

**CIVILE - Realismo giuridico di Silvana Castignone**

(Anno di pubblicazione: 1997)

**Bibliografia:** per informazioni dettagliate sulla bibliografia concernente vuoi il realismo giuridico americano vuoi quello scandinavo si rimanda a S. Castignone (a cura di), *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1981, 26-47 e a S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, 1995, 377-406.

In particolare sul realismo americano si vedano: G. Bognetti, *Il pensiero filosofico-giuridico nordamericano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Milano, 1958; G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962 (recentemente ristampato in anastatica); W. E. Rumble, *American Legal Realism*, Ithaca-New York, 1968; L. Kalman, *Legal Realism at Yale 1927-1960*, The Univ. of Carolina P., 1986. Tra le opere più importanti di J. Frank ricordiamo: *Law and the Modern Mind*, New York, 1930; *What Courts do in Fact*, in *Illinois Law Review*, 1932, 645-784; *Realism in Jurisprudence*, in *American Law School Review*, 1934, 1063-1096; *If Men were Angels*, New York, 1942; *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1949. Su Frank cfr.: J. Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-skepticism and the Judicial Process*, den Haag, 1959; R. J. Glennon, *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*, Ithaca, 1985. Di K. N. Llewellyn si vedano: *The Brumble Bush. On our Law and its Study*, New York, 1951; *My Philosophy of Law*, in *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, Boston 1941; *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962 (postuma). Su Llewellyn: W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, 1973.

Sul realismo scandinavo si vedano: S. Castignone, *La macchina del diritto*, Milano, 1974; S. Strömholm-H. H. Vogel, *Le «Réalisme Scandinave» dans la philosophie du droit*, Paris, 1975; J. Bjarup, *Skandinavisk Realismus*, München, 1978; L. L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, 1981; E. Pattaro (a cura di) *Contributi al realismo giuridico*, Milano, 1982; E. Kamenka-R. Summers-W. L. Twining (a cura di), *Sociological Jurisprudence and Realist Theories of Law*, Berlin, 1986; S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, cit.

Tra le opere più importanti di Hägerström: *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logischerkenntnistheoretische Untersuchung, I, Die Realität*, Uppsala, 1908; *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I vol., Uppsala-Leipzig, 1927, II vol. terminato nel 1939 e pubblicato postumo a cura di K. Olivecrona nel 1941; *Religionsfilosofi*, a cura di M. Fries, Stockholm, 1949; *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, a cura di K. Olivecrona, Stockholm, 1953; *Philosophy and Religion*, a cura di R. T. Sandin, London, 1963. Su Hägerström: E. Cassirer, *Axel Hägerström. Eine Studie zur schwedischen Philosophie der Gegenwart*, Göteborg, 1939; K. Olivecrona, *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1959, 125-150; E. Pattaro, *Il realismo giuridico scandinavo, I, Axel Hägerström*, Bologna, 1974; C. Faralli, *Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström*, Bologna, 1981.

Di V. Lundstedt si vedano: *Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice. A Criticism of Jurisprudence*, London, 1925; *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, I, II, Berlin, 1932-1936; *Law and Justice*, Stockholm, 1952; *Legal Thinking Revised*, Stockholm, 1956. Su Lundstedt: H. Lunau, *Illusions et réalités de la politique internationale de paix*, Paris, 1939; K. Olivecrona, *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, cit.; S. Castignone, *Vilhelm Lundstedt. Nuove ricerche sul realismo giuridico scandinavo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1972, 465-517, e *Retribuzione e prevenzione nella teoria penalistica di Vilhelm Lundstedt*, AFGG, 1984-5, 272-78.

Opere principali di Karl Olivecrona: *The Acquisition of Possession in Roman Law*, Lund, 1938; *Law as Fact*, København, 1939, trad. it. a cura di S. Castignone, Milano, 1967; *Three Essays in Roman Law*, København, 1949; *The Problem of Monetary Unit*, New York, 1957; *Law as Fact*, London, 1971, 2a ed. ampliata, trad. it. a cura di E. Pattaro, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972. Nella antologia S. Castignone-R. Guastini (a cura di), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, Genova, 1990<sup>2</sup>, sono contenuti e tradotti i seguenti saggi: *Il diritto come fatto* (1947); *Le teorie del diritto di Axel Hägerström e Vilhelm Lundstedt* (1959); *Elezione e creazione* (1962); *Il «suum» secondo la dottrina del diritto naturale* (1973); *I due livelli della teoria del diritto naturale* (1977); *L'appropriazione nello stato di natura: Locke sull'origine della proprietà* (1974); *La volontà del sovrano: riflessioni sul concetto di «legge» di Bentham* (1975); *Il velo di mistero* (1978). Sul pensiero di Olivecrona si vedano: K. Mark Wogau, *Über die Begriffe «bindende Kraft des Rechts», «Rechtspflicht» und «Subjektives Recht»*. *Bemerkungen zu Karl Olivecrona Kritik dieser Begriffe*, in *Theoria*, 1941, 227-37; N. Bobbio, *Diritto e forza*, RDC, 1966, 537-48; E. Pattaro, *Riflessioni su Olivecrona*, RTPC, 1968, 722-64; M. Jori, *Karl Olivecrona e il problema della scienza*, RTPC, 1976, 732-760.

Tra le opere più importanti di Alf Ross ricordiamo: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorische Untersuchungen*, Leipzig-Wien, 1929; *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Leipzig-København, 1933; *Toward a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, København, 1934; *Varfor demokrati?*, København, 1946, trad. inglese *Why Democracy?*, Mass., Cambridge, 1952; *Om ret og retflaerdighed. En indforelse i den analitiske retsfilosofi*, København, 1953, trad. inglese *On Law and Justice*, London, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, 1965; *Directives and Norms*, New York-London, 1968, trad. it. *Direttive e norme*, a cura di M. Jori, Milano, 1978. Nella antologia S. Castignone-R. Guastini (a cura di), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, cit., sono contenuti e tradotti i seguenti saggi di Alf Ross: *Il problema delle fonti del diritto alla luce di una teoria realistica del diritto* (1934); *Che cos'è la democrazia* (1950); *Giustizia, diritto e politica*

secondo Kelsen (1957); *La delegazione di potere. Significato e validità della massima «Delegata potestas non potest delegari»* (1958); *Sul concetto di «Stato» e di «Organi dello Stato» nel diritto costituzionale* (1961); *Giusnaturalismo contro positivismo giuridico* (1979).

Sul pensiero di Ross si vedano: H. Kelsen, *Eine «Realistische» und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice*, in *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959, 1-25; E. Pattaro, *Validità o verificabilità del diritto?*, RTPC, 1966, 1005-1056; G. Kalinowski, *Note critique sur la logique déontique d'Alf Ross*, in *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, 1969, 41-72; F. Bonsignori, *L'ideologia della definizione del diritto e il pensiero di Alf Ross*, Pisa, 1973; A. Catania, *Il diritto come organizzazione della forza*, RIF, 1974, 371-97; M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, 1976; R. Hernandez Marin, *Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*, in E. Pattaro (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, cit., 175-270.

Sommario: 1. Caratteri generali. - 2. Il realismo giuridico americano. - 3. Il realismo giuridico scandinavo.

### 1. Caratteri generali.

Con la locuzione «realismo giuridico» si usano indicare due movimenti di filosofia e di scienza giuridica, uno americano e l'altro scandinavo, che, diversi per area geografica e collocazione, si sono sviluppati ed hanno espresso le loro idee più significative nella prima metà del secolo (con ulteriori sviluppi negli anni immediatamente successivi da parte del realismo scandinavo), presentando forti affinità accanto a rilevanti differenze.

Caratteristica comune a entrambi è l'appartenenza a quella che è stata chiamata «la rivolta contro il formalismo» <sup>(1)</sup>, dovuta all'influsso delle scienze sociali emergenti in quel periodo, quali la sociologia, la psicologia, la psicoanalisi, la giurisprudenza sociologica, l'istituzionalismo. Nel campo giuridico in particolare il formalismo era rappresentato da quell'atteggiamento tipico del positivismo giuridico secondo cui il diritto poteva venire sistematizzato per mezzo di concetti dogmatici e di definizioni precostituite. Contro il formalismo i realisti sostengono l'esigenza di andare al di là dei concetti e delle definizioni per arrivare a cogliere la «realtà» del fenomeno giuridico: realtà che viene poi intesa in modo diverso dai due movimenti a causa delle differenti condizioni socio-culturali in cui operano.

### 2. Il realismo giuridico americano.

I realisti americani intendono individuare la realtà del diritto sostituendo alla law in books la law in action, vale a dire indagando «su ciò che i tribunali fanno veramente e non su ciò che dicono di fare». In questo modo scoprono che la sequenza abitualmente accettata «prima gli enunciati normativi che contemplano il caso, e poi la decisione del giudice» non corrisponde al funzionamento effettivo del diritto.

Occorre invertire l'ordine dei fattori, e cioè «prima il giudice arriva ad una decisione sulla base di una serie di elementi che sono la sua ideologia della giustizia, l'idea che si è fatto degli interessi in causa, e persino le sue idiosincrasie personali, palesi o occulte, e poi va alla ricerca delle norme e dei precedenti da applicare al caso e che possono servire per giustificare la sua decisione» <sup>(2)</sup>.

Il tutto pur manifestando grande omaggio formale per la lettera degli enunciati normativi e dei precedenti. I realisti americani dimostrano infatti, con grande dovizia di esempi tratti da casi specifici discussi davanti ai tribunali, come sia possibile per un giudice (e per un avvocato) intelligente arrivare a conclusioni diverse pur partendo da premesse simili.

«Il precedente ha due facce, come Giano», scrive Llewellyn, e vi sono delle tecniche argomentative perfettamente legittime (ad esempio quella «allargata» e quella «ristretta» del precedente) che permettono di utilizzare i precedenti che servono e di sbarazzarsi di quelli sgraditi. Ricordiamo che il sistema americano, come tutti quelli di area anglosassone, è un sistema di common law, in cui vige la regola dello stare decisis, vale a dire in cui le soluzioni dei casi sono vincolanti per i giudizi successivi. Poiché oltre alle giurisdizioni dei singoli stati vi sono anche i diversi gradi della giurisdizione federale, è facile vedere come sia possibile una frequente difformità di decisioni.

Osservazioni analoghe si possono fare a proposito degli enunciati legislativi, a causa della generalità e della possibile variabilità di significato dei termini impiegati: «come un evento può essere sussunto a diverse formulazioni di principi emersi nel corso di decisioni precedenti, così un evento può essere sussunto a diversi significati presenti in una stessa formula legislativa» <sup>(3)</sup>. In quanto ai concetti dogmatici, i realisti ne evidenziano i caratteri di generalità e astrattezza, che, se da un lato permettono di coprire un largo spettro di fattispecie diverse fra di loro, dall'altro lato non consentono di formulare delle previsioni attendibili sul comportamento dei giudici: e quindi non costituiscono uno strumento utile per la scienza giuridica. La scientificità della giurisprudenza infatti per i realisti americani consiste nella sua capacità di dare informazioni dotate di un certo grado di certezza circa il modo in cui i tribunali decideranno le controversie future, al fine di orientare le azioni delle persone interessate. Di qui la necessità di non fermarsi ai paper rules, ossia alle regole di carta, ma di andare alla ricerca dei real rules, delle regole reali, vale a dire delle motivazioni e dei comportamenti effettivi delle corti, tenendo anche conto del fatto che la realtà sociale è in continuo mutamento.

In questo modo di concepire l'argomentazione giuridica risulta chiarissimo l'influsso del pragmatismo, che può essere considerato la matrice filosofica del realismo americano. Scrive infatti Dewey: «Gli uomini non iniziano i loro ragionamenti dalle premesse, ma con il prospettarsi il caso in maniera complessa e poco chiara, che ammette più modi alternativi di trattamento e di soluzione. Le premesse emergono gradualmente dall'esame della situazione nel suo insieme.

Il problema non è quello di trarre conclusioni dalle premesse date, bensì quello di trovare dei principi generali e dei fatti specifici che possano servire da premesse» <sup>(4)</sup>.

Oliver W. Holmes può essere visto a buon diritto come il precursore del realismo giuridico americano; a lui si deve la frase che viene sovente usata come epitome del movimento: «Le profezie di ciò che i tribunali faranno e niente di più pretenzioso, costituiscono quello che io intendo per diritto» (5).

Tra i realisti si annoverano Thurman Arnold, Joseph Bingham, Felix Saiten Cohen, William O. Douglas, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn, Hermann Oliphant, Max Radin, Hessel E. Yntema. Karl N. Llewellyn (1893-1962) e Jerome Frank (1889-1957) sono i più noti. Llewellyn si dedica in maniera specifica alla critica dei concetti e delle norme giuridiche intese nella maniera tradizionale, come si è già osservato parlando dell'uso dei precedenti; egli può essere definito, servendoci di una distinzione elaborata da Frank, a rule skeptic, uno scettico nei confronti delle norme. Secondo gli scettici delle norme non esiste un diritto, o un insieme di regole giuridiche, preconstituito rispetto alle decisioni dei tribunali. Il grosso problema che si apre a questo punto è di vedere se e in quale misura queste ultime siano prevedibili e «profetizzabili». Per l'autore è possibile effettuare delle razionalizzazioni e previsioni sull'operato delle corti, in quanto giudici e funzionari rispondono generalmente alle sollecitazioni dell'ambiente in cui vivono e tendono a comportarsi secondo i patterns segnati dai loro predecessori e dagli altri componenti della loro stessa classe, dando così origine ad una certa uniformità nelle decisioni.

Di parere opposto è Frank, il quale sottolinea l'importanza delle preferenze e delle idiosincrasie del giudice, accentuando quella che è stata chiamata the belly-ache theory of judicial decisions, vale a dire letteralmente la teoria secondo cui le decisioni giudiziarie possono in qualche misura dipendere dal fatto che il giudice soffra o no di disturbi digestivi.

Frank si definisce scettico dei fatti, fact skeptic: egli ritiene cioè che anche a livello di individuazione concreta dei singoli casi predominino i fattori soggettivi, rendendo così difficile fare delle previsioni attendibili. Da qui deriva l'affermazione centrale del pensiero di Frank: la certezza del diritto è un mito, anzi è «il mito originario», derivato dal bisogno di sicurezza che ogni uomo coltiva in sé fin dalla più tenera infanzia. Dapprima è l'autorità paterna che gli fornisce tale sicurezza, poi quella della società, dello stato, delle leggi. E anche se le leggi in realtà non sono affatto certe, l'uomo vuole crederle tali, e costruisce tutto un edificio di finzioni giuridiche che gli permette di soddisfare questo bisogno insopprimibile di certezza e di stabilità.

### 3. Il realismo giuridico scandinavo.

Per il realismo scandinavo la matrice filosofica è più diretta. Infatti la denominazione «realismo» deriva dalla cosiddetta «tesi della realtà» di Axel Hägerström (1868-1939), che può essere considerato il fondatore della Scuola di Uppsala e del realismo scandinavo. La tesi della realtà consiste nella affermazione (contro l'idealismo allora imperante in Svezia) della esistenza e conoscibilità di una realtà oggettiva: la quale peraltro viene identificata esclusivamente con il mondo dell'esperienza, con la totalità dei fenomeni inscritti nelle coordinate spazio-temporali.

Trasportata ed applicata nel campo del diritto, tale teoria porta ad una sorta di «terapia linguistica» avente per oggetto i concetti fondamentali del linguaggio giuridico al fine di individuarne i fatti empirici corrispondenti. Il motto di Hägerström è «praeterea censeo metaphysicam delendam esse», dove per metafisica si intende appunto qualunque elemento diverso dalla realtà sensibile. I giudizi di valore per Hägerström non sono dei veri e propri giudizi, bensì l'espressione di sentimenti di approvazione o di ripulsa sperimentati dai soggetti: essi prendono la forma di giudizio per una specie di trascinamento verbale, in quanto nel processo di comunicazione intersoggettiva l'idea del fatto o della azione valutata assumono, all'interno della frase, una posizione preminente finendo con l'assorbire anche l'espressione di sentimento. La quale diventa così oggettivata e viene vista come una qualità del fatto o dell'azione. Il senso del dovere sia morale che giuridico non è altro che un impulso di costrizione ad agire proiettato all'esterno del soggetto e oggettivato. Le origini di tale impulso risalgono ad un lontano passato, alle civiltà arcaiche, in cui non si distinguevano le regole giuridiche da quelle sociali, morali, religiose o addirittura magiche, e le norme erano portatrici della loro stessa doverosità, della loro stessa forza normativa a causa appunto della dimensione magico-religiosa che le avvolgeva e attraverso la quale venivano vissute.

Questo ricondurre la forza vincolante del diritto, come pure le nozioni di diritto soggettivo e di dovere giuridico, alle loro origini di vincoli e di poteri magico-religiosi costituisce una delle caratteristiche più importanti della analisi hägerströmiana, unitamente alla critica di tutte le concezioni del diritto come dichiarazione o espressione di volontà, in particolar modo di volontà dello stato: entità quest'ultima del tutto fittizia, derivante da una entificazione arbitraria delle forze e delle relazioni sociali. Il fenomeno giuridico in definitiva viene rappresentato come un complesso meccanismo psicologico, i cui elementi di coesione sono le origini magico-religiose, l'educazione, il condizionamento sociale, la forza della abitudine, il timore delle sanzioni, il senso della giustizia, l'interesse a tenere in vita la compagine sociale.

Vilhelm Lundstedt (1882-1955), discepolo diretto di Hägerström, sviluppa ulteriormente la critica a quella che egli chiama «l'ideologia della giustizia», vale a dire alla concezione secondo cui prima e indipendentemente dal diritto positivo e dalla organizzazione sociale esisterebbe una «giustizia materiale» che il diritto positivo sarebbe chiamato a realizzare e a garantire. L'unica realtà concreta per Lundstedt è costituita dalla «macchina del diritto», dalla organizzazione della forza per scopi sociali: le norme staccate dal funzionamento della macchina del diritto non sono nulla, sono soltanto degli empty labels, delle etichette vuote. Anzi, il termine stesso di norma dovrebbe essere bandito dal linguaggio giuridico, al pari di altri termini quali diritto soggettivo, responsabilità, illecito, obbligazione, pretesa: o quantomeno essi andrebbero usati tra virgolette per sottolineare il fatto che non si riferiscono ad entità reali ma soltanto a delle situazioni di vantaggio o di svantaggio determinate dal funzionamento del meccanismo giuridico. Importanza notevole assume nel pensiero di Lundstedt lo studio del social welfare, o benessere sociale: potremmo definire tale impostazione con termini attuali come un approccio di politica del diritto, alla ricerca di valori sociali da tutelare mediante lo strumento giuridico senza più indulgere in discorsi astratti e metafisici.

Karl Olivecrona (1897-1980) riprende i temi di Hägerström e li affronta da una angolazione prevalentemente analitico-linguistica. Partendo dalla analisi hägerströmiana dei principali concetti giuridici, Olivecrona non si limita a riscontrarne la mancanza di significato descrittivo, ma li recupera rivendicandone il significato direttivo. Le varie nozioni giuridiche, quali quelle di forza vincolante, di dovere, di diritto soggettivo, una volta spogliate della loro dimensione metafisica, sono chiamate ad esplicitare una funzione segnica, permissiva o proibitiva, della più grande importanza per la vita del diritto. Ad esempio la nozione di diritto soggettivo, che all'inizio si riferiva ad una qualità di tipo sovrasensibile e che ora rimanda all'idea di un potere non meglio definibile del cosiddetto titolare, in realtà ha mantenuto il suo impatto psicologico e funziona come il rosso e il verde del semaforo, per arrestare o dare via libera a certi comportamenti da parte di determinati soggetti. In modo analogo Olivecrona analizza i performativi, o enunciati operativi: vale a dire quelle formule, aventi anch'esse origini magico-religiose, come la promessa, la proclamazione a re, la formula del matrimonio e simili, le quali, mediante il fatto stesso di venire pronunciate, creano i rapporti cui si riferiscono.

La originalità dell'approccio di Olivecrona e dei realisti scandinavi in genere è di avere colto la dimensione psicologica del fenomeno giuridico, evitando di appiattirlo, avendone eliminato gli elementi sovra-sensibili, a mera organizzazione della forza. È ben vero che l'organizzazione della forza costituisce «l'ossatura, la spina dorsale della comunità»<sup>(6)</sup>: ma essa è accompagnata e mediata da molti altri fattori. Il diritto, in una suggestiva metafora di Olivecrona, è paragonabile ad una centrale elettrica che trasforma e indirizza lungo linee ritenute socialmente utili la forza della corrente del fiume, cioè il senso di rispetto e di obbligo dei consociati nei confronti della costituzione. L'attività legislativa non è altro che l'apertura di nuove linee, e l'operazione di incanalamento riesce se viene compiuta entro le forme previste dalla costituzione stessa. In quanto alla corrente del fiume, essa è dovuta all'insieme di cause già indicate da Hägerström, tradizione, abitudini, residui sovrasensibili, condizionamento psicologico, senso della giustizia, interesse, timore della sanzione: con l'avvertenza che quest'ultimo fattore, di grandissima rilevanza, agisce nella maggioranza dei casi a livello inconscio, filtrato dagli altri elementi sopra elencati.

Il danese Alf Ross (1899-1979), pur essendo anch'egli discepolo di Hägerström, segue una linea di pensiero che tende ad avvicinarsi alle tesi dei realisti americani. Il punto in questione verte sul problema della validità delle norme giuridiche. Ross infatti condivide la critica dell'obbligo come realtà oggettiva, e lo riduce anch'egli a vincolo psicologico; ma al contempo ritiene che per poter decidere quando una norma è valida non sia sufficiente parlare genericamente di rispetto per la costituzione da parte della popolazione. La coscienza giuridica, al pari di quella morale, può variare da individuo a individuo, da gruppo a gruppo, da momento a momento. Occorre trovare un punto fermo a cui fare riferimento: e Ross lo trova nella applicazione da parte dei tribunali. Se vi è una ragionevole aspettativa «che una norma sia presa come base per le decisioni delle corti del paese, allora la norma è diritto nazionale valido»<sup>(7)</sup>. È chiaro l'accostamento alle posizioni del realismo americano, di cui peraltro Ross tende a correggere l'impostazione troppo behaviouristica, basata esclusivamente sull'osservazione del comportamento dei giudici. Ross reintroduce, sulle orme di Kelsen, l'elemento normativo. Il diritto è più che una regolarità abituale: è una regolarità determinata e interpretabile per mezzo di norme, le quali sono applicate in quanto sentite come vincolanti.

È molto noto il paragone posto da Ross tra il diritto e il gioco degli scacchi (o qualsiasi altro gioco). Una norma degli scacchi è valida quando sono presenti due elementi: da un lato la reale effettività della regola, che può essere stabilita mediante l'osservazione esterna; dall'altro lato «il modo in cui la regola è sentita come il motivo della propria azione», cioè come vincolante<sup>(8)</sup>. Analogamente il diritto valido è quell'insieme astratto di idee normative che servono «come schema di interpretazione dei fenomeni giuridici in atto, il che poi implica che queste norme siano effettivamente seguite, e seguite perché esse sono sperimentate e sentite come socialmente vincolanti»<sup>(9)</sup>. Con l'avvertenza che nel gioco del diritto i soggetti il cui comportamento è rilevante agli effetti della validità delle regole sono gli arbitri, cioè i giudici: e questo perché le norme giuridiche in definitiva non sono altro che regole sulla applicazione e sull'esercizio della forza.

(1) M. G. White, *Social Thought in America: the Revolt against Formalism*, New York, 1949.

(2) Su questa inversione di fattori cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 151 ss.

(3) *Ibidem*, 180.

(4) J. Dewey, *Logical Method and the Law*, in *Landmarks of Law: Highlights of Legal Opinion*, a cura di R. D. Henson, New York, 1960, 122.

(5) O. W. Holmes, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, 461.

(6) K. Olivecrona, *Law as Fact*, København, 1939, trad. it. *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Milano, 1967, 114.

(7) A. Ross, *Law and Justice*, London, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, 1965, 70.

(8) *Ibidem*, 17.

(9) *Ibidem*, 18-9.

