

Segunda Parte

*A Challenging Task. Teoria dell’Interpretazione Giuridica e del Ragionamento Giudiziale nell’Opera di Friedrich Müller e di John Dewey: Appunti per un Confronto*

*A Challenging Task. The Theory of Legal Interpretation and Legal Reasoning in the Work of Friedrich Müller and John Dewey: Notes for a Comparison*

*A Challenging Task. Teoria da Interpretação Jurídica e Raciocínio Jurídico na Obra de Friedrich Müller e John Dewey: Apontamentos para uma Comparação*

**LUCA MALAGOLI<sup>1</sup>**

Università degli Studi di Genova. Genova. Itália.

RIASSUNTO: Obiettivo dell’articolo, sviluppando (e reinterpretando) un interessante suggerimento formulato da Christoph Engel, è quello di avviare un (preliminare) confronto fra alcune delle principali tesi di Friedrich Müller in merito all’interpretazione giuridica e al ragionamento giudiziale, da un lato, e, dall’altro, alcuni dei principali contributi offerti, sui medesimi temi, da John Dewey. Mettendo in luce ed indagando talune interessanti analogie (così come le non meno considerevoli differenze) fra le due posizioni, l’articolo esplora altresì alcuni problemi centrali connessi con il ruolo del giudice nel quadro delle istituzioni della democrazia costituzionale.

PAROLE-CHIAVE: Friedrich Müller; John Dewey; strumentalismo giuridico; concretizzazione; formalismo giuridico; realismo giuridico.

ABSTRACT: Following an interesting suggestion provided by Christoph Engel, the paper aims to compare some tenets of Friedrich Müller’s theory of interpretation and judicial reasoning with some

---

1 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4200-2720>.

of the most relevant of John Dewey's contributions on the issue. Highlighting some interesting analogies, as well as some notable differences, between the two perspectives, the paper explores some central problems related to the role of the judge in the frame of constitutional democracy.

**KEYWORDS:** Friedrich Müller; John Dewey; legal instrumentalism; concretization; legal formalism; legal realism.

**RESUMO:** O objetivo do artigo, a partir de uma interessante sugestão formulada por Christoph Engel, é comparar algumas das principais teses de Friedrich Müller sobre interpretação jurídica e raciocínio jurídico, por um lado, e, por outro, as principais contribuições desenvolvidas por John Dewey sobre os mesmos temas. Ao destacar e investigar notáveis semelhanças entre as duas posições, assim como diferenças consideráveis, o artigo também explora alguns problemas centrais relacionados com o papel do juiz no quadro das instituições da democracia constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Friedrich Müller; John Dewey; instrumentalismo jurídico; concretização; formalismo jurídico; realismo jurídico.

**SUMÁRIO:** Introduzione; 1 Müller sull'interpretazione giuridica: elementi di teoria della norma, "concretizzazione" e analisi dei metodi interpretativi; 2 Dewey su interpretazione giuridica e ragionamento giudiziale: "logica della ricerca" e "logica della giustificazione"; 3 Müller e Dewey: appunti per un confronto; Referências.

## INTRODUZIONE

Nel concludere la sua (tanto concisa quanto suggestiva) recensione di due cospicui volumi di Friedrich Müller, Christoph Engel (ENGEL, 1989: 266-268) avanza un suggerimento affascinante. Dopo aver analizzato la proposta teorica di Müller in merito all'interpretazione giuridica, rimarcandone il carattere per molti versi innovativo nel dibattito (non soltanto) tedesco ed evidenziandone altresì taluni limiti, Engel chiosa, infatti, che sarebbe indubbiamente un *challenging task* quello di istituire un confronto fra la prospettiva di Müller e quella del realismo giuridico americano (e delle sue svariate filiazioni).

L'aggettivo impiegato da Engel per qualificare il "compito" proposto è, nella sua duplice accezione, decisamente appropriato. La comparazione suggerita, infatti, appare tanto stimolante quanto impegnativa e, appunto, sfidante.

Quanto all'impegno, esso è in effetti tale da poter apparire eccessivo, per poter essere esaustivamente (o anche solo adeguatamente) affrontato nei limiti della presente trattazione. Tanto più considerando che chi scrive non può certo definirsi uno specialista dell'opera di Müllerné, più in generale, della tradizione in cui essa si è formata.

Tuttavia, agli occhi del cultore degli studi sul realismo giuridico americano, la sfida appare davvero troppo avvincente per poter essere elusa.

Per raccogliercela, beninteso senza alcuna pretesa di esaustività e ferme restando le limitazioni sopra evidenziate, scelgo di impegnare qui non già un confronto su larga scala, tale cioè da investire l'opera di Müller nella sua (vasta) estensione e il "realismo giuridico americano" nella sua (complessa) interezza, bensì una comparazione su scala decisamente minore.

Mi concentrerò, da un lato, soltanto su alcune, specifiche tesi relative all'interpretazione giuridica formulate da Müller (tesi relative, nel dettaglio, ad elementi centrali della sua teoria della norma giuridica e della sua analisi dei metodi interpretativi) ed estrapolate da una delle sue opere principali (MÜLLER, 1996) nonché da due lavori di minor estensione, ancorché non meno significativi (Müller 1989 e 2000) che, congiuntamente, possono considerarsi un efficace compendio del nucleo teorico della proposta dell'autore<sup>2</sup>. Si tratta, con tutta evidenza, di un esame estremamente parziale, quasi cursorio, che, giova ribadire, non aspira in alcun modo a restituire compiutamente i lineamenti teorici dell'opera mülleriana<sup>3</sup>. Per quanto frammentaria, tuttavia, l'acernita delle tesi in questione non è arbitraria.

Alla luce del suggerimento di Engel, in queste pagine l'attenzione è infatti posta su quelle tesi di Müller che, adottando uno sguardo realista "statunitense", appaiono maggiormente significative e meglio atte a individuare un terreno di incontro fra le due prospettive.

Anche venendo al versante realista del confronto, del resto, certo non mancano le ragioni che militano a favore di una ricalibrazione della sua portata, rispetto ai termini, certamente più ambiziosi e affascinanti, in cui l'aveva ipotizzato Engel.

Infatti, come è stato da più parti osservato (SCHLEGEL, 1989; DUXBURY, 1995: 65-71; POSTEMA, 2011: 82), a leggerla con la dovuta attenzione, l'opera degli autori abitualmente ascritti alla corrente del "realismo giuridico americano" non pare autorizzare la disinvolta adozione di comode formule sintetiche in cui inquadrare un supposto nucleo di tesi

---

2 Estendo qui alcune considerazioni formulate da L. Villacorta Manceboa proposito di Müller (1989: 111, nota del traduttore).

3 Per più generali e dettagliate ricostruzioni della proposta teorica mülleriana, si vedano da Jouanjan (1996) e Andresani-Stamile (2021).

giusfilosoficheda essi unanimemente sottoscritto (con buona pace di LEITER, 2007: 21-25).

Insomma, una salutare dose di cautela e di riluttanza a riferirsi al “realismo giuridico americano” *tout court*, quasi fosse una sorta di monolite kubrickiano, uniforme e coerente in ogni sua parte, appare raccomandabile (al riguardo, anche i celebri “punti di partenza” che, in LLEWELLYN, 1962:55, vengono presentati come elementi condivisi dagli appartenenti alla corrente, configurano, come sostenuto in LLEWELLYN, 1962: 53-54, e come si vedrà meglio nel secondo paragrafo, assi più aspetti di un metodo comune di approccio ai problemi giuridici che non componenti di un insieme di tesi unanimemente sottoscritte).

Prudenzialmente, alla luce dei menzionati limiti del presente contributo, è consigliabile, anzi, circoscrivere ulteriormente la trattazione, prendendo in considerazione, del resto simmetricamente, le tesi di un solo autore. In tal senso, specifiche ragioni inducono a ravvisare un promettente candidato in John Dewey (autore, per la verità, sovente rubricato fra influenze intellettuali rilevanti per la corrente, più che fra i suoi veri e propri esponenti: si veda, ad esempio, POSTEMA, 2011: 95-98). Anche in questo caso, non si tratta di una scelta idiosincratca.

Come si vedrà nei paragrafi seguenti, infatti, diversamente da quanto affermato da Müller, non occorre attendere la “svolta linguistica” o l’afferinarsi della *linguistischer Text-Theorie* per imbattersi in una radicale messa in discussione di quel *well-trusted paradigm* che, come sottolinea lo stesso Müller, si suole far risalire a Montesquieu e secondo cui il giudice sarebbe nulla più che un mero e meccanico applicatore al caso concreto, mediante operazioni sillogistiche, delle norme generali previamente fissate dal legislatore e univocamente ricavabili dai testi normativi di riferimento (MÜLLER, 2000: 300; sul punto, si rimanda inoltre alle più estese trattazioni svolte in MULLER, 1997; MULLER, 2019).

Le tesi sull’interpretazione giuridica e sul ragionamento del giudice formulate da Dewey<sup>4</sup> in due dei suoi lavori più celebri, in questo senso, si sviluppano precisamente criticando il presupposto secondo cui i testi

---

4 Rivisitando, sviluppando e integrando, come si vedrà, le tesi di (almeno) due altri insigni “precursori” della corrente: Oliver Wendell Holmes Jr. (in cui i realisti statunitensi riconosceranno il loro venerato “padre fondatore”) e John Chipman Gray (a cui può probabilmente ascrivere la prima, compiuta formulazione della teoria scettica dell’interpretazione).

normativi sarebbero dotati di una sorta di *guaranteed clarity* (MÜLLER, 2000: 300) del proprio (auto-evidente e univoco) significato, così come il presupposto, connesso e complementare al primo, secondo cui l'attività del giudice avrebbe carattere meramente (ri)cognitivo, in sede di interpretazione, ed esclusivamente logico-deduttivo, come appunto si diceva, in sede di decisione del caso<sup>5</sup>.

Il rigetto di tale paradigma, tanto per Müller quanto per Dewey (pur nella specificità delle loro rispettive posizioni e nelle molteplici, ovvie differenze comportate dalle assai diverse coordinate storico-contestuali in cui la loro riflessione si sviluppa) costituisce il punto archimedeo su cui costruire rappresentazioni teoriche dell'interpretazione giuridica come attività complessa, un processo dinamico destituito di ogni automatismo e caratterizzato dall'azione combinata e reciproca di una pluralità di fattori, fonti e metodi.

In tal senso, le due proposte teoriche appaiono connotate da un complesso intreccio di interessanti consonanze e non meno significative divergenze, che appare proficuo (iniziare a) indagare.

Più nel dettaglio, il primo paragrafo del lavoro analizza brevemente alcune delle tesi centrali sull'interpretazione giuridica formulate da Müller nei lavori qui esaminati: segnatamente, tesi riguardanti elementi di teoria della norma e l'analisi del processo di concretizzazione. Il secondo paragrafo, invece, offre una sintetica ricostruzione di alcune delle tesi fondamentali di *Logical Method and Law* (1924), con particolare riferimento all'analisi del ragionamento dell'interprete giudiziale.

Il paragrafo conclusivo, infine, tratteggia un primo e parziale bilancio critico delle posizioni in campo, bilancio volto a fornire nulla più che qualche appunto e qualche annotazione preliminare, in una iniziale e rozzamente pionieristica approssimazione al confronto, assai più ampio e ambizioso, auspicato da Engel.

---

5 Peraltro, la critica radicale del carattere (meramente) cognitivo e avalutativo dell'interpretazione giuridica e della riduzione dell'attività giudiziale a meccanica esecuzione di operazioni sillogistiche è uno dei capisaldi del realismo giuridico in tutte le sue declinazioni, non soltanto in quella statunitense. Per limitarsi al realismo genovese, corrente che prende le mosse, fra l'altro, dalla attenta meditazione della lezione dei realisti statunitensi (si veda, al riguardo, TARELLO, 1962), si rimanda, ad esempio, Tarello (1980), Guastini (2011), Chiassoni (2019), lavori in cui viene elaborata e sviluppata una teoria scettica dell'interpretazione a partire proprio dalla netta distinzione fra *disposizioni* (enunciati appartenenti al discorso delle fonti) e *norme* (ovvero significati autoritativamente ascritti a tali enunciati dagli interpreti, in particolare giudiziali). Un confronto fra la teoria di Müller e quella avanzata dagli autori menzionati, tuttavia, è, se possibile, ancor più ambizioso e *challenging* di quello proposto da Engel.

## 1 MÜLLER SULL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA: ELEMENTI DI TEORIA DELLA NORMA, "CONCRETIZZAZIONE" E ANALISI DEI METODI INTERPRETATIVI

Come si diceva, uno dei principali punti di partenza da cui si snoda l'itinerario teorico di Friedrich Müller è la critica dell'assioma (che l'autore considera tipico della prospettiva positivista tradizionale, a partire da Montesquieu) della completa deducibilità, per mezzo degli strumenti della logica formale, delle decisioni giudiziali dai *testinormativi*, ovvero da (mere) strutture linguistiche (MÜLLER, 1989: 114) prodotte dall'autorità legislativa. Secondo la "dottrina tradizionale" dell'interpretazione giuridica (riprendo qui, pressoché *verbatim*, MÜLLER, 1996: 52-53), infatti, un caso giuridico si risolve mediante l'impiego del sillogismo, ovvero sussumendo nel campo di applicazione della norma giuridica rilevante (intesa come già data a priori), le circostanze fattuali che costituiranno l'oggetto della decisione.

In base a tale concezione, affinché il sillogismo giudiziale possa effettuarsi, occorre in primo luogo stabilire la norma rilevante da applicare. Tale norma, si ritiene, è immanente alla formulazione testuale, e vien accertata, ("scoperta", "portata alla luce") per mezzo di metodi interpretativi quali l'interpretazione letterale, l'interpretazione storico-genetica, l'interpretazione sistematica e, infine, l'interpretazione teleologica (MÜLLER, 1996: 52). Una volta accertata dai metodi interpretativi, la norma può essere collocata nella premessa maggiore del sillogismo, e consentire così che le circostanze fattuali del caso possano esserle sussunte nella premessa minore.

Il processo decisionale del giudice è, dunque, ricostruito dalla visione tradizionale come un procedimento puramente logico-deduttivo e di carattere essenzialmente cognitivo (MÜLLER, 1996: 53).

In questa prospettiva, dunque, il testo legislativo incorpora un solo, oggettivo ed univoco significato, in cui si esprimerebbe la "volontà" o l'"intenzione" del legislatore" (MÜLLER, 1996: 53; MÜLLER, 2000: 330). Se, dunque, ogni testo legislativo è dotato di un solo significato "corretto", ogni caso giuridico ammetterebbe una ed una sola soluzione "corretta", in attesa di essere "scoperta" e, come si diceva, opportunamente "estratta" dai testi legislativi per essere applicata dai giudici, mediante procedimenti logico-linguistici di tipo sostanzialmente sillogistico (MÜLLER, 1996: 45; MÜLLER, 2000: 331).

L'affermarsi, dopo la "svolta linguistica", della vasta e variegata famiglia delle filosofie del linguaggio, così come l'emergere della *linguistischer*

*Texttheorie* contemporanea, nella prospettiva di Müller, hanno mostrato irrefutabilmente l'illusorietà dei presupposti della "visione tradizionale", rivelando il carattere mitologico della tesi dell'"unica risposta corretta" (MÜLLER, 2000: 331).

Il fulcro della critica che Müller rivolge al paradigma inaugurato da Montesquieu è l'osservazione secondo cui una norma giuridica non coincide con il testo normativo (sia esso legislativo, Costituzionale o una raccolta di usi) a cui essa è ascritta, bensì costituisce il risultato di un'attività produttiva dell'interprete stesso (MÜLLER, 1996: 222). Lungi dall'essere l'esito di un processo puramente cognitivo, dunque, la norma è, semmai, il risultato di un processo di *costruzione* (MÜLLER, 2000: 330-331; JOUANJAN, 1996: 13-14), da Müller designata mediante il vocabolo "concretizzazione" (MÜLLER, 1996: 45; MÜLLER, 2000: JOUANJAN, 1996: 14).

In tale processo di concretizzazione, la formulazione testuale rappresenta il punto di partenza (o, meglio, come vedremo a breve, uno dei punti di partenza), mentre la norma è quello di arrivo.

Se la *pars destruens* della proposta mülleriana si incarica, dunque, di segnalare l'insostenibilità del paradigma tradizionale dell'applicazione di una norma generale e astratta ad un caso concreto, la *pars construens* consiste invece nel formulare una "teoria della norma giuridica" in grado di dar conto della concretizzazione come un processo di costruzione, *step by step*, appunto delle norme giuridiche in vista della decisione giudiziale di ogni caso concreto (MÜLLER, 2000: 331).

Uno dei dati di partenza di tale processo è rappresentato da quelle che Müller definisce la "versione profana" dei fatti del caso in questione, ovvero la descrizione dei fatti del caso non ancora qualificati giuridicamente (MÜLLER, 1996: 45), che il giurista professionale deve trasformare in "fatispecie". In tal modo, il giurista si rivolge all'altro dato di partenza del processo di concretizzazione, ovvero i testi normativi (*normtexte*): formulazioni linguistiche (concatenazioni di segni) che, sotto forma di "articoli" o "paragrafi", compongono i codici (MÜLLER, 1996: 45). Il giurista individua e *sceglie* quei testi normativi che, alla luce dei fatti del caso e del suo bagaglio tecnico-professionale, gli appaiono maggiormente appropriati (MÜLLER, 1996: 45).

Per il tramite dei testi normativi, il giurista inizia così a delineare il "tipo generale" di caso che si suppone possa inquadrare la specifica situazione;

successivamente, in tale insieme, vengono individuati quegli elementi che più adeguatamente configurano le specificità e particolarità della situazione del caso concreto in esame (MÜLLER, 1996: 45).

L'interpretazione dell'insieme dei testi normativi rilevanti (previamente selezionati) per mezzo dei metodi interpretativi riconosciuti (nell'ambito della cultura giuridica di riferimento) permette di ricavare e delimitare il "programma normativo", che parrebbe coincidere con l'insieme dei significati plausibilmente ricavabili dai testi in questione (MÜLLER, 1996: 45; MÜLLER, 2000: 331, n. 26). Alla luce del "programma normativo" è possibile delimitare l'insieme dei fatti (giuridici) utilizzabili per fondare la decisione del caso: il "campo normativo" (MÜLLER, 1996: 46).

"Programma normativo" e "campo normativo", congiuntamente, costituiscono la "norma giuridica" (MÜLLER, 1996: 46; MÜLLER, 2000: 331), che dovrà essere formulata in modo generale. La fase conclusiva del processo di concretizzazione è costituita, infine, dall'individualizzare la norma generale e astratta in una "norma-decisione", che, assumendo la forma di una conclusione logica, rappresenta, questa sì, una sussunzione all'interno dell'ambito della norma generale precedentemente costruita (MÜLLER, 1996: 46).

Al riguardo, vale la pena di rimarcare che la "normatività" non pertiene ai testi normativi: essi, infatti, come gli altri dati di partenza del processo di concretizzazione (oltre ai testi, i fatti del caso nella loro "versione profana"), non hanno carattere normativo (MÜLLER, 1996: 46). Solo i risultati di tale processo sono normativi: la *norma giuridica*, in quanto risultato intermedio formulato in termini generali e astratti, e la *norma-decisione*, in quanto determinazione obbligatoria di un caso individuale (MÜLLER, 1996: 46).

Nella prospettiva di Müller, a caratterizzare i testi normativi è, semmai, la *validità*. Essa consiste, da una parte, nell'obbligo, in capo ai destinatari dei testi normativi, di conformare ad essi la propria condotta. Osserva peraltro Müller (MÜLLER, 1996: 46) che tale orientamento delle condotte in base alle formulazioni normative ha carattere non specialistico (tolti alcuni ambiti specifici del diritto fiscale in cui i destinatari sono operatori specializzati), e, dunque, propriamente pre-giuridico, per quanto sovente etichettato come già giuridico.

Infatti, il pubblico in generale, chiosa Müller, non regola la propria condotta in base al diritto, bensì in base a criteri di condotta rintracciati

piuttosto in usi socio-morali e, in ogni caso, di *standard* giuridicamente grossolani<sup>6</sup> (MÜLLER, 1996: 46).

D'altro canto, la validità consiste altresì nell'obbligo, in capo al giudice (o a qualsivoglia altro giurista dotato della competenza di prendere decisioni giuridicamente vincolanti) di utilizzare integralmente i testi normativi rilevanti per il caso di specie e di interpretarli correttamente dal punto di vista metodologico (ossia, utilizzando i metodi accettati dalla cultura giuridica). Di conseguenza, il "diritto vigente", "valido", è da intendersi come l'insieme dei testi normativi riuniti nei codici legislativi, i quali, in base ai criteri costituzionali, sono "attualmente dotati di forza giuridica" (MÜLLER, 1996: 47).

Evidenziati gli elementicentrali della teoria della norma di Müller, è ora possibile tornare alla concretizzazione, per poter rilevare più nel dettaglio come essa si configuri, dunque, alla stregua di un processo dinamico, connotato da una sorta di circolarità ermeneutica<sup>7</sup> che coinvolge diversi elementi che lo compongono (MÜLLER, 2000: 331). Conviene, in tal senso, esaminare più approfonditamente le diverse fasi di tale processo dinamico ed ermeneutico.

Un giurista impegnato nella soluzione di un problema giuridico inizia dall'esame dei fatti, che egli dovrà inizialmente formulare mediante il suo bagaglio tecnico-professionale. Sulla scorta dei fatti all'origine del caso, così preliminarmente inquadrati, il giurista passa quindi a formulare "ipotesi di testi normativi" (*norm texthy potesen*), selezionando, nel vasto insieme del "diritto vigente" (si ricordi, l'insieme dei testi normativi raccolti nei codici) quei testiche, in base alle sue conoscenze specialistiche, appaiono con un buon grado di probabilità potersi applicare al caso in questione.

---

6 Peraltro, Müller (1996: 46, n. 4c), attribuisce la paternità di tale constatazione alla scuola del diritto libero; è tuttavia interessante constatare che anche Llewellyn (1962: 400-401) ne aveva formulate di analoghe. Si tratta di un punto non privo di interesse, il cui approfondimento, tuttavia, dev'essere fatalmente affidato a un futuro e più ambizioso confronto "su larga scala" fra l'autore e i realisti giuridici americani.

7 Si veda, sul punto (MÜLLER, 1996: 215-220), dove si analizza il ruolo centrale della precomprensione (tanto della norma come delle circostanze del caso) nel processo di concretizzazione. Con ciò, si badi, non si intende in alcun modo affermare che, nella prospettiva di Müller, l'approccio ermeneutico basti a dare esaustivamente conto del processo della concretizzazione. Al contrario, Müller afferma chiaramente che un'impostazione esclusivamente ermeneutica non è affatto adeguata, in tal senso. Infatti, salvo che nelle fasi iniziali, la concretizzazione non è prioritariamente interessata alla "comprensione": i giuristi non formano le ipotesi testuali quali meri esercizi ermeneutici, bensì per utilizzarli e lavorare con essi in vista della soluzione dei casi. La concretizzazione, del resto, assai più che una attività di "chiarificazione", è una complessa semantica di integrazione, un continuo lavoro con e sui testi normativi nel quadro delle istituzioni e delle procedure normativamente determinate dello Stato (MÜLLER, 2000: 342). Sulla (complessa) tra il pensiero di Friedrich Müller e l'ermeneutica giuridica, si veda altresì il già citato Andresani-Stamile (2021).

Successivamente, il giurista configura, alla luce delle ipotesi testuali previamente selezionate, la classe dei fatti generici (potremmo dire, “il caso generico”), che, alla luce dell’esperienza giuridica, appaiono rilevanti (MÜLLER, 1996: 225; MÜLLER, 2000: 334). Tale insieme viene poi ridotto e precisato ai fatti del “caso individuale”. Il giurista delinea quindi, applicando ai testi normativi previamente selezionati i metodi interpretativi ammissibili, il “programma normativo”, che consente di individuare, all’interno dell’insieme dei fatti generici e individuali sopra richiamati, i fatti che sono rilevanti per (e compatibili con) il “programma normativo” stesso, determinando così il “campo normativo” (MÜLLER, 1996: 225; MÜLLER 2000: 334).

Ci si avvia, in tal modo, alle fasi conclusive della concretizzazione: la costruzione (combinando il “programma normativo” e il “campo normativo” così determinati) della norma generale (“dato un caso X, allora Y”). Si passa, infine, alla determinazione della norma-decisione (MÜLLER, 2000: 334).

Elemento centrale, si diceva, del processo di concretizzazione (processo, come si vedrà a breve, strutturato e delimitato da una ricca trama di elementi metodologici) è il suo carattere dinamico, la “circularità ermeneutica” di reciproca verificazione e di progressiva precisazione dei testi normativi alla luce delle circostanze del caso e di queste ultime alla luce dei testi normativi (MÜLLER, 1996: 209).

I testi normativi e i fatti del caso, per così dire, si concretizzano vicendevolmente e tale concretizzazione reciproca si sviluppa nel corso di un processo che, come si diceva, acquista gradualmente precisione attraverso la mutua verificazione delle ipotesi testuali per mezzo degli elementi pertinenti alle circostanze del caso (tanto generici che individuali) e, all’inverso, di quegli stessi elementi fattuali per mezzo delle ipotesi testuali (assunte come pertinenti a titolo di ipotesi di lavoro) che sono state ad esse provvisoriamente collegate (MÜLLER, 1996: 210).

Pertanto, sottolinea Müller (MÜLLER, 1996: 210), gli elementi del processo di concretizzazione devono essere considerati indissolubilmente congiunti. La conclusione del processo di concretizzazione (la formulazione della norma generale sulla base dei testi normativi e delle circostanze fattuali e la sua individualizzazione in un dispositivo di decisione che riformula i fatti del caso non ancora giuridicamente qualificate in un caso ormai giuridico deciso) deve mostrare, comunicare e giustificare la convergenza dei due momenti (MÜLLER, 1996: 210).

Nella prospettiva mülleriana, dunque, l'interpretazione *in astratto* non ha ragion d'essere<sup>8</sup>: se i testi normativi necessitano di interpretazione è principalmente perché devono essere applicati a un caso concreto, sia esso reale o fittizio. È solamente nel dover decidere un problema giuridico concreto, infatti, che si manifesta la normatività (MÜLLER, 1996: 208).

Prima di concludere questa (necessariamente) breve e (estremamente) parziale rassegna delle tesi di Müller, un cenno conclusivo circa le sue considerazioni sui metodi interpretativi.

Al riguardo, Müller rivisita il tradizionale schema di Savigny (MÜLLER, 2000: 335; MÜLLER, 1996: 257-259): interpretazione grammaticale, interpretazione storico-genetica, interpretazione sistematica e interpretazione teleologica (quest'ultima, nella prospettiva dell'autore, come si vedrà, dev'essere però maneggiata con cautela dagli interpreti). Come l'autore ha cura di precisare (MÜLLER, 2000: 335), non si tratta tanto di "metodi" indipendenti l'uno dall'altro, ma di "elementi metodologici" strettamente imbricati e variamente correlati (MÜLLER, 1996: 267-268).

Si consideri, ad esempio, l'interpretazione grammaticale. A dispetto della priorità cronologica di cui gode, essa è tutt'altro che isolata e autosufficiente: nell'indagine sui possibili significati attribuibili ad uno specifico testo normativo (indagine da condursi, si rammenti, anche alla luce delle circostanze del caso), infatti, emerge ben presto la necessità di trascendere l'orizzonte della semplice lettera del testo e di avvalersi anche di altri elementi metodologici, rifacendosi, ad esempio, ad altri testi normativi contigui, o a quelli di precedenti discipline della medesima materia, nonché alla giurisprudenza ad essi relativa e ai commenti della dottrina al riguardo, così come al testo costituzionale, per valutare una possibile interpretazione conforme (MÜLLER, 1996: 264).

Tenendo presenti tali considerazioni, è possibile intendere la posizione di Müller in merito all'interpretazione teleologica. Sebbene quest'ultima, indirizzandosi ad accertare il "fine", lo "scopo" della norma, affronti un problema distinto rispetto a quelli di cui si occupano gli altri

---

8 Come rileva opportunamente Engel (1990: 267). Peraltro, si potrebbe osservare che anche l'operazione di determinazione del "caso generico" è, a ben vedere, assimilabile all'interpretazione in astratto (sia pure diversamente intesa, rispetto all'impostazione di Müller). Ringrazio Pierluigi Chiassoni per l'approfondita discussione del punto.

elementi metodologici e abbia quindi un suo dominio specifico rispetto ad essi, essa non è, tuttavia, autonoma nel processo di concretizzazione.

I suoi apporti, anzi, osserva Müller esplicitando il versante normativo della sua trattazione, non dovrebbero essere utilizzati che nella misura in cui possano essere giustificati mediante i risultati della applicazione degli altri elementi metodologici (MÜLLER, 1996: 269; MÜLLER, 2000: 335). Infatti, presupporre un “fine” non riscontrabile né verificabile sulla base degli altri elementi metodologici del processo di concretizzazione significherebbe introdurre surrettiziamente valutazioni soggettive dell’interprete stesso, svincolate dalla cornice delineata dagli altri elementi, direttamente pertinenti al testo normativo (MÜLLER, 1996: 269; MÜLLER, 2000: 335).

Nella misura in cui gli apporti dell’interpretazione teleologica si mantengono invece all’interno della menzionata cornice e sotto il controllo degli altri elementi metodologici, essi possono fornire valide prospettive ausiliari supplementari che sono senz’altro utilizzabili (MÜLLER, 1996: 270).

Analoghe considerazioni valgono anche per tutti quegli elementi che, integrando e arricchendo la “quadriga” di Savigny sopra menzionata, rientrano nella faretra metodologica degli interpreti, siano essi dottrinali, tecnico-argomentativi, politico-costituzionali e più squisitamente teorici (MÜLLER, 2000: 335). Seppur appartenenti, in senso (estremamente) lato, ai “dati linguistici”, dal punto di vista sistematico tali ulteriori elementi sono al di fuori del (e, a volte, si contrappongono al) “campo normativo” (MÜLLER, 2000: 335). Solo nella misura in cui essi non confliggano con gli elementi metodologici più strettamente correlati con i testi normativi, gli elementi ulteriori possono essere ricompresi nel processo di concretizzazione, in cui, del resto, ancorché utile, il loro apporto resta comunque di natura prettamente ausiliaria (MÜLLER, 2000: 335).

Tali, dunque, nella prospettiva di Müller, i presidi metodologici che configurano la concretizzazione come un processo di risoluzione giudiziale delle controversie giuridiche compatibile e coerente con le nozioni di democrazia e stato costituzionale (MÜLLER, 2000: 333).

## **2 DEWEY SU INTERPRETAZIONE GIURIDICA E RAGIONAMENTO GIUDIZIALE: “LOGICA DELLA RICERCA” E “LOGICA DELLA GIUSTIFICAZIONE”**

Si accennava nell’introduzione che, come è stato constatato da vari studiosi (SCHLEGEL, 1989: 464; HORWITZ, 1992: 169; DUXBURY, 1995:

65-66) e a dispetto dell'ottimismo esibito al riguardo da altri (su tutti, LEITER, 2007: 21-25), definire il realismo giuridico americano è compito tutt'altro che semplice.

Al riguardo, è difficile dissentire da ciò che, in quello che si suole usualmente considerare uno dei testi "canonici" della corrente, Llewellyn, in risposta ai celebri rilievi critici di Roscoe Pound, aveva osservato affermando che non esisteva alcuna "scuola", né un credo ufficiale condiviso da tutti i realisti, autori che, semmai, erano accomunati solo dalle loro negazioni, dai loro scetticismi e dalle loro curiosità (LLEWELLYN, 1962: 53). E proprio in tali negazioni, scetticismi e curiosità convergenti va forse rintracciato quel distintivo approccio ai problemi giuridici (*themethod of attack*, per dirla con lo stesso LLEWELLYN, 1962: 54) che costituiva il filo conduttore (certo tenue e assai flessibile ma, nondimeno, assai significativo) che univa autori per molti versi diversi e, in ogni caso, restii a lasciarsi riunire sotto etichette comuni ed univoche.

Altrove, Llewellyn identificherà l'atteggiamento teorico-metodologico comune ai realisti nel *fresh look* (LLEWELLYN, 1960: 510), una prospettiva capace di esplorare i fenomeni giuridici senza lasciarsi condizionare (se non sviare) dagli schemi concettuali consegnati dalla tradizione, fossero quelli del *classicallegalthought* della *jurisprudencedi* Austin.

E lo stesso Llewellyn riconoscerà in John Dewey, ancorché non giurista di formazione, un campione e un modello del *fresh look* in cui, a suo avviso, risiedeva il tratto metodologico distintivo e maggiormente fruttuoso della corrente<sup>9</sup>. Llewellyn non era il solo, fra i realisti, a mostrare interesse e ammirazione per il metodo di Dewey, e per i suoi apporti in ambito giusfilosofico: coriacei giuristi "tecnici" come Cook e Moore ne erano ugualmente affascinati (come ben segnala SCHLEGEL, 1995: 23-25). In parte, è stato osservato, tale interesse era riconducibile al fatto che, come è stato osservato la filosofia pragmatista di Dewey era uno dei fulcri del dibattito culturale dell'epoca (SCHLEGEL, 1995: 224). Ciò è senz'altro vero, tuttavia vi sono ulteriori e più specifici elementi, da prendere in considerazione.

---

9 Circa l'influenza intellettuale della figura di Dewey su Llewellyn, si veda Twining (1985: 422-423, n. 130). Come Twining evidenzia, ancorché non si considerasse un deweyano di stretta osservanza, Llewellyn apprezzava molte delle idee di Dewey e, soprattutto, ne ammirava il metodo, in cui ravvisava, appunto, la corrispondenza con la sua stessa concezione del realismo. Al riguardo, riferisce Twining che Llewellyn aveva pubblicamente dichiarato che il suo obiettivo era realizzare, nell'ambito della *jurisprudence*, contributi analoghi a quelli apportati da Dewey in altri ambiti del sapere.

A radunare consensi quasi trasversali fra i realisti (particolarmente significativi, in una corrente di irriducibili individualisti), infatti, era soprattutto uno specifico lavoro di Dewey: *Logical Method and Law*<sup>10</sup>. Dedicato all'analisi del ragionamento giudiziale, l'articolo di Dewey riprendeva, integrava e sviluppava, alla luce del suo raffinato strumentario logico ed epistemologico, tutta una serie di impulsi teorici che, in merito all'interpretazione, al ragionamento del giudice e all'esame delle decisioni giudiziali avevano animato il dibattito giusfilosofico statunitense grazie all'opera di Holmes, Pound e Gray.

L'apporto di Dewey, in altre parole, in forza della sua caratura teorico-epistemologica, arricchiva e potenziava, con una consistente *pars construens*, quella che era stata, fino ad allora soprattutto una (corrosiva e liberatoria) *pars destruens*.

Per cogliere in tutta la sua portata il contributo di *Logical Method and Law*, è però opportuno esaminare preliminarmente (e sinteticamente) alcuni capisaldi della visione deweyana del diritto.

Riepilogando le sue prospettive al riguardo in uno scritto della maturità (DEWEY, 1981: 117-118), Dewey rimarca che l'uso del termine "diritto" non è esente da rischi: occorrerebbe sempre rammentare, infatti, che d'altro non si tratta che di un vocabolo riassuntivo, una comoda scorciatoia verbale per alludere ad un complesso di fenomeni, attività e processi: tra cui norme giuridiche, attività legislative e amministrative (e i loro effetti sulle attività umane), decisioni giudiziali e molti altri elementi.

Il "diritto", insomma, non è una misteriosa entità a sé stante, separata dalla totalità dei processi sociali, e non può essere inteso se non in relazione alle condizioni sociali in cui nasce, a cui partecipa e su cui influisce a sua volta. Il "diritto" non è un elemento fisso, un oggetto dato, un evento puntuale, che possa dirsi compiuto o avvenuto in un determinato momento: il diritto è un'entità in atto, un processo sociale, un complesso dinamico di attività che si intreccia con e agisce su altri processi sociali. Proprio intendendo il diritto come processo sociale in costante divenire si può comprendere che, nella prospettiva di Dewey, è possibile dire ciò che

---

10 Pubblicato nel 1924, l'articolo di Dewey aveva riscosso grande attenzione ed era stato salutato, fra gli altri, da Llewellyn (1962: 499, n. 14) e Frank (2009: 369, n.1) come una delle analisi del ragionamento giudiziale più perspicaci e innovative del dibattito contemporaneo.

il diritto è soltanto considerando come esso opera, valutando gli effetti che dispiega sulle attività umane con cui interagisce.

L'applicazione, dunque, è parte necessaria dei testi normativi, non qualcosa che avvenga dopo che essi sono stati prodotti (DEWEY, 1981: 117-118). In altre parole, precisando le icastiche espressioni di Dewey, i testi normativi acquistano il loro significato solamente quando gli interpreti iniziano ad operare con essi, nel quadro delle dinamiche sociali. Un testo normativo, insomma, è ciò che "fa", ciò che serve a produrre in termini di effetti generatidi modifica e/o conservazione delle attività umane coinvolte dalla sua azione. Senza applicazione vi sono solamente fogli di carta e voci nel vento (DEWEY, 1981: 118).

Nel formulare tali considerazioni, Dewey, come si diceva, sta rivisitando e sviluppando ulteriormente alcuni, rilevanti apporti della scena giusfilosofica statunitense negli anni della svolta del secolo. In particolare, si avverte qui l'eco delle tesi di John Chipman Gray, In *The Nature and Sources of the Law* (GRAY, 2012: 92-93), Gray aveva osservato che i testi prodotti dal legislatore sono semplici *fontidel diritto*, e non già, propriamente, *diritto*.

I testi normativi, infatti, per quanto precisi, dettagliati e ben redatti, non si auto-interpretano: sono i tribunali ad attribuire ad essi significato, ed è con tale significato che essi sono applicati e diventano, a tutti gli effetti, diritto. Infatti, chiosa Gray, almeno fino a quando *the mostadvancedghosthunters* (GRAY, 2012: 93) non avranno trovato il modo di rendere verificabili le operazioni telepatiche (tanto più complesse, essendo "il legislatore" un corpo collettivo), l'"intenzione del legislatore" non potrà che affidarsi a segni sulla carta. Orbene, nell'interpretazione (finanche nella semplice lettura *prima facie*) di tali testi, nota Gray (GRAY, 2012: 93), non c'è alcunché di meccanico: non si tratta di un'operazione di natura meramente cognitiva, in cui il giudice-interprete è una sorta di recettore passivo del significato posto dal legislatore e auto-evidente nel testo.

In realtà, il bagaglio tecnico-dottrinale del giudice, le opzioni etico-politiche che abbraccia, il suo stesso carattere e, insomma, il suo *cast of mind* influenzeranno in maniera determinate la sua ricezione del testo, e, soprattutto, il complesso di *decisioni* (inclusa quella, eventualmente, di adottare un'interpretazione letterale nel senso maggiormente restrittivo) che prenderà al riguardo.

Tornando a Dewey, nelle sue considerazioni sull'applicazione, sopra brevemente richiamate, è possibile leggere, in una filigrana alquanto sottile,

l'apporto delle menzionate tesi di Gray: l'autore di *The Nature and Sources of the Law*, infatti, avrebbe potuto pienamente sottoscrivere l'affermazione sui pezzi di carta e le voci nel vento. Tuttavia, in Dewey c'è di più che non la sola rivendicazione della centralità dell'interprete (e, segnatamente, del giudice) nel passaggio "dalle fonti alle norme" (per dirla con GUASTINI, 1992). Il ruolo attivo del giudice, non mero applicatore di norme già date anteriormente, nello sviluppo del diritto come processo sociale, è infatti ricostruito da Dewey sullo sfondo di una teoria dell'agire sociale imperniata sulla nozione (chiave) di *transaction* (DEWEY, 1981: 118).

Non è questa la sede per una trattazione approfondita di tale nozione, centrale nell'analisi deweyana dei fenomeni e processi sociali. Basti qui dire che Dewey concepisce l'agire sociale, in tutti i suoi aspetti, come un processo bi-direzionale: applicata al diritto, tale nozione comporta che non siano soltanto le applicazioni determinate dai giudici a modellare il diritto, ma anche le re-azioni dei cittadini che ne sono i destinatari (MISAK, 2020: 200-201). I giudici, insomma, non sono i soli attori che determinano il movimento del diritto. Essi, in fin dei conti, non possono che rispondere ai casi portati dinnanzi a loro; spetta ai cittadini, in una sorta di movimento *bottom-up*, modificare il diritto sollevando nuove istanze e avanzando nuove domande giudiziali; insomma, giudici, legislatori e cittadini giocano tutti ruoli essenziali (diversi, ma complementari) nello sviluppo del diritto come processo sociale (MISAK, 2020: 201).

Sullo sfondo teorico così brevemente delineato, è ora possibile collocare le tesi presentate in *Logical Method and Law*<sup>11</sup>. Nel lavoro, come si accennava, Dewey sviluppa un'analisi del ragionamento giuridico (e, segnatamente, giudiziale) e delle decisioni dei giudici che molti realisti, come si è visto, hanno considerato paradigmatica.

La prospettiva generale del lavoro è quella, strumentalista, che abbiamo sopra brevemente richiamato: il diritto è un fenomeno dinamico, un processo sociale di adattamento alle (e modellazione delle) sempre mutevoli circostanze sociali, e il giudice è uno degli attori fondamentali (ma non l'unico) nel determinare il corso di tale sviluppo. Come è stato spesso osservato (si veda, ad esempio, ATIENZA, 2013: 118), tale impostazione è

---

11 Anche in relazione all'articolo in questione, per i limiti del presente contributo si analizzeranno qui solamente alcune delle tesi centrali dell'articolo di Dewey: per un esame più ampio, si veda Mendell (1994).

molto prossima a quella di Holmes, sovente citato nell'articolo e su cui si avrà occasione di tornare a breve.

Per il momento, basti dire che, nel lavoro di Dewey, coesistono un momento genuinamente descrittivo ed uno più marcatamente prescrittivo teso a fornire al giudice la consapevolezza degli elementi che gli permettono di svolgere con maggior lucidità e trasparenza il proprio ruolo strumentale.

Dewey, analizzando il ragionamento giuridico, distingue due tipi di logica coinvolti nelle operazioni svolte dai giuristi (DEWEY, 1924: 565): la logica sillogistica (o dell'esposizione) e la logica della ricerca (logica sperimentale e della scoperta).

Storicamente, nota Dewey, la logica sillogistica è stata dominante, nell'ambito giuridico: la struttura del sillogismo (articolata in premessa maggiore, premessa minore e conclusione) è, infatti, lo schema tipico in base al quale si ricostruisce il (e, soprattutto, si comprova la validità del) ragionamento del giudice.

Tale schema offre (apparente) sicurezza, giacché riconduce i casi individuali nell'ambito di classi e regole generali, predeterminate rispetto a qualsiasi situazione possa darsi, alla quale offre una soluzione univoca e corretta (DEWEY, 1924: 566). La "logica sillogistica" ed il complesso di metodi e operazioni ad essa associabili, del resto, svolgono un ruolo imprescindibile, nel ragionamento giuridico, giacché ci permettono di ordinare e sistematizzare il diritto, contribuendo così alla sua certezza e stabilità. Tuttavia, è fondamentale riconoscere che la logica sillogistica mostra e struttura solamente i *risultati* del pensiero, ma non è in grado di catturare (e, anzi, occulta) le reali *operazioni* del pensiero (DEWEY, 1924: 566). Si tratta di un'osservazione cruciale, giacché permette a Dewey di introdurre il suo contributo forse più originale. Sin qui, infatti, la trattazione di Dewey si era limitata, sostanzialmente, a riprendere alcuni degli apporti principali dell'Holmes di *The Path of the Law* (HOLMES, 1897), con cui il testo di Dewey interloquisce in modo esplicito (DEWEY, 1924: 565).

Nel suo celebre articolo, Holmes, svolgendo una critica serrata e incisiva del formalismo landgelliano, aveva, tra l'altro, individuato la "fallacia della forma logica" (HOLMES, 1897: 465), ovvero quell'errore che portava a identificare nella logica (quella che Dewey chiamerà la "logica sillogistica") il principale fattore causale di sviluppo del diritto. Tale fallacia, notava Holmes, era all'origine di miti tenaci come quello dell'"unica risposta

corretta” alle controversie giuridiche, o l’altrettanto inveterata tendenza a considerare le opinioni dissenzienti nei tribunali quali sintomi di deplorabili “errori di calcolo”.

Il linguaggio della logica (e delle operazioni ad essa riconducibili, nell’ampia accezione comune all’epoca di Holmes, come gli argomenti sistematici, analogia, dissociazione) era quello in cui i giuristi erano formati, e in cui i giudici articolavano le proprie decisioni.

Tuttavia, ciò induceva al (fatale) errore, appunto, di considerare la logica sillogistica non soltanto la *forma* in cui le decisioni giudiziali erano strutturate, bensì, al tempo stesso, anche una rappresentazione fedele ed esaustiva, una perfetta “fotografia”, del ragionamento effettivamente svolto dagli interpreti per raggiungere tali decisioni (HOLMES, 1897: 465-466). Sotto la forma logica e l’apollineo rigore delle sue deduzioni, infatti, giacciono procedimenti decisionali basati sull’apprezzamento di *competing legislative grounds*, procedimenti basati su valutazioni di *public policy* e considerazioni etico-politiche non esplicitate (e, sovente, non del tutto consapevoli) ma, nondimeno, decisive nell’orientare la decisione verso questa o quella conclusione, a cui, in ogni caso, sarà possibile conferire una inappuntabile forma logica<sup>12</sup> (HOLMES, 1897: 466). Tuttavia, se, individuando la “fallacia della forma logica”, Holmes aveva posto all’attenzione della *jurisprudencel* insufficienza degli approcci formalisti nel dar conto del “livello sostanziale” delle decisioni giudiziali, non aveva però elaborato strumenti di analisi atti a esplorarlo adeguatamente<sup>13</sup>.

Ed è precisamente qui che l’apporto di Dewey interviene ad integrare, come si diceva, la prospettiva holmesiana, fornendo quella disamina della “logica dell’esplorazione” che ancora mancava per elaborare una proposta

---

12 Si badi, peraltro, che, nel formulare tali considerazioni, l’intento principale di Holmes era quello di esplicitare tali fattori decisionali occulti per renderli trasparenti e controllabili, non già, come talvolta si è affermato, del tutto incorrettamente, per esaltare la discrezionalità giudiziale. Del resto, anche nelle vesti di giudice, Holmes non mancherà spesso di “smascherare” prese di posizione etico-politiche dei suoi colleghi, celate sotto la più assiologicamente neutra delle forme logiche: si veda, su tutti, il celebre voto dissenziente nel caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45. 1905).

13 La trattazione holmesiana (corroborata e potenziata dalla successiva elaborazione deweyana), in ogni caso, aveva avuto il merito (capitale) di problematizzare la (pretesa) coincidenza fra il “discorso giustificatorio” della decisione giudiziale e, per dirla con Dewey, le operazioni del pensiero che avevano condotto il giudice a tale decisione. In tal modo, diventava possibile introdurre la cruciale distinzione fra “scoperta” e “giustificazione” della decisione giudiziale, fondamentale nello strumentario della teoria analitica del diritto (si veda, sul punto, GUASTINI, 2011: 2336-238). Per una più generale ricostruzione (e un’interessante comparazione con varie posizioni di rilevanti autori contemporanei) del contributo del realismo statunitense a tale proposito, si veda Anderson (1996: 1-32).

teorica compiutamente alternativa al formalismo (per un inquadramento dell’apporto di Dewey nell’ambito della proposta teorica dei realisti, si rimanda a ANDERSON, 1996: 3-10).

Secondo Dewey, dunque, al “livello sostanziale”, gli esseri umani (ivi compresi i giudici) non iniziano a pensare a partire da premesse date e chiaramente articolate (DEWEY, 1924: 567). Al contrario, all’inizio abbiamo una situazione complicata e confusa, che ammette metodi alternativi per essere affrontata e risolta. Le premesse emergono solo in forma graduale, da un esame della situazione generale (DEWEY, 1924: 567).

Nella logica sperimentale, dunque, all’opposto di quanto avviene in quella sillogistica, il processo di pensiero inizia con la (vaga) intuizione di una (possibile) conclusione (o, quantomeno, di possibili conclusioni alternative) e, successivamente, si orienta sulla ricerca di elementi (dati e/o principi) che consentano di corroborare la conclusione prescelta o di guidare la scelta tra le possibili conclusioni alternative in competizione (DEWEY, 1924: 567).

Per illustrare il procedere della logica sperimentale (sia pure per mezzo di un esempio che lo stesso autore considera estremamente parziale e non adatto a catturare il ragionamento giuridico nella sua interezza, ma solo a metterne in luce alcuni aspetti fondamentali), Dewey osserva che un’avvocata non affronta un caso ragionando in maniera sillogistica, bensì inizia con una conclusione (favorevole alla sua assistita) che intende raggiungere, e, alla luce di questa, analizza i fatti per trovare elementi in base ai quali elaborare una presentazione dei fatti rilevanti del caso funzionale alla conclusione, costruendo in tal modo una premessa minore (DEWEY, 1924: 567). Al tempo stesso, l’avvocata esamina testi normativi e raccolte di precedenti giudiziari, per estrapolare le norme che possano fondare una determinata maniera di interpretare e qualificare i fatti. E, nella misura in cui accresce la sua conoscenza delle norme (considerate in ipotesi) applicabili, l’avvocata modifica, al tempo stesso, la prospettiva e l’enfasi selettiva applicata ai fatti che dovranno formare i suoi dati probatori (DEWEY, 1924: 567).

La formulazione delle premesse è, dunque, un processo sperimentale, che procede tentativamente e si sviluppa attraverso approssimazioni successive, rettifiche, modificazioni (DEWEY, 1924: 567). In quanto alla conclusione, nell’ambito della logica sperimentale essa non segue dalle premesse: in realtà, premesse e conclusione sono due modi diversi di determinare la medesima cosa; il pensiero può, in questa prospettiva, essere indifferentemente definito o come lo sviluppo delle premesse o come lo

sviluppo della conclusione; nella misura in cui è una delle due operazioni, è anche l'altra (DEWEY, 1924: 568).

Tuttavia, se parliamo del ragionamento dei giudici, essi non si limitano a prendere le decisioni, bensì devono esporle e presentare ragioni che le giustificino giuridicamente (DEWEY, 1924: 568).

Le operazioni mentali coinvolte in tali attività sono totalmente differenti da quelle all'opera nel raggiungimento della conclusione. La logica dell'esposizione è, propriamente, logica sillogistica. La logica sperimentale, come si è visto, affronta una situazione più o meno dubbia, variamente problematica e ancora indeterminata. Essa si sviluppa in modo graduale, provvisorio ed è suscettibile di mutamenti repentini e svolte drammatiche (DEWEY, 1924: 568).

La logica dell'esposizione, al contrario, implica che si sia raggiunta una soluzione definitiva e che la situazione è ora perfettamente determinata, in ciò che riguarda le sue implicazioni giuridiche.

Il punto, qui, è quello di fornire ragioni a sostegno della conclusione raggiunta, in modo tale che essa non appaia un *dictum* arbitrario, e in modo tale che essa stabilisca una regola generale per regolamentare casi simili in futuro (DEWEY, 1924: 568).

È precisamente questa la fase in cui è possibile incorrere in fallacie come quella evidenziata da Holmes. La logica dell'esposizione soddisfa una fondamentale esigenza, che il sistema giuridico deve garantire: quella, cioè, della stabilità del sistema giuridico, della certezza del diritto, intesa anche come regolarità delle aspettative, in modo che i membri della comunità possano organizzare razionalmente le proprie esistenze e transazioni (Dewey, 1924: 568-569).

Tuttavia, questa legittima esigenza di certezza "pratica", non può convertirsi in una (impossibile) pretesa di certezza "teorica". C'è una significativa differenza fra l'esigenza ragionevole che le decisioni giudiziali siano connotate dalla massima regolarità possibile, in modo tale che i cittadini siano in grado di prevedere con un ragionevole tasso di attendibilità le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, e la pretesa che tali decisioni seguano con inesorabile necessità logica da premessa date<sup>14</sup> (DEWEY, 1924: 569).

---

14 La definizione di "ragionevolezza" sottesa al testo di Dewey non è, beninteso, l'unica possibile: per ampie e dettagliate disamine di quest'elusiva nozione, si rimanda a Scaccia (2000), Morrone (2008) e Stamile (2022).

Chi avanza tale pretesa dimentica, fra l'altro, che, per quanto dettagliati e precisi, i testi normativi non possono evitare la strutturale equivocità, né coprire la complessità e mutevolezza delle situazioni sociali (DEWEY, 1924: 570), e che, d'altra parte, anche i più rigidi canoni interpretativi non possono, a loro volta, essere meccanicamente interpretati e applicati (DEWEY, 1924: 569).

Soprattutto, tale (impossibile) pretesa dimentica che tanto i testi normativi prodotti dal legislatore quanto le norme giuridiche che i giudici estrapolano da essi non sono altro che *workinghypotheses* (DEWEY, 1924:571), che devono essere costantemente testate e adattate alle diverse circostanze, strumenti giustificati solo in base al lavoro che svolgono (DEWEY, 1924: 571).

La logica del sillogismo, insomma, se si irrigidisce e assolutizza, può convertirsi in un ostacolo per la riforma sociale e per la funzione strumentale nella quale, in ultima analisi, il diritto trova la sua legittimità ultima (DEWEY, 1924: 571).

Tale irrigidimento della logica sillogistica, chiosa Dewey, è alla radice del curioso e ricorrente paradosso in base a cui gli *slogan* del liberalismo di un'epoca diventano i baluardi della reazione dell'epoca successiva. Alla svolta tra i secoli XVIII e XIX, le categorie giuridiche ereditate dalla società feudale, e che, nell'ambito delle coordinate socio-economiche ristrette e stabili dell'epoca precedente, si erano mostrate sufficientemente adattate, erano divenute ormai un grave ostacolo al dispiegarsi delle nuove necessità di sviluppo del commercio e dell'industria che si andavano ormai affermando, favorite dal delinearsi di nuove condizioni sociali, economiche e tecnologiche.

A propria volta, i nuovi principi giuridici (che avevano infine rimpiazzato la struttura delle vecchie relazioni feudali) di tutela della proprietà e di libertà contrattuale, si andavano assolutizzando, infettati dagli eccessi della logica sillogistica, e convertendo, da strumenti di emancipazione, in ostacoli al soddisfacimento di nuove esigenze (ad esempio, quella relativa all'adozione di misure di *social welfare*) altrettanto rigidi di quanto era stato l'immutabile diritto feudale (DEWEY, 1924: 571-572).

Vale la pena segnalare, peraltro, che, nella prospettiva deweyana, logica sillogistica e logica sperimentale sono imprescindibili, nel ragionamento del giudice: ciascuna di esse, infatti, incarna un'esigenza

fondamentale (rispettivamente, stabilità e mutamento) che il diritto deve soddisfare, e fra le quali il giudice è chiamato a cercare una (faticosa e sempre provvisoria) mediazione.

Tuttavia, a parere dell'autore di *Logical Method and Law*, l'ostacolo più grande al dispiegamento delle potenzialità strumentali e di intelligente riforma sociale proprie del diritto è rappresentato dall'eccesso di stabilità che deriva dalla santificazione della "logica sillogistica" come strumento precipuo del ragionamento giuridico, e il rimedio va ricercato in una maggiore e più consapevole "infiltrazione" della logica sperimentale e flessibile nel ragionamento giuridico (DEWEY, 1924: 572).

### 3 MÜLLER E DEWEY: APPUNTI PER UN CONFRONTO

Conclusa la (concisa e incompleta) rassegna (di alcune) delle posizioni dei due autori in merito a interpretazione giuridica e ragionamento giudiziale, è ora giunto il momento di procedere a un bilancio comparativo conclusivo.

Se l'esame è stato schematico, il bilancio comparativo non potrà che essere sommario. Come si avvertiva, del resto, fin dall'introduzione del presente lavoro, non si ha qui l'ambizione di fornire nulla più che degli appunti e dei materiali iniziali per un confronto fra la prospettiva di Müller e quella del realismo giuridico americano che meriterebbe ben altro respiro.

E, come appunto si diceva, anche ad una lettura *prima facie*, l'accostamento suggerito da Engel appare proficuo. In effetti, fra la prospettiva di Müller e quella di Dewey, al netto delle significative differenze contestuali, appaiono riscontrabili svariate, interessanti analogie.

Innanzitutto, comune ai due autori è il rigetto di una visione formalista, "meccanica", dell'interpretazione dei testi normativi. In entrambi, l'interpretazione non è riducibile ad attività (meramente) cognitiva, ma, è, al contrario, un processo complesso, connotato, ad ogni passaggio, da un ruolo attivo dell'interprete, chiamato a prendere decisioni e a effettuare scelte relative ai significati da scrivere ai materiali sui quali opera.

Più nel dettaglio, comune a entrambi gli autori pare essere il fermo rifiuto a concepire l'"applicazione" come mera operazione di sussunzione di dati fattuali nel campo di applicazione di una norma già data anteriormente. Tanto per Müller come per Dewey, pur nella diversità delle loro tradizioni

e delle coordinate teoriche di riferimento, le norme sono l'esito di una complessa attività di costruzione, che vede coinvolti, quali materiali, tanto i testi normativi che gli elementi fattuali del caso concreto.

E proprio nell'importanza del caso concreto, nella controversia giuridica individuale, con la sua peculiarità fattuali, le istanze che lo animano e le condizioni socio-economiche che ne costituiscono lo sfondo, va rintracciata, per entrambi gli autori, sia pure da prospettive differenti, la scaturigine del processo interpretativo e dello sviluppo del diritto.

Ma l'analogia forse più cospicua è quella relativa al ragionamento giudiziale. Il processo di concretizzazione, per come lo tratteggia Müller, giocato sulla progressiva "messa a fuoco" e precisazione reciproca ed "ermeneutica" di ipotesi normative e qualificazione delle circostanze fattuali, dei due poli di "testo" e "caso", appare infatti per molti versi accostabile alla costruzione delle premesse svolta dalla "logica sperimentale" attraverso un progressivo, mutuo affinamento fra l'ipotesi (o le ipotesi) di conclusione e gli altrettanto provvisori abbozzi di premesse (tanto fattuale che normativa).

Non meno cospicue, tuttavia, le differenze.

Si ha avuto modo di notare l'insistenza con cui Müller sottolinea l'aderenza agli "elementi metodologici" più prossimi al testo normativo come argine alla surrettizia discrezionalità dell'interprete. Seppur commendevole, ispirata com'è al desiderio di delimitare e controllare, appunto, la discrezionalità giudiziale, è probabile che la direttiva in questione sarebbe parsa a Dewey, così come a molti altri realisti, di scarsa efficacia.

Come fa notare lo stesso Engel, infatti (ENGEL, 1990: 267), la barriera posta in tal modo da Müller appare assai più labile di quanto l'autore appaia ritenere, e, in ogni caso, foriera di conflitti interpretativi (come stabilire univocamente quando un "elemento" ulteriore si discosta in modo inaccettabile dal dettato degli "elementi" metodologici?). Come si è visto, anche Dewey mostrava di apprezzare l'importanza della redazione precisa e, possibilmente, priva di formule vaghe dei testi normativi, così come la formulazione di adeguati canoni e meta-canoni interpretativi, ma, da buon realista, non ne sopravvalutava l'efficacia.

In fondo, nella prospettiva deweyana, nell' tensione fra direttive, canoni e limiti posti al giudice, da un lato, e il suo compito di usare tutti gli elementi a sua disposizione (testi normativi, raccolte di precedenti,

consuetudini, principi di *public policy* e di efficienza) per modellare il diritto, concentrandosi sulla valutazione di effetti e conseguenze, e risolvere il problema posto dal caso concreto (MISAK, 2020: 200), dall'altro, risiede uno dei crinali più scoscesi, fitti di insidie e ricchi di possibilità del mai sanabile attrito fra stabilità e mutamento nel diritto.

Ciò ci permette di affrontare quello che, probabilmente, è il nodo di fondo: la differente concezione, nei due autori, del ruolo del giudice nel quadro dello stato democratico costituzionale.

Se Müller, rifacendosi a una concezione rigida della tesi della separazione dei poteri, appare preoccupato di confinare entro limiti severi la discrezionalità giudiziale, Dewey pare piuttosto orientato a intendere la separazione come un bilanciamento di poteri, maggiormente conciliabile con una visione realista della giurisdizione (per una più ampia, dettagliata e approfondita trattazione del problema della relazione fra realismo e democrazia costituzionale, si rimanda a CHIASSONI, 2021).

Come si ha avuto modo di vedere, del resto nella concezione deweyana, proprio l'insopprimibile e feconda dialettica tra legislatore, giudice e cittadini costituisce il motore del rinnovamento costante del diritto come fenomeno sociale e la linfa stessa delle istituzioni democratiche.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, P. "Discovery". In: *Legal-Decision Making*. Dordrecht, Springer, 1996.

ANDRESANI, G.; STAMILE, N. Mulling over Hermeneutics. In: *Friedrich Müller's Theory of Law, Proceedings of the Special Workshop held at the 29<sup>th</sup> World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Lucerne, Switzerland, 2019*. Edited by Natalina Stamile, Nestor Castilho Gomes and Dennis José Almanza Torres, 2021. p. 29-38.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

CHIASSONI, P. *Interpretation Without Truth. A Realistic Enquiry*. Cham, Springer, 2019.

CHIASSONI, P. Is Realism At Odds With Democracy? In: CHIASSONI, P.; SPAIC, B. *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies, a View From Legal Realism*. Cham, Springer, 2021. p. 35-64.

DEWEY, J. Logical Method and Law. *The Philosophical Review*, v. 33, n. 6, 560-572; *Cornell Law Review*, v. 10, n. 1, 17-27, 1924.

DEWEY, J. My Philosophy of Law (1941). In: BOYDSTON, J. A. (a cura di). *Dewey, J., The Later Works, 1925-1953, vol. 14: 1939-1941, Essays, Reviews, and Miscellany*. Southern Illinois University Press, 1981. p. 115-122.

DUXBURY, N. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

ENGEL, C. Review: Juristische Methodik and Fallanalysenzur juristischen Methodik. *International Journal of Legal Information*, 18, 3, p. 266-68, 1989.

FRANK, J. *Law and The Modern Mind (1930)*. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2009.

FISHER, W. W.; HORWITZ, M. J.; REED, T. A. *American Legal Realism*. Oxford University Press, 2009.

GRAY, J. C. *The Nature and Sources of the Law (1909, 1921)*. New Orleans: QuidiPor Books, 2012.

GUASTINI, R. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUASTINI, R. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1992.

HOLMES, O. W. The Path of The Law. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457-478, 1897.

HORWITZ, M. J. *The Transformation of American Law 1870-1960*. The Crisis of Legal Orthodoxy. New York/Oxford: Oxford University Press.

JOUANJAN, O. Presentation du traducteur. In: MÜLLER, F. *Discours de la méthode juridique*. Presses Universitaires de France, 1996.

LEITER, B. *Naturalizing Jurisprudence*. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford University Press, 2007.

LLEWELLYN, K. N. *The Common Law Tradition*. Deciding Appeals. Buffalo: Hein&Co, 1960.

LLEWELLYN, K. N. *Jurisprudence*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1962.

MENDELL, M. Dewey and the Logic of Legal Reasoning. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, v. 30, n. 3, p. 575-635, 1994.

MORRONE, A. (voce). Bilanciamento. *Enciclopedia del Diritto*, annali, (v. II, t. II), Milano, Giuffrè, p. 185-204, 2008.

MÜLLER, F. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista Española de Derecho, Constitucional*. Madrid: CEPC, n. 27, p. 111-126, 1989.

- MÜLLER, F. *Discours de la Méthod Juridique* (Juristische Metodik). Introduzione e traduzione a cura di Olivier Jouanjan. Presses Universitarie de France, 1996.
- MÜLLER, F. Problemi di linguistica del diritto. In: SCHENA, L. (a cura di). *La lingua del diritto*. Atti del primo Convegno Internazionale. Centro Linguistico dell'Università Bocconi, Milano/Roma, 1997. p. 88-91.
- MÜLLER, F. Basic Questions of Constitutional Concretization. *Rutger Law Journal*, 31, p. 325-344, 1999-2000.
- MÜLLER, F. Problemas de Linguística do Direito. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, 2019.
- MISAK, C. Dewey on the Authority and Legitimacy of Law. In: FESMIRE, S. (ed. by). *The Oxford Handbook of Dewey*. Oxford University Press, 2020. p. 195-208.
- POSTEMA, G. J. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World* (ed. by E. Pattaro), Springer, 2011.
- SCACCIA, G. *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffré, 2000.
- SCHLEGEL, J. H. *American Legal Realism and Empirical Social Science*. The University of North Carolina Press, 1995.
- SCHLEGEL, J. H. The Ten Thousand Dollar Question. *Stanford Law Review*, 41, p. 435-467, 1989.
- STAMILE, N. Razonabilidad vs. Igualdad ¿Un conflicto entre principios? *Revista Científica de la Red Internacional de Ética del Discurso*, Ética y Discurso, ISSN 2525-1090, año 7, 2022.
- TARELLO, G. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffré, 1962.
- TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffré, 1980.
- THAYER, H. S. *Meaning and Action. A Critical History of Pragmatism*. Indianapolis/New York, The Bobbs Merrill Company, 1968.
- TWINING, W. L. *Karl Llewellyn and the Realist Movement (1973)*. Norman: Oklahoma University Press, 1985.

**Sobre o autor:****Luca Malagoli** | *E-mail:* lcmalagoli@gmail.com

Ricercatore Rtda, Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, Sezione Filosofia e Sociologia del diritto. Ringrazio Pierluigi Chiassoni per aver letto (e per aver fornito numerosi suggerimenti utili a migliorare) una prima versione del presente lavoro. Ringrazio, inoltre, Natalina Stamile per le preziose indicazioni bibliografiche relative all'opera di Müller, nonché per l'approfondita discussione di alcuni dei temi centrali dell'articolo.

Artigo Convidado.