

IL POSTO DELLE SCIENZE SOCIALI NEL NEO-REALISMO GIURIDICO AMERICANO

di Monica Raiteri

politica nazionale – in termini di ripetuti attacchi rivolti alla magistratura da parte di rappresentanti governativi, spesso uniti a manovre intimidatorie e a tentativi di sottrazione al giudice naturale perpetrati da avvocati al servizio dei potenti – portano forse a guardare sotto una diversa luce, non certo il dovere generale di parzialità che definisce il ruolo del difensore, quanto piuttosto la «crisi» della giustizia: una crisi certo endemica – oggi alimentata su scala mondiale dall'accresciuta concentrazione di potere privato gestito da influenti mercanti del diritto³⁶ – in certo grado necessaria e strutturale come avvertiva Tarello ormai più di vent'anni fa³⁷ (e dunque una non «crisi») ma che ugualmente desta nuovi e seri motivi di inquietudine.

Questa però, rispetto ai profili trattati negli ancora preziosi *Due interventi in tema in deontologia*, è in parte un'altra storia.

Nel ventennale della scomparsa di Giovanni Tarello credo sia appropriata una valutazione sullo stato attuale della scienza e della cultura giuridica che compenetra uno degli interessi più vividi della sua multiforme produzione scientifica: il movimento del realismo giuridico americano e il suo potenziale innovativo¹.

L'analisi dedicata alle provocative concezioni antiformalistiche di tale movimento rappresenta lo scenario entro cui si collocano le sue considerazioni sulla necessità di storicizzare e contestualizzare le funzioni del diritto – un tema dominante anche nel dibattito fondativo della sociologia del diritto in Italia, in cui Tarello, come è noto, ha svolto un ruolo di primo piano² – da cui prende avvio il progressivo declino della prospettiva sistemica.

In questo arco temporale la riflessione sociologica sul diritto si è essenzialmente sviluppata lungo due direttrici: la separazione dei poteri, formula con cui si indica principalmente l'implementazione dei diritti negli ambiti amministrativi, che Tarello aveva già individuato come fattore di espansione dell'intervento giudiziario conseguente all'accrescimento della dimensione di *welfare* degli apparati pubblici; e gli usi del diritto e delle tecniche giuridiche nella produzione e nella implementazione delle politiche pubbliche³: un settore di ricerca entro il quale emerge oggi con indiscusso rilievo la tematica dei diritti sociali.

Nel 1987, anno della scomparsa del nostro Maestro, la rivista «Politica del diritto pubblica» un altro dibattito, dedicato al tema

¹ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1961.

² G. Tarello, *La sociologia nella giurisprudenza*, in «Sociologia del diritto», 1974, 1, pp. 40-51.

³ Negando in tal modo il carattere *self-enforcing* delle norme formali e sostenendo la necessità di una mediazione da parte delle istituzioni, della cultura e delle condizioni sociali che comporta l'esclusione del carattere previsionale derivante dalla formulazione testuale: W. Simon, *Roundtable Thoughts*, in *A Roundtable on New Legal Realism: Microanalysis of Institutions, and the New Governance: Exploring Convergences and Differences*, in «Wisconsin Law Review», 2005, 2, pp. 498-503, p. 498.

³⁶ Su questi profili, si sofferma, tra gli altri, P.P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. Costa-D. Zolo, a cura di, *Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2004, pp. 387-405.

³⁷ Cfr. G. Tarello, *La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura*, ora in R. Guastini-G. Rebuffa, a cura di, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 361-368, spec. p. 361.

della giuridificazione⁴, che ha notevolmente influenzato le ricerche posteriori dei sociologi del diritto italiani, benché in esso, così come negli studi di quel periodo, non fossero ancora presenti né i linguaggi, oggi diffusi e condivisi, della programmazione e del *social planning* né le loro versioni normative.

Un ulteriore dato destinato ad emergere solo in seguito è l'esistenza di una riflessione scientifica sulla confluenza delle conoscenze e degli statuti epistemologici delle discipline riconducibili all'area, per la verità eterogenea, delle scienze sociali: un dato oggi imprescindibile in quanto caratterizza i processi di *decision-making* entro cui convergono gli stili e gli atteggiamenti culturali di giuristi, sociologi, *policy makers* e, non ultimi, degli operatori che presiedono alla implementazione delle politiche. Come Tarello argutamente osservava da tale intersezione non deriva solo la possibilità di utilizzare metodologie alternative, mutate dalla sociologia o da altre scienze sociali – problema che ancor oggi, come osserverò oltre, rappresenta un nodo critico della concezione neo-realista e, più in generale, dello studio empirico del diritto⁵ – ma anche la possibilità di assumere la rilevanza della scienza giuridica «nella determinazione delle strutture sociali e dei modi di esercizio del potere»⁶.

Tali elementi, che più tardi avrebbero acquisito una definitiva centralità, erano già iscritti nella (per allora) rivoluzionaria concezione tarelliana della norma giuridica: questi vent'anni sono stati appena sufficienti per esplicitarne ed elaborarne su piani diversi – in particolare la versione «politologica» – le perspicaci intuizioni.

1. *Il neo-realismo giuridico americano tra precursori ed epigoni*

Nel 1988 viene pubblicato sulla «California Law Review» il ponderoso saggio di Singer sullo stato attuale del realismo giuridico⁷.

⁴ Al dibattito hanno partecipato A. Febbrajo, J. Habermas, N. Luhmann, G. Rebutta, M. Taruffo, G. Teubner, G. Vardaro. L'obiettivo è mostrare come l'eccessiva produzione di norme, pur riflettendone negativamente sull'aggravio del carico di lavoro dei giudici, retoricamente riconduce all'espansione dei sistemi di *welfare*, induca aspettative e pretese di «nuovi» diritti (in «Politica del diritto», 1987, pp. 25-115, pp. 571-610).

⁵ Nell'ambito del pensiero realista diverse concezioni di «scienza empirica del diritto», intese come analisi empirica, di carattere essenzialmente sociologico, degli effetti del diritto e delle diverse norme giuridiche, come analisi delle condizioni sociali che favoriscono la creazione del diritto e, infine, come spiegazione empirica o descrizione del comportamento giudiziario, sono esaminate da D.H. Moskowitz, *The American Legal Realists and an Empirical Science of Law*, in «Villanova Law Review», 1966, vol. 11, pp. 480-524, p. 481, inspiegabilmente trascurato dalla letteratura successiva.

⁶ G. Tarello, *La sociologia nella giurisprudenza*, cit., p. 42.

⁷ J.W. Singer, *Legal Realism Now*, in «California Law Review», 1988, vol. 76, pp. 465-544.

Con il pretesto di recensire il lavoro di Laura Kalman sulla storia del realismo giuridico a Yale⁸ e di confutare la lettura funzionalistica (nella versione di Cohen) e strumentale (nella versione di Summers) delle conseguenze sociali delle norme giuridiche l'autore documentata la persistenza e l'attualità del contributo realista al sovvertimento dei canoni del ragionamento giuridico e all'analisi delle connessioni tra diritto e società: una attualità che prescinde dalle perduranti contraddizioni legate ad un rapporto tra diritto e politica che si colloca tra il dimiego della concezione formalistica del primo e l'inaccettabile identificazione delle pretese con le domande espresse dai gruppi di pressione della seconda.

Prende in tal modo avvio una riflessione sulla modernità di alcuni temi classici del pensiero realista: le conseguenze socio-economiche delle decisioni dei giudici e del *judicial behavior* e l'indeterminatezza delle norme giuridiche, ma anche le relative contraddizioni? Si tratta di incoerenze in realtà derivanti dall'eterogeneità delle posizioni espresse dagli autori etichettati come «realisti giuridici americani»⁹ ma anche dalla letteratura secondaria sul realismo, che ha prodotto una recezione parzialmente difforme dall'originale: secondo alcuni¹¹, infatti, la gran parte delle tesi realiste sarebbe riconducibile alla prospettiva di Frank¹² e all'idea di una razionalizzazione giuridica *ex post* di decisioni in realtà ampiamente discrezionali, a detrimento dei contributi di altri studiosi – tra cui Pound – e dell'influsso più marcatamente sociologico tipico dei coevi albori di tale disciplina¹³.

⁸ L. Kalman, *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, University of California Press, Chapel Hill and London, 1986.

⁹ D. Trubek, *Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, in «Stanford Law Review», 1984, vol. 36, pp. 575-622, p. 615 osserva: «CLS scholars assume rather than investigate the relationship between elite legal ideological production and social action. Not only do they fail to meet the «sociologist of law's burden of proofs, they also seem relatively indifferent to most of the literature on law and society that does try to explore the impact (or lack thereof) of legal rules, doctrines, and institutions».

¹⁰ Descrivendo la «skeptical view» del realismo *old* Schlegel afferma: «Legal realism is just a name. Like "chicken soup", it means what we choose to call it».

¹¹ B. Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, in «Texas Law Review», 1997, vol. 76, pp. 267-315, pp. 268-70.

¹² Per esempio i contrasti tra Cohen e Frank sono descritti da S. Castiglione, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 287.

¹³ M. Barberis, *Deconstructing Gmy*, Presentazione a G. Minna, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 2001, pp. VII-XIX, p. IX sottolinea il carattere «postmoderno» di tale variante radicale confrontata con la modernità del movimento realista.

Si tratta N.E.H. Hull, *Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the *Little-Wellby-Pound Exchange over Legal Realism**, in «Duke Law Journal», 1989, 5, pp. 1302-1334, pp. 1310-14, né quella tra sociologica *jurisprudence* e scienze sociali, da cui l'economia è di fatto esclusa in favore delle discipline sociologiche, psicologiche e politiche, su cui H. H. vonkenamp, *Knowledge About Welfare: Legal Realism and the Separation of Law and Economics*,

Si tratta di un punto qualificante della discussione in quanto «... the love affair with the social sciences eventually wore off. In the late 1940s, Jerome Frank lamented that the social sciences were not 'science' at all. They produced no laws or rules in the scientific sense, but only mountains of incoherent data»¹⁴.

In sintesi la questione riguarda la sussistenza di ascendenze realiste – che comprendono sia la proposta metodologica sia le sue costanti irrisoluzioni e inconciliabilità – nella scienza e nella cultura giuridica odierne. Si viene così delineando una demarcazione tra il realismo giuridico *old* e il *New Legal Realism* che non indica soltanto la successione temporale, ma il profondo mutamento dello scenario entro il quale il nuovo atteggiamento culturale – che secondo McEvoy «has no territory, no leaders, and no canon. It does have a character [...] interactive, recursive, and ecological, like the character of our experience at this historical moment» – si colloca¹⁵.

La riflessione avviata alla fine degli anni Ottanta si propone inoltre di verificare l'esistenza di connessioni tra le correnti più attuali ed influenti dell'analisi giuridica – *Law and Society*, *Law and Economics*¹⁶, *Critical Legal Studies*¹⁷, *Empirical Legal Stu-*

in «Minnesota Law Review», 2000, vol. 84, pp. 805-862, p. 835. In tempi più recenti le scienze sociali appaiono viceversa caratterizzate dalla centralità (altrimenti problematica) dell'economia, riconducibile sia al paradigma dell'attore razionale (benché taluni assunti vadano interpretati in modo meno rigido, come osservano R.B. Korobkin-T.S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in «California Law Review», 2000, vol. 88, pp. 1051-1144) sia ad una visione socioeconomica dell'azione sociale che induce a «look systematically at groups... and institutions: at societies and cultures; and at the many layers of complicated context that inform the path of the law today and through history», e alla sua versione politologica, il cui fondamentale elemento di critica è costituito dall'assenza di un convincente controllo empirico. D.A. Farber, *Toward a New Legal Realism*, in «University of Chicago Law Review», 2001, vol. 68, pp. 279-303; E. Mertz, *Challenging Translations: New Legal Realist Methods*, in *A Roundtable on New Legal Realism*, cit. pp. 486-7; F.B. Cross, *Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance*, in «Northwestern University Law Review», 1997, vol. 92, pp. 251-326, pp. 265 nota 78 e 266. Anche Tarullo nell'introduzione a L.M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 7-28, p. 24 sottolinea l'assenza di contenuti sociologici nella *sociological jurisprudence*. Per B. Leiter, *Rethinking Legal Realism*, cit., p. 272 nota 9 il pensiero giuridico, a differenza dell'economia istituzionale, non sembra avere attribuito un adeguato riconoscimento ad una delle idee centrali del realismo, l'analisi degli effetti delle norme giuridiche nel «mondo reale».

¹⁴ H. Hovenkamp, *Knowledge About Welfare*, cit. p. 860.

¹⁵ A.F. McEvoy, *A New Realism for Legal Studies*, in *A Roundtable on New Legal Realism*, cit., pp. 433-454, pp. 448, 433-4.

¹⁶ G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., pp. 145-7 ripercorre la controversa attribuzione delle ascendenze realiste del movimento attraverso le tesi del primo e del secondo Posner.

¹⁷ Secondo G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., p. 183 il progetto del movimento ha riscoperto il potenziale politico della critica del diritto avanzata dalla componente radicale del realismo giuridico rimasta inattiva dopo gli anni Trenta.

*dies*¹⁸, *New Public Interest Law*¹⁹ – che si presentano, benché in modo non univoco²⁰, come epigoni del movimento e l'orientamento metodologico del «neo-realismo giuridico».

L'etichetta è ampiamente inclusiva, quindi accomuna rappresentazioni del diritto come scienza sociale che ne presuppongono uno «studio empirico» (e che solo *apparentemente* superano l'irrisoluzione che aveva negativamente caratterizzato gli antesignani) ma comprende anche posizioni che, più o meno esplicitamente, svalutano l'importanza delle tesi realiste circoscrivendone essenzialmente l'interesse all'indagine empirica sul comportamento giudiziario. La dimensione analitica secondo cui la personalità del giudice – che persino le posizioni più critiche nei confronti del neo-realismo non identificano più con l'obsoleta *digestive jurisprudence* ma operativizzano mediante indicatori demografici, appartenenze politiche e precedenti esperienze professionali – può influenzare gli esiti delle decisioni e le istituzioni giuridiche possono vincolare tali influenze, o viceversa sottrarsi ad esse, si ricollega al tema dell'inderminatezza del diritto (*infra*, § 2)21.

La contestualizzazione dei movimenti realisti nella prima metà del ventesimo secolo implica anche quella del rapporto tra diritto e politica.

¹⁸ Sulla cui collocazione nel solco dell'eredità realista si veda T.J. Miles-C.R. Sunstein, *The New Legal Realism*, in «University of Chicago Law Review», 2008, vol. 75, 2, nota 13, in corso di pubblicazione. Per gli ELS la collocazione delle decisioni giudiziarie tra le fonti del diritto e la loro centralità nell'insegnamento delle discipline giuridiche non consentono di superare la diffidenza verso una prospettiva giuricentrica delle trasformazioni sociali entro la quale il contributo del neo-realismo giuridico sul tema del diritto come strumento di mutamento sociale appare comunque rilevante. S. Macaulay, *The New versus the Old Legal Realism: «Things ain't What They Used to Be»*, in *A Roundtable on New Legal Realism*, cit. pp. 379-403, p. 392.

¹⁹ Almeno nella misura in cui tale movimento esamina l'espansione dei diritti di cittadinanza e della protezione sociale attraverso l'azione amministrativa e giudiziaria in una dimensione di *welfare* rivolta a «targeted populations»: L.G. Trubek, *Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the «New Public Interest Law»*, in *A Roundtable on New Legal Realism*, cit. pp. 455-477, p. 458.

²⁰ Le posizioni critiche nei confronti del concatenamento tra realismo giuridico e *Law and Economics* esprimono il rifiuto dei realisti nei confronti dell'economia neoclassica («The Legal Realists were incurable institutionalists») e la mancata identificazione da parte degli economisti con l'ideologia del movimento («Scattered among the amateur and a few professional social scientists who considered themselves to be Legal Realists were a few economists»): H. Hovenkamp, *Knowledge About Welfare*, cit. pp. 834-6. M. Heise, *The Past, Present and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, in «University of Illinois Law Review», 2002, 4, pp. 819-50, p. 822 individua una «lontana parentela» tra i realisti e gli studiosi che oggi svolgono ricerca empirica in ambito giuridico.

²¹ T.J. Miles-C.R. Sunstein, *The New Legal Realism*, cit. si confrontano con posizioni, soprattutto quelle di Ehringer e di Macaulay, che attribuiscono all'atteggiamento neo-realista una più profonda incisività.

In questa prospettiva il neo-realismo giuridico non solo assume una autonoma collocazione nel dibattito sullo stato della scienza e della cultura giuridica, ma pone al centro del confronto la relazione tra diritto, scienze sociali e *policy*²² – talvolta rilette nei termini di una commessione tra diritto, esperienza e cultura²³ – evidenziandone gli esiti che più specificamente influiscono sui processi di produzione delle politiche.

2. Dall'inderminatezza del diritto alla produzione delle politiche

Il significato che le tesi realiste attribuiscono alla nderminatezza del diritto integra uno degli aspetti più controversi della rilettura neo-realistica.

Le interpretazioni più radicali della visione *old* assumono infatti una identità tra nderminatezza e vaghezza, ossia una incoerenza di significati, in antitesi ad una esigenza di certezza e prevedibilità delle decisioni giudiziarie (e non del diritto in generale), sostenuta, per esempio, da Llewellyn, il quale si riferisce a tale vaghezza come ad un «government [...] of laws through men»²⁴.

Per i realisti giuridici americani la rigidità del diritto deriva da una nderminatezza di natura linguistica che contrassegna le norme giuridiche e i concetti che lo strutturano: le tecniche valutative dei precedenti e delle *established rules* su cui si fondano le decisioni giudiziarie spesso si caratterizzano per essere linguisticamente «aperte», e quindi utilizzabili in vista del raggiungimento di esiti plurimi²⁵.

In definitiva i realisti non ritengono che l'inderminatezza delle norme giuridiche corrisponda ad una generalizzazione priva di significati e che le decisioni siano orientate unicamente da motivazioni di carattere psicologico. Il contesto sociale, i fatti, le ideologie giudiziarie, il consenso prodotto nell'ambito professionale influenzano criticamente i giudizi individuali e gli insiemi di decisioni nel tempo, per cui lo studio di tali fattori può affinare la prevedibilità delle decisioni. Ciò tuttavia non contrasta con l'opportunità di elaborare nuovi

tipi di norme utili alla previsione degli esiti delle decisioni e a strutturare il diritto in modo più adeguato ai bisogni della società²⁶.

Occorre notare che le ricostruzioni dell'idea della nderminatezza del diritto risultano in parte falsate dalla rilettura proposta dai *Critical Legal Studies* che pone l'accento su almeno due aspetti in realtà distanti dalla riflessione realista. Il primo si riferisce ad una nderminatezza «globale» del diritto, mentre i realisti circoscrivono tale carattere ai soli casi sottoposti al giudice prevalentemente in fase di appello; il secondo ad un piano filosofico che riguarda da un lato il linguaggio e dall'altro i possibili conflitti tra principi morali e politici. Viceversa, per i realisti *old* l'inderminatezza deriva dalla possibilità di applicare una pluralità di metodi interpretativi, incompatibili per quanto riguarda gli esiti prodotti, ma tutti «equally legitimate»²⁷.

In altri termini, sostenendo che le argomentazioni giuridiche svalutano la decisione giudiziaria, essi alludono in tal modo ad una nderminatezza *razionale* del diritto, per cui la categoria delle argomentazioni giuridiche non consentirebbe di giustificare un *unico* esito della decisione stessa²⁸. Parallelamente viene asserita una nderminatezza di tipo *causale*, o *esplicitivo*, nella misura in cui il ragionamento giuridico non è sufficiente a spiegare la decisione assunta, che non va confusa con l'esigenza di una razionalizzazione *ex post* della decisione stessa. nderminatezza razionale e causale si connettono nell'individuazione delle giustificazioni giuridiche applicabili alla decisione²⁹ e nel consolidamento della teoria del diritto (implicitamente) assunta³⁰. Una teoria che Leiter identifica con un positivismo giuridico «crude», in quanto riconosce come fonti del diritto anche le pratiche consuetudinarie, precorrendo la concezione welfaristica contemporanea, mentre i realisti sembrano assumere una teorica, ma esaustiva, identificazione tra il diritto, la legislazione e le decisioni delle corti: «this implicit conceptual theory is [...] not a naturalized theory: the «concept» of law is not illuminated or fixed by empirical inquiry in the natural and social sciences»³¹.

²⁶ J.W. Singer, *Legal Realism Now*, cit., pp. 470-471.

²⁷ B. Leiter, *Rethinking Legal Realism*, cit., pp. 273-4, p. 296.

²⁸ B. Leiter, *Rethinking Legal Realism*, cit., p. 295.

²⁹ B. Leiter, *American Legal Realism*, in W. Edmundson-M. Golding, eds., *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2003.

³⁰ D.H. Moskowitz, *The American Legal Realists and an Empirical Science of Law*, cit., p. 500 osserva che il punto focale nell'analisi del funzionamento del sistema giuridico è la possibilità che lo studio del comportamento possa prescindere dal riferimento alle norme prescrittive che lo governano, ossia da una concezione del diritto che consenta di distinguere tra comportamento giuridicamente rilevante e non.

³¹ B. Leiter, *Rethinking Legal Realism*, cit., pp. 310-2.

²² E. Merrt, *Challenging Translations*, cit., pp. 482-9, p. 483, e Id., *Legal Ethics in the Next Generation: The Push for a New Legal Realism*, in «Law & Social Inquiry», 1998, vol. 23, pp. 237-42.

²³ A.F. McEvoy, *A New Realism for Legal Studies*, cit., pp. 434-48.

²⁴ Secondo T.J. Miles-C.R. Sunstein, *The New Legal Realism*, cit. definire il «government through laws» e il «government of laws through men» è una questione che richiede di essere affrontata almeno in parte sul piano empirico.

²⁵ M. Zamboni, *Legal Realisms: On Law and Politics*, in «Res Publica», 2006, vol. 12, pp. 295-317, p. 305.