giudici *credono* a riguardo. Le proposizioni della scienza giuridica – nelle intenzioni di Ross – riguardano le credenze di un particolare gruppo di persone relative ad un determinato ambito: ad esempio, le credenze dei giudici danesi relative al diritto danese vigente³⁴.

Ciò premesso, apparirà chiaro perché secondo Ross il reale oggetto della scienza giuridica sia costituito dall'*ideologia normativa* effettivamente operante nella comunità dei giudici, ossia da tutti quei fattori normativi ed extra-normativi sulla cui base i giudici, in quanto “comunità”, scelgono le norme da applicare al caso concreto. «Una conoscenza di questa ideologia – scrive Ross – ci consente [...] di calcolare in anticipo con considerevole certezza le basi giuridiche sulle quali determinate future decisioni verranno prese, e che quindi daranno forma alla motivazione»³⁵.

4. *La metafora degli scacchi: una critica all'idea di “ideologia normativa”*

Chiariti i caratteri essenziali dell'epistemologia di Ross, non ci resta che esaminare l'oggetto che attraverso quelle lenti l'autore danese “crede” di osservare e, austiniamente, descrivere. Abbandonata l'idea di determinare

³³ Ivi, p. 208.

³⁴ Cfr. J.v.H. Holtermann, *Naturalizing Alf Ross's Legal Realism*, cit.

³⁵ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 43.

una volta per tutte il “concetto di diritto”, finalità teorica preclusa già in partenza dall’impostazione epistemologica prescelta, l’oggetto che ne vien fuori, come già anticipato, è costituito dal diritto così come individuato, percepito ed applicato dai giudici appartenenti ad un dato ordinamento giuridico, sulla base dell’ideologia normativa che essi condividono in quanto “comunità”.

Com’è noto, al fine di esplicitare, ed in parte di giustificare, le sue teorie del “diritto vigente” e della “ideologia normativa”, Ross, nelle prime pagine di *Diritto e giustizia*, utilizza la nota metafora degli scacchi³⁶, su cui adesso conviene soffermarsi, benché in modo sintetico.

Prendendo spunto dallo scenario tratteggiato da Ross, che qui per ragioni di spazio presenterò in una veste in parte differente, immaginiamo di osservare due persone giocare a scacchi, magari più partite consecutive. Una volta appurato che ciò che stiamo osservando è un gioco, appare del tutto ragionevole ritenere che già dopo alcune partite saremo in grado di supporre, attraverso la mera osservazione esterna, che dietro le mosse che ricorrono in modo costante si celino determinate “regolarità”³⁷. Il ra-

³⁶ Sull’utilizzo delle metafore ludiche in ambito giuridico si veda in particolare B. Jackson, *Towards a semiotic model of the games analogy in jurisprudence*, in «Droit et Société», (1991) 17/18, pp. 105-133; M. Kerchoue van de e F. Ost, *Le Jeu: un paradigme fécond pour la théorie du droit?*, in «Droit et Société», (1991), 17/18, pp. 173-205; M. Kerchoue van de, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992; ed in particolare sulla metafora degli scacchi in ambito giuridico cfr. A. Marmor, *How Law is like Chess*, in «Legal Theory», 12 (2006), 4, pp. 347-371.

³⁷ Cosciente dei vari significati che il termine “regolarità” può assumere in ambito filosofico e giuridico, qui il termine vuole esclusivamente indicare quel tipo di azione che si ripete sempre secondo le stesse modalità e che perciò non può essere casuale. Un’azione, insomma, che viene posta in essere in ossequio di un qualche elemento normativo condizionante, come una regola, un’abitudine, un principio morale etc. Si potrebbe obiettare che tale significato sia concettualmente incompatibile con il punto di vista esterno, perché da tale punto di vista le “regolarità” non sono ancora visibili, anzi, addirittura, non è ancora possibile comprendere che ciò che abbiamo davanti sia un gioco, piuttosto che un rituale religioso o una contrattazione giuridica

gionamento che in quanto osservatori esterni potremmo impiegare è banalmente questo: visto che i giocatori della partita che stiamo osservando muovono, ad esempio, il pezzo raffigurante il cavallo sempre nella stessa identica maniera, ossia con un movimento a "L", dall'esterno deduciamo che essi attuano quello spostamento sulla base di una qualche regolarità che ne influenza in modo diretto il comportamento. La costante ripetitività dei movimenti, infatti, non può essere frutto del caso, la si può spiegare soltanto (pre)supponendo l'esistenza di un elemento normativo che sia in grado di condizionare i comportamenti dei giocatori.

ad esempio. Il punto che qui si vuole sostenere è che, a prescindere dal fatto di aver "riconosciuto" quale tipo di pratica si stia svolgendo sotto i nostri occhi, sia comunque possibile riscontrare la presenza di certe "regolarità", che dal punto di vista esterno sono semplicemente dei "fatti". Mi sembra che Ross sostenga grosso modo la stessa cosa, in particolare quando afferma che: «Forse si potrebbe pensare di affrontare il problema dal punto di vista comportamentistico, limitandoci a quanto può essere accertato mediante l'osservazione esterna delle azioni e rilevando poi certe regolarità. Ma in questo modo non si potrebbe mai avere una conoscenza completa delle regole degli scacchi. Non sarebbe mai possibile distinguere certe abitudini, o anche certe regolarità condizionate dalla teoria del gioco, dalle regole degli scacchi» (A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 16). Come a dire che quello che non si può apprezzare dal punto di vista esterno sia esclusivamente il tipo di regolarità in atto, non il fatto che esista una regolarità. È superfluo evidenziare, peraltro, che tale dibattito sia fortemente influenzato da ciò che intendiamo per "punto di vista esterno", o, ancora meglio, dal quanto sia "esterno o estraneo" il punto di vista prescelto. Se per "esterno" intendiamo un punto di osservazione "tanto estraneo" da non consentirci neanche di presupporre l'esistenza di una razionalità in comune con gli agenti osservati, mettiamo il punto di osservazione di un marziano, allora l'obiezione pocanzi avanzata diviene condivisibile, perché da questo punto di vista le ripetitività potrebbero essere spiegate diversamente, ad esempio ipotizzando l'esistenza di un nesso di causalità naturalistico, e credendo quindi che i giocatori siano specie di automi che reagiscono meccanicamente a determinati input: un marziano potrebbe credere che le mosse degli scacchi che si ripetono costantemente siano automatismi totalmente privi di ragioni, meri nessi di causalità. Ma l'estraneità del punto di vista esterno qui utilizzata, e credo che Ross faccia lo stesso, è certamente più "tenue" e consente, quindi, di accertare quantomeno la presenza di regolarità fondate su indeterminati elementi normativi condizionanti.

È altrettanto ragionevole ritenere, però, che un'osservazione "totalmente" esterna, qual è quella che stiamo utilizzando, non ci consentirà di andare molto al di là di tale basilare comprensione del gioco. Innanzitutto, perché, anche dopo aver osservato numerose partite, non riusciremo a comprendere il reale significato delle mosse, e men che meno la strategia e la tattica che le supporta. Occorre un metodo di osservazione differente, in grado di svelarci, *almeno fino ad un certo punto*, la "reale" ragione di ogni singola mossa, e che soprattutto ci consenta, *almeno fino ad un certo punto*, addirittura di poterla prevedere. Non dimentichiamo, infatti, uscendo per un istante fuor di metafora, che il vero fine della scienza giuridica di Ross consiste proprio nella previsione dei comportamenti futuri dei giudici-giocatori.

D'altronde, aspirare ad un metodo che ci consenta di cogliere il significato e di prevedere le "mosse" di una partita di scacchi appare del tutto legittimo, vista la loro natura squisitamente razionale. Le "mosse" degli scacchi, infatti, non consistono semplicemente in un cambiamento di posizione di una statua di legno sulla scacchiera, non sono soltanto un fatto fisico o biologico, perché, se così fosse, nessun metodo di osservazione potrebbe consentire la loro comprensione e previsione. I movimenti irrazionali, privi di una logica interna, quali ad esempio sarebbero i movimenti posti in essere da due scimmie che "fingono" di giocare a scacchi, con ogni evidenza non possono essere né compresi né tantomeno previsti.

Così intese, le "mosse degli scacchi", da fatti meramente biologici e psicofisici, divengono porzioni di gioco, in cui «figure fisiche, pezzi di legno intarsiato [...] [si trasformano in] "figure degli scacchi" che possono essere mosse in questo o in quel modo»³⁸. Ed a sua volta il "gioco" va

³⁸ C. Znamierowski, *Atti psicofisici v. atti thetici*, in G. Lorini e L. Passerini Glazel (a cura di), *Filosofie della norma*, Giappichelli, Torino 2012, p. 146.

inteso come un sistema coerente di regolarità (e quindi regole vere e proprie, abitudini, principi della teoria degli scacchi etc.), ossia come «un tutto significativo [...], perché le mosse si condizionano reciprocamente l'un l'altra e si configurano come attacco e come difesa secondo i principi della teoria del gioco»³⁹. In sintesi, potremmo dire che il gioco degli scacchi costituisce un insieme di fenomeni (le mosse) in gran parte prevedibili perché basati su ragionamenti, più o meno vincolanti.

Credo che, almeno fin qui, la ricostruzione di Ross sia del tutto condivisibile. Ma un primo elemento che mi sembra turbi questa linea di ragionamento giunge poco più avanti, direi in parte inaspettatamente, quando Ross si chiede: «com'è possibile stabilire quali norme regolano [effettivamente] il gioco degli scacchi?»⁴⁰. È possibile distinguere, all'interno delle regolarità che abbiamo individuato attraverso l'osservazione "totalmente" esterna, le regole vere e proprie (ossia le prescrizioni) dalle mere abitudini di gioco e dai principi della teoria scacchistica?

La domanda appare "inaspettata" ed in parte "ingiustificata" per una semplice ragione: se, come più volte evidenziato, il fine dell'osservazione consiste nella previsione delle mosse future, effettivamente poco importa se essa si basi su una regola, su un'abitudine, su un principio della teoria o su qualunque altro elemento normativo condizionante. Se il nostro fine, in quanto osservatori, è quello di "comprendere per prevedere", non è chiara la ragione per cui si debba necessariamente identificare il tipo di condizionamento che ha condotto il giocatore a quella par-

³⁹ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 14. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 23: «Brikbevægelsen forstås ikke som en omplacering af stof i rummet, men som et træk, og spillet bliver en meningsfuld sammenhæng, fordi trækkerne indbyrdes motiverer hverandre og tolkes som angreb og forsvar i overensstemmelse med spillets teoretiske principper»).

⁴⁰ Ivi, p. 16. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 25: «Hvorledes kan man nu konstatere, hvilke regler (direktiver) der gælder for skak?»).

ticolare mossa (e non ad un'altra). Nel momento in cui riusciamo a prevedere quello che il giocatore sta per compiere, è quasi irrilevante se farà quel qualcosa per mera abitudine di gioco o in ossequio di un principio della teoria. Ciononostante, benché Ross consideri la previsione il fine ultimo dell'osservazione (scientifica), al contempo, però, sottolinea in modo inequivocabile l'importanza di individuare le regole e di distinguerle dagli altri elementi condizionanti, come se ciò potesse aumentare le possibilità predittive dell'osservatore:

Forse si potrebbe pensare di affrontare il problema dal punto di vista comportamentistico, limitandoci a quanto può essere accertato mediante l'osservazione [totalmente] esterna delle azioni e rilevando poi certe regolarità. Ma in questo modo non si potrebbe mai avere una conoscenza completa delle regole degli scacchi. *Non sarebbe mai possibile distinguere certe abitudini, o anche certe regolarità condizionate dalla teoria del gioco, dalle regole degli scacchi. Anche dopo essere stati a guardare mille partite si potrebbe ancora credere che è contro le regole aprire con [un pedone di] torre⁴¹.*

⁴¹ *Ibidem.* Corsivo mio. Qui la traduzione italiana di Gavazzi dell'espressione inglese "Rook's pawn" presenta un errore alquanto rilevante, che, se vogliamo, è più scacchistico che linguistico. La traduzione offerta da Gavazzi di tale espressione è semplicemente "torre", e non "pedone di torre". Probabilmente il traduttore ha reso "pawn" con "pezzo" (anziché pedone), e poi ha tradotto l'espressione "pezzo della torre" semplicemente con "torre". Ma come qualunque giocatore di scacchi sa, anche se principiante, aprire una partita con la torre non è solo illegale, è di fatto impossibile, e nessuna regola potrebbe mai consentirlo: dinnanzi alla torre, ad inizio partita, è posto un pedone che gli sbarrava la strada. Solo quando quel pedone verrà mosso, allora sarà possibile muovere anche la torre. L'unico pezzo, diverso dai pedoni, con cui è possibile iniziare una partita è ovviamente il cavallo che, grazie al suo movimento a "L", può saltare la fila dei pedoni senza attendere che questi vengano mossi. Per cui la traduzione corretta dell'espressione "Rook's pawn" è senz'altro "pedone di torre". Il problema non compare invece nell'edizione originale danese, in cui Ross, a scanso di equivoci, usa addirittura la nomenclatura scacchistica ufficiale indicando la "coordinata" della mossa con lettere e numeri. Nel linguaggio scacchistico, per riferirsi al pedone di torre si utilizzano semplicemente le coordinate a2 o a8, rispettivamente i pedoni collocati all'estremità della scacchiera dinnanzi alle due torri. (*Om ret og*

Se il fine fosse quello di “conoscere per conoscere”, quello, ad esempio, di decriptare il codice che si cela dietro le mosse del gioco, allora il ragionamento di Ross sarebbe del tutto pertinente. Nel momento in cui, invece, l'elemento predittivo diviene centrale, la linea argomentativa sembra vacillare.

Comunque sia, benché sulla base di ragioni non del tutto chiare, Ross accantona il metodo dell'osservazione empirica “totalmente” esterna, per andare alla ricerca di un nuovo punto di osservazione dal quale poter individuare le regole effettivamente utilizzate dai due giocatori di scacchi che stiamo osservando. «La cosa più semplice – scrive Ross – [...] sarebbe di riferirci a certi regolamenti ufficiali, [...] ma anche questo potrebbe non bastare, poiché non è certo che tali dichiarazioni corrispondano alla pratica. Talvolta alcune partite *vengono giocate di fatto in modi diversi*»⁴². Sul punto torneremo a breve, per adesso preme notare che l'argomento attraverso il quale Ross esclude anche questa seconda ipotesi, chiamiamola “formalista”, è quantomeno vago e sbrigativo. Soprattutto considerando il fatto che è l'argomento che gli consente di passare ad un ulteriore, e peraltro definitivo, punto di osservazione.

Invece, Ross si limita a certificare che fallito anche questo ulteriore tentativo, «non possiamo far altro che adottare

retfærdighed, cit., p. 25: «Man kunne måske tænke sig at gå behavioristisk til værks, d. v. s. indskrænke sig til, hvad der kan konstateres ved udvortes iagttagelse af handlinger for at finde visse regelmæssigheder. Man vil dog aldrig ad denne vej nå frem til indsigt i spillets regler. Man vil nemlig ikke kunne skille faktiske sædvaner eller blot skakteoretisk betingede regelmæssigheder fra de egentlige skakregler. Selv efter at have iagttaget tusinde spil kunne man tro, at det er forbudt at åbne med a2»).

⁴² A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 16. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 25: «Det simpleste ville måske være at holde sig til visse autoritative vedtagelser, fx vedtagelser på skakkongresser eller oplysninger i anerkendte lærebøger i skak. Men heller ikke dette slår til, fordi det ikke er sikkert, at sådanne deklARATIONER følges i praksis. Det er velkendt, at mange spil faktisk spilles i mange varianter»).

un metodo introspettivo»⁴³, ossia un punto di vista esterno partecipante, attraverso il quale saremo in grado di individuare «quali norme sono effettivamente sentite come socialmente vincolanti»⁴⁴ dai due giocatori che muovono i pezzi sotto i nostri occhi. Solo in questo modo si potrà capire se le regolarità delle mosse «sono qualcosa di più di un'abitudine o di un'azione motivata da ragioni tecniche»⁴⁵. Nuovamente riemerge l'ambiguità pocanzi rilevata, perché anche in questo caso non si comprende l'utilità di tale distinzione nell'economia del ragionamento di Ross.

Qualcuno potrebbe opportunamente obiettare che in fin dei conti Ross sta proponendo la medesima esigenza che Hart poco più tardi esibirà contro Austin⁴⁶: in effetti, anche il filosofo inglese rimarcherà che l'osservazione esterna non partecipante non consente di distinguere i comportamenti abitudinari da quelli realizzati nell'osser-

⁴³ *Ibidem.* (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 25: «Vi kommer derfor ikke udenom en introspektiv metode»).

⁴⁴ *Ibidem.* (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 25: «Opgaven er at finde de regler der faktisk opleves af spillerne som socialt forbindende»).

⁴⁵ Ivi, pp. 16-17. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 25: «Men for at afgøre om konstaterede regelmæssigheder er andet og mere end faktisk sædvane eller teknisk betingede forhold, er det nødvendigt at spørge spillere om, hvilke regler de føler sig bundet af»).

⁴⁶ Si allude innanzitutto alle critiche di Hart all'idea di punto di vista esterno espressa da John Austin ed alla sua incapacità di distinguere tra il comportamento frutto di mera abitudine e quello derivante dall'osservanza di una regola: «Per l'esistenza di [...] un'abitudine non è affatto necessario che i membri del gruppo si preoccupino del comportamento generale, o anche sappiano che il comportamento in questione è generale; ancora meno necessario è che essi si sforzino di insegnarlo o si propongano di mantenerlo. È sufficiente che ciascuno per conto proprio si comporti nel modo in cui si comportano anche gli altri. Al contrario, per l'esistenza di una regola sociale è necessario che almeno alcuni considerino il comportamento in questione come uno standard generale di condotta che il gruppo nel suo complesso deve seguire. Una regola sociale ha un aspetto "interno", in aggiunta all'aspetto esterno che ha in comune con un'abitudine sociale e che consiste nel comportamento uniforme e regolare di cui un osservatore può rendersi conto», H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, trad. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, p. 56.

vanza di una determinata regola. Mentre, però, nel caso di Hart appare del tutto agevole cogliere il senso e la finalità teorica della distinzione, lo stesso non possiamo dire di Ross: Hart utilizza la distinzione per ragioni di demarcazione concettuale, ossia al fine di distinguere il concetto di diritto da concetti normativi simili; quando è Ross a sostenere grosso modo la medesima esigenza, la tesi sembra perdere, almeno in parte, di significato visto che, lo ripetiamo, la previsione, il vero fine della scienza giuridica, è possibile anche a prescindere da tale distinzione.

Mettendo ancora una volta da parte questa difficoltà, su cui torneremo più avanti, quel che è certo è che l'impiego del punto di osservazione assunto consente a Ross di approdare ad una nuova definizione di "norma valida degli scacchi", sarebbe meglio dire "norma vigente degli scacchi"⁴⁷:

una norma degli scacchi "è valida" significa che in un certo gruppo di persone (che fondamentalmente comprende i due giocatori di una partita effettiva) questa norma è effettivamente seguita perché i giocatori si sentono socialmente vincolati dalla direttiva contenuta dalla norma. [...] Così le regole degli scacchi sono il contenuto ideale astratto [...] che rendono possibile [...] la comprensione del fenomeno degli scacchi [...] e, insieme ad altri fattori, la previsione entro certi limiti del corso del gioco⁴⁸.

Qui si conclude la metafora che apre *Diritto e giustizia*, e Ross, nelle pagine successive, inizia ad applicare i

⁴⁷ Non affronterò qui la questione della differenza di significato che i termini "validità e vigenza" assumono nell'opera di Ross, soprattutto a partire dai corrispondenti termini danesi, questione ricostruita e sufficientemente approfondita nei contributi di Lorenzo Milazzo ed Alessandro Serpe, cui rimando il lettore.

⁴⁸ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 17. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 25: «Vi kan herefter sige: at en regel *gælder* som skakregel betyder, at denne regel indenfor et vist fællesskab (der principielt omfatter et konkret spil to spillere) *effektivt følges*, fordi deltagerne *føler sig socialt forbundne af det i reglen indeholdte direktiv*. I gældebegrebet (for så vidt angår skak) indgår altså to momenter. Det ene refererer til reglens faktiske effektivitet der kan konstateres ved ydre iagttagelse. Det andet refererer til den måde, hvorpå reglen opleves som motiverende, nemlig som socialt forbindende»).

risultati metaforici conseguiti al fenomeno giuridico, proponendo una speculare definizione di “norma valida del diritto”. Ai nostri fini, però, prima di commentare tale definizione e prima di valutare il significato che essa assume in ambito giuridico, è opportuno intrattenerci ancora per qualche istante sulla metafora ludica proposta da Ross, il cui sviluppo non appare del tutto comprensibile e coerente come a primo acchito poteva sembrare.

Innanzitutto, sembra corretto tornare su una questione rimasta sospesa: Ross, come pocanzi evidenziato, giustifica l’assunzione del punto di osservazione esterno partecipante, quello che il filosofo danese definisce “metodo introspettivo”, attraverso il progressivo abbandono di punti di osservazione e metodi alternativi. In particolare, lo si ricorderà, Ross aveva scartato in modo sbrigativo il “metodo formalista”, ossia l’idea di identificare le norme degli scacchi utilizzando un qualche regolamento ufficiale, quello ad esempio della federazione internazionale scacchistica, innanzitutto perché, lo ripetiamo, tale metodo «potrebbe non bastare, in quanto [...] alcune partite vengono *giocate di fatto in modi diversi*»⁴⁹.

Il punto su cui vorrei porre l’attenzione riguarda in particolare quest’ultima, apparentemente innocua, espressione: “giocare di fatto in modi diversi”. Ebbene, cosa intende precisamente Ross quando fa riferimento all’idea di “partite giocate in modi diversi”? Fino a che punto due giocatori in carne ed ossa possono “giocare (a scacchi) in modi diversi” senza fuoriuscire dall’ambito proprio del gioco degli scacchi?

La fedele interpretazione di *Diritto e giustizia* mi sembra suggerisca una lettura foriera di delicati problemi. Ross, con l’espressione “giocare di fatto in modi diversi”, indica il caso in cui due particolari giocatori, per una scelta cosciente tesa a rendere più semplice il gioco, per mera

⁴⁹ *Ibidem*. Corsivo mio.

ignoranza o per qualunque altra ragione, non applichino, nel senso che non la utilizzano affatto, una particolare regola del gioco prevista nel regolamento ufficiale. È proprio Ross a confermare questa lettura quando afferma che «anche in un gioco classico come quello degli scacchi possono verificarsi [...] variazioni [...]. (per esempio, la regola circa [...] [la presa] *en passant* non è sempre praticata)»⁵⁰. Come a dire, che i singoli giocatori possono legittimamente patuire variazioni di gioco alterando o bypassando le regole ufficiali.

Ma se così stanno le cose, una complicazione appare inevitabile. Se per “giocare di fatto in modi diversi” Ross intende questo (e credo proprio che sia così), e se stessi osservando una partita condotta a queste condizioni, potremmo legittimamente chiederci se i giocatori stiano ancora giocando a scacchi. In termini generali, e su un piano più strettamente teorico, potremmo insomma chiederci fino a che punto sia possibile per i giocatori alterare l'assetto normativo di un gioco senza fuoriuscire dai suoi confini.

Poniamo che i giocatori che stiamo osservando, come Ross evidenzia, scelgano di non utilizzare la regola della *presa en passant*. Ebbene, starebbero giocando ancora a scacchi? Ammettiamo di sì: come Ross sembra suggerire, sarebbe solo un “modo diverso” di giocare a scacchi. Poniamo ora che oltre la regola della *presa en passant*, pattuiscono di disapplicare anche quella che disciplina l'arrocco, o qualunque altra regola prevista nel regolamento ufficiale. Starebbero ancora giocando a scacchi? Non è così scontato, anzi, personalmente direi proprio di no. Ovviamente è difficile individuare il punto preciso in cui i giocatori fuoriescono dai confini del gioco degli scacchi,

⁵⁰ Op. cit., p. 16. (*Om ret og retfærdighed*, cit., p. 25: «Selv i et så klassisk spil som skak forekommer sådanne (fx reglen om at slå *en passant* følges ikke altid)»).

in cui, cioè, l'allontanamento dalle regole ufficiali disintegra quell'ambito d'azione. Se vogliamo, lo stesso tipo di difficoltà che sta alla base del paradosso del sorite. Quel che è certo però, è che quel punto esiste.

Le conseguenze di questo ragionamento sono rilevanti, probabilmente più rilevanti di quanto potrebbe apparire, soprattutto per ciò che concerne la questione epistemologica da cui abbiamo preso le mosse. In effetti, l'idea di osservazione introspettiva "prescritta" da Ross, se da un lato appare in grado di restituire un'immagine accurata e "realistica" di ciò che sta avvenendo sotto i nostri occhi, attenta com'è agli atteggiamenti psicologici dei soggetti coinvolti, dall'altro, e con tutta probabilità, non verterà più sull'oggetto che intendevamo descrivere, ossia "la partita a scacchi che si sta svolgendo dinanzi a noi", per la semplice ragione che gli scacchisti che abbiamo davanti hanno potuto alterare l'assetto normativo del gioco fino al punto di snaturarlo. Per cui, se la domanda da cui Ross prende le mosse è "com'è possibile stabilire quali norme regolano il gioco degli scacchi?", la risposta cui potremmo approdare adottando il suo metodo, ossia appiattendolo la nostra osservazione sui *reali* comportamenti di giocatori in carne ed ossa e sulla loro *reale* percezione delle regole, potrebbe in realtà non soddisfare il quesito di partenza. Così facendo, staremmo sì descrivendo accuratamente una determinata pratica sociale, ma che con tutta probabilità non è più quella che intendevamo descrivere. Se per un verso l'intento scientifico dichiarato riguardava la descrizione delle regole cui si attengono due giocatori di scacchi, per l'altro l'osservazione posta realmente in essere potrebbe avere ad oggetto regole sentite come vincolanti da due giocatori che credono di giocare a scacchi, ma che è probabile stiano conducendo un gioco differente o che addirittura abbiano smesso del tutto di giocare.

Mi sembra che Ross trascuri un importante aspetto, che a ben vedere qualunque giocatore di scacchi potrebbe

agevolmente confermare: esiste *solo un modo* di giocare a scacchi, ed è precisamente quello, accantonato da Ross *a priori*, descritto dai documenti ufficiali che ne disciplinano il funzionamento. Una "partita a scacchi", quando privata della regola dell'arrocco o di qualunque altra regola contenuta in un regolamento ufficiale, ossia di una delle regole eidetico-costitutive che fondano il gioco, non è più realmente una "partita a scacchi".

Amedeo Conte suggerisce sul punto che

se uno non segue le regole degli scacchi, egli non gioca a scacchi, [...] è come quando qualcuno sposta un alfiere difformemente da una regola eidetico-costitutiva deontica sull'alfiere stesso (ad esempio, se qualcuno sposta un alfiere non in diagonale, ma in linea retta). Poiché egli non agisce conformemente alla regola [...] ciò che egli muove sulla scacchiera perde la sua qualità di *token* del *type* alfiere, ed il suo movimento non acquista il senso specifico di mossa. [...]. Paradossalmente, dunque, l'agire non conformemente ad una regola eidetico-costitutiva deontica (in quanto agire destitutivo dei *tokens* di quei *types* dei quali la regola è costitutiva) non solo non è violazione della regola, ma addirittura preclude la possibilità di essere violazione di essa⁵¹.

Ma i problemi non finiscono qui: la metafora sembra scricchiolare soprattutto per un'altra e ancora più preoccupante ragione.

Una volta individuato il metodo più adatto per la comprensione e la previsione delle mosse del gioco, Ross scrive che «il problema di quali norme regolino "gli scacchi", deve quindi, a stretto rigore, essere inteso come riferentesi alle norme che regolano *una partita effettiva tra due persone determinate*. Sono le loro azioni, e queste soltanto, che sono unite insieme in un tutto significativo, e governate per entrambi dalle regole degli scacchi»⁵². Mi sembra ci sia un

⁵¹ A.G. Conte, *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, in R. Egidi (a cura di), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Napoli 1983, pp. 37-83 e in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 294-295.

⁵² A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 16. Corsivo mio.

problema di coerenza: Ross, nella metafora degli scacchi relaziona l'idea di "validità/vigenza", non alla comunità degli scacchisti, ma ad un gruppo di persone assai più ristretto "che fundamentalmente comprende i due giocatori di una partita effettiva"; laddove, in relazione al diritto, lo stesso concetto viene riferito all'intera comunità dei giudici, e non a quei giudici in carne ed ossa che agiscono nel processo che stiamo concretamente osservando. Il problema è che una metafora, per essere realmente efficace e calzante, deve soddisfare quantomeno una condizione di partenza, le fattispecie considerate, quella metaforica e quella reale, devono avere la stessa struttura e devono essere considerate alle medesime condizioni. Mi sembra che Ross violi questo assunto di partenza, per lui il comportamento del giudice, soprattutto nel momento in cui sceglie ed applica una data norma al caso concreto, costituisce un processo plasmato da una mentalità, da una cultura, da un'ideologia comuni all'intera comunità dei giudici di un dato ordinamento.

Posto che il fine della conoscenza delle norme (tanto degli scacchi quanto del diritto), lo ripetiamo, consiste per Ross inequivocabilmente nella previsione delle scelte future dei "giocatori", il ragionamento che il giurista danese porta avanti a proposito del punto di osservazione, del metodo, dell'esigenza di introspezione etc., cambia completamente di significato se riferito a due giocatori determinati o ad un'intera comunità di giocatori, come quella dei giudici.

A mio avviso, avrebbe avuto molto più senso fare riferimento, tanto nel "gioco degli scacchi" quanto nel "gioco del diritto", allo stesso tipo di comunità, ossia all'insieme dei giocatori (degli scacchi e del diritto) che si attengono alle regole ufficiali e le interpretano alla luce di una "consapevolezza" comune, la teoria del gioco negli scacchi e l'ideologia normativa nel diritto. D'altronde, è possibile prevedere una mossa degli scacchi solo quando l'osservatore tiene in con-

to le medesime regole, ossia le possibilità “legali” di azione, e la medesima teoria tattico-strategica, grazie alla quale il giocatore elegge, tra tutti i comportamenti “legali”, quello più opportuno nella situazione concreta.

È per questa ragione che il riferimento rossiano ai “due giocatori determinati” appare fuorviante, perché, come già detto, è del tutto plausibile che “quei due” giocatori, a differenza della “comunità degli scacchisti”, non rispettino le regole (come nell'ipotesi prima considerata), o compiano scelte di opportunità non rappresentative della mentalità e delle conoscenze teoriche della comunità degli scacchisti. Mettiamo il caso in cui, benché nessuna regola ufficiale vieti un dato comportamento, ad esempio mangiare un pezzo in una data circostanza, il giocatore che sto osservando istintivamente (e sbagliando) mangi il pezzo, laddove nessun componente rappresentativo della “comunità degli scacchisti” avrebbe fatto lo stesso, perché cosciente del fatto che quella mossa è “sconsigliata” da un noto principio tattico della teoria degli scacchi.

È per questa ragione, d'altronde, che l'esigenza di distinguere tra regole in senso stretto, abitudini e principi della teoria scacchistica era apparsa “inattesa ed ingiustificata”: per la comunità degli scacchisti la “inopportunità” di una data mossa evidenziata da un principio della teoria degli scacchi non è poi così distante dal “divieto” disposto da una regola. Dal punto di vista interno, insomma, la distinzione tra i vari elementi condizionanti appare assai sfumata perché la comunità dei giocatori può sentirsi vincolata da una data indicazione strategica, quanto lo è da una prescrizione contenuta in un regolamento ufficiale.

Reinterpretando la metafora in questo senso, ossia accostando la comunità dei giudici a quella degli scacchisti, mi sembra che l'intero ragionamento divenga assai più convincente, quantomeno in termini di coerenza interna.

Discorso a parte merita il problema dell'accuratezza della definizione cui, attraverso la metafora degli scacchi,

Ross approda in ambito giuridico. Resta da capire, insomma, se l'idea di "validità-vigenza" proposta da Ross sulla base della sua impostazione neo-empirista possa essere considerata corretta, di là dalla validità della metafora utilizzata per introdurla. Ed il punto su cui vorrei concentrare l'attenzione riguarda in particolare i processi mentali che a parere di Ross guidano scacchisti e giudici, in quanto categoria beninteso, nello scegliere le norme da applicare al caso concreto.

Ecco le parole di Ross che aprono il capitolo dedicato alle fonti del diritto di *Diritto e giustizia*:

se la previsione è [...] possibile, ciò accade perché il processo mentale con il quale il giudice decide di fondare la decisione su una norma piuttosto che su un'altra, *non è un capriccio od un atto arbitrario, variabile da un giudice ad un altro*, ma è un processo determinato da atteggiamenti e da concetti, da una *comune ideologia normativa* presente ed attiva nelle menti dei giudici – di tutti i giudici beninteso – quando questi agiscono in veste di giudici. [...] È chiaro – continua Ross – che questa ideologia può essere rilevata soltanto nel comportamento effettivo dei giudici. Essa fornisce la base per le previsioni proprie della scienza del diritto concernenti il [loro] futuro comportamento⁵³.

Sul perché i processi mentali dei giudici non possano costituire l'oggetto diretto dell'osservazione della scienza giuridica abbiamo già riferito: sarebbe contrario ai principi cardine del positivismo logico, di cui Ross si fa portavoce in ambito giuridico. Seguendo le indicazioni di Frege, di cui abbiamo già discusso nelle pagine precedenti, Ross

⁵³ Ivi, pp. 72-73. Corsivo mio. (*Om ret og retfærdighed*, cit., pp. 90-91: «Når alligevel forudsigelighed er mulig, må dette bero på, at den mentale proces hvorigennem dommeren når frem til at basere sin afgørelse på just denne regel fremfor en anden, ikke forløber lunefuldt og vilkårligt, vekslende fra dommer Per til dommer Poul, men er bestemt af indstillinger og forestillinger, en normativ ideologi, der på ensartet måde er præsent og virksom i danske dommeres sind, når de handler i deres kald som dommere. [...] Det siger sig selv, at denne ideologi ikke kan søges noget andet sted end i domstolenes faktiske handlinger. Den er grundlaget for retsvidenskabens forudsigelser om, hvorledes domstolene vil reagere i fremtiden»).

ritiene che è ai comportamenti giudiziari che dobbiamo guardare, in quanto capaci di palesare e di oggettivare i corrispondenti stati mentali che, in quanto *entità private*, risulterebbero inconoscibili. È un po', e semplificando oltremodo il problema, come dedurre la presenza di un aereo già passato attraverso l'osservazione della scia che ha prodotto.

Il problema che qui si vuole porre, benché in estrema sintesi, è che concepire l'idea di ideologia normativa, ossia di una comune percezione delle questioni giuridiche che sia ugualmente diffusa all'interno di una categoria così ampia e variegata com'è quella dei giudici di un determinato ordinamento e che sia al contempo capace di rimanere costante nelle sue componenti essenziali, è quantomeno "irrealistico", cosa alquanto grave soprattutto quando a sostenere ciò sia proprio un "realista". Se il riferimento ai "due giocatori di scacchi che sto osservando" costituiva un campione di osservazione troppo ristretto ed inaffidabile per le ragioni pocanzi avanzate, il riferimento all'intera comunità dei giudici, senza distinguo alcuno, appare altrettanto inaffidabile e problematico. Non credo, infatti, sia del tutto agevole dimostrare che esista un'unica ideologia normativa, e quindi fra l'altro un'unica cultura giuridica, un'unica percezione delle questioni giuridiche, che siano trasversali rispetto a giudici di diversa generazione, di diversa estrazione politica e culturale, di diversa sensibilità morale, di diverso grado gerarchico etc. Indubbiamente esistono delle costanti nei processi mentali dei giudici, soprattutto con riferimento alla logica e alle tecniche di ragionamento che essi impiegano, ma che difficilmente possono rendere prevedibili i futuri comportamenti quando riferiti all'intera categoria.

Si potrebbero fare tanti esempi a supporto di tale sfiducia, ma credo sia sufficiente in questa sede far riferimento ad un esempio emblematico, che mi sembra non possa trovare risposte adeguate nella teoria di Ross, il caso delle

dissenting opinion, ossia il caso in cui un giudice utilizzi norme differenti rispetto a quelle utilizzate dagli altri giudici della stessa corte al fine di risolvere il medesimo caso. Sottoscrivo quanto sostenuto sul punto da Eliasz:

imagine, however the situation when one of a few judges deciding a case reports a dissenting opinion. All of the judges are influenced by one and the same *judicial ideology*, which consists of the sources of law in the proper hierarchy. *Ross' theory seems to be quite powerless in such situation*, as it does not consider individual factors motivating the judge, which must have influenced a dissenting opinion⁵⁴.

In questo senso, i realisti americani, pur se criticabili sotto altri profili, riescono meglio di Ross a rendere conto delle decisioni individuali, soprattutto se eccentriche rispetto alla presunta omogeneità della comunità dei giudici⁵⁵. Come può l'idea di "ideologia normativa" rendere conto di tali difformità di giudizio, che in molti casi palesano l'esistenza di molteplici ideologie normative concorrenti?

In conclusione, la sensazione è che Ross, pur di non abbandonare il paradigma epistemologico del positivismo logico, abbia costruito un oggetto di osservazione in gran

⁵⁴ K. Eliasz, *Alf Ross' Theory of Legal Validity in the Context of Current Research on the Judicial Decision Making*, in «Utopía y praxis latinoamericana», 20 (2015), 71, p. 82.

⁵⁵ Ivi, pp. 81-82. In particolare si presti attenzione al seguente passaggio, in cui l'autrice confronta la teoria di Ross con quella dei realisti americani sottolineando la maggiore capacità di quest'ultimi di render conto dei comportamenti motivati da ragioni individuali: «It seems that American legal realists managed to avoid that problem underlining the significance of individual factors motivating the judges, though they faced another difficulty – namely they focused on those individual factors, while ignoring the existence of shared normative ideology. The proper theory ought to include both motivations: shared ideology and individual factors. Ross faced a problem of similar kind. He focused only on one aspect of motivating factors, namely the objective ones. Ross' theory is thus vulnerable to a similar objection as the theory presented by the American legal realists. He proposed a limited vision of factors determining the process of judicial decision-making».

parte artificiale, e comunque ben lontano dagli “stati di cose” di wittgensteiniana memoria, al fine, innanzitutto, di soddisfare i presupposti di metodo prescelti. Peraltro, tale approccio epistemologico, costruito sulla base delle indicazioni del Circolo di Vienna, ormai desueto di per sé, quando utilizzato in ambito giuridico, sembra acuire in modo esponenziale le proprie debolezze, dovendo necessariamente, e per ragioni di coerenza interna, provare ad oggettivare ciò che non può essere oggettivato, e ad omologare ciò che non può essere omologato.