

IL PENSIERO GIURIDICO POST-TESTUALISTA: IL CASO DEGLI STATI UNITI

DUNCAN KENNEDY

1. IL PARADOSSO DELLA TEORIA CRITICA DEL DIRITTO AMERICANA

Nella cultura giuridica americana e, in generale, in quella di *common law* «ciò che viene interpretato» è talvolta chiamato «il testo», sia esso un documento emanato dallo stato, la costituzione federale o una legge. Nei sistemi di *common law*, ciò che nel giudizio viene interpretato è meglio indicato dall'espressione «i materiali giuridici», espressione con la quale si intende, principalmente o per lo più, qualsiasi caso gli avvocati ed i giudici, mediante le loro normali tecniche retoriche, possano rendere rilevante per la decisione. Certo, anche queste opinioni giudiziali sono dei testi, benché non promulgati o non «validi», e le tecniche attraverso le quali colui che partecipa al dibattito raccoglie insieme casi rilevanti e poi manipola le parole contenute nelle opinioni giudiziali sono classicamente tecniche interpretative e retoriche. La teoria giuridica americana, in opposizione alla cultura giuridica americana, pone una certa enfasi sulla differenza esistente tra Costituzioni, leggi e casi e sulla differenza tra le tecniche interpretative che si addicono ai diversi tipi di autorità. Tuttavia, stranamente la sottolineatura operata in questo senso appare debole. È molto più comune prendere per certo che un «testo» complesso, quale la Costituzione o il Codice Commerciale Unico, sia differente al proprio interno, tale da sembrare quantomeno condurre in diverse direzioni, in modo molto simile ad una

raccolta di diritto giurisprudenziale. La teoria giuridica americana, qualunque sia la politica che la orienta, è interessata alla questione se il nostro diritto di origine giudiziale, sia esso derivato dalle costituzioni, da documenti legislativi o dai casi, abbia rappresentato il mezzo di cui i giudici si sono serviti per la realizzazione dei propri progetti politici e, stando così le cose, se ciò sia un esito inevitabile anziché un'anomalia. Si tratta del problema comunemente formulato nell'interrogativo se vi siano tecniche giuridiche interpretative capaci di subordinare la politica dell'interprete alla politica (se ve n'è una) interna al materiale giuridico autoritativo, qualunque cosa esso sia. Il presente saggio adotta tale prospettiva.

Questo articolo si prefigge due scopi: in primo luogo, quello di contribuire allo sforzo che il diritto comparato rivolge verso la distinzione tra ciò che chiamerò «il legalismo critico americano» — una strana combinazione di radicale fiducia e di radicale diffidenza nei confronti del diritto — e le tendenze dell'Europa Occidentale. In secondo luogo, il lavoro si propone di spiegare la loro differenza identificando la corrente «virale» della critica dell'ideologia nel pensiero giuridico americano.

In Europa, sino a poco tempo fa, la posta in gioco nel conflitto ideologico generale è stata più alta che negli Stati Uniti. Liberali (social-democratici) e conservatori hanno difeso il centro contro una sinistra comunista ed una destra fascista o autoritaria che hanno effettivamente detenuto il potere e costantemente minacciato di prenderlo. Negli Stati Uniti né la posizione comunista né quella fascista ha avuto uno spazio che non fosse marginale per il dibattito. Per altro verso, negli Stati Uniti, la posta in gioco della creazione di diritto per via giudiziale è stata più alta che in Europa, poiché, con riguardo sia al diritto privato che a quello costituzionale, le corti hanno svolto un ruolo più importante nella vita politica. Liberali e conservatori hanno entrambi perseguito progetti tesi ad accrescere la creazione del diritto attraverso l'azione delle corti. Buona parte del corpo complessivo del diritto non possiede dirette basi legislative, e buona parte di questo diritto porta il segno inconfondibile delle *agenda* liberali e conservatrici.

Una prima conseguenza di questo contesto americano caratterizzato da politiche centriste, in cui assume importanza il potere giudiziario, è che le dispute intorno allo stato di diritto sono state differenti rispettivamente nelle due culture politiche. In Europa, molto più che negli Stati Uniti, la certezza del diritto è

stata un importante elemento nel dibattito tra centro liberal-conservatore, da un lato, e sinistra e destra estreme, dall'altro. Il centro ha fatto dello stato di diritto il cuore del proprio programma, insieme con i diritti umani e la democrazia rappresentativa basata su libere elezioni. Ciò ha sviluppato la dicotomia tra legislazione e giurisdizione, mediante le distinzioni tra politica e diritto, oggettivo e soggettivo, responsabilità verso la democrazia e responsabilità professionale, come efficace posizione normativa.

Estrema sinistra ed estrema destra hanno avuto la tendenza ad abbracciare la certezza del diritto, così come i diritti umani e le libere elezioni, ma solo in via di principio, disprezzandoli invece sul terreno pratico. Il centro ha combattuto contro le posizioni di estrema destra ed estrema sinistra, sia esaltando l'astratto valore della legalità, sia celebrando la sua effettiva, per quanto occasionalmente compromessa, realizzazione nelle democrazie occidentali. Questo modo di guardare al problema riveste talora importanza nella politica americana, dove l'estrema sinistra e l'estrema destra, nei conflitti con il centro, assumono il ruolo di immaginari «capri espiatori». Tuttavia, fatta eccezione per brevi momenti negli anni Novanta del secolo scorso, negli anni Trenta, e nei tardi anni Sessanta di questo secolo, la minaccia allo stato di diritto (ai diritti umani ed alla regola di maggioranza) è stata percepita come una minaccia proveniente dall'estero.

All'interno, la certezza del diritto è apparsa in modo prominente, soprattutto nel costante dibattito generato dall'alternativa appropriazione del sistema giudiziario da parte di liberali e conservatori, come veicolo per i loro progetti conflittuali nell'ambito del centro. Il sistema americano di separazione dei poteri si è tradotto per lungo tempo in un'alternanza tra liberali e conservatori nel controllo dell'attività legislativa e di quella giudiziale. Quando ciò accade, i conservatori, dominanti nell'esercizio del potere legislativo, rivolgono i loro attacchi ai giudici liberali, accusandoli di creare diritto attraverso l'attività giudiziale, ed i giuristi liberali difendono il loro operato affermando che esso non è altro che fedeltà al diritto. Quando i ruoli si invertono, i liberali accusano le corti, composte in maggioranza da conservatori, di comportarsi da legislatori mascherati ed i conservatori elaborano una difesa.

Di fronte alla critica dello stato di diritto avanzata dai *Critical Legal Studies* (d'ora in avanti CLS) americani, gli europei che, riflettendo, non la assimilano alle precedenti critiche di ascendenza marxista tendono a spiegarla riconducendola alla carenza

di esperienza storica degli americani. Poiché non abbiamo avuto esperienza né del fascismo né del socialismo reale, noi critici saremmo ingenuamente propensi a giocare col fuoco, mettendo in questione un pilastro centrale della politica nella moderna età di barbarie¹. Questa idea non è assurda, per quanto, certo, non serva come difesa contro qualsiasi particolare argomento sostanziale. La cultura politica americana cautamente centrista, prima periferica e poi imperiale, ma continentalmente isolata, ha fornito una sorta di ambiente protetto per bizzarre mutazioni intellettuali.

Tuttavia, la tesi dell'ingenuità manca di considerare che la corrente principale della cultura giuridica americana è vivamente legata non solo all'astratta idea della supremazia della legge come immagine politica, ma anche a qualcosa che appare agli europei come pericolosamente vicino alla norma giurisprudenziale. Molto spesso si è argomentato che questa tendenza americana a trasformare questioni politiche in questioni giuridiche si spiega con l'assenza sia di una cultura politica che di una cultura di classe che renda possibile la stabilità.

In altre parole, gli americani debbono affermare la centralità del giudice perché, se non avessero una comune religione civica fondata sul diritto, la loro eterogenea società potrebbe andare in pezzi. Lungi dall'essere degli ingenui che possono permettersi di giocare col fuoco, essi sono vincolati al legalismo da storici timori non meno intensi, benché differenti, da quelli degli europei. La critica di sinistra/moderna-postmoderna del diritto sembra impazzita negli Stati Uniti non perché ignora la «lezione della storia», secondo cui mettere in questione i cardini della cultura politica e giuridica conduce al comunismo ed al fascismo, ma perché sembra rinunciare al generale attaccamento, proprio di liberali e conservatori, nei confronti della norma ed al timore verso il disordine interno causato dall'assenza di autorità da parte del potere giudiziario.

Per quanto la critica di sinistra moderna/post-moderna sia in questo senso aberrante, essa è, in un altro senso, rappresentativa. È un'estensione della forte preoccupazione nutrita dalla cultura giuridica americana per le tecniche di critica dei regimi giuridici sostantivi e delle opinioni giudiziali che li razionalizzano. Qui, ancora, il contrasto con la cultura giuridica europea è chiaro ed

¹ A. CARRINO, *Ideologia e coscienza: «Critical Legal Studies»*, ESI, Napoli 1992, pp. 45-51.

ampiamente accettato come tale, ma gli elementi in grado di spiegarla sono complessi. Non v'è dubbio che la critica sia oggetto di insegnamento come base della formazione giuridica che avviene attraverso lo studio dei casi e che venga istituzionalizzata nell'ambiente giuridico accademico come un elemento presente in ogni lavoro accademico convenzionalmente accettabile.

Il problema è perché gli americani vedano la sostanza del diritto e le opinioni giudiziali, che quella spiegano e giustificano, come pervasivamente problematiche, nonostante il loro incrollabile attaccamento culturale alla norma di origine non solo legislativa ma anche giudiziale. Un altro modo di porre il problema consiste nel chiedersi perché Dworkin sia il teorico del diritto moderno americano più rappresentativo. Si ricordi che, come quella dei suoi precursori, Cardozo, Llewellyn, Fuller, Hart e Sacks, la tesi centrale della prospettiva di Dworkin è che un giudice può mantenere fede alla certezza del diritto anche nei casi «più difficili». Nondimeno, pur non dovendo egli legiferare, non può aspettarsi che le sue opinioni, anche nei casi che in Europa sarebbero considerati di normale applicazione del metodo della coerenza, siano accettate come oggettive, dimostrabili o non controverse. A differenza che in Europa, il giudice americano ideale di Dworkin sembra avere potere e responsabilità infiniti, ma praticamente nessuna autorità, se per autorità intendiamo una concezione culturale secondo cui le norme da lui create sono presuntivamente valide perché esterne alla politica.

2. CIVIL LAW VERSUS COMMON LAW

Come per il versante critico di questa strana combinazione, una prima reazione europea consiste nello spiegare la critica sulla base dell'idea secondo cui il diritto sostanziale sarebbe in un certo senso irrazionale, cioè di fatto intrinsecamente incoerente, logicamente incompleto ed alla mercé della discrezionalità giudiziale istituzionalizzata. La spiegazione più semplice fornita nella prospettiva europea è quella ingenuamente continentale che riconduce entrambi questi tratti del *common law* alla differenza che lo divide dal diritto codificato.

Vi sono due aspetti in questa contrapposizione: in primo luogo, la teoria formale del *civil law* è che il giudice crea diritto solo nel senso ristretto di dover formulare una norma per il caso particolare, mai nel senso di contribuire ad una decisione che

sarà fonte di diritto per casi futuri. Si suppone che il giudice successivo ignorerà la soluzione del caso precedente e possa decidere un caso simile in un modo del tutto differente, se la sua interpretazione del Codice lo richiederà. Il giudice, comunque, non deve attendersi che alla propria versione venga dato peso in futuro. La possibilità che si dia conflitto giuridico è qui di gran lunga minore che in un sistema di *common law*, proprio perché v'è assai meno diritto.

Per altro verso, v'è qui una maggiore presenza di diritto nel senso che i consociati immaginano che una quantità di questioni maggiore rispetto a quanto accade nei sistemi di *common law* venga regolata per via legislativa, attraverso un organo democraticamente eletto. Inoltre, questo diritto è creato per mezzo di un processo che promuove coerenti sistemi statutari piuttosto che qualche compromesso *ad hoc* ed incoerente, risultante sia dal processo legislativo che dalla giurisprudenza.

Nei Paesi europei, secondo questa prospettiva alquanto *naïve*, l'attività legislativa trarrebbe beneficio sia dalla base ideologica — ossia coerente sotto il profilo politico, per quanto «soggettiva» — del sistema partitico che dell'alto livello proprio della tecnica giuridica europea. I codici civili fondamentali riflettono l'ideologia liberale del XIX secolo, elaborata da brillanti studiosi piuttosto che da comitati legislativi². La legislazione sociale moderna può essere incompatibile, sotto il profilo concettuale, con queste fondazioni, ma essa ugualmente riflette una risposta sociale coerente con il liberalismo classico, elaborata da professori di idee moderatamente di sinistra, soltanto in qualche modo meno illustri.

Ciò significa che il giudice, il quale deve interpretare il diritto alla luce del criterio della coerenza dispone di una notevole quantità di coerenza con cui lavorare. Può darsi che egli debba procedere secondo l'ideologia del liberalismo classico del XIX secolo un giorno, e secondo quella della democrazia sociale il giorno successivo, ma, fatta eccezione per rari giorni, quando il materiale legislativo suggerisce che debba al medesimo tempo seguire entrambe, egli si atterrà al diritto invece di appellarsi alla propria personale filosofia politica (tantomeno alle sue personali opinioni ideologiche).

I comparativisti americani ed i teorici europei eccentrici hanno, a mio parere, piuttosto efficacemente ridimensionato la

² F. NEUMANN, *The Democratic and The Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, ed. Herbert Marcuse, Free Press, Glencoe (Ill.) 1957, pp. 22-68.

distinzione tra i due sistemi. Non sembra necessario passare in rassegna il lavoro che comincia con Jhering³, prende inizio in America con Dawson⁴, e continua nell'opera di teorici come Belaid⁵ e Lasser⁶. Per i nostri fini, è sufficiente sottolineare che né la produzione di norme giurisprudenziali né la prospettiva critica è ormai popolare in Inghilterra, la Grande Cibile del *common law*, più che in Francia o in Germania. Possiamo forse attribuire l'idea positivista inglese del diritto «che si esaurisce» ai capricci del *common law*, ma, al di là di quello, la cultura giuridica inglese non sembra essere né costruita intorno all'idea della centralità del giudice né critica, ma semplicemente formalista. La distinzione tra sistema di *civil law* e sistema di *common law* può essere il punto di partenza per il nostro confronto, ma certamente non può rappresentare l'unica spiegazione per il paradosso americano.

3. DIRITTO INGLESE VERSUS DIRITTO AMERICANO

Certo v'è una spiegazione inglese, tronfia, piuttosto che ingenua. È l'idea secondo cui il preteso potere di controllo in ambito giudiziale «abbandonò le corti americane su un mare di giudizi di valore controversi, e divenne chiaro che, nell'esercizio di questi ampi poteri di controllo non solo sulla forma e sulle procedure dell'attività legislativa ma anche sul suo contenuto, le corti fossero impegnate in qualcosa di veramente diverso da ciò che il pensiero giuridico convenzionale in tutti i Paesi intende per normale funzione giudiziaria: l'applicazione imparziale di determinate norme giuridiche esistenti per la soluzione di dispute»⁷.

Il controllo dell'attività giudiziale è all'origine della concezione americana dell'attività giudicante come «incubo», concezione secondo cui, spesso o sempre, l'aspettativa che il giudice sarà un'«obiettiva, imparziale, erudita e munita di esperienza bocca

³ R. VON JHERING, *The Heaven of Legal Concepts*, in M. COHEN-F. COHEN (eds.), *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Little Brown, Boston 1951, p. 678.

⁴ J. DAWSON, *The Oracles of The Law*, University of Michigan Law School, Ann Arbor 1968.

⁵ S. BELAID, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, L.G.D.J., Paris 1974.

⁶ M. LASSER, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, in «Yale Law Journal», 104 (1995), pp. 1325-1410, p. 1325.

⁷ H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream*, in «Georgia Law review», 11 (1977), pp. 969, 971.

del diritto» è «condannata a venire disattesa». La «concezione cinica» — quella che, chiaramente, io stesso accolgo — afferma che «se la tua Costituzione ha reso diritto ciò che in qualunque altro luogo sarebbe politica, lo ha fatto a rischio di politicizzare le tue corti»⁸. H.L.A. Hart spiega tanto il realismo giuridico quanto ciò che ho denominato la versione americana della tesi della coerenza, secondo la quale il giudice non ha mai bisogno di agire da legislatore nel senso forte del diritto inglese, come reazioni al «peccato originale» commesso dai giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti, i quali si sono avvalsi di «miti convenzionali intorno all'attività giudiziale per far passare le loro personali convinzioni politiche ed economiche improntate ai principi del *laissez-faire*», impegnandosi poi, un paio di generazioni più tardi, in una «cripto-legislazione» liberale come nel caso della sentenza sull'aborto⁹.

Come vedremo, Hart abbracciò una visione pessimistica sia della versione realista dell'«incubo» che dell'opposto tentativo di costruire le teorie della coerenza, le quali renderebbero quantomeno immaginabile che il giudice possa evitare di agire come legislatore. Difenderò una versione moderna/post-moderna della concezione dell'«incubo». È importante per la difesa che il criticismo giuridico americano risponda non solo ai principi della revisione costituzionale ma anche ad una varietà di altre caratteristiche della cultura giuridica americana. Per questa ragione è difficile per i teorici del diritto americani immaginare che, se soltanto il Presidente della Corte Suprema, il giudice Marshall, fosse stato più sensibile nei confronti del «pensiero giuridico convenzionale di tutti i Paesi», avremmo potuto restare fuori da qualsiasi problema. Anzi, l'eccezionale risposta americana ad Hart potrebbe essere che questi insoliti fattori culturali, *insieme con* la pratica inusuale del controllo giurisdizionale, portino a delle svolte nel pensiero giuridico, così come ai vicoli ciechi nichilistici e romantici che egli identifica¹⁰.

Per spiegare il caso americano, oltre che al sistema di *common law* (visto in contrapposizione al sistema di *civil law*), si può operare un riferimento all'esperienza americana del federalismo. Fino alla nascita della Comunità Europea, con il suo complesso

⁸ *Ivi*, p. 972.

⁹ *Ivi*, pp. 972-973.

¹⁰ U. MATTEI, *Why the Wind Whanged: Intellectual Leadership in Western Law*, in «American Journal of Comparative Law», 42 (1994), pp. 195, 205.

programma di armonizzazione dei sistemi giuridici, solo pochi comparativisti europei (come, per esempio, Rodolfo Sacco¹¹) hanno prestato attenzione all'esistenza di norme giurisprudenziali conflittuali, derivate, in diverse giurisdizioni, da identiche disposizioni contenute nei codici. Ma ogni Corte Suprema statale americana getta almeno uno sguardo a soluzioni provenienti dall'esterno dei suoi confini, e gli studiosi di diritto che intendono scrivere su qualche tema concernente il diritto privato debbono essere comparativisti.

Una seconda conseguenza del federalismo fu che le corti federali dovevano decidere quale ruolo svolgere quando chiamate ad arbitrare conflitti tra stato e federazione. È importante vedere quanto superficiale fosse la concezione di Hart: anche se la Corte Suprema degli Stati Uniti avesse rifiutato di eliminare le leggi federali in contrasto con la costituzione federale, avrebbe dovuto stabilire il da farsi circa l'esplicita giurisdizione per decidere casi in cui uno stato fosse parte in causa, e circa conflitti tra diritto statale e diritto federale. Questo tipo di giurisdizione pubblica, come quella della Corte d'Europa oggi, portà con sé questioni cariche di significato politico, senza che vi siano discussioni tese a stabilire se ai giudici sia richiesto di applicare un diritto «più alto» contro la scelta attuata nella legislazione.

Il senso in cui conflitto e scelta sono pervasivi ed inevitabili deve molto anche alla circostanza storica per la quale le giurisdizioni americane dovettero importare il loro diritto dall'Inghilterra nella prima parte del secolo XIX, in un contesto ideologico che enfatizzava il carattere «liberale», in senso lato, della società americana, opponendola al sistema britannico, relativamente «feudale» e «tecnico». L'esperienza della recezione è stata tenuta viva nel presente con la creazione di nuove condizioni, con l'istituzione di organi giudiziari locali e non con il *common law*, come nell'Europa Occidentale.

Un terzo fattore che distingue gli Stati Uniti dall'Europa Occidentale («tutti i Paesi» di cui parla Hart) è che la pratica del diritto, inclusa quella giudiziaria, iniziata nel XIX secolo, era negli Stati Uniti molto più eterogenea sotto il profilo sociale e politico che nel Vecchio Mondo. Quando Tocqueville descriveva i giuristi come un'aristocrazia, egli si riferiva al loro *status* ed al loro potere e non andava affermando che essi fossero un «ordine» nel senso

¹¹ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in «American Journal of Comparative Law» 1 (1991), p. 343.

europeo, con tutto ciò che questo implicherebbe, come la nomina quasi ereditaria e la presenza di efficaci norme interne in grado di definire cosa è legale e cosa non. L'attitudine dei giuristi e dei giudici americani verso il diritto era relativamente sperimentale e strumentale, proprio perché molti di loro erano giunti a ricoprire cariche importanti in modo improvviso, fossero essi reazionari fattisi dal nulla o populisti indipendenti. Sin dall'inizio si comprese che costituiva un fatto rilevante sotto il profilo giuridico chi venisse a ricoprire la carica di giudice.

Per Hart, «le più note decisioni della Corte Suprema sono state così importanti e nel contempo così essenzialmente controverse e così diverse da quanto le corti ordinarie fanno nel decidere i loro casi, che nessuna seria teoria né filosofia del diritto potrebbe evitare di domandarsi con quale concezione generale della natura del diritto tali poteri giudiziari fossero compatibili»¹². La sua implicita risposta è: con nessuna concezione generale. Certo, tuttavia, non è l'importanza delle decisioni né il loro carattere controverso a sollevare la questione, ma solo il fatto che esse siano «diverse da ciò che le corti ordinarie fanno». Nello scenario del federalismo e della recezione, oltre che dell'eterogeneità sociale e politica dei giudici e dei giuristi, che cosa fosse ordinario era molto meno chiaro di quanto non lo sia ancora in Inghilterra.

4. INCUBO SULLA STRADA PRINCIPALE

Intendo sostenere che il carattere al tempo stesso critico e «fiducioso» della coscienza giuridica americana, la sua paradossale combinazione di scetticismo e fiducia, deve molto alla giustapposizione, storicamente contingente, di tre fattori. La posta ideologica della creazione di diritto per via giudiziale è stata alta, sia nei casi concernenti il diritto costituzionale che in quelli di *common law*, a livello federale come a livello statale, le risorse della tradizione giuridica sono state relativamente scarse, date le insolite questioni poste, e le simpatie dei giudici si sono drammaticamente spostate nel tempo, anziché rimanere stabilmente conservatrici. Per queste ragioni, sia che noi vediamo ciò come un peccato originale o come l'occasione per comprendere, l'opinione

¹² HART *American Jurisprudence* cit. p. 971

giudiziale, importante ma problematica sotto il profilo giuridico, è ovunque presente nella cultura giuridica americana.

Comincio da quella che sembra essere un'asserzione non controversa, secondo cui l'alta posta in gioco, una scarsa tradizione, e personale giudiziario non stabile avrebbero fatto sì che gli antagonisti ideologici di particolari decisioni o tendenze decisionali abbiano avuto un forte interesse a, e qualche speranza di, gettare discredito sul ragionamento giudiziale a favore di esiti per loro sgradevoli. Questo tipo di attacco apparve presto nella storia della Repubblica quando i giudici federali della Corte Suprema elaborarono la dottrina del giudizio costituzionale definitivo, insieme con un diritto legato a poteri nazionali forti entro il sistema federale, contro una costante opposizione da parte dei giuristi jeffersoniani e jacksoniani. Alla fine di quel periodo, vi fu un drammatico capovolgimento di posizioni, poiché le forze favorevoli alla schiavitù presero a difendere il potere federale di far rispettare la legge sugli schiavi fuggiti. Allora la Corte Suprema, nella sentenza del caso «Dred Scott», intervenne con maggior vigore a favore della schiavitù nelle politiche nazionali abolendo il Compromesso del Missouri.

Dopo la guerra civile, corti statali e federali svolsero un ruolo più importante sia in direzione dello sviluppo di un diritto comune del lavoro (relativamente) favorevole ai dipendenti sia nel porre limiti costituzionali alla legislazione in materia sociale. Negli anni Trenta, la Corte Suprema degli Stati Uniti invalidò buona parte del primo *New Deal*.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, la struttura politica della situazione subì un nuovo rovesciamento, poiché le Corti Supreme relativamente liberali si confrontarono su una vasta gamma di questioni con uno stato più conservatore e con maggioranze legislative federali. La Corte invalidò alcune iniziative legislative che sanzionavano membri del Partito Comunista americano, e poi attaccò la pratica esecutiva ed il diritto statutario sulla divisione in distretti legislativi, i diritti della difesa in ambito penale, la segregazione razziale e l'aborto.

Nel diritto privato, le corti supreme statali «rivoluzionarono» il diritto in materia di danno in generale, in materia di proprietà/locazione e in materia di difesa dei consumatori in particolare, senza abolire nessun apprezzabile numero di leggi, ma non senza produrre una massiva reazione degli interessi d'affari e dei loro difensori in ambito giuridico. Quando i conservatori cominciarono a riprendere il controllo delle corti, negli anni Settanta ed Ottan-

ta, i liberali cambiarono «impudentemente» posizione ancora una volta, diventando entusiastici sostenitori dello *stare decisis* ed attaccando giudici come Robert Bork ed Antonin Scalia, etichettandoli come giudici legislatori che vestono i panni dei paladini della costruzione rigorosa e dell'intenzione originaria.

La maggior parte degli attacchi a particolari decisioni giudiziali ed a corsi di decisioni si sono basate sull'idea che vi fosse un corretto esito giuridico favorevole alla posizione politica del critico. Quanti criticavano le opinioni di Marshall sulla prima clausola commerciale sostennero che la corretta interpretazione della costituzione avesse come risultato i diritti degli stati. I critici accademici del caso «Brown contro il Ministero dell'Istruzione» argomentarono che i cambiamenti nel diritto non potevano essere giustificati sulla base di «principi neutrali». Poiché la corte pervenne ad un esito non corretto sotto il profilo giuridico, essa si era impegnata in un'attività di legislazione per via giudiziale. Si trattava di attività legislativa per via giudiziale nel senso forte dell'imposizione dei «giudizi di valore» o dell'ideologia della corte sul popolo, in contrasto con quanto richiesto dallo stato di diritto.

Naturalmente, ogni intervento giudiziale controverso ha i suoi sostenitori così come i suoi detrattori. Nella concezione liberale, la soluzione del caso «Brown contro il Ministero dell'Istruzione» era corretta non perché i giudici non avessero altra scelta che quella di legiferare, cosicché, qualunque cosa essi decidessero sarebbe stata inevitabilmente politica nel senso della «grezza preferenza legislativa», ma perché essa rappresentava l'esito *legalmente* corretto. Siamo abbandonati ad una familiare commedia moralistica, in cui il problema è se l'ideologia personale dei giudici o la «politica di parte» prevalga sul loro giuramento di interpretare il diritto anziché di demolirlo.

5. LA CRITICA ALL'ATTIVITA' GIUDICANTE NEL CONTESTO DELL'ALTA POSTA

Ciò che più colpisce della cultura giuridica americana non è che le decisioni delle corti in casi caricati di valenza politica sollevino queste appassionate discussioni intorno a che cosa il diritto «realmente» richieda. Ciò che colpisce è che il contesto della controversia ha anche prodotto, e qui Hart aveva fondamentalmente ragione, una particolare forma, specificatamente nazionale, di *critica accademica interna del ragionamento giuridico*.

Sia i liberali che i conservatori, favorevoli a particolari corsi di decisione, di fronte all'accusa di legittimare la legislazione per via giudiziale hanno dovuto rispondere mostrando non solo la correttezza della decisione sotto il profilo giuridico, ma anche come l'attività giudicante, in astratto o in specifici casi, *potesse differire* dall'attività legislativa, pur essendo interpretazione, anziché mera applicazione, di norme.

All'inizio del secolo, gli Stati Uniti sperimentarono un lungo periodo in cui i conservatori dettennero il controllo dell'attività giudiziaria ed i liberali quello dell'attività legislativa, un periodo che sembrava poter durare per sempre. Moltissimi liberali semplicemente continuarono ad argomentare che ogni particolare decisione giudiziale conservatrice costituiva attività legislativa per via giudiziale, perché esisteva una risposta giuridica corretta, che le corti trascuravano in favore della loro soggettiva preferenza ideologica. Ma alcuni liberali «non potevano più accettare questo» e cominciarono ad individuare il problema nell'assenza di risposte giuridiche corrette a tali questioni. Era il momento della svolta nella cultura giuridica americana, la «nascita del virus».

I liberali combinarono le posizioni dei teorici del «diritto libero» tedeschi e francesi con la tesi del positivismo inglese, secondo cui la produzione di diritto per via giudiziale è inevitabile quando quest'ultimo «si esaurisce». Era particolarmente probabile che esso si esaurisse nei casi politicamente controversi, così che i giudici decidevano allora in quello che pareva un modo smaccatamente conservatore. Qualunque cosa essi dicessero di stare facendo, secondo questa nuova generazione di critici, in quei casi i giudici operavano delle scelte. Anzi, in questa prospettiva, la convinzione generale che vi fossero risposte corrette sviava i giudici stessi, costringendo i loro pregiudizi ad esprimersi «inconsciamente»¹³.

Il presente saggio costituisce un tentativo di sviluppare ed estendere questa forma americana di critica interna. A mio

¹³ Per esempio: «Seguendo la tendenza prevalente nelle opinioni giudiziali, (questa opinione) perviene alla propria conclusione principalmente per mezzo di un processo di ragionamento deduttivo, muovendo da premesse apparentemente fisse, che si suppone siano stabilite da casi precedenti. Il fatto che, in ultima analisi, la decisione sollevi nozioni politiche considerate consapevolmente o meno dai membri della corte è pertanto incluso nel retroterra». W.W. COOK, *Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life*, in «Yale Law Journal», 27 (1918), pp. 779-801, in particolare pp. 779-783. Si veda anche R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, in «Columbia Law Review», 8 (1908), pp. 605-623, in particolare p. 605.

parere, è principalmente attraverso questo programma, piuttosto che attraverso la filosofia o la teoria politica, che gli intellettuali americani hanno partecipato al più ampio progetto, a diffusione mondiale, della critica di sinistra. La teoria giuridica americana è una delle *enclave* quasi autonome, come la teoria marxista occidentale, la fenomenologia e l'ermeneutica, ed ora la teoria letteraria, dove questo progetto si è sviluppato alla stregua di un sartriano «verme nel cuore dell'essere».

6. GENEALOGIA RIASSUNTIVA DELLA CRITICA DELL'IDEOLOGIA NELL'ATTIVITA' GIUDICANTE

I *Critical Legal Studies* hanno elaborato il progetto di resuscitare i lidi critici nel periodo precedente la Prima Guerra Mondiale del pensiero progressista e del Realismo giuridico, cosicché possiamo rivendicare una tradizione per le nostre posizioni altamente controverse nel dibattito giuridico accademico interno, trovando al tempo stesso una collocazione in un quadro più ampio. Non mi prefiggo qui di «far rivivere» questo passato nella sua irriducibile particolarità storica, ma di fornire una delucidazione della situazione attuale, identificando una genealogia per particolari elementi della sintesi moderna. Mi limito ad affermare che autori, quali Holmes, Hohfeld, Terry, Walter Wheeler, Cook, Felix Cohen, Hale e Llewellyn, individuarono le tecniche fondamentali e le proposizioni basilari della pratica odierna.

Il modo in cui tali studiosi guardarono a queste scoperte ed il modo in cui le adattarono entro le loro più generali posizioni giuridiche, politiche e culturali, furono diversi. Nessuna delle loro posizioni sembra assolutamente avvicinarsi, nel complesso, a quella accolta da noi, che affermiamo di essere loro eredi. In particolare, nessuno di loro sembra avere quello che noi chiamiamo un progetto critico, inteso come qualcosa di distinto da una pratica critica. Essi spesso inventarono tecniche critiche come parte di operazioni di dissodamento del terreno per i loro sforzi «ricostruttivi», le loro idee a proposito di come i giudici potessero evitare il dilemma di assumere un ruolo centrale sotto il profilo politico senza un metodo giudiziale razionale degno di rispetto.

Ad oggi, il gruppo dei loro eredi comprende lo studioso che sviluppi un'elaborata critica dei primi tentativi di razionalizzare un campo, e poi offra la propria alternativa. Quest'ultima affonda

senza lasciare traccia, ma la critica non solo opera effettivamente nel suo oggetto, ma sopravvive come un modello per future operazioni di distruzione¹⁴.

Vi sono due parti nell'eredità realista: la critica alla coerenza del sistema del diritto privato in materia di contratti, proprietà e danno, e la critica della presunta neutralità ideologica della decisione giudiziale nei casi difficili. La critica alla coerenza della dottrina del diritto privato era l'esito del tentativo di razionalizzare il *common law*, dopo la fine del sistema scritto ed alla luce del più sofisticato pensiero europeo. Essa comprendeva due tendenze, che potremmo denominare rispettivamente nichilista e contraddizionista. La tendenza nichilista fu sintetizzata al meglio da Terry, il teorico più brillante del tardo XIX secolo nel settore del diritto sul danno, il quale spese la propria vita nel tentativo di capire la coerenza di questo nuovo campo del diritto. La sua ultima opera sul tema fu pubblicata nel 1903 e fornì un motto a tutti coloro che lo seguirono (per non dire che esso fu un'anticipazione del famoso arretramento di Hart dalla posizione espressa nella sua terza *Holmes Lecture*):

«Non v'è alcuna regola generale per determinare quali doveri giuridici esistano, quali atti siano comandati o vietati dal diritto. Molto lavoro e molta ingenuità sono stati impiegati nel tentativo di trovare qualche criterio generale per stabilire che cosa sia legalmente corretto e cosa non, per trovare una base generale di imputabilità giuridica. Ma inutilmente; non ve ne sono. Diversi atti sono comandati o impediti per varie ragioni, generalmente sulla base di valutazioni di convenienza; ed essi sono differenti a seconda del luogo e del periodo. Al riguardo, il diritto si presenta dotato di un carattere puramente arbitrario o positivo, ed i doveri esistenti in ogni particolare sistema giuridico devono semplicemente essere appresi separatamente»¹⁵.

Ma l'assenza di una «regola generale» non era la conclusione della storia. Il versante contraddizionista della critica alla coerenza dottrinale cominciò con la proposizione, implicita nell'orientamento nichilista come l'ho appena definito, secondo cui i teorizzatori europei dei codici erano in errore, ed i loro critici avevano ragione. Né il diritto pubblico o privato europeo né quello americano potevano, di fatto, essere descritti come fondati sull'individualismo (o come liberali in senso classico). Di più:

¹⁴ Per esempio, L. TRIBE, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, in «Yale Law Journal», 89 (1980), pp. 1063-1080, in particolare p. 1063.

¹⁵ *Legal Duties and Rights*, in «Yale Law Journal», 12 (1903), n. 4, pp. 185-212, in particolare pp. 185, 188.

l'individualismo applicato al diritto *non poteva* generare un coerente sistema giuridico. La mossa successiva sembra non aver mai preso piede in Europa, benché tale impressione possa essere errata; peraltro, può darsi che la mossa sia stata fatta ma sia stata poi mandata in frantumi dalla rinata ortodossia e dai timori politici da me sopra descritti.

Questa mossa consisteva nell'affermare che non vi fosse modo di risolvere particolari lacune, conflitti e ambiguità nel sistema esistente, senza far ricorso alla politica (*policy*), ossia alla scelta, nel contesto specifico, tra i confliggenti ideali dell'individualismo e dell'«interdipendenza» («collettivismo» o «altruismo») oppure, all'interno dell'individualismo, tra l'ideale dell'autonomia privata e l'ideale della protezione statale contro la frode e la coercizione. La «politica» (*policy*) risulta essere il mezzo per versioni invertite, consapevolmente o meno, del dibattito ideologico generale tra, per esempio, liberalismo e conservatorismo. L'idea decisamente più moderata della prima generazione di progressisti era che la scelta tra differenti politiche fosse «legislativa».

Così Terry sbagliava quando affermava che «il diritto si presenta dotato di un carattere puramente arbitrario o positivo e i doveri esistenti in ogni particolare sistema giuridico debbono semplicemente essere appresi separatamente». Non si devono apprendere le regole separatamente, perché, nella prospettiva contraddizionista, esse sono altamente organizzate anziché puramente arbitrarie. Si dà il caso che esse abbiano proprio una logica dualistica piuttosto che monistica.

Ecco qui un tipico esempio. I problemi etici toccati dal diritto contrattuale, come io li vedo, scaturiscono da quattro idee elementari:

1) *L'idea del danno*, ossia l'idea che si debba pagare per le offese inflitte a qualcuno. Applicato alle promesse, ciò significa che si debba pagare per le perdite che altri subiscono per aver avuto fiducia nelle nostre promesse.

2) *L'idea della transazione*, ossia l'idea che colui che acquista qualcosa di valore, promettendo di pagare un prezzo concordato per esso, debba pagare al venditore il prezzo pattuito.

3) *L'idea della promessa*, ossia l'idea che le promesse sono vincolanti per loro stessa natura e debbono essere mantenute in tutti i casi.

4) *L'idea del quasi-contratto*, ossia l'idea che colui che riceve qualcosa di valore da altra persona deve pagare per essa, a meno che non l'abbia ricevuta sotto forma di dono spontaneo.

Queste idee, che a prima vista paiono comuni e complementamente armoniose, sono in realtà profondamente in conflitto l'una con l'altra. La prima e la quarta procedono dalla premessa secondo cui ciò che è giusto sia da conoscersi dopo il fatto, e che è compito della corte correggere qualsivoglia conseguenza di un rapporto volontario tra persone possa giudicarsi ingiusta. La seconda e la terza discendono dalla premessa secondo cui ciò che è giusto è da conoscere prima del fatto in transazioni alle quali le parti partecipano volontariamente, e sulla base del presupposto per cui spetta alle parti stabilire il giusto e l'ingiusto all'inizio delle transazioni. Il conflitto tra questi due punti di vista è perenne; esso può venire tracciato lungo la storia del diritto contrattuale e può riscontrarsi in quasi ogni questione controversa in materia contrattuale; non v'è ragione di pensare che di esso ci si possa liberare né di supporre che i compromessi attualmente raggiunti in materia saranno in qualche modo più permanenti di altri precedentemente individuati¹⁶.

La nostra forma culturalmente specifica di critica all'ideologia sottesa alle opinioni dei giudici, in casi che non potrebbero essere

¹⁶ G. GARDNER, *Observations on the Course in Contracts*, «(1934) poi in L. FULLER-R. BRAUCHER, *Basic Contract Law*, West, St. Paul 1964, p. 151. Il padre del contraddizionismo nel diritto sembra essere stato Rudolph Von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Breitkopf und Hartel, Leipzig 1852-65. Alcune tra le opere principali del contraddizionismo realista e post-realista, come io lo vedo, sono: K. LLEWELLYN, *What Price Contract. An Essay in Perspective*, in «Yale Law Journal», 40 (1931), p. 704; L. FULLER, *Consideration and Form*, in «Columbia Law Review», 41 (1941), p. 799; F. KESSLER-E. FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract*, in «Harvard Law Review», 77 (1964), pp. 401-449, in particolare p. 401; S. MACAULAY, *Private Legislation and the Duty to Read-Business Run by IBM Machine, the Law of Contracts and Credit Cards*, «Vanderbilt Law Review», 19 (1966), pp. 1051-1121, in particolare p. 1051; G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, Ohio 1974. Le varianti critiche e quasi-critiche sono ben rappresentate da D. KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in «Harvard Law Review», 89 (1976), p. 1685; F. OLSEN, *The Sex of Law*, in D. KAIRYS (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Pantheon, New York 1990, pp. 453-467, p. 473; E. MENSCH, *Book Review*, in «Stanford Law Review», 33 (1981), p. 753 (Recensione di P. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*; P. BREST, *The fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, in «Yale Law Journal», 90 (1981), pp. 1063-1109, in particolare p. 1063; R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986; F. MICHELMAN, *Justification (and Justifiability) of Law*, in J.R. PENNOCK-R. CHAPMAN (eds.), *Justification: Nomos XXVII*, New York University Press, New York 1986, p. 71; R. GORDON, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, «Florida State Law Review», 15 (1987), p. 195; J. SINGER, *The Reliance Interest in Property*, «Stanford Law Review», 40 (1988), pp. 611-751, in particolare p. 611.

risolti attraverso la mera deduzione, seguiva da questa critica alla coerenza:

(a) la spiegazione che un giudice può offrire del proprio modo di rispondere ad un problema giuridico non funziona, nel senso davvero specifico che essa fallisce nel tentativo di stabilire che l'interpretazione della norma fosse richiesta dai materiali o di individuare quella che meglio si adatta a questi, o qualsiasi altra cosa.

(b) Ma è chiaro che la scelta tra le due regole aveva un significativo effetto sull'esito di un conflitto ideologico di gruppo.

(c) L'unica base razionale della decisione sembra consistere nel considerare e valutare questi effetti sul conflitto ideologico di gruppo e di scegliere tra gli argomenti dei due campi ideologici presenti. La decisione è «inevitabilmente» una questione di «politica» (*policy*).

(d) Poiché la scelta non è adeguatamente spiegata dall'opinione, poiché la considerazione razionale dei suoi effetti inevitabilmente comporta il riferimento alla «politica» (*policy*), e dal momento che le questioni di politica sono aperte alla controversia ideologica, è plausibile che quanto il giudice faceva nel caso fosse legiferare sulla base della propria *agenda* ideologica (da non confondersi con le *agenda* «personali» nel senso delle preferenze per il gusto del gelato o con l'attaccamento ad una squadra sportiva).

La mia idea è che vi sia un effettivo, drammatico, momento storico, in cui questa strategia critica venne per la prima volta formulata. Fu nel 1894, quando Oliver Wendell Holmes pubblicò il suo articolo, *Privilege, Malice and Intent*¹⁷. Nel discutere il recente diritto del lavoro inglese ed americano ed i casi di *antitrust* del *common law*, egli scrisse questa frase: «La base per la decisione in realtà si riduce ad una questione di politica dalla natura alquanto delicata, concernente il merito del beneficio particolare che l'imputato intende ottenere, e suggerisce la possibilità che giudici con differenti propensioni in materia economica possano decidere in modo diverso tale caso, quanto posti faccia a faccia con il problema»¹⁸. Il resto è storia.

¹⁷ O. WENDELL HOLMES, *Privilege, Malice, and Intent*, in *Collected Legal Papers*, Buffalo, William S. Hein, N.Y. 1985, p. 117 (originariamente in «*Harvard Law Review*», 8 (1984), pp. 1-14, in particolare p. 8).

¹⁸ *Ivi*, p. 128.

Parte (a) di questo genere di critica fa appello a *standards* «universali» di consistenza, che si suppone siano convincenti per chiunque, indipendentemente dal contesto e da vincoli particolari. Si tratta di una critica interna e testuale dell'opinione particolare, che mostra come la catena del ragionamento sia internamente difettosa, in un modo che vanifica la sua stessa pretesa di necessità. Non v'è alcuna presunzione di avere identificato nel testo una prova del «pregiudizio» del giudice. Anzi, la tecnica funziona meglio su opinioni che si presentano come totalmente estranee ad ogni discorso ideologico.

Per esempio, Holmes criticò le opinioni poggianti sulla massima giuridica: «sic utere tuo ut alienum non laedas» (fa uso della tua proprietà in modo tale da non arrecare danno a quella altrui), considerandole problematiche¹⁹. La questione da decidere era quale delle due parti fosse legittimata ad arrecare danno all'altra senza obbligo di risarcimento. Hohfeld criticò una specifica serie di opinioni intorno al conflitto tra lavoro e capitale sulla base del fatto che esse assumevano erroneamente che un tipo di diritto ne implicasse un altro del tutto differente.²⁰

Nel 1935, Felix Cohen riassunse i risultati di due generazioni di questo genere di analisi:

«In ogni campo del diritto (...) troviamo concetti peculiari, che non sono definiti né in termini di fatto empirico né in termini etici, ma che vengono usati per una risposta a simili domande empiriche ed etiche e che, pertanto, ostruiscono la strada ad una ricerca intelligente intorno a fatti sociali e politiche sociali. *Entità collettiva, diritti di proprietà, giusto prezzo, e giusto processo* sono concetti di questo genere. E così pure i concetti di *titolo, contratto, cospirazione, premeditazione, prossima causa*, e tutto il resto delle magiche «parole risolutive» della giurisprudenza tradizionale. Gli argomenti giuridici espressi in questi termini sono necessariamente circolari, poiché detti termini sono essi stessi creazioni del diritto, e tali argomenti aggiungono alla nostra cono-

¹⁹ *Ivi*, p. 120. «Perciò, le decisioni a favore o contro il privilegio, che in realtà possono poggiare solo su ragioni (politiche), spesso sono presentate come finte deduzioni da vuote proposizioni generali, come la proposizione «*sic utere tuo ut alienum non laedas*» (usa la tua proprietà in modo da non arrecare danno a quella altrui)» che non impartisce nient'altro che un desiderio benevolo, o altre sono poste come se esse stesse includessero un postulato del diritto e non ammettessero ulteriore deduzione, come quando si dice che, benché vi sia un danno temporaneo, non v'è ingiustizia; là dove quanto deve essere individuato è proprio se vi sia ingiustizia oppure no e, in quest'ultimo caso, perché no».

²⁰ W. N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «Yale Law Journal», 23 (1913), p. 16. Si veda J. SINGER, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in «Wisconsin Law Review», 1982, pp. 975-1059, in particolare p. 975.

scenza esattamente quanto la scoperta del medico di Molier che l'oppio fa dormire perché contiene un principio che induce sonnolenza²¹.

La sarcastica sicurezza di questo passaggio nasconde la sua reale debolezza. Come vedremo, non è facile distinguere tra concetti che soddisfano la richiesta di Cohen di definizione in termini di fatto o etica e concetti che non la soddisfano. Ma quanto intendo sottolineare qui è che, per quanto generale, nel senso che attraversa tutto il diritto, questa critica si presenta in un modo che chiamerò «minimale». È minimale perché essa accortamente evita due più forti ma opposte affermazioni critiche. (1) Essa *non* afferma che le opinioni dei giudici non ci convincono mai della necessità, sotto il profilo giuridico, del risultato o che il diritto «per sua stessa natura» non può mai determinare un risultato o che, a causa della «costruzione sociale», il diritto è «inevitabilmente» una costruzione ideologica, o qualcosa del genere. (2) Neppure, per converso, essa afferma che il ragionamento giuridico produca un risultato necessario a favore della questione di diritto che il giudice escluse nella decisione. In nessun modo si afferma che egli abbia violato (intenzionalmente o non) il dovere della fedeltà interpretativa.

Il secondo passo dell'argomento è di carattere davvero differente. Esso consiste nel sottolineare la posta distributiva della decisione, il suo impatto sul conflitto ideologico di gruppo. In altre parole, una volta stabilito che il giudice ha esercitato un potere dello stato senza un'adeguata giustificazione giuridica, cerchiamo di capire «*cui bono?*». L'appello è alla conoscenza comune, una volta che una rozza analisi empirica ha mostrato quale realmente sia, dietro i tecnicismi, la posta in gioco. Anche qui vi fu una svolta, riassunta in due proposizioni di Robert Hale:

«Il valore di mercato di una proprietà o di un servizio è semplicemente una misura della forza del potere contrattuale della persona che deve l'una o che rende l'altra, sotto i diritti giuridici particolari che il diritto gli fornisce, e le restrizioni giuridiche che ciò pone agli altri. Avere differente potere contrattuale giustificato in termini economici, semplicemente perché ciascuna delle parti ottiene il valore di mercato di ciò che vende, e non di più né di meno, significa porre il problema»²².

²¹ F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in «Columbia Law Review», 35 (1935), pp. 809-849, in particolare pp. 809, 820.

²² R. HALE, *Bargaining, Duress and Economic Liberty*, in «Columbia Law Review», 43 (1943), pp. 603-628, in particolare pp. 603, 625-626.

Hale aprì un intero campo di indagine, mostrando che le retrostanti norme di proprietà, contrattuali e in materia di danno apparentemente meno problematiche erano, in «realtà», sofisticati interventi regolatori, attraverso i quali lo stato condizionava gli esiti del conflitto economico²³. Poiché, in base all'ipotesi dell'orientamento contraddizionista, questa serie di norme non aveva alcuna «logica», non poteva trarre origine da una coerente teoria economica individualistica, v'era la possibilità di scegliere tra possibili interpretazioni guardando a queste conseguenze distributive. Come nel caso di Cohen, c'era una debolezza: l'assenza di una definizione della disparità di potere contrattuale.

Il terzo passo consiste nell'affermare che il problema, *nel caso particolare* (non in ogni caso), «è inevitabilmente una questione di politica (*policy*)». Ciò significa che i materiali giuridici ed il ragionamento giuridico non potrebbero risolvere il problema, non potrebbero vincolare il giudice, in un modo che gli permetterebbe di decidere senza fare riferimento ad argomenti contestati sul terreno ideologico.

Questo passaggio trova sostegno nel passo (a), dove veniva dimostrato, mediante l'appello a *standard* di razionalità ampiamente o universalmente condivisi, che l'opinione non riusciva a stabilire alcun tipo di necessità giuridica. (Essa si avvaleva di un falso argomento). Eppure la critica interna non poteva, certo, stabilire che fosse impossibile, nel caso particolare, scrivere un'opinione che avrebbe anzi generato un senso di limitazione delle possibilità o di vincolo a favore dell'esito effettivo.

La quarta tappa non è nulla più di un'asserzione: dato che il giudice non offriva alcuna convincente spiegazione giuridica, e dato che una base razionale di decisione avrebbe dovuto prendere in considerazione l'impatto della regola di decisione sul conflitto di gruppo ideologicizzato, non ha forse senso pensare che l'ideologia avesse un qualche ruolo? Il significato di ideologia in questo contesto potrebbe essere rozzo e specifico — giudici a favore della classe operaia prendono decisioni favorevoli alla classe operaia — o più raffinato. Ed il teorico critico potrebbe prendere di mira nel giudice qualcosa come l'impegno ideologico, o semplicemente ciò che ho chiamato una «preferenza» ideologica, come nelle «simpatie in materia economica» di Holmes, per esempio.

²³ D. KENNEDY-F. MICHELMAN, *Are Property and Contract Efficient?*, in «Hofstra Law Review», 1980, p. 711.

Con il nuovo secolo i teorici critici cercavano in genere di persuadere il loro uditorio che particolari sezioni di diritto controverso, conservatore, di origine giudiziaria rappresentavano il prodotto di legislazione giudiziaria, e che erano sbagliate. Essi tendevano a favorire nei giudici un'attitudine alla deferenza verso le maggioranze legislative ed una franca considerazione degli inevitabili fattori «legislativi» da parte dei giudici che, facendo il *common law*, creano la regola giudiziale.

Ma essi, contrariamente alla popolare visione accademica corrente del realismo giuridico, non equiparavano l'attività legislativa alla politica. Le loro analisi di casi particolari mostravano le falle nel processo del ragionamento e suggerivano con vigore influenze ideologiche ed altri tipi di influenze «soggettive», offrendo tuttavia qualche forma di «analisi politica» come alternativa. Non v'era nessuna affermazione che l'attività giudicante fosse irrimediabilmente ideologica²⁴. Ciò valeva anche per famosi «cattivi ragazzi», come Jerome Frank²⁵, Thurman Arnold²⁶, Joseph Hutcheson²⁷ e Max Radin²⁸, i quali tutti ridimensionarono il «mito della certezza».

Questa posizione consentiva un'alleanza con i critici liberali, i quali credevano che vi fossero risposte corrette — liberali — alle questioni scottanti del tempo, ma che non ci si potesse attendere che i giudici conservatori vi pervenissero. Negli anni, alcuni membri di entrambi i gruppi di critici sostennero progetti come l'abolizione del controllo giurisdizionale, la codificazione di ampie aree del diritto, la creazione di agenzie amministrative esterne per il controllo dell'operato dei giudici, l'elezione di giudici per brevi periodi, una radicale facilitazione del processo di emendamento costituzionale, o altro.

Che tali cambiamenti vi fossero stati o meno, tuttavia, velocemente si comprese che il successo della critica all'attività

²⁴ Si veda F. COHEN, *Transcendental Nonsense*; W. WHEELER COOK, *Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life*, in «Yale Law Journal», 27 (1918), pp. 779-801, in particolare p. 779. Su Holmes, si veda T. C. GREY, *Molecular Motions: the Holmesian Judge in Theory and Practice*, in «Wm. & Mary Law Review», 27 (1995), p. 119.

²⁵ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, P. Smith, Gloucester (Mass.) 1970.

²⁶ T. ARNOLD, *The Folklore of Capitalism*, Garden City, Blue Ribbon, N.J. 1941; T. ARNOLD, *Symbols of Government*, Yale University Press, New Haven 1935.

²⁷ J. HUTCHESON, *The Judgement Intuitive: The Function of the «Hunch» in Judicial Decision*, in «Cornell Law Quarterly», 14 (1929), pp. 274-288, in particolare p. 274.

²⁸ M. RADIN, *The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think*, in «A.B.A. Journal», 11 (1925), p. 357.

giudicante per se stessa minacciava ulteriori conseguenze. Se il diritto giurisprudenziale, almeno in questi casi controversi, è *necessariamente* basato su considerazioni di ordine legislativo, allora esso è discutibilmente non valido, perché è il potere legislativo che dovrebbe legiferare sotto la regola del voto di maggioranza e la responsabilità democratica. Il fatto che molti considerassero il diritto — sia liberale che conservatore — creato dai giudici in casi importanti sotto il profilo politico come presuntivamente non valido in questo senso potrebbe cambiare la nostra cultura politica.

Il cambiamento nella teoria giuridica americana, l'emergere di una critica interna dell'attività giudicante, è perciò un fatto chiaramente pericoloso. Sia i liberali che i conservatori hanno un interesse verso l'autorità giuridica in generale, come parte dell'impegno liberale e conservatore verso la fedeltà allo stato di diritto. Ed essi hanno nutrito differenti interessi particolari nei confronti dell'autorità del diritto, intesa come supporto per le specifiche *agenda* da loro perseguite attraverso l'attività giudicante quando essi controllavano la magistratura.

Penso sia abbastanza comune vedere la storia del pensiero giuridico americano del XX secolo come la prosecuzione del dibattito su come trattare la tendenza «virale» della critica interna, con le posizioni che vanno dall'assoluto rifiuto, al compromesso, all'assoluta accettazione. Nel corso del dibattito, la pratica della stesura dell'opinione, la sua difesa come legittima forma di creazione di diritto, e la critica stessa, hanno attraversato molte trasformazioni e numerosi sviluppi.

Il corso del dibattito è stato fortemente influenzato dal fatto di essere una parte distinta del più generale confronto tra sinistra e destra. La critica è stata (a) uno sviluppo dell'attacco, proveniente dall'ala della destra generale, a particolari norme ed al potere giudiziario in generale, e (b) in se stessa priva di logiche connessioni con la politica di sinistra.

Il primo argomento è storico: quanti hanno iniziato e quanti hanno sviluppato la critica ne hanno fatto un uso sempre più frequente contro particolari vittorie dell'ala conservatrice nelle corti, e in generale contro la produzione di norme per via giudiziale. Essi hanno scelto abbastanza naturalmente di adattare l'evoluzione della critica, la sua difesa ed il suo sviluppo, ai loro progetti di sinistra politica. Quasi tutte le classiche istanze della critica interna, l'affermazione del carattere inevitabile del ricorso

alla politica (*policy*), e l'accusa di ideologia, sono dirette da liberali o radicali contro regole e giudici conservatori.

Ma v'è un'intera cultura giuridica di sinistra che rifiuta la strategia rappresentata dalla critica e che abbraccia la posizione massimalista, secondo cui ciò che è sbagliato nel modo in cui i giudici decidono è il fatto che essi raggiungono risultati errati sotto il profilo giuridico, in altre parole, il fatto che, in qualche circostanza, la Costituzione, i documenti legislativi le leggi ed il *common law* davano vittoria alla sinistra, ma i giudici la afferrarono servendosi di argomenti giuridici spuri²⁹. V'è anche una piccola parte della cultura giuridica conservatrice che accoglie la critica³⁰. Non penso ciò significhi che essi abbiano «commesso un errore» nel valutare le vere implicazioni delle loro posizioni ideologiche generali. Ci soffermeremo maggiormente su questo punto più avanti. Per il momento semplicemente sostengo che non esiste nulla di intrinsecamente liberale o di intrinsecamente conservatore nella prospettiva critica.

Abbiamo bisogno ora di un'estensione. I realisti e i loro successori tra i CLS portarono la critica dell'opinione giudiziale oltre la dimostrazione che essa contenesse una fallacia logica. Anche un'opinione giudiziale priva dei noti errori del formalismo può non essere una convincente dimostrazione del carattere necessitato della decisione. In particolare, molte opinioni mancano di convincere poiché, a dispetto dell'impeccabile logica interna, non trovano chiare risposte ai loro argomenti.

In *The Bramble Bush*³¹ e nel suo famoso articolo, *Canons on Statute*³², Llewellyn sviluppò questa nozione attraverso ciò che chiamerei una formalizzazione «strutturalista» degli argomenti e contro-argomenti per estendere e restringere precedenti e leggi. Egli riassumeva la propria teoria del precedente in un linguaggio che si applica, *mutatis mutandis*, seguendo la diffusione del virus,

²⁹ Per un esempio, si veda D. RICHARDS, *Constitutional Legitimacy and Constitutional Privacy*, in «New York University Law Review», 61 (1986), pp. 800-862, in particolare p. 800 (sul caso «Bowers contro Hardwick»).

³⁰ Per esempio, R.A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990, pp. 124-143.

³¹ K.N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush, or Our Law and Its Study*, Oceana Publishing, New York 1960.

³² K.N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to be Constructed*, in «Vanderbilt Law Review», 3 (1950), pp. 395-406, in particolare p. 395.

alla sua teoria dell'interpretazione statutaria ed alla teoria dei CLS dell'argomento fondato sulla politica (*policy*):

«Ciò che desidero imprimere profondamente nelle vostre menti intorno alla dottrina del precedente, perciò, è la sua natura duplice. È un Giano bifronte. Desidero sottolineare come essa non sia una dottrina, né un orientamento dottrinale, ma due, e due che, *applicate al medesimo tempo al medesimo precedente, sono in reciproca contraddizione*. Intendo, cioè, rimarcare che v'è una dottrina per liberarsi dei precedenti ritenuti problematici ed una dottrina per utilizzare i precedenti che paiono utili, che queste due dottrine esistono l'una accanto all'altra. Il medesimo giurista nel medesimo scritto, il medesimo giudice nella stessa opinione, può usare una dottrina, quella tecnicamente rigorosa, per escludere metà dei casi precedenti cui si riferisce, e usare l'altra dottrina, quella meno rigorosa, per costruire l'altra metà»³³.

Lasciatemi brevemente sottolineare che Llyewellyn era un contraddizionista senza essere un nichilista e che non legò gli elementi da lui identificati nell'argomento del precedente o in quello statutario al liberalismo o al conservatorismo del suo tempo. Llyewellyn non era un teorico critico. Inoltre, sto semplicemente presentando la sua conclusione, una conclusione chiaramente controversa, ed anche più controversa quando estesa oltre l'argomento dall'autorità all'argomento politico in generale. La mia tesi è che quando un'opinione giudiziale dispiega argomenti stereotipati senza riconoscere che vi sono contro-argomenti stereotipati ugualmente plausibili per ciascuno, essa fallisce in un modo analogo a quello dell'opinione che contiene un errore logico.

Ma è solo una questione di analogia. Diversamente dalla critica interna «pura», l'affermazione che le opinioni non sono convincenti perché negano ostinatamente ciò che chiamo il carattere «semiotico» dei loro stessi argomenti non può poggiare su *standards* di razionalità ampiamente o universalmente accettati. Se si possa dire che il discorso giuridico abbia questa organizzazione stereotipata è questione su cui si può discutere, e per ciascuna opinione data non vi sono *standards* di «persuasione» chiaramente condivisi.

Quando vale per il programma minimalista, questa forma di argomento si astiene in ogni modo dall'affermare che tutte le opinioni debbono necessariamente essere non convincenti perché scritte in linguaggio giuridico. Allo stesso modo si guarda dal sostenere che il giudice sia un peccatore perché è venuto meno

³³ LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, cit., p. 68 (corsivi nell'originale).

alla fedeltà interpretativa ed ha raggiunto il «risultato errato». La formulazione è: questa opinione sembra aperta ad una risposta che la rende nulla, non attraverso la critica interna ma attraverso il confronto con la sua immagine speculare sull'altro versante. Dato che non c'è una base apparente all'interno *del diritto* per scegliere tra opinione e immagine speculare e dato che le due opinioni rappresentano opposte posizioni ideologiche su una questione concernente il conflitto di gruppo, sembra plausibile supporre che l'ideologia influenzi la scelta del giudice.

Il corpo combatte il virus. Con riguardo sia alla questione della coerenza di particolari nuclei del diritto che alla questione del metodo giudiziario utilizzato nei casi difficili, gli sforzi «ricostruttivi» sono in costante progresso. La risposta del minimalismo critico è una critica interna di ogni ricostruzione. L'obiettivo è quello di mostrare che questo particolare resoconto di come i giudici possano essere neutrali non funziona. Il resoconto ha lasciato spazio all'ideologia, oppure presenta domande contraddittorie, o qualsiasi altra cosa. Il progetto critico costruisce nel tempo sia mediante specifici esempi, che demoliscono specifiche ricostruzioni, sia per mezzo di aggiunte al repertorio delle consuetudini critiche iterabili. Gli studenti del primo anno della facoltà di giurisprudenza possono oggi imparare ed usare la critica specifica di Holmes al «sic utere tuo» e la critica di Hohfeld alla derivazione delle pretese dai privilegi.

Su questa base, vi sono ulteriori dispute ideologiche tra critici e difensori di particolari gruppi di norme giuridiche (per esempio il diritto del lavoro, le norme contro la discriminazione razziale, quelle prodotte dalle amministrazioni locali, le norme *antitrust*, quelle in materia di responsabilità professionale, e il diritto internazionale). I critici lavorano a problematizzare le norme discutendo le opinioni giudiziali ed i lavori accademici che le spiegano; i difensori cercano di produrre nuove e migliori spiegazioni. Piuttosto a parte v'è una disputa tesa a stabilire se le critiche problematizzino con successo l'idea stessa di neutralità del giudice. Nessuna delle due parti è disposta a «vincere» soltanto. Come in altre battaglie ideologiche; ad essere contestata è la definizione stessa della posta in gioco e dell'esito.

Non esiste alcuna teoria che minacci di porre fine all'attuale conflitto ideologico intorno al metodo costringendo ad un consenso su come i giudici possono e dovrebbero essere neutrali. Anzi, l'attuale molteplicità di teorie della neutralità; tra loro contraddittorie, appare come una potente, per quanto certo non

definitiva, refutazione di quelle. Sono un ammiratore dei lavori in cui tali teorie vengono espresse e delle reciproche critiche in esse contenute. Accolgo la critica di Dworkin a Posner³⁴, insieme con la critica di Altman a Dworkin³⁵ e quella certo imminente da parte di Fiss ad Altman, e la critica di Posner a Fiss (se ve n'è una) e così via.

Riassumerei la situazione nel modo seguente. Nella cultura giuridica americana, il graduale accumulo di abitudine alla critica significa che gli oppositori possono guidare un formidabile sistema di delegittimazione nei confronti della produzione del diritto per via giudiziaria in situazioni di conflitto ideologico di gruppo. È difficile scrivere una convincente opinione giudiziale, un'opinione che generi l'esperienza del vincolo giuridico, in qualsiasi caso in cui gli oppositori della regola decisionale scelta decidono di rifiutare questa tecnica. La creazione di diritto attraverso l'attività giudicante è sospettata di essere ideologia mascherata³⁶.

Dall'altra parte, se si paragona il progetto della necessità giuridica ad una sorta di «boccia d'oro», nessuno ha trovato la falla fatale che ci permetterebbe di spazzarla via con un solo colpo. La critica efficace è «locale», anche quando nell'essere locale si rivolge all'intera teoria della neutralità giudiziale. Anche localmente, il ricorrere incessante della determinatezza è tanto parte della nostra esperienza quanto sua incessante dissoluzione in critica.

7. CONTINENTE VERSUS STATI UNITI

La teoria giuridica continentale appare decisamente estranea agli americani, forse perché se anche quasi tutto della nostra cultura giuridica — spesso tradotta letteralmente — è presente nella loro, nulla sembra avere il medesimo «significato». Certo, v'è nella teoria giuridica una tradizione critica continentale. Ecco qui una

³⁴ R. DWORKIN, *La ricchezza è un valore?*, trad. it. in ID., *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano 1990, pp. 271-309, in particolare p. 271.

³⁵ A. ALTMAN, *Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin*, in «Philosophy and Public Affairs», 1986, p. 205.

³⁶ «Il linguaggio era il lavoro del giudice Presidente della Corte Suprema William Rehnquist e quattro altri membri designati dei Presidenti Reagan e Bush. L'allineamento non si rivelò felice, poiché propose dedizione ad un'agenda ideologica piuttosto che ad un principio giuridico» (Editoriale, *New York Times*, 29 marzo 1991, p. A22).

classificazione, senza dubbio seriamente distorta perché ho una familiarità decisamente maggiore con il pensiero italiano che con quello di qualsiasi altro Paese europeo.

Critiche esterne. Una critica esterna accetta l'idea che il diritto, inteso nel suo complesso o in qualche sua parte, sia coerente, ma lo critica o per la sua origine sospetta o per i suoi effetti indesiderabili. Il primo tipo di argomento mostra che la coerenza deriva non da un fattore esterno di legittimazione, quale il volere popolare od il concetto astratto di giustizia, ma da un fattore delegittimante. I due maggiori fattori esterni di delegittimazione popolare sono l'ideologia individualista liberale ed i rapporti di produzione capitalistici. Una critica esterna orientata agli effetti concede (o afferma) la coerenza e poi sviluppa un'analisi delle indesiderabili conseguenze sociali che derivano di fatto dalle regole. Le critiche esterne possono essere sia di sinistra che di destra. Certo, si può perseguire al medesimo tempo una critica esterna ideologica ed una materialista delle origini e combinare entrambe con una critica materialistica degli effetti, come nel Marxismo classico³⁷.

Critica interna globale. Si possono distinguere due tipi di critica interna globale: quella analitica e quella sociologica. Le critiche analitiche riguardano la forma della norma e sono forse esemplificate al meglio dall'insistenza di Kelsen sul fatto che ogni applicazione della regola è creazione di una nuova regola, o dalle varie applicazioni della teoria di Wittgenstein, Derrida, ecc. La critica sociologica è la teoria inclusa nel programma della sinistra europea a favore della regolamentazione del mercato, dell'economia mista e dello stato sociale. Essa è perennemente in conflitto con l'approccio «formale» al diritto, sostenendo una riforma giuridica ed una teoria dell'interpretazione antiformalistiche e, in ultima istanza, un'epistemologia alternativa per la teoria giuridica.

Il formale vs. il sociale. Dimensione formale e dimensione sociale si trovano opposte l'un all'altra a vari livelli.

a) Dimensione formale. Diritto privato e mercato (proprietà, contratto e danno, implicitamente conservatore), libertà e diritti individuali (norme giuridiche); astrazione e deduzione (una bella dogmatica); una logica piramidale delle norme; rigorosa separa-

³⁷ Per una descrizione ed una critica delle versioni americane di questi approcci, si veda D. KENNEDY, *Paternalist and Distributive Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in «Maryland Law Review», 41 (1982), pp. 563, 575-583.

zione tra potere giudiziario e potere legislativo; positivismo giuridico e scienza giuridica; tradizione; certezza e stasi; ecc.

b) Dimensione sociale. diritto pubblico e agenzie amministrative; bisogno e diritti sociali; *standards* giuridici; contesti e fatti (un eccellente studio empirico; una logica olistica dell'organizzazione sociale; l'adattamento dei poteri alle situazioni (per esempio, i tribunali dei lavoratori); positivismo scientifico e sociologia; modernità; flessibilità ed evoluzione; ecc.

Commenti. Per prima cosa, la dimensione formale e la dimensione sociale sono opposte sia al fascismo che alla teoria leninista della dittatura del proletariato; essi condividono la fede nei diritti, nella regola di maggioranza e nel principio di legalità. I difensori della dimensione sociale non sono meno vincolati alla fedeltà interpretativa di quanto non lo siano i difensori della dimensione formale (in Italia, essi fanno appello alle clausole generali della Costituzione del 1948, che sanciscono i diritti fondamentali ed il ruolo dello Stato nella loro protezione). In secondo luogo, ogni versante considera l'esistenza dell'altro un'imperfezione — ciascuno immagina che l'incoerenza del diritto moderno, la sua caotica combinazione di elementi formali e sociali, potrebbe e dovrebbe essere curata dal proprio trionfo sull'altro polo. L'aspirazione è alla coerenza, anche se la nostra condizione è quella dell'incoerenza. Il meraviglioso *Les juristes face a la societe* di Andre-Jean Arnaud è un lamento per la soppressione del sociale nella scienza giuridica francese, piuttosto che una critica della dicotomia³⁸. In terzo luogo, come ho osservato sopra, il ruolo del giudice non è problematico nella misura in cui è possibile situare ogni questione particolare all'interno di una sotto-categoria di una dottrina coerente con un modello o con l'altro. Quarto, i principali giocatori nello scontro tra sostenitori della dimensione formale e sostenitori della dimensione sociale del diritto sono le *intelligibentiae* dei partiti politici, le quali cercano di imporre l'una o l'altra prospettiva attraverso l'attività legislativa (piuttosto che attraverso il diritto di fonte giudiziale) e quella degli scienziati giuridici, *ma non attraverso i giudici*.

C'è una forte somiglianza tra la corrente sociale continentale e il legalismo liberale americano. In primo luogo, essi sono politicamente allineati, e possono fruttuosamente prendere a prestito

³⁸ A.-J. ARNAUD, *Les Juristes face a la societe du XIXe siecle a nos jours*, Presses Universitaires de France, Paris 1975. Si veda anche S. RODOTA', *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1992. Vi può essere un'aspirazione al superamento della dicotomia, ma con mezzi informali.

l'uno dall'altro innovazioni dottrinali e istituzionali. Secondariamente, in ciascuno dei due casi, gli operatori prendono il diritto sul serio, nel senso che aspirano a vincere le loro battaglie ideologiche in modi giuridicamente corretti. In terzo luogo, essi condividono idee come quelle di contesto e fatti ed una diffusa fiducia che la scienza sociale favorisca il progresso; si pensi a quando Earl Warren fa riferimento al famoso studio di Kenneth Clark sugli scolari di colore, al fine di contestare l'idea che la separazione possa realizzare l'eguaglianza di trattamento.

La differenza più importante è che la corrente sociale è sia più critica che meno critica del legalismo giuridico americano. Essa è in continua battaglia non con il conservatorismo, ma con un intero approccio conservatore al diritto, quello consapevolmente formale. La prospettiva formale non esiste negli Stati Uniti se non come una forma di reazione, perché il realismo giuridico se ne disfò, e promosse un ibrido in cui l'argomento a carattere politico viene incluso in aggiunta al ragionamento deduttivo sia nelle opinioni cosiddette liberali che in quelle conservatrici. Per questa ragione, gli esponenti della sinistra europea possono vedere la dimensione sociale come opposta a quella formale a molti più livelli che a quello meramente dottrinale, là dove i liberali ed i conservatori americani mescolano ed uniscono gli stessi elementi sociali e formali nei loro scritti giuridici e nella loro teoria giuridica. (Warren ed i suoi successori liberali ricorrono normalmente al formalismo proprio della prospettiva libertaria, fautrice dei diritti civili).

I teorici giuridici liberali differiscono dai conservatori negli esiti da loro preferiti e nella diffusa «visione della buona società» da loro condivisa, una concezione che va oltre la dimensione giuridica e risulta basata più sulla «compassione», meno sulla «fiducia di sé», e così via. I teorici continentali, però, non elaborano quel tipo di critica interna e di ricostruzione fiduciosa delle opinioni giudiziali che è centrale nella teoria critica del diritto americana. Conseguentemente, non hanno sviluppato le particolari pratiche e tecniche, trasmesse di generazione in generazione attraverso il metodo costruito sullo studio dei casi e la discussione socratica in classe, caratterizzanti la cultura giuridica americana. Così essi non hanno dovuto difendersi dai progetti del

realismo giuridico e dei CLS, consistenti nella generalizzazione e nella radicalizzazione di queste tecniche nella forma «virale»³⁹.

La conseguenza della radicalizzazione è stata, pressoché in ciascuna delle altre generazioni, una profonda sfida alla possibilità e persino alla desiderabilità del tipo di coerenza che i teorici continentali continuano a considerare certa *all'interno* della dimensione formale ed *all'interno* della dimensione sociale. Benché qualcuno si impegnasse in una di queste periodiche sfide, la corrente sociale continentale mi sembra talora persino meno critica del legalismo giuridico conservatore americano, proprio perché non ha mai dovuto confrontarsi con, né adattarsi ai, successi di un movimento locale come quello della critica interna minimalista. Tale movimento spingerebbe i teorici critici continentali a difendere la dimensione sociale non solo contro quella formale e contro la critica esterna marxista, ma contro una critica interna che potrebbe apparire organizzata intorno ai seguenti punti.

Primo, ciascuna delle due dimensioni (formale e sociale) è presente nell'altra, cosicché quando un esito sembra seguire dall'adottare in via esclusiva l'una o l'altra, ciò si deve *probabilmente* al fatto che qualcuno ha commesso l'errore di sovrastimare il suo carattere determinato. La domanda se qualsiasi cosa segua dal porsi entro la prospettiva formale come opposta a quella sociale, o viceversa, coinvolge tutte le complesse questioni di teoria giuridica cui ho accennato sopra, discutendo la critica realista dell'attività giudicante.

Secondo, gli elementi conflittuali di ciascuna prospettiva sono presenti in ciascuno di noi, cosicché abbiamo a che fare con una contraddizione tra le nostre stesse concezioni, piuttosto che con un'opposizione tra gruppi⁴⁰. I difensori della dimensione sociale, non meno dei fautori di quella formale, venerano un'Idea di Ragione che non funziona per risolvere i problemi nel modo in cui

³⁹ Due tendenze europee che non sono «critiche», ma che hanno qualcosa in comune con la tendenza «virale» americana, sono la «Scuola di Bruxelles» (cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. Nuova retorica*, Einaudi, Torino 1966. (Ma è unita alla ragione pratica per tutta la sua preoccupazione verso la semiotica del *topoi*), e la «Scuola di Sacco» in Italia (si veda SACCO, *Legal Formants*, cit. Ma Sacco è un classico critico esterno, nel senso che crede che i «formanti giuridici» determinino le regole giuridiche per mezzo di una dogmatica giuridica indeterminata.

⁴⁰ Si veda KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, cit., pp. 1685, 1710-1711.

essi pensano faccia, ma funziona per rinforzare il potere sociale dei suoi devoti.

Non sono affatto sicuro che questo sia corretto o, parimenti, che il pensiero critico continentale del diritto risulti fruttuosamente analizzato nei termini della dicotomia formale/sociale⁴¹. Ma sono sicuro che il *tipo* di analisi che ho appena cercato di tracciare, combinando la critica interna minimalista, il nichilismo e la tendenza contraddizionista, sia tipico dell'orientamento dei CLS americani e per nulla comune in Europa.

8. REGNO UNITO VERSUS STATI UNITI

Ci troviamo ora nella posizione di chiedere perché la corrente americana dominante, rappresentata da Dworkin, abbia rifiutato la soluzione inglese e non abbia «schiettamente» riconosciuto il fatto che il giudice, volente o nolente, agisce da legislatore quando il «diritto si esaurisce». Mi sembra chiaro che la risposta sia la seguente: data la presenza dell'orientamento «virale» nel pensiero giuridico americano, tale ammissione minaccerebbe di condurre ad una delegittimazione del diritto statunitense che sarebbe «eccessiva» in due sensi. In primo luogo, essa toccherebbe un numero troppo esteso di dottrine, dato che la critica alla produzione giuridica per via giudiziale è presente in ogni campo del diritto. In secondo luogo, la delegittimazione risulterebbe avere un impatto troppo rilevante, dal momento che le decisioni dei giudici nei casi difficili gettano le basi per un vasto numero di conflitti ideologici di gruppo nei quali liberali e conservatori individuano un'alta posta in gioco. In altri termini, ciò che è in questione nel dibattito intorno al metodo giudiziario che — diversamente interpretato — si esprime nelle posizioni dei realisti, dei loro successori e di tutte le generazioni dei teorici americani che aderiscono alla prospettiva ricostruttiva, da Cardozo a

⁴¹ Per una versione in qualche modo più completa della critica nel testo, si veda D. KENNEDY, *Comment on Rudolph Wietholter's «Materialization and Proceduralization of the Category of Law»*, in C. JOERGES-D. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988. La critica alla distinzione tra *private law* e *regulative law* è da me sommariamente trattata in D. KENNEDY, *The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum*, in «Seton Hall Law Review» 14 (1983), p. 1. Sulla distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, si veda D. KENNEDY, *The Stage of The Decline of the Public/Private Distinction*, in «U.Pa.Law Review», 130 (1982), p. 1349.

Llewellyn e Fuller, attraverso Hart e Sacks fino a Dworkin, dipende dal modo in cui il potere di creare diritto per via giudiziale rappresenta una posta in gioco per liberali e conservatori.

(Traduzione dall'inglese di Elena Pariotti)