

Luca Malagoli

We Subscribe to No Label

Studi apologetici per

John Chipman Gray, Felix S. Cohen e Karl N. Llewellyn



Teoria del Diritto e Mondo Contemporaneo

2

Collana diretta da:

Pierluigi Chiassoni
(Università di Genova)

Maria Cristina Redondo Natella
(Università di Genova)

Giovanni Battista Ratti
(Università di Genova)

Comitato Scientifico

Manuel Atienza
(Universidad de Alicante)

Mauro Barberis
(Università di Trieste)

Veronique Champeils-Desplats
(Université Paris Ouest)

Paolo Comanducci
(Università di Genova)

Michael Karlsson
(Emerito Università dell'Islanda)

Eric Millard
(Université Paris Ouest)

Riccardo Guastini
(Emerito Università di Genova)

Stanley L. Paulson
(Emerito University of Kansas)

Juan Ruiz Manero
(Universidad de Alicante)

Michel Troper
(Emerito Université Paris Ouest)

Luca Malagoli

We Subscribe to No Label

Studi apologetici per

John Chipman Gray, Felix S. Cohen e Karl N. Llewellyn



è il marchio editoriale dell'Università di Genova



Il presente volume è stato pubblicato con il contributo dei fondi della Sezione di Filosofia e Sociologia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova.



Il presente volume è stato sottoposto a double blind peer-review secondo i criteri stabiliti dal protocollo UPI

© 2019 GUP

Gli autori rimangono a disposizione per gli eventuali diritti sulle immagini pubblicate. I diritti d'autore verranno tutelati a norma di legge.

Riproduzione vietata, tutti i diritti riservati dalla legge sul diritto d'autore

Realizzazione Editoriale
GENOVA UNIVERSITY PRESS
Via Balbi, 6 - 16126 Genova
Tel. 010 20951558 - Fax 010 20951552
e-mail: gup@unige.it
<http://gup.unige.it>



ISBN: 978-88-94943-97-9 (versione a stampa)

ISBN: 978-88-94943-98-6 (versione eBook)

Finito di stampare dicembre 2019



Stampato presso il
Centro Stampa
Università degli Studi di Genova - Via Balbi 5, 16126 Genova
e-mail: centrostampa@unige.it

INDICE

Prefazione	9
CAPITOLO 1	
<i>Just a Name?</i> Il realismo giuridico (e il formalismo) ai tempi del <i>balanced realism</i>	
1.1. <i>Beyond the Formalist/Realist Divide?</i>	
Il «realismo bilanciato» secondo B.Z. Tamanaha	15
1.2. <i>Una (modesta) proposta</i>	
Materiali per una definizione del realismo giuridico americano	47
CAPITOLO 2	
<i>No Law Previous to Decision.</i> Elementi (proto)realisti nella teoria del diritto di John Chipman Gray	
2.1. Premessa	67
2.2. <i>A Well-Nigh Insoluble Problem for Jurisprudence</i>	
Gray critico della teoria della sovranità di Austin	70
2.2.1. <i>The Social Whole, or True Sovereign</i>	
Dewey critico della teoria della sovranità di Austin	91
2.2.2. <i>A Sort of Mystic Monism</i>	
Laski sul «problema della sovranità»	97
2.2.3. <i>The Indeterminable Sovereign</i>	
Un bilancio comparativo	106
2.3. <i>A Mistake by sir Isaac</i>	
Gray sulla teoria della decisione giudiziale	119
2.3.1. <i>Justices and Umpires:</i>	
una analogia pertinente?	137
2.4. <i>The Words of Bishop Hoadly</i>	
Elementi della teoria dell'interpretazione giuridica di Gray	148
2.5. <i>To the Verge of Modernism</i>	
Alcune considerazioni conclusive sulla collocazione teorico-storiografica dell'opera di Gray	159

CAPITOLO 3

The Elephant Called Law. Aspetti della Functional Jurisprudence di Felix S. Cohen

- | | |
|---|-----|
| 3.1. Premessa | 175 |
| 3.2. <i>A Social Event</i>
Riformulazione dei concetti giuridici fondamentali e teoria delle decisioni giudiziali nella «giurisprudenza funzionalista» di Cohen | 176 |
| 3.3. <i>Tales About the Elephant</i>
Il carattere pluralista e anti-riduzionista del funzionalismo coheniano | 187 |
| 3.4. <i>A Fashionable Idea?</i>
Brevi considerazioni sul funzionalismo di Cohen | 200 |

CAPITOLO 4

The Henchman of Legal Realism. Karl N. Llewellyn e l'antropologia giuridica

- | | |
|---|-----|
| 4.1. Premessa | 207 |
| 4.2. <i>Thinking Like a Cheyenne</i>
La critica all' <i>ideological approach</i> | 208 |
| 4.3. <i>Cleaning Up Social Messes</i>
Il metodo dei casi problematici e la <i>Law-Jobs Theory</i> | 217 |
| 4.4. <i>A Short but Significant Step</i>
Llewellyn, Cohen e la <i>Functionalist View</i> | 233 |
| Riferimenti bibliografici | 249 |

PREFAZIONE

Come avverte il sottotitolo¹ del presente volume, i saggi qui raccolti trovano il loro principale filo conduttore in un comune intento apologetico. I tre autori – Gray, Cohen e Llewellyn– su cui l'indagine si concentra, infatti, oltre ad essere accostabili (pur se a differente titolo, come si vedrà) al realismo giuridico americano, condividono altresì analoghe e talora ingrate sorti storiografiche.

Indubbiamente, si tratta di autori non certo ignoti alla letteratura giuridico-filosofica e, anzi, in qualche modo, 'classici' (l'aggettivo calza, in particolare, a Llewellyn). Tuttavia, piuttosto curiosamente, tale *status* non impedisce, come si avrà modo di mettere in luce, che elementi significativi della loro opera siano oggetto di fraintendimenti, sottovalutazioni più o meno drastiche e, talvolta, liquidazioni più o meno sommarie.

Ciò è particolarmente evidente nel caso di John Chipman Gray. Dall'ammissibilità della sua (frequente) collocazione teorico-storiografica fra gli *antecedents* del realismo giuridico americano alla valutazione del suo apporto giusfilosofico, svariate sono le controversie che circondano il suo lavoro, attorno al quale si registra un ben scarso *consensus doctorum* e su cui non mancano, peraltro, giudizi inclementi e bilanci impietosi.

¹ Del quale, peraltro, sono debitore a Pierluigi Chiassoni.

Il capitolo dedicato all'autore ambisce, pertanto, a mettere ordine nel dibattito relativo e, dissipati taluni equivoci, a dar conto della (complessa) collocazione di Gray rispetto al realismo giuridico americano e alla sua genesi, nonché a mettere in risalto gli apporti della sua opera che, con buona pace di critici tanto severi quanto, forse, eccessivamente frettolosi, hanno maggior rilievo giusfilosofico.

Critiche severe (e, a tratti, impietose) non sono mancate neppure nei confronti di alcuni degli scritti più noti di Felix S. Cohen e del *functional approach* di cui l'autore si faceva ivi propugnatore. Come si vedrà, persino uno studioso del realismo giuridico americano attento e sofisticato quale Brian Leiter, nel riscattare i realisti dalle celebri critiche hartiane, afferma però che il solo autore a cui esse possono applicarsi sarebbe proprio Cohen medesimo, reo di aver proposto una versione platealmente indifendibile del *rule-skepticism*, nonché di aver mutuato con disinvoltata superficialità e scarso profitto il metodo funzionalista dal dibattito nelle scienze sociali a lui coevo.

Un "funzionalismo estremo" e ingenuo sarebbe altresì ravvisabile, a parere di studiosi come Hunt, nella *law-jobs theory* di Llewellyn, una delle cui più cospicue e ambiziose applicazioni è ravvisabile in *The Cheyenne Way* (1941), lo studio del diritto cheyenne che, a dispetto dello scetticismo di gran parte della comunità antropologica, Llewellyn e l'antropologo Hoebel svolsero con successo negli anni '30.

A dispetto delle critiche menzionate, i capitoli dedicati rispettivamente a Cohen e a Llewellyn si sforzano di mostrare che, sia pure con obiettivi ed esiti assai diversi, entrambi gli autori non si sono, in realtà, limitati ad una superficiale adesione al funzionalismo di matrice malinowskiana, bensì ne hanno proposto versioni rivisitate e acutamente consapevoli dei limiti e delle difficoltà che viziavano talune declinazioni del “primo” funzionalismo. In tal senso, riprendendo e sviluppando osservazioni formulate da Twining in merito alla *law-jobs theory* di Karl N. Llewellyn, nei capitoli in questione cercherò di porre in rilievo (con talune, inevitabili sovrapposizioni e ripetizioni che il lettore vorrà perdonare) quegli elementi delle proposte dei due autori che paiono accostabili a talune delle critiche dell’*hard functionalism* successivamente svolte da Robert K. Merton².

Oltre che dei tre capitoli sin qui brevemente richiamati, il volume consta inoltre di un capitolo introduttivo in cui, sulla scorta dell’analisi critica di un noto lavoro di Brian Z. Tamanaha sul (preteso) superamento della distinzione fra «formalismo» e «realismo», si tenta un bilancio ragionato del vasto e complesso dibattito sulla nozione di «realismo giuridico americano», formulando altresì (a titolo di modesta proposta) alcune tesi che aspirano a evidenziare un nucleo teorico minimo, comune agli autori ascrivibili all’*american legal realism* e, dunque, in grado di rendere meno fantasmatica tale etichetta.

² In Merton 1968: 73-138.

Prima di concludere questa breve prefazione, solo alcune righe per ringraziare almeno alcune delle persone che, in vari modi, mi hanno aiutato nella stesura del volume. In particolare, una prima versione del capitolo su Cohen è stata presentata e discussa nel *wokshop Fonti e Giurisdizione*, coordinato da Vito Velluzzi e Giovanni Così nell'ambito del XXXI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia del diritto, tenutosi presso l'Università degli Studi di Bergamo nei giorni 13-15 settembre 2018. Ringrazio i coordinatori, i partecipanti e Persio Tincani, organizzatore del Convegno, per avermi dato l'opportunità di esporre una ricerca in embrione, nonché per avermi fornito molte osservazioni utili a migliorarla.

Una successiva elaborazione del capitolo è stata inoltre presentata e discussa nel *workshop On The Philosophical and Sociological Foundations of North American Legal Realism*, organizzato da Marco Segatti e dal sottoscritto nell'ambito del *XXIX World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, tenutosi a Lucerna (Svizzera) nei giorni 7-12 luglio 2019. Ringrazio Marco Segatti e tutti i partecipanti (con particolare riferimento a Giovanni Tuzet e Francesco Ferraro) per l'approfondita discussione e i preziosi suggerimenti.

Anche il capitolo su Llewellyn è stato presentato, in una prima redazione, nell'ambito XXIV Congresso italo-franco-luso-spagnolo di Filosofia del Diritto (Universitat de Girona, Facultad de Derecho, 19-20 ottobre 2018). Ringrazio Jordi Ferrer Beltrán, organizzatore del convegno,

e tutti i partecipanti (in particolare, David Duarte, Francesco Ferraro, Piero Mattei-Gentili, Julieta Rabanos, Maria Cristina Redondo Natella e Natalia Scavuzzo) per la proficua e approfondita discussione della relazione. Guillaume Robertson, *discussant* della relazione, mi ha fornito utili suggerimenti e critiche non meno fruttuose. Realino Marra e Alessio Sardo, che hanno letto una prima bozza del saggio, hanno formulato osservazioni preziose e ispiratrici di importanti modifiche ed integrazioni. Daniele Rolando, nel corso di una approfondita discussione dei problemi degli approcci funzionalisti, mi ha aiutato a cogliere con maggior chiarezza alcuni aspetti particolarmente interessanti della *law-jobs theory* di Llewellyn.

Infine, ringrazio in modo particolare Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battista Ratti: senza il loro costante supporto e incoraggiamento, i loro consigli, le loro critiche e, non da ultimo, la loro inossidabile pazienza verso un continentale incallito, la stesura di questo libro non sarebbe stata possibile.

CAPITOLO 1

*Just a Name? Il realismo giuridico (e il formalismo) ai tempi del *balanced realism**

1.1. *Beyond the Formalist/Realist divide?*

Il «realismo bilanciato» secondo B.Z. Tamanaha

Capita, talvolta, che questioni ed interrogativi usualmente affrontati in oscuri e (relativamente) placidi dibattiti accademici assurgano agli insoliti onori di una pubblica ribalta. Tale inopinata sorte è toccata, nel 2009, all'annosa questione della definizione di (*american*) *legal realism*.

Infatti, durante le udienze per la conferma da parte del Senato degli Stati Uniti d'America della nomina di Sonia Sotomayor a giudice della Corte Suprema, il Senatore (repubblicano) Lindsey Graham inaugurava la sua batteria di domande alla confermanda giudice precisamente ponendole il seguente quesito, con il piglio di un consumato Inquisitore domenicano che faccia menzione di un'eresia particolarmente pernicioso: «Now, legal realism: are you familiar with that term?»¹.

¹ Zaremby 2013: xii. Zaremby riporta nel testo l'estratto dell'udienza relativo allo scambio fra il Senatore Graham e la giudice Sotomayor in relazione al realismo giuridico: l'intero estratto dell'udienza relativo ai quesiti del Senatore Graham è consultabile nel Senate Committee on the Judiciary, Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Sonia Sotomayor, to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the Committee

L'estrema cautela e prudenza della risposta della giudice Sotomayor e la sua rapidità nel prendere le distanze dal realismo giuridico, nonché nel rappresentare il ragionamento giudiziale come mera identificazione e applicazione di *law and precedent* rilevanti² sono parse a taluni osservatori decisamente evasive e piuttosto deludenti³.

on the Judiciary, 111th Cong., 1st sess., 2009: 134-143.

² Il Senatore Graham, infatti, non sembrava essere particolarmente propenso a cogliere la distinzione fra teoria (descrittiva) e ideologia (prescrittiva) dell'interpretazione. Lo scambio fra il Senatore Graham e la giudice Sotomayor concernente il realismo giuridico è il seguente: «Senator GRAHAM: «[...] Now, legal realism. Are you familiar with that term? Judge SOTOMAYOR. I am. Senator GRAHAM. What does it mean, for someone who may be watching the hearing? Judge SOTOMAYOR. To me it means that you are guided in reaching decisions in law by the realism of the situation, of the—the—it's less—it looks at the law through the—— Senator GRAHAM. It's kind of touchy-feely stuff. [Laughter.] Judge SOTOMAYOR. It's not quite words that I would use, because there are many academics and judges who have talked about being legal realists. I don't apply that label to myself at all. I—as I said, I look at law and—and precedent and discern its principles and apply it to the situation before me. Senator GRAHAM. So you would not be a disciple of the legal realism school? Judge SOTOMAYOR. No.» Senate Committee on the Judiciary, Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Sonia Sotomayor, to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the Committee on the Judiciary, 111th Cong., 1st sess., 2009: 135.

³ Per una significativa reazione, in proposito, si veda l'aspro commento di Michael Seidman, docente alla Georgetown Law School: «If she was not perjuring herself, she is intellectually unqualified to be on the Supreme Court. If she was perjuring herself, she is morally unqualified. How could [she] possibly believe that judging in hard cases involves no more than applying the law to the

Tuttavia, caritatevolmente intesa, la circospezione della giudice Sotomayor nel maneggiare la nozione di «legal realism» non dev'essere necessariamente ed esclusivamente ricondotta ad una (peraltro comprensibile, data l'occasione) tattica politica, ma può essere altresì ascritta a un per molti versi legittimo scrupolo teorico. In effetti, anche intendendolo in una prospettiva più marcatamente filosofica, il quesito del Senatore Graham è tutt'altro che privo di insidie.

Anzi, per molti versi, il tentativo di dare una definizione stringente del realismo giuridico americano sembra costituire una sorta di via giusteorica per praticare con successo il celebre *pursuit of unhappiness* di watzlawickiana memoria.

Se c'è un aspetto su cui gran parte della vasta e non eccessivamente concorde letteratura teorico-storiografica ad esso dedicata tende piuttosto uniformemente ad insistere, infatti, è proprio la difficoltà di individuare, nella produzione teorica degli autori comunemente ascritti al realismo giuridico americano, elementi comuni tali da poter legittimamente inquadrare il fenomeno come una corrente unitaria.

Addirittura, non sono mancati gli studiosi che, come Schlegel, si sono lasciati tentare dall'esito 'nichilistico',

facts? First-year law students understand [that] the legal material [...] must be supplemented by contestable presuppositions, empirical assumptions, and moral judgments» (consultabile sulla pagina web, dedicata al *Sotomayor Puzzle*, <https://www.stuarttaylorjr.com/content-sotomayor-puzzle/>). Il passo in questione è altresì citato in Leiter 2010: 25, n. 49.

giungendo ad affermare che la denominazione di 'realismo giuridico' non è più informativa di quella di «chicken soup» giacché, al pari di quest'ultima, può essere passibile di assumere pressoché qualsivoglia significato si decida di attribuire ad essa⁴. Con una dose di scetticismo solo di poco inferiore, anche Horwitz non ha mancato di rilevare che il compito di definire il realismo giuridico americano «it is not that easy», dal momento che esso non è stato né un movimento intellettuale univoco né, tantomeno, una filosofia del diritto sistematica e coerente⁵. A parere dello studioso, dunque, più che ad un *corpus* di tesi teorico-metodologiche chiaramente delineate e rigorosamente sviluppate, converrebbe semmai pensare ad un insieme di tendenze intellettuali, insieme peraltro piuttosto vago e non privo di contraddizioni⁶.

Dal canto suo, vagliando lo stato del dibattito sul tema, Duxbury ha formulato la poco incoraggiante osservazione secondo cui la storia della teoria del diritto novecentesca non offre altri esempi di una *jurisprudential tendency* che abbia esercitato un'influenza altrettanto poderosa sul pensiero giuridico restando, al tempo stesso, a tal punto ambigua, indefinita ed elusiva⁷.

⁴ Schlegel 1989: 464; cit. anche in Duxbury 1995: 65: «(legal realism) is just a name. Like «chicken soup», it means what we choose to call it».

⁵ Horwitz 1992: 169.

⁶ Ibidem.

⁷ Duxbury 1995: 65.

A fronte dell'alquanto deprimente scenario qui brevemente delineato⁸, una delle strategie tradizionalmente adottate in letteratura⁹ è quella che si potrebbe denominare della 'via negativa'. Si tratterebbe, cioè, di ricercare la definizione del realismo giuridico solo per converso,

⁸ Non mancano, peraltro, anche (autorevoli) voci discordanti: si veda, ad esempio, Leiter 2007: 61, dove si sfida il «luogo comune» (assurto, a parere dell'autore, allo *status of dogma*) dell'indefinibilità del realismo, in ragione della asserita disparità delle prospettive degli autori ad esso ascrivibili. A dispetto di tale, radicato scetticismo, Leiter ritiene che «the opposite turns out to be the case» e che sia quindi possibile individuare alcune «substantive views» sottoscritte da tutti i realisti. Come si vedrà nel seguito, quella che qui si propone è una prospettiva che condivide (sia pure in forma alquanto più cauta e attenuata) l'ottimismo leiteriano circa la possibilità di individuare un nucleo di tesi comuni agli autori comunemente considerati come realisti, senza peraltro sottoscrivere in alcun modo la (poco caritativa) ipotesi adombrata da Leiter, secondo cui lo scetticismo sopra menzionato sarebbe generato più dalle letture *a proposito* dei realisti che da quelle delle opere *dei* realisti medesimi. Come (auspicabilmente) emergerà dai capitoli successivi, infatti, il confronto diretto con la letteratura primaria sembra offrire una complessità di temi atti a giustificare, almeno in parte, lo scetticismo 'definitorio' nei confronti del realismo.

⁹ A partire (almeno) dal paradigmatico White 1949, che coniava la celeberrima formula di *revolt against formalism*. Peraltro, è bene ricordare che, come specifica correttamente Brophy 2013:398, n.105, l'obiettivo (non esclusivamente né principalmente giusfilosofico) del lavoro di White era quello di ricostruire la «critica al formalismo» come *fil rouge* che accomunava un ampio spettro di ambiti del sapere del tardo diciannovesimo secolo in ambito statunitense, ivi incluso il diritto. In questo senso, il suo lavoro resta un punto di riferimento imprescindibile per ricostruire il punto di vista di quella che, convenzionalmente, si suole indicare come la «Progressive Era».

concentrandosi in prima battuta sulla posizione teorica (variamente denominata «formalismo giuridico» o «classical legal thought») alla quale il realismo stesso reagiva polemicamente, posizione teorica tipicamente associata all'opera di C.C. Langdell e alla sua influenza sulla *jurisprudence* statunitense nella seconda metà dell'ottocento. Lo stesso Duxbury, dopo aver qualificato (alla stregua di Horwitz) il realismo giuridico come «more a mood than a movement»¹⁰, precisa altresì che il *mood* in questione «was one of dissatisfaction with legal formalism (...)»¹¹.

Tuttavia, a dispetto della sua illustre genealogia, tale strategia è da tempo oggetto di revisione e ripensamento¹², da parte degli storici del pensiero giuridico.

Come il medesimo Duxbury non tardava ad osservare, infatti, anche l'etichetta «formalismo giuridico» non pare contraddistinta da un tasso di precisione significativamente superiore rispetto a quella di «realismo giuridico», dal momento che essa denotava «different things for different realists»¹³, ciascuno dei quali aveva quindi una maniera peculiare di trattare la propria peculiare concezione del formalismo giuridico.

Anche Twining¹⁴, peraltro, avvertiva che la rappresenta-

¹⁰ Duxbury 1995: 69.

¹¹ Ibidem.

¹² Un quadro conciso ma equilibrato dello 'stato dell'arte', in materia, è offerto da Postema 2011: 49-50.

¹³ Duxbury 1995: 69.

¹⁴ Twining 1985: 10-11. Peraltro, allo stesso Twining (Twining 2002: 93-198) si deve inoltre un'utile ricognizione e classificazione delle (varie e variegate) interpretazioni del realismo giuridico americano

zione di Langdell e la correlata configurazione del formalismo avevano, nel dibattito successivo (fin dalle celebri critiche di cui Holmes, il più importante *forerunner* del realismo giuridico americano¹⁵, lo aveva fatto bersaglio) finito con l'assumere il carattere di una vera e propria caricatura polemica¹⁶.

E, più recentemente, Postema¹⁷ ha qualificato come caricaturali tanto la rappresentazione di Langdell come arciformalista che quella di Holmes come arciantiformalista, sottolineando piuttosto i non pochi elementi teorico-metodologici che i due autori condividevano¹⁸.

ravvisabili nel vasto dibattito sul tema. In particolare, Twining (Twining 2002: 107-123) raggruppa tali interpretazioni in cinque principali prospettive: 1) il realismo giuridico americano inteso come teoria del (o, quantomeno, sul) diritto; 2) il realismo giuridico americano come teoria della decisione giudiziale; 3) il realismo giuridico americano come critica meramente «negativa» (se non addirittura «nichilistica») del formalismo; 4) il realismo giuridico americano come ricerca (costruttiva) di alternative al formalismo langdelliano; 5) il realismo giuridico americano come programma di *reformist politics* e ideologia *liberal*. A parere di Twining (Twining 2002: 107), sebbene ciascuna di tali prospettive abbia taluni buoni argomenti a proprio favore, ognuna di esse, se assunta come *unica* chiave interpretativa del realismo giuridico americano, finisce ben presto con il mettere in luce *some of the pitfalls of generalization*.

¹⁵ Sulla qualifica di Holmes come più importante antesignano del realismo giuridico americano e, al tempo stesso, sulle difficoltà di determinare con precisione le relazioni del suo pensiero con quello dei realisti in senso proprio, si veda Twining 1985: 15-20.

¹⁶ Twining 1985: 15-16.

¹⁷ Postema 2011: 49.

¹⁸ Ibidem. Peraltro, anche uno studioso come Grey, che, come egli stesso afferma (Grey 2014: 3), ha programmaticamente enfatizzato

Proprio sulla base di analoghe considerazioni, del resto, Duxbury concludeva che la tradizionale rappresentazione delle origini del realismo come un netto ed univoco processo di «rivolta contro il formalismo»¹⁹, sarebbe da considerarsi, almeno per quanto attiene all'ambito della teoria del diritto, come «un mito», una impostazione manichea e semplicistica che ometterebbe di dar adeguatamente conto della complessità delle comunanze e delle divergen-

l'antitesi fra Langdell e Holmes, (ri)costruendoli, sulla base dell'opera dei due autori, come due contrapposti «idealtipi» del pensiero giuridico («the pure formalism of classical orthodoxy, and the inclusive practicality of legal pragmatism», Grey 2014: 3), non ha però mancato di cogliere il fatto che Holmes condivideva *many premises* del pensiero di Langdell e che nutriva verso l'opera di quest'ultimo un'attitudine ambivalente (Grey 2014: 49). In tal senso, è bene ricordare che anche LaPiana aveva già messo in luce come, a dispetto della frequente tendenza a contrapporre l'opera di Holmes e quella di Langdell a tutto detrimento di quest'ultimo, i due (a cui LaPiana affiancava anche Nicholas St. John Green, l'altro considerevole giurista che, come Holmes, aveva frequentato il celebre Metaphysical Club) fossero «closer intellectual companions than generally has been realized» (LaPiana 1994: 110). Infine, anche Horwitz, nelle stesse pagine in cui qualificava Holmes come «the most important and influential legal thinker America has had», non mancava però di rilevare come si fosse imposta in letteratura una tendenza a studiare l'opera di Holmes dal punto di vista del vincitore, cioè del realismo giuridico che a lui si richiamerà. In tal modo, osservava lo studioso, il contributo di Holmes allo sviluppo del pensiero giuridico finiva con l'essere in qualche misura imprigionato in uno stereotipo (che potremmo definire quello, appunto, del «Great Forerunner»), ostacolando lo studio e la comprensione della sua opera «in its own terms» (Horwitz 1992: 109-110).

¹⁹ Inaugurata, come si diceva, dal seminale lavoro di White 1949.

ze che intercorrevano fra autori come appunto Holmes, Gray, Pound e Cardozo, comunemente classificati come «proto-realisti», e autori quali lo stesso Langdell e il suo discepolo Beale, usualmente rubricati come campioni del «formalismo»²⁰.

Alla luce delle considerazioni sin qui per sommi capi richiamate, non stupisce pertanto riscontrare, in letteratura²¹, una tendenza a sottolineare come il «formalismo» quale insieme coerente di tesi circa la natura del diritto e dell'attività giudiziale sia assai più una costruzione dei suoi critici²² che non una posizione pienamente articolata da qualsivoglia specifico giurista (ivi compreso lo stesso Langdell). Più che di una ricostruzione storica della teoria avanzata da un autore in particolare, si tratterebbe quindi (per utilizzare l'espressione di Grey prima citata) della messa a punto di una sorta di «ideal-tipo», o, quantomeno,

²⁰ Duxbury 1995: 10. Duxbury, è bene precisare, rigetta con decisione (Duxbury 1995: 47) l'interpretazione del pensiero di Holmes avanzata da Gilmore 1977: 68-98, secondo cui, sulla base degli elementi sopra menzionati, esso andrebbe propriamente inquadrato «squarely and exclusively within the tradition of Langdell». Se la tendenza a leggere Holmes alla luce del successivo affermarsi del realismo induce a parziali distorsioni, indebite selezioni e anacronistiche interpretazioni della sua opera, occorre però dire che quella, speculare, ad appiattirlo sulla tradizione langdelliana non ne rappresenta un correttivo particolarmente benefico. Ciò che è interessante è, semmai, riuscire a restituire nella ricchezza e complessità delle sue sfaccettature la proposta teorica holmesiana.

²¹ Si vedano, per esempi al riguardo, Postema 2011:49-50 e Stone 2002: 67 (citato anche in Postema 2011:49).

²² Postema 2011: 49.

di uno schema astratto in rapporto al quale vagliare la posizione di questo o quello specifico autore.

Nei suoi capisaldi, tale schema sarebbe caratterizzato dalle tesi seguenti²³: i) il diritto consiste in un insieme razionalmente ordinato (o sistema) di principi; ii) il diritto è, inoltre, strutturato come un insieme assiomatico che ha, al suo apice, un relativamente piccolo numero di principi fondamentali (e di concetti astratti); iii) da tali principi fondamentali sono derivabili per mezzo di ragionamenti deduttivi altri principi e regole, fino ai più concreti; iv) il sistema in questione è ricostruibile sulla base di fonti giuridiche (precedenti giudiziali e testi normativi) senza alcuna necessità di richiamarsi a fattori extra-giuridici quali considerazioni morali o il contesto politico-sociale in cui il diritto opera. Riguardo al ragionamento giudiziale²⁴, connessa a tale insieme di tesi sarebbe inoltre la prospettiva (*prima facie* descrittiva, ma implicitamente prescrittiva²⁵) secondo cui il diritto, es-

²³ Mi rifaccio qui, pressoché *verbatim*, all'efficace sintesi proposta da Postema 2011: 49. Peraltro, se, ai fini e nei limiti della presente trattazione, la concisa ricostruzione di Postema può essere sufficiente a rendere meno fantasmatico l'oggetto del contendere, una ben più articolata analisi delle diverse posizioni giusfilosofiche (per la precisione, l'autore ne elenca e analizza dieci) associate alla locuzione «formalismo giuridico» è consultabile in Chiassoni 1992: 282-287.

²⁴ Anche a tale riguardo si segue qui la ricostruzione di Postema 2011: 49; assai utili considerazioni sono reperibili altresì in Kalman 1986: 10-12. Una trattazione più estesa e dettagliata al riguardo, infine, è reperibile in Horwitz 1992: 9-31.

²⁵ Fin dalla celeberrima opinione dissenziente di Holmes nel caso *Lochner v. New York* (1905), infatti, tali aspetti del formalismo sono

sendo un insieme completo e coerente (privo di antinomie e di lacune), è in grado di fornire soluzioni univoche e determinate per qualsivoglia caso sottoposto ad un tribunale. A tali soluzioni i giudici pervengono tramite ragionamenti logico-deduttivi (o, quantomeno, razionalmente stringenti), nei quali non trovano spazio considerazioni di natura etico-morale, socio-politica e, in generale, extra-giuridica. Tali soluzioni, infine, hanno carattere assolutamente vincolante per i giudici, rispetto a qualsivoglia considerazione di giustizia o di *public policy* sia eventualmente in competizione con esse.

Tale, nei suoi tratti essenziali, la configurazione del formalismo che gli autori riconducibili al realismo giuridico variamente ricostruivano e criticavano. Tuttavia, prima di esaminare più in dettaglio la questione della possibilità di (ri)costruire un analogo insieme di tesi caratterizzanti l' 'ideal-tipo' del realismo giuridico americano, occorre soffermarsi su un contributo²⁶ che ha agitato le acque (peraltro mai eccessivamente placide) del dibattito teorico-storiografico in materia: alludo a *Beyond the Formalist-Realists Divide: The Role of Politics in Judging* (2010) di Brian Z. Tamanaha²⁷.

evidenziati e criticati assai più come ideologie interpretative adottate dai tribunali che non come elaborazioni teoriche dei filosofi del diritto. Si avrà occasione di tornare a breve su questo punto, di rilevanza, come si vedrà, tutt'altro che marginale.

²⁶ Si tratta di Tamanaha 2010. Seguendo l'uso dello stesso Tamanaha, si fa qui riferimento al testo utilizzando la data di Copyright del volume (2010, appunto), e non quella del finito di stampare (2009).

²⁷ Per una panoramica essenziale delle reazioni al lavoro di Tamanaha, si rimanda a Leiter 2010, Rubin 2011, Brophy 2013, Fenster 2016.

La tesi²⁸ di fondo di Tamanaha è che non si tratta, semplicemente, di problematizzare la svolta dal formalismo al realismo, magari attenuandone e 'sfumandone' il carattere di netta cesura che le è stato sovente attribuito, bensì che occorre negare alla radice qualsiasi validità alla antitesi formalismo-realismo²⁹, giacché il primo dei due elementi sarebbe largamente frutto di invenzione, mentre il secondo sarebbe oggetto di sostanziali fraintendimenti³⁰. Con buona pace delle «invenzioni» di Pound (successivamente ripetute ed enfatizzate da realisti come Jerome Frank e da studiosi come Gilmore) circa la tanto celebre quanto fantomatica *mechanical jurisprudence*³¹, sostiene Tamanaha, tanto i pretesi «formalisti» che i «realisti», così come molti *leading jurists* del tardo diciannovesimo secolo e dell'inizio del ventesimo, avrebbero in realtà condiviso quello che

²⁸ Tesi che, come si vedrà, appare ancipite, essendo dotata sia di un aspetto di storia del pensiero giuridico che di un aspetto più squisitamente teorico-filosofico.

²⁹ Si veda, al riguardo, la seguente (ed eloquentemente programmatica) dichiarazione d'intenti: «the objective of this book is to free us from the formalist-realist stranglehold. It consists of a web of interlocking misinterpretations and confusions bundled in a mutually reinforcing package that is now virtually taken for granted. The consequences of this collection of errors are ongoing and pernicious. Rooting out the formalist-realist story will help us recover a sound understanding of judging» (Tamanaha 2010: 3).

³⁰ «The story about the legal formalists is largely an invention, and legal realism is substantially misapprehended». Tamanaha 2010: 3.

³¹ Tamanaha 2010: 4.

l'autore definisce un *balanced realism*³². Nelle sue linee essenziali, tale «realismo bilanciato» sarebbe caratterizzato da due aspetti strettamente connessi: un «aspetto scettico» ed uno *rule-bound*³³. L'«aspetto scettico» consiste nella consapevolezza delle «flaws, limitations and openness»³⁴ del diritto, nonché del fatto che «sometimes judges make choices»³⁵, del fatto che essi possono «manipolare leggi e precedenti»³⁶ e, infine, del fatto che essi sono a volte influenzati «by their political and moral views and their personal biases»³⁷.

Nel «realismo bilanciato», tuttavia, tale «aspetto scettico» coesiste, come si diceva, con quello *rule-bound*, che si esplicita nella comprensione e nel riconoscimento del fatto che, a dispetto degli elementi «scettici» sopra richiamati, «legal rules nonetheless work»³⁸, che i giudici «abide by and apply the law»³⁹, che il loro operato è vincolato da tutta una serie di fattori sociali, istituzionali e legati alla pratica giu-

³² Tamanaha 2010: 7.

³³ Tamanaha 2010: 6. Curiosamente, quindi, il «realismo bilanciato» finisce con l'assomigliare alquanto ad una sorta di versione *ante litteram* della «teoria mista» di hartiana memoria. Sull'applicabilità dell'etichetta di *balanced realist* ad Hart, si veda Leiter 2010: 27.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

ridica e che, infine, i giudici assumono decisioni connotate da un elevato grado di predicibilità e coerenti con il diritto⁴⁰.

Lungi dall'essere degli innovatori in vario grado radicali e dei sovvertitori di visioni consolidate, dunque, nella prospettiva di Tamanaha i realisti non facevano che ripetere tesi attorno all'attività giudiziale⁴¹ largamente note e, in massima parte, pacificamente accettate fra i giuristi (e fra i giudici) loro contemporanei e loro immediati predecessori⁴². Insomma, se, come recita il celebre *slogan*, «we are all realists, now», le prove raccolte ed esaminate nel libro, sostiene Tamanaha, obbligano a concludere che anche riguardo a giuristi di almeno tre decenni precedenti l'avvento dei realisti si può a buon diritto affermare: «they were all realists back then»⁴³. Se la tesi è audace, la retorica con cui essa viene presentata è convenientemente *dramatic*⁴⁴ e opportunamente iperbolica.

A quanto pare, infatti, si tratta non già di discutere una periodizzazione convenzionale e di rivedere (più o meno ra-

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ *In primis*, che i giudici creino diritto: «(...) Many prominent legal professional in the final quarter of nineteenth century asserted that *everyone knew* this theory of judging was a fiction. It was widely recognized that judges made law». Tamanaha 2010: 21.

⁴² Tamanaha 2010: 5.

⁴³ Tamanaha 2010: 67.

⁴⁴ Così la qualifica Brophy 2013: 390. Tale tendenza è vieppiù accentuata nelle recensioni riportate nella quarta di copertina, laddove l'entusiasmo promozionale (pur editorialmente legittimo) sconfinata talvolta in accenti quasi messianici: «Tamanaha's magnificent book will open your eyes and change the way you think about the law».

dicalmente) le etichette storico-teoriche ivi comunemente impiegate, bensì nientemeno che di sfatare un mito pernicioso (quello relativo, appunto, al *formalist-realist divide*) a cui l'intera cultura giuridica statunitense sarebbe stata indottrinata⁴⁵, causando un «gross misunderstanding of our legal history»⁴⁶. Nel corso del lavoro, Tamanaha esprime reiteratamente stupore e sbigottimento per il successo di una «largely false story that became common currency in law and political science (...) on such a grand scale and lasted for so long»⁴⁷, deprecando con opportuna malinconia i deleteri effetti «that false ideas can have when widely disseminated and taken as true»⁴⁸. Il libro si chiude, infine, con la sobria affermazione secondo cui: «if I am right, in this instance, our collective construction of knowledge went spectacularly amiss»⁴⁹.

A dispetto di tale insistita retorica da 'clamorosa rivelazione', è stato osservato⁵⁰ che molto di ciò che Tamanaha presenta come nuovo è, in realtà, acquisizione da tempo consolidata da parte degli storici del pensiero giuridico, mentre ciò che ne libro è effettivamente innovativo rispetto al panorama degli studi è altresì fortemente problematico, se non francamente inesatto.

⁴⁵ Tamanaha 2010: 3.

⁴⁶ Tamanaha 2010: 4.

⁴⁷ Tamanaha 2010: 200.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Tamanaha 2010: 202.

⁵⁰ Brophy 2013: 390-391 e 411-412. Si veda inoltre Fenster 2016: 105.

Sebbene non sia questa la sede opportuna, naturalmente, per impegnare a fondo un esame critico del lavoro di Tamanaha (esame che, del resto, è stato già approfonditamente svolto sotto vari profili dai già citati studiosi⁵¹), basterà, ai fini della presente trattazione, limitarsi a sottolineare alcuni di tali elementi problematici delle tesi di Tamanaha, la cui analisi può essere utile allo scopo della ricostruzione dei tratti essenziali del realismo giuridico.

Innanzitutto, si diceva, il libro ha una marcata tendenza a presentare lo stato del dibattito quasi fosse ancora fermo alle posizioni di White e, soprattutto, di Gilmore⁵². In realtà, come si è visto dalla pur succinta sintesi del dibattito presentata in apertura, quella che Tamanaha definisce l'*ubiquitous narrative* della «rivolta contro il formalismo» è, in realtà, nella letteratura specialistica, assai meno univoca

⁵¹ Per una critica sotto il profilo della storia del pensiero giuridico, si rimanda a Brophy 2013 e Fenster 2016; per una critica sotto il profilo più marcatamente teorico, si veda invece Leiter 2010.

⁵² Posizioni che, peraltro, meriterebbero forse di essere ricostruite con maggior dettaglio, essendo meno univoche di come, talvolta, Tamanaha lasci intendere. Di White si è già detto in precedenza; riguardo invece a Gilmore, se è senz'altro vero che l'autore pare a tratti riecheggiare e sottoscrivere la riduzione di Langdell a testa di turco teorica operata dai realisti (si veda, in particolare, Gilmore 1977: 37), è altresì vero che l'autore non manca di sottolineare, altrove (Gilmore 1977: 53), i ragguardevoli *intellectual achievements* rappresentati dai lavori riconducibili alla scuola. Inoltre, piuttosto ironicamente, è proprio Gilmore a sottolineare la continuità dei realisti stessi con Langdell, a dispetto della loro asserita iconoclastia (cfr., al riguardo, Gilmore 1977: 78; su quest'ultima tesi di Gilmore si avrà modo di tornare in seguito).

e assai più complessa e articolata rispetto a come l'autore la presenta⁵³. In tal senso, nel corso della trattazione, autori

⁵³ Si veda, al riguardo, anche Brophy 2013: 391-392. Brophy ivi sottolinea, giustamente, come sia attualmente in corso una «reexamination of Gilded Age legal thought, which has shown shades of gray among what once appeared to be stark lines». Si veda, inoltre, Duxbury 1995: 32-33, sulla preistoria del realismo nel tardo diciannovesimo secolo, su cui insiste anche Fenster 2016: 105-106. Anche Kalman, d'altra parte, non mancava di evidenziare (con particolare riferimento al debito dei realisti con il pensiero di Holmes) che «as an intellectual movement, legal realism was a fairly unoriginal contribution» (Kalman 1986: 17). Per un'analisi di più ampio respiro sulla complessa stagione del pensiero giuridico rappresentata dalla svolta tra diciannovesimo e ventesimo secolo, con particolare (ma non esclusiva) attenzione all'area anglo-americana, si rimanda al fondamentale Rabban 2013, che raccoglie e sviluppa l'esito di lavori del decennio precedente, La tesi principale di Rabban (Rabban 2013: 1-9) è che l'immagine del pensiero giuridico del tardo diciannovesimo secolo come dominata da «unchanging deductive formalism» (Rabban 2013: 3) sia largamente inaccurata, giacché il lavoro dei principali giuristi del periodo appare semmai pervaso dall'«historical understanding of law», prospettiva strettamente connessa con (ma non limitata a) epigoni della Scuola storica negli Stati Uniti quali, ad esempio, James Coolidge Carter, nonché significativamente influenzata dall'opera di autori come Savigny (naturalmente), Brunner, Jhering e, sul versante anglosassone, Maine. Su tale sfondo andrebbe dunque opportunamente collocata e correttamente intesa l'opera di Holmes e Pound. Come osserva condivisibilmente Brophy (Brophy 2013: 392, n. 70), in tal modo Rabban e altri studiosi che hanno operato in analoghe direzioni «blur some, but by no means all, of the lines separating legal thought of the Gilded Age and realism». Un bilancio sintetico ma appropriato degli sviluppi qui schematicamente richiamati è fornito da Kens 2015: 531, dove si osserva che esiste un ormai quasi trentennale *corpus* di studi «revisionistici» sul pensiero giuridico statunitense dell'ultima parte dell'ottocento e degli inizi del novecento, ma che i risultati di tali lavori

come Kennedy⁵⁴, Horwitz, LaPiana e Grey vengono talvolta assimilati ad altrettanti “meccanici” assertori del mito del *divide* (mito che essi avrebbero acriticamente recepito dagli scritti maggiormente polemici e meno equanimi di autori come Pound o Frank), tacendo tutti i *se* e i *ma* che complicano e arricchiscono le loro ricostruzioni del periodo⁵⁵.

sono connotati da «wide variety». Insomma, l'impressione è che, in letteratura, un'immagine univoca di quella stagione stia cedendo il passo ad una rappresentazione più pluralistica, sfaccettata e ricca di sfumature. Circa la necessità di una storiografia meno vincolata alla prospettiva dei vincitori, interessanti osservazioni, anche in Bailey 2004: 3, dove si osserva che, alla luce della dominante «progressive tradition» in ambito storiografico, gli studi sul pensiero giuridico e l'attività giudiziale della seconda metà dell'800 hanno spesso riservato un «harsh treatment» a «individual or movements» che hanno mostrato di trovarsi «on the losing side of historical controversy» e, per così dire, sul lato sbagliato del Progresso, a tutto detrimento dei tentativi di ricostruire «the distinctive view» di quelli che erano immancabilmente rappresentati come ottusi e retrogradi conservatori.

⁵⁴ Il riferimento è a Kennedy 2006. Come esaustivamente spiega Rabban 2013: 472, n. 1, benché pubblicato in forma definitiva nel 2006 (dopo una prima pubblicazione nel 1998 presso un editore minore), il testo in questione era stato originariamente redatto nel 1975 e aveva goduto di una notevole circolazione accademica negli anni 70-80 (nel 1980 un estratto era stato inoltre pubblicato in forma di articolo), influenzando significativamente il dibattito sul «classical legal thought».

⁵⁵ Per un'analisi degli studi (a partire dagli anni 70 del novecento) su «realismo e formalismo» assai più estesa, articolata, generosa e bilanciata (seppur connotata da critiche incisive e profonde revisioni), si rimanda a Rabban 2013: 472-519. Si vedano, in particolare, le pp. 471-473, dove Rabban riconosce che, a partire proprio dal lavoro di Kennedy (fin dalla sua prima circolazione in versione di manoscritt-

Oltre alla rappresentazione alquanto monolitica ed ingenerosa della letteratura rilevante, è altresì discutibile la scelta metodologica che sta alla base del lavoro di Tamanaha. Infatti, il testo persegue la dimostrazione della sua tesi principale (il «mito del formalismo» e la correlata accettazione del *balanced realism* sia da parte degli autori erroneamente qualificati come «formalisti» sia da parte degli stessi realisti) assemblando un vasto e variegato catalogo di «spigolature» tratte da opere di varia natura (principalmente, articoli e conferenze) di giuristi statunitensi della seconda metà dell’ottocento che contraddicono (o, perlomeno in alcuni casi, come si vedrà a breve, *appaiono* contraddire) i convincimenti riguardo al diritto e all’attività giudiziale

to), c’è stata, da parte di studiosi e commentatori, una marcata tendenza a indagare «their late nineteenth-century predecessors more respectfully and in greater detail, even as they often reiterated many earlier criticisms of their work». Insomma, a parere di Rabban, non si riscontrerebbe, in questi studi, quel supino ‘indottrinamento’ alle sommarie e talvolta liquidatorie ricostruzioni dei «formalisti» da parte dei realisti deprecato da Tamanaha, ma, al contrario, un certo sospetto precisamente nei confronti di quelle ricostruzioni e degli intenti polemici che le animavano. Particolarmente eloquente, in tal senso, anche il passo seguente: «The “very persistence and intensity of the polemical assault on classical orthodoxy,” Thomas Grey astutely observed, indicated that “it was a powerful and appealing legal theory, not the feeble dogma portrayed in the critics’ parodies» (Rabban 2013: 481). Stupisce, quindi, che, citando Rabban nella sua risposta ai critici (Tamanaha 2014: 16) ometta di riportare e analizzare passi come quelli qui citati, scegliendo solo quelli in cui Rabban muove critiche agli studi in questione, in tal modo offrendo una lettura significativamente riduttiva del bilancio complesso e articolato che Rabban delinea.

che ci si attenderebbe da esponenti di un'epoca caratterizzata da formalismo asseritamente dominante.

Al riguardo, varie perplessità possono sorgere anche nel lettore meno prevenuto. Relativamente alla scelta e alla rappresentatività degli autori presi in esame, innanzitutto, è stato opportunamente osservato⁵⁶ che, sebbene Tamanaha affermi che si tratta di «leading lawyers and judges in high-profile settings»⁵⁷, tale affermazione appare condivisibile solo per alcuni di essi (Carter, Langdell, Hammond), mentre, per svariati altri, è difficile sottrarsi al sospetto che essi «have been rescued from obscurity by the needs of Tamanaha's argument»⁵⁸. Relativamente alla scelta e alla rappresentatività delle citazioni, è lecito chiedersi se poche righe estratte da un contesto sul quale non sempre si riceve adeguata informazione supportino pienamente le interpretazioni che Tamanaha ritiene di poter loro attribuire⁵⁹.

Per limitarsi ad un solo ma significativo esempio, Tamanaha cita con particolare risalto un passo⁶⁰ di *American Law Schools, Past and Future* (1881) di William G. Hammond in cui l'autore sostiene, (per la verità, anche se Ta-

⁵⁶ Leiter 2010: 8

⁵⁷ Tamanaha 2010: 34.

⁵⁸ Leiter 2010: 8.

⁵⁹ Brophy 2013: 396: «Obscure thinkers are often given outsized importance as representatives of their age, and even in some of those cases, I wonder if Tamanaha's source fully supports the use that is made of it».

⁶⁰ Tamanaha 2010: 4-5, specificando che si tratta di una eloquente «preview of the evidence to come».

manaha pare non accorgersene, deprecando «the perverse habit of qualifying and distinguish»⁶¹) che «a little ingenuity in stating the facts of the cases is enough to bring it under a rule that will warrant the desired conclusion», ag-

⁶¹ Hammond 1881: 412. Il passo estrapolato da Tamanaha, peraltro, si colloca in un contesto in cui Hammond accosta lo 'stato dell'arte' del diritto statunitense a lui contemporaneo alle *conditions of jurisprudence* del sedicesimo secolo inglese: «The parallel is, at least in some respects, a striking one. The law was breaking down then under the weight of its own authorities, as it threatens to do now. The published opinions of the great jurists of that era may fairly be compared with the flood of reported cases with which we are now overwhelmed. The same result has followed in both cases. The number of authorities has become so great that the task of weighing and comparing them was hopeless. No human industry could deal with the entire mass, and deduce from conflicting opinions the just and well-founded rule». Più che con un'«anticipazione» del realismo giuridico, insomma, parrebbe di aver qui a che fare con una denuncia della disordinata proliferazione dei precedenti e dei suoi effetti sulla certezza del diritto. Del resto, anche le miglione alla *legal education* che Hammond indica quali rimedi alla situazione sopra evidenziata non possono certo essere definite come particolarmente rivoluzionarie: «The first and most important object of our present law schools must be to teach the present practical common law, as it is daily administered in our courts, and to train lawyers who shall be in the truest sense ministers of justice; not merely betraying no man for a bribe, but who will not rob their clients by blundering, or delay cases by their ignorance; who will not take a retainer in every case that offers, without knowing or caring to know whether there is a chance of the client's success; who will not advise men by mere guesses, which a little more reading would have shown them to be absurd; who will not waste the judge's time and abuse his patience by ignorant attempts to overturn the settled principles of law, or by still more ignorant displays of learning to prove points that were definitely settled before they were born» (Hammond 1881: 415).

giungendo altresì che il giudice onesto sa che «the authorities with which his opinions are garnished often have very little to do with the decision of the court- perhaps have only looked up after that decision was reached upon the general equities of the case».

Tamanaha (omettendo, come si diceva, di rilevare il tono di deprecazione con cui Hammond espone i fenomeni suddetti⁶²) insiste molto sul carattere «as skeptical as anything that legal realists would say five decades later» che il passo rivelerebbe, tralasciando⁶³ però di citare i numerosi altri passi in cui il medesimo Hammond di cui si rimarca tanto enfaticamente il «realismo» esalta il *common law* quale riflesso dell'esistenza di un ordine Divino⁶⁴ o in

⁶² Punto che non sfugge a Leiter 2010: 16.

⁶³ Come opportunamente segnala Brophy 2013: 398.

⁶⁴ Debitamente citati da Brophy 2013: 398, n.103: «Unless we are willing to surrender entirely the belief that there is a Divine order (...) we cannot assume that all the principles upon which cases of the first impression have been decided for centuries were the creation of the judges who wrote (...) the particular opinions». Peraltro, è interessante riportare per esteso il passo in questione, che forma parte delle appendici e note aggiunte da Hammond, in qualità di editore, a Lieber 1880: 327-328: «In conclusion, I venture to say — although a note like this is not the place for the full discussion of so important a question — that I hold the view of Blackstone and all the older writers upon the common law to be the true one, and that presented by Mr. Austin and his followers to be a radical mistake. The inconsistencies and errors of many of the former statements of the common-law doctrine are freely admitted; but they are of very little consequence as against their general accord and consistence. The belief in a common law, of which all precedents and decided cases are merely the evidence and exposition, cannot be a delusion

cui rivendica la validità delle tesi di Blackstone in chiave polemica verso l'idea austiniana che i giudici creino diritto⁶⁵, sia pure inteso come comando tacito del sovrano.

Sempre a proposito di Hammond, peraltro, va detto che, se le inclusioni nel testo di Tamanaha non sono sempre

or a fiction, so long maintained. Unless we are willing to surrender entirely the belief that there is a Divine order in the moral as well as physical constitution of this world, we cannot assume that all the principles upon which cases of the first impression have been decided for centuries were the creation of the judges who wrote or uttered the particular opinions. Nor can we say that our English and American judges have made the law which they expounded, unless we are willing to admit that the whole course of their jurisprudence for at least six centuries has been an unjust government of litigants by rules that did not exist when they entered into the transactions adjudged. The new view, that they were really making law while they professed only to expound it, seems to me to rest entirely upon the assumption that all law must necessarily be legislation, — a rule or rules promulgated beforehand in writing, by some earthly sovereign whom the people are bound to obey. The old doctrine rested on the assumption that there were fixed principles of jural as well as moral right, which every man was bound to obey, and which every magistrate was bound to recognize and enforce to the best of his knowledge and ability. The mistake made by the older advocates of this view was merely in taking for granted that these principles were perfectly known to them, and that the law of reason, of nature, or of God, as they understood it and could formulate it in words, was the standard of jus for all time. They overlooked the fact that our notions of nature and natural law depend upon our knowledge and education in moral as well as physical science».

⁶⁵ Citato anch'esso in Brophy 2013: 398: «the belief in a common law, of which all precedents and decided cases are merely the evidence and the exposition, cannot be a delusion or a fiction, so long maintained».

illustri, le omissioni, sono, talvolta, piuttosto significative. È infatti alquanto curioso che, nel libro, sia menzionato soltanto di sfuggita⁶⁶ John Chipman Gray, un autore che, pure, riveste una cruciale importanza per la complessa questione degli incerti confini fra *classical legal thought* e realismo giuridico, nonché, per inciso, per la ricezione di Austin negli Stati Uniti, un altro elemento del quadro sorprendentemente trascurato da Tamanaha. Peraltro, alquanto curiosamente, la menzione di Gray è inserita in un catalogo di autori che, decenni prima dei realisti, avrebbero sostenuto tesi altrettanto spregiudicate sulla natura dell'attività giudiziale, *senza* in alcun modo dar notizia al lettore del fatto che lo stesso Gray è abitualmente classificato fra i precursori del realismo giuridico americano, nonché senza dar conto del dibattito che, come si vedrà nel primo capitolo, è sorto attorno a tale connotazione. Inoltre, si dà il caso che, nella sua opera principale, Gray citi estesamente e critichi dettagliatamente proprio Hammond e Carter⁶⁷ (un altro autore che Tamanaha vorrebbe frettolosamente arruolare nelle file del *balanced realism*⁶⁸) quali esempi preclari di vigorosi negatori della creazione giudiziale di diritto⁶⁹.

⁶⁶ Tamanaha 2010: 75.

⁶⁷ Si veda Gray 1921: 122-131.

⁶⁸ Tamanaha 2010: 81-83. Sulla critica di tale lettura di Carter, si veda anche Leiter 2010: 13-15.

⁶⁹ Per un eloquente esemplare delle tesi di Hammond su cui si concentrano le critiche di Gray, si veda il passo (citato in Gray 1921: 122) in cui, difendendo Blackstone dalle irridenti critiche «of minor writers» (fra i quali Austin e Pomeroy), Hammond ricordava

Si dovrebbe forse concludere che anche Gray è stato 'indottrinato' dagli studi di Horwitz e Kennedy, peraltro pubblicati numerosi decenni dopo la sua scomparsa? Naturalmente, è sempre possibile sostenere che le critiche di Gray fossero imprecise o nettamente 'fuori bersaglio', ma il punto è che, se l'obiettivo è la dettagliata ricostruzione del panorama della *jurisprudence* statunitense alla svolta del secolo, non prenderle in considerazione non sembra la strategia più adatta a perseguirlo. Quantomeno, esse contribuiscono infatti a consegnarci un quadro del dibattito del periodo tutt'altro che unitario e coerente (connotato, come vorrebbe Tamanaha, da un generale accordo sulla na-

la «unbroken testimony of the judges themselves, who from the earliest Year-books to the latest reports of the highest courts have unanimously agreed that they neither made nor could make new law in deciding cases which come before them for adjudication». In ulteriore e non meno significativo passo riportato da Gray, (p.123), Hammond concede poi che, «storicamente», il diritto è sì «creato» dai giudici, ma soltanto nel modo in cui la scienza è 'creata' dalla successione storica delle scoperte scientifiche ad opera dei vari studiosi, o la teologia è frutto delle successive *utterances* dei vari pensatori. Ma nessuno, conclude Hammond, potrebbe perciò essere legittimato ad affermare che scienziati o teologi abbiano creato la verità scientifica o teologica. Forse, Tamanaha potrebbe replicare che passi come quello in questione non restituiscono fedelmente la posizione di Hammond e che la scelta di Gray è arbitraria e malevola; il punto, però, è che le sue pagine non forniscono alcun criterio per selezionare le citazioni meglio rappresentative, né, per la verità, si pongono alcun problema al riguardo. Quello seguito da Tamanaha parrebbe dunque, a ben vedere, un approccio curiosamente «formalista», in cui i testi (comunque estrapolati) sembrerebbero parlare da sé, senza porre alcun tipo di problema interpretativo.

tura dell'attività giudiziale, rappresentata nei termini del «realismo bilanciato»), rimandando bensì ad uno scenario alquanto articolato, composito e decisamente refrattario a quell'uniforme concordia che Tamanaha suggerisce.

In particolare, non sembra affatto che la creazione giudiziale di diritto appartenesse (o, quantomeno, fosse univocamente percepita appartenere) al novero delle acquisizioni teoriche condivise. Ciò non stupisce, peraltro: come è stato osservato, infatti, anche oggidi la suddetta nozione appare godere di assai minor condivisione di quanto l'ottimistico *slogan* che, quantomeno in riferimento alla cultura giuridica statunitense, vorrebbe tutti ormai realisti («bilanciati» o meno⁷⁰) lasci intendere.

⁷⁰ A tale proposito, è decisamente interessante e rivelatrice una citazione del giudice Edwards, opportunamente riportata da Leiter: «(...) One might expect that today, more than a half-century after the Legal Realist movement, the phenomenon of the exercise of “judicial discretion” would have been so exhaustively studied as to merit no more than a passing reference in preparation for the examination of more controversial matters. That turns out not to be true. Not only does the activity of judicial lawmaking remain mysterious, but a surprisingly large number of people, both within and without the legal community, question its legitimacy in any form» (Leiter 2010: 23-24). La citazione è tratta da un articolo del 1983, ma basta prendere in considerazione il dibattito (riferito in apertura) suscitato dall'udienza di conferma della nomina alla Corte Suprema del giudice Sotomayor per rendersi conto del fatto che, come osserva Leiter, «Formalism (...) is, quite obviously, the official story about adjudication in the public culture in the United States, as confirmation hearings, including the most recent one, regularly confirm. Thus, already, there appears to be a useful role for the formalist-realist distinction, namely, as a way of framing political discourse about adjudication». (Leiter 2010: 25).

Tornando ad Hammond, proprio perché è certamente utile e interessante esaminare nel modo più esaustivo le sue posizioni e cercare di costruire una rappresentazione il più possibile fedele delle sue tesi caratterizzanti, appare però indebito basare l'intera sua collocazione teorico-storiografica sui quindici minuti di (peraltro dubbio) realismo che si ritiene di poter riscontrare nella sua opera. Sarebbe forse più interessante valutare il passo in esame alla luce del resto delle tesi di Hammond, per valutare se e in che misura esso possa integrare o modificare la ricezione storiografica del suo pensiero⁷¹.

⁷¹ Per un esempio interessante e bilanciato di ricostruzione del pensiero di un autore capace di dar conto di aspetti disparati del suo pensiero senza cedere a riduzionismi di sorta, si veda Samuels 1975, interessante analisi della *jurisprudence* di Joseph Henry Beale, uno dei bersagli polemicamente favoriti dei realisti (in particolare, di Frank), che restituisce mediante l'analisi degli appunti dei (futuri) giuristi suoi allievi ad Harvard agli inizi del novecento. Ebbene, anche Samuels evidenzia che, accanto agli elementi posti in luce dalla critica dei realisti, l'insegnamento di Beale ne presentava anche altri (quali, ad esempio, il riscontrare un progressivo «indebolimento» dello *stare decisis*) che appaiono meno coerenti con l'immagine consegnataci dalle polemiche di Frank. Nel darne debito conto, Samuels cerca però di conciliare tali elementi nella figura di un giurista che è «both a metaphysician and a positivist at the same time» (Samuels 1975: 270), blackstonianamente reverente verso «the common law (...) as a pre-eminent system of government» (Samuels 1975: 271) e, al tempo stesso, «concerned with a profound and perplexing social problem: the need to legitimize both the system of the common law and the decisions of common law courts as authoritative» (Samuels 1975: 272). Un giurista, peraltro, in grado di concepire anche una sua versione della «sociological jurisprudence», intesa come conciliazione di «continuity and change (...) within the system of

Del resto, a prescindere dai singoli casi, un problema analogo, come sottolinea Leiter⁷², si pone per tutte le citazioni laboriosamente raccolte da Tamanaha: in che misura esse sono rappresentative del pensiero della comunità dei giuristi statunitensi delle ultime decadi dell'ottocento? E, anche ammettendo che lo fossero, resta da stabilire se erano altrettanto comuni e condivise come sarebbero poi divenute negli anni venti e (soprattutto) trenta del novecento. Sembra esserci, infatti, una certa ingenuità nell'approccio in base al quale produrre citazioni variamente autorevoli e rappresentative dal sapore più o meno marcatamente «realistico»⁷³ della seconda metà dell'ottocento basti *ipso facto* a confutare l'etichetta gilmoriana di «formalist age» come atto a qualificare quell'epoca, quasi che una periodizzazione fosse legittimata solo qualora, monoliticamente, *tutti* i suoi esponenti condividessero esattamente il medesimo pensiero.

Sarebbe un po' come, osserva giustamente Leiter⁷⁴, negare ai decenni successivi al 1980 la qualifica convenzionale di «età del neoliberalismo» semplicemente perché è

the common law operating as a system of government, sanctioned by the sense of justice and authoritativeness issuing from its legitimacy» (Samuels 1975: 278).

⁷² Leiter 2010: 8.

⁷³ Come peraltro suggerisce Brophy 2013: 399, «a more modest way to looking at this is to say that beneath the American renaissance of legal thought, as exemplified by Holmes, Pound and Cardozo, were many other similar thinkers and that they built on ideas of previous generations».

⁷⁴ Leiter 2010: 9.

possibile citare numerosi articoli pubblicati su riviste autorevoli da influenti autori marxisti o, in ogni caso, scettici verso il libero mercato, estrapolandone frasi che criticano radicalmente gli assiomi del neoliberismo asseritamente dominante. Anche in questo caso, sarebbe senz'altro possibile costruire una rassegna nutrita come quella proposta da Tamanaha, senza, tuttavia, poter ragionevolmente pretendere di definire gli anni di Reagan e Thatcher come «*balanced socialism*».

Il punto infatti, non è semplicemente raccogliere le citazioni (peraltro, con i problemi sopra brevemente richiamati), bensì, semmai, indagare come esse erano recepite dalla generalità della comunità dei giuristi: se accolte con favore, criticate o, più semplicemente, ignorate⁷⁵.

Infine, *last but not least*, stupisce constatare l'estrema penuria (per non dire la quasi totale assenza), soprattutto nella sezione del libro consacrata alla confutazione del «mito del formalismo», di analisi di casi e motivazioni giudiziali⁷⁶. Infatti, come ricordato anche in precedenza, è almeno fin dai tempi dell'opinione dissenziente di Holmes in *Lochner v. New York*⁷⁷ che il formalismo, oltreché con

⁷⁵ Leiter 2010: 9-10.

⁷⁶ Come rileva opportunamente Brophy 2013: 395.

⁷⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Tamanaha, per la verità, menziona di sfuggita (Tamanaha 2010: 78) l'opinione dissenziente di Holmes, senza però citarla estesamente, analizzarla, né porla in alcun modo in relazione con la ricostruzione del formalismo. Sempre a proposito dell'opinione holmesiana e del caso in generale, a ulteriore riprova della centralità dello studio delle decisioni giudiziali ai

una teoria del diritto e dell'interpretazione giudiziale, è identificato altresì con una ideologia dell'interpretazione, e con connesse tecniche di argomentazione dei tribunali⁷⁸.

Ancor più sorprendente è uno degli snodi centrali della (peraltro concisa) argomentazione con cui, nella sua risposta alle critiche, Tamanaha⁷⁹ supporta tale (curiosa) omissione: essendo «stilizzate esposizioni» di argomenti

fini dell'inquadramento di una cultura giuridica nel suo complesso, occorre peraltro rimarcare che, com'è ovvio, anche la storiografia su *Lochner* non va esente da importanti revisioni, aggiornamenti e ripensamenti, la cui influenza sulla ricezione storiografica della cultura giuridica statunitense alla svolta del secolo sono, naturalmente cospicue. Per una breve ma puntuale sintesi bibliografica al riguardo, si veda Brophy 2013: 394, n.82; per una più ampia trattazione, si rimanda a Bailey 2004: 169-170. Sempre in relazione all'importanza essenziale dell'analisi dei casi ai fini della questione in esame (cosa debba intendersi per «formalismo» e in che misura tale categoria informasse il pensiero di giudici e giuristi alla svolta del secolo, si ricordi che, nel suo celebre *Mechanical Jurisprudence* (1908), Pound suffragava le sue tesi in materia precisamente mediante copiose citazioni di decisioni giudiziali.

⁷⁸ Al riguardo, peraltro, osserva giustamente Leiter 2010: 2: «judges, of course, continue to write their opinions in sophisticated formalist manner, presenting the binding rules of law as given by the materials correctly interpreted and as then requiring, as a matter of logic, a particular decision». Pertanto, sebbene essa meriti certamente di essere meglio precisata e più attentamente definita, forse, ai fini di perseguire il *sound understanding of judging* invocato da Tamanaha, forse è più saggio non aver troppa fretta di disfarsi della categoria di «formalismo».

⁷⁹ Tamanaha 2014: 6: « (...) judicial opinions are stylized presentations that justify rulings and provide legal guidance; hence one cannot extrapolate theories of law or judicial decision making from modes of opinion writing».

e ragioni per giustificare le sentenze e fornire «legal guidance», dalle opinioni giudiziali non si possono estrapolare teorie del diritto o della decisione giudiziale. Nessuno ne dubita⁸⁰, ma il punto, qui, non è il formalismo inteso come *teoria* (descrittiva) del diritto o dell'interpretazione, bensì come *ideologia* (prescrittivo-valutativa) dell'interpretazione, che, come si è visto in precedenza, costituisce un versante fondamentale dell'oggetto 'formalismo' il cui accertamento è in discussione.

È senz'altro vero che trattati, articoli e conferenze sono i materiali fondamentali a cui rivolgersi per accertare posizioni di *jurisprudence*, ma, al tempo stesso, le decisioni e le motivazioni giudiziali sono la fonte privilegiata in cui cogliere le ideologie interpretative in azione, e rifiutare programmaticamente di prenderle in esame assomiglia pericolosamente al celebre rifiuto di accostare lo sguardo al cannocchiale⁸¹.

⁸⁰ Anche se il tema meriterebbe, forse, di non essere liquidato tanto frettolosamente e con toni così univoci e perentori: se è vero che sarebbe notevolmente ingenuo e gravemente fuorviante leggere le opinioni giudiziali alla stregua di piccoli trattatelli di teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione, è pur vero che, come lavori come Bailey 2004 dimostrano, non è altrettanto vano indagare, con le opportune cautele e tenendo ferme le debite distinzioni fra i piani, le possibili relazioni fra la *distinctive view* filosofico-giuridica dei giudici e le decisioni giudiziali di cui essi sono autori. Tanto più quando, come nel caso dell'indagine di Tamanaha, siano in esame i lineamenti generali della cultura giuridica di una determinata epoca.

⁸¹ Per apprezzare i benefici di un approccio alla questione che prenda in debito in esame anche il versante «case-law» della questione, integrandolo con quello relativo alla *jurisprudence*, si rimanda

Peraltro, è singolare che Tamanaha, dopo aver a lungo deplorato⁸² le sintesi del pensiero dei giuristi del tardo ottocento e dell'inizio del novecento troppo rapide ed eccessivamente generiche, proponga poi di ridurre le posizioni teoriche (estremamente variegata, come egli stesso riconosce⁸³) degli autori comunemente rubricati come realisti sotto l'etichetta, non meno vacua e generica⁸⁴, di "realismo bilanciato". Come è stato variamente osservato, oltretutto, tale «realismo bilanciato» intrattiene con le tesi propugnate dai realisti ben scarse somiglianze di famiglia⁸⁵.

A tal proposito, si cercherà qui di porre in evidenza alcune tesi che paiono sottostimate o del tutto assenti nel

a Horwitz 1992. Basta uno sguardo al semplice indice dei casi ivi citati e dettagliatamente esaminati (Horwitz 1992: 349-350), per rendersi conto dell'imponente lavoro di ricerca compiuto in materia dall'autore.

⁸² Non a torto, d'altronde: in questo senso (ma la considerazione vale, e a maggior ragione, per tutto il pluri-decennale dibattito di cui si sono prima richiamate le tappe principali), come osserva Leiter 2010: 31, a dispetto di tutti i problemi sin qui brevemente evidenziati, il volume di Tamanaha ha certamente il pregio di contribuire a indurre una salutare dose di «intellectual caution and modesty» quale utile correttivo ad un'eccessiva disinvoltura nell'uso della categoria di «formalist age».

⁸³ Tamanaha 2010: 74 (in cui si cita un passo di Llewellyn che afferma che i realisti differivano fra loro per punti di vista, interessi di ricerca e campi di studio almeno quanto ciascuno di essi differiva da Langdell).

⁸⁴ Fenster 2016: 105.

⁸⁵ Per un'estesa e dettagliata critica del «realismo bilanciato», si rimanda a Leiter 2010: 19-31.

«realismo bilanciato» di Tamanaha: tesi che, come ci si sforzerà di mostrare, possono intendersi come pienamente appartenenti al “comune denominatore teorico” condiviso.

1.2. *Una (modesta) proposta*

Materiali per una definizione del realismo giuridico americano

A dispetto delle difficoltà e degli scetticismi (per molti versi giustificati) che la letteratura ha al riguardo evidenziato e che sono stati brevemente richiamati in apertura, infatti, la (modesta) proposta che viene qui presentata è che, dopotutto, è possibile evidenziare almeno alcuni tratti salienti capaci di legittimare l'impiego dell'etichetta di «realismo giuridico americano». Se, per riprendere l'analogia autorevolmente proposta da Schlegel, l'etichetta «legal realism» è assimilabile a quella di «chicken soup», allora la proposta in questione ambirebbe a fissare perlomeno alcuni dei principali ingredienti della “ricetta”, in modo da renderne meno arbitrario l'impiego.

Beninteso, si tratta, come precisato, di una proposta modesta: la richiamata vastità e complessità della letteratura di riferimento (sia primaria che secondaria) e la sottolineata ricchezza tematica delle opere degli autori comunemente indicati come realisti scoraggiano decisamente azzardate pretese di originalità e, tanto più, di esaustività

nell'identificazione dei lineamenti teorici del realismo giuridico americano⁸⁶.

Quale prima tesi caratterizzante, occorre innanzitutto indicare i) lo scetticismo interpretativo. Secondo questa tesi, a differenza di quanto, nel suo (non eccessivamente) *skeptical aspect*, il «realismo bilanciato» appare disposto a riconoscere, i giudici a) compiono scelte *sempre* (e non soltanto *sometimes*) e, più specificatamente, b) prendono sempre decisioni attorno al significato delle fonti su cui si esercita la loro attività interpretativa (per inciso, il verbo «manipolare», impiegato da Tamanaha, può risultare fuorviante, giacché sembra presupporre l'idea che le fonti incorporino un significato «oggettivo» che l'interprete può in vario modo distorcere). Inoltre, c) nella decisione dell'interprete, sono sempre coinvolti (sia pure in misura variabile) valutazioni di natura etico-politica (considerazioni di *public policy*) che esercitano sovente un peso considerevole nella determinazione della decisione⁸⁷.

⁸⁶ Una assai più articolata e dettagliata disamina delle tesi caratterizzanti il realismo giuridico americano si legge in Chiassoni 1992: 287-297. Più in generale, per quanto concerne i *central tenets of a realist, skeptical outlook about legal interpretation and adjudication* si rimanda al lucido ed esaustivo catalogo (composto di ben dodici tesi) consultabile in Chiassoni 2019: 2-12. Come si diceva, a differenza della ricostruzione proposta in quelle pagine, quella qui avanzata non ambisce a identificare nulla più che un nucleo teorico minimo, al solo e modesto scopo di mettere in luce elementi che la categoria (vaga e fuorviante) di *balanced realism* pare del tutto inadeguata a catturare.

⁸⁷ La tesi qui (alquanto sommariamente) delineata può essere op-

Un'efficace e nitida formulazione di questa prima tesi caratterizzante del realismo giuridico americano è proposta da John Chipman Gray (1839-1915), l'analisi di alcune delle cui principali tesi costituisce l'oggetto del primo capitolo del libro. Come ricordato in precedenza, l'opera di Gray contiene elementi e prospettive che, a vario titolo, rendono il suo autore a buon diritto accostabile tanto all'una che all'altra delle principali partite teoriche che si giocavano nel panorama giusfilosofico statunitense attorno alla svolta fra ottocento e novecento: dall'*analytical jurisprudence* di impronta austiniana, al *classical legal thought* relativo alla scuola di Harvard, nonché, come si diceva, all'indirizzo «proto-realista» associabile alle posizioni di Holmes e Pound.

Ebbene, è appunto Gray a delineare con grande chiarezza e nitore, nel suo celebre *The Nature and Sources of the Law*, la distinzione fra il *diritto* (da lui inteso come l'insieme delle «rules which the courts, that is, the judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties»⁸⁸) e le *fonti* del diritto (i materiali da cui i giudici estraggono le *rules* in questione, materiali che Gray così classifica: testi normativi prodotti dal legislatore, precedenti giudiziali, opinioni della dottrina, consuetudini, principi della morale, questi ultimi estesi fino a ricompre-

portunamente integrata con le tesi 1-8 presentate in Chiassoni 2019: 2-4.

⁸⁸ Gray 1921: 45.

dere valutazioni di *public policy*⁸⁹). Precisamente all'analisi della proposta di Gray è dedicato il secondo capitolo del libro, in cui particolare attenzione è rivolta alla confutazione elaborata da Gray della descrizione teorica dell'interpretazione delle fonti come attività 'meccanica', assiologicamente neutra e, in generale, priva di aspetti discrezionali⁹⁰. Inoltre, Gray evidenzia come, sebbene i testi prodotti dal legislatore e i precedenti giudiziari siano fonti vincolanti, per il giudice, esse lo sono, tuttavia, soltanto come *fonti*, materiali, cioè, che non si auto-interpretano e l'attribuzione del cui significato incombe pertanto all'interprete stesso⁹¹.

⁸⁹ Gray 1921: 66-67.

⁹⁰ Gray 1921: 91-92 (con particolare riferimento alla *interpretation of statutes*). Peraltro, vale la pena di osservare che, con buona pace di Tamanaha, Gray indica la descrizione teorica da lui confutata precisamente come la *common view* della dottrina.

⁹¹ Gray 1921: 92. La distinzione fra fonti normativamente vincolanti e non è altresì relativizzata, nella analisi teorica dell'attività interpretativa sviluppata da Gray, dalla constatazione (Gray 1921: 66-67) che, nell'interpretare una specifica fonte (per esempio, un testo prodotto dal legislatore), il giudice fa riferimento anche alle restanti (riprendendo l'esempio precedente, considerazioni di *public policy* possono orientare la scelta fra l'una o l'altra attribuzione di significato al testo). Si vedano, sul punto, le tesi 1 e 2 esposte in Chiassoni 2019: 2: «1. Authoritative texts – source-sentences or legal provisions like, e.g., constitutional clauses, statutory provisions, regulatory provisions, etc.– are not self-interpreting entities. There must always be some interpreter to associate meaning to the otherwise dead letter of their words and phrases. 2. Authoritative texts and the previous juristic and judicial interpretations and integration (supplements, gap-fillings) thereof, are not self-applying entities. There must always be some interpreter who takes into account the texts,

A tale proposito, peraltro, occorre sottolineare che uno degli aspetti di maggior interesse delle analisi di Gray è rappresentato dal fatto che, in esse, una attenta valutazione dei limiti (istituzionali, politico-sociali, nonché derivanti dalla struttura stessa della pratica giuridica e della formazione del giurista) che perimetrano l'azione del giudice si accompagna ad un altrettanto pieno riconoscimento del ruolo giocato dalla sua individualità, dalle sue preferenze etico-politiche e del suo peculiare *cast of mind*⁹².

Una analisi dell'attività giudiziale articolata e complessa, quindi, capace di dar conto dei molteplici *constraints* cui il giudice è soggetto e che rendono generalmente *predictable* la sua decisione senza in alcun modo 'mitigare' o 'bilanciare' la tesi dello scetticismo interpretativo⁹³.

together with the previous interpretations and integrations provided for them in the legal culture, and, upon a judgement that may involve selecting, modifying, or refining such previous interpretations and integrations, applies them to the individual cases at hand».

⁹² Si veda, a puro titolo di esempio, il passo in cui (Gray 1921: 123) in cui Gray rileva come, qualora le preferenze etico-politiche e, appunto, il *cast of mind* del *Chief Justice* Marshall ne avessero fatto un ardente sostenitore di Jefferson, il diritto costituzionale degli Stati Uniti avrebbe, con tutta probabilità, conosciuto uno sviluppo considerevolmente differente.

⁹³ Curiosamente, quindi, in Gray si riscontrano, sia pure formulate *in nuce* e in un quadro generale tutt'altro che improntato a radicali innovazioni, tesi che paiono rimandare tanto a quella che Brian Leiter (Leiter 2007: 28-29) ha identificato come la «Idiosyncrasy Wing» (associata principalmente a Jerome Frank e, potremmo aggiungere, Francis Hutcheson, che enfatizzavano appunto l'elemento idiosincratco della decisione giudiziale) come a quella da lui

Se in Gray troviamo dunque già compiutamente formulata la prima tesi caratterizzante del realismo giuridico americano, bisogna però volgersi agli autori comunemente rubricati come realisti in senso proprio (tra gli altri, Llewellyn, Frank, Oliphant, Moore, Cook, Radin) per riscontrare le altre due tesi che verranno qui presentate.

Per introdurle, può essere utile richiamare brevemente un elemento (alquanto rivelatore) della trattazione di Tamanaha. Una delle menzionate perplessità che possono sorgere al lettore del lavoro di Tamanaha, infatti, è la sensazione che la sua ricostruzione del «balanced realism» come teoria della decisione giudiziale largamente condivisa (se non decisamente maggioritaria) nel panorama della filosofia del dritto statunitense fra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento sembra consegnarci una deprimente visione della *jurisprudence* del periodo come una scolastica alquanto monotona e stagnante, che, (almeno) per un cinquantennio circa, non avrebbe prodotto innovazioni di rilievo.

Tale considerazione sembra, invero, presentarsi allo stesso autore, che, infatti, dopo essersi adoperato per un considerevole numero di pagine ad enfatizzare il più possibile le tesi realiste' asseritamente sostenute già da giuristi del tardo ottocento (in special modo da *historical jurists* come Carter e Hammond), sorprende il lettore avvertendo-

definita la «Sociological Wind» (legata, tra gli altri, ai nomi di Karl N. Llewellyn, Felix S. Cohen, Max Radin, più attenti agli elementi socio-istituzionali che caratterizzano e vincolano i giudici intesi come peculiare gruppo sociale, rendendone largamente prevedibili i *pattern* decisionali) del realismo giuridico americano.

lo che, tuttavia, esistono fra i «giuristi storici» e i «realisti» significative differenze che non devono essere trascurate⁹⁴.

E che si tratti di differenze davvero significative non tarda a precisarsi, giacché Tamanaha chiarisce subito dopo che i secondi sono separati dai primi da svariate decadi in cui ha avuto luogo una *vast transformation* in ambito economico, sociale, negli usi e costumi prevalenti, nonché nel diritto medesimo⁹⁵. Se i «giuristi storici», infatti, coltivavano ancora una visione del diritto in cui il *common law* giocava un ruolo centrale e il diritto legislativo era relegato in una funzione marginale⁹⁶, i realisti, al contrario, si trovavano immersi in uno scenario, assai più complesso, in cui il legislatore stava occupando una posizione prioritaria e lo stato amministrativo era una presenza non più ignorabile⁹⁷. Ancor più significativamente, i realisti erano separati dai giuristi che li avevano preceduti da «different interests and concerns»⁹⁸, interessi legati soprattutto all'emergere e all'affermarsi delle *social sciences*⁹⁹.

È sorprendente constatare come Tamanaha confini tali importanti considerazioni in una collocazione tutto som-

⁹⁴ Tamanaha 2010: 88.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem. Peraltro, Tamanaha, alquanto sorprendentemente, sembra parzialmente riconoscere qui che, già nella seconda metà dell'ottocento, una simile visione esisteva più nella mente dei giuristi che ancora la coltivavano che non nella effettiva condizione del diritto.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem.

mato incidentale (poco più di una pagina), quasi che esse non contribuissero a problematizzare in modo sostanziale la linea argomentativa che l'autore sta sviluppando.

Dunque, si apprende che esistevano, dopotutto, delle «significative differenze» tra i realisti e i giuristi delle generazioni precedenti, differenze legate tanto alla concezione del diritto che al modo stesso di intendere e declinare l'impresa giusfilosofica. A dispetto di tali considerazioni, il modello teorico del *balanced realism* continua imperturbabilmente ad essere proposto come quello più adeguato a dar conto anche della posizione dei realisti (considerati *en masse*, oltretutto).

Eppure, anche limitandosi a prendere in considerazione la questione dell'influenza delle *social sciences* sul pensiero dei realisti, non è difficile constatare che in essa va rintracciato un discrimine di fondamentale importanza rispetto agli autori sopra menzionati. Innanzitutto, all'adozione di una prospettiva teorica prioritariamente concentrata sulle dinamiche di interrelazione fra fenomeni giuridici e fenomeni socio-politico-economici è correlabile l'adozione altresì della tesi (che sviluppa e integra quella dello scetticismo interpretativo) ii) dell'insufficienza di norme giuridiche, principi e concetti giuridici fondamentali quali soli determinanti della decisione giudiziale¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Si segue qui l'eccellente formulazione suggerita da Kalman 1986: 5 (e, più in generale, la trattazione ivi svolta alle pp.5-8), facendo altresì riferimento all'identificazione del *core claim* dei realisti proposta in Leiter 2007: 21-30, con le precisazioni che saranno però esposte a breve.

Beninteso, a dispetto di quanto una certa vulgata tanto imprecisa quanto ostinata ha talvolta lasciato intendere, i realisti non hanno mai affermato che *legal rules*, *legal principles* e *legal concepts* non avessero peso alcuno nella decisione del giudice¹⁰¹: essi hanno, semmai, appunto affermato che tali elementi non bastavano, da soli, a dar esaustivamente conto di quella decisione.

E precisamente rispetto a quali fossero gli ulteriori fattori rilevanti nel determinare la decisione giudiziale si declinava la distinzione fra la «Idiosyncrasy Wing» e la «Sociological Wing» del realismo¹⁰².

Mentre Frank, infatti, tendeva a diffidare degli approcci che riconducevano le decisioni giudiziali a determinanti politici, economici, morali (apparendogli tali categorie troppo rozze e generiche¹⁰³) e a privilegiare invece «uniquely individual factors» attinenti alla personalità e all'inconscio del singolo giudice¹⁰⁴, la maggioranza degli

¹⁰¹ Kalman 1986: 6: «The realists did not object to legal rules and concept per se; they believed that they could be useful in predicting judicial decisions. But they found other factors equally relevant to their understanding of the judicial decision».

¹⁰² Per riprendere le utili etichette proposte in Leiter 2007: 28.

¹⁰³ Kalman 1986: 7.

¹⁰⁴ Ibidem. Kalman, peraltro, sottolinea anche l'influenza che la ricezione di alcune tesi e nozioni del pensiero di Freud (anche per il tramite di psicologi come Edward S. Robinson) avevano esercitato su molti realisti; in particolar modo, aveva goduto di larga diffusione l'idea di intendere le opinioni giudiziali e le argomentazioni ivi formulate come razionalizzazioni *ex post* di processi decisionali inconsci (Kalman 1986: 6).

altri realisti (appartenenti, a vario titolo e con varie posizioni, alla «Sociological Wing») aveva preferito, invece, concentrarsi precisamente su quei fattori socio-politico-economico-morali che avevano suscitato l'insoddisfazione di Frank¹⁰⁵. Ma l'influenza delle scienze sociali (nonché,

¹⁰⁵ Si preferisce, come si diceva, rifarsi qui più all'impostazione di Kalman 1986 che non a quella di Leiter 2007. Leiter, infatti, propone, com'è noto, una formulazione filosofica del *core claim* accettato da tutti i realisti (quali che fossero le loro specifiche posizioni) nei termini di una tesi relativa alla decisione giudiziale che affermava: «judges respond primarily to the stimulus of facts» (Leiter 2007: 21). Più estesamente, la tesi si può altresì declinare come segue: «judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case, rather than on the basis of the applicable rules of law» (Leiter 2007: 21-22). A parere di Leiter, essa è compatibile anche con il pensiero di Frank. Secondo quest'ultimo, infatti, la decisione giudiziale sarebbe il frutto di «the stimuli affecting the judge» in combinazione con «the Personality of the judge» (Leiter 2007: 25). In sostanza, prescindendo dalla sua specifica aggiunta del fattore della personalità giudiziale, anche la tesi di Frank rivelerebbe di incorporare il *core claim*. Tuttavia, l'impostazione di Kalman mette forse meglio in risalto la divergenza fra le due ali del realismo, senza preoccuparsi eccessivamente di ridurre *ad unum* le varie e non facilmente conciliabili sfaccettature. Sulla peculiarità della posizione di Frank e sulla profondità delle sue divergenze dagli autori ascrivibili alla *sociological wing* insiste Marzocco 2018. La trattazione proposta nella presente sede non si sofferma, nello specifico, sull'opera di Frank, privilegiando piuttosto autori e temi riconducibili alla *sociological wing* del realismo americano (anche se, come si vedrà nei capitoli successivi, non mancheranno cenni alle tesi di Frank, tanto interessanti quanto, come segnala Marzocco, spesso sottovalutate e fraintese). Basti qui dire, tuttavia, che, perlomeno al livello di astrazione qui adottato, pur nella diversità delle loro posizioni, tanto i realisti «sociologici» che quelli «idiosincratici» condividevano una nozione della teoria del diritto come, appunto, costitutivamente «impura» e programmaticamente aperta alla contaminazione

perlomeno per alcuni autori, potremmo aggiungere, della psicologia e della psicoanalisi) sui realisti si traduce altresì in una terza ed ultima tesi caratterizzante, ovvero iii) la concezione della teoria del diritto come costitutivamente «impura»¹⁰⁶, ovvero strutturalmente aperta all'interscambio con discipline appartenenti al novero delle scienze sociali e/o delle scienze umane, quali l'economia, la sociologia, l'antropologia, la scienza politica, la psicologia.

Proprio in virtù di tale prospettiva, per limitarsi ad un esempio paradigmatico, Llewellyn, richiamandosi a considerazioni già espresse da Pound, sottolineava la possibilità (e l'opportunità) di rendere il contatto e lo scambio reciproco «between law and *other* social disciplines easy, direct, and very fruitful on each end»¹⁰⁷.

con altre discipline (dividendosi, semmai, sulla questione se fosse più proficuo, per la teoria del diritto, rifarsi all'antropologia funzionalista o alla psicoanalisi freudiana). Si badi, peraltro, che l'accettazione di tale tesi non vincola ad alcuna specifica presa di posizione circa la (complessa) questione dello statuto epistemologico della *legal science* e la (controversa) plausibilità dell'analogia fra essa e le scienze naturali, questione su cui, appunto, le posizioni dei realisti erano assai variegata. Sul punto, si rimanda alla trattazione svolta (con particolare attenzione alla posizione di Llewellyn) in Twining 1985:188-196.

¹⁰⁶ Per rifarsi alla formula proposta in Barberis 2018: 10-11. Interessante e rappresentativa, sempre in tema di «purezza», la reazione di un realista *undisputed* come Llewellyn all'opera di Kelsen: «I see Kelsen's work as utterly sterile, save in by-products that derive from his taking his shrewed eyes, for a moment, off what he thinks of as "pure law"» (Llewellyn 1962: 356, n. 5).

¹⁰⁷ Llewellyn 1962: 354. Come giustamente sottolinea Gilmore, secondo tale prospettiva, economia e sociologia non erano meramente

Ebbene, è proprio in relazione a tale collocazione del diritto nell'ambito delle *social disciplines* si gioca uno degli scarti fondamentali tra i realisti e giuristi come Langdell e Beale. Nella prospettiva di questi ultimi, infatti, l'introduzione del diritto nel novero delle scienze sociali sarebbe stata un'operazione sensata ed opportuna quanto, per riprendere un icastico paragone di Patterson, l'introdurre «the ghost of Banquo into the feast of Macbeth»¹⁰⁸.

Nel progetto langdelliano, infatti, ciò che faceva della *jurisprudence* un'impresa scientifica (e come tale insegnabile nelle *law school* universitarie) era la possibilità di ricostruire e ordinare il diritto come un sistema formato da un numero (relativamente) esiguo di *fundamental rules and principles*¹⁰⁹, ricavabili induttivamente dall'analisi delle decisioni dei tribunali. Questi ultimi soltanto, nella prospettiva di Langdell, erano i materiali rilevanti per lo studio scientifico del diritto, un'operazione ai cui fini la considerazione di elementi extra-giuridici di qualsivoglia natura avrebbe dunque potuto rappresentare un contributo di ben scarsa utilità, se non direttamente un ostacolo¹¹⁰.

discipline alleate del diritto, bensì «disciplines which were in some sense part and parcel of the law» (Gilmore 1977: 78).

¹⁰⁸ Patterson 1953:50.

¹⁰⁹ Kalman 1986: 11. Più in generale, si veda la ricostruzione del «concettualismo» su cui poggiava l'impresa langdelliana alle pp. 10-16. Si veda, altresì, la classica ricostruzione dell'impianto teorico di Langdell proposta da Gilmore 1977: 41-43.

¹¹⁰ «Langdell based his theory of education on two postulates, which he described in 1886: “first that law is a science; secondly, that all the

Come il lavoro di Laura Kalman¹¹¹ dedicato alla parabola del *legal realism* a Yale tra il 1927 e il 1960 ha brillantemente dimostrato, precisamente nella controversia attorno alla struttura dei *curricula* dell'insegnamento universitario si può cogliere in tutta la sua portata la differente visione che del diritto e della *jurisprudence* coltivavano «realisti» e «formalisti», e, pertanto, dell'utilità che, con tutte le doverose cautele e le opportune revisioni del caso, l'impiego di tali etichette conserva.

Infatti, la “mappa” del diritto elaborata dai realisti differiva sostanzialmente da quella proposta dai formalisti: guidati dal criterio dello spostamento del «focus from legal concepts and rules to facts»¹¹², i realisti tendevano a non considerare i singoli settori del diritto come entità astratte e monadicamente isolate in sé stesse, bensì a porne in questione e ridisegnarne le tradizionali frontiere. Per limitarsi a due esempi particolarmente rappresentativi, i realisti si faranno propugnatori dell'abbandono della secolare distinzione fra *law* e *equity*, così come dell'altrettanto sedimentata separazione fra *substantive law* e *procedure*¹¹³.

available materials of that science are contained in printed books”. [...] The library, Langdell announced, was the student’s laboratory, and in the bound volume of appellate opinions he would find all that he needed to know. To assist students, Langdell and his colleagues collected those appellate cases in casebooks; students who used them learned law by “the case method”» (cfr, Kalman 1986: 11).

¹¹¹ Kalman 1986.

¹¹² Kalman 1986: 30.

¹¹³ Kalman 1986: 31.

Inoltre, via via che docenti vicini al realismo vi assumevano ruoli decisionali rilevanti, presso le maggiori *law schools* statunitensi un numero crescente di sociologi, economisti e psicologi affiancava i giuristi nel corpo docente¹¹⁴.

Quanto ai *casebooks* di langdelliana memoria, nella didattica dei realisti divennero semmai *case and materials books*, giacché in essi trovavano uno spazio sempre maggiore «materiali extra-giuridici» (dati socio-economici, statistiche, informazioni dettagliate relative ai contesti e alla pratiche che costituivano il contesto delle controversie¹¹⁵) che costituivano un'integrazione imprescindibile allo studio dei casi e delle relative decisioni. Peraltro, non va taciuto che, in ultima analisi, come già aveva sospettato Gilmore¹¹⁶ e come Kalman¹¹⁷ ha successivamente mostrato

¹¹⁴ Gilmore 1977: 78-79. Per interessanti esempi degli apporti didattici in cui la collaborazione di docenti di formazione e prospettiva extra-giuridica si traduceva, si veda Kalman 1986: 94-95 (con particolare riferimento alla didattica di Harold Laski).

¹¹⁵ Per un dettagliato esame di alcuni esempi significativi di *casebooks* elaborati da realisti, si rimanda a Kalman 1986: 78-97.

¹¹⁶ Gilmore 1977: 78: «and yet the revolution may have been merely a palace revolution, not much more than a changing of the guard. My own thought has come to be that the adepts of the new jurisprudence—Legal Realists or whatever they should be called—no more proposed to abandon the basic tenets of Langdellian jurisprudence than the Protestant reformers of the fifteenth and sixteenth centuries proposed to abandon the basic tenets of Christian theology». Come si tenterà di mostrare a breve, però, quest'ultima tesi di Gilmore può risultare tanto fuorviante quanto è brillante la sua formulazione.

¹¹⁷ Kalman 1986: 229-231.

con dovizia di dettagli, nella effettiva struttura della didattica universitaria del diritto tali progetti non hanno pienamente realizzato le promesse formulate dai loro entusiasti proponenti e l'evocata «rivoluzione realista» si è quindi tradotta principalmente in un «cambio della guardia» ove gli elementi di continuità con il *case-method* di Langdell hanno sovente prevalso sulle radicali innovazioni¹¹⁸.

Tali *esiti* “conservatori” della loro proposta, però, non autorizzano a negare o a minimizzare la discontinuità che separa la *prospettiva* teorica dei realisti da quella di Langdell e dei giuristi che alla sua opera si richiamavano. Infatti, sarà pur vero che, come osservava (non senza intenti provocatori) Gilmore, i realisti avevano ‘semplicemente’ riformulato il postulato di Langdell «law is science» in «law

¹¹⁸ «For all its innovations, legal realism proved to be essentially a conservative movement. The realists of the 1940s and 1950s did what the realists of the 1920s and 1930s had wanted to do. But they did not do that much. Their contributions broadened the curriculum but left representation of the wealthy at its heart, and they enabled both the casebook and the case method to survive. [...] In many ways, legal realism was very much like its contemporary, the New Deal. Although it seemed revolutionary to those who lived through it, it was not. By 1960, it had become clear that the United States had accepted the welfare state that had originated with the New Deal. So too, it had become clear that many at Harvard and Yale law schools had accepted a large part of Legal Realism. Yet change had not cause revolution in either case». Kalman 1986: 230. Per un bilancio meno pessimistico (forse anche per la minor distanza temporale che separava l'autore da quella stagione) degli apporti del realismo al campo della *legal education*, si veda Patterson 1953: 554-556.

is social science»¹¹⁹, ma, si ammetterà, tra i due *slogan* c'è una differenza tutt'altro che trascurabile.

Tra un modello teorico che spiega le decisioni giudiziali esclusivamente nei termini dei *legal rules and principles* citati nell'argomentazione delle decisioni stesse, da un lato, e, dall'altro, un modello teorico che le spiega in termini di *legal rules and principles* (sottolineando, peraltro, che essi sono frutto di scelte interpretative dei giudici) in congiunzione con elementi extra-giuridici (da fattori socio-economici a fattori psico-antropologici) pare intercorrere, infatti, la stessa differenza che c'è fra un modello teorico che spiega la combustione facendo riferimento al flogisto e un modello teorico che la spiega riferendola invece all'ossigeno.

Non si tratta, qui, beninteso, di reiterare la (stucchevole e ormai decisamente “fuori tempo massimo”) polemica anti-langdelliana¹²⁰ giustamente lamentata da Tamanaha, bensì semplicemente di mettere in luce che, se i realisti condividevano l'ambizione langdelliana di una *jurisprudence* scientifica, nutrivano però anche quella di farne una scienza migliore e meglio capace di una comprensione estesa del fenomeno giuridico di quella sviluppata da Langdell.

¹¹⁹ Gilmore 1977: 78.

¹²⁰ Polemica, peraltro, anche largamente ingenerosa: come lo stesso Gilmore aveva riconosciuto (Gilmore 1977: 53), infatti, il *case-method* (come prova anche il suo perdurante successo) e gli sforzi classificatori della scuola langdelliana rappresentano esiti intellettuali tutt'altro che disprezzabili.

I capitoli secondo, terzo e quarto del presente volume tentano di ricostruire alcune 'tappe' salienti della genesi e dello sviluppo del programma teorico realista. Il secondo capitolo, in particolare, ne analizza la 'preistoria', esaminando, in correlazione ai temi sopra richiamati, le critiche mosse da Gray alla nozione di sovranità proposta da Austin, comparandola con quelle sviluppate, sia pure in altre prospettive e con altri fini, da autori come John Dewey e Harold Laski.

Sebbene, come si avrà modo di vedere, la critica di Gray si risolva in una 'rifondazione' della *jurisprudence* austiniana che, per molti versi, è di segno opposto al programma teorico dei realisti¹²¹, tuttavia, la sua acuta consapevolezza dei problemi che si agitano alle frontiere (turbolente e, nonostante gli sforzi di Gray, mai del tutto impermeabili) fra diritto e scienze sociali, ne fanno, in una prospettiva diacronica, un indicatore particolarmente eloquente del chiaro profilarsi di un *turning point* di grande rilievo.

Il terzo capitolo, invece, è dedicato ad un autore pienamente annoverabile fra i realisti, Felix S. Cohen, analizzando alcuni capisaldi del suo celebre programma per una *functional jurisprudence*. In particolare, si cercherà di mostrare come tale programma, a dispetto di talune critiche

¹²¹ Ragion per cui, come si diceva, il «proto-realismo» di Gray è da rintracciarsi, semmai, nella sua netta formulazione della tesi dello scetticismo interpretativo.

di cui è stato fatto oggetto¹²², presenti considerevoli aspetti di originalità, ripensando la nozione di funzionalismo elaborata da Malinowski allo scopo di depurarla di taluni aspetti problematici che Cohen coglie lucidamente. Nella lettura che ne viene qui proposta, la *functional jurisprudence* elaborata da Cohen si configura, quindi, come un esempio paradigmatico di quella relazione di «inter-scambio» fra *jurisprudence* e scienze sociali in cui, come si è visto, può ravvisarsi una delle principali declinazioni della terza tesi caratterizzante (quella secondo cui la teoria del diritto è impresa costitutivamente «impura») sopra attribuite al realismo giuridico americano.

Un ulteriore e parimenti interessante declinazione del «funzionalismo» e un'importante rivisitazione critica dell'approccio malinowskiano è poi rintracciabile nella *law-job theory* elaborata da Karl N. Llewellyn ed esaminata nel quarto ed ultimo capitolo del libro. In particolare, il capitolo è dedicato all'esame della teoria in questione in una delle sue prime formulazioni, ovvero quella contenuta in *The Cheyenne Way*¹²³, uno studio «gius-antropologico» che, muovendo da un problema tanto intricato quanto affascinante¹²⁴, costituisce una delle più significative, am-

¹²² Leiter 2007: 70.

¹²³ Hoebel-Llewellyn 1941, in particolare alle pp.290-309.

¹²⁴ Quello, cioè, relativo all'interrogativo circa l'esistenza o meno del diritto in senso proprio nelle cosiddette *primitive societies*, e, in caso di risposta affermativa al citato interrogativo, al problema degli strumenti teorico-epistemologici atti ad indagarlo.

biziose e fertili attestazioni del programma di teoria del diritto «impura» propugnato e praticato dai realisti. Se, da un lato, le tre tesi sin qui brevemente delineate (ovvero, i) scetticismo interpretativo, ii) insufficienza di norme giuridiche, principi e concetti giuridici fondamentali quali soli determinanti della decisione giudiziale, iii) concezione della teoria del diritto come costitutivamente «impura») mostrano come gli scetticismi, richiamati in apertura, circa la possibilità di individuare un nucleo teorico caratterizzante del realismo giuridico americano siano in certa misura sfatabili, dall'altro, tuttavia, esse non autorizzano certo particolari trionfalismi. Resta infatti vero che la varietà degli interessi e delle prospettive di ricerca propri degli autori classificabili come realisti, e, ancor più, il *rugged individualism* e la marcata personalità intellettuale che contraddistingueva ciascuno di loro non possono non indurre ad un salutare sospetto nei confronti delle ricostruzioni che aspirino a racchiuderne in un quadro troppo unitario e coeso i contributi.

In tal senso, per riprendere il quesito del Senatore Graham citato in apertura, una delle più persistenti ragioni del fascino e dell'interesse suscitato dal realismo giuridico americano risiede nel fatto che, da un certo punto di vista, nessuno può in buona coscienza dichiararsi del tutto «familiar with the definition of legal realism». Per questo, a dispetto delle tesi sopra presentate, rimane in parte difficile sottrarsi all'impressione che, *pace Leiter*, le descrizioni migliori e più fedeli dei realisti restino quelle che tendono

ad insistere sugli aspetti che li dividono *almeno* altrettanto che su quelli che li uniscono¹²⁵ e che, pertanto, il più autentico tratto in cui i realisti possano pienamente riconoscersi sia, in fondo, la loro ostinata volontà di *subscribe to no label*¹²⁶.

¹²⁵ Vedi, per un esempio al riguardo, Patterson 1953: 537-539.

¹²⁶ Per riprendere la recisa dichiarazione con cui Leon Green reagiva, appunto, all'etichetta «legal realist»: «If I am a “legal realist” I have been ignorant of the fact. At least I have never called myself one. I subscribe to no label [...] As far as I recall I have never used the word “realism” in my writings, and while I have no prejudice against it, I do not know what it means» (cit. in Duxbury 1995: 69, n. 14). È appena il caso di sottolineare che la citazione testé riportata può perfettamente fungere da paradigma delle resistenze del 'realista medio' a classificazioni di sorta delle proprie posizioni teoriche.

CAPITOLO 2

***No Law Previous to Decision.* Elementi (proto)realisti nella teoria del diritto di John Chipman Gray**

2.1. Premessa

Il presente capitolo è dedicato alla tanto interessante quanto controversa figura di John Chipman Gray (1839-1915) e, più specificatamente, ad alcuni degli elementi di maggior rilievo giusfilosofico nella sua (unica) opera di teoria del diritto, *The Nature and Sources of the Law*¹.

Una figura² controversa, si diceva: e, in effetti, è piuttosto infrequente imbattersi in un autore attorno alla cui collocazione storiografica e al cui inquadramento teorico si registri un così scarso *consensus doctorum*.

In particolare, non sembra esserci accordo circa la legittimità dell'arruolamento di Gray, a fianco di Holmes e Pound, nelle file dei precursori del realismo giuridico americano³.

¹ Gray 1921.

² Per un conciso ma utile bozzetto bibliografico di Gray (avvocato di prestigio, carismatico docente di Harvard, veterano della guerra civile, amico e corrispondente di Oliver Wendell Holmes jr e William James) si rimanda a Siegel 2001: 1527-1529.

³ Arruolamento di cui si fa propugnatore, fra gli altri, Horwitz 1992: 182, criticando le illustri lacune presenti nella celebre *Llewellyn's list* del 1931.

Se, infatti, studiosi come Summers⁴ e, sia pure con qualche cautela, MacCormick⁵ sono propensi a sottolineare la continuità del lavoro dei realisti con (almeno) alcune delle tesi centrali dell'opera di Gray, Twining⁶, dal canto suo, appare disposto a riconoscere a Gray soltanto *a step away from Austin and Langdell* in direzione del realismo, Stone lo classifica fra i «neo-Austiniani»⁷, mentre Siegel⁸ lo considera addirittura un rappresentante, sia pure singolarmente modernista, del *classical legal thought* rettamente inteso.

Si potrebbe essere tentati di chiudere la controversia constatando che, per parafrasare Pascal, c'è in Gray abbastanza (proto)realismo per chi vuole credere, e abbastanza *classical jurisprudence* per chi preferisce dubitare⁹, ma una conclusio-

⁴ Summers 1982, in cui Gray è ascritto assieme ai Realisti propriamente detti all'etichetta complessiva di *legal instrumentalism*.

⁵ MacCormick 1981: 973-974. Fin dalle righe d'esordio (973), MacCormick avverte che «properly speaking, John Chipman Gray wasn't a real Realist». Peraltro, l'autore precisa subito dopo che, sebbene i punti di partenza di Gray e i problemi con cui immediatamente si confronta non siano i medesimi di quelli della successiva generazione di giuristi che daranno vita al realismo giuridico americano, «it is far from fanciful to think of their enquiries as a continuation of his» (ibidem, p. 974).

⁶ Twining 1985: 22.

⁷ Stone 1946: 63, n.46.

⁸ Siegel 2001: 1529-1532. Pur ammettendo (Ibidem: 1529-1530) che talune tesi dell'opera di Gray tendano verso *more modern stances*, a parere di Siegel solo una indebita estrapolazione di esse può indurre a sopravvalutare la complessiva modernità della posizione dell'autore.

⁹ Anche se Siegel 2001 (1529, n. 111) ritiene di poterlo senz'altro citare come campione della tesi del «proto-realismo di Gray»,

ne siffatta equivarrebbe ad una indebita rinuncia ad indagare più in profondità le complesse sfaccettature di una proposta teorica troppo spesso affrettatamente liquidata come la tardiva e dilettantistica incursione di un pur brillante giurista 'tecnico' nel rarefatto dominio dell'astrazione teorica¹⁰.

Contrariamente a tali letture, il capitolo si propone di sviluppare una ricostruzione del pensiero di Gray tesa a metterne in luce l'originalità filosofica, nonché a indagare le ambiguità e le tensioni da cui è pervaso e che rendono così intrigantemente elusiva la sua collocazione teorico-storiografica¹¹, mostrando che il riconoscimento della validità di molti dei punti sollevati da Siegel può senza problemi coesistere con l'inquadramento di Gray, se non certo come un realista *stricto sensu*, quantomeno come *a real (proto) realist*¹².

tale sembra piuttosto essere la posizione di Duxbury 1995: 49-54, che, pur riconoscendo che significativi aspetti della sua proposta «pre-dated legal realism» (*ivi*: 53), conclude affermando salomonicamente che Gray «like Holmes, can be conceived equally to be an anti-formalist and a formalist» (*ibidem*).

¹⁰ Così, pressoché *verbatim*, Twining 1985: 21, dove si legge che l'opera di Gray è «philosophically rather naive, the work of a learned man of affairs who wandered belatedly into the realms of abstract analysis». Alla luce di passi come quello appena citato, si può senz'altro concordare con MacCormick 1981 quando osserva, fin troppo sommessamente, (p. 937, n.1) che Twining è «in some respects too dismissive of Gray».

¹¹ Ambiguità e tensioni efficacemente sintetizzate da Rumble 2013: 300: «In sum, if Gray was a bridge to the future in some respects, the road he traveled was certainly not a one-way street».

¹² Per parafrasare l'espressione, precedentemente citata, con cui si apre MacCormick 1981.

In tal senso, il capitolo si concentra su temi di *Nature and Sources* la cui analisi - si tenterà di dimostrare - consente di ravvisare nell'opera gli inizi del «mutamento di paradigma» che segna la transizione dalla cornice austiniana (da cui Gray prendeva le mosse) e langdelliana agli orizzonti teorici del realismo giuridico. I temi in questione sono tre, a ciascuno dei quali corrisponde rispettivamente uno dei paragrafi in cui si articola la trattazione centrale del capitolo: la critica alla teoria della sovranità di Austin, la teoria della decisione giudiziale e la teoria dell'interpretazione.

Un quarto paragrafo, infine, traccia un bilancio conclusivo teso a fornire una chiave interpretativa dei temi e dei problemi evidenziati nei paragrafi precedenti, nonché, come si diceva, a proporre una via d'uscita alle menzionate controversie attorno alla collocazione teorico-storiografica dell'opera giusfilosofica di Gray.

2.2. *A Well-Nigh Insoluble Problem for Jurisprudence* Gray critico della teoria della sovranità di Austin

Fin dalle pagine di apertura¹³, *Nature and Sources* si pone sotto l'egida di Austin, maestro di quell'*analytic study* del diritto da Gray indicato quale obiettivo programmatico dell'opera. Non che Gray, attento lettore di Maine¹⁴, fosse in alcun

¹³ Gray 1921: 1-3.

¹⁴ Come sottolinea opportunamente Rumble 2013: 277, anche le cri-

modo proclive ad ignorare i benefici e l'importanza di uno studio anche storico del fenomeno giuridico, né propenso a sottostimare il costante cambiamento¹⁵ delle *legal conceptions*.

Al contrario, lo studioso analitico avveduto e convenientemente dotato di prospettiva storica sa che le classificazioni e le definizioni che è suo compito elaborare non possono ambire ad avere carattere definitivo, bensì, semmai, a fornire il più dettagliato, chiaro e possibilmente esaustivo *account of the stock* dello stadio raggiunto dal diritto in un determinato momento del suo sviluppo storico, senza impegnarsi in predizioni su future evoluzioni¹⁶. Peraltro, oltre che di tale *pars costruens*, lo studio analitico è altresì dotato di una particolarmente significativa *pars destruens*, alla quale il brillante e sovente caustico autore di *Nature and Sources* sembra essere particolarmente incline:

« [...] there is no better method for the puncture of windbags. Most of us hold in our minds a lot of propositions and distinctions, which are in fact identical, or absurd, or idle, and which we believe, or pretend to ourselves

tiche di Gray alla nozione di sovranità elaborata da Austin sono in significativa parte debitorie di quelle formulate da Maine nelle sue *Lectures on the Early History of Institutions* (1875).

¹⁵ Gray 1921: 1.

¹⁶ Ibidem. Peraltro, a riprova che la sua insistenza sulla «fluidità del diritto» è decisamente meno pronunciata di quella che Llewellyn ascriveva ai realisti che figuravano del suo celebre elenco, Gray ha cura di precisare poco dopo che il mutamento in questione è «often exceedingly slow».

to believe, and which we impart to others, as true and valuable. If our minds and speech can be cleared of these, it is no small gain. This is the great merit of Austin»¹⁷.

È proprio tale fedeltà e ammirazione per il metodo austiniiano ad imporre a Gray di dissentire dal maestro dell'*analytical jurisprudence* in quelle (rare) occasioni in cui qualche *dark corner* è sfuggito all'inquisizione dei suoi lumi. Tale pare essere il caso della nozione di sovranità — peraltro elemento, com'è noto, non certo secondario della costruzione teorica austiniiana.

In relazione a tale fondamentale nozione, a parere di Gray, è come se Austin fosse stato tradito da un eccesso di uno dei suoi riflessi teorico-metodologici più sani, ovvero l'avversione per *mysticism and unreality*¹⁸, che lo spingeva a guardare con diffidenza all'impiego di finzioni e di qualsivoglia *artificial person* nel discorso teorico.

Pertanto, nella prospettiva del giurista britannico, l'espressione «the State», ricorrente nel discorso comune, se dotata di senso, non poteva che essere intesa come sinonimica dell'espressione «the Sovereign», ovvero, secondo la celebre definizione, «the individual person, or the body of individual persons, which bears the supreme powers in an independent political society»¹⁹.

¹⁷ Ivi: 1-2.

¹⁸ Gray 1921: 35.

¹⁹ Ibidem. Gray, peraltro, cita qui direttamente da *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) di Austin.

Gray osserva però che, nel caso in esame, il discorso comune è forse dotato di più saggezza giurisprudenziale e precisione analitica di quanto Austin non sia disposto ad accordare: la sinonimia da lui postulata fra «Stato» e «Sovrano» è infatti, a ben guardare, solo apparente. Lo Stato, insomma, non equivarrebbe al numero totale degli individui i cui comandi sono abitualmente obbediti dalla maggior parte dei membri di una determinata comunità; ci sarebbe, a parere di Gray, un non trascurabile residuo sfuggito ad Austin.

Sebbene sia senz'altro concepibile (nonché storicamente verificatosi) che una comunità presti obbedienza ad un individuo in virtù del semplice fatto di essere quel particolare individuo,

«[...] in the present generation, in all civilized and half-civilized countries, and in many barbarous communities, even when all the functions of government are in the hands or under control of one man, yet he is obeyed not simply as Abdul-Aziz, or as Crazy Horse, but as Sultan of Turkey, or as Chief of the Pottawottamies»²⁰.

Peraltro, anche rifacendosi alle più primordiali organizzazioni sociali di cui la storia del diritto conservi traccia, ovvero le famiglie patriarcali descritte nelle pagine della Bibbia, si può riscontrare che i patriarchi che le guidavano erano obbediti non già in quanto Noè o Abramo, bensì perché erano, appunto, il Padre.

²⁰ Ibidem.

Ogniqualevolta, dunque, constata Gray, siano riscontrabili *binding rules* che sovrintendano alla successione e alla transizione del potere assoluto alla morte del detentore in carica, si è alle prese con un'entità più grande del singolo Sultano o Capotribù: con lo Stato, appunto.

Del resto, anche venendo ad esempi meno ancestrali e più austiniiani, ci imbattiamo nelle medesime difficoltà. Se ipotizziamo, infatti, che l'insieme di individui in cui il giurista britannico aveva identificato il Sovrano inglese, ovvero Re, Lord e Comuni si riuniscano in un edificio (*exempli gratia*, la sede dell'Oxford University Boat Club) e votino un decreto, tale provvedimento non sarebbe riconosciuto come valido e non riceverebbe obbedienza dal popolo inglese²¹.

²¹ Si noti peraltro che, a rigore, per Austin, ad essere parte del corpo sovrano non sono propriamente i membri, bensì l'elettorato della Camera dei Comuni. Gray 1921: 40. Si potrebbe osservare che, in passi come quello qui riportato, Gray stia platealmente incorrendo in un'indebita confusione, per riprendere una nota dicotomia (formulata in Llewellyn 1962: 56), fra *rules for doing* e *rules of doing*, ritenendo, con colpevole ingenuità, che descrivere come un soggetto si deve in astratto comportare in base a determinate prescrizioni equivalga a descrivere come di fatto tale soggetto si comporta. In tal modo, Gray si discosterebbe irrimediabilmente da uno dei capisaldi cui i realisti giuridici si sarebbero richiamati. Senza aver troppa fretta di qualificare il rapporto di Gray con le tesi centrali del realismo giuridico americano (qualificazione su cui, semmai, spetterà di pronunciarsi alle conclusioni del capitolo), basti per il momento dire che, con la batteria di argomentazioni qui brevemente riassunti, Gray si inserisce in quel filone di discussione critica della portata *descrittiva* della teoria della sovranità di Austin efficacemente riassunto in Postema

Quel che si evince da tali esempi, e quel che Austin ha omesso di considerare, è quindi che i poteri e i modi di azione del sovrano (sia esso un singolo individuo o un corpo collegiale) sono disciplinati da *artificial rules*²², disattendendo le quali i suoi atti sono invalidi, con buona pace della pretesa assenza di limiti *giuridici* che Austin riconosceva al sovrano. Estendendo l'analisi ad un governo federale quale quello statunitense, peraltro, emergono con ancor maggior chiarezza ulteriori problemi della nozione di sovranità elaborata da Austin.

Nell'opera del giurista britannico, infatti, il sovrano degli Stati Uniti veniva identificato nello

«State's government, as forming an aggregate body: meaning by a state's government, not its ordinary legislature, but the body of its citizens which appoints its ordinary legislature, but the body of its citizens which appoints its ordinary legislature and which, the union apart, is properly sovereign therein»²³.

2011: 10-13 (per posizioni in materia analoghe a quelle di Gray, si veda, in particolare, la ricostruzione delle tesi di Bryce esposta a p.11). Ciò che è in questione, insomma, è la capacità della teoria austiniana di adattarsi ai fatti di cui pretenderebbe di dar conto. Ringrazio Giovanni Battista Ratti per l'approfondita discussione dei passi di Gray in questione.

²² Ibidem.

²³ Gray 1921: 41. L'autore, peraltro, sta nuovamente citando da *The Province of Jurisprudence Determined* (1832).

Ebbene, osserva Gray, sviluppando le considerazioni precedentemente richiamate, i poteri di tale *aggregate body* sono definiti e ben delimitati dalla Costituzione, e qualsivoglia comando da esso emesso in materia o modalità non previste dalla Costituzione stessa verrebbe disatteso dai cittadini.

Anche prendendo in considerazione un elemento su cui Austin pare riporre molte delle sue speranze argomentative — quell'articolo quinto della Costituzione che disciplina gli emendamenti costituzionali, fissando all'approvazione di tre quarti degli Stati dell'Unione la soglia perché essi siano ratificati — le cose non paiono migliorare.

Infatti, incalza Gray, si prenda in esame un caso ipotetico, in cui il Congresso si faccia promotore di un emendamento in materia fiscale, tale emendamento sia posto ai voti e sia stato approvato dalla maggioranza degli Stati, ma non dai tre quarti previsti dall'articolo quinto: è chiaro che, in tale scenario, qualora il Congresso legiferasse in accordo con tale emendamento, nessuno dei provvedimenti così emanati sarebbe adempiuto dai cittadini. Ma è altresì chiaro che l'*aggregate body* sopra menzionato non potrebbe essere considerato il Sovrano, dal momento che la maggioranza dei suoi membri non può, perlomeno sul punto, *enforce their will*²⁴. Né certo può essere Sovrana la minoranza dissenziente, che può tutt'al più aspirare alla qualifica di ostacolo all'emendamento della Costituzione, ma, per il resto, è priva di poteri. Sviluppando la medesima

²⁴ Ibidem.

linea argomentativa, Gray propone poi un ulteriore e ancor più incisivo 'esperimento mentale' al lettore. Un'ulteriore limitazione agli emendamenti costituzionali statuisce che nessuno Stato possa essere privato del suo *equal suffrage* nel Senato; si consideri dunque uno scenario in cui tutti gli Stati, tranne lo Utah, si accordino affinché il medesimo Utah debba avere un solo rappresentante al Senato.

In tal caso, il loro accordo non sortirebbe effetto alcuno, ma non per questo, com'è ovvio, si potrebbe ragionevolmente concludere che lo Utah è il Sovrano degli Stati Uniti.

Le conseguenze che Gray trae dalle analisi sopra brevemente richiamate sono molteplici. Innanzitutto, la distinzione (centrale nella teoria di Austin) fra *rulers and ruled*²⁵, fra sovrano e sudditi, non è di alcuna utilità ai fini della comprensione teorica del diritto, né, peraltro, tracciabile con quella nettezza che Austin ritiene di poter ravvisare. Infatti, a ben guardare, l'identificazione dei *real rulers* di una comunità politica indipendente è questione tutt'altro che banale ed auto-evidente:

«In every aggregation of men there are some of the number who impress their wills upon the others, who are habitually obeyed by the others, and who are, in truth, the rulers of the society. The sources from which their authority flows are of the most diverse character. [...] The sources of this power are, indeed, so various, and its mode of action so subtle and often unknown even by those who exercise it,

²⁵ Gray 1921: 42.

that is impossible to define or closely trace it. Such rulers may have official position, but often they are without it. A kingmaker or a president-maker, the favorite of a monarch, the boss of State politics, may pride himself on his private station»²⁶.

Il punto è che, differentemente da quanto Austin sembra postulare, valutare, sia pure approssimativamente, l'entità dell'influenza esercitata da una determinata figura politica su una determinata comunità politica in un dato momento «is a problem whose elements are too conflicting and too obscure for human judgment»²⁷. Fortunatamente, non è un problema che riguardi il filosofo del diritto, che, con buona pace di Austin, non ha alcun bisogno di cimentarsi nell'*impossible task* di costruire una teoria che dia conto esaustivamente dei modi in cui la mutevole e sfuggente élite dei *real rulers* («a body [...] so changing, so indeterminate») acquisti, eserciti, mantenga e perda di volta in volta il potere²⁸.

Gray, peraltro, a dispetto del suo enfaticamente dichiarato scetticismo in materia, sembra, quantomeno in alcuni

²⁶ Gray 1921: 36.

²⁷ Gray 1921: 42.

²⁸ Si vedano, al riguardo, le penetranti osservazioni di Rumble 2013: 273. Al medesimo autore, peraltro, si devono altri due contributi fondamentali sulla ricezione e la critica di Austin nel pensiero giuridico: Rumble 2005 e (più specificamente dedicato alla complessa relazione dei Realisti americani con il pensiero del giurista britannico) Rumble 1981.

passi, lasciar trasparire idee piuttosto definite, sul tema, adombrando anzi intuizioni teoriche che paiono muovere in una direzione per certi versi analoga a quella che percorrerà, di lì a pochi anni, in altro contesto, un sociologo come Michels²⁹.

²⁹ Come osserva acutamente Rumble 2013 (p. 293). Che l'accostamento proposto da Rumble sia tutt'altro che peregrino è confermato anche da passi come il seguente: «Nor does the machinery of government make any great difference. The real rulers of a country are probably not much more numerous in a democracy than in a monarchy». (Gray 1921: 36). Peraltro, è opportuno ricordare che uno degli autori citati da Gray (nelle note aggiunte alla seconda edizione) nella sua trattazione circa gli alquanto fantomatici *real rulers* è A.M.Kales, autore di quell'*Unpopular Government in the United States* (1914) che, come si evince già dal programmatico titolo, era dedicato alla diagnosi (e alla proposta di rimedi) dei vari fattori che andavano viepiù indebolendo il «popular control» sull'assegnazione delle cariche e sul funzionamento del funzionamento istituzionale in genere. Nel catalogo delle doglianze di Kales, particolarmente perniciosa risultava l'ascesa dei «politocrats» che, mediante un sapiente sfruttamento del meccanismo elettorale del *long ballot* (schede elettorali estese e fitte di nomi, mediante la quale l'elettore doveva votare, contemporaneamente, per decine di candidati a cariche diverse) svuotavano il voto popolare della sua valenza di controllo democratico, a tutto vantaggio, appunto, del controllo della macchina dei partiti. Per contrastare tale deriva, Kales si faceva promotore dell'adozione dello *short ballot* (schede elettorali con pochi candidati alle principali cariche legislative o esecutive, lasciando gli incarichi minori all'assegnazione per nomina). A tal proposito, non è forse inutile rammentare altresì che, in quegli anni, il dibattito politico statunitense era agitato da movimenti di riforma che, per correggere le disfunzioni analizzate da Kales, proponevano altresì l'adozione di strumenti di democrazia diretta quali *referendum* e *recall*. Per una esaustiva ricostruzione della complessa temperie politica del periodo e delle varie proposte in campo, si veda Goebel 2002.

In ogni caso, come si diceva, a parere di Gray, non è compito della *jurisprudence* affrontare simili questioni, rispetto alle quali si impone anzi, da parte del filosofo del diritto, una 'correzione di rotta' alquanto drastica.

Il punto è che, nella sua ansia di rifuggire i 'misticismi' delle *artificial person*, Austin ha trascinato la teoria del diritto su una falsa pista, vincolandola ad un accertamento empirico (della misteriosa entità «sovrano») il cui scacco è, con tutta probabilità, assicurato³⁰ e che è, in ogni caso, foriera di una grave confusione analitica. Infatti, nel formulare la sua nozione di sovranità, il giurista britannico ha indebitamente sovrapposto e perniciosamente confuso la dimensione squisitamente giuridica con quella politica³¹.

³⁰ Cfr. Gray 1921: 42, dove si afferma icasticamente che: «The real rulers of a society are undiscoverable». Rileva MacCormick che le tesi di Gray qui richiamate sembrano, almeno a tratti, anticipare alcune posizioni della sociologia politica della seconda metà del '900: «If, as Robert Dahl argues, the politics of democratic communities are thoroughly pluralistic, then there may be in such communities many contending groups, none of which has overriding power for all purposes. In that case, although there is real rule, there is no possibility of identifying any single set of real rulers. Believing in them is simply a manifestation of the fallacy of the conspiracy theory of government». MacCormick 1981: 984. Tale accostamento è senz'altro suggestivo, tuttavia, come si vedrà nei prossimi paragrafi (e, soprattutto, nelle conclusioni del capitolo), anche senza spingersi troppo oltre il dibattito contemporaneo a Gray è possibile riscontrare posizioni per molti versi analoghe a quella menzionata da MacCormick.

³¹ È ancora MacCormick 1981 (p. 980) a sottolinearlo, rilevando che, nel muovere tale critica ad Austin, Gray si muoveva, come già ricordato in precedenza, su posizioni analoghe a quelli di autori contemporanei quali Bryce e Dicey.

Per 'purificare' il discorso teorico sul diritto, occorre dunque disfarsi della (superflua, se non dannosa) entità «sovrano» e volgersi senz'altro allo Stato, postulando cioè, per quanto ciò possa dispiacere ad Austin, «one ideal entity» alla quale ricondurre «all the machinery of government, king or president, parliament or assembly, judge or cancellor»³².

Del resto, proprio porre l'accento su tale astrazione consente di operare quella distinzione fra il diritto e la dimensione politica, che pure, ne costituisce il presupposto. Ritornando, infatti, ai *real rulers*,

«To satisfy their social instincts or desires, to accomplish objects which they could not singly achieve, these ruling spirits make this abstraction and personify it. In no other way could a body of rulers so changing, so indeterminable, effect their object. This personification of an abstraction, the naming of it, – family, village, tribe, city, state, – and the giving to it human beings as organs, seems a necessity of human existence. It is, at any rate,

³² Gray 1921: 42. Appare quindi sorprendentemente ingeneroso il rilievo di Tarello (cfr. Tarello 1962: 87, n. 31) secondo cui a Gray (così come a Dewey, delle cui posizioni in materia si dirà a breve) sarebbe sfuggita la funzione sistematica del concetto di «sovrano» in Austin. Al contrario, proprio la comprensione di tale funzione (e il desiderio di corroborarla) sembrano essere alla base dell'abbandono della nozione di «sovrano» e della sua sostituzione con quella di «Stato», nella prospettiva di Gray decisamente meno problematica e, appunto, meglio atta ad adempiere alla funzione di asse portante del sistema.

the way in which the world has developed. The Law of an organized society assumes the existence of that society; to deny it would be to commit suicide»³³.

La *jurisprudence*, dunque, non ha alcun bisogno di mettersi alla ricerca di sovrani o altri detentori del potere, né, più in generale, di indagare quelle relazioni politiche che, pure, costituiscono le precondizioni del fenomeno giuridico³⁴: suoi unici oggetti di studio sono lo Stato, gli orga-

³³ Gray 1921: 37.

³⁴ In tal senso, sorprende che Kelsen, nel suo confronto con le tesi più rilevanti formulate da quello che definisce come *one of the most important American legal theorists*, ometta di cogliere questo punto. Scrive infatti Kelsen, criticando le considerazioni di Gray sui *real rulers*: «The “real rulers” are the organs by whose acts norms are created which, by and large, are efficacious. (...) What individuals influence those who create valid norms of the legal order constituting the State may be unknowable and undiscoverable. But it is also without juristic interest». Cfr. Kelsen 1945: 152. Anche se, come si è visto, Gray rifiuterebbe l'identificazione, proposta da Kelsen, dei *real rulers* con «gli organi costituenti» (per Gray, infatti, il fatto che essi lo siano è meramente contingente), tuttavia la conclusione a cui perviene è analoga a quella che, alquanto bizzarramente, Kelsen utilizza per criticarlo: l'unico oggetto di studio rilevante, per la *jurisprudence*, è quello dello Stato e dei suoi organi. Il problema dei *real rulers* è un (tanto interessante quanto complicato) problema attinente alle pre-condizioni sociologico-politiche del diritto. Peraltro, la critica di Kelsen sembra mancare il bersaglio anche quando (ibidem) rimprovera a Gray di aver dato luogo ad una contraddizione nella propria trattazione, identificato l'organizzazione dello Stato con la volontà dei *real rulers*, che, in altra sede, aveva asserito essere inconoscibile. La tesi di Gray, tuttavia, consiste semmai nell'affermare che lo Stato è il prodotto (cono-

ni che lo compongono e il diritto che ne promana, elementi tutti che, con buona pace di Austin, essa può perfettamente identificare senza ricorrere alla previa (o anche solo possibile) identificazione dei *real rulers*³⁵. Come MacCormick ha persuasivamente mostrato³⁶, sottesa alla configurazione di Gray dello Stato come 'personalità artificiale' c'è la sua concezione delle *corporations* e della 'finzione dogmatica'³⁷

scibile) determinato dalla volontà (inconoscibile) dei *real rulers*, e, dunque, non parrebbe affatto afflitta dalla contraddizione segnalata da Kelsen.

³⁵ Si vedano, al riguardo, le penetranti osservazioni di MacCormick (in MacCormick 1981: 979-980). Peraltro, Gray ha altresì cura di precisare (Gray 1921: 36) che la creazione dell'astrazione personificata dello Stato, e il fornirla di organi, non è priva di conseguenze sui «rulers of the people». Innanzitutto, il fatto che un individuo sia un ufficiale dello Stato esercita una certa tendenza a fare di lui «a real ruler» e non solo «a formal one»; l'esistenza del meccanismo istituzionale rappresenta un ostacolo al cambiamento; e, una volta radicata nel tempo, la credenza nella personalità organizzata dello Stato esercita una profonda influenza sui voleri e l'immaginazione degli stessi *leaders*.

³⁶ MacCormick 1981: 975.

³⁷ Rifacendosi ad una celebre classificazione elaborata da Jhering, Gray distingue (Gray 1921: 16-20) infatti tra «historic fictions» e «dogmatic fictions». Le «finzioni storiche» («devices for adding new law to the old without changing the form of the old law», quali, nel diritto romano, il considerare, per determinati fini, lo straniero come cittadino o, nel Common Law, l'estensione della giurisdizione del tribunale del King's Bench anche in un caso di debito ordinario mediante l'allegazione- falsa- che il debitore si trovava nella custodia dello Sceriffo del tribunale in questione) sono tipiche di fasi meno evolute dello sviluppo del diritto e, nel complesso, vanno guardate con austiniano sospetto, giacché rendono oscura la comprensione e classificazione razionale del diritto. Le «finzioni

dell'*attribution of will*³⁸.

Nel caso della *corporation*, membri di una società si riuniscono, dando origine alla medesima, per perseguire taluni interessi comuni. Gli interessi in questione vengono protetti dal diritto mediante l'iscrizione (*attribution*) di diritti alla società, intesa quale entità dotata di una sua propria volontà distinta da quella dei membri che l'hanno costituita e che ne formano parte³⁹.

dogmatiche» (strumenti atti non già a introdurre «the wine of new law into the bottles of old procedure», bensì a organizzare «recognized and established doctrines under the most convenient forms») sono invece compatibili «with the most refined and most highly developed systems of Law». Certo, si tratta pur sempre di *dangerous tools* che lo studioso analitico deve maneggiare con cautela, ma, se impiegate con prudenza e abilità, le finzioni dogmatiche si rivelano strumenti utilmente impiegabili a fini classificatori e, dunque, nient'affatto disprezzabili dallo studioso analitico del diritto.

³⁸ Gray definisce (Gray 1921: 20) i diritti individuali come quei diritti che la società «will enforce on the motion of someone authorized by society to put his rights in motion». Nel caso dell'«essere umano normale» (cioè nel pieno possesso delle sue facoltà), il solo autorizzato dalla società a procedere in tal senso è egli stesso; nel caso, invece, dell'«abnormal human being» (o dell'infante), la società autorizza un terzo a far rispettare i diritti dell'individuo impossibilitato a provvedere autonomamente, agendo per conto di una volontà che, di fatto, non è mai stata espressa, bensì attribuita dal diritto. Sebbene, nel caso della *corporation*, il procedimento sia complicato dal fatto che l'entità a cui viene attribuito il volere non è un'entità fisicamente esistente, bensì un'astrazione (implicando, dunque, una *doppia* finzione), il procedimento di attribuzione è esattamente il medesimo (Gray 1921: 28).

³⁹ Seguo qui, pressoché alla lettera, le considerazioni svolte da McCormick 1981: 976. Gray, peraltro, sottolinea (Gray 1921: 27) che

Tale è, nella prospettiva dell'autore di *Nature and Sources*, la rilevanza del procedimento di personificazione di un'astrazione da cui ha origine la *corporation* che, nel darne conto, la prosa di Gray abbandona l'abituale asciuttezza e mordacità per concedersi accenti entusiasticamente ammirati:

«The power of conceiving an abstraction which is imperceptible to any of the senses, which yet has men for its visible organs, and which, although not having a will and passions, may yet have the will and passions of men attributed to it,— this power is one of the most wonderful capacities of human nature»⁴⁰.

Qualche precisazione è peraltro opportuna, ad opinione di Gray⁴¹, circa il rapporto fra Stato e *corporations*. Infatti, si ritiene comunemente che tutte le associazioni siano, in ultima analisi, creazioni dello Stato; tuttavia, tale frettolosa formulazione ripugna al cultore della precisione terminologico-concettuale austiniana.

Infatti, ogniquale volta taluni individui si radunino in vista di uno scopo comune, il processo dell'*attribution* entra inevitabilmente in gioco, e gli stessi individui (o i loro

State e Corporation sono le sole persone giuridiche note al Common Law.

⁴⁰ Gray 1921: 27. Anche MacCormick 1981: 974 riporta ed analizza il passo in questione.

⁴¹ Gray 1921: 30.

capi) procedono a personificare e denominare un'astrazione, dotandola convenientemente di organi che provvedano al suo funzionamento. Ciò si verifica per *organized body* di qualsivoglia entità o importanza, dalla Chiesa Cattolica Apostolica Romana al *poker club* che si riunisce in un bar di paese⁴². La tesi che tali associazioni siano, in realtà, creazioni dello Stato, dal momento che esso le tollera, sarebbe inconfutabile, se, beninteso, lo Stato fosse dotato di assoluto controllo sui suoi cittadini.

Se, ad esempio, lo Stato avesse il potere di impedire ogni comunicazione (scritta o orale) su temi religiosi, nessuna chiesa potrebbe evidentemente esistere sul territorio dello Stato. Ma lo Stato, altrettanto evidentemente, non ha tale potere e la storia offre, anzi, una ricca messe di esempi di associazioni di vario tipo che hanno perdurato nonostante lo Stato le avesse proibite e più o meno energeticamente represses. Tale è il caso della Chiesa Cattolica nell'Inghilterra di Elisabetta I, della Carboneria sotto le leggi Austriache e Borboniche, dei *Knights of the Golden Circle* nell'Unione durante la guerra civile americana. Se, dunque, non crea le associazioni, tuttavia soltanto lo Stato può conferire alle associazioni lo *status* di persona giuridica: se lo Stato non le riconosce e non tutela i loro interessi, tali associazioni non sono persone giuridiche e non hanno, dunque, *legal rights*.

Abbandonando ora le *corporations* e tornando allo Stato, non rientra fra gli scopi della presente trattazione

⁴² Ibidem.

un'analisi minuziosa della teoria elaborata da Gray⁴³; basti, tuttavia, richiamarne qui, molto brevemente, alcuni aspetti salienti.

In conformità alla sua configurazione dello Stato come «artificial personality», Gray, contrariamente ad Austin, ritiene che gli Stati possano vantare diritti e contrarre obblighi sia nei confronti dei loro sudditi che nei confronti degli altri Stati⁴⁴. Quanto a legislatori, funzionari amministrativi e giudici, essi sono altrettanti «organi dello Stato», l'entità a cui tutti gli atti da essi compiuti nell'adempimento delle rispettive funzioni sono riferiti⁴⁵. Come è stato variamente osservato⁴⁶, è possibile istituire un proficuo ed interessante confronto fra le tesi di Gray su Stato e sovranità con celebri

⁴³ Compito, peraltro, egregiamente svolto da MacCormick 1981: 974-980.

⁴⁴ Gray 1921: 42-47.

⁴⁵ MacCormick 1981: 977. Peraltro, Gray osserva (Gray 1921: 37) che la personificazione dell'astrazione dello Stato, oltre ad essere un imprescindibile strumento per dare continuità all'attività dei *real rulers*, genera, una volta radicatasi quale credenza nella mentalità diffusa, conseguenze di vario genere, non tutte positive. Da un certo punto di vista, ha generato, corroborato e catalizzato sentimenti di altruismo, sotto le guise del «patriottismo». Mentre è piuttosto difficile che un martire si voti al sacrificio invocando il motto utilitarista del «maggior bene per il maggior numero», «many have found it sweet to die for the personified *Patria*». Non bisogna, in ogni caso, dimenticare che l'idea di Stato è uno strumento mediante il quale alcuni individui (re, governanti, elettori, giudici, ufficiali tributari, boia) possano agire di concerto per il benessere della comunità, e la nozione di Stato intesa come dotata di un valore separato dai concreti esseri umani da cui è composto è null'altro che una superstizione.

⁴⁶ MacCormick 1981: 980-985; Rumble 2013: 273-274, 300.

considerazioni di Kelsen e Hart in materia, identificando significativi punti contatto e non meno rilevanti differenze. Frequente, inoltre, è l'accostamento di Gray ad illustri «neo-austiniani⁴⁷» come Bryce e Salmond, con i quali la sua opera presenta certamente numerosi e significativi punti di contatto⁴⁸.

In letteratura, tuttavia, sembra essere assai meno esplorata la possibilità di raffrontare l'opera di Gray ad altre proposte teoriche in materia di sovranità, elaborate da altri autori di area anglo-americana a lui coevi e a vario titolo accostabili al realismo giuridico americano.

In particolare, si prenderanno qui in esame alcune tesi di John Dewey e Harold Laski, beninteso senza alcuna pretesa di fornire una trattazione esaustiva dei loro contributi. Si tratta, si diceva, di una pista poco battuta: sorprendentemente, giacché, come già Tarello rilevava⁴⁹, quello di «sovrano» era il «concetto sistematico»⁵⁰ che rivestiva forse

⁴⁷ Così, almeno, li classifica Julius Stone (vedi Stone 1946: 63, n. 46).

⁴⁸ Al riguardo, per una concisa ed efficace presentazione delle critiche alla teoria della sovranità di Austin svolte da Bryce e Salmond, vedi il già richiamato Postema 2011: 9-13.

⁴⁹ Tarello 1962: 84.

⁵⁰ Com'è noto, Tarello (Tarello 1962: 69-70) distingue, all'interno della categoria dei concetti giuridici, fra «concetti dogmatici» (quei concetti, emersi storicamente nella pratica o messi a punto dalla dottrina al servizio della pratica, mediante i quali «si qualificano eventi o serie di eventi in relazione ad una norma precostituita o nei termini dei quali si formulano norme ai fini di qualificare eventi o serie di eventi»: ad esempio, «proprietà», «proprietario», «titolo di credito», «azione», «domanda», «responsabilità», «imputato», «ipoteca» e si-

la maggiore importanza per il formalismo giuridico statunitense⁵¹. Infatti, solo il ricorso a tale concetto permetteva

mili) e, appunto, «concetti sistematici» (ovvero, quelle «costruzioni dottrinali che non adempiono direttamente a funzioni qualificatorie e che non vengono direttamente impiegati in operazioni di interpretazione e di formulazione di norme, ma che adempiono invece a funzioni diverse: come quelle di classificazione e di sintesi, di unificazione concettuale, di sistemazione didattica, di formalizzazione del discorso giuridico». Esempi di concetti sistematici sono: «diritto», «ordinamento», «sistema», «sovrano», «costituzione», «potere legislativo», ecc.). Si tratta, è appena il caso di precisare, di una distinzione tutt'altro che netta e immutabile: un concetto dogmatico come «negoziato», per limitarsi ad un solo esempio, a seguito di un processo storico di regolamentazione di fattispecie sempre più particolari, tende a non adempiere più a funzioni dogmatico-interpretative e a divenire quindi un concetto meramente classificatorio.

⁵¹ Anche se Tarello, nel passo in esame, non lo precisa, da altre pagine del lavoro (in particolare, Tarello 1962: 31 e Tarello 1962: 41) si evince che, con la locuzione «formalismo giuridico», si intende fare riferimento soprattutto a C.C. Langdell e alla sua scuola. Riguardo al celebre *case method* di Langdell, Tarello (ivi: 32) ritiene che una concezione sistematica del diritto ne fosse il presupposto implicito e che tale concezione fosse di derivazione austriana. Al riguardo, si veda altresì la dettagliata ricostruzione della *classical orthodoxy* di Langdell e discepoli svolta in Grey 1983, nella cui analisi *the core notion of classical legal science* viene illustrata per mezzo di un'analogia con la geometria: «The aspiration of classical orthodoxy toward a conceptually ordered and universally formal legal system readily suggests a structural analogy with Euclidean geometry. The axioms and postulates of Euclid stand to his theorems as the principles of classical law stood to its rules. The application of legal rules to individual fact situations in the decision of cases was then like the application of geometric theorems to solve practical problems of measurement» (Grey 1983: 16). Ebbene, una delle ispirazioni fondamentali di tale «ideale geometrico» andava rintracciata, a parere di Grey, proprio nell'opera di John Austin, *founder of legal science*

di ricostruire come tutto unitario e, appunto, sistematico la vasta congerie di consuetudini, precedenti e testi normativi che costituivano le fonti del diritto degli Stati Uniti. Per questa stessa ragione, nel quadro più ampio della loro critica al sistema e al concettualismo formalista, le critiche⁵² degli autori accostabili al realismo giuridico americano non mancheranno di appuntarsi anche sul concetto di «sovrano⁵³».

in England (Grey 1983: 17). Peraltro, già Morris Cohen aveva rilevato che né Langdell né i suoi allievi si erano spinti oltre «the Austinian system of legal categories» (cit. in Purcell 2015: 17, n.66). Beninteso, non si intende con ciò suggerire che *solo* i formalisti si rifacessero alla lezione di Austin: anche i realisti, infatti, intratterranno una complessa relazione con il pensiero di Austin, per un esame della quale si rimanda a Rumble 1981, di cui anche alla nota successiva.

⁵² Peraltro, come opportunamente rileva Rumble 1981 (993), i realisti (con la cospicua eccezione di Max Radin), più che criticare direttamente la nozione di sovranità, si limiteranno ad ignorarla, costruendo la propria concezione del sistema giuridico (sovente, assai meno sistematica ed unitaria di quella austiniana) non già attorno alla figura del sovrano, bensì in relazione all'operato di giudici e di altri *state officials*, nonché sullo scarto osservabile tra tale operato e le previsioni formulate riguardo ad esso. Naturalmente, ciò non significa in alcun modo che, come Rumble stesso mostra nel suo studio (vedi Rumble 1981 (1030-1031), fra i realisti ed Austin non siano al tempo stesso ravvisabili anche significative continuità.

⁵³ Tarello (Tarello 1962: 85) si sofferma soprattutto su Radin 1930, menzionando peraltro anche i lavori di Dewey e, appunto, Gray (sia pure alquanto incidentalmente: si veda Tarello 1962: 87, n. 31), nei confronti delle quali, tuttavia, come già rilevato, non pare mostrare eccessiva considerazione.

Porre dunque a confronto le tesi di Gray relative a tale, cruciale tema con quelle sviluppate da alcuni degli autori che hanno in vario grado influito sulle successive posizioni dei realisti sopra menzionati può rivelarsi una strategia interpretativa proficua ai fini di sciogliere almeno alcuni degli interrogativi concernenti la sua elusiva collocazione teorico-storiografica.

2.2.1. *The Social Whole, or True Sovereign*

Dewey critico della teoria della sovranità
di Austin

Già verso la svolta del secolo⁵⁴, John Dewey aveva ritenuto imprescindibile un riesame della teoria di Austin, anche allo scopo di liberarla da talune, ostinate *misconceptions* che avevano accompagnato la ricezione dell'opera del giurista britannico. Sia ad opera di critici troppo zelanti che di improvvidi apologeti⁵⁵, infatti, alcune delle tesi centrali di Austin risultavano non infrequentemente oggetto di una significativa distorsione nell'ambito del dibattito in filosofia del diritto e in filosofia politica.

⁵⁴ Dewey 1894. Per un'analisi del saggio e un suo utile inquadramento nell'ambito generale del pensiero di Dewey, si rimanda a Faralli 1990: 70-78. Circa i rapporti tra il pensiero di Dewey e il realismo giuridico americano, si veda inoltre Postema 2011: 95-98.

⁵⁵ Dewey (Dewey 1894: 31-33) cita, quali esempi autorevoli delle rispettive categorie, Maine e T.H. Green, da un lato, e Cornwall Lewis dall'altro.

In particolare, era invalsa la (errata) convinzione che la sovranità fosse stata da Austin identificata nel potere di imporre obblighi senza limiti sui sudditi⁵⁶. Dewey si incarica dunque, in prima battuta, di sgombrare il campo da consimili errori interpretativi, mostrando che la tesi della sovranità quale *absolute force* non è in alcun modo rintracciabile nelle pagine di *The Province of Jurisprudence Determined*. Al contrario, mediante l'esame di alcuni passi di Austin particolarmente eloquenti⁵⁷, Dewey mette in luce come, nella concezione del giurista britannico, il sovrano sia in realtà soggetto ad una pluralità di limiti di natura extra-giuridica (siano essi etici, prudenziali o meramente fattuali) e, al tempo stesso, che l'obbedienza abitualmente prestata dai sudditi ai suoi comandi è, anch'essa, dovuta ad una congerie di motivi più complessi della mera *fear of force*⁵⁸.

⁵⁶ Dewey 1894: 32; Faralli: 71-72.

⁵⁷ Dewey 1984: 32, dove è riportato, ad esempio, il seguente, celebre brano di Austin: «If perfect or complete independence be of the essence of sovereign power, there is not in fact the human power to which it will apply. Every government, let it be ever so powerful, renders occasional obedience to the commands of other governments (...) And every government *defers* habitually to the opinions and sentiments of its own subjects».

⁵⁸ Dewey 1894: 33. Sul punto, si veda anche Postema 2011 (p.10): «(...) Dewey argued that according to the Austinian doctrine the capacity to command rests not on the power to compel but rather on the wide-spread disposition to obey, a disposition that may have many different causes. It follows that coercive power is not necessarily unlimited. Dewey argued further that Austin accepted that the habit of obedience might be limited in various ways (...), but that

Non era, peraltro, un mero puntiglio esegetico che spingeva Dewey a liberare la teoria della sovranità sviluppata da Austin dalle cattive letture in cui era imprigionata: colta nella sua reale dimensione e portata, infatti, la teoria in questione sollevava interrogativi (e problemi) tanto importanti quanto largamente disattesi dagli autori che l'avevano sin lì affrontata⁵⁹.

A parere di Dewey, nella teoria di Austin le proprietà definitorie della sovranità erano da individuarsi in due caratteristiche correlate⁶⁰: i) la maggioranza di una società politica indipendente è solita prestare obbedienza ad un superiore *determinato* e comune; ii) tale superiore non è solito prestare obbedienza ad un superiore determinato e comune.

Ciascuna società politica indipendente, dunque, è divisibile in due *portions*: la parte sovrana o suprema (consti essa di un singolo monarca o di un corpo collegiale) e la parte composta dai sudditi, sottoposta all'autorità della prima. Di cruciale importanza, nel quadro della teoria, è il carattere (numericamente) determinato della parte sovrana: come Dewey rileva⁶¹, infatti, a parere di Austin solo un corpo precisamente

they could not count as divisions or limits of sovereignty because no *determinate* person or body (habitually obeyed by others) imposed them».

⁵⁹ Dewey 1894: 34.

⁶⁰ Dewey 1894: 36 (il corsivo enfatico è aggiunto da chi scrive). Peraltro, Dewey sta anche in questa occasione citando passi di Austin. Vedi inoltre Faralli 1990: 162-163.

⁶¹ Dewey 1894: 37.

determinato può emettere comandi e, dunque, produrre «leggi» in senso proprio. In tal modo, osserva Dewey, la teoria della sovranità di Austin si configura come la perfetta antitesi della teoria di Rousseau⁶²: mentre, secondo quest'ultimo, tratto caratteristico della sovranità era l'appartenere *to a whole as a whole* (cioè alla «volontà generale»), per Austin il tratto definitorio della sovranità è, al contrario, l'appartenere ad una parte, ad un corpo determinato.

Ed è proprio il menzionato requisito della «determinatezza» a sollevare, nella prospettiva di Dewey, le maggiori perplessità⁶³.

Infatti, la tesi secondo cui un corpo *numerically uncertain* non può esprimersi in modalità che abbiano la forza di un comando è, perlomeno nella prospettiva del cittadino di una democrazia matura e complessa come quella statunitense, dotata di assai minore auto-evidenza di quella che Austin assiomaticamente le attribuisce. In una società siffatta, osserva Dewey, è esperienza pressoché quotidiana constatare che l'azione del governo è significativamente influenzata – e, non infrequentemente, addirittura controllata – da svariate *agencies of clamor*, da comizi e altre forme di aggregazione di massa, da petizioni e da campagne di stampa⁶⁴.

⁶² Dewey 1894:

⁶³ Dewey 1894: 37-38.

⁶⁴ Peraltro, osserva Dewey (ivi, 38), Austin stesso ammette il potere della pubblica opinione e del *moral law, improperly so-called*, che insiste tuttavia a differenziare dal diritto in senso proprio sulla sola

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio la batteria di *test* a cui Dewey sottopone⁶⁵ la teoria di Austin, mostrando come proprio il requisito della determinatezza conduca la sua tesi principale all'auto-confutazione: basti qui fornirne, in rapidi cenni, un breve saggio.

Per limitarsi al caso degli Stati Uniti, se, docente Austin, ne indentifichiamo il sovrano con l'elettorato inteso come «corpo aggregato», ci imbattiamo subito in una selva di problemi piuttosto intricata e spinosa. Infatti, supponendo che sia passata una generazione da quando un dato emendamento è stato votato e approvato, la determinazione del sovrano è compito tutt'altro che facile.

È altamente probabile, innanzitutto, che molti dei votanti da cui la Costituzione è stata, in ultima analisi, determinata non siano più in vita, e, d'altra parte, se si scegliesse di indicare il corpo aggregato di quegli elettori che potrebbero votare un nuovo emendamento, la sovranità verrebbe a

(e, agli occhi di Dewey, esile) base della sua definizione di diritto come «comando del sovrano», nonché sul corollario («a somewhat slight support», chiosa Dewey) secondo cui «the person who will enforce the so-called law against any future offender is never determinate and assignable»). A tale proposito, vale la pena segnalare che, come rimarca LaPiana 1994: 116-117, già nel 1872, anche Holmes aveva dedicato uno dei suoi primi lavori ad una articolata critica della teoria della sovranità, sostenendo, fra l'altro, sulla scorta di Maine, che possa esistere diritto anche in assenza di sovrano e che, anche in presenza di un sovrano, «other bodies not sovereign, and even opinions, might generate law in a philosophical sense against the will of the sovereign».

⁶⁵ Dewey 1894: 39-41.

fondarsi non già sull'effettiva emissione di comandi e sulla correlata obbedienza ad essi da parte dei sottoposti, bensì su una mera potenzialità di emissione.

Tuttavia, quand'anche si concedesse tale 'sovranità latente', sarebbe del pari impossibile, *prima* dell'espressione del voto, determinare l'appartenenza di un dato membro del corpo elettorale⁶⁶ alla maggioranza o alla minoranza.

Ebbene, se risultasse che l'individuo in questione fa parte della minoranza perdente, si darebbe origine ad un curioso dilemma. Se si afferma che egli è partecipe della sovranità giacché ha diritto al voto, si afferma, con ciò, che è possibile esercitare la sovranità non solo prescindendo dall'espressione del comando, ma, addirittura, *contro* il comando supremo.

Se, invece, si ritiene che, non avendo espresso il comando supremo, l'individuo non è sovrano, non è chiaro sulla base di quale diritto mai egli abbia potuto votare⁶⁷. A fronte delle esiziali difficoltà in cui incorre l'approccio austiniiano⁶⁸, Dewey conclude che non esiste alcuna ragione valida per situare la sovranità in una porzione specifica e

⁶⁶ Osserva infatti Dewey che, se la classe «elettorato come corpo aggregato» è determinata (cioè suscettibile di avere componenti determinati), ogni individuo che compone tale elettorato 'potenziale' è compartecipe della sovranità.

⁶⁷ Dewey 1894: 39.

⁶⁸ Nella diagnosi di Dewey, «the ultimate weakness of Austin's theory is that, identifying sovereignty with a part only of the body politic, he gives (and allows) no reason why this limited body of persons have the authority which they possess» (Dewey 1894: 41).

determinata della società, bensì nel complesso di quel *social whole, or true sovereign*, di cui i governi rappresentano gli organi e diritto ed istituzioni le principali operazioni⁶⁹.

In tale prospettiva, lo scritto si chiude abbozzando il programma di una teoria della sovranità sufficientemente articolata da racchiudere e combinare in sé le virtù delle teorie di Austin, Rousseau e Lewis⁷⁰ e in grado quindi di abbracciare, *interest and activities of society as a whole*, individuando al tempo stesso definiti organi di espressione e dando conto dell'efficacia del diritto⁷¹.

2.2.2. *A Sort of Mystic Monism*

Laski sul «problema della sovranità»

Amico e assiduo corrispondente di Holmes, con il quale intrattenne un celebre epistolario, reclutato nel 1916 ad Harvard da Frankfurter, lo studioso di scienze politiche britannico Harold Joseph Laski (1893-1950) ha esercitato una significativa influenza sul dibattito statunitense in teoria politica e teoria del diritto in relazione ai temi di stato e sovranità attorno agli anni '20⁷².

⁶⁹ Dewey 1894: 42.

⁷⁰ Si tratta del già citato Cornewall Lewis, il commentatore e seguace di Austin che, nell'analisi di Dewey, ne aveva travisato la teoria, identificando la sovranità con la capacità di coercizione illimitata nei confronti dei sudditi.

⁷¹ Dewey 1894: 51-52.

⁷² Sul carteggio e l'amicizia tra Laski ed Holmes, si veda Newman

Un amico e corrispondente di Holmes, si diceva: e i biografi hanno sovente lasciato trasparire una certa perplessità⁷³, di fronte all'improbabile sodalizio fra l'anziano, scettico e coriaceo patrizio bostoniano e il giovane, effervescente e radicale studioso d'oltreoceano. Quale che fossero le opinioni politiche e gli aspetti caratteriali che li dividevano, tuttavia, i due erano quantomeno accomunati dal gusto per la provocazione intellettuale e l'inclinazione a non tralasciare alcuna occasione di *épater le bourgeois*.

È difficile, infatti, non scorgere l'influsso di tali disposizioni nella scelta tematica del capitolo che conclude una delle principali opere dedicate da Laski al «problema della sovranità⁷⁴», capitolo interamente incentrato su un

1993: 36-37. Sui rapporti fra Laski, Frankfurter e Holmes (nonché sul ruolo dei primi due nell'edificazione del «mito» del terzo, si veda Hoellinger 1992: 223-227; sull'influenza di Laski nel dibattito statunitense si rimanda a Schmidt 1998: 164-167. Infine, per un accostamento di Laski al realismo giuridico americano si rimanda a Fisher, Horwitz, Reed 1993: 140-146.

⁷³ Lamb 2004: 13 parla sobriamente di «unlikely friendship», mentre Newman 1993: 36 commenta senza esitazioni che la più stretta amicizia statunitense di Laski (quella con il giudice Holmes, appunto) era altresì «the most incongruous», menzionando altresì una tesi (un esercizio psicoanalitico tutto sommato abbastanza scontato) di Edmund Wilson, secondo cui Laski avrebbe trovato in Holmes una figura paterna solida e ammirevole mediante la quale compensare la difficile relazione con il proprio padre, mentre Holmes avrebbe visto nel brillante accademico il figlio mai avuto. Quale che ne fosse la valenza, il legame fra i due era in ogni caso profondo e si protrasse fino alla morte di Holmes, nel 1935.

⁷⁴ Laski 1917. Il capitolo in esame è reperibile alle pp. 107-133.

(non certo immediatamente perspicuo) parallelismo fra De Maistre e Bismarck.

Con un'innocenza alla cui sincerità è piuttosto faticoso credere, Laski concedeva in apertura⁷⁵ allo spaesato lettore che era forse *superficially difficult* ravvisare elementi di evidente rassomiglianza fra l'arci-nemico dei Lumi e della Rivoluzione che teorizzava la restaurazione del primato (politico) del Papa come solo argine al trionfo universale dell'anarchia, e lo statista emblema della politica nazionalista ottocentesca, nonché padre dell'unificazione tedesca che, nel *Kulturkampf*, aveva impegnato un duro conflitto politico, giuridico e culturale proprio con la Chiesa Cattolica e il Vaticano.

Tuttavia, a guardarle nella prospettiva adeguata, le differenze apparentemente inconciliabili fra le due figure perdevano consistenza ed importanza, e si profilavano contiguità insospettite. Anzi, al di là delle apparenti divergenze, i due condividevano, a ben vedere, un medesimo schema di pensiero⁷⁶.

Certo, De Maistre discetta di Chiesa e Papato, mentre Bismarck ha per obiettivi lo Stato e *the German empire*, ma, facendo astrazione da consimili, trascurabili dettagli, i due si confrontano con il medesimo problema⁷⁷. De Maistre, di fronte allo spettacolo (ai suoi occhi, terribilmente angoscioso) di un mondo che i sommovimenti della Rivo-

⁷⁵ Laski 1917: 107.

⁷⁶ Laski 1917: 107.

⁷⁷ Laski 1917: 132.

luzione francese, svellendo le fondamenta dell'autorità politica ed ecclesiastica e pretendendo di rifondare la società sulla ragione, hanno gettato nel caos atomistico dell'individualismo, ravvisava nella *world-sovereignty* della Sede Apostolica il nuovo centro unificatore e la nuova fonte di autorità sia religiosa che politica.

Bismarck, davanti al pulviscolo di piccoli stati e trascurabili comunità in cui il mondo germanico era suddiviso, scorgeva nell'egemonia prussiana lo strumento per edificare un grande impero unitario e coeso. Entrambi, dunque, identificavano nella frammentazione e nell'*individualisation* le fonti sicure della rovina e avevano perciò elaborato una teoria per assicurare la soppressione di tali perniciosi vizi.

Entrambi, soprattutto, avevano coltivato appassionatamente l'ideale dell'unità quale sola garanzia di sopravvivenza; entrambi, infine, avevano condiviso il medesimo *fundamental defect*:

«They did not see that however organic be the community in which we live, man is no less solitary than a social being, and his ideal world is at bottom interstitial. However much he acts in common, he wishes also to act alone; however much he thinks like a member of a herd, he wish also to think as a lonely wanderer»⁷⁸.

⁷⁸ Laski 1917: 133. Qualunque sia il giudizio complessivo che si ritenga di formulare riguardo alla rilevanza filosofica dell'opera di Laski (e, sulle controversie in merito, si veda Newman 1993: x-xv),

Del resto, De Maistre e Bismarck non erano certo i soli a cui si potesse imputare di essersi lasciati traviare da una smodata passione per «l'ideale dell'unità»: una simile tendenza era ravvisabile in molte delle teorie della sovranità e dello Stato che più autorevolmente occupavano la scena

non si può negare a pagine come quella citata una cospicua dose di preveggenza. Com'è noto, negli anni successivi alla pubblicazione del lavoro (la cui prima uscita risale al 1917), non saranno infatti pochi gli autori (e, quel che più conta, i sistemi politici) che condivideranno il *fundamental defect* da cui, nell'analisi di Laski, De Maistre e Bismarck erano accomunati. In tal senso, quindi, appare almeno in parte fuori bersaglio la alquanto perentoria affermazione di Berlin (Berlin 2005: 205), secondo cui Laski, echeggiando poco originalmente il ritratto del pensatore savoiaro elaborato da Saint-Beuve, Victor Hugo, Lamennais e altri autori ottocenteschi, avrebbe in modo liquidatorio caratterizzato De Maistre come «una forza spenta». Sebbene si possa senz'altro concedere che, nella sua ricostruzione del pensiero di De Maistre, Laski si riveli per molti versi vincolato al *cliché* ottocentesco sopra citato e manchi di dare adeguatamente conto dell'acutezza dell'arsenale critico anti-illuminista dispiegato dal brillante autore di *Du Pape*, appare piuttosto sorprendente apprendere che, nella prospettiva laskiana, «il mondo [di De Maistre] è irrilevante per tutto ciò che è contemporaneo» (Berlin 2005, ibidem). Al contrario, il provocatorio accostamento a Bismarck e al nazionalismo ottocentesco, nonché a tutte le concezioni dello Stato come entità *all-absorbing*, mostra come, per Laski, la tendenza ravvisabile alla radice del pensiero di De Maistre, fosse da considerarsi tutt'altro che estinta ed estranea «al mondo contemporaneo». Intese in tale prospettiva, anzi, le conclusioni di Laski appaiono presentare insospettati punti di consonanza con la caratterizzazione di De Maistre quale precursore del discorso antidemocratico novecentesco proposta (forse con qualche eccesso di zelo) dallo stesso Berlin.

nel dibattito in filosofia politica e giuridica⁷⁹. La portata descrittiva di tali teorie risultava infatti spesso inficiata da una sorta di *mystic monism*⁸⁰, una rappresentazione dello Stato quale armoniosa interconnessione di tutte le sue componenti in una struttura gerarchica nella quale il potere è collocato in un unico centro⁸¹.

In contrapposizione a tale pericolosa finzione 'monista', Laski sosteneva la tesi pluralista⁸² secondo cui lo Stato doveva essere considerato soltanto uno dei vari gruppi ed associazioni dotati di *corporate personality*⁸³ a cui gli individui appartengono. Infatti, con buona pace di Savigny, Austin e tutta la nutrita schiera di autorevoli giuristi che l'hanno teorizzata quale attribuzione esclusiva dello Stato, la personalità delle associazioni è primaria, sorge dal mero fatto della loro esistenza e non è concessa loro dallo Stato⁸⁴. Né lo Stato può distinguersi da *corporate associations* quali Chiese o *trade unions* vantando la priorità delle proprie *over-riding demands*.

Si consideri, ad esempio, il caso di una guerra: in tale situazione, lo Stato esige da un individuo la partecipazione

⁷⁹ Come esempi particolarmente eloquenti e significativi delle posizioni teoriche in questione, Laski (Laski 1917: 8) indicava Hegel e Treitschke.

⁸⁰ Laski 1917: 7.

⁸¹ Si veda, al riguardo, l'efficace ancorché concisa ricostruzione del pensiero di Laski in Schmidt 1998: 165-167.

⁸² Laski 1917: 11.

⁸³ Schmidt 1998: 99.

⁸⁴ Laski 1917: 136.

allo sforzo bellico, mentre un altro gruppo al quale il medesimo individuo appartiene (ad esempio, la setta dei Quakers) gli richiede esattamente il contrario⁸⁵.

Ebbene, il punto è che, a parere di Laski, non c'è alcun modo di stabilire una gerarchia *a priori* tra tali richieste contrastanti. È in tal senso che Laski intende la tesi di Gray⁸⁶ sull'impossibilità di identificare i *real rulers* della società, cui egli aggiunge il non secondario corollario che la nozione stessa di sovranità quale è stata messa a punto dalla teoria del diritto dev'essere senz'altro dismessa.

A dispetto delle pretese esclusivistiche in tal senso rivendicate dello Stato, infatti, la revoca dell'Editto di Nantes da parte di Luigi XIV, la promulgazione di una nuova dottrina da parte di una Chiesa e la proclamazione di uno sciopero da parte di una organizzazione sindacale sono altrettanti esercizi di un potere che differisce soltanto quantitativamente, e non già qualitativamente, da quello dello Stato⁸⁷. La società, nella prospettiva pluralista, è il teatro di una competizione darwiniana⁸⁸ per la conquista del consenso disputata fra i differenti (e, sovente, radicalmente divergenti) voleri delle varie *corporate personality* (nonché, beninteso, di concreti individui), nessuno dei quali può essere

⁸⁵ Laski 1917: 11. Altri esempi proposti da Laski sono le associazioni sindacali dei minatori del South Wales in occasione del grande Sciopero del 1898, gli Unionisti dell'Ulster e i movimenti suffragisti.

⁸⁶ Citata con entusiastica approvazione in Laski 1917: 14.

⁸⁷ Laski 1917: 135.

⁸⁸ Laski 1917: 13.

certo di ottenere obbedienza⁸⁹. L'esito della prova di forza fra lo Stato e un'altra *corporate personality* (Chiesa, partito o associazione sindacale che sia), infatti, non è affatto scontato: se la Germania interdice ai suoi sudditi la negoziazione dei termini di pace, tale comando può agevolmente prevalere finché sono soltanto una Rosa Luxemburg o un Karl Liebknecht ad opporvisi, ma assai meno scontata è la sua efficacia se, a ribellarsi, è l'insieme dei partiti Socialisti⁹⁰.

Certo, Laski non nega che i comandi dello Stato (manifestati attraverso le leggi) siano abitualmente e generalmente seguiti, ma puntualizza che non si può contrabbandare il desiderio di evitare una guerra civile permanente facendo di «every disagreement (...) a secession»⁹¹ per la prova di attributi peculiari ed esclusivi che lo Stato, in realtà, non possiede. Laski, insomma, non sta sostenendo la tesi, grottesca, che ogni società sia in realtà in preda all'anarchia e che solo un'ostinata congiura dei giuristi e degli scienziati politici rifiuti di constatare tale condizione; ciò che lo studioso britannico intende mostrare è, semmai, l'insostenibilità teorica di ogni modello che assegni *necessary preeminence* allo Stato e a i suoi comandi⁹².

⁸⁹ Laski 1917: 14.

⁹⁰ Laski 1917: 135.

⁹¹ Laski 1917: 14. Peraltro, anche alla luce delle chiarificazioni e precisazioni della sua proposta svolte da Dewey e sopra brevemente richiamate, Austin non avrebbe alcuna difficoltà ad annoverare anche il desiderio in questione fra i motivi dell'obbedienza contemplati dalla sua teoria.

⁹² Il seguente passo può servire a illustrare convenientemente il

Del resto, lo stesso processo legislativo (che, pure, dovrebbe rappresentare la più paradigmatica espressione delle prerogative dello Stato e dei suoi organi specializzati a svolgere tale funzione), se analizzato senza distorsioni pregiudiziali, rivela un quadro più complesso e articolato di quanto talune rappresentazioni teoriche non siano disposte a concedere. Per limitarsi a prendere in considerazione il Parlamento britannico, infatti, i testi normativi da esso prodotti sono il risultato di un *vast complex of forces* al quale concorrono in vario grado una moltitudine di individui e gruppi, sia all'interno che all'esterno dello Stato⁹³.

Le conclusioni (non più soltanto teorico-descrittive, bensì anche esplicitamente normative) che Laski traeva dalle osservazioni sin qui brevemente richiamate consistevano nella dismissione del monismo statalista e della nozione 'unitaria' di sovranità, nonché nell'elaborazione di una sorta di manifesto della decentralizzazione governativo-amministrativa⁹⁴, per rivitalizzare quel federalismo che, in una *captatio benevolentiae* peraltro non del tutto

punto in questione: «We have only to look at the realities of social existence to see quite clearly that the States does not enjoy any necessary preeminence for its demands. That must depend entirely upon the demands it makes. I shall find again and again that my allegiance is divided between the different groups to which I belong. It is the nature of the particular difficulty which decides my action» (cfr. Laski 1917: 13).

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Laski 1917: 138-142.

insincera, il filosofo britannico qualificava come il lascito di maggior rilievo della tradizione istituzionale statunitense alla scienza politica⁹⁵.

2.2.3. *The Indeterminable Sovereign*

Un bilancio comparativo

Ultimata la (necessariamente rapida ed estremamente parziale) ricognizione delle posizioni di Dewey e Laski in materia di sovranità, è ora possibile procedere ad un bilancio comparativo con le tesi di Gray esposte nella prima sezione.

Prima facie, si tratta, invero, di tre posizioni piuttosto eterogenee: le critiche 'interne' alla tradizione austiniana di un eterodosso esponente statunitense dell'*analytical jurisprudence*, lo 'sconfinamento' nella teoria del diritto di un filosofo pragmatista e l'attacco senza quartiere ai presidi della teoria 'classica' dello Stato di uno scienziato politico dai propositi impetuosamente radicali.

Tuttavia, spingendosi oltre tali ovvie differenze, è pos-

⁹⁵ Schmidt 1998: 167-168. Come Schmidt ricorda opportunamente, peraltro, la proposta di Laski presenta svariate analogie con il pionieristico lavoro di Arthur F. Bentley *The Process of Government* (1908), in cui viene elaborata la nozione di *group of interest*. Curiosamente, invece, nella peraltro articolata ed interessante disamina relativa a *Process and Political Science* da Bentley a Dahl svolta da Duxbury (Duxbury 1995: 242-251), a Laski non è concessa nemmeno una menzione in nota.

sibile altresì ravvisare talune contiguità e comunanze fra le posizioni in esame.

In particolare, comune ai tre autori sembra essere la tesi dell'«indeterminabilità del sovrano».

A tale riguardo, tuttavia, non è forse inopportuna una puntualizzazione preliminare. In anni recenti, infatti, Postema⁹⁶ ha proposto una ricostruzione della tesi di Gray sull'inconoscibilità dei *real rulers* che, nel lettore di *Nature and Sources*, suscita svariate perplessità.

A parere dello studioso, le affermazioni di Gray al riguardo equivarrebbero ad un'imbarazzata (e imbarazzante) resa della *jurisprudence* e alla restaurazione di una sorta di *shadowy sovereign*, mossa teorica goffamente auto-confutatoria che vanificherebbe le critiche di Gray stesso ad Austin. Tuttavia, come dovrebbe risultare manifesto da quanto pur sommariamente rilevato nella prima sezione del paragrafo, più che con una avveduta ricostruzione, siamo qui alle prese con una disinvolta caricatura.

Di amena lettura è, in particolare, la raffigurazione di un Gray che, dopo aver introdotto la nozione di *real rulers*, è gettato nello sbigottimento dal quesito sulla loro identità

⁹⁶ Postema 2011: 88: «But we must ask, the, who are these “real rulers”? To this question jurisprudence has no answer, [Gray] admitted (...). However, this result restores the shadowy sovereign behind the sovereign that both Holmes and Gray most opposed in Austin's theory, and so discomfited them and the generation of legal theorist to follow». Come si avrà modo di osservare nei paragrafi successivi, non è peraltro questa la sola occasione in cui uno studioso peraltro avveduto e scrupoloso come Postema offre una interpretazione alquanto riduttiva delle tesi di Gray.

e si vede costretto ad ammettere che, sfortunatamente, la teoria del diritto da lui costruita non può fornire ulteriori indicazioni in materia.

Ci si trova, insomma, ancora una volta dinnanzi a quella rappresentazione (caricaturale, appunto) di Gray quale paradigmatico 'dilettante allo sbaraglio' già riscontrata in Twining. Eppure, una lettura serena e scevra da pregiudizi delle pagine di Gray ci consegna, come si è visto, una tesi assai meno rozza e banale.

Infatti, è ben vero che Gray qualifica l'identificazione dei *real rulers* come «a well-nigh insoluble problem for jurisprudence», ma specifica altresì che, in ogni caso, cimentarsi con tale problema non rientra in alcun modo fra i compiti della medesima *jurisprudence*.

Alla teoria del diritto, infatti, compete semmai la dettagliata messa a punto analitica della finzione dogmatica di Stato, che, come si è visto, nella prospettiva di Gray, può adempiere alle funzioni di fondamento del diritto da Austin assegnate alla nozione di sovrano, senza incorrere nei vizi e nelle limitazioni da cui quella nozione era afflitta. In questo senso, dunque, lungi dal costituire un'auto-confutatoria ammissione di ignoranza o un goffamente pilatesco tentativo di elusione, la 'dichiarazione di incompetenza' della *jurisprudence* circa il problema dei *real rulers* rappresenta una lucida e conseguente opzione teorica tesa, per così dire, a 'salvare da sé stessa' la teoria del diritto di Austin⁹⁷. Peraltro,

⁹⁷ Come rilevato in precedenza, sarà precisamente in relazione a tale punto che Kelsen fraintenderà parzialmente la posizione di Gray.

anche la caratterizzazione dei *real rulers* alla stregua di un surrogato inutilmente misterioso e catacombale del sovrano appare decisamente ingiusta.

Come ha rilevato opportunamente Rumble in una pagina richiamata nella prima sezione⁹⁸, infatti, Gray sembra avere al riguardo intuizioni teoriche invero più sofisticate⁹⁹, che paiono identificare temi analoghi a quelli sviluppati in quegli anni, sia pure con ben altre ambizioni e ben altro respiro, da teorici delle élites quali Michels (e, si potrebbe aggiungere, quali Mosca e Pareto).

Insomma, in luogo delle velleitarie escogitazioni di un rozzo dilettante di cui parla Postema, le tesi di Gray sui *real rulers* si configurano semmai come la perspicace individuazione¹⁰⁰ di problemi (quali, appunto, quelli relativi alla formazione, alla composizione¹⁰¹ e all'influenza delle élites) di centrale rilevanza nel dibattito in scienza politica

⁹⁸ Rumble 2013: 293.

⁹⁹ Anche se, appunto in conformità alla delimitazione dell'ambito della *jurisprudence* da lui tracciata, Gray non le articola in una teoria compiuta, operazione verso la quale nutre, come si è più volte ribadito, un cospicuo scetticismo.

¹⁰⁰ Ancorché, come ricordato nella prima sezione, venate di un robusto scetticismo circa la possibilità di sviluppare strumenti teorici in grado di dare adeguatamente conto di tali fenomeni.

¹⁰¹ Si pensi a passi come il seguente: «The sources from which their [of the real rulers] authority flows are of the most diverse character. They may be, or pretend to be, divinely inspired. It may be their physical strength, their wisdom, their cunning, their virtues, their vices – oftenest, perhaps, their assiduity and their persistence,— that have given them their power». Gray 1921: 36.

e sociologia degli anni compresi fra la fine dell'800 e le prime decadi del 900.

Certo, la tematizzazione del problema dei *real rulers* proposta da Gray è tanto interessante quanto problematica. In particolare, sembra di poter ravvisare nella trattazione di Gray una tensione¹⁰² irrisolta tra la configurazione 'volontaristica' dei *real rulers* (architetti dello Stato, che edificano deliberatamente perseguendo fini precisi e seguendo progetti ben determinati) e quella 'struttural-funzionalista' (in cui essi sarebbero, almeno in parte, ignari del loro potere e dei modi in cui esso si esercita, nonché, dunque, di almeno alcuni degli esiti della propria azione).

Se, nella prospettiva 'volontaristica', lo Stato è dunque una costruzione deliberata dei *real rulers*, sviluppando invece la prospettiva 'struttural-funzionalista', esso dovrebbe essere al contrario coerentemente configurato come l'esito almeno parzialmente involontario e non deliberato dell'azione (appunto, non del tutto consapevole e deliberata) dei *real rulers*. D'altra parte, la risoluzione di tale tensione potrebbe essere richiesta ad una «teoria dei *real rulers*» compiutamente esplicitata e sviluppata, operazione scientifica che, come si è visto, Gray non intende intraprendere e verso la quale non fa mistero del proprio scetticismo.

Anche Dewey, come si ha avuto modo di vedere, fonda la sua critica ad Austin sulla tesi dell'indeterminabilità del sovrano, intendendola, tuttavia, in un senso nettamente

¹⁰² Acutamente colta da MacCormick 1981:985.

differente e, per certi versi, antitetico rispetto alla concezione di Gray. I *real rulers* configurati da Gray, infatti, costituiscono sì un corpo mutevole e *indeterminable*¹⁰³, ma rappresentano pur sempre una parte della società, «some of the number»¹⁰⁴, il cui potere e la cui influenza si esercitano (attraverso modalità di azione a tal punto variegata e sottili, come si diceva poc'anzi, da essere sovente almeno in parte ignote ai loro stessi detentori, rendendone impossibile una dettagliata ed esaustiva ricostruzione) sul resto del corpo sociale.

Per Dewey, al contrario, la «tesi dell'indeterminabilità del sovrano» diventa la base non già per muovere una critica al solo Austin, bensì per una più radicale dismissione di tutti gli approcci teorici che tendono a situare la sovranità in una parte determinata della società, a favore di un programma teorico teso a ricondurre la sovranità all'insieme delle forze sociali.

Un programma, certo, tanto ambizioso quanto abbozzato: il Dewey che, nel 1894, rifletteva criticamente sulla teoria della sovranità di Austin, infatti, era lungi dall'aver compiutamente elaborato gli elementi fondamentali della sua teoria dell'agire sociale, alla luce dei quali avrebbe in seguito potuto, nel suo maggior contributo giusfilosofico¹⁰⁵, ravvisare nella nozione di consuetudine, opportu-

¹⁰³ Gray 1921: 37.

¹⁰⁴ Gray 1921: 36.

¹⁰⁵ Dewey 1941. Una traduzione italiana del testo è disponibile in Faralli 1990: 247-255.

namente rivisitata, l'asse portante di una teoria del diritto come processo e «fenomeno assolutamente sociale, sociale nell'origine, nello scopo e nell'applicazione»¹⁰⁶.

Sarà, in particolare, la messa a punto di concetti quali *interactivity* e *transaction*¹⁰⁷ a rappresentare lo sviluppo più maturo e consapevole delle intuizioni che, nel remoto 1894, avevano portato Dewey ad un profondo rigetto di tutti gli approcci teorici basati sulla suddivisione della società in una parte sovrana e in una parte meramente soggetta, nonché sulla contestuale identificazione della parte sovrana in una porzione (relativamente) esigua della società.

¹⁰⁶ Faralli 1990: 249.

¹⁰⁷ Riguardo a tali nozioni, fondamentali nel vocabolario concettuale di Dewey, si veda il passo seguente: «It might seem as if what is conveyed by saying that social activities are *inter-activities* were already included in the word "*social*" since social means association. By calling especial attention to this trait, however, we indicate that there is a *de facto*, though not necessarily *de jure* or moral, reciprocity in every fact of social behavior. A *trans-action* does not just go across in a one-way direction, but is a two-way process. There is reaction as well as action. While its convenient to see some human beings as agents and others as patients (recipients), the distinction is purely relative; there is no receptivity that is not also a *re-action* or response, and there is no agency that does not also involve an element of receptivity». Dewey 1941: 118. Sviluppando tali considerazioni, Dewey (ibidem) sostiene inoltre che l'enfasi posta da svariate teorie politiche e filosofie del diritto su *agreement*, *contract*, *consensus* costituisca in qualche modo un riconoscimento (ancorché implicito e, parrebbe, non del tutto consapevole) del carattere transazionale dell'agire sociale. Sui temi in questione, si veda inoltre l'accurata disamina delle tesi di Dewey svolta in Faralli 1990: 81-85. Per un più generale inquadramento della nozione di *transaction* nel pensiero di Dewey, si rimanda inoltre a Thayer 1952: 23-30.

In Dewey, dunque, la «tesi dell'indeterminabilità del sovrano» finiva per assumere una portata (ancora) più radicale che in Gray. Se, nel caso di quest'ultimo, tale tesi si fondava sull'indisponibilità (e sul radicale scetticismo circa la conseguibilità) di strumenti teorico-analitici in grado di tracciare la complessa, multiforme influenza esercitata attraverso una pluralità di canali da un'élite di incerta e mutevole fisionomia, in Dewey essa poggiava invece sulla constatazione di un radicale errore prospettico (la dicotomia sovrano-sudditi) che aveva afflitto il pensiero politico e giuridico, minandone alla base la possibilità di costruire rappresentazioni adeguate del fenomeno sociale e giuridico.

Rispetto a quelle fornite da Gray e Dewey, l'interpretazione della «tesi dell'indeterminabilità del sovrano» offerta da Laski sembra configurarsi come una sorta di terza via, connotata da molteplici intersezioni e da altrettanto numerose divergenze con i percorsi dei due autori sopra citati.

Nello sviluppare la sua critica alla concezione monistica dello Stato, Laski si muove lungo una direttrice argomentativa che presenta parziali analogie con quella seguita da Gray. Per quest'ultimo, come si è visto, lo Stato non è che un'*artificial person*, un mero (ancorché estremamente utile) *device* creato per coordinare e concertare l'azione dei vari individui che ne costituiscono gli organi. Inoltre, il procedimento che porta all'origine dello Stato è del tutto sovrapponibile a quello che dà origine alle varie associazioni presenti nel corpo sociale (Chiese, *trade unions*, partiti politici), associazioni che lo Stato non crea, bensì soltanto riconosce.

Tuttavia, Laski si spinge ben oltre Gray. Per lo scienziato politico britannico, infatti, con buona pace di Hegel e di Treitschke, lo Stato delle teorie moniste è soltanto una *dangerous fiction* e, mentre Gray si limitava a constatare che lo Stato è lungi dall'averne un assoluto controllo su molte delle associazioni presenti sul suo territorio (adducendo gli esempi storici di sette religiose o confraternite politiche capaci di opporre una tenace resistenza ai comandi statali), Laski utilizza analoghe considerazioni per argomentare contro la tesi della supremazia dello Stato, riconfigurandolo come una delle molteplici forme di associazione umana a cui gli individui appartengono¹⁰⁸, rispetto alle quali esso non può vantare alcuna speciale priorità.

Analogamente a Dewey¹⁰⁹, dunque, Laski invoca un radicale ripensamento della nozione di sovranità, e una altrettanto radicale revisione delle categorie elaborate al riguardo dalla tradizione giuridico-politico della modernità (e, segnatamente, da autori quali Bodin, Hobbes e, appunto, Austin¹¹⁰). Nell'analisi di Laski, come si è ricordato,

¹⁰⁸ Schmidt 1998: 165.

¹⁰⁹ Sebbene, naturalmente, la analogia riguardi soprattutto la radicalità della critica e non già il contenuto delle rispettive proposte teoriche, che restano, per molti versi, significativamente differenti. In questo senso, mi pare che il tentativo, svolto in da Silva 2009, di proporre una lettura che enfatizzi gli elementi (peraltro indubitabili) di continuità e *connection* fra i due autori, vada integrato (e corretto) con le analisi di Eisenberg 1995 (per una presentazione concisa dei suoi risultati, si vedano in particolare le pp. 6-7), che rilevano come Dewey e Laski declinassero il pluralismo in modi alquanto diversi.

¹¹⁰ Schmidt 1998: 164-165.

la tradizione giuridico-politica della modernità e le teorie monistiche dello Stato rivelavano infatti il loro limite più cospicuo (e la loro più grave compromissione ideologica) precisamente nell'incapacità di dar conto di una realtà sociale affollata di gruppi e associazioni, che differiscono dallo Stato solo in grado e non già in genere e che rendono pertanto inaffidabili le gerarchie in cui i comandi dello Stato sono presentati come indefettibilmente *bound to triumph* su quelli di tutti i concorrenti¹¹¹.

In una prospettiva pluralista, insomma, la «tesi dell'indeterminabilità del sovrano» equivale, da un lato, al riconoscimento della insostenibilità teorica dei modelli che assegnano allo Stato una supremazia necessaria e, dall'altro, alla constatazione che anche attività presentate dall'ortodossia giuspolitica quali paradigmatiche prerogative dello Stato (attraverso i suoi organi specializzati) come il processo legislativo risentono in varia misura dell'influenza di individui, gruppi e associazioni sia interni che esterni allo Stato.

¹¹¹ Laski 1917: 135. Naturalmente, tali considerazioni non valgono per il solo Stato: come si è visto, nella prospettiva di Laski, nessuna associazione e nessun *set* di regole può vantare una preminenza a priori. Appare quindi più vicino alla prospettiva di Laski che a quella di Gray il riferimento alle tesi di Dahl proposto da MacCormick: «If, as Robert Dahl argues, the politics of democratic communities are thoroughly pluralistic, then there may be in such communities many contending groups, none of which has overriding power for all purposes. In that case, although there is real rule, there is no possibility of identifying any single set of real rulers. Believing in them is simply a manifestation of the fallacy of the conspiracy theory of government». MacCormick 1981: 984.

Se Dewey, dunque, mediante la nozione di *transaction*, riconduceva, in una prospettiva olistica, la sovranità all'intero complesso del *social whole*, Laski disegna invece uno scenario teorico in cui essa è disseminata in una *poliarchia*¹¹² di gruppi e associazioni che si contendono la

¹¹² Il termine è impiegato dallo stesso Laski: «Nor can we doubt this polyarchism. Everywhere we find groups within the state that challenge its supremacy. They are, it may be, in relations with the state, a part of it, but one with it they are not. They refuse the reduction to unity. We find the state, in James' phrase, to be distributive and not collective. Men belong to it; but, also, they belong to other groups, and competition for allegiance is continuously possible» (Laski 1916: 26). Dewey, peraltro, avrà modo di soffermarsi sul passo in questione (Dewey 1926: 671, n. 19), rilevando come tali argomenti sulla personalità delle associazioni comportassero il riconoscimento di un'analogia personalità allo Stato, che, dunque, non potrebbe, in questa stessa prospettiva, essere considerato alla stregua di una mera finzione. Del resto, a parere di Dewey, Laski confondeva, almeno in parte, l'effetto con la causa: era stata l'affermazione degli Stati nazionali nella modernità a determinare le teorie giuspolitiche ortodosse che avevano accompagnato (e giustificato) il progressivo accentramento dei poteri dello Stato, e non viceversa. L'emergere di nuove condizioni socio-politiche ed economiche stava, in quel momento, producendo una linea teorica che tendeva a conferire alle *associations* una *metaphysical personality* analoga a quella che era stata a suo tempo attribuita allo Stato. Peraltro, osservava in conclusione Dewey, i risultati pratici che tanto stavano a cuore ai pluralisti (fornire argomenti per la tutela dei *group interests*) potevano essere raggiunti adottando un modello teorico come quello di Duguit, che negava la personalità non soltanto di stati e di gruppi, bensì anche degli individui quale sostrato per diritti e doveri, «Public law has become objective just as private law is no longer based on individual right or the autonomy of a private will, but upon the idea of a social function imposed on every person» (Dewey 1926, ibidem, citando da *Law in the Modern State* (1919) di Duguit, nella traduzione

allegiance degli individui.

Più che di un'unica «tesi dell'indeterminabilità del sovrano» comune ai tre autori, dunque, sarebbe opportuno parlare di tre, differenti (sebbene accomunate da significative somiglianze di famiglia) «tesi dell'indeterminabilità del sovrano» elaborate da Gray, Dewey e Laski. A dispetto delle loro differenze, tuttavia, le tre tesi sembrano trovare il proprio denominatore comune nella consapevolezza degli ineludibili problemi posti dallo sviluppo delle scienze sociali (storia, antropologia, psicologia e, soprattutto, sociologia), da un lato, e dalle radicalmente mutate condizioni socio-politiche, dall'altro, al pensiero politico e giuridico.

Le tre tesi possono, in questo senso, essere intese come altrettante diagnosi di tali problemi, mentre gli esiti teorici che da quelle tesi scaturiscono rappresentano tentativi di elaborare proposte capaci di fronteggiarli adeguatamente,

inglese, svolta peraltro dai coniugi Laski). Sullo sfondo di questo dibattito sta la più ampia *querelle* sul tema della *corporate personality* che, come ha dettagliatamente illustrato Horwitz 1992 (65-107, e, per gli aspetti più strettamente filosofici della questione, 71-74), aveva impegnato i giuristi in Germania, Francia, Inghilterra e Stati Uniti alla svolta del secolo. La scaturigine di questo diffuso interesse andava individuata nella «spectacular rise to prominence during the late nineteenth century of the business corporations as the dominant form of economic enterprise». (Horwitz 1992: 71). Peraltro, sul tema non avrebbero naturalmente tardato a pronunciarsi anche i tribunali: al riguardo, una delle decisioni più celebri (e controverse) della Corte Suprema statunitense è quella relativa al caso *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad* (1886), in cui veniva estesa (in una pronuncia tanto laconica quanto gravida di conseguenze) l'applicazione del Quattordicesimo Emendamento anche alle *corporations*.

siano esse una profonda rivisitazione e rifondazione della *analytical jurisprudence*, il progetto di una teoria della sovranità radicalmente alternativa a quella di Austin o i fondamenti di una teoria pluralista dello Stato.

Pur nella loro eterogeneità, i tre testi analizzati, dunque, contribuiscono ad inaugurare un filone teorico di messa in questione e critica dell'apparato concettuale del *classical legal thought* che, com'è noto, troverà nella stagione del realismo giuridico americano la sua più compiuta e variegata espressione e che, per quanto attiene alla nozione di sovrano, avrà nel lavoro di Max Radin¹¹³ il suo più articolato contributo. In conclusione, si può, quindi, senz'altro concordare con Postema, quando, con una formula particolarmente efficace, annovera Gray fra

¹¹³ Radin 1930. Per un'analisi del lavoro di Radin sullo sfondo della critica al «sistema», si rimanda al già citato Tarello 1962: 84-98. Peraltro, oltre al noto e più volte citato Radin 1930, vale la pena prendere in considerazione altre e meno frequentate pagine dell'autore, come la seguente, in cui tutto il lungo dibattito critico sulla teoria della sovranità austriana viene alquanto icasticamente compendiato e condotto alle sue ultime conseguenze: «Foreign political scientists have puzzled a great deal in discussing the question of where sovereignty lies in the American system of government. The proper answer is that it does not exist. The Constitution of the United States affords ample demonstration that one can get along without it very well indeed. [...] We therefore may say that although the word sovereignty continues to be used in judicial opinions and legal discussion generally, we really have eliminated it for the internal law of the country. It clings chiefly to all discussions of international relations where it continues to do mischief». Cfr. Radin 1948: 167-168.

i *fabricators of the tools of the Realist trade*¹¹⁴, a patto di includere anche la sua critica alla nozione di sovrano e le sue considerazioni sui *real rulers* nella batteria degli strumenti in questione, a fianco dei più noti contributi sulla teoria della decisione giudiziale che saranno oggetto della prossima sezione.

2.3. *A Mistake by sir Isaac*

Gray sulla teoria della decisione giudiziale

Com'è ovvio, la rinuncia alla nozione di «sovrano» operata da Gray non è priva di conseguenze teoriche di rilievo. Una delle maggiormente cospicue è, com'è ovvio, l'insostenibilità della celebre definizione austriaca di diritto come comando, appunto, del sovrano. Tuttavia, la definizione in questione è, agli occhi di Gray, insostenibile anche per altre e non meno rilevanti ragioni.

Essa, infatti, è ascrivibile al più vasto (e, come si vedrà, eterogeneo) insieme di teorie che rappresentano i tribunali come meri *mouthpieces* del diritto¹¹⁵. L'opinione di Gray, al riguardo, è alquanto differente: i giudici, nella sua prospettiva, sono infatti da considerarsi i «real authors

¹¹⁴ Postema 2011: 84. Gli altri *fabricators* menzionati da Postema sono Pound e, appunto, Dewey.

¹¹⁵ Gray 1921: 45.

of the law»¹¹⁶. Ciò comporta, naturalmente, una profonda riformulazione della definizione di diritto:

«The Law of the State or of any organized body of men is composed of the rules which the courts, that is, the judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties»¹¹⁷.

Gray, peraltro, precisa subito che, per evitare confusioni e fraintendimenti al riguardo, asserire che i giudici siano i *real authors* del diritto *non* significa in alcun modo sostenere, come si vedrà meglio in seguito, che la loro discrezione sia assoluta e che essi non siano soggetti ad alcun tipo di vincolo. Per cogliere il punto, occorre aver chiara una distinzione tanto importante quanto, sovente, ignorata dai giuristi, quella, cioè, fra «diritto» e «fonti del diritto». I giudici, infatti, non estraggono le norme giuridiche che applicano dai loro *own whims*, bensì le derivano da fonti (spesso, «of the most general and permanent character») che sono loro autorevolmente prescritte dall'*organized body* a cui essi appartengono¹¹⁸.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Gray 1921: 45. Le fonti del diritto indicate da Gray (si veda l'ampia trattazione delle fonti del diritto in Gray 1921: 83- 169) sono, in ordine gerarchico, le disposizioni normative (*statutes*), i precedenti giudiziari, le tesi della dottrina, le consuetudini e, infine, la morale (intesa fino a comprendere considerazioni di *public policy* e di «completezza della dottrina»). Al riguardo, si vedano le puntuali

Si avrà modo di tornare nel prosieguo della trattazione sulla questione delle fonti e della loro gerarchia; per il momento, occorre presentare brevemente le principali teorie che, a vario titolo, descrivono i giudici quali semplici 'portavoce' del diritto, negando loro qualsivoglia funzione creativa, ed esporre, altrettanto concisamente, le principali critiche che Gray muove ad esse.

Secondo Gray, sono soprattutto tre le teorie che si segnalano per la loro autorevolezza all'attenzione degli *accurate thinkers*¹¹⁹.

La prima di esse è, appunto, la tesi di Austin secondo la quale il diritto consiste nei comandi del sovrano, siano tali comandi emessi direttamente dal monarca (o dal *sovereign body*, comunque composto) esercitando la funzione legislativa, siano essi emessi invece indirettamente, per il tramite di un singolo individuo o di un corpo collettivo, nell'esercizio della *judicial legislation*¹²⁰.

notazioni di Postema: «In contrast with Holmes, Gray used “morality” broadly to include public policy and matters of social justice as well as considerations tied to the internal integrity (“harmony”) of doctrine (ibid., 303) and he had in mind morality proper, what Hart and others later call “critical morality” or “morality of conviction,” rather than conventional morality or customs of a community. Courts often decide in accord with community custom, he held, but they do so because the community thinks the customary ways are morally right and the courts agree». (Postema 2011: 86).

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem. Gray sta qui nuovamente citando direttamente da *The Province of Jurisprudence Determined*.

Ebbene, osserva Gray, si può senz'altro convenire con tale tesi, a patto di intenderla nel senso (estremamente lato e assai poco illuminante) secondo cui tutto ciò che lo Stato¹²¹ non vieta ai giudici di compiere, e che essi compiono di fatto, costituisce comando (tacito) dello Stato¹²².

Tuttavia, affermare che qualcuno ha comandato di fare qualcosa sulla sola base del fatto che egli ha il potere (nel caso in questione, non esercitato) di vietare quella stessa cosa equivale, nota Gray¹²³, ad adottare un modo alquanto tortuoso e forzato di esprimersi. Per analizzare la situazione di un qualsivoglia *agent, servant or official* in relazione ad una materia rispetto alla quale non abbia ricevuto alcun ordine esplicito dal suo superiore, Gray ricorre ad un esempio extra-giuridico ed alquanto colloquiale¹²⁴. Supponiamo che il facoltoso Mr. A.B. assuma il noto architetto Y.Z., affidandogli l'incarico di edificare una casa e lasciandogli altresì ampia discrezionalità circa i dettagli dell'operazione.

Nell'eseguire tale consegna, Y.Z. si trova a dover costruire anche una scala; ebbene, nel realizzare in un determinato modo tale elemento architettonico, l'architetto avrà in mente non già direttamente le opinioni di Mr. A. B. in

¹²¹ Fedele alla terminologia proposta, come si è visto, nella prima parte di *Nature and Sources*, Gray ritiene infatti più accurato parlare di «Stato» anziché di «Sovrano».

¹²² Gray 1921: 46.

¹²³ *Ibidem*. Come rileva opportunamente Rumble 2013:277, Gray, nel formulare tali osservazioni, sta peraltro echeggiando le critiche mosse in tal senso ad Austin da Maine.

¹²⁴ Gray 1921: 46. Si veda, inoltre, Rumble 2013: 278.

materia di scale, ma una varietà di considerazioni che spaziano dalla sua esperienza professionale e dai dettami in proposito formulati nei manuali di costruzione alle soluzioni prevalentemente adottate dagli architetti per quel tipo di edifici e, più in generale, a scelte tecnico-stilistiche ed estetiche suggeritegli dalla sua competenza.

Fuor di architettonica metafora, il giudice, nel decidere un caso, in assenza di diretti comandi dello Stato, non specula (né ci si attende da lui che speculi) su ciò che potrebbe compiacere lo Stato, bensì è guidato da riflessioni che vertono su una gamma di interrogativi di diverso e peculiare tenore:

«What have other judges held? What does Ulpian or Lord Coke say about the matter? What decision does *elegantia juris* or sound morals require?»¹²⁵.

La specificità del ragionamento giuridico (e, segnatamente, giudiziale) gioca un ruolo fondamentale anche nelle critiche rivolte da Gray alla seconda delle teorie sopra menzionate, anch'essa legata ad un 'mostro sacro' della filosofia del diritto. È infatti a Savigny che, com'è noto, si deve la teoria secondo cui, nel decidere i casi, i giudici starebbero in realtà semplicemente applicando il diritto già preventivamente esistente nella «common consciousness of the people»¹²⁶, (o, secondo la celebre denominazione di

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Gray 1921: 47.

Savigny, *Volksgeist*). Come Gray non manca di rilevare, Savigny ha altresì cura di distinguere tale «coscienza comune» dalla «consuetudine»: se nella «coscienza comune» risiede il fondamento del diritto, nelle consuetudini sono invece ravvisabili le sue manifestazioni esteriori. Tramite la continua e costante adozione di una medesima linea di condotta nella pratica, è possibile riconoscere che *the belief of the people*¹²⁷, e non già il mero caso, ne costituisce la radice comune.

Peraltro, è proprio tale centralità assegnata alla *common consciousness* a porre un non trascurabile problema alla tesi di Savigny. Infatti, anche il suo discepolo più zelante non potrebbe riuscire a sottrarsi all'imbarazzante constatazione che «the great bulk of the Law»¹²⁸ è del tutto ignoto a quel popolo della cui «comune coscienza», pure, esso dovrebbe essere il prodotto.

A puro titolo di esempio, Gray propone la disciplina giuridica del *contract by mail*: secondo il diritto dello Stato del Massachusetts, tale contratto è completo soltanto quando la lettera di accettazione è stata ricevuta, mentre, secondo il diritto dello Stato di New York, il contratto è completo quando la lettera di accettazione è stata spedita. Applicando rigorosamente la tesi sopra enunciata, dovremmo forse concludere che, quantomeno in materia di *contract by mail*, la «coscienza comune» del popolo del Massachusetts è nettamente discorde con quella del popolo di New York? Più

¹²⁷ Gray 1921: 48.

¹²⁸ Ibidem.

prosaicamente, Gray constata che, in realtà, il fatto è che, in entrambi gli Stati in questione, non c'è una persona su cento che abbia *the dimmest notion*¹²⁹ al riguardo.

Tale difficoltà non è elusa da Savigny, che l'affronta precisando che, sebbene il diritto sia, nella sua origine, «the common property of the collected people»¹³⁰, tuttavia la complessità delle relazioni sociali è a tal punto cospicua e intricata che, di fatto, esso non può essere padroneggiato se non da una specifica classe del popolo, la quale, in tale specifico dominio, rappresenta pertanto l'intera collettività. Se i principi fondamentali del diritto riposano dunque nella «coscienza comune» del popolo, è al ceto dei giuristi che è affidata la sua esatta formulazione ed applicazione. Tuttavia, con buona pace di Savigny, tale posizione è insostenibile.

Sebbene, infatti, un lettore di un paese di *common law* potrebbe essere tentato di trovare non del tutto assurda l'idea dei giudici come coloro che danno compiuta espressione all'opinione del popolo, se ci si volge ai paesi di *civil law*, è più facile constatare che i giudici, nel formulare le loro decisioni in materie che giacciono *outside the statutes*, non concentrano certo le proprie riflessioni sulle opinioni giuridiche (posto che esse esistano e che possano essere accertate) degli altri membri della comunità:

«What they look to are the opinion of foreign lawyers, of Papinian, of Accursius, of Cujacius, or at *elegantia juris*.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem.

(...). It might be very desirable that the conceptions of the *Volksgeist* should be those of the most skillful of the community, but however desirable this might be, it is not the case. The *Volksgeist* carries a piece of sulphur in its waistcoat pocket to keep off rheumatism, and thinks that butchers cannot sit on juries»¹³¹.

A dispetto dell'eterogeneità delle due proposte, la teoria di Austin e quella di Savigny finiscono dunque con l'incorrere in difficoltà analoghe: entrambe misconoscono la creatività giudiziale e, più in generale, entrambe offrono una rappresentazione inadeguata della decisione giudiziale nella sua relazione con il complesso del ragionamento e della pratica dei giuristi.

Come ha appropriatamente sottolineato Siegel, del resto, l'enfasi posta da Gray sulla rilevanza di uno studio articolato e approfondito del ragionamento dei giudici e dei giuristi in genere per una scienza giuridica degna di tale denominazione è forse l'elemento di maggior distanza dell'autore di *Nature and Sources* dall'impostazione teorica di Langdell¹³². Membri di un corpo (quello dei giuristi)

¹³¹ Gray 1921: 49.

¹³² Siegel 2001: 1533. Particolarmente eloquente è, al riguardo, il seguente estratto da una lettera di Gray a Charles Eliot del gennaio 1883, che Siegel ivi riporta più estesamente: «the opinions of judges and lawyers as to what the law is, are the law, and it is in any true sense of the word as unscientific to turn from them, as Mr. Langdell does, with contempt because they are “low and unscientific”, as for a scientific man to decline to take cognizance of oxygen or gravita-

caratterizzato da una formazione tecnica altamente specializzata che ne struttura profondamente la *forma mentis* e lo stile argomentativo, i giudici affrontano i casi che sono chiamati a decidere con un peculiare bagaglio tecnico-dottrinale, da cui le loro decisioni sono indirizzate e significativamente condizionate¹³³.

Le considerazioni sin qui esposte possono fungere da utile introduzione alla discussione dell'ultima delle tre teorie prese in considerazione da Gray, quella a cui l'autore di *Nature and Sources* dedica maggiori e più impietosamente meticolose attenzioni critiche. Anche la teoria in questione presenta i giudici come «the discoverers, not the creators of the Law»¹³⁴ e, a ben guardare, più che costituire una teoria del tutto autonoma, rappresenta una variante (o, meglio, una filiazione) della teoria di Savigny.

tion because it was low or unscientific. Whether they be low or not, they are the basis of legal science».

¹³³ Come si vedrà nel capitolo successivo, fra i realisti, il più diretto erede e continuatore di tali considerazioni di Gray è forse Felix S. Cohen, che polemizzerà con quegli autori (come Frank e Hutcheson) che, a suo parere, esaltavano eccessivamente l'elemento idiosincratico e la chiave di lettura «psicologista» della decisione giudiziale. Ciò, beninteso, non significa che Gray disconoscesse l'importanza della variabile «individuale» rappresentata dal temperamento, dalle peculiari convinzioni e dalla peculiare *forma mentis* del singolo giudice nella determinazione della decisione giudiziale. Per apprezzare in tutta la sua complessità la posizione di Gray al riguardo, tuttavia, occorre rimandarne il più approfondito esame al paragrafo relativo alla teoria dell'interpretazione elaborata in *Nature and Sources*.

¹³⁴ Gray 1921: 49.

L'autore a cui Gray la associa è infatti James Coolidge Carter, fra i più significativi rappresentanti della Scuola Storica in terra statunitense¹³⁵.

Implacabile avversario della codificazione¹³⁶, Carter sosteneva che, nel decidere i casi, i giudici si limitavano a «dichiarare» il diritto già esistente, diritto da essi ricercato e, appunto, «scoperto» o direttamente nelle consuetudini, negli usi e nelle pratiche della comunità¹³⁷ o nei precedenti giudiziari, ovvero norme precedentemente dichiarate e applicate dai giudici come risultato di ricerche di analogo tenore¹³⁸. In accesa polemica con i sostenitori della codificazione quale argine alla discrezionalità giudiziale, Carter

¹³⁵ Grossman 2007: 156. A ulteriore riprova della sua influenza, è utile rilevare che Carter è il bersaglio polemico più ricorrentemente discusso da Gray in *Nature and Sources*.

¹³⁶ «During the 1880s, Carter's name became almost synonymous with the anticodification position» (Grossman 2007: 156). Peraltro, come giustamente segnala Rumble 2013: 279-280, pur con tutta la sua ammirazione per Austin, anche lo stesso Gray non nutriva particolare simpatia per le «cast-iron classification and definitions» che costituivano «il great disadvantage» di un «written code» (Gray 1921: 2).

¹³⁷ Grossman 2007: 157.

¹³⁸ Ibidem. Peraltro, nella prospettiva di Carter, anche la legislazione (che giocava, beninteso, un ruolo solamente ancillare nello sviluppo del *common law*) si rivela, ad un esame filosoficamente avveduto, attività più dichiarativa che non propriamente creativa: anche la legislazione, infatti, consiste in ultima analisi, nell'affiggere «the public mark and authentication upon customs and rules already existing, or struggling into existence, in the habits of the people». (J.C. Carter, *The Ideal and the Actual in the Law* (1890), citato in Gray 1921: 128).

non soltanto aveva indicato nelle consuetudini¹³⁹ le basi oggettive e non discrezionali¹⁴⁰ delle decisioni giudiziali ma, spingendosi oltre lo stesso Savigny, aveva altresì asserito la loro universalità e uniformità¹⁴¹, in virtù delle quali ogni membro della comunità (giurista, giudice o privato cittadino che fosse) avrebbe potuto determinare la singola, corretta decisione per un qualsivoglia caso giuridico.

Come si diceva, nei confronti del principale e più originale esportatore delle idee di Savigny e Puchta, Gray non risparmia la sua sferzante acribia austiniana, esercitandola nei confronti delle (a suo avviso numerose) *windbags* che

¹³⁹ Definite da Carter nei seguenti termini: « Customs (...) being common modes of action, are the unerring evidence of common thought and belief, and as they are the joint product of the thoughts of all, each one has his own share in forming them. In the enforcement of a rule thus formed no one can complain, for it is the only rule which can be framed which gives equal expression to the voice of each» (J.C. Carter, *The Law: its Origin, Growth and Functions*, 1907, citato in Grossman 2007: 158).

¹⁴⁰ Grossman 2007:157.

¹⁴¹ A parere di Carter, nella nozione stessa di consuetudine è infatti implicita l'uniformità, l'universalità e il carattere di «national standard of justice» (Grossman 2007: 158). Naturalmente, Carter non negava che esistessero variazioni individuali nella condotta, ma sosteneva che nella società statunitense fosse ravvisabile una marcata tendenza verso l'uniforme, universale adozione di norme di condotta basate su *fair dealing and cooperative self-restraint* (Grossman 2013: 159). Per la stessa ragione, Carter era fortemente restio ad interpretare le controversie fra le parti in termini di consuetudini confliggenti, preferendo parlare di errori nel ricavare la norma da una particolare consuetudine, se non direttamente di *bad practices* in contrapposizione alle genuine consuetudini «universali».

contraddistinguevano la teoria dei «judges as discoverers of the law».

In primo luogo, la nozione di norme preesistenti la loro dichiarazione, celate nelle pieghe del *common law* in paziente attesa di essere scoperte dai giudici, è, agli occhi di Gray, connotata da un'assurdità che diviene lampante non appena si introduca nel discorso il fattore temporale:

«What was the Law in the time of Richard Coeur de Lion on the liability of a telegraph company to the person to whom a message was sent?»¹⁴².

Né Mr. Carter potrebbe sfuggire al quesito asserendo che la tesi della preesistenza del diritto alla sua dichiarazione può senza problemi contemplare la concessione che il diritto relativo agli impieghi di una particolare *natural force* (nel caso specifico, l'elettromagnetismo) non può preesistere alla scoperta di tale forza, giacché anche a scegliere esempi più consoni ad uno scenario medievale, la difficoltà permane:

«Let us take, then, a transaction that might have occurred in the eleventh century: a sale of chattels, a sending to the vendee, his insolvency, and an order by the vendor to the carrier not to deliver. What was the Law on stoppage *in transitu* in the time of William the Conqueror?»¹⁴³.

¹⁴² Gray 1921: 52.

¹⁴³ Ibidem.

Del resto, le difficoltà connesse con la credenza nella tesi della preesistenza del diritto sono evidenti anche limitandosi a prendere in considerazione fenomeni meno remoti, come, ad esempio, l'*overruling*. Nel 1849, la Corte Suprema dello Stato del Massachusetts, in una (curiosa) decisione, aveva stabilito che il proprietario di una scuderia non aveva il diritto di citare in giudizio per la restituzione del cavallo noleggiato nel giorno di domenica da un cliente che, avendo affittato l'animale, si era diretto in una località diversa da quella pattuita con il proprietario¹⁴⁴. Nel 1871, tuttavia, un'altra decisione della medesima corte aveva annullato la decisione del 1849 e stabilì che, anche nelle condizioni sopra richiamate, gli stallieri avessero il diritto di citare in giudizio i clienti inadempienti.

Ebbene, Gray si chiede se, alla luce della teoria di Carter, gli stallieri possedessero o meno tale diritto in un periodo precedente ad entrambe tali pronunce, ad esempio nel 1845. Se essi lo possedevano, se, cioè, tale diritto preesisteva la pronuncia in merito, allora dovremo concludere che il tribunale del 1849 non ha scoperto il diritto preesistente. Se, invece, non lo possedevano, a non scoprire il diritto preesistente è stato il tribunale del 1871.

Il punto, osserva Gray, è che la tenacia con la quale svariati autori (e, non ultimo, il valente Mr. Carter) avevano sostenuto l'insostenibile tesi della preesistenza del diritto e dell'attività meramente cognitivo-dichiarativa dei

¹⁴⁴ Ibidem.

giudici era la (peraltro comprensibile) riluttanza ad ammettere che, con il consenso dello Stato, i tribunali, nel dirimere le controversie e nel risolvere i casi, applicano costantemente *rules* che non facevano parte del diritto e che, dunque, non potevano essere note alle parti prima della loro applicazione. Tale riluttanza, osserva Gray, è perfettamente comprensibile, giacché ammettere il carattere *ex post facto* di tali norme sembra equivalere al riconoscimento del carattere totalmente arbitrario del diritto.

Tuttavia, tali timori sono irragionevoli e derivano dalla mancata comprensione della complessità dei sistemi giuridici propri delle società di mercato: in tale contesto, infatti, pressoché ogni transazione, dal matrimonio alla fondazione di una *partnership*, dall'acquisto di un appezzamento di terra alla stipula di un qualsiasi tipo di contratto, è governata da un quadro normativo estremamente ramificato e complesso, del quale gli individui, con buona pace delle tesi di Carter, non possono che avere nozioni estremamente vaghe.

Del resto, non può essere altrimenti, in società caratterizzate da un intreccio dinamico di attività, relazioni e transazioni. Se un individuo dovesse rimandare la stipula di un contratto o la realizzazione di un atto fino all'esatta e dettagliata comprensione di tutte le possibili implicazioni e conseguenze giuridiche comportate da tale operazione, il contratto o l'atto in questione non verrebbero con tutta probabilità mai stipulati¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Gray 1921: 53. Sia pure senza voler indulgere in disinvolti eserci-

Anche per questa ragione, risulta decisamente inadeguata la rappresentazione del giudice come mero «scopritore e dichiaratore» del diritto: la funzione del giudice sembra essere, semmai, quella di preservare l'ordine delle transazioni socio-economiche decidendo le controversie.

Anche a tale riguardo, come già nel caso dei *real rulers*, Gray sembra introdurre di sfuggita e, per così dire, di soppiatto considerazioni nient'affatto banali circa il ruolo del giudice come *balancer* costantemente impegnato a mediare fra la necessità di preservare l'uniformità e la prevedibilità delle decisioni giudiziali, da un lato, e la necessità di consentire l'esplicitarsi delle attività socio-economiche, dall'altro¹⁴⁶. In tal senso, quando si trova a dover risolvere una controver-

zi di comparazione fra Gray e i realisti in senso proprio, e fatte salve le cautele di cui alla nota seguente, è tuttavia interessante accostare le considerazioni qui richiamate ad un passo di Llewellyn: «But there is another and more important why we cannot “observe” the law: we do not know what the law is. How can we? We commonly train a man for three years before we let him begin to claim that he can find out what it is. We pension a whole profession to tell us what it is, when any of us by accident needs to know. Even as to things of daily life we do not know. What is larceny? [...] You do not know, and neither do I; and what would be the difference if we did? We live adequately without knowing». Llewellyn 1962: 401.

¹⁴⁶ Con ciò, beninteso, non si vuole in alcun modo attribuire a Gray un'enfasi «llewellyniana» sulla fluidità del diritto: come si è visto, infatti, sebbene *Nature and Sources* (Gray 1921: 1) si apra con la constatazione che «legal categories are constantly changing», l'autore si affretta subito a precisare che «their change is often exceedingly slow, and many of them go back as far as we have a clear knowledge of human affairs, and show to our eyes no signs of decay».

sia relativo ad una questione che non è mai stata preventivamente decisa (situazione, rileva Gray, di incidenza assai più frequente di quanto i non addetti al lavoro giuridico tendano a pensare), il giudice deve decidere comunque.

E, dal momento che la sua decisione non può fondarsi (cioè, non può giuridicamente giustificarsi) *on whim*, ma soltanto *on principle*¹⁴⁷, il giudice, facendo ricorso al complesso delle tecniche, delle costruzioni dogmatico-dottrinarie e, insomma, degli elementi che costituiscono la sua *forma mentis* di professionista addestrato da una pratica altamente strutturata e specializzata, deciderà formulando una norma che, essendo accettata e recepita dagli altri tribunali, fornirà la base per future decisioni.

Tuttavia, se, a dispetto delle considerazioni sin qui esposte e dei problemi sin qui rilevati, si decide di seguire ugualmente Carter sulla sua linea teorica e di prendere sul serio la metafora del giudice *as a discoverer*, si approda ad una analogia fra l'attività giudiziale e la ricerca scientifica, la cui validità e pertinenza occorrerà saggiare attentamente.

Nell'analogia implicitamente suggerita da Carter, il giudice, nel suo ambito, sarebbe impegnato in una ricerca del tutto assimilabile a quella compiuta, per scegliere un esempio illustre, da Isaac Newton nel campo della fisica.

Come il buon Sir Isaac, anche il giudice è impegnato in un accertamento empirico, nel quale può certamente commettere errori ma in cui, tuttavia, se i suoi calcoli sono corretti, perverrà a scoprire la verità.

¹⁴⁷ Gray 1921: 53.

Sfortunatamente, nota Gray, c'è però un punto oltre il quale l'analogia fra l'attività del giudice e quella dello scienziato viene (alquanto bruscamente) meno. Se infatti, tradito per una volta dalle sue equazioni, Sir Isaac sbagliasse a calcolare l'orbita della Terra, non per questo il pianeta si ritroverebbe a vorticare attorno al Sole ad aumentata velocità. Viceversa, anche ammettendo l'esistenza di eterne verità giuridiche sepolte nei più intimi recessi del *common law*, qualora il giudice interpretasse erroneamente tali principi e decidesse un caso elaborando una norma difforme da essi, tale norma sarebbe, nondimeno, diritto, e produrrebbe gli effetti giuridici suoi propri:

«The planet can safely neglect sir Isaac Newton, but the inhabitants thereof have got to obey the assumed pernicious and immoral rules which the courts are laying down, or they will be handed over by the sheriff»¹⁴⁸.

Il fatto è che, mentre i corpi celesti, dopo le ricerche di Tolomeo, Copernico e Newton, hanno continuato ad essere soggetti alle medesime leggi che ne regolavano il moto precedentemente ad esse, il popolo inglese, dopo i tempi di Lord Mansfield, non ha continuato ad essere governato dal medesimo diritto che ne regolava la condotta in precedenza¹⁴⁹. Le decisioni di Mansfield e l'influenza delle dottrine da lui elaborate hanno reso il diritto inglese assai diverso

¹⁴⁸ Gray 1921: 53-54.

¹⁴⁹ Gray 1921: 123.

da com'era in precedenza, nonché assai diverso da come sarebbe stato se Mansfield fosse stato dotato di diverso *cast of mind*¹⁵⁰.

E, venendo al diritto costituzionale degli Stati Uniti,

« suppose Chief Justice Marshall had been an ardent Democrat (or Republican, as it was called) as he was a Federalist. Suppose, instead of hating Thomas Jefferson and loving the United States Bank, he had hated the United States Bank and loved Thomas Jefferson – how different would be the law under which we are living today»¹⁵¹.

Il punto sfuggito all'attenzione dei fautori¹⁵² dell'analogia fra diritto e scienze naturali, insomma, è che le leggi di natura (oggetto delle scienze naturali) sono indipendenti

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Ibidem. Il riferimento, qui, è naturalmente al celeberrimo caso *Marbury v. Madison* (1803).

¹⁵² Gray polemizza, in particolare, con Hammond (Gray 1921: 122-123), curatore delle opere di Blackstone ed indefesso apologeta del giurista britannico. Negando la creazione giudiziale di diritto, Hammond aveva sostenuto che coloro che la affermavano incorrevano in una pernicioso confusione, che l'analogia con le scienze poteva contribuire a dissipare. Discipline scientifiche come, appunto, la fisica o la astronomia, conoscevano uno sviluppo storico, contrassegnato dalle scoperte che, succedendosi nel tempo, avevano gradatamente permesso agli scienziati di formulare le leggi relative. Ebbene, ritenendo evidentemente di vibrare un colpo fatale ai sostenitori della tesi della creazione giudiziale di diritto, Hammond concludeva che gli assertori di tale tesi commettevano lo stesso errore di chi avesse confuso lo scopritore di una verità scientifica con il suo creatore.

dall'opinione umana, mentre il diritto è opinione umana, e, in particolare, opinione di quel peculiare (e peculiarmente addestrato) gruppo di esseri umani che sono giudici e giuristi in genere.

2.3.1. *Justices and Umpires:*
una analogia pertinente?

L'esame delle considerazioni di Gray circa l'infondatezza della analogia fra l'operato del giudice e quello dello scienziato può costituire un'utile introduzione per valutare un'altra e non meno celebre analogia, quella fra il giudice e l'arbitro. È infatti Postema ad evocare l'immagine, di notoria derivazione hartiana, dell'arbitro, nell'intento di illustrare la «tesi del carattere definitivo della decisione» che Gray avrebbe formulato, individuando al tempo stesso le essenziali difficoltà in cui tale tesi fatalmente incorrerebbe¹⁵³.

¹⁵³ «(...) equally important is Gray's observation that courts, like officials on a football field, have the final say. What struck him and a generation of American legal theorists after him was the fact that, even if a court's decision is mistaken (as judged by our understanding of the law at the time), the decision is no less authoritative. It binds the parties and others through its precedent-setting power. (...). It is now widely believed that Gray's argument rests on a mistaken notion of final authority. The defects of this notion are clear from the above allusion to the football official. H.L.A. Hart argued, for example, that the above argument confuses finality of a decision with infallibility [...] but that is not quite right. Gray would not claim that the official got it right and could not get it wrong, simply in virtue of having decided in the way he did; rather, he argued

Prima di procedere ad esaminare l'ammissibilità e la pertinenza dell'analogia fra il giudice e l'arbitro (quantomeno, nella prospettiva di Gray), nonché fra il diritto e un gioco come il *football*, qualche precisazione si impone, tuttavia, circa l'esatta fisionomia delle tesi di Gray.

Infatti, si ricercerebbe invano, nelle pagine di *Nature and Sources*, la tesi secondo cui «il carattere finale della decisione comporta il fatto che essa sia autoritativa a tutti i fini giuridici». In realtà, il testo sembra consegnarci, al riguardo, una visione invero più articolata e complessa, certamente non priva di difficoltà e aspetti problematici ma, in ogni caso, non riducibile a *slogan* tanto sommari.

Gray, ad esempio, non ha difficoltà a riconoscere l'esistenza di decisioni idiosincratiche che, come tali, non

that finality *makes it right*. The problem is not that Gray confused finality with infallibility, but rather, that the finality of a decision for certain purposes in law does not entail that it is authoritative for all legal purposes. (...) This implies that finality itself depends on standards or rules existing apart from the decisions. This is clearly true in the case of the football official's decision. Players and fans may accept that, for purposes of allowing the game to go on, they must accept the decisions of the official as final, but still hold the officials to making their final decisions according to the rules of football, rules that players, fans, and officials must grasp and understand that the others grasp. Without this grasp of common rules by all the parties to this extended interaction, the game could not be played. If, on the other hand, all parties were to regard football official decisions as final in the way Gray understood finality, they could no longer assume that the game being played was football. It would be, as Hart argued, a different game—"scorer's discretion". » (cfr. Postema 2011: 87-88).

vengono recepite fra le *rules generally followed*¹⁵⁴ dai tribunali e che, dunque, (pur vincolando, naturalmente, le parti), non costituiscono, propriamente, il diritto dello Stato cui il tribunale appartiene. Paradigmatica, in tal senso, l'alquanto pittoresca decisione di un tribunale del Massachusetts in virtù della quale un pagamento effettuato la domenica non costituiva estinzione del debito: una siffatta *rule*, nota Gray, non è mai stata «the Law of Massachusetts»¹⁵⁵ e, dunque, con buona pace di Postema, non ha per nulla avuto carattere «authoritative to all legal purposes».

Il punto, rimarca Gray, è che occorre prendere in considerazione «the whole Law»¹⁵⁶, e non già il singolo elemento (*statute* o decisione che sia). Si consideri, ad esempio, il caso ipotetico¹⁵⁷ di un testo normativo, emanato dal legislativo di un qualsivoglia Stato dell'Unione, che proibisca la vendita del vino, pena una multa o la reclusione, e che i tribunali dello Stato interpretino ed applichino il testo con il massimo rigore.

Si supponga, inoltre, che il provvedimento in questione sia però a tal punto invisibile alla popolazione che le giurie si rifiutino di riconoscere colpevoli i trasgressori, pur se colti *in flagrante*. Ebbene, dal momento che uno degli elementi essenziali previsti dal diritto (il verdetto di

¹⁵⁴ Gray 1921: 63.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Gray 1921: 56.

¹⁵⁷ Ibidem.

colpevolezza di una giuria) viene a mancare, il fatto che i tribunali abbiano applicato la norma ricavata dalla fonte legislativa nulla vale, *for all legal purposes*.

Si potrebbe obiettare che gli esempi sin qui addotti eludono però il nocciolo dell'obiezione di Postema, ovvero se la tesi della «final authority» implichi che i tribunali (e, in particolare, i tribunali supremi) sono investiti di un *absolute power*¹⁵⁸.

Ebbene, proprio al cruciale problema dei «limits of judicial powers», Gray dedica un'apposita riflessione¹⁵⁹, tanto concisa quanto densa di intricate questioni teoriche.

A parere di Gray, la rappresentazione dei giudici quali *creators of the Law* non comporta in alcun modo che essi possano «lay down rules for their bare pleasure or

¹⁵⁸ Come si chiede lo stesso Gray (cfr. Gray 1921: 65).

¹⁵⁹ Gray 1921: 65-66, ma si veda altresì l'importante paragrafo successivo (Gray 1921: 66-67), «Indications of the Sources of the Law». Peraltro, il paragrafo alle pp. 65-66 (dal titolo «limits of the judicial power») si apre con un passo che, curiosamente, è spesso citato (in modo del tutto decontestualizzato) per attribuire a Gray tesi del tutto incompatibili con, se non direttamente contrarie a, quelle ivi sostenute: «Thus far we have seen that the Law is made up of the rules for decision which courts lay down; that all such rules are Law; that rules for conduct which courts do not apply are not Law; that the fact that the courts apply rules is what makes them Law; that there is no mysterious entity "The Law" apart from these rules; and that the judges are rather the creators than the discoverers of the Law» (Ibidem, p. 65). Anche se, appunto, fin troppo spesso si suole interrompere qui la citazione, in realtà segue a tale passo l'interrogativo: «Is the power of the judges, then, absolute?», a cui il paragrafo è teso a fornire una risposta.

whim»¹⁶⁰. Infatti, i giudici, organi dello Stato, posseggono solo quei poteri che l'organizzazione dello Stato assegna loro, e, come si è visto nel primo paragrafo, lo Stato è, in ultima analisi, un *device* creato dai *real rulers* per perseguire fini di svariata natura¹⁶¹.

Oltreché creandoli quali organi dello Stato, i *real rulers* esercitano il loro controllo sui giudici fissando limiti al loro operato, limiti che consistono, in primo luogo, nell'indicazione (autoritativa) delle fonti da cui essi possono ricavare le norme che applicano¹⁶². Sebbene tali fonti siano definite, per la maggior parte, in modo assai vago e *in a general way*¹⁶³, c'è, tuttavia, almeno un criterio chiaro e preciso. Lo Stato richiede infatti che gli atti prodotti dal proprio organo legislativo vincolino i tribunali e siano gerarchicamente superiori alle altre fonti¹⁶⁴. Subordinatamente a tale fonte primaria, vi sono poi altre quattro fonti, presumibilmente (ma è un punto su cui si avrà modo di tornare ne paragrafo conclusivo) ordinate secondo un criterio gerarchico: i precedenti giudiziari, le

¹⁶⁰ Gray 1921: 65.

¹⁶¹ Si rammenti il passo già precedentemente citato: «To satisfy their social instincts or desires, to accomplish objects which they could not singly achieve, these ruling spirits make this abstraction and personify it. In no other way could a body so changing, so indeterminate, effect their object» (Gray 1921: 37).

¹⁶² Gray 1921: 66.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem. Gray precisa che tale requisito rappresenta una *necessary consequence* della nozione stessa di una comunità organizzata.

opinioni della dottrina, le consuetudini e i principi della morale (estesi, come già ricordato, fino a ricomprendere la *public policy*¹⁶⁵).

Lo Stato affida ai giudici il compito di interpretare i testi normativi, identificare i precedenti, selezionare le opinioni della dottrina, vagliare le consuetudini e la morale estraendone ed applicandone norme; peraltro, in ogni comunità, esistono limiti, non precisamente definiti, alla discrezionalità dei giudici nel compulsare tali fonti:

«Take, for instance, a country where the English Common Law has prevailed. If a court in such a country should, in matters not governed by statute, absolutely refuse to follow any judicial precedents, it is not likely that the rulers of the country would recognize the doctrine of that court as Law; or, if a court should frame a rule based upon the principle that infanticide was not immoral, that rule would not be the Law»¹⁶⁶.

Nelle *less important matters*, la determinazione di tali questioni è affidata all'organo giudiziario stesso: la stravagante decisione del tribunale del Massachusetts (che costituisce, probabilmente, un buon esempio di indebito impiego della fonte morale) verrà semplicemente neutralizzata mediante il rifiuto dei tribunali di recepirla.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Gray 1921: 66-67.

Resta, tuttavia, da stabilire il criterio mediante il quale stabilire quando, nelle *most vital matters*, una norma posta dai tribunali non deve essere ritenuta parte del diritto, sia perché è incompatibile con l'organizzazione dello Stato stabilita dai *real rulers*, sia perché eccede la competenza dei tribunali fissata dai medesimi *rulers*. Tale criterio è ravvisato da Gray nelle «opinions of the members of the community to that effect»¹⁶⁷, precisando però subito dopo che, sfortunatamente, non è disponibile alcuna regola generale e definita, valida in tutti casi, per discernere quando tali opinioni sono così universali e vigorose da poter essere intese come il giudizio dei *real rulers* e quando, invece, sebbene significativamente disattesa, la norma emanata dai tribunali sia comunque da considerarsi diritto.

Gray, insomma, sembra ritenere che, così come quella del sovrano, anche la questione dei limiti del potere giudiziale tocchi le «frontiere politiche della *jurisprudence*»¹⁶⁸: il criterio per stabilire se, a dispetto degli augusti mal di pancia di Thomas Jefferson, *Marbury v. Madison* (e la conseguente istituzione della *judicial review*) è diritto, e non un odioso arbitrio giudiziale, risiede, in ultima analisi, nell'opinione della comunità¹⁶⁹. Anche a tale riguardo,

¹⁶⁷ Gray 1921: 66.

¹⁶⁸ Per riprendere l'efficace espressione di MacCormick 1981:985.

¹⁶⁹ Anche fare riferimento ad una Costituzione che definisca l'organizzazione e i poteri degli *ordinary legislative bodies* è, per Gray, un mero differimento del problema. Infatti, le questioni preliminari alla

peraltro, è interessante notare che, nelle opere dei realisti giuridici americani, non mancheranno osservazioni analoghe a quelle formulate da Gray¹⁷⁰.

Certo, come si diceva, la trattazione di Gray non è esente da oscurità e aspetti problematici: fra tutti, la labilità della distinzione fra *less important* e *vital matters* e l'oscillazione¹⁷¹ (mai del tutto risolta) tra la caratterizzazione 'volontaristica' dei *real rulers* (rappresentati talvolta alla stregua di individui dotati di fini e obiettivi che perseguono deliberatamente, imponendosi sul resto della società)

stesura della costituzione (quali, per limitarsi ad un solo esempio, le modalità di designazione dei rappresentanti fra i quali scegliere i *framers* della Costituzione medesima) sono pur sempre decise dagli stessi *real rulers* qui evidentemente intesi nella concezione 'volontaristica'. Se il celebre elefante del mito, dunque, poteva accontentarsi di poggiare sul guscio della tartaruga senza ulteriori indagini – chiosa Gray –, in siffatte questioni è invece ineludibile risalire ai voleri «of those who rule the society» (cfr. Gray 1921: 66).

¹⁷⁰ Si veda, a tal proposito, il seguente passo di Radin 1948: 170: «When we speak of public opinion as a powerful restraining force, it is clearly a public opinion that has a legal way of expressing itself in a democracy in which so many of the most important offices are held by popular election. If it is not the judge himself who must seek reelection, it is the members of the body that could be constituted as a court [of impeachment] against him. But it is almost never necessary to set such a reserve machinery in motion or to threaten it. Even in the case of judges like those of the federal courts who hold office for life, the consciousness that a strong public opinion may charge them with willfully or partisanly setting statutes aside on a ill-founded assertion of unconstitutionality is a quiet sufficient control».

¹⁷¹ Acutamente, sebbene forse troppo concisamente, rilevata da MacCormick 1981: 985.

e quella 'struttural-funzionalista', in cui la loro azione è, almeno in parte, inconsapevole. *Last but not least*, nella sua trattazione della fondamentale questione dei limiti del potere giudiziale, Gray sembra riaprire le porte della *jurisprudence* a quelle considerazioni socio-politiche a cui pure, come si è visto, aveva negato cittadinanza nella sua trattazione dello Stato e dei *real rulers*.

Quali che siano le difficoltà e i problemi della sua proposta, tuttavia, sembra chiaro che, in ogni caso, non si tratti di quelle ascrittegli da Postema. Al riguardo, è ora possibile rilevare, infatti, che l'analogia fra il giudice e l'arbitro si rivela alquanto fuorviante¹⁷², tanto nel dar conto delle tesi di Gray che nel criticarle.

Infatti, nella prospettiva di Gray, l'analogia tra il giudice e l'arbitro appare poco pertinente. Gli arbitri, infatti, non hanno il potere di formulare precedenti vincolanti né, tantomeno, quello (che, come si è visto, nell'analisi di Gray lo Stato attribuisce invece ai giudici)

¹⁷² Sul punto, si vedano anche le utili osservazioni di Green 2013: 1-2 (che Gray, sulla base di quanto sin qui ricostruito, potrebbe senz'altro sottoscrivere pienamente): «It's worth mentioning, however, that Hart's umpire argument is not quite as strong as it first appears, for it ignores the true extent of judicial supremacy (in the United States at least). It is not just true that a concrete judgment (for example, that Jones is liable to Smith for \$100,000) must be enforced by officials even if the judge who issued the judgment misapplied the law. In addition, the judge's interpretation of the law is often binding upon other officials beyond the case in which the interpretation was made. Umpires do not issue binding interpretations of the rules of baseball».

di *costruire*, nei casi in cui i testi normativi e precedenti non offrono basi per la decisione, norme sulla base di opinioni della dottrina, consuetudini e *public policy*. Nessun arbitro, inoltre, potrebbe compiere una (parziale) riformulazione delle regole del gioco analogo a quelle compiute, per limitarsi a menzionare esempi di Gray, da Lord Mansfield o, ancor più significativamente, dal *Chief Justice Marshall*.

Ma, se l'accostamento fra il giudice e l'arbitro oscura assai più che chiarificare, è perché, in realtà, il diritto è, nella prospettiva di Gray, un gioco la cui complessità è irriducibile al *football* o al *cricket*¹⁷³. Basti pensare alla

¹⁷³ Particolarmente opportune, a tale riguardo, le osservazioni di Terrell 2012: 86-87: «[...] This country's political "game" included "scorers" from the very beginning—not for the purpose of imposing themselves on the game and transforming it as they pleased, but to be part and parcel of the action that would become modern life. The more challenging this game would become, the more important a thoughtful, sophisticated "scorer" would be to it. In the absence of this scorer, the game would be diminished, and its athletes (lawyers and the legal system) underappreciated. This means, then, that judges, properly understood in their most fundamental political sense, are not simply observers of "balls and strikes." They are instead essential to the existence of balls and strikes in the first place. The key proposition is therefore this: Judges do not exist as a part of modern political life to make the "easy" calls that make the sandlot game a bit more efficient and (perhaps) fun and satisfying; they exist to make the frequent "hard" calls that our circumstances now demand for us to remain a viable civil community. The "players" in this "game" of civil life expect nothing less, for the game itself has been redefined by all of us to include the presence, and authority, of these "official scorers." [...] The only point here is that moral and political values are

pluralità degli attori determinanti (legislatori, giudici, *real rulers*, consociati), alla molteplicità delle fonti (e agli specifici problemi interpretativi che ciascuna di esse pone) e, appunto, ai poteri (dagli incerti confini) attribuiti ai giudici nell'estrarre norme¹⁷⁴.

Ma, se non è *football* o *cricket*, per Gray il diritto non è nemmeno *scorer's discretion*: l'operato dei giudici non è infatti assoluto, bensì soggetto a limiti e trova il proprio argine nelle *opinions of the members of the community*, anche se, diversamente da quanto riteneva Hart, non esiste un regolamento (perfettamente ed uniformemente noto ad arbitri, giocatori e pubblico) in cui individuarne con indefettibile precisione i confini.

unavoidably intertwined within every decision, even though those normative propositions can remain murky and in serious dispute within civil society.

¹⁷⁴ È interessante osservare che, fra i realisti, sarà Llewellyn a soffermarsi sulla metafora dell'arbitro e sui limiti della sua applicabilità in ambito giuridico, osservando che «the law official functions [...] somewhat like an umpire, but not wholly. [...] Like an umpire, [...], in this, that when acting he tries in the main, and in the main with some success, to insist that the rules of the game shall be abided with; in that he takes the rule of the game in the main not from his own inner consciousness, but from existing practice, and again in the main from authoritative sources (which in the case of the law are largely statutes and the decisions of the courts)». (Cfr. Llewellyn 2012: 21). È appena il caso di sottolineare che, nell'estrarre le «regole del gioco» dalle «fonti autoritative» in questione, *the law official* deve prendere tutta una complessa serie di decisioni attorno al significato di tali fonti, nonché ai canoni interpretativi da impiegare nella menzionata operazione esegetica.

2.4. *The words of Bishop Hoadly*

Elementi della teoria dell'interpretazione giuridica di Gray

Come si è visto, nella concezione di Gray, la fonte a cui i giudici sono prioritariamente vincolati è quella legislativa. Tuttavia, a dispetto del carattere a prima vista *precise and peremptory*¹⁷⁵ di tale comando statale, la fonte in questione (gli *statutes* prodotti dal legislatore) è, a ben vedere, altrettanto indefinita delle restanti fonti (precedenti giudiziali, opinioni della dottrina, consuetudini e morale/*public policy*) e, conseguentemente, i limiti del *power of interpretations* dei giudici riguardo ad essa altrettanto difficili da determinarsi.

Vale la pena, a parere di Gray, enfatizzare tali aspetti, giacché buona parte della dottrina si solleverebbe in armi contro la dichiarazione che i testi legislativi costituiscono mere (ancorché prioritarie) fonti del diritto, e non, invece, insieme di «rules to be applied by the courts directly»¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Gray 1921: 67.

¹⁷⁶ Gray 1921: 92. Reazioni consimili, peraltro, non sono confinate a parte degli studiosi coevi a Gray: anche in pagine più recenti e meno sospettabili capita infatti di imbattersi in malumori analoghi. Si veda, ad esempio, Twining 1985: «Gray drew a sharp distinction between law and sources of law, and advanced the strange theory that a statute is not “law” but only a source of the law». È piuttosto curioso che ad uno dei massimi studiosi dell'opera di Llewellyn lo scetticismo interpretativo appaia un'escogitazione tanto bizzarra.

Non ci sarebbe alcunché da obiettare a tale tesi, chiosa non senza malizia Gray¹⁷⁷, se solo i testi normativi si auto-interpretassero. Sfortunatamente per gli studiosi di cui sopra, però, è soltanto con il significato che i tribunali attribuiscono autoritativamente ad essi che i testi legislativi vengono applicati¹⁷⁸; ciò fa sì che, quantunque i testi legislativi siano le fonti di carattere *most stringent and precise*, pure, tanto nei paesi di *common* che in quelli di *civil law*, il potere dei giudici sopra di essi sia estremamente cospicuo.

Riprendendo ed enfatizzando considerazioni già formulate in proposito da Jhering¹⁷⁹, Gray sottolinea infatti che nemmeno la semplice «interpretazione *prima facie*» di un testo legislativo può definirsi un procedimento puramente meccanico ed automatico, nel quale il giudice è, per così dire, un recettore passivo del significato posto dal legislatore¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Gray 1921: 92.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Gray 1921: 92-93. A p. 93 Gray cita un eloquente passo da *Geist des römischen Rechts* (1865) di Jhering: «Only in an improper sense can we speak of a communication or transfer of thought; the thought itself is not transferred, but the word gives only the impulse and the possibility of a *like process of thought*, the reproduction of a like process spiritual movement in the mind of the hearer, as in that of the speaker (...). The means is complete, the other incomplete, but they *work* in the same way; neither gives the thought itself, however exact the expression of it may be; it gives only the invitation and the point of departure for it to *reconstruct* itself».

¹⁸⁰ Si compari tale tesi di Gray con quella formulata in Chiassoni 2019: 3: «Judicial and juristic interpretation of authoritative texts are reflective undertakings. From a psychological point of view,

Infatti, nell'attesa che spiritisti e altri *dealers in psychic forces* abbiano messo a punto qualche ritrovato atto al trasferimento diretto del pensiero, il 'volere' del corpo legislativo (un *artificial body*, peraltro, elemento che rende il compito di «trasferirne il pensiero» improbo finanche per i *most advanced ghost hunters*) deve di necessità essere affidato a sequenze di parole ed enunciati affidati alla carta. Ebbene, suggerisce Gray, vale la pena di soffermarsi con attenzione su ciò che accade quando il giudice, semplicemente, legge tali parole ed enunciati:

«A judge puts before himself the printed page of the statute book; it is mirrored in the retina of his eye and from this impression he has to reproduce the thought of the law-giving body. The process is far from being merely mechanical; it is obvious how the character of the judge and the cast of his mind must affect the operation, and what a different shape the thought when reproduced in the mind of the judge may have from that which it bore in the mind of the law-giver»¹⁸¹.

they typically belong to the reflective working of the mind, not to his automatic working. They are the outputs of so-called "System 2", not of so-called "System 1". Accordingly, so far as judicial interpretation of legal provisions is concerned, any view purporting to draw a line between mere understanding, which would be immediate, unreflective, and afoot in "easy cases", and interpretation proper, which would take place, instead, in case of doubt ("hard cases"), provides a misleading, impoverished, picture of the phenomenon».

¹⁸¹ Gray 1921: 93.

Character, cast of mind: se da un lato Gray insiste, come si ha avuto modo di osservare, sulle limitazioni e sui vincoli che strutturano e delimitano l'attività del giudice, dall'altro egli non manca, dunque, di porre l'accento sul peso determinante che le caratteristiche individuali dell'interprete (preferenze etico-politiche, appartenenze ideologiche, nonché, più in generale, *forma mentis* e temperamento) esercitano su di essa. Gray, beninteso, non è né Hutcheson né, tantomeno, Frank, per cui l'enfasi da lui posta sulla 'psicologia giudiziale' non autorizza certo frettolosi accostamenti delle sue tesi a quelle formulate da tali autori.

Tuttavia, è interessante rilevare come le teorie della decisione giudiziale e dell'interpretazione giuridica proposte da Gray siano abbastanza articolate e complesse da permettere a realisti tanto differenti fra loro quanto Cohen e, appunto, Frank, di poter individuare in essa un importante riferimento.

Proprio agli elementi soggettivi sopra richiamati, del resto, si deve il fatto che l'interpretazione giuridica sia qualificabile più come un'arte che come la scienza esatta cara ai teorici formalisti, dal momento che l'attribuzione di significato ai testi normativi ha più a che vedere con i peculiari *feelings* del giudice che non con l'esito di un processo di ragionamento esatto e perfettamente *foreknowable*¹⁸². Con ciò, naturalmente, Gray non intende negare che esistano canoni, regole e tecniche per l'interpretazione giuridica,

¹⁸² Gray 1921: 96.

bensì porre in evidenza i vasti spazi di discrezionalità lasciati a *opinion and judgment* dei tribunali¹⁸³.

Precisamente riguardo a tecniche, regole e canoni dell'interpretazione giuridica, Gray ha cura di sottolineare la specificità di quest'ultima rispetto ad altre forme di interpretazione: le regole e tecniche atte ad interpretare un testo normativo come un Atto parlamentare non sono le medesime applicabili alla *Mécanique Céleste* di Laplace, o alle *Rane* di Aristofane, o all'*Apocalisse* di Giovanni¹⁸⁴.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è possibile rilevare che una delle principali critiche rivolte da Kelsen alla teoria delle fonti proposta da Gray – quella, cioè, secondo cui tale teoria, omettendo di distinguere fra fonti *legally binding* e fonti non giuridicamente vincolanti, mancherebbe di dar conto di uno dei momenti essenziali del processo di produzione del diritto¹⁸⁵ – è, per molti aspetti,

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Ibidem. Beninteso, ciascuna delle opere citate pone specifici problemi interpretativi e richiede una specifica classe di strumenti e canoni atti a trattarli: «To interpret the poems and prophecies of Scripture as if they were the market ordinances of the city of New York [...] has produced marvels of ingenuity, but of ingenuity woefully misplaced» (ibidem).

¹⁸⁵ «He (Gray) fails to distinguish between sources which have a legally binding force, and sources which do not. (...) By ignoring the distinction between legislation, judicial precedents, and legal customs of a one hand, and the opinions of experts and principles of morality on the other hand, by ignoring that the former are legally binding, the former not legally binding, Gray does not see that these “sources of law” that are legally binding, are legal norms, are really law. He overlooks the fact that, if the law-applying organs are legal-

ingenerosa, nonché carente a propria volta di precisione nel misurarsi con la proposta teorica di Gray. Infatti, come si è visto, per limitarsi a prendere in considerazione i testi legislativi¹⁸⁶, Gray non nega affatto che essi siano *legally binding* per il giudice; il punto, però, è che lo sono solamente in quanto *testi*, la decisione intorno al cui significato è affidata, in ultima istanza, al giudice stesso, e non già al legislatore.

In altri termini, la «forza vincolante» in questione non equivale alla (alquanto mistica) *manifestation of law* di cui parla Kelsen e che sprigionerebbe direttamente dai testi stessi, bensì, meno misteriosamente, al fatto banale che il giudice è vincolato a fare riferimento alle parole del legislatore, a decidere del loro significato e ad applicarlo.

Il legislatore, insomma, produce parole, non significati¹⁸⁷, ed è quindi al giudice che incombe il compito di attribuire i secondi alle prime.

È, dunque, in relazione all'attribuzione di significato attorno ai testi normativi che Gray cita il (grazie a lui celeberrimo) passo del *Bishop Hoadly* secondo cui:

ly bound by these so-calling “sources of the law”, what he denotes by the figurative expression “sources of law” is only one stage in the process of law-creation, one of the manifestations of the law ». Kelsen 1945: 153.

¹⁸⁶ Considerazioni analoghe, peraltro, potrebbero altresì svolgersi per *precedents* e *legal customs*.

¹⁸⁷ Gray 1921: 67: «for, after all, is only word that the legislature utters; it is for the courts to say what those words mean».

«Nay, whoever hath an *absolute authority to interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intent and purposes, and not the person who first wrote or spoke them»¹⁸⁸.

In base alle analisi svolte nel paragrafo precedente, risulta piuttosto chiaro che Gray ricorre a tale citazione con esclusivo riferimento alla decisione del giudice attorno al significato del testo normativo da interpretare e applicare, e non già, come erroneamente ritiene Postema, decontestualizzando arbitrariamente la locuzione *to all intent and purpose*, all'intero processo della decisione del caso. È proprio in virtù degli elementi sin qui richiamati che la distinzione (enfaticizzata da Kelsen) fra fonti *legally binding* o meno tende, nella prospettiva di Gray, a relativizzarsi considerevolmente. Infatti, la qualifica di *legally binding* non esime

¹⁸⁸ Citato in Gray 1921: 67. È peraltro interessante osservare che, come chiarisce debitamente Rumble 2013: 272, quello stesso vescovo Hoadly a cui, come si è visto, Postema sembra attribuire la tesi dell'equiparazione del diritto a *scorer's discretion* negava in realtà che il potere delle *secular courts* fosse assoluto, e riferiva il suo sermone solo alle Sacre Scritture, peraltro allo scopo di negare che ai loro interpreti fosse stato conferito un potere tale per cui essi potessero arrogarsi il ruolo di legislatori dei precetti evangelici, sottraendo proditoriamente a Cristo le chiavi del Regno. Lo stesso Gray, come si vedrà a breve, impiega la citazione di Gray in riferimento ad un ambito preciso e ben delimitato, in nessun modo implicando che il potere del giudice sia assoluto sotto tutti i profili. Può essere utile notare, infine, seguendo ancora una volta Rumble 2013 (ibidem), che Gray stesso riconosceva di dovere ad Holmes la segnalazione del passo in questione del sermone di Hoadly.

una fonte dall'indeterminatezza, né può dunque impedire che, nel misurarsi con tale indeterminatezza, l'interprete faccia ricorso anche a fonti (quali le opinioni della dottrina o i principi di *public policy*) che non beneficiano di tale etichetta. Interpretare i testi legislativi, per limitarsi ad un esempio paradigmatico, richiede all'interprete di coordinare tali testi con le altre fonti, ridimensionando sensibilmente l'asserita primazia della fonte legislativa.

L'irriducibile complessità dell'attività interpretativa, nonché il fatto che essa consista nel porre significati e non nello scoprirli, emerge in tutta la sua evidenza in relazione a quei casi (non minoritari, nota Gray¹⁸⁹, né tantomeno secondari) in cui il giudice, anziché accertare una (supposta) intenzione del legislatore, ne costruisce una, in relazione ad una situazione di fatto che, con tutta evidenza, non è mai stata contemplata dal corpo legislativo che ha redatto lo *statute* sotto la cui disciplina, pure, il giudice riconduce la fattispecie in questione.

In tal caso, lungi dall'essere l'aruspice della volontà legislativa, il giudice è egli stesso legislatore, intento, mediante le tecniche interpretativo-argomentative che padroneggia, a colmare una omissione del legislatore¹⁹⁰.

Se la sua formulazione dello scetticismo interpretativo è netta, rigorosa e decisamente innovativa, la trattazione delle tecniche interpretative svolta da Gray è invece alquanto convenzionale; tuttavia, un sia pur rapido esame di tale

¹⁸⁹ Gray 1921: 94.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

trattazione può rivelarsi utile ai fini di sfatare quelle letture, frettolose e ancora fin troppo numerose, che hanno fatto di questo giurista prudente e, per non pochi aspetti, conservatore, un infiammato e radicale sovvertitore del *classical legal thought*. Nell'ambito delle tecniche interpretative relative ai documenti legislativi, Gray distingue tra *grammatical* e *logical interpretation*, segnalando che la quadripartizione proposta da Savigny fra interpretazione «grammaticale», «logica», «storica» e «sistematica» non pareva oggetto di unanime adozione da parte degli studiosi¹⁹¹.

Se l'«interpretazione grammaticale» è da Gray definita semplicemente come l'applicazione al testo legislativo delle *laws of speech*, quindi delle regole sintattico-grammaticali della lingua in cui esso è redatto, sotto la dicitura di «interpretazione logica» il giurista statunitense compendia invece un più complesso insieme di tecniche, che vanno da varie forme di interpretazione sistematica (alquanto brachilogicamente delineate come «the comparison of the statute with other statutes and with the whole system of Law»¹⁹²) a quella che si potrebbe definire come un'interpretazione storico-contestualista (che si risolve nella «consideration of the time and circumstances in which the statute was passed»).

Sul fronte delle dottrine interpretative, Gray si limita a seguire i tre *aids to interpretation* prospettati da Savigny: i) considerare il diritto *as a whole*; ii) considerare le *reasons of the statutes*; iii) vagliare teleologicamente la bontà degli

¹⁹¹ Gray 1921: 96.

¹⁹² Ibidem.

esiti dell'adozione di una particolare interpretazione di un determinato testo legislativo.

Gray, peraltro, ha cura di specificare che lo stesso Savigny sottolineava la genericità e l'imprecisione dei tre tutto sommato poco utili *aids*, nonché di sottolineare, ancora una volta seguendo Savigny, l'esigenza di mantenere il terzo *within the narrowest limits*¹⁹³. Un quadro, come si diceva, decisamente minimalista, per nulla innovativo e, in fin dei conti, piuttosto deludente, appena vivacizzato e arricchito dalla peraltro concisa analisi delle regole e dei metodi che, tradizionalmente, guidano l'interpretazione degli *statutes* nell'ambito del *common law*¹⁹⁴.

Tali regole e metodi (il cui tasso di genericità non ha nulla da invidiare agli *aids* di Savigny sopra richiamati¹⁹⁵) si possono ridurre all'accertamento di quattro elementi, delineati nell'*Heydon's Case* (1584): i) quale fosse lo stato del Common Law prima che l'Atto parlamentare in esame venisse prodotto; ii) quale fosse il difetto del Common Law per rimediare al quale il testo in questione è stato prodotto; iii) il «rimedio» disposto dal Parlamento per il *disease* rilevato; iv) la «vera ragione» del «rimedio», *according to the true intent of the makers of the Act*.

Criteri tanto indeterminati (nonché il ricorso a trasparenti finzioni quali il richiamo al *true intent* del corpo

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Gray 1921: 97.

¹⁹⁵ Come lo stesso Gray (ibidem) osserva: «The rules of the Common Law, as laid down in *Heydon's Case*, are not more precise».

legislativo, sulla cui consistenza non occorre soffermarsi ulteriormente) equivalevano a margini di discrezionalità estremamente cospicui. Tuttavia, interrogandosi su quali potessero essere, in un simile contesto, gli argini al *power of interpretation* giudiziale, Gray¹⁹⁶, sulla scorta di Windscheid, finiva con il ravvisarli nella regola secondo cui il testo legislativo dà effettivamente espressione all'intenzione del legislatore, ancorché in maniera parziale.

Compito del giudice è, pertanto, quello di estendere o limitare 'quantitativamente' il campo di applicazione della norma ricavata dal testo, nella direzione indicata dalla intenzione espressa del legislatore (anche alla luce, si potrebbe aggiungere, dell'ideale del «legislatore razionale»).

In questo senso, nell'interpretare ed applicare uno *statute* che stabilisse una determinata pena per chi appiccasse il fuoco ad una casa, nessun tribunale potrebbe costruire la norma come se includesse anche i bambini di sette anni, quantunque il legislatore non li abbia esplicitamente esclusi.

Per contro, nota Gray, anche questa (certo non particolarmente definita) prescrizione è immediatamente contraddetta dalla regola, presenta tanto nel *civil* come nel *common law*, a non andare oltre la lettera del testo normativo, adottando criteri ulteriori rispetto alla semplice «interpretazione grammaticale».

Ma, se il catalogo di tecniche e dottrine interpretative da lui proposto è piuttosto convenzionale, il punto di maggior interesse e rilievo teorico della trattazione di Gray resta

¹⁹⁶ Ibidem.

la nitida formulazione dello scetticismo interpretativo, di cui il giurista statunitense fornisce una vivida esemplificazione¹⁹⁷ accostando le diverse e contrastanti interpretazioni che tribunali diversi danno del medesimo testo normativo (nell'esempio di Gray, lo *Statute of Frauds*), con il risultato che, sebbene nelle loro raccolte ufficiali si rinvenga il medesimo testo normativo, diverse comunità vivono *under totally different Law*.

2.5. *To the Verge of Modernism*

Alcune considerazioni conclusive sulla collocazione teorico-storiografica dell'opera di Gray

Nel suo (giustamente celebre) studio sulla «struttura delle rivoluzioni scientifiche», Kuhn si sofferma, allo scopo di illustrare l'indissolubile intreccio fra «novità di fatto» e «novità teoriche» nella scoperta scientifica, su un esempio particolarmente famoso ed eloquente, quello della scoperta dell'ossigeno, di controversa attribuzione¹⁹⁸. Com'è noto, infatti, tale scoperta è a vario titolo ascrivibile a (almeno) tre scienziati: il farmacista svedese Scheele, il teologo inglese Priestley e il funzionario fiscale francese Lavoisier.

¹⁹⁷ Gray 1921: 97-98. Per citare la vivida espressione di Gray (p. 98), si tratta di illustrare «how much statutes are at the mercy of the courts».

¹⁹⁸ Kuhn 1999: 76.

Tuttavia, assai più che all'analisi dei titoli in virtù dei quali è possibile reclamare la palma dello scopritore per l'uno o l'altro dei tre pretendenti, Kuhn appare interessato dalla contesa stessa, il cui ingenerarsi e sussistere gli appare come il sintomo di una soggiacente e perniciosamente distorta concezione della scienza, concezione che si incentra ossessivamente, appunto, sulla «scoperta», peraltro coltivando di quest'ultima una nozione decisamente ingenua e fuorviante:

«è ovvio che abbiamo bisogno di un nuovo vocabolario e di nuovi concetti per analizzare eventi come quello della scoperta dell'ossigeno. Sebbene sia senza dubbio corretta, la proposizione "l'ossigeno fu scoperto" porta fuori strada, perché fa pensare che scoprire qualcosa consista in un unico, semplice atto, assimilabile al nostro abituale (ma anch'esso discutibile) concetto di vedere. È questa la ragione per la quale ci siamo convinti tanto facilmente che scoprire, come vedere o toccare, dovrebbe poter essere attribuito a un individuo e a un particolare momento del tempo. Ma quest'ultima attribuzione è sempre impossibile, e la prima lo è spesso altrettanto»¹⁹⁹.

Dismissa tale sviante nozione di scoperta come atto semplice e puntuale, è possibile constatare che la 'scoperta' è assai più proficuamente assimilabile a un evento complesso, un processo che richiede un certo lasso di tempo e

¹⁹⁹ Kuhn 1999: 78-79.

nel quale osservazione e concettualizzazione, la constatazione di un fatto e la sua assimilazione alla teoria sono inestricabilmente connessi²⁰⁰. Scoprire qualcosa non equivale, dunque, semplicemente al riscontro che quel qualcosa c'è, bensì anche e soprattutto a fornire una risposta alla domanda circa *che cosa* quel qualcosa è. Se enciclopedie e sussidiari annoverano Lavoisier anziché Priestley o, magari, Scheele come «padre della chimica moderna», insomma, non è soltanto per aver isolato un campione di ossigeno, bensì anche e soprattutto per aver assimilato tale dato fattuale all'interno di una teoria della combustione per mezzo dell'ossigeno che ha contribuito in modo determinante ad archiviare la teoria del flogisto (della cui validità, peraltro, Lavoisier già da tempo dubitava), costituendo altresì la chiave di volta di una rivoluzionaria riformulazione della chimica.

Ebbene, da tali considerazioni di Kuhn in merito alla storia del pensiero scientifico è possibile trarre analoghe e analogamente utili prospettive per la storia del pensiero giuridico, segnatamente proficue ai fini di rischiarare problemi come quello qui in esame, ovvero la collocazione teorico-storiografica dell'opera di John Chipman Gray.

Come si rilevava in apertura, infatti, la letteratura è, a tale riguardo, tutt'altro che concorde, e, se numerosi studiosi riconoscono (a volte, con fin troppa disinvoltura) in Gray un precursore del realismo giuridico americano, non mancano i contributi che gli negano recisamente tale

²⁰⁰ Kuhn 1999: 79.

collocazione. In tal senso, paradigmatico, si diceva, è lo studio di Siegel²⁰¹. Si tratta di un lavoro connotato da considerevoli ambizioni, che, a dispetto dell'attenzione posta sin dal titolo sull'opera di Gray, si spingono ben oltre il problema dell'etichetta teorica assegnabile all'autore di *Nature and Sources*, per affrontare la più vasta questione dell'immagine (sovente riduttiva) della *classical jurisprudence* invalsa nella letteratura scientifica a seguito dei successi del realismo giuridico americano. In opposizione a tali, tanto consolidate quanto parziali letture, Siegel contesta²⁰², in particolare, l'identificazione del *classical legal thought* con quella che è stata definita l'«ortodossia» di Langdell²⁰³: nella ricostruzione proposta dallo studioso, infatti, alcune tesi centrali di Langdell (in particolare, quella della separazione netta fra il diritto e altre forme di norme sociali), lungi dall'essere prototipiche del «pensiero giuridico classico», erano, al contrario, relativamente rare in tale orizzonte²⁰⁴. Ad opinione di Siegel²⁰⁵, una concezione più sfaccettata e meno stereotipica del pensiero giuridico

²⁰¹ Si fa qui riferimento al già citato Siegel 2001.

²⁰² Siegel 2001: 1515-1518.

²⁰³ Il riferimento è al fondamentale Grey 1983.

²⁰⁴ Siegel 2001: 1517-1518. Ad opinione di Siegel, una delle ragioni che avrebbero determinato l'identificazione, da Holmes in avanti, di Langdell con il formalismo e il «classicismo» *tout court*, è la facilità con cui la sua rigida separazione del diritto dalla morale, dalle consuetudini e dalla *social life* in genere si prestavano a divenire bersagli polemici, se non direttamente satirici.

²⁰⁵ Siegel 2001: 1518.

classico permette di rilevare come anche un giurista che, come Gray, *embeds law in social norms*, ne costituisce tuttavia un rappresentante a pieno titolo.

Peraltro, nella visione di Siegel, non mancherebbero altresì elementi di continuità teorica fra Gray e Langdell: similmente a quest'ultimo, infatti, anche Gray avrebbe ritenuto che, quantomeno in alcune e più sviluppate aree, le dottrine e i principi stabiliti del diritto fossero, anziché mere linee guida per la decisione giudiziale, premesse per *fairly rigouros analytical elaboration*²⁰⁶. Gray si situerebbe, è vero, su una sorta di posizione intermedia fra il classicismo di Langdell e il *nascent modernism* di Holmes, ma collocandosi ancora, per così dire, sul versante langdelliano del crinale²⁰⁷. Per riprendere l'analogia con la storia del pensiero scientifico sopra suggerita, insomma, Gray sarebbe, nella prospettiva di Siegel, assimilabile ad uno Scheele o ad un Priestley, che, se pure è riuscito ad isolare l'ossigeno in laboratorio, manca però del quadro teorico per intendere compiutamente la sua stessa scoperta e trarne le debite conseguenze. Fuor di metafora, la distinzione fra il diritto e le sue fonti e la centralità assegnata al giudice porterebbero sì il pensiero di Gray *to the verge of modernism*, ma, in ultima analisi, l'impianto generale della sua opera resterebbe confinato entro *pre-modern asseumptions*²⁰⁸. Al riguardo, svariate considerazioni si impongono.

²⁰⁶ Siegel 2001: 1575.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Siegel 2001: 1596.

Innanzitutto, un'osservazione di carattere preliminare. La scelta metodologica che soggiace al lavoro di Siegel, quella cioè di intendere l'opera di Gray nel contesto degli autori che condividevano il medesimo *milieu* e alla luce delle influenze a cui era primariamente soggetta, è senza dubbio avveduta, e costituisce un ottimo antidoto alle (fin troppo numerose) letture che costruiscono interpretazioni del pensiero di Gray sull'esigua base di qualche citazione più o meno frettolosamente estrapolata dal testo.

Spiace, però, dover constatare che Siegel è meno fedele alla sua stessa prescrizione di quanto il lettore si attenderebbe, date tali premesse: come non manca di rilevare Rumble²⁰⁹, infatti, dal suo lavoro è del tutto assente un'analisi dell'influenza di Austin sul pensiero di Gray. Omissione, è il caso di osservare, invero sorprendente: sarebbe come, *mutatis mutandis*, elaborare una ricostruzione del pensiero di Marx e delle fonti su cui esso si è formato evitando la benché minima menzione di Hegel.

Venendo poi alle due tesi di Siegel sopra brevemente riportate, entrambe appaiono risentire di una (almeno parziale) sottovalutazione della portata giusfilosofica della netta distinzione operata da Gray fra *law* e *sources of law*, nonché della centralità da lui assegnata al giudice-interprete e, più in generale, di una certa svalutazione del tema dell'interpretazione per la teoria del diritto. Riguardo al peso attribuito da Gray a morale e *public policy* fra le fonti del diritto, il punto non è tanto stabilire se e in che misura il

²⁰⁹ Rumble 2013: 281, n.101.

classical legal thought riconoscesse 'dignità giuridica' a tali elementi (aspetto, peraltro, indubbiamente rilevante e interessante per una adeguata comprensione del formalismo), bensì comprendere fino in fondo il ruolo che Gray assegna a tale fonte.

È peraltro lo stesso Siegel a cogliere con chiarezza quest'aspetto, quando osserva lucidamente che, sebbene nella tradizionale gerarchia 'formale' delle fonti riportata da Gray, la morale occupi l'ultimo posto, l'autore di *Nature and Sources* sottolinea con grande vigore quanto tale gerarchia sia inadatta a dar conto del ragionamento giudiziale²¹⁰. Infatti, lungi dall'essere una sorta di mera 'ultima risorsa' a cui l'interprete ricorre soltanto qualora le precedenti abbiano mancato di fornire un responso, la morale (intesa, appunto, anche come *public policy*) opera sempre in connessione con le restanti fonti, influenzando considerevolmente i loro effetti²¹¹.

Ad esempio, come si è visto e come anche Siegel rileva, secondo Gray, la decisione interpretativa attorno a un determinato testo legislativo è sovente determinata da considerazioni di morale/*public policy*. Ebbene, a ben vedere, la trattazione di Gray della morale quale fonte del diritto mette dunque capo, ancora una volta, alla riaffermazione della centralità dell'interpretazione e della decisione discrezionale del giudice nel ricavare il diritto dalle fonti.

²¹⁰ Siegel 2001: 1542.

²¹¹ *Ibidem*.

È questo l'elemento saliente che differenzia nettamente Gray da un giurista come, ad esempio, Beale, suo collega ad Harvard nonché esponente del classicismo giuridico di rilievo tale che, in seguito, Jerome Frank preferirà riferirsi al formalismo giuridico e alla tradizione langdelliana direttamente come al *bealism*²¹².

In Beale, infatti, ritroviamo un'attenzione al ruolo della morale e all'opinione dei giuristi nello sviluppo del diritto che presentano analogie interessanti con la posizione di Gray²¹³, ma, al tempo stesso, una tesi sull'applicazione del diritto perfettamente formalista e, come è stato osservato²¹⁴, perfettamente opposta a quella di Gray. In altre parole, sottovalutando la portata della distinzione fra diritto e fonti del diritto operata da Gray (e, non a caso, da lui stesso considerata il suo più rilevante contributo alla teoria del diritto²¹⁵), Siegel enfatizza eccessivamente le sue contiguità con gli esponenti della scuola langdelliana del pensiero giuridico classico, finendo con il minimizzare la sua originalità e quegli aspetti del suo pensiero che rappresentano una rottura con il formalismo paragonabile a quella operata da Holmes.

Nella sua ansia (peraltro, in larga parte comprensibile) di sfatare le letture che ravvisano, del tutto anacronistica-

²¹² Samuels 1975: 260

²¹³ Si veda, al riguardo, Samuels 1975 (in particolare, si fa qui riferimento a p. 268).

²¹⁴ Duxbury 1993: 51.

²¹⁵ Come, peraltro, Siegel medesimo ha cura di sottolineare (Cfr. Siegel 2001: 1538).

mente, in Gray una sorta di Karl Llewellyn *ante litteram*, Siegel eccede insomma in prudenza²¹⁶, dimenticando, ad esempio, passi come quelli analizzati nei paragrafi precedenti, in cui Gray sottolinea il ruolo essenziale giocato da *character e cast of mind* del giudice, invitando il lettore a riflettere su quanto il diritto statunitense sarebbe stato differente, qualora il *Chief Justice* Marshall avesse nutrito una diversa opinione circa la United States Bank o diversi sentimenti nei confronti di Thomas Jefferson.

Certo, come si ha più volte avuto modo di osservare, la tesi della creazione giudiziale di diritto formulata da Gray non equivale in alcun modo alla negazione, o anche solo alla sottovalutazione, dei numerosi vincoli che variamente strutturano e delimitano l'operato del giudice. Il punto, però, è che non è possibile utilizzare tali vincoli per negare o relativizzare la sua recisa formulazione dello scetticismo interpretativo e della correlata affermazione della centralità della decisione del giudice.

In altri termini, il fatto che Gray affermi ripetutamente elementi come l'opinione consolidata della dottrina esercitino di fatto sul giudice un'influenza spesso determinante

²¹⁶ Si veda, ad esempio, il monito seguente, con cui Siegel ritiene di dover commentare una lunga citazione tratta da *Nature and Sources* e relativa alle considerazioni di Gray sulla morale quale fonte del diritto: «It is important not to allow this sketch of Gray's Jurisprudence to overstate Gray's modernity and the extent to which he thought moral considerations properly influenced judicial decision-making» (Siegel 2001: 1542-1543). Monito senz'altro ragionevole e opportuno; esiste, però, anche un rischio opposto a quello qui segnalato dallo studioso.

non intacca né limita in alcun modo la portata delle tesi di Gray sull'interpretazione e il ruolo del giudice, a differenza di quanto, almeno a tratti, Siegel pare ritenere²¹⁷.

Come è stato più volte rilevato nel corso del capitolo, per Gray il giudice, e più in generale il giurista, si forma ed opera all'interno di una pratica altamente specializzata, che ne struttura e condiziona profondamente la *forma mentis*; la sua discrezionalità, quindi, si esercita nei modi e nelle forme che tale pratica ha sviluppato, e non come giocanda arbitrarietà. Il punto fondamentale della distinzione fra *sources of law* e *law* e della correlata tesi della creazione giudiziale di diritto non è certo negare tali considerazio-

²¹⁷ Si veda, ad esempio, il seguente passo: «Judges certainly were men of their time; their understanding and development of precedent was “swayed” by contemporary beliefs. But Gray believed judges were cautious and circumspect in doing this. Legal change was generally unconscious and glacially paced, most frequently the result of incremental differences in applying law to facts» (Siegel 2001: 1544-1545). Tutte considerazioni condivisibili (sia pure, forse troppo insistite: su una diversa valutazione della consapevolezza del cambiamento del diritto in Gray, si veda Rumble 2013:292) ma che non si vede in che modo possano servire a dimostrare che Gray è, nella sua visione complessiva del diritto, più vicino a Langdell che non ad Holmes. Anche Holmes, com'è noto, non negava che esistessero fra i giuristi e i giudici dottrine e consuetudini consolidate, né, in sede di propensioni dottrinali, era certo un fautore dell'attivismo giudiziale sfrenato, elementi tutti che non gli hanno impedito di constatare, contro Langdell e le teorie formaliste, che il diritto non si auto-applica e che quindi la decisione del giudice non è mai l'esito di un processo meramente logico e di un'attività puramente conoscitiva.

ni, né tantomeno fare del giudice il Sovrano austiniano²¹⁸, bensì solo mostrare che, nel passaggio dalle fonti al diritto, non c'è nulla di meramente meccanico e che i significati non si trasmettono per magica trasmigrazione dai testi (e dalle fonti in genere) alle menti degli interpreti. Ogni interpretazione²¹⁹, insomma, è sempre (anche) decisione attorno al significato del testo, o alla natura del precedente, o alla formulazione di una consuetudine o di un principio morale.

Le considerazioni sin qui esposte valgono anche e ancor più in relazione alla seconda delle tesi di Siegel sopra riportata, quella secondo cui, cioè, quantomeno in alcune e più sviluppate aree del diritto, dottrine e principi rappresenterebbero non già mere (ancorché influenti) linee guida per la decisione giudiziale, bensì premesse per *fairly rigorous analytical elaboration*²²⁰, destinate cioè a dirigere il

²¹⁸ Come si spinge a sostenere, alquanto temerariamente, Duxbury 1995: 51, per poi affrettarsi a ripiegare, precisando che i poteri del giudice di Gray non sono comparabili con quelli del Sovrano di Austin.

²¹⁹ Fosse pure la più semplice «interpretazione letterale».

²²⁰ Siegel spiega di aver fatto ricorso a questa (invero tortuosa) formulazione in luogo delle più intelligibili «deductive» o «logical elaboration» per evitare ogni connotazione di una «inferenza puramente formale» (Siegel 2001: 1575, n. 418). Scelta curiosa, e oltremodo rivelatrice di una concezione del formalismo che dà forse ragione di molte delle difficoltà che vengono qui rilevate e discusse. Quale che sia la natura dell'inferenza in questione, infatti, il peso della discrezionalità giudiziale su cui Gray fonda la propria tesi resta invariato, anche se Siegel non pare esserne consapevole.

ragionamento e la decisione del giudice verso conclusioni ineludibili.

Anche in questo caso, ritroviamo il medesimo equivoco sopra rilevato: il fatto che, in aree particolarmente 'mature' e sviluppate del diritto²²¹, la dottrina avesse opinioni altamente consolidate e che, quindi, esse esercitassero un'influenza determinante sulle decisioni giudiziali in materia non dà infatti luogo ad alcun ridimensionamento delle tesi di Gray sulla natura non meccanica dell'interpretazione e decisione giudiziale. Anche le più consolidate delle consuetudini e le più radicate delle opinioni, infatti, non si auto-applicano, né esimono il giudice dalla *decisione* di conformarsi ad esse²²².

²²¹ Siegel (Siegel 2001: 1575, n.418) pensa qui soprattutto alla *Rule Against Perpetuities*, campo in cui Gray era una riconosciuta autorità.

²²² C'è poi un ulteriore punto, su cui la ricostruzione proposta da Siegel del pensiero di Gray appare decisamente ingiusta e fuorviante: la tesi secondo cui, cioè, Gray sovrapporrebbe «continuamente», *in an unmodern stance*, la descrizione e la prescrizione nella sua concezione del ruolo del giudice. Onestamente, il numero esiguo di passi che Siegel utilizza per suffragare tale (audace) affermazione basterebbe, da solo, a porre in dubbio l'avverbio «continuamente»; il dubbio è poi destinato a corroborarsi sensibilmente quando si analizza il contenuto di tali citazioni (ad esempio, le critiche di Gray a Carter in relazione alla morale come fonte del diritto- Gray 1921: 158-159-, laddove Gray descrive quello che ritiene essere il ragionamento di fatto svolto dai giudici in casi analoghi, e, successivamente, afferma, valorativamente e prescrittivamente, che quello è il modo corretto in cui il giudice deve procedere. Si tratta di due momenti nettamente distinti, e non si vede, dunque, dove Siegel ravvisi mai la sovrapposizione e la confusione che denuncia. Il fatto

Per tornare all'analogia con le considerazioni di Kuhn proposta in apertura, è ora possibile constatare che, con buona pace di Siegel, Gray non sembra paragonabile ad un Priestley alle prese con il suo inopinato flacone di ossigeno, infruttuosamente intento a cercare di collocare tale misterioso gas nelle irrimediabilmente vetuste coordinate teoriche di cui disponeva.

Al contrario, la sua 'scoperta' della centralità della decisione dei giudici nel passaggio dalle fonti al diritto è sviluppata coerentemente in una prospettiva giusteorica che si distacca nettamente e lucidamente dal formalismo in tutte le sue declinazioni. È tale constatazione motivo sufficiente per proclamare Gray un Lavoisier della teoria del diritto, radicale innovatore del pensiero giuridico e, magari, iniziatore del paradigma realista?

Not so fast: per raffreddare tali slanci teorico-storografici, basterebbe rileggere quelle pagine di *Law and the Modern Mind* in cui Frank, dopo aver altamente elogiato l'*invaluable contribute* di Gray allo sviluppo del pensiero giuridico e alla liquidazione del *bealist fundamentalism*,

che il comportamento descritto sia anche quello prescritto non dà infatti luogo ad alcuna indebita confusione fra essere e dover essere, esattamente come non la danno i due enunciati «Maurizio saluta sempre le persone che incontra in ascensore» e «Maurizio fa proprio bene a comportarsi così: è infatti buona educazione salutare sempre le persone che si incontrano in ascensore», anche se proferiti nella medesima conversazione e uno di seguito all'altro. In realtà, un esame appassionato del testo mostra che Gray, da coscienzioso lettore di Austin quale era, padroneggiava con perfetto dominio la distinzione fra essere e dover essere.

osserva con rammarico che, tuttavia, a dispetto di tali meriti, in Gray sussiste ancora un *vigorous remnant* del vecchio mito formalista, ovvero sia l'identificazione del diritto con le *rules*, sia pure, nell'innovativa prospettiva di Gray, le *rules* prodotte dai giudici²²³.

Sarà solo con Holmes che, a parere di Frank, si affermerà una vera *new attitude*, che porterà ad identificare il diritto non già con le *rules for decision* elaborate dai tribunali, bensì con le stesse *decisions* dei tribunali²²⁴. Per riprendere ancora una volta l'analogia con la scoperta dell'ossigeno, nella prospettiva di Frank il Lavoisier del realismo giuridico americano sarebbe, insomma, da ravvisarsi in Holmes.

Anche senza impegnarsi in un esame più esteso delle tesi di Frank sopra richiamate, esse ci aiutano ad identificare un elemento importante. È senz'altro vero che, come è stato osservato, con Gray il giudice si sposta inequivocabilmente dai lati al centro del palcoscenico della *jurisprudence* statunitense²²⁵, ma è altresì vero che le lenti teoriche con cui Gray ne indagava l'operato restano considerevolmente diverse da quelle dei realisti propriamente detti.

Mentre essi, infatti, tenderanno a concepire la *jurisprudence*, con sempre maggiore decisione e consapevolezza

²²³ Frank 2009: 131-133.

²²⁴ Frank 2009: 134. Naturalmente, non è questa la sede per analizzare e valutare approfonditamente tali considerazioni di Frank circa il pensiero di Holmes.

²²⁵ Duxbury 1995: 51.

za²²⁶, come una *social science*²²⁷ e a studiare quindi il comportamento dei giudici e altri attori giuridici attraverso un *behavioral focus* variamente declinato (dalla dimensione prettamente sociologica a quella psicologica), Gray resterà sempre prioritariamente legato al lascito dell'*analytical jurisprudence* di matrice austriana, sia pure profondamente rivisitata²²⁸.

Tale tendenza emerge con ancor maggior chiarezza, come si è visto, in relazione alla critica alla nozione austriana di sovranità sviluppata da Gray.

Mettendo a nudo le difficoltà connesse con la nozione di sovrano ed evocando la sfuggente élite dei *real rulers*, Gray – come, per altri versi, Dewey e Laski – individua con notevole lucidità i capitali problemi teorici che si profilano alle turbolente frontiere socio-politiche della teoria del diritto, ma – a differenza di Dewey e Laski – reagisce non già inoltrandosi in tali terre incognite, bensì operando una profonda riconfigurazione della *province of jurisprudence* che

²²⁶ E. peraltro, non senza una travagliata serie di dibattiti sullo status epistemologico della scienza giuridica e sul modello di conoscenza scientifica a cui la teoria del diritto dovesse rifarsi. Ricostruisce con efficacia tale fondamentale dibattito Duxbury 1995: 79-97. Importanti analisi, al riguardo, si rinvencono altresì in Twining 1985: 56-69.

²²⁷ Duxbury 1995: 82. Peraltro, Duxbury ha cura di circostanziare tale affermazione nell'ambito della più ampia e intricata discussione di cui alla nota precedente.

²²⁸ Sulla complessa e non univoca relazione dei realisti con *la jurisprudence* austriana, si rimanda a Rumble 1981, in particolare alle pp. 1000-1006.

ne sposta il baricentro dalla figura del sovrano a quella del giudice, preservandola, al tempo stesso, dal misurarsi con i nuovi scenari che si andavano aprendo nelle scienze sociali.

È precisamente riguardo al tema della relazione fra *jurisprudence* e scienze sociali, dunque, che si può rintracciare il più significativo discrimine fra Gray e i realisti. Tuttavia, se il profilo della teoria del diritto tracciato da Gray sembra, sotto questo riguardo, opposto a quello dei realisti, esso non è meno distante da quello disegnato da Langdell e dagli altri esponenti della *classical jurisprudence*, quantunque latamente intesa secondo i dettami di Siegel.

Non soltanto con l'abbandono del formalismo interpretativo e con la chiara affermazione della centralità della scelta del giudice, infatti, ma anche con la *pars destruens* della dissoluzione della nozione di sovrano, Gray fornisce alla teoria del diritto strumenti nuovi²²⁹ e una lucida attenzione a dimensioni che il «pensiero giuridico classico» non affrontava se non tangenzialmente, concorrendo (sia pure con esiti che travalicavano notevolmente i suoi intenti e le sue concezioni), certamente assieme ai contributi di Pound e Dewey, nonché, beninteso, alla fondamentale influenza di Holmes, a gettare le basi del nuovo paradigma teorico che, di lì a poco, si sarebbe affermato sulla scena teorica statunitense.

²²⁹ In questo senso, dunque, si può intendere e precisare la (felice, come si è detto, ma, forse, troppo rapida e vaga) formula di Postema, secondo cui, accanto alla *dominant influence* di Holmes, si possono annoverare gli apporti di Dewey, Pound e, appunto, Gray quali *fabricators of the Tools of the Realist Trade* (Postema 2011: 84).

CAPITOLO 3

The Elephant Called Law. Aspetti della Functional Jurisprudence di Felix S. Cohen

3.1. Premessa

Il presente capitolo persegue un triplice obiettivo.

In primo luogo (§ 2), si ricostruiranno alcuni dei capisaldi del programma per una *functional jurisprudence*¹ elaborato da Felix S. Cohen, quali la riformulazione dei concetti giuridici fondamentali e la teoria delle decisioni giudiziali. Successivamente (§ 3), si tenterà di mostrare che, a dispetto della (poco caritatevole) rappresentazione di Cohen quale propugnatore di un'insostenibile versione del *rule-skepticism* delineata da Brian Leiter², il funzionalismo coheniano, lungi dal costituire una proposta teorica rozza-mente riduzionista e filosoficamente *naïf*, può essere assai più proficuamente inteso come un brillante e significativo esempio del «two-way contact and traffic between law and

¹ Ricostruzione basata principalmente su celeberrimi lavori quali *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* (1935) e *The Problems of a Functional Jurisprudence* (1937), senza peraltro trascurare scritti meno citati ma non meno interessanti come *The Relativity of Philosophical Systems and the Method of Systematic Relativism* (1939), *Law and Language* (1949) e *Field Theory and Judicial Logic* (1950), tutti raccolti in Cohen 1960.

² Leiter 2007: 70, n.41.

other social disciplines»³ perseguito da molti fra i realisti giuridici americani.

Più nel dettaglio (§ 4), si cercherà di mettere in luce⁴ come il funzionalismo di Cohen non sia ridicibile alla mera «applicazione meccanica» dei risultati conseguiti da altre discipline (particolarmente, l'antropologia malinowskiana) alla teoria del diritto, ma rappresenti piuttosto un'attenta e critica riformulazione dell'*hard functionalism* delle origini, teso a correggerne taluni eccessi ed ingenuità, evitando (almeno alcune del)le fallacie che, in seguito, Robert K. Merton evidenzierà e discuterà in *Manifest and latent functions*⁵.

3.2. *A Social Event*

Riformulazione dei concetti giuridici fondamentali e teoria delle decisioni giudiziali nella «giurisprudenza funzionalista» di Cohen

Nel 1935, pubblicando *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, il ventottenne Felix S. Cohen si

³ Per riprendere una (tanto provocatoria quanto efficace) formula di Llewellyn 1962: 354.

⁴ Sviluppando una lettura analoga all'interpretazione della *law-jobs theory* di Llewellyn proposta da Twining (si veda, ad esempio, Twining 2002: 192, n.50).

⁵ In Merton 1968: 73-138. Per una traduzione italiana, si rimanda a Merton 2000: 121-224.

guadagnava a buon diritto la qualifica di *enfant prodige* del realismo giuridico americano. E, per la verità, l'articolo in questione offriva non pochi appigli per conferirgli altresì quella di *enfant terrible*. L'esordiente autore, infatti, non manifestava alcun particolare timore reverenziale nel valutare lo 'stato dell'arte' degli studi giusfilosofici patri.

Anzi, Cohen non esitava a formulare il sospetto che, con buona pace degli sforzi (sia pure encomiabili) di autori quali Holmes, Gray, Pound, Oliphant, Moore, Radin e lo stesso Llewellyn⁶, buona parte dell'arsenale teorico-concettuale della *jurisprudence* statunitense fluttuasse ancora nelle eteree e iperuraniche regioni stigmatizzate da Jhering in una sua celebre opera⁷.

Il punto, per Cohen, era che, sebbene gli autori in questione, mettendo in campo una formidabile batteria di strumenti critici, avessero concordemente sferrato un attacco senza quartiere ai presidi del formalismo e della *theological jurisprudence*, il loro accordo era però considerevolmente minore circa la *pars construens* dell'impresa realista.

⁶ Cohen 1960: 46. D'ora in avanti, si farà riferimento a tale raccolta degli scritti di Cohen senza ulteriormente specificare i singoli articoli citati. L'elenco di Cohen, di cui si è menzionato qui un semplice estratto, costituisce una sorta di 'album di famiglia' del realismo giuridico americano e delle sue varie diramazioni, una delle quali, peraltro, coincide con un ramo dell'albero genealogico della famiglia Cohen, dal momento che vi figura anche il nome di Morris R. Cohen, padre di Felix nonché, in seguito, critico alquanto deciso di alcuni aspetti della proposta del figlio. Al riguardo, si rimanda a Golding 1981: 1044, n. 60

⁷ Cohen 1960: 33. L'allusione di Cohen a Jhering è, ovviamente, un riferimento a *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884).

Tuttavia, a detta dell'autore, la fase degli attacchi polemici e delle sarcastiche demolizioni di *mechanical jurisprudence* e *legal magic* aveva ormai fatto il suo tempo⁸ e non poteva pertanto essere ulteriormente differito il successivo, più ambizioso e importante passo: l'elaborazione di un 'paradigma' teorico migliore⁹ della tradizionale «giurisprudenza dei concetti» e capace di fornire gli strumenti metodologici adatti a delineare compiutamente *a realistic, rational, scientific account* del fenomeno giuridico¹⁰.

Insomma, a detta dell'autore, perché il realismo giuridico potesse fiorire in tutto il suo potenziale, occorreva che esso si dotasse di una più ampia, coerente e strutturata cornice filosofica, alla luce della quale tracciare un articolato programma per una teoria realista del diritto.

Cohen ravvisava tale cornice nel *functional approach* che, all'epoca, si andava diffondendo, in forme diverse, in varie discipline e campi del sapere, dalla filosofia all'economia, all'antropologia e ad altre scienze sociali¹¹. A tale ri-

⁸ Come si vede, dunque, non è dopo tutto necessario attendere l'opera di Tamanaha, per imbattersi in autori che trovavano stucchevoli e, soprattutto, sterili i fendenti alla testa di Turco' di Langdell e della sua scuola.

⁹ Come si evidenzierà nel seguito, «migliore» nel senso di «più ampio, più ricco e meglio adatto a dar conto della complessità del fenomeno giuridico».

¹⁰ Cohen 1960: 46-47.

¹¹ Cohen 1960: 47. Circa il realismo giuridico inteso come funzionalismo, e circa le sue molteplici e disparate fonti (dall'antropologia alla linguistica, dalla psicologia alla scienza economica) si veda la persuasiva lettura proposta in Kalman 1986: 16-20.

guardo, è importante evidenziare sin d'ora che, come si vedrà meglio in seguito, Cohen, nell'abbracciare il menzionato *functional approach*, era al tempo stesso affascinato dalle sue possibilità e sospettoso di alcuni (potenzialmente fuorvianti) *vague uses*¹² di tale formula. E, precisamente al fine di evitare i problemi ingenerati dalla vaghezza in questione, Cohen riformula una definizione di funzionalismo simile alle (ma anche, in alcuni rilevanti aspetti, differente dalle) definizioni circolanti nel dibattito delle scienze sociali.

Considerato quale filosofia,

«functionalism may be defined as the view that a thing does not have a “nature” or “essence” or “reality” underlying its manifestations and effects apart from its relations with other things; that the nature, essence, or reality of a thing *is* its manifestations, its effects, and its relations with other things; and that, apart from these, “it” is nothing, or at most a point in logical space, a possibility of something happening»¹³.

¹² Ibidem

¹³ Cohen 1960: 80. Non sfuggirà che tale definizione ha un marcato carattere pragmatista: fra i più significativi riferimenti filosofici di Cohen, infatti, figuravano autori come James e Dewey. Si veda, al riguardo, Cohen 1960: 80, n. 2. Per una classificazione di Cohen (assieme allo stesso Dewey) fra i *pragmatic instrumentalists*, si rimanda Summers 1982: 22-23. Sul punto, si veda altresì Golding 1981: 1051. Incidentalmente, Golding, non senza una certa dose di pedanteria, osserva (Golding 1981: 1051, n. 96) che, dal momento che il termine *thing* compare tanto nel *definiendum* come nel *definiens*, la definizione da lui fornita appare viziata da circolarità. Ma, in realtà,

Considerato invece quale metodo, il funzionalismo «may be summed up in the directive: “if you want to understand something, observe it in action”»¹⁴. Applicato alla *jurisprudence*, l’approccio funzionalista conduce, in primo luogo, alla (ri)definizione dei concetti giuridici e alla riformulazione di regole ed istituti in termini di decisioni giudiziali¹⁵.

In tal senso, Cohen osserva che la nuova prospettiva aperta nel pensiero giuridico dall’opera di Holmes e successivamente sviluppata da quella di Hohfeld¹⁶, in luogo di considerare essenzialisticamente un concetto giuridico alla stregua di una sostanza necessariamente dotata di determinate proprietà intrinseche, persegue, più sobriamente, la definizione dei concetti giuridici in termini empirici, e, più precisamente, in termini appunto di decisioni giudiziali¹⁷.

In tale prospettiva, insomma, se un determinato insieme di fatti è vero in relazione ad una determinata persona, la

come Cohen afferma con chiarezza, ciò che viene definito è *functionalism*, non *thing*, e, dunque, non v’è circolarità alcuna. Ringrazio Pierluigi Chiassoni per gli utili suggerimenti su questo punto.

¹⁴ Cohen 1960: 80.

¹⁵ *Ibidem*. Certo, enunciato in una forma tanto conciso e perentoria, l’approccio funzionalista sembrerebbe indubbiamente risolversi in un programma estremamente (per non dire rozzamente) riduzionista. Come si mostrerà nel prossimo paragrafo, tuttavia, le cose stanno alquanto diversamente.

¹⁶ Cohen 1960: 54. Il riferimento è, precisamente, a *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays* (New Haven, Yale university Press, 1919).

¹⁷ *Ibidem*.

persona in questione subirà (probabilmente) le conseguenze giuridiche connesse dal diritto a quell'insieme di fatti.

Per rifarsi ad un celeberrimo esempio holmesiano, un dovere giuridico «is nothing but a prediction that, if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court»¹⁸.

Allo stesso modo,

«the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference»¹⁹.

Va da sé che l'analisi dei concetti giuridici e delle norme quali *patterns of judicial decisions* necessariamente conduce all'elaborazione di una teoria che di tali decisioni dia conto e che sia in grado di fornire una risposta esaustiva al quesito «what are judicial decisions made of?»²⁰. Eppure, rileva Cohen²¹, riguardo a tale cruciale questione si registrava un significativo tasso di disaccordo fra i propugnatori della *realistic jurisprudence*. Curiosamente, infatti, alcuni di essi, dopo essersi serviti con successo del metodo funzionalisti-

¹⁸ Cohen 1960: 53-54.

¹⁹ Cohen 1960: 54.

²⁰ Ibidem.

²¹ Cohen 1960: 70.

co «to break down rules and concepts into atomic decisions»²², rifiutavano però di applicare a tali decisioni il medesimo processo analitico. Le decisioni giudiziali, insomma, sarebbero da considerarsi *hard and simple facts*, non suscettibili di ulteriori livelli di analisi. Posizione alquanto bizzarra, chiosava Cohen: sarebbe come se i fisici, giunti alla scoperta dell'atomo, o dell'elettrone, si fossero rifiutati di procedere oltre²³.

Analoga (a parere di Cohen), tuttavia, era la posizione di quei realisti, come Hutcheson e Frank²⁴, che, sostenendo *the "hunch" theory of law*²⁵ e adottando una prospettiva riduzionisticamente 'psicologista', avevano fatto delle decisioni giudiziali prodotti (poco importa se) dell'inconscio o dell'indigestione giudiziale, e, in ogni caso, non più suscettibili di accertamento mediante i metodi e gli strumenti della giurisprudenza funzional-realistica.

²² Ibidem.

²³ Cohen 1960: 69-70.

²⁴ Naturalmente, si potrebbe discutere sulla validità di tale accostamento, (le posizioni dei due giuristi non sono forse così agevolmente assimilabili). È ovvio che quelle qui sviluppate da Cohen sono considerazioni fortemente polemiche. Riguardo all'opera di Frank, in particolare, la lettura offertane da Cohen (nonché da legioni di altri interpreti) sembra peccare di una certa ingenerosità, nonché di una certa sottovalutazione della complessità della sua proposta. Per un Frank meno biecamente riduzionista di quanto tali interpretazioni siano propense a riconoscere, si veda Frank 2009: 281-282;338-350 e 391-399. Per un'analisi dell'opera di Frank non incline a reiterare luoghi comuni e letture frettolose, si rimanda a Marzocco 2018.

²⁵ Cohen 1960:70. Cohen fa qui riferimento al celebre articolo di Hutcheson 1929, per il quale si rimanda a Fisher, Horwitz, Reed 1993.: 202-211.

In altri termini, enfatizzando l'influenza dell'elemento individuale e accidentale nella determinazione del *judicial behavior*, tali studiosi avevano (se non altro, implicitamente) minimizzato la rilevanza di significativi *social determinants* sull'andamento delle decisioni giudiziali²⁶.

Ora, se simili contributi hanno avuto il merito indiscutibile di aver richiamato l'attenzione sul *large realm of uncertainty* che contraddistingue il diritto, non sono stati altrettanto efficaci nel dar conto (limite non trascurabile, in una teoria che si pretende realista) del consistente grado di *predictable uniformity* riscontrabile nell'azione dei tribunali.

Con buona pace dei teorici sopra menzionati, infatti, il diritto non consta di una massa di decisioni irrelate e frutto di una collezione di idiosincrasie giudiziali²⁷. Il punto, infatti, è che se è senz'altro vero che i giudici sono esseri umani (dotati di psiche e soggetti ad indigestioni), è però altrettanto vero che sono un particolare gruppo di esseri umani, selezionati e formati in base a criteri precisi, nonché soggetti ad un potente sistema di *governmental controls*²⁸.

²⁶ Cohen 1960: 70. Cohen, insomma, si palesa qui come un campione della *Sociological Wing* del realismo giuridico americano (per riprendere la nota distinzione formulata in Leiter 2007: 27-28) e un netto oppositore della *Idiosyncrasy Wing*. Nella ricostruzione coheniana, infatti, per dirla con Leiter, «judges instantiate general characteristics, rather than idiosyncratic ones» (Leiter 2007: 29, n. 71).

²⁷ Ibidem.

²⁸ Cohen 1960: 70: «their acts are “judicial” only within a system which provides for appeals, rehearings, impeachments and legislation».

Per questo, la decisione «peculiare» e idiosincratICA soffre di un rapido processo di erosione, a meno che, come si vedrà meglio a breve, non costituisca la prima, significativa manifestazione di *a new social force*, nel qual caso cessa rapidamente di essere peculiare.

Anziché darsi ad esercizi di psicoanalisi giudiziale, appare quindi assai più proficuo, dal punto di vista teorico, intendere il *judicial hunch* come il risultato del costante impatto dello studio dei precedenti da parte del giudice, delle sue conversazioni con colleghi e giuristi in genere, nonché dei vari impulsi provenienti dalla vita sociale e politica (ivi compresa la lettura dei giornali)²⁹.

Insomma, una teoria realista delle decisioni giudiziali, per essere autenticamente tale, deve studiare la singola decisione non già come la mera espressione della personalità individuale del giudice estensore della sentenza, ma, anche e ancor più, quale funzione di forze sociali, ovvero prodotto di *social determinants* e indice di conseguenze sociali:

«A judicial decision is a social event. Like the enactment of a Federal statute, or the equipping of police cars with radios, a judicial decision is an intersection of social forces. Behind the decision are social forces that play upon it to give it a resultant momentum and direction; beyond the decision are human activities affected by it»³⁰.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

Le considerazioni esposte nel passo appena menzionato permettono di precisare le implicazioni dell'approccio funzionalista propugnato da Cohen.

La decisione giudiziale, per quanto rilevante, non può essere studiata e compresa in tutte le sue *social dimensions* se non è, funzionalisticamente, posta in relazione al contesto in cui si genera e ai contesti su cui agisce.

Uno studio siffatto comporta necessariamente il ricorso a *prediction e history*, strumenti tesi ad accertare la dinamica dei fattori (giuridici, ma soprattutto etico-politici e socio-economici) che hanno influito sulla decisione e a formulare ipotesi predittive su circa l'incidenza che la decisione avrà sulla giurisprudenza relativa a casi (per qualche aspetto rilevante considerabili) analoghi, nonché sul più ampio gioco dei fattori sociali, che influenzeranno a loro volta future decisioni.

È questa la ragione profonda per cui problemi su cui si affannava la *classical jurisprudence* sono, *nella prospettiva funzionalista*, inconsistenti. Per limitarsi ad un solo esempio, la distinzione fra *obiter dictum* e *holding* di una qualsiasi sentenza non è da ricercarsi mediante gli strumenti della logica, bensì può essere formulata solo come predizione circa il modo in cui i tribunali decideranno di interpretare e utilizzare quella sentenza³¹.

È, questa, altresì la ragione profonda dello scacco della *traditional legal science*, quantomeno nella sua pretesa di fornire *an instantaneous snapshot*, una descrizione del di-

³¹ Cohen 1960:71.

ritto come un sistema completo e ordinato esistente in un determinato momento³².

Ma il diritto non è un sistema di assiomi «puri», estranei allo spazio e al tempo, bensì un complesso dinamico di pratiche sociali e, come tale, richiede

«a study of human behavior- human behavior as it molds and it is molded by judicial decisions. Legal systems, principles, rules, institutions, concepts, and decisions can be understood only as functions of human behavior»³³.

Sin qui, sono stati (sia pur brevemente) esaminati due elementi (essenziali e interdipendenti) della *functional jurisprudence* coheniana. Per coglierne, però, un ulteriore e non meno importante aspetto, ovvero il pluralismo e il netto anti-riduzionismo che informano tale approccio, e per evitare alcuni equivoci (tanto frequenti quanto nefasti) cir-

³² Cohen 1960:72. «Contrariamente a ciò che ritengono i formalisti, le regole, i valori, ed i concetti del diritto positivo non sono entità fisse e perenni, come fossili e civiltà sepolte. Invero, regole, valori e concetti giuridici sono il prodotto dell'attività incessante dei diversi titolari di poteri nomotetici – legislatori, giudici, pubblici funzionari, imprese, associazioni di imprenditori, sindacati, associazioni di consumatori, ecc. – operanti in una società economicamente e tecnologicamente avanzata. In particolare, i sistemi coerenti e completi di regole giuridiche non sono entità naturali – poco importa se del mondo fisico o del mondo del diritto –, né assimilabili ad entità naturali, ma sono, piuttosto, i prodotti delle elaborazioni politicamente orientate dei giuristi». Chiassoni 1992: 289.

³³ *Ibidem*.

ca tale, fondamentale carattere del programma coheniano, conviene ora prendere in considerazione una critica di cui l'autore è stato in varie forme oggetto.

3.3. *Tales about the Elephant*

Il carattere pluralista e anti-riduzionista del funzionalismo coheniano

Come ricordato nella Premessa (*supra*, § 1) in uno dei suoi lavori più noti e influenti³⁴, Brian Leiter ha affermato che Cohen avrebbe adottato una versione platealmente indifendibile del *rule-skepticism*³⁵. Salvo il rispetto per l'*auctoritas* di Leiter, tuttavia, è lecito chiedersi se le cose stiano davvero così e se, davvero, Cohen sia effettivamente archiviabile come un ingenuo *supporter* del *conceptual rule-skepticism*.

Nel suo incisivo catalogo delle svariate manchevolezze che affliggono il *conceptual rule-skepticism*³⁶, Leiter (seguendo Hart) mostra come, definendo il *concetto* di diritto in termini di «ciò che i tribunali decideranno», tale prospettiva teorica conduca inevitabilmente ad una rico-

³⁴ Leiter 2019: 5, n. 6.

³⁵ «Conceptual Rule-Skepticism is a claim about the nature of law, i.e., that it consists only in what courts say or in predictions of what courts will do». Leiter 2019: 10. Poco dopo, a p. 11, Cohen è liquidato come «arguably, a Conceptual Rule-Skeptic».

³⁶ Leiter 2007: 69-72.

struzione manifestamente assurda e grottescamente caricaturale del ragionamento giudiziale.

Per riprendere un esempio leiteriano³⁷, secondo il *conceptual rule-skepticism*, un giudice che debba decidere se un *franchisor* in Connecticut possa o meno rescindere un *franchisee* con una notifica inferiore ai sessanta giorni, sarebbe impegnato in una sorta di curioso monologo amletico: «What do I think I will do?»³⁸. Tuttavia, vale forse la pena chiedersi se tale rappresentazione catturi effettivamente la posizione di Cohen.

A prima vista, certo, il quesito può apparire ozioso e destinato ad una risposta scontata: sulla base di quanto visto al paragrafo precedente, parrebbe proprio di non poter concludere diversamente. Se, tuttavia, si ha la pazienza di tornare a consultare con la necessaria attenzione l'opera di Cohen, non si tarda ad accorgersi che essa ci consegna una rappresentazione invero più complessa ed articolata.

Innanzitutto, nel prendere in considerazione un quesito come «is there a contract?», Cohen mette in chiaro³⁹ come, quando a porsi lo è *the realist lawyer*, una delle sue principali preoccupazioni è senz'altro rivolta all'*actual behavior* dei tribunali, per prevedere il quale egli prenderà in considerazione un vasto insieme di fattori, come, a mero titolo esemplificativo, quali tribunali si pronunceranno su

³⁷ Leiter 2007: 70.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Cohen 1960: 65.

quella determinata transazione e sulle sue conseguenze; quali elementi della specifica transazione saranno intesi come rilevanti da quei tribunali; le decisioni prese in passato da quei tribunali relativamente a casi simili, ovvero a casi che sono identici a quello in esame in base a quegli aspetti che il tribunale chiamato a pronunciarsi su di esso riterrà rilevanti; il complesso e l'entità dei fattori⁴⁰ che orienteranno il tribunale verso la conformità con i precedenti (naturalmente, previamente selezionati in base a criteri di rilevanza analoghi a quelli sopra menzionati); il complesso e l'intensità dei fattori⁴¹ che eserciteranno invece una pressione verso un *new judicial treatment* per il caso in oggetto.

Tuttavia, quando è invece il giudice a confrontarsi con il quesito «is there a contract?», nel redigere una sentenza (o un'opinione giudiziale), Cohen sottolinea⁴² che egli non è affatto impegnato nella curiosa occupazione di cercare di predire la propria condotta. Il giudice sta, semmai, sollevando la questione se un certo tipo di responsabilità debba essere correlata a determinate azioni, o meno.

⁴⁰ Fra i quali Cohen menziona «inertia, conservatism, knowledge of the past, respect for predecessors, superiors, or brothers on the bench, a habit of deference to the established expectations of the bar or of the public». Cohen 1960: 66.

⁴¹ Fra i quali Cohen (ibidem) menziona «changing public opinion, judicial idiosyncrasies and prejudices, newly accepted theories of law, society or economics, or the changing social context of the case».

⁴² Cohen 1960: 67.

Dunque, nella prospettiva di Cohen, quando un giudice decide un caso, lungi dall'essere impegnato nel bizzarro monologo amletico sopra menzionato, è semmai impegnato in un complesso giudizio di valore, nel quale prende in considerazione e vaglia elementi diversi quali le aspettative basate sulle precedenti decisioni e sul complesso della giurisprudenza, la stabilità delle transazioni economiche, il mantenimento dell'ordine e della semplicità nel sistema giuridico⁴³. Nel ragionamento del giudice, insomma, sono coinvolte considerazioni concernenti «the social context, the background of the precedent, the practices and expectations, legal and extra-legal, which have grown up around a given type of transaction»⁴⁴.

Tuttavia, anche prescindendo dalla sua analisi del ragionamento giudiziale, vi sono altri e ancor più rilevanti aspetti dell'opera di Cohen che paiono porre radicalmente in dubbio l'accusa di *conceptual rule-skepticism*. Esaminando la «definizione del diritto»⁴⁵ come «profezia di ciò che faranno i tribunali» elaborata da Holmes, Cohen afferma con chiarezza⁴⁶ di non essere particolarmente inte-

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ammesso e non concesso che quella avanzata dall'autore di *The Path of the Law* possa realmente considerarsi una «definizione del diritto» concepita come esaustiva. Per una discussione al riguardo, si rimanda all'ampia disamina del dibattito e delle varie interpretazioni in merito svolta in Twining 2002: 44-57.

⁴⁶ Cohen 1960: 62-63.

ressato ad appurarne la verità o falsità. Ciò che è semmai rilevante, nella sua analisi, è, in una prospettiva squisitamente pragmatista⁴⁷, l'*utilità* della definizione. L'approccio di Cohen alla questione, dunque, sembra essere euristico, più che descrittivo o analitico.

Anche in seguito, del resto, Cohen ribadirà più volte che, nella sua prospettiva, il valore e il metro di giudizio di una teoria (in ambito giuridico, certo, ma anche in altri campi del sapere), non risiedevano tanto nelle tesi (pur di cruciale importanza) che essa avanzava, bensì, soprattutto, nell'aver posto quesiti che sconvolgevano l'agenda teorica, fino ad allora dominante, appuntando l'attenzione su

⁴⁷ Per limitarsi ad un solo esempio, si prendano in considerazione le analisi di Thayer (nel suo fondamentale lavoro storiografico dedicato al pragmatismo: si veda, in particolare, Thayer 1968: 139, n. 12) sulla conoscenza come impresa strutturalmente *instrumental and purposeful* nel pensiero di James. Nelle pagine di *The Sentiment of Rationality* (1879), infatti, ritroviamo la definizione di *a conception quale teleological instrument*: «What now is a *conception*? It is a *teleological instrument*. It is a partial aspect of a thing which for our purposes we regard as its essential aspect, as the representative of the entire thing. In comparison with this aspect, whatever other properties and qualities the thing may have, are unimportant accidents which we may without blame ignore. But the essence, the ground of conception, varies with the end we have in view. A substance like oil has as many different essences as it has uses to different individuals. One man conceives it as a combustible, another as a lubricator, another as a food; the chemist thinks of it as a hydrocarbon; the furniture-maker as a darkener of wood; the speculator as a commodity whose market price today is this and tomorrow that. The soap-boiler, the physicist, the clothes-scourer severally ascribe to it other essences in relation to their needs. » (James 1879: 318-319).

elementi (fenomeni, fatti, problemi) che quest'ultima aveva, per varie ragioni, esclusi dal novero degli oggetti meritevoli di analisi, considerandoli irrilevanti, non interessanti, triviali, se non addirittura volgari e indegni di attenzione scientifica⁴⁸.

Mentre gli aristotelici continuavano a interrogarsi su problemi di venerabile tradizione come la natura del moto perfetto, Galileo aveva rivoluzionato il pensiero scientifico iniziando a porsi domande che apparivano bizzarre e, come si diceva, triviali circa la velocità di caduta dei gravi. Lobachevsky e Riemann avevano inaugurato un nuovo corso nella logica formale sfidando l'auto-evidenza dei postulati di Euclide e iniziando ad esplorare le conseguenze di assunti geometrici differenti da essi.

Marx (a dispetto di qualsivoglia critica, per quanto radicale, fosse possibile muovere al suo apparato concettuale e al complesso delle sue tesi) aveva impresso un nuovo indirizzo alla storiografia, insegnando ad indagare la genesi e lo sviluppo degli eventi storici non più rifacendosi ad aspetti quali il carattere dei sovrani, gli esiti delle guerre, o lo «spirito» di questo o quel popolo, bensì studiando la relazione fra un determinato evento e il sistema di produzione e distribuzione vigente in quel dato tempo e luogo⁴⁹.

Alla luce di tale impostazione euristica da lui assegnata all'impresa teorica, dunque, il fine perseguito dal

⁴⁸ Cohen 1960: 77.

⁴⁹ Cohen 1960: 78.

programma di Cohen, anziché quello di confutare le altre teorie che occupavano la scena giusfilosofica o quello di elaborare una «definizione del diritto» esaustiva, auto-sufficiente e definitiva, sembra semmai essere quello di orientare l'analisi, in una prospettiva tipicamente realista, su aspetti e problemi negletti da altre impostazioni teoriche:

«how do rules of law work? Are certain rules of law, so-called, merely ritual observances which have no verifiable relation to the decisions of judges who recite them? To what extent are laws actually obeyed? [...] What are the social mechanisms and institutions that make certain rules of law effective and leave others dead letters? When rules of law are obeyed or disobeyed, what consequences actually follow from such conduct?⁵⁰ ».

Insomma, l'obiettivo di Cohen pare essere una migliore e più approfondita comprensione del *law-in-action*.

In tale prospettiva, pertanto, le decisioni giudiziali possono essere studiate, come ricordato in precedenza, quali «a product of social determinants, and an index of social consequences»⁵¹, senza pretendere, con ciò, di sostituire tutte le differenti 'definizioni' che altre prospettive, dotate di fini diversi e prendendo le mosse

⁵⁰ Cohen 1960: 79.

⁵¹ Cohen 1960: 70.

da diversi interrogativi⁵², possono proficuamente elaborare⁵³.

In effetti, lungi dall'essere un rozzo e frettoloso riduzionista, Cohen pare al contrario nutrire un'acuta consapevolezza della complessità del fenomeno giuridico, e, dunque, l'approccio teorico da lui proposto è *programmaticamente* aperto alla collaborazione con altri approcci (nessuno dei quali, nella sua prospettiva, può isolatamente ambire a catturare in modo esaustivo il proprio oggetto di studio), in modo da pervenire ad una più ampia e sinottica comprensione di tale fenomeno⁵⁴. In tal senso, Cohen

⁵² Per limitarsi a considerare un solo esempio, Cohen rimarca che gli interrogativi da cui la sua ricerca trae origine sono assai differenti da quelli di cui l'*analytical jurisprudence* si è occupata (ad esempio: «What is the nature or structure of law?») o da quelli considerati invece dall'*historical jurisprudence* (come: «How has law developed?»). Si veda, sul punto, Cohen 1960: 79. Peraltro, vale la pena rilevare che anche Frank si affaticherà a lungo nel tentativo (sfortunatamente, in gran parte inane) di chiarire (spesso citate, ma ancor più frequentemente fraintese) tesi erano da intendersi quali *partial explanations* che impiegavano finzioni euristiche (come, ad esempio, la nozione di «inconscio») quali strumenti concettuali in grado di gettare luce su rilevanti aspetti del diritto, delle pratiche giuridiche e delle decisioni giudiziali largamente trascurati o del tutto ignorati da altre ipotesi esplicative, ipotesi di cui, peraltro, l'autore non intendeva in alcun modo negare la valenza esplicativa, sia pure altrettanto parziale (Frank 2009: 391-399). Per un elenco di ulteriori spiegazioni menzionate da Frank, si veda Frank 2009: 281-282.

⁵³ Cohen 1960: 55.

⁵⁴ «Legal philosophy is not a bad play in which each actor clears the stage by killing off his predecessors. Rather is legal philosophy,

sottolinea con chiarezza la stretta interdipendenza che unisce la sua prospettiva teorica e linee di ricerca quali quelle dell'*analytical* e della *historical jurisprudence*⁵⁵. In linea di principio, dunque, non sembra esserci alcuna ragione per cui la prospettiva coheniana non possa coniugarsi anche con una linea d'indagine quale quella sviluppata da Hart.

Tale attitudine pluralista dell'approccio di Cohen si palesa pienamente nella sua recensione ad una storia della filosofia del diritto composta da Huntington Cairns⁵⁶, autore talvolta accostato al realismo giuridico⁵⁷. Nel testo in questione, dopo aver descritto la ricostruzione storica proposta da Cairns come «the dreary and orthodox picture of thirteen great legal philosophers who could not agree even on what it was they were talking about»⁵⁸ e i cui risultati, dunque, non possono essere in alcun modo conciliati in un insieme (più o meno) armonico, Cohen propone una differente visione dell'impresa giusfilosofica.

like philosophy generally, a great cooperative exploration of possible perspectives through which life's many-faceted problems can be viewed». Cohen 1960:154. See also this passage: «Obviously, [functionalism] is not the *only* way of gathering useful information, and, obviously, it is largely dependent upon the results of classificatory or taxonomic investigation, genetic or historical research, and analytical inquiries» (Cohen 1960: 55).

⁵⁵ Cohen 1960: 79.

⁵⁶ H. Cairns, *Legal Philosophy from Plato to Hegel* (1949).

⁵⁷ Si veda, ad esempio, Kalman 1986: 18.

⁵⁸ Cohen 1960: 153.

Rivisitando il celeberrimo apologo dell'elefante e dei sei viandanti ciechi⁵⁹ (ciascuno dei quali, in base alla propria esperienza tattile di diverse parti del suo corpo, descrive il pachiderma come, rispettivamente, un muro, una lancia, un serpente, un albero, un ventaglio e una corda), Cohen rileva che, analogamente, molti e diversi interrogativi possono essere posti⁶⁰ riguardo al diritto e al *legal order*, e, dunque, una filosofia del diritto adeguatamente ampia può trovare spazio per differenti *insights*. Beninteso, una visione sinottica che attribuisce valore ad una pluralità di prospettive differenti non deve essere confusa con un metodologicamente disinvoltato esercizio di *scissors and past eclecticism*⁶¹. Infatti, assemblare forzosamente risultati ottenuti da ricercatori che hanno seguito percorsi e si sono occupati di problemi nettamente distinti e diversi sarebbe, senza dubbio, un'operazione sterile e confusa.

Per attingere un corretto, ancorché incompleto, *account of the elephant*, le differenti relazioni dedicate a descriverlo debbono essere opportunamente coordinate, tenendo debitamente conto della direzione in cui è avvenuto ciascuno contatto e prendendo con precisione nota dei rispettivi punto di contatto con l'animale. Fuor di metafora, per pervenire ad una più ampia ed articolata raffi-

⁵⁹ Cohen 1960: 153-155. Si vedano inoltre le pp. 205-210.

⁶⁰ Cohen 1960: 154.

⁶¹ Cohen 1960: 155.

gurazione dell'*Elephant called Law*⁶², i differenti apparati concettuali e definatori elaborati da ciascuna prospettiva teorica devono essere attentamente sistematizzati, considerando i diversi fini perseguiti da ciascuna indagine nel costruire il proprio, specifico apparato.

Gioverà, ai fini di dar pienamente conto dell'impostazione di Cohen, prendere altresì brevemente in considerazione la posizione di uno dei critici⁶³ con cui, nello svolgere le considerazioni sin qui richiamate, l'autore si stava misurando.

Elaborando tesi ed analisi che saranno successivamente raccolte nel suo celebre lavoro dedicato alla *definition of law*⁶⁴, infatti, Kantorowicz aveva criticato come plateale esempio di definizione del diritto inappropriata e dannosa quella, a suo dire, avanzata dai realisti giuridici americani (o, quantomeno, dagli *extremists* fra essi) secondo cui il 'diritto' sarebbe definibile senza alcun riferimento a norme, bensì solo a *real facts* quali l'azione dei giudici⁶⁵. Onde evitare di incorrere in limiti analoghi

⁶² Cohen 1960: 210.

⁶³ Cohen menziona, in particolare, Dickinson e Kantorowicz (Cohen 1960: 62, n. 72), su cui fornisce utili ragguagli anche Golding 1981: 1040-1042.

⁶⁴ Kantorowicz 1958.

⁶⁵ «A further misuse of the term "law" [...] is to consider law to be, not a body of rules, but a mass of *real facts*, for example, the behaviour of the judges. This view [...] would extirpate legal science as it hitherto been cultivated in every country. Hitherto it has been a basic assumption of every branch and type of legal science that there is a knowable distinction between legal and illegal acts of

a quelli, a suo giudizio, evidenziati da tale definizione, Kantorowicz si faceva al contrario convinto propugnatore dell'*usefulness* di una *broad definition* del diritto⁶⁶, capace di superare le limitazioni di definizioni rivelatisi troppo ristrette⁶⁷ e 'parrocchiali' e di combinare in *a historically and logically coherent unit*⁶⁸ i risultati delle diverse investigazioni, discipline e scuole che, da varie prospettive e con diverse impostazioni metodologiche, si sono cimentate nell'impresa definitoria.

Se, dunque, Kantorowicz e Cohen paiono condividere preoccupazioni simili (evitare di minimizzare la complessità del fenomeno giuridico) e simili obiettivi (conciliare

subjects, and justifiable and unjustifiable decisions of courts. But illegal acts and unjustifiable decisions are just as "real" as legal acts and justifiable decisions, and there is no way of distinguishing them except by applying to them the rules of law, which consequently must be something else». Kantorowicz 1958: 18. È curioso osservare che, nella sua (alquanto perentoria) affermazione circa la *basic assumption* condivisa da *every branch and type of legal science*, Kantorowicz sembra dimenticare la complessa posizione di Gray (che pure cita: vedi, ad esempio, Kantorowicz 1958: 48) di cui si è tentato di dar conto nel primo capitolo, a meno che, beninteso, non classifichi implicitamente l'autore non solo fra i realisti, ma anche fra i più *extremists* del novero.

⁶⁶ Kantorowicz 1958: 11-14.

⁶⁷ Kantorowicz 1958: 13. In tal senso, occorrerebbe espungere dalla definizione di diritto tutti quegli elementi (quali *positiveness, enforceability, State origin, binding character* che, a dispetto della loro familiarità e ricorrenza in manuali e monografie, si mostrano però inadeguati a dar conto di *immemorial aspects* del fenomeno che pretenderebbero definire.

⁶⁸ Kantorowicz 1958: 12.

i risultati delle diverse *investigation* sul diritto), essi finiscono, tuttavia, con l'approdare ad esiti pressoché opposti. Mentre Kantorowicz insiste, come si è visto, sulla opportunità di una *broad definition* del diritto al fine di abbracciare in un insieme storicamente e logicamente coerente gli esiti degli studi giuridici, Cohen, al contrario, pare (quantomeno negli scritti qui presi in considerazione) diffidare profondamente di una tale operazione, che rischia pericolosamente di assomigliare a quel confuso sincretismo stigmatizzato dall'autore.

Nella visione coheniana, infatti, l'estrema specializzazione imposta dalla complessità dei fenomeni giuridici agli approcci di ricerca che aspirano a darne variamente conto richiede inevitabilmente l'adozione di definizioni *ad hoc*, capaci di orientarne l'investigazione e la correlata elaborazione degli appropriati strumenti e delle opportune direttive metodologiche. In tal senso, una definizione 'ecumenica' del diritto, lungi dal favorire la necessaria cooperazione fra gli approcci, non farebbe che tradirne la specificità e ostacolarne l'azione. La conciliazione dei differenti *tales about the elephant* (imprescindibile, per Cohen, tanto quanto la loro specializzazione), insomma, non può essere affidata ad una definizione onnicomprensiva, per quanto *broad* e sapientemente tornita⁶⁹.

⁶⁹ È interessante osservare che, come si vedrà estesamente nel prossimo capitolo, anche Llewellyn nutriva svariate riserve nella possibilità di racchiudere «il diritto» in una definizione *passé-partout* e, per così dire, buona per tutti gli usi.

3.4. *A Fashionable Idea?*

Brevi considerazioni sul funzionalismo di Cohen

Per concludere il conciso esame del pensiero coheniano sin qui svolto, nonché per completare l'apologia filosofica dell'autore, un ultimo (ma non meno importante) punto merita di essere, sia pur brevemente, preso in considerazione.

Nella sua (invero severa) recensione di un noto lavoro di Duxbury⁷⁰, Leiter sostiene che, tra gli svariati «examples of “fashionable” ideas that have swept American legal scholarships»⁷¹ presentati da Duxbury senza il necessario approfondimento critico, figurerebbe anche «Felix Cohen's preposterous legal functionalism»⁷².

Alla luce delle analisi sinora svolte, apparirà chiaro che l'aggettivo *preposterous* potrebbe rivelarsi un po' troppo aspro. Inoltre, qualificare il funzionalismo coheniano alla stregua di una «a fashionable idea [...]» che un disinvolto giurista «lifts from some other disciplines, applies to law and then pronounces a “theory”»⁷³ equivale, forse, ad emettere una sentenza tanto affrettata quanto ingiusta.

Senza dubbio, è corretto affermare che, come ricordato nella premessa del capitolo, Cohen ha adottato il fun-

⁷⁰ Duxbury 1995.

⁷¹ Leiter 2007: 100.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

zionalismo (principalmente) dal dibattito a lui coevo nelle scienze sociali, in special modo dall'antropologia. Infatti, uno dei più cospicui punti di partenza della sua ricerca è l'opera dell'antropologo Bronislaw Malinowski⁷⁴, dal quale Cohen mutuava una delle definizioni di funzionalismo:

«Modern anthropology concentrates, above all, on what is now usually called the function of a custom, belief or institution. By function we mean the part which is played by any one factor of a culture within the general scheme»⁷⁵.

⁷⁴ Il quale, peraltro, come recenti studi vanno via via mostrando, ha costituito un'influenza rilevante anche per Talcott Parsons, uno dei «padri fondatori» dell'indirizzo funzionalista in sociologia. Si veda, al riguardo, Stępień 2016: 40.

⁷⁵ Malinowski (nell'introduzione al testo di Hogbin *Law and Order in Polynesia* (1934), citato in Cohen 1960: 58, n.65. Nel suo importante studio, Laura Kalman (si veda Kalman 1986: 17) afferma che, ad eccezione appunto di Llewellyn, i realisti, in genere, a dispetto del loro fervore per le scienze umane e sociali, non hanno ritenuto particolarmente rilevante l'antropologia e che lo stesso Cohen, a dispetto della sua ammirazione per l'antropologia funzionalista, in ultima analisi non ha preso particolarmente in considerazione la disciplina. Senza dubbio, Cohen non si è impegnato in un lavoro di ricerca analogo a quello di Llewellyn e Hoebel; tuttavia, il giudizio di Kalman appare eccessivo, giacché, per Cohen, l'opera di autori come Boas, Lowie e, appunto, Malinowski ha rivestito grande rilievo. Su tali spetti del pensiero di Cohen e per una parziale confutazione della tesi di Kalman, si vedano le significative considerazioni di Tuori 2017: 809-810.

Ma è altresì corretto affermare che, come si anticipava nel primo paragrafo, Cohen, in modo parzialmente analogo a Llewellyn⁷⁶, appare essersi spinto (almeno) un passo avanti a Malinowski e al primo funzionalismo, mostrando di comprendere acutamente se non altro alcuni dei problemi che il sociologo Robert K. Merton delinea e analizzerà in *Manifest and latent functions*⁷⁷.

⁷⁶ Hoebel-Llewellyn 1941. Propongo qui una tesi analoga a quella sostenuta (persuasivamente) da Twining in relazione alla *law-jobs theory* di Llewellyn, in cui ravvisava appunto un esempio di funzionalismo *modified* in grado di superare con successo, almeno nei suoi capisaldi, il *test* delle critiche di Merton; sul punto, si veda Twining 2009: 109-112. Si vedano, inoltre, le brevi ma rilevanti considerazioni svolte in Twining 2002: 192, n. 44. Al riguardo, si rimanda altresì alla trattazione più estesamente svolta *infra*, nel prossimo capitolo. Beninteso, la teoria elaborata da Llewellyn offre una base più consistente, per supportare una lettura come quella proposta da Twining, rispetto ai lavori di Cohen qui presi in esame, che, è bene ribadire, non presentano una teoria compiutamente elaborata, bensì solo il programma e, per così dire, lo ‘scheletro filosofico’ di una teoria. Se la tesi qui avanzata ha quindi un carattere congetturale, mi pare, tuttavia, che, come mi sforzerò di mostrare, i testi esaminati contengano rilevanti elementi atti a suffragarla.

⁷⁷ *Manifest and latent Functions* (1949), in Merton 1968: 73-138 e, per una traduzione italiana, in Merton 2000: 121-224. Com'è noto, Merton identificava in particolare tre postulati: il postulato dell'unità funzionale della società (postulato fatto proprio da quelle declinazioni del funzionalismo che spingono l'analogia fra società e organismi biologici fino ad affermare che «ogni attività e ogni credenza che sia culturalmente standardizzata è funzionale per la società intesa come unità», Merton 2000: 134); il postulato del funzionalismo universale (tutte le forme culturali o sociali hanno un valore funzionale; Merton 2000: 140); il postulato dell'indi-

Per rendersene conto, basti prendere in considerazione le osservazioni di Cohen riguardo al (poco commendevole) fatto che, talvolta, la formula *functional approach*:

«is used to designate a modern form of animism, according to which every social institution or biological organ has a “purpose” in life, and is to be judged good or bad as it achieves or fails to achieve this “purpose”»⁷⁸.

Nel passo (conciso ma eloquente) appena citato Cohen appare identificare e criticare almeno alcune fallacie analoghe a quelle successivamente analizzate da Merton.

In particolare, la stigmatizzazione degli abusi dell’analogia⁷⁹ fra gruppi sociali e organismi biologici, nonché della connessa, rozza schematicità con cui ogni *social institution*, così come organo, avrebbe uno «scopo» sul cui raggiungimento (o mancato raggiungimento) essa dovrebbe essere valutata, catturano almeno due dei postulati identificati da Merton⁸⁰.

spensabilità (identificazione di alcune funzioni, o, in altre versioni, di alcune forme culturali come indispensabili; Merton 2000: 143). Al riguardo, preziose ancorché schematiche osservazioni in Twining 2009: 109

⁷⁸ Cohen 1960: 47.

⁷⁹ Analogia dotata, com’è noto, di una secolare fortuna, che data (almeno) fin dal celebre apologo di Menenio Agrippa sulla relazione fra le membra e il corpo.

⁸⁰ Twining 2002: 192, n. 50.

Innanzitutto, il postulato della «stretta unità funzionale» della società, intesa appunto come un organismo⁸¹ alla cui conservazione tutte le sue componenti concorrono concordemente e, in secondo luogo, il postulato del «funzionalismo universale», per cui *ogni* istituzione sociale svolge un ruolo funzionale positivo per l'intera società e non possono esistere elementi a-funzionali.

Di qui, la cauta riformulazione coheniana del funzionalismo evitando ogni diretto riferimento alla *whole society* e al correlato rifiuto di ricondurre immancabilmente a tale *big picture* ogni elemento.

Inoltre, Cohen sembra aver perfettamente chiaro (si veda l'ironia sulla *modern form of animism*) che attribuire *a purpose* ad istituzioni e consuetudini è pratica erronea e pericolosamente fuorviante, giacché sovrappone e confonde *disposizioni soggettive* (intenzioni, fini, scopi) degli agenti e *conseguenze sociologiche oggettive e osservabili* delle loro azioni⁸².

⁸¹ Peraltro, come Merton ha cura di segnalare citando alcuni studi sul sistema nervoso, tale analogia si regge sul presupposto che tutti gli organismi biologici individuali siano massimamente integrati, ignorando che, al contrario, possono darsi, a tale riguardo, significative variazioni a seconda dell'organismo preso in esame. Ad esempio, le asterie o «stelle marine» sono talmente poco integrate che, se una di esse giace sulla schiena, alcuni dei suoi tentacoli possono tentare di voltare l'animale in una direzione, mentre altri tentano di voltarlo nella direzione opposta. Merton 2000: 134.

⁸² Grande attenzione viene data al punto in Merton 2000: 128-129.

Infine, da attento lettore di Bentham⁸³, Cohen sembra rilevare altresì un elemento (cripto) normativo veicolato da siffatte concezioni (si veda l'allusione a giudizi di valore connessi con gli «scopi» raggiunti o mancati), elemento rivelatore delle non troppo nascoste ideologie⁸⁴ che esse possono prestarsi a veicolare.

Naturalmente, sarebbe davvero *preposterous* e ridicolo sostenere che tali intuizioni di Cohen (e, per la verità, anche l'assai più elaborata teoria di Llewellyn) abbiano pienamente 'anticipato' le analisi e le conclusioni del lavoro di Merton. Naturalmente, le cose non stanno così: tanto l'opera di Cohen che quella di Llewellyn, tuttavia, possono essere intese come contributi (di differente entità, senza dubbio) ad una tradizione nell'ambito delle scienze sociali

⁸³ Per un'eloquente attestazione dell'influenza di Bentham su Cohen, si veda Cohen 1960: 93-94 e 179-182. Come segnala opportunamente Golding 1981: 1037, n. 27, Cohen era un estimatore dell'utilitarismo benthamiano, che aspirava a rivisitare e rifondare alla luce delle acquisizioni metodologiche delle scienze sociali: «Bentham therefore had to rely entirely upon common observation in making his own calculations of the effects of various legal rules and institutions. Today jurisprudence can draw upon a wealth of material, scientifically collected and organized, in tracing the effects of law in human society» Cohen 1960: 94. Ringrazio Francesco Ferraro per l'attenta discussione del punto in questione.

⁸⁴ Sulle ideologie da più parti rimproverate all'analisi funzionale-ideologie, peraltro, di segno opposte, facendo del funzionalismo, di volta in volta, un araldo del progressismo più sfrenato o un baluardo del più bieco conservatorismo- si sofferma anche Merton 2000: 149-164, sottolineando in conclusione l'innocenza del contenitore rispetto ai contenuti ideologici di cui è stato variamente colmato.

che ha avuto origine con Malinowski, è stata successivamente sviluppata da Parsons⁸⁵, è stata in seguito ampliata ed arricchita da Merton, e, successivamente, discussa con varie prospettive da autori diversi quali Goffman, Giddens, Geertz e Turner, fra gli altri⁸⁶.

Insomma, se davvero si è trattato di *a fashionable idea*, è stata, dopotutto, una moda particolarmente significativa e duratura nel dibattito (non solo) statunitense nell'ambito delle scienze sociali.

⁸⁵ Sul dibattito storiografico circa l'effettiva portata dell'influenza di Malinowski su Parsons, si rimanda a Stępień 2016: 40.

⁸⁶ Twining 2002: 192, n. 50.

CAPITOLO 4

The Henchman of Legal Realism. Karl N. Llewellyn e l'antropologia giuridica

4.1. Premessa

Obiettivo del capitolo è l'analisi del contributo di Llewellyn all'antropologia giuridica, con particolare riferimento alle (o, meglio, ad alcune delle) proposte teoriche sviluppate nella prima e nella terza parte di *The Cheyenne Way*¹, le sezioni dell'opera in cui l'apporto del giurista statunitense è nettamente preponderante.

Più nel dettaglio, si cercherà di mostrare come la disamina dell'apporto di Llewellyn all'antropologia giuridica, oltre ad evidenziare un interesse dominante del giurista fin dagli anni della sua formazione, costituisca una chiave d'accesso privilegiata ad elementi centrali della sua proposta teorica, mettendo in luce la sua peculiare concezione del rapporto fra la *jurisprudence* e le scienze sociali, da un lato, e, dall'altro, permettendo di cogliere il nucleo del «funzionalismo» che innerva la sua teoria.

Tale funzionalismo, come ha persuasivamente sostenuto Twining², è peraltro assai più sofisticato di quanto

¹ Hoebel-Llewellyn 1941. Nello specifico, verranno qui presi in esame il secondo capitolo (*A Theory of Investigation*), il decimo (*Claims and Law-Ways*) e l'undicesimo (*The Law-Jobs*).

² Com'è noto, William Twining è, ad oggi, fra i più rilevanti studio-

una sia pur autorevole letteratura³ non sia stata a lungo disposta a riconoscere.

4.2. *Thinking Like a Cheyenne*

La critica all'*ideological approach*

La genesi di *The Cheyenne Way* costituisce un capitolo particolarmente edificante nella storia (spesso, più vichianamente 'ideale' che fattuale) della collaborazione interdisciplinare.

Come Hoebel ricorderà⁴, infatti, il lavoro traeva origine da un progetto di tesi di dottorato dedicato allo studio

si dell'opera di Llewellyn, come attesta il suo celebre e fondamentale Twining 1985, che a *The Cheyenne Way* dedica un capitolo imprescindibile (cfr. pp.153-162). Tuttavia, per quanto concerne la valutazione di Twining del *thin functionalism* alla base dell'opera, è necessario rivolgersi anche a due altri importanti lavori dello studioso, rispettivamente Twining 1993 e Twining 2009, in particolare alle pp. 106-114. Come si vedrà, tuttavia, pur accettando nel complesso l'interpretazione proposta da Twining, si evidenzieranno al tempo stesso, nelle conclusioni del capitolo, taluni elementi critici della proposta di Llewellyn atti a stemperare in parte certi eccessi di ottimismo esegetico a cui lo studioso appare talvolta proclive ad indulgere.

³ Un esempio ragguardevole della letteratura in questione è ravvisabile nell'importante lavoro Hunt 1978, in particolare alle pp. 48-53, su cui si avrà occasione di soffermarsi con maggior attenzione nei paragrafi successivi.

⁴ Hoebel 1964: 735-736.

del diritto presso gli Indiani delle pianure nordamericane da lui invano proposto ai docenti del Dipartimento di Antropologia della Columbia University nel 1933. Curiosamente, infatti, anche studiosi del calibro di Franz Boas e Ruth Benedict, a dispetto del precedente illustre di Malinowski⁵, ritenevano che il soggetto di studio prescelto poco si prestasse ad un'analisi fruttuosa giacché, essendo gli Indiani in questione privi di tribunali, di un sovrano identificabile con precisione e di sanzioni chiaramente definite, erano *ipso facto* privi di diritto propriamente inteso.

In tal modo, dunque, nella ricostruzione di Hoebel il Dipartimento di Antropologia della Columbia si rivelava, alquanto bizzarramente, una roccaforte della *jurisprudence* austiniana, declinata peraltro con una rigidità che invano si ricercerebbe nelle invero più caute e circostanziate formulazioni dello stesso Austin⁶.

Un ulteriore (ancorché correlato al precedente) motivo di scetticismo nei confronti dell'impresa scientifica progettata da Hoebel era poi riconducibile all'orientamento all'epoca privilegiato⁷ per lo studio (antropologico) del diritto nelle società primitive, quello che Llewellyn e Hoebel denomineranno come *ideological approach*.

⁵ Il riferimento è, ovviamente, a Malinowski 1926.

⁶ Sul punto, vedi anche Twining 1993:119-138; 127.

⁷ Privilegiato, ma non esclusivo: come segnala opportunamente Twining 1985:160, infatti, illustri eccezioni erano rappresentate, oltre che dal già citato Malinowski, da Roy Franklin Barton e Robert Sutherland Rattray.

In base a tale orientamento, il metodo adeguato per indagare il diritto di una *primitive society* si concentrava esclusivamente sull'identificazione di norme o regole consuetudinarie (fino a compilarne una sorta di *quasi-code*) che esprimessero modelli ideali di condotta, *right ways* sul cui parametro il comportamento degli agenti dovesse essere misurato⁸.

L'accertamento di tali norme avveniva per mezzo di quesiti posti ai membri della società, quesiti sul genere di «qual è la norma relativa a X?», «qual è la conseguenza giuridica prevista per il caso Y?».

Dal momento che gli Indiani intervistati tendevano a fornire immancabilmente risposte negative o, quantomeno, estremamente vaghe a tali interrogativi, anche uno studioso autorevole come Ralph Linton si riteneva perfettamente legittimato a dare per 'empiricamente' dimostrata l'insussistenza di *law-ways* presso tali società⁹.

⁸ Al riguardo, si veda ancora Hoebel 1964: 736. Una concisa ma accurata presentazione dell'*ideological approach* anche in Twining 1985: 159.

⁹ Hoebel 1964: 736. Come osserva puntualmente Twining 1985: 154, un simile approccio, oltre ad essere contraddistinto da svariati *limitations and pitfalls* (che a breve saranno esaminati più estesamente), è altresì straordinariamente inadeguato ad indagare gli usi di popolazioni *inarticulate about their institutions*, com'era appunto il caso di Comanches e le altre tribù delle pianure. Peraltro, è appena il caso di specificare che quesiti del genere di quelli sopra enunciati potrebbero a buon diritto ricevere risposte come «*it depends*» anche in società meno «inarticolate». Al riguardo, si vedano le considerazioni di Twining 1985:159-160.

Tuttavia, a onor del vero¹⁰, tali preclusioni teorico-metodologiche non impedirono a Boas di segnalare il brillante ancorché eterodosso candidato al Phd a Karl Llewellyn, un giurista e teorico del diritto che, per brillantezza ed eterodossia, già spiccava nel mondo accademico statunitense¹¹.

Il suggerimento era particolarmente indovinato.

La curiosità¹² di Llewellyn verso lo studio del *primitive law* datava infatti dagli anni della sua formazione a Yale, sotto l'egida sociologica dei lavori di Sumner e Keller¹³ ed era stata in seguito corroborata dall'incontro con l'opera di

¹⁰ E a riprova del fatto che, dopotutto, la lezione di Malinowski non aveva mancato di suscitare dubbi e feconde curiosità, perlomeno in studiosi come Boas. Ringrazio Guillaume Robertson per l'approfondita discussione al riguardo. Peraltro, il rapporto di collaborazione fra Llewellyn, Boas e Lips era tutt'altro che episodico, come ben mostra Tuori 2017: 816.

¹¹ Basti pensare alla celebre *querelle* che, solo pochi anni prima, l'aveva visto contrapporsi ad una *living institution* del calibro di Roscoe Pound. Per un utile inquadramento del dibattito e per i testi relativi, si rimanda a Fisher, Horwitz, Reed 1993: 49-75.

¹² Curiosità perdurante e ben documentata anche da scritti della piena maturità, quali, ad esempio, *The Anthropology of Criminal Guilt* (1950), in Llewellyn 1962: 439-450.

¹³ Per interessanti osservazioni circa l'influenza di tali autori sull'itinerario intellettuale di Llewellyn si rimanda a Twining 1985: 92-94. Sebbene Llewellyn abbia in seguito sottoposto a severa critica alcune delle nozioni centrali del vocabolario concettuale sumneriano quali *mores* e *usages*, è interessante rilevare, come opportunamente fa Twining (p. 93), che, nel vocabolario concettuale di Llewellyn, locuzioni come *law-ways* costituiscono una chiara rielaborazione della nozione di *Folkways* di Sumner.

Max Weber, in considerevole anticipo rispetto alle fortune statunitensi dell'autore¹⁴.

Il primo risultato del sodalizio così inaugurato fu la tesi dottorale di Hoebel, dedicata ai Comanches e, a perpetua confusione degli scettici, completata con successo nel 1934¹⁵.

Incoraggiato dall'esito positivo in tal modo conseguito dal nuovo metodo d'indagine nonché dalla relativa teoria di riferimento, l'anno successivo Hoebel propose di applicarli in un più vasto studio dedicato, appunto, ai Cheyennes, da entrambi gli autori ritenuti dotati di pratiche giuridiche estremamente rilevanti e sorprendente-

¹⁴ Twining 1985: 153. Sull'interpretazione dell'opera di Llewellyn come *deeply rooted in the writings of Max Weber* (consultati nella versione originale ed in largo anticipo rispetto alle traduzioni che lo renderanno *the fashion* presso i sociologi americani) insiste anche Hoebel: 740, n. 21. Naturalmente, non è questa la sede per affrontare con l'adeguata attenzione la questione dell'influenza di Weber su Llewellyn; basti qui dire che, come emergerà dal seguito, numerosi e non secondari elementi concorrono a corroborare la valutazione di Hoebel. Circa la conoscenza della letteratura sociologica e giuridica di area tedesca da parte di Llewellyn, può essere utile ricordare a questo proposito che, in virtù dei suoi studi giovanili presso il Realgymnasium di Schwerin, nel Meclemburgo-Pomerania Anteriore, Llewellyn era in grado di padroneggiare fluentemente il tedesco, nonché di scriverlo con una padronanza stilistica che, almeno a detta di illustri recensori quali Kocoureck e Ehrenzweig, superava in eleganza quella dimostrata nella sua lingua madre. Twining 1985: 89.

¹⁵ Hoebel 1964: 735 e Twining 1985: 155. La tesi, accettata e approvata per la discussione dottorale nel 1934, venne effettivamente pubblicata nel 1940.

mente raffinate, ancorché insospettate dalla comunità degli studiosi¹⁶.

Come si diceva in precedenza, il punto di partenza del lavoro era una acuta insoddisfazione, condivisa da entrambi gli autori, per le gravi limitazioni che affliggevano l'*ideological approach*, limitazioni a cui essi imputavano la sostanziale inadeguatezza degli studi antropologici¹⁷ nel dar conto del fenomeno giuridico presso le «culture primitive»¹⁸.

Innanzitutto, come si diceva, un metodo siffatto, incentrandosi esclusivamente sull'identificazione di norme generali, è del tutto inadeguato quando si consideri che

«A Comanche, or a Barama River Carib, does not like to think that way. He finds troubles in reducing such general "norms" to expression in stating a solution for an abstract or a hypothetical case»¹⁹.

¹⁶ Twining 1985: 155.

¹⁷ Un discorso a parte, come si diceva, deve farsi nei confronti dell'opera di Malinowski, a cui gli autori di *The Cheyenne Way* tributavano alta stima per aver imboccato una via assai più fruttuosa ed adeguata allo studio del *primitive law*, senza per questo lesinargli critiche la cui più dettagliata esposizione verrà rimandata all'esposizione particolareggiata del *trouble-case method*. Su Malinowski e la sua influenza (anche fra i giuristi) si veda Tuori 2017: 808-814.

¹⁸ Si fa qui riferimento alla presentazione della *theory of investigation* elaborata da Llewellyn: Llewellyn-Hoebel 1941: 20-40.

¹⁹ Hoebel-Llewellyn 1941: 2.

A tale ingenuità squisitamente antropologica, se ne accompagnava poi un'altra, prevalentemente giuridica.

Infatti, l'*ideological approach* pareva imperniarsi sulla convinzione che un elenco di formulazioni normative quale quello che i suoi propugnatori tentavano invano di estorcere ai loro riluttanti intervistati potesse di per sé dar esaustivamente conto degli esiti dei processi decisionali in sede di applicazione (il tutto, va da sé, senza porsi alcun problema interpretativo di sorta).

In altri termini, l'«approccio ideologico» ometteva del tutto di distinguere fra *prescrizioni* normative e *descrizioni* della pratica giuridica per come essa avviene di fatto, con l'implicita (e, ciò che è più grave, probabilmente inconsapevole) assunzione che la pratica si conformasse senza residui alla prescrizione²⁰.

Soffermarsi su tali critiche ai limiti dell'*ideological approach* consente di chiarire un persistente fraintendimento relativo al realismo giuridico (particolarmente, quello statunitense) e, in particolare, ad una distinzione centrale nell'opera di Llewellyn.

Mi riferisco, nello specifico, alla tanto celebre quanto malintesa distinzione fra *paper rules* e *real rules*²¹.

²⁰ Una concisa ma illuminante trattazione su questo punto è offerta da Twining 2009: 298-301.

²¹ Distinzione, com'è noto, formulata da Llewellyn nel suo programmatico *A Realistic Jurisprudence: The Next Step* (1930), successivamente ripubblicato in Llewellyn 1962: 3-41. Rilevano, ai fini della presente trattazione, soprattutto le pp. 21-27.

Essa, infatti, era prioritariamente tesa²² –con buona pace di Hart e dei suoi fin troppo zelanti imitatori– non già ad affermare che le *paper rules* fossero una mera «crosta mitologica»²³ sovrapposta alle effettive decisioni dei giudici e a ciò che effettivamente le influenza, bensì a problematizzare la relazione fra *prescriptive rules* e la pratica giuridica ad esse correlata.

Il famoso *rule scepticism*, insomma, non verte, come una certa manualistica pervicacemente ripete, sull'«esistenza delle norme»²⁴, ma, semmai, sull'idea che esse, da sole, bastino a dar esaustivamente conto della pratica giuridica nella sua complessità²⁵.

In questo senso, compito del giurista «realista», interessato ad elaborare una *accurate and satisfyng description* del diritto, sarà precisamente quello di conoscere tanto le *paper* quanto le *real rules*²⁶, nonché la loro interazione,

²² Come rimarca con acume e finezza Twining 2009: 299.

²³ Twining 2009: 300: «The idea of paper rules has often been interpreted to refer to rules that are not operative at all or are merely a façade. That was not Llewellyn's point».

²⁴ Twining 2009: 299, in particolare alla nota 28.

²⁵ D'altronde, per citare l'aforistica saggezza di *The Bramble Bush*, «if rules were results, there would be little need of lawyers». Llewellyn 2012: 19.

²⁶ «Real rules, then, if I had my way with words, would by legal scientists be called the practice of the courts, and no "rules" at all. [...] "Paper rules" are what have been treated, traditionally, as rules of law: the accepted *doctrine* of the time and place- what the books there say "the law" is. [...] The "real rules" [...] are then predictions. They are, I repeat, on the level of isness and not of oughtness». Llewellyn 1962:21-22.

misurando accuratamente la discrepanza²⁷ che si dà fra i due insiemi²⁸.

È appena il caso di precisare, in integrazione al 'catalogo delle doglianze' relative all'*ideological approach* fin qui esposte, che esso ometteva completamente di prendere in considerazione fenomeni quali le antinomie, nonché, come si diceva, tutte le questioni connesse all'interpretazione.

Peraltro, come rileva Twining²⁹, fenomeni quali la divergenza fra *stated norms and actual results* o la coesistenza di norme antinomiche non sono certo esclusivo appannaggio delle *preliterate society*.

È lecito sospettare, insomma, che l'approccio ideologico porterebbe con tutta probabilità ad 'evidenze empiriche' alquanto bizzarre anche se applicato all'indagine sul diritto statunitense attuale.

²⁷ Llewellyn 1962: 23-25: «Are rules of law in the accepted sense eliminated in such a course of thought? Somewhat obviously not. Whether they be pure paper rules, or are the accepted patter of the law officials, they remain present, and their presence remains an actuality- an actuality of importance- but an actuality whose *precise* importance, whose bearing and influence become clear. [...] And the discrepancy, great or small, between the official formula and what actually results, obtains the limelight attention it deserves».

²⁸ Twining 2009: 299, n. 28.

²⁹ Twining 1985:159.

4.3. *Cleaning Up Social Messes*

Il metodo dei casi problematici e la *Law-Jobs Theory*

Sarebbe lecito attendersi che, dopo aver censurato severamente i limiti dell'approccio ideologico, Llewellyn elabori un metodo alternativo a partire da una cauta ridefinizione della nozione di 'diritto', proponendone magari una meno gravata da esiziali presupposti ideologici.

Tale aspettativa, tuttavia, è destinata ad essere frustrata. L'apporto principale di Llewellyn all'antropologia, infatti, può essere identificato nell'introduzione di uno strumento di indagine teso ad ovviare ai gravi limiti dell'approccio brevemente analizzato nel paragrafo precedente senza scendere sull'insidioso terreno delle definizioni stipulative: lo strumento in questione è, appunto, il *trouble-case method* (metodo dei casi problematici)³⁰.

Dal momento che tale denominazione può suggerire accostamenti fuorvianti, è importante precisare³¹ che il metodo in questione è cosa nettamente distinta tanto dal *case-method* di langdelliana memoria quanto dall'impiego corrente dei casi (ovvero, delle decisioni giudiziali) nella trattatistica di *common law*.

Il metodo elaborato da Llewellyn consiste nel sottoporre a dettagliata disamina delle *actual disputes*, analizzando con particolare attenzione i procedimenti messi in opera per decidere la controversia.

³⁰ Twining 1985: 159-166.

³¹ Come Twining 1985:160 non omette di fare.

Si trattava, dunque, di ricostruire con il maggior grado di completezza attingibile le circostanze, la condotta di ciascun partecipante in relazione alla controversia, le azioni eventualmente intraprese da altri attori (indagando, in tal caso, da *quali* attori), l'esito finale del procedimento, il ragionamento e l'argomentazione dei decisori, gli effetti della decisione sulle parti, nonché, più in generale, sui futuri *trouble cases* e sulla vita complessiva del gruppo³².

Ad opinione di Llewellyn, il *trouble-case method* presentava inoltre il vantaggio capitale di superare l'ostacolo della reticenza (se non dell'incapacità) degli *informants* nel formulare norme generali, nonché di analizzare il modo in cui le formule stabilite sono effettivamente applicate, misurando altresì il grado di coincidenza o di discrepanza tra tali formule e l'effettiva risoluzione delle dispute³³. Studiare i «casi difficili», insomma, consentiva di cogliere una cultura (giuridica, ma non solo) nel suo funzionamento maggiormente complesso e rivelatore. Infatti,

³² Twining 1985: 160. In questo senso, Llewellyn rimproverava ai lavori di Malinowski e Rattray (che pure avevano imboccato la giusta direzione) di fornire descrizioni troppo generali –per non dire generiche– delle pratiche giuridiche, di soffermarsi su un campione di casi troppo esiguo e, soprattutto, di soffermarsi eccessivamente su questioni di *substantive law*, tralasciando quei dettagli e interstizi procedurali nei quali, come lo studente di *jurisprudence* anglo-americana non cessa di sentirsi ripetere, il diritto si annida.

³³ Twining 1985: 160-161.

«The case of trouble [...] is the case of doubt, or is that in which discipline has failed, or is that in which unruly personality is breaking through into new paths of action or of leadership, or is that in which an ancient institution is being tried against emergent forces. It is the case of trouble which makes, breaks, twists, or flatly establish a rule, an institution, an authority. Not at all such cases do so. There are also petty rows, the routine law-stuff which exists among primitives as well as among moderns. For all that, if there be a portion of a society's life in which tensions of the culture come to expression, in which the play of variant urges can be felt and seen, in which emergent power-patterns, ancient security-drives, religion, politics, personality, and cross-purposed views of justice tangle in the open, that portion of life will concentrate in the case of trouble or disturbance. [...] The trouble-cases, sought out and examined with care, are thus the safest main road into the discovery of law. [...] They are the most revealing»³⁴.

Si potrebbe obiettare³⁵ che un metodo siffatto, scegliendo programmaticamente di concentrarsi su crisi, cioè su condizioni per definizione peculiari e non rappresentative della *routine law-stuff*, non possa ambire a descrivere adeguatamente quest'ultima.

Inoltre, abbandonandosi arbitrariamente alla ricerca dell'aneddotico, ovvero degli aspetti ancor più peculiari e

³⁴ Hoebel-Llewellyn 1941: 29.

³⁵ Twining 1985: 162.

atipici di situazioni già di per sé peculiari e atipiche, i due autori correrebbero il rischio di elaborare una rappresentazione gravemente distorta della cultura che ambirebbero a esaminare.

Tali obiezioni misconoscono significativamente la complessità metodologica dell'opera: infatti, l'impiego del *trouble-case method* implica e presuppone l'impiego di tutto il corredo delle tecniche antropologiche di ricerca sul campo. Esso costituisce infatti un supplemento, un'integrazione³⁶ a tali pratiche di ricerca: è, insomma, uno strumento che arricchisce e completa la cassetta degli attrezzi dell'antropologo, non già un rimpiazzo che pretende di sostituirsi a quest'ultima³⁷.

³⁶ E, se del caso (si pensi all'*ideological approach*), un emendamento.

³⁷ Con ciò, beninteso, non si vuole sostenere che il lavoro di ricerca di Llewellyn e Hoebel sia esente da aspetti problematici. Come osserva l'immane Twining 1985: 162, il *trouble-case method* può esplicitarsi in tutto il suo potenziale se basato su fonti e osservazioni di prima mano, mentre la fase della cultura cheyenne esaminata nel libro (e i relativi casi studiati) è collocabile nel periodo fra il 1820 e il 1880. Con piena consapevolezza dei rischi implicati dal lavoro su testimonianze indirette, i due autori hanno dispiegato una sofisticata batteria di strumenti per saggiare l'attendibilità storica dei racconti e per procedere a verifiche incrociate dei dati. Non potendo in questa sede affrontare adeguatamente tali cruciali questioni metodologiche, si rimanda, oltre che al citato Twining, alla sezione ad esse dedicata dell'opera: Hoebel-Llewellyn 1941, pp. 29-40. In ogni caso, è bene specificare, ancora una volta sulla scorta di Twining 1985: 162-16), che, quand'anche i casi studiati fossero interamente fittizi, essi avrebbero comunque rilevanza e significato: «for the stories were expressed in terms of Cheyenne concepts and are told

C'è poi un altro elemento destinato con ogni probabilità a far inarcare il sopracciglio di un lettore analitico medio. Come è stato opportunamente rilevato³⁸, il ricorso al termine *trouble* è un esempio paradigmatico della programmatica elusione, da parte di Llewellyn, dei problemi definitivi³⁹.

Se tale strategia terminologico-concettuale non è probabilmente la più adatta a guadagnare all'autore le simpatie dell'evocato lettore analitico⁴⁰, tuttavia essa poggia su ragioni profonde.

Infatti, nozioni (pur contemplate dal concettuario di *The Cheyenne Way*) quali *claim* e *dispute* presentano un significativo tasso di insidie⁴¹, giacché, pur presentando-

against a background of actual institutions which are presupposed and taken for granted [...]. An essential part of understanding the institutions of a society is to grasp the ways of thought of the people whose institutions they are. Myths and stories are as effective a way of getting at these perspectives as are direct questioning or the recording of discussions that take place in dispute-settlement and other processes».

³⁸ Si veda, al riguardo, Twining 2009: 105, n. 79.

³⁹ A tal proposito, si avrà modo di tornare a breve sul suo rifiuto di elaborare una definizione di *law*.

⁴⁰ A parziale consolazione del quale può forse valere la constatazione che Llewellyn poteva fare assai di peggio, nel perseguimento della strategia sopra richiamata: *jurid*, *skelegal*, *law-stuff* e *law-wavers* sono infatti solo alcuni dei *repulsive terms* (come, pur con tutta la sua ammirazione per l'autore, non esita a definirli lo stesso Twining 1985:179) da lui a tal fine coniat, anche se, fortunatamente, scarsamente impiegati.

⁴¹ Per un significativo esempio dell'insoddisfazione di Llewellyn

si *prima facie* come maggiormente circoscritti e specifici, sono spesso accostati a fenomeni diversi quali *welfare claims, criminal prosecutions and clashes of interests*⁴², finendo con il generare ambiguità, mentre il più vago *trouble*, proprio in virtù della sua intrinseca flessibilità, è maggiormente trasversale, oltre ad essere direttamente vincolato all'idea di *problem solving*.

Per avere un (conciso) saggio del *trouble-case method* in azione, si prenderà qui (assai schematicamente) in considerazione uno dei casi esaminati da Llewellyn e Hoebel⁴³.

verso i concetti dotati di *seeming solidity* ma, in realtà, *slippery under the hands*, si veda la (analiticamente chirurgica) critica delle nozioni di *custom* e *mores* (Hoebel-Llewellyn 1941: 275-276), critica con cui, di fatto, Llewellyn, all'insegna dell'*amicus Sumner; sed magis amica veritas*, liquidava buona parte dell'apparato concettuale di *Folkways*. Se Hunt ha pertanto ragione nel sottolineare la persistenza dell'influenza di Sumner sul pensiero di Llewellyn (Hunt 1978: 43) ha però torto nel non rilevare adeguatamente l'importanza e la profondità della revisione critica operata da Llewellyn sulle fondamenta della teoria di Sumner. Ritengo si tratti di un punto cruciale, come tenterò di mostrare nel terzo paragrafo, per intendere adeguatamente non soltanto l'itinerario teorico di Llewellyn, bensì ad alcune delle declinazioni più cospicue del realismo giuridico americano.

⁴² Twining 2009: 105, n. 79.

⁴³ Si tratta, nello specifico, del Caso 3 («The Tribal Ostracism and Reinstatement of Sticks Everything Under His Belt») del *case-finder* dell'opera di Llewellyn e Hoebel. In particolare, il caso in questione è descritto Llewellyn-Hobel: 9-12, e analizzato in Llewellyn-Hobel: 124-1266.

Il caso⁴⁴ trae origine dall'annuncio da parte di un Cheyenne (dal suggestivo nome di *Sticks Everything Under His Belt*) di voler cacciare il bisonte *for himself*⁴⁵ Con tale affermazione (apparentemente innocua, almeno da un punto di vista esterno e ignaro delle consuetudini cheyenne), *Sticks Everything Under His Belt* avanza una pretesa di immunità personale dalla norma che interdive la caccia individuale, pur pretendendo, al tempo stesso, di mantenere la propria posizione all'interno della comunità tribale⁴⁶.

Peraltro, come l'analisi dei due autori non tarda a mettere in evidenza, il *trouble-case* non trae origine dalla violazione della norma in questione (evento, in sé, tutt'altro che privo di precedenti), bensì dal fatto che la norma venga preventivamente, apertamente e deliberatamente sfidata, anziché, come in tutti i casi analoghi, clandestinamente e segretamente trasgredita⁴⁷.

Una simile pretesa, dunque, è contrassegnata da un potenziale 'sovversivo' nei confronti dell'unità tribale e implica una sfida all'autorità di proporzioni tali da richiedere

⁴⁴ Llewellyn-Hobel 1941: 9-12. Nell'analisi del caso, ci si rifarà qui altresì alla presentazione offertane da Conley-O'Barr 2004: 192-195.

⁴⁵ «Once, at a time when all the Cheyenne tribe was gathered together, *Sticks Everything Under His Bell* went out hunting the buffalo alone. "I am hunting for myself", he told the people». Hoebel-Llewellyn 1941: 9.

⁴⁶ Hoebel-Llewellyn 1941: 124.

⁴⁷ Hoebel-Llewellyn 1941: 124-125.

un'azione commisurata da parte dell'autorità stessa. Un ulteriore elemento di difficoltà, in tal senso, era però rappresentato dal fatto che l'arsenale giuridico cheyenne era contraddistinto da strumenti e categorie atti ad esercitarsi sulle azioni, non sulle intenzioni⁴⁸.

Un consiglio appositamente convocato, in cui si riunivano (per così dire, a sezioni unite) i capi tribali e i capi guerrieri⁴⁹, risolve la questione dando un saggio di quella brillante attitudine per il ragionamento giuridico che i due autori ravvisavano come uno dei tratti caratteristici della cultura giuridica cheyenne.

La decisione si articola come segue: i) essendosi proclamato non soggetto alla legge tribale, Sticks Everything Under His Belt dovrà considerarsi a tutti gli effetti bandito dalla tribù⁵⁰; ii) chiunque, fra i membri della tribù, abbia contatti o rechi in qualsivoglia modo aiuto all'esiliato dovrà offrire in riparazione una *Sun Dance*⁵¹.

La sanzione, dunque, nel ribadire nel modo più esplicito l'inderogabilità della norma sulla caccia individuale, offriva al tempo stesso, implicitamente, una via per la riabilitazione e la riammissione di chi l'aveva posta in

⁴⁸ Hoebel-Llewellyn 1941: 124.

⁴⁹ Consiglio investito sia dei poteri giudiziari che legislativi (Conley-O'Barr 2004: 194).

⁵⁰ Il bando dalla tribù era, in effetti, sanzione prevista dalle consuetudini, ma solo per i casi di omicidio (Hoebel-Llewellyn 1941: 125).

⁵¹ Hoebel-Llewellyn 1941: 10. Sulle diverse e complesse valenze del rito della *Sun Dance*, Hoebel-Llewellyn 1941: 126.

dubbio⁵². Infatti, l'onere di indire una «Sun Dance», per quanto gravoso, costituiva al tempo stesso un significativo onore per colui cui esso incombeva; la cerimonia, inoltre, rappresentava un'occasione di festa oltremodo gradita all'intera tribù⁵³. In tal modo, la sanzione, assai più che una pena imposta ad un individuo, si configurava come una sorta di *super-restitutive payment* per l'intera società, arrecando beneficio tanto al reo come al resto della comunità⁵⁴.

La decisione, infatti, non mancherà di dare i frutti auspicati. Dopo alcuni anni di esilio, su istanza di uno dei capi (a lui legato da complessi vincoli di parentela) disposto a farsi carico della *Sun Dance* e previo ritiro di ogni pretesa di immunità dalle norme tribali, *Sticks Everything Under His Belt* verrà riammesso nella tribù⁵⁵. In tal modo, la decisione dei capi, osservano Llewellyn e Hoebel, pur innovando per molti aspetti il diritto (un'intenzione era stata equiparata ad un'azione; una pena prevista per una determinata classe di atti era stata applicata ad una fattispecie di assai diversa natura), si armonizzava senza lacerazioni con il complesso delle consuetudini vigenti, conciliando abilmente mutamento e stabilità⁵⁶.

⁵² Hoebel-Llewellyn 1941: 125.

⁵³ Hoebel-Llewellyn 1941: 125-126.

⁵⁴ Hoebel-Llewellyn 1941; 126.

⁵⁵ Hoebel-Llewellyn 1941: 11.

⁵⁶ Hoebel-Llewellyn 1941: 125.

Quest'ultimo elemento è di cruciale importanza, nell'economia della trattazione di Llewellyn. Infatti, il *trouble-case method* poggia su una teoria di riferimento che assegnerà un ruolo fondamentale proprio alla funzione di «risoluzione dei conflitti» all'interno delle *law-ways*, teoria che occorre esaminare ora nei suoi elementi costitutivi.

Durante la stesura di *The Cheyenne Way*, uno dei motivi di (sia pur moderato) disaccordo fra i due autori era l'opportunità, caldeggiata da Hoebel, di introdurre una definizione stipulativa di *law*. La proposta, tuttavia, non entusiasmava affatto Llewellyn⁵⁷.

Infatti, gli esiti fallimentari dell'*ideological approach* lo rendevano diffidente verso la possibilità di formulare una definizione in grado di abbracciare esaustivamente situazioni tanto diverse quanto una tribù Cheyenne e una società contemporanea.

Semmai, la direzione verso la quale il giurista statunitense riteneva opportuno e proficuo indirizzare i suoi sforzi era la costruzione di un *Weberish ideal type*

«with a good many attributes, such as rules with verbal form, machinery for enforcement of a recognized claim, if needed, with exclusivity when applicable the force of the state behind action; a specialized enforcing, and litigation and counselling personnel, and the like»⁵⁸.

⁵⁷ Come si evince dall'interessante lettera (datata 24 gennaio 1938) indirizzata a Hoebel e riprodotta in Twining 1985:178.

⁵⁸ Llewellyn to Hoebel, in *ibidem*.

Tuttavia, fra i due estremi del mettere a punto in ogni dettaglio il complesso ideal-tipo sopra richiamato, da un lato, e di rassegnarsi all'*impredictable chaos*, dall'altro, si snoda una più modesta ma non necessariamente poco promettente via mediana:

«we can [...] identify certain subject-matters or jobs which law stuff, in various degree of primitivity or development of form or kind (procedure for adjustment, existing either apart from or in conjunction with, third-party personnel; supernatural sanctions existing either apart or in conjunction with secular, and the like) is doing or accomplishing in any group or society»⁵⁹.

Quello concisamente esposto nelle righe sopra citate è, *in nuce*, il manifesto della *law-jobs theory*, di cui Llewellyn, negli anni, elaborerà varie versioni⁶⁰ e di cui la ricerca sviluppata in *The Cheyenne Way* costituisce una delle prime applicazioni.

Nelle sue linee essenziali⁶¹, la teoria afferma che, indipendentemente dalla sua estensione, complessità e persis-

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Per menzionarne solo alcune, cfr. Llewellyn 1940: 1355-1400; Hoebel-Llewellyn 1941: 273-309; K.N. Llewellyn, *Law and Social Sciences-Especially Sociology* (1949), in Llewellyn 1962: 352-371.

⁶¹ Seguo qui l'esposizione della teoria svolta nei capitoli X e XI di *The Cheyenne Way* (Hoebel-Llewellyn 1941: 273-309), rifacendomi altresì alle ottime presentazioni e alle acute analisi esposte in Twining 1985: 175-184 e in Twining 2009: 103-116.

tenza, ogni gruppo⁶², dall'occasionale unione di due bambini che giocano al parco ad uno Stato⁶³, per sopravvivere in quanto gruppo, per raggiungere gli obiettivi in virtù dei quali esiste (nella misura in cui possiede tali obiettivi), deve assicurarsi che certe esigenze siano soddisfatte o che determinati «compiti» (*jobs*) siano svolti.

⁶² Il lettore analitico sopra evocato si rallegrerà nell'apprendere che la (motivata) avversione di Llewellyn per le definizioni non gli impedisce di forgiarne una, alquanto ponderosa, della nozione di *group*: «There is first the relevant entirety, or group, or Whole. By this is meant two or more persons who are engaged in some kind of observably joint and continuing activity, and who recognize themselves in some fashion as being parts of a Whole. Given in the same concept is some type and degree of actual patterning of behavior-in-the-group, a patterning which affords an interlocking of the behavior of individuals, a back-and-forth, a building of this one's behavior together with that one's into a working whole. And given in that is, in turn, some degree of predictability of behavior, some quantum of those advance adjustments by one person to the anticipated behavior of another which we call expectations». Hoebel-Llewellyn 1941: 273-274.

⁶³ Inizia in tal modo a precisarsi la ragione (teorica) profonda per la riluttanza 'definitoria' di Llewellyn: «It is to make unmistakable that the law-jobs hold as basic functions for every group, from a group of two persons on up. They are implicit in the concept of "groupness". [...] This requires to be made explicit, because modern thought about "law" takes as its frame only that great unit called the state, or some other recognized political whole. But in a functional view a newly wedded couple, a newly formed partnership, a two-child casual play group have each, qua group, the problems to deal with which are here of concern; and the peculiar aspects which those problems take on in the modern state are clarified and not obscured by observing the problems at work, also, within such simpler groupings». Hoebel-Llewellyn 1941: 290-291. Sulla *functional view* che informa la teoria di Llewellyn si avrà modo di soffermarsi a breve.

Nella versione della teoria presentata in *The Cheyenne Way*, Llewellyn si concentra in particolare su cinque «fasi»⁶⁴ in cui tali «compiti» vengono svolti. Esse sono, nello specifico, i) la risoluzione di *trouble-cases*; ii) il preventivo «incanalamento» di comportamenti e aspettative; iii) l’allocazione dell’autorità e l’organizzazione delle procedure che legittimano un’azione come autoritativa; iv) la *net organization* del gruppo e della società *as a whole* per fornire coesione, direzione e incentivi⁶⁵; v) la messa a punto del *juristic method*, presente (sia pure embrionalmente) in qualsiasi gruppo, ma particolarmente sviluppato in quelli più estesi e complessi, e consistente in tecniche, competenze, strumenti, pratiche procedure e tradizioni che occorre elaborare, istituzionalizzare e organizzare perchè i precedenti *jobs* possano essere svolti con sufficiente efficacia⁶⁶.

⁶⁴ Così le qualifica, *for purposes of study*, Hoebel-Llewellyn 1941: 292-293. In successive formulazioni della teoria, Llewellyn ne aggiungerà una sesta, relativo in special modo alle *mobile societies*, e consistente nel *re-channelling* di condotte e aspettative in occasione di significativi mutamenti nella vita del gruppo. Si veda, sul punto, Llewellyn 1962: 359.

⁶⁵ Come nota Twining (Twining 2009: 106), Llewellyn recupera in tal modo nella sua concezione il collegamento istituito da Bentham (e che tanto aveva scandalizzato Austin) fra *positive* e *negative sanctions*.

⁶⁶ Mi rifaccio qui alle utili osservazioni di Twining 2009: 106. Peraltro (cfr. *ibidem*, n. 81), Twining ha cura di precisare che la locuzione *juristic method* non deve essere intesa come sovrapponibile a *legal method*, giacché quello che Llewellyn ha in mente è assai più vasto e articolato di ciò che, nel linguaggio giuridico comune, viene

Non essendo questa la sede opportuna per un esame accurato di ciascuna dei momenti sopra evidenziati, mi limiterò qui ad analizzare (brevemente) soltanto il primo di essi, quello che, a detta dello stesso Llewellyn, *repays study first and fastest*⁶⁷.

Del resto, fin dall'avvio del secondo capitolo, il giurista statunitense aveva identificato, fra i *purposes*⁶⁸ senza i quali il diritto non può essere concepito, oltre a *largely effective regulation and prevention* e «canalizzazione» della condotta onde evitare l'insorgere di conflitti, anche

«the peculiar job of cleaning up social messes when they have been made. Law thus exists also for the event

ricompreso sotto la ristretta e specifica etichetta di *legal method*: «Juristic method encompasses all aspects of institutional machinery, which, said Llewellyn, includes “ways *and* personnel *and* ideology about both”[...]. It is not confined to the skills and techniques of individual specialists (the crafts of the lawyer, styles of judges, the skills of different kinds of negotiator). It includes craft-traditions; legal inventions; institutional design; and any kind of machinery or institutionalised way of doing any of the law-jobs».

⁶⁷ Hoebel-Llewellyn 1941: 293.

⁶⁸ Rimando al prossimo paragrafo, dedicato ad un più approfondito esame del funzionalismo che caratterizza la posizione di Llewellyn, una più estesa disamina del concetto di *purpose* impiegato da Llewellyn. Basti per il momento dire, sulla scorta della persuasiva lettura proposta da Twining, che tale nozione evita di incorrere in quelle confusioni e sovrapposizioni fra conseguenze sociologiche oggettive e disposizioni soggettive (quali scopi, fini, motivi) degli agenti che Robert K. Merton, come si è visto già al capitolo precedente, in alcune celebri pagine, ascriveva al funzionalismo classico. Si veda, sul punto, Merton 2000: 128-129.

of breach of law and has a major portion of its essence in the doing of something about such a breach. By its fruit is it to be known; indeed, if it fails to bear fruit on proper occasion, its very existence is drawn into question⁶⁹.

Si profilano qui le virtù della vaghezza e dell'ampiezza della nozione di *trouble* impiegata da Llewellyn. Infatti, non occorre concepire il *trouble-case*⁷⁰ necessariamente come una minaccia di *total breakdown* del gruppo.

Più frequentemente, si tratterà semmai di un *minor trouble*, di per sé gestibile senza particolari millenarismi e che potrà causare la rottura della coesione del gruppo solo qualora divenga un'occorrenza statistica sufficientemente moltiplicata e sufficientemente cumulativa.

Insomma, la gravità dell'*individual trouble* in sé considerato (paradigmaticamente, un omicidio) non corrisponde *ipso facto* ad un'altrettanto seria minaccia all'integrità del gruppo in quanto gruppo⁷¹. Pertanto, la risoluzione dei *trouble cases* finisce sovente con avere l'apparenza di una manutenzione ordinaria più che di un intervento emergenziale⁷².

⁶⁹ Hoebel-Llewellyn 1941: 20.

⁷⁰ *Trouble* che può presentarsi sotto le multiformi specie di *offense*, *grievance*, *dispute*: Hoebel-Llewellyn 1941: 293.

⁷¹ Fra i fattori di «resilienza» del gruppo nei confronti di *bearable troubles*, Llewellyn (ibidem) menziona l'estensione circoscritta, l'elevato livello di interdipendenza dei suoi membri, l'*emotional closeness* e le tradizioni radicate.

⁷² «Not of life-saving so much as life-easing», per citare lo *slogan*

Ciò non deve indurre lo scienziato sociale (e, meno che mai, il *realist jurist*) ad indebite sottovalutazioni o fraintendimenti: quale che sia l'entità dell'*individual instance* coinvolta, il *trouble-case adjustment* resta un'esigenza basilare per qualsivoglia gruppo.

Infatti, anche *unhealed breaches* di trascurabile consistenza, se divengono in numero sufficiente da acquisire una 'massa critica', possono determinare tensioni tali da sfociare nella rottura del gruppo.

Peraltro, il *trouble-case adjustment* non deve essere confuso con la restaurazione⁷³ di una sorta di armonia edenica all'interno del gruppo: la *line of adjustment* può infatti collocarsi su un ampio spettro che va dall'imposizione del volere di un bullo di quartiere alla saggia mediazione di un Solone⁷⁴.

In altri termini, se il limite minimo perché la *line of adjustment* sia conseguita è la mera persistenza del gruppo, *the questing aspects of the matter* sono invece aperti a contemperamenti sempre più complessi di rapidità di risoluzione, accuratezza, minimo sforzo, da un lato, e conseguimento di *greater social health* e *felt justice* nella risoluzione stessa dall'altro.

coniato da Llewellyn per l'occasione (cfr.ivi, p. 293). In un passo di poco precedente, aveva fatto ricorso alla locuzione *garage-repair work*.

⁷³ Come si tenterà di mostrare nel prossimo paragrafo, infatti, il funzionalismo di Llewellyn non pare implicare alcun tipo di compromissione con ideologie consensualiste di sorta.

⁷⁴ Hoebel-Llewellyn 1941: 294.

4.4. *A Short but Significant Step*

Llewellyn, Cohen e la *Functionalist View*

Si evidenziano ora con chiarezza le ragioni (teoriche) profonde che inducevano Llewellyn a considerare poco interessanti, se non francamente sterili, le questioni definitorie che Hoebel sollevava.

Infatti, nella prospettiva del giurista statunitense, il rigetto del formalismo che il realismo giuridico americano aveva inalberato quale sua insegna fin dalle sue prime manifestazioni⁷⁵ trovava la sua più compiuta elaborazione nell'adozione di una concezione orientata allo studio delle conseguenze del diritto sulla *social behaviour* e, come tale, di taglio decisamente contestualista, ovvero tesa a studiare la relazione del diritto con il complesso della struttura sociale⁷⁶.

Il funzionalismo⁷⁷, insomma, come esito teoricamente

⁷⁵ Per una breve ma incisiva panoramica al riguardo, Fisher, Horwitz, Reed 1993: 3-8.

⁷⁶ Coglie con precisione il punto Hunt 1978: 48.

⁷⁷ Ampliando le considerazioni svolte nel capitolo precedente, sia pure senza alcuna ambizione di completezza ed esaustività, può assumersi, come utile punto di partenza la definizione (in un certo senso minima) di funzionalismo formulata da Malinowski nella voce «Anthropology» dell'Encyclopedia Britannica (Malinowski, B. *Anthropology*. Volume I of Supplementary Volumes of the XII-Ith edition, Encyclopedia Britannica, 1926, 131-140) e citata da Robert K. Merton nel suo classico lavoro: «Sebbene Malinowski si allontani per parecchi aspetti dalle formulazioni di Radcliffe-Brown, è tuttavia d'accordo con lui nel ritenere che il nocciolo

più maturo e consapevole dell'antiformalismo, dell'evoluzionismo e dello strumentalismo pragmatista da cui il realismo giuridico trae la propria linfa.

Del resto, Llewellyn non era certo l'unico esponente della corrente che, in quegli stessi anni, guardasse all'analisi funzionale come alla cornice teorica in grado di riepilogare e sviluppare in una struttura coerente le molteplici fonti, suggestioni e matrici scientifico-culturali da cui i vari realisti muovevano. Si ricordino, in tal senso, due la-

dell'analisi funzionale stia nello studio della "parte che gli elementi sociali e culturali svolgono nella società". "Questo tipo di teoria- spiega Malinowski in una delle prime enunciazioni della sua prospettiva dello studio- mira alla spiegazione di fatti antropologici, a tutti i livelli di sviluppo, *per mezzo* della loro funzione, cioè per mezzo della parte che svolgono nel sistema integrale della cultura, *per mezzo* della maniera in cui sono collegati l'uno all'altro all'interno del sistema». Merton 2000: 126-127. Una definizione 'minima', si diceva, e che, come tale, avrà bisogno di essere ulteriormente precisata per dar conto adeguatamente della posizione di Llewellyn. Basti per ora dire che il «funzionalismo» di quest'ultimo pare essere, per molti versi, più vicino alla cauta riformulazione offertane, come si è visto al capitolo precedente, da Felix S. Cohen che alla versione di Malinowski. Il funzionalismo di Llewellyn e quello di Cohen, peraltro, come rilevato in precedenza, presentano poi maggiori analogie di quanto comunemente non si riconosca con la caratterizzazione «sostanziale» del funzionalismo offerta da Robert K. Merton: «La tendenza fondamentale del funzionalismo – che si esprime nella pratica di interpretare i dati in base alla considerazione delle conseguenze che essi comportano rispetto alle strutture, più estese, in cui i dati sono collocati– è rintracciabile virtualmente in tutte le scienze umane–biologia e fisiologia, psicologia, economia e diritto, antropologia e sociologia». Merton 2000: 166.

vori programmatici di Felix S. Cohen quali *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* (1935) e *The Problems of a Functional Jurisprudence*⁷⁸ (1937), che, come si ha avuto modo di vedere, presentano una prospettiva teorico-metodologica connotata da svariate e significative analogie⁷⁹ con quella prospettata da Llewellyn in *The Cheyenne Way*.

Senza annoiare il lettore con una riproposizione della analisi delle tesi di Cohen già svolta al capitolo precedente, basti qui rammentare che numerosi passi dell'autore rivelavano una precoce consapevolezza dei rischi, delle genericità e delle ingenuità che talvolta si accompagnavano all'adozione 'selvaggia' del *functional approach*⁸⁰. Come si

⁷⁸ Cohen 1960: 33-76 e 77-94.

⁷⁹ Si rammenti, in particolare, la caratterizzazione teorico-metodologica del funzionalismo prospettata in *The Problems of a Functional Jurisprudence*: «Functionalism, as a philosophy, may be defined as the view that a thing does not have a “nature” or “essence” or “reality” underlying its manifestations and effects and apart of its relations with other things; that the nature, essence, or reality of a thing *is* its manifestations, its effects, and its relations with other things; and that, apart from these, “it” is nothing, or at most a point in logic space, a possibility of something happening. [...] Functionalism as a method may be summed up in the directive: if you want to understand something, observe it in action». Cohen 1960: 79-80. Basta confrontare tale formulazione con quella di Malinowski, citata *infra* alla n. 64 e notare elementi come l'assenza del riferimento alla «struttura integrale del sistema» per riscontrare l'evoluzione registrata, in poco più di un decennio, dalla riflessione interna all'approccio funzionalista.

⁸⁰ Si veda, a tale proposito, un eloquente *caveat* formulato in *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* (1935): «[...] the

vedrà a breve, è precisamente su tale ultimo punto che è possibile riscontrare significative convergenze fra il funzionalismo di Cohen e quello di Llewellyn.

Prima, però, di affrontare più nel dettaglio la concezione di quest'ultimo, occorre una precisazione preliminare circa lo statuto della *law-jobs theory*. Infatti, forse anche a causa di indicazioni non sempre univoche dello stesso Llewellyn al riguardo⁸¹, la teoria è stata talvolta intesa (e aspramente criticata) come se formulasse *some rash empirical claims*.

Tuttavia, la lettura della teoria in questione che appare maggiormente persuasiva- se si prendono in considerazione il fine per cui è stata elaborata (fornire un orientamento per la ricerca di Hoebel), le sue ascendenze dichiaratamente weberiane e i passi presi brevemente in esame nel paragrafo precedente- è quella secondo cui, anziché come teoria empirico-descrittiva, essa sia da intendersi piuttosto-

term “functional approach” is sometimes used to designate a modern form of animism, according to which every social institution or biological organ as a “purpose” in life, and is to be judged good or bad as it achieves or fails to achieve this “purpose”». Come si evince da questo passo, dunque, anche nella prima fasi di sviluppo dell’analisi funzionale non mancavano autori in grado di prendere le distanze da almeno alcuni dei ‘peccati originali’ che Merton ravviserà nell’*hard functionalism*, segnatamente la confusione fra disposizioni soggettive degli agenti e conseguenze sociologiche oggettive (Merton 2000: 129) e il postulato del «funzionalismo universale» (in base al quale «ogni forma sociale o culturale che sia standardizzata, ha una funzione positiva», Merton 2000: 139).

⁸¹ Come segnala con equanimità Twining 1985: 180-181 e, più concisamente, Twining 2009: 107-108.

to come uno strumento euristico teso a mettere a punto un apparato concettuale per formulare domande, costruire ipotesi e sviluppare ricerche empiriche⁸².

In tal senso, la sua sola assunzione empirica sarebbe che gli esseri umani vivono in gruppi ma che, a causa delle *divisive urges* che li caratterizzano, sorgono ricorrentemente dei *troubles* che in vario grado minacciano la coesione e la sopravvivenza stessa dei gruppi. Parimenti, Llewellyn appare molto attento anche nel rendere minime o nulle le assunzioni normative della teoria. Come è stato molto opportunamente osservato, infatti, non vi si riscontrano demonizzazioni del conflitto sociale in quanto tale né santificazioni dell'ordine e dello *status quo* in quanto tali⁸³.

Al riguardo, tuttavia, di opposto avviso è Hunt⁸⁴: ad opinione dello studioso, infatti, abbracciando un «funzionalismo estremo», Llewellyn sarebbe caduto in una fatale contraddizione, affermando da un lato la necessità e l'inevitabilità di ogni aspetto che concorre a mantenere il punto di equilibrio del gruppo, impedendone la dissoluzione e, dall'altro, insistendo sull'importanza del cambia-

⁸² Twining 2009: 107.

⁸³ Twining 2009: 108.

⁸⁴ Hunt 1978: 53: «[...] every facet of the present is seen as necessary and inevitable and social change is consequently perceived as potentially destructive. There exists therefore a certain conflict and inconsistency between his functionalism and his otherwise strong emphasis upon the significance of social change for the legal system».

mento (e, dunque, almeno implicitamente, del conflitto) sociale.

Tuttavia, è lecito chiedersi se tale configurazione del funzionalismo di Llewellyn colga effettivamente nel segno. In particolare, come si osservava in chiusura del paragrafo precedente, la *line of adjustment* è tutt'altro che identificata con un *optimum* da mantenersi ad ogni costo, ma è al contrario una linea flessibile, soggetta ad ampie oscillazioni e a tradursi negli equilibri più disparati sotto ogni riguardo (assiologico, politico- economico).

Inoltre, il preteso immobilismo a cui una siffatta concezione metterebbe capo non appare, a ben vedere, così inevitabile quale Hunt lo rappresenta⁸⁵: al contrario, l'immagine del *garage-repair* evocata da *The Cheyenne Way* suggerisce semmai (anche) un costante processo di filtraggio e selezione di ciò che, nella vita del gruppo, può essere modificato, riadattato e di ciò che invece occorre ripristinare e mantenere.

⁸⁵ A ben guardare, si tratta peraltro di una declinazione particolarmente estrema del terzo postulato che, nell'analisi di Merton, vizia il funzionalismo nelle sue prime formulazioni: quello, cioè, dell' «indispensabilità», secondo cui, nelle parole di Malinowki. «in qualsiasi tipo di civiltà, ogni costume, oggetto materiale, idea o credenza, svolge una funzione vitale, ha qualche compito da realizzare, rappresenta una parte indispensabile in un tutto operante». Cfr. Merton 2000: 143. Peraltro, come lo stesso Merton segnala contestualmente, tale postulato è particolarmente ricco di ambiguità; in una delle sue accezioni, sembra comportare che determinate forme culturali e sociali siano indispensabili allo svolgimento di determinate funzioni (Merton 2000:144). Come si vedrà nel seguito, il funzionalismo di Llewellyn è scagionabile anche da tale fallacia.

Anzi, in un passo⁸⁶ esaminato nel paragrafo precedente, si affermava esplicitamente che il *trouble-case* è tale proprio perché segna il contrasto fra *new paths of action or of leadership* e le forme e gli assetti istituzionali consolidati, giungendo a magnificare (forse con qualche slancio retorico di troppo) il tumulto vitale della coltura che ribolle *in the crucible of conflict*. Il *trouble-case adjustment*, dunque, il *garage-repair* è (anche) un costante lavoro di mediazione, di governo paziente del cambiamento sociale al fine di consentirne l'attuazione contenendone al tempo stesso le spinte centrifughe⁸⁷.

⁸⁶ Hoebel-Llewellyn 1941: 29.

⁸⁷ Operazione di governo e contenimento che, è bene ribadirlo una volta di più, può darsi in una vasta gamma di declinazioni ed è compatibile con la più varia congerie di assetti. In questo senso, è quantomeno curioso che Hunt (Hunt 1978: 50), ravvisi nella *law-jobs theory* e nella sua programmatica applicabilità a qualsivoglia gruppo il sintomo di un funzionalismo divenuto talmente estremo da sfiorare l'auto-confutazione: «Llewellyn, thereby, apparently unwittingly, stumbles into a major theoretical deficiency of functionalism, of imposing on disparate phenomena, from different societies and different historical periods, an *a priori* unity». Impegnando un confronto con i testi di Llewellyn che si spinga oltre la semplice estrapolazione di qualche periodo convenientemente de-constestualizzato, mostra –pare di poter affermare– che un simile, assolutistico *a priori* sia un giogo davvero eccessivo da far gravare sulla *law-jobs theory*, il cui «unico contenuto empirico» ravvisabile è che gli esseri umani tendono a radunarsi in gruppi e che, tali gruppi, per sopravvivere in quanto tali, debbono soddisfare alcune necessità, necessità che possono essere soddisfatte in una pluralità di modalità. In questo, la lettura inclusiva, aperta e sofisticata della teoria che Twining prospetta appare, testi alla mano, prima ancora che maggiormente persuasiva, assai più occamianamente economica.

Più in generale, suggerisce Twining⁸⁸, Llewellyn sembra essere più vicino alle posizioni di Merton che non a quelle di Talcott Parsons⁸⁹ nella sua concezione del funzionalismo.

Innanzitutto, è bene ribadire, nessuno dei celebri postulati⁹⁰ identificati da Merton sembra riscontrabile nella teoria di Llewellyn, perlomeno in una lettura di detta teoria che si attenga al principio di carità. Del secondo e del terzo di tali postulati si è già detto⁹¹. Riguardo invece al primo di essi, basti rammentare che la *law-jobs theory* nasce precisamente come euristica di riferimento per forgiare strumenti e fornire prospettive di ricerca atti ad indagare il diritto (l'insieme delle pratiche giuridiche) in società dotate di livelli di integrazione e istituzionalizzazione assai disparati e variegati.

⁸⁸ Twining 2009: 109.

⁸⁹ Su cui si concentravano molte delle critiche mertoniane, come ha cura di rimarcare Twining.

⁹⁰ Il postulato dell'unità funzionale della società (postulato fatto proprio da quelle declinazioni del funzionalismo che spingono l'analogia fra società e organismi biologici fino ad affermare che «ogni attività e ogni credenza che sia culturalmente standardizzata è funzionale per la società intesa come unità», (Merton 2000: 134); il postulato del funzionalismo universale (tutte le forme culturali o sociali hanno un valore funzionale; cfr. Merton 2000:140); il postulato dell'indispensabilità- perlomeno, nella versione in cui afferma che talune forme culturali o istituzionali sono, appunto, funzionalmente indispensabili alla società (Merton 2000: 143). Al riguardo, preziose ancorché schematiche osservazioni in Twining 2009: 109.

⁹¹ Vedi sopra, n. 64 e n. 72.

Del resto, come si accennava in precedenza⁹², il giurista statunitense appare immune anche da un altro dei tradizionali vizi del funzionalismo 'classico', ovvero l'uso poco sorvegliato della terminologia, abitudine alquanto nociva in quanto prodromica ad una sistematica confusione concettuale fra disposizioni soggettive (fini, scopi, motivi) degli agenti e conseguenze oggettive osservabili⁹³.

Benché, come si è visto, Llewellyn parli⁹⁴ di *purposes* del diritto, tuttavia il suo impiego del termine appare lucidamente sorvegliato in modo da non restare imprigionato in una dimensione meramente psicologista.

Infatti, il suo uso di *purpose* appare estremamente flessibile e tendenzialmente aperto a descrivere la genesi, lo sviluppo, il cambiamento delle pratiche sociali in un complesso processo di interazione di cui si può dare conto in un ampio spettro di possibilità.

Tali possibilità vanno dalla deliberata, consapevole strategia di *problem solving* orientata al perseguimento di fini, posta in essere attraverso una vasta congerie di forme di decisione collettiva, fino a non meno vari tipi di mutamenti inconsci e non deliberati di modelli di condotta e linee di azione in risposta ad una serie di stimoli, sollecitazioni e cambiamenti⁹⁵.

⁹² Vedi sopra, n. 55.

⁹³ Si veda, al riguardo, la trattazione di Merton 2000: 128-131.

⁹⁴ Un esempio eloquente, al riguardo, è reperibile nel paragrafo di avvio del secondo capitolo, *A Theory of Investigation*, di Hoebel-Llewellyn 1941: 21.

⁹⁵ Twining 2009: 110-111. Twining non si spinge fino a suggerirlo esplicitamente (anche se dà l'impressione di pensarlo), ma, in

Lungi dall'essere rozza, semplicistica, estrema od assolutistica, la *law-jobs theory*, se esaminata con attenzione, appare quindi alquanto sofisticata, criticamente consapevole delle (o, almeno, di alcune delle) insidie dell'approccio funzionalista e tendenzialmente flessibile e inclusiva rispetto ai più vari assetti socio-antropologici.

A tal punto gli assolutismi aprioristici sembrano essere alieni al suo *modus cogitandi* che Llewellyn pare aver ben presente che, per quanto (specie nelle società complesse) il diritto sia un'istituzione altamente specializzata⁹⁶, non ha tuttavia l'esclusiva e il monopolio dei

questo senso, la teoria di Llewellyn sarebbe conciliabile senza particolari difficoltà anche con la celebre distinzione fra «funzioni manifeste» (conseguenze oggettive che favoriscono l'adattamento al sistema e che sono volute e deliberatamente ammesse dai membri del sistema stesso) e «funzioni latenti» (conseguenze oggettive né volute né ammesse). Si veda, sul punto, Merton 2000: 173.

⁹⁶ Llewellyn 1962: 352-371. Si prendano in considerazione i seguenti passi. «The central aspect of an *istitution* is organised activity, activity organised around the cleaning up of some job» (ibidem p. 355) [...] «Institutions overlap in their functions as they do in their operations, and [...] the more they are derived from growth as contrasted with conscious planned creation, the more striking is this overlapping. So that there is no institution whose main job (or jobs) is accomplished by this institution alone. This national defense is not accomplished by the armed service alone; education is achieved only in minor part by the machinery organized and specialized to that end» (ibidem, p.358). Llewellyn sembra dunque avere almeno in parte tematizzato la nozione di «alternative funzionali» o «equivalenti funzionali» successivamente formulata con completezza da Merton, evitando così almeno alcune delle fallacie connesse con il postulato dell'indispensabilità. Merton 2000: 145.

jobs che svolge e al cui svolgimento essa è prioritariamente orientata e *purposed*.

Infine, insistendo sull'importanza della distinzione fra *the whole of society* e i diversi gruppi presenti al suo interno (e dotati ciascuno di proprie peculiari esigenze e dinamiche), Llewellyn sembra altresì consapevole dei rischi di un'analisi funzionalista che si limiti a fare immancabile riferimento alle funzioni svolte «per la società»⁹⁷.

In conclusione di questo (rapido e certamente non esaustivo) bilancio della cornice funzionalista della pro-

⁹⁷ Rischi contro cui mette in guardia Merton, sottolineando che «gli elementi possono essere funzionali per certi individui e sottogruppi e disfunzionali per altri». Merton 2000: 173. Certo, a tale riguardo, in spirito di *fairness* nei confronti delle critiche di Hunt (e a titolo di utile correttivo agli ottimismo esegetici di Twining), occorre riconoscere che, come lo stesso Llewellyn aveva in talune occasioni ammesso, quella da lui proposta è una nozione di “gruppo” come una unità *really solid*, i cui membri ne assumerebbero dunque i modelli di comportamento in blocco e in modo uniforme. Si veda, in tal senso, Llewellyn 1962: 410: « Then he [Llewellyn] divides society into a lot of so called groups and talks as if the groups were really solid, and as if the people he treats as groups members took over the supposed folkways of their group in block». Neppure le versioni più elaborate della *law-jobs theory*, mi pare di poter affermare, riuscirebbero a risolvere del tutto tale difficoltà del modello proposto da Llewellyn. Del resto, proprio la tensione fra l'imprevedibile “variabile individuale” (motore sia del *trouble-case* che del mutamento giuridico-sociale) e la pressione uniformatrice del gruppo, se rappresenta una costante fonte di sfide e problemi per il funzionalismo llewellyniano, ne costituisce altresì uno degli aspetti maggiormente interessanti e fecondi. Ringrazio Daniele Rolando per l'approfondita discussione di questo punto.

posta teorica di Llewellyn, occorre evidenziare alcuni elementi, che paiono particolarmente significativi.

In particolare, colpisce che due dei principali esponenti del realismo giuridico statunitense⁹⁸ sviluppassero e proponessero non già un generico approccio teorico di analisi funzionale (il che farebbe poca notizia, in un momento storico in cui tale approccio si andava affermando da più parti con ampio successo), bensì una versione *sophisticata*⁹⁹ del funzionalismo.

Con buona pace di Hunt, infatti, testi come *The Cheyenne Way* o gli scritti (sia pure di minor respiro) di Cohen testimoniano di un processo di evoluzione, di raffinamento progressivo di categorie e concetti che ha tutte le fattezze di un laboratorio teso alla (consapevole e ambiziosa) messa a punto di un modello teorico, di un paradigma funzional-realista capace di abbracciare e orientare l'ambito degli studi giusteoirici, in fitto dialogo con l'intera famiglia delle scienze sociali.

Sia chiaro che, come già rimarcato nella conclusione del precedente capitolo, non si sta con ciò in alcun modo insinuando la tesi –eccessiva fino al punto di essere risibile– secondo cui Llewellyn e Cohen avrebbero 'anticipato'

⁹⁸ È piuttosto singolare, al riguardo, che né Hunt né Twining si soffermino, in tal senso, sulla possibilità di accostare Llewellyn e Cohen.

⁹⁹ Come si vedrà nell'immediato seguito, non occorre, infatti, concordare *in toto* con Twining per constatare che il funzionalismo di Llewellyn è, in ogni caso, meno legato all'*hard functionalism* di quanto Hunt non ritenga di poter affermare.

Merton¹⁰⁰ nell'articolata codificazione di un paradigma siffatto.

Il lavoro di Cohen è troppo frammentario e schematico¹⁰¹, l'opera di Llewellyn troppo tumultuosa e sovente viziata da una terminologia non eccessivamente felice per poter supportare una tesi di tale portata.

Quello che, tuttavia, i contributi dei due studiosi attestano con chiarezza è non soltanto uno *short but nevertheless decisive and to some degree irrevocable step* dallo strumentalismo al funzionalismo¹⁰², bensì un itinerario teorico che muove lucidamente e deliberatamente verso l'elaborazione del modello teorico sopra menzionato. Tale constatazione ne comporta un'altra, ancor più deprimente ma non meno evidente: il realismo giuridico americano soffre spesso di cattiva stampa non soltanto a seguito della sottovalutazione (quando non della vera e propria caricatura) di alcune delle sue tesi centrali, bensì anche per una certa, persistente tendenza a minimizzare la sua caratura teorica¹⁰³.

¹⁰⁰ Paradigma i cui elementi e concetti costitutivi sono individuati in Merton 2000: 171-179.

¹⁰¹ Nonché bruscamente interrotto dalla sua prematura scomparsa, avvenuta nel 1953.

¹⁰² Per citare la concisa ma significativa affermazione di Hunt 1978: 48.

¹⁰³ Un esempio significativo, in tal senso, è offerto anche da uno studioso attento ed autorevole come Brian Leiter. Per un esempio su tutti, si rimanda a Leiter 2002: 1, testo da cui il lettore apprende, non senza sorpresa, che «realists never made explicit their philosophical presuppositions about the nature of law or their concep-

Llewellyn, la cui appartenenza al realismo giuridico americano (e fra i suoi più significativi esponenti) costituisce uno degli scarsi elementi di unanimità del dibattito storiografico richiamato nell'introduzione del volume, sembra tuttavia costituire una 'pietra d'inciampo' discretamente ingombrante per consimili esercizi interpretativi.

Infatti, il giurista statunitense, come si è tentato di mostrare, sembra essere erede consapevole di una pluralità di matrici scientifico-culturali quali l'evoluzionismo, il pragmatismo, lo strumentalismo, i pionieristici studi socio-antropologici di autori come Sumner, nonché, *last but not least*, il cruciale dibattito nell'ambito delle scienze sociali in area tedesca. Sugli apporti di tale complessa eredità Llewellyn sviluppa una riflessione critica che ambisce a gettare nuove fondamenta per l'impresa giusfilosofica e che è orientata a elaborare un quadro teorico capace di aprire nuove prospettive alla *jurisprudence* e, al tempo

tion of legal theory» e che, a differenza dei loro colleghi scandinavi, i realisti americani non applicavano al diritto *substantive philosophical doctrines from semantics and epistemology*, giacché, essendo prioritariamente giuristi "tecnici", le loro motivazioni e i loro interessi fondamentali erano assai differenti. Tuttavia, per circoscrivere il discorso appunto al solo Llewellyn, come si è cercato di mostrare in queste pagine, una delle ambizioni più costanti e ricorrenti da cui la complessa e variegata opera dell'autore traeva origine andava ravvisata precisamente nel tentativo di elaborare una «whorking whole view», nonché nella contestuale messa a punto di un vocabolario concettuale in grado di colmare il divario fra diritto e scienze sociali, con particolare attenzione a sociologia, antropologia, scienza politica ed economica. Si vedano, sul punto, le puntuali considerazioni di Twining 2002: 158.

stesso, rendere l'interazione fra questa e le *altre* scienze sociali (antropologia e sociologia in primo luogo) *easy, direct and very fruitful on each end*¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Llewellyn 1962: 354. Nella traduzione, si è mantenuto il corsivo enfatico con cui Llewellyn rimarcava il provocatorio *other* che collocava inequivocabilmente la teoria del diritto nel reame delle *social disciplines*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Assier-Andrieu (1999), L.Assier-Andrieu, *La voie Cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, Éditions Bruylant, Paris, 1999.

Bailey, M.W., (2004). *Guardians of The Moral Order. The Legal Philosophy of The Supreme Court, 1860-1910*, DeKalb, Northern Illinois University Press.

Barberis, M., (2018). *L'insicurezza e lo stato costituzionale. Per una teoria del diritto impura*, «Analisi e diritto», 1, 9-30.

Berlin, I., (2005). *Freedom and its Betrayal. Six Enemies of Human Liberty*, trad.it., *La libertà e i suoi traditori*, Milano, Adelphi Edizioni

Brophy, A.L. (2013). *Did Formalism Never Exist?* «Texas Law Review», 92, 383-412.

Carter, J.C. (1907). *The Law: its Origin, Growth and Functions. Being a Course of Lectures Prepared for Delivery Before the Law School of Harvard University*, New York-London, G.P. Putnam's Sons.

Castignone, S., Faralli, C., Ripoli, M. (2002), a cura di, *Il diritto come profezia. Il realismo americano: un'antologia di scritti*, Torino, Giappichelli.

Chiassoni, P. (1992). *Law and economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli.

Chiassoni, P. (2019). *Interpretation Without Truth. A Realistic Enquiry*, Springer.

Cohen, F.S. (1960), *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, (ed. by Lucy Kramer Cohen), New Haven, Yale University Press.

Conley, J.M.- O'Barr, W.M. (2004). *A Classic in Spite of Itself: "The Cheyenne Way" and The Case Method in Legal Anthropology*, «Law and Social Inquiry», Wiley-American Bar Foundation, Vol. 29, n. 1, 179-217.

da Silva, F.C., (2009). *Bringing Republican Ideas Back Home. The Dewey-Laski Connection*, «History of European Ideas», 35, 3, 360-368, DOI: 10.1016/j.histeuroideas.2008.09.005

Dewey, J., (1894). *Austin's Theory of Sovereignty*, «Political Science Quarterly», 9, 1, 31-52.

Dewey, J., (1926). *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, in «Yale Law Journal», 35, 6, 655-673.

Dewey, J., (1941). *My Philosophy of Law*, in AAVV., *Credos of Sixteen American Scholars* Boston, Boston Law Book Co., 73-85.

Duxbury, N. (1995). *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford-New York, Oxford University Press.

Eisenberg, A.I., (1995). *Reconstructing Political Pluralism*. Albany, State of New York University Press.

Faralli, C., (1990), *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia* (1988), Bologna, Editrice Clueb.

Fenster, M. (2016). *Mr. Peabody's Improbable Legal Intellectual History*, «Buffalo Law Review» 64, 101-120.

Fisher, W.W., Horwitz, M.J., Reed, T.A. (1993), *American Legal Realism*, New York-Oxford, Oxford University Press.

Frank, J., (2009). *Law and The Modern Mind* (1930), New Brunswick-London, Transaction Publishers.

Gilmore, G. (1977). *The Ages of American Law. Second Edition, with a New Foreword and Final Chapter by Philip Bobbit* (2014), New Haven and London, Yale University Press.

Goebel, T., (2002). *A Government by The People. Direct Democracy in America, 1890-1940*, Chapel Hill& London, The University of North Carolina Press.

Golding, M.P. (1981). *Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S. Cohen*, «Cornell Law Review», vol. 66, issue 5, 1032-1057.

Grossman, L.A., (2007). *Langdell Upside-Down: James Coolidge Carter and the Anticlassical Jurisprudence of Anticodification*, «Yale Journal of Law & the Humanities», vol. 19, 2, 149-219.

Gray, J.C., (1921). *The Nature and Sources of the Law* (1909), New Orleans, Quid Pro Books, (2012).

Green, M. (2013). *The Real Legal Realism*, JOTWELL (June 7, 2013) (reviewing Karl N. Llewellyn, *The Theory of Rules*, edited and with an introduction by Frederick Schauer (Univ. of Chicago Press, 2011). <https://juris.jotwell.com/the-real-legal-realism/>

Grey, T.C., (1983). *Langdell's Orthodoxy*, «University of Pittsburgh Law Review», 45, 1-53.

Grey, T. C., (2014). *Formalism and Pragmatism in American Law*, Leiden-Boston, Brill.

Hammond, W. G. (1881). *American Law Schools, Past and Future*. «Southern Law Review New Series», 7, 3, 400-429.

Hoebel, E.A.-Llewellyn. K.N. (1941). *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (settima rist., 1983), Norman, University of Oklahoma Press.

Hoebel, E. A. (1964). *Karl Llewellyn; Anthropological Jurisprude*, «Rutgers Law Review», vol. 18, 735-744.

Hoellinger, D.A., (1992). *The "Tough-Minded" Justice Holmes, Jewish Intellectuals, and the Making of an American Icon*, in Gordon, R.W. (ed.), *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford, Stanford University Press, 216-228.

Horwitz, M.J., (1992). *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York-Oxford, Oxford University Press.

Hunt, A. (1978). *The Sociological Movement in Law*, Palgrave MacMillan, London, 1978.

Hutcheson, J.C. (1929). *Judgment Intuitive; The Function of the "Hunch" in Judicial Decisions*, «Cornell Law Review», 14, 3, 274-288.

James, W. (1879). *The Sentiment of Rationality*, «Mind», 4, 15, 317-346.

Kalman, L. (1986). *Legal Realism at Yale 1927-1960*, Chapel Hill-London, The University of North Carolina Press.

Kantorowicz, H. (1958). *The Definition of Law* (2014), Cambridge, Cambridge University Printing.

Kelsen, H., (1945). *General Theory of Law and State*, (terza rist., 1949), Cambridge, Harvard University Press.

Kennedy, D. (2006). *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Washington, D.C., Beard Books.

Kens, P. (2015). *Revision of Progressive Era History Continues*, «Tulsa Law Review», 50, 2, 519-531.

Kuhn, T. S., (1999). *The Structure of Scientific Revolutions* (1962, 1970), trad.it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi.

Lamb, P., (2004). *Harold Laski: Problems of Democracy, the Sovereign State, and International Society*, New York-Houndmills, Basingstoke, Palgrave MacMillan.

LaPiana, W.P., (1994). *Logic & Experience. The Origin of Modern American Legal Education*, New York-Oxford, Oxford University Press.

Laski, H.J., (1916). *The Sovereignty of the State*, «The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods», 13, 4, 85-97.

Laski, H.J., (1917). *Studies in the Problems of Sovereignty* (1999), Kitchener, Batoche Books.

Leiter, B. (2001). *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, «Ethics», The University of Chicago Press, Vol. 11, n. 2, January 2001, 278-301.

Leiter, B. (2002). *American Legal Realism*, «The University of Texas School of Law», Public Law School Research Paper n. 42, pp. 38.

Leiter, B., (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford-New York, Oxford University Press.

Leiter, B. (2010). *Legal Realism and Legal Formalism. What Is the Issue?*, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, Paper n. 320.

Lieber, F. (1880). *Legal and Political Hermeneutics, Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities* (1837,1839), terza edizione, con note e appendici a cura di

W.G. Hammond, Saint-Louis, Thomas and Company.

Llewellyn, K.N. (1940). *The Normative, the Legal and The Law-Jobs: the Problem of Juristic Method*, «Yale Law Journal», 49, 8, 1355-1400.

Llewellyn, K.N. (1962), *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, 1962.

Llewellyn, K.N. (2012), *The Bramble Bush: on Our Law and its Study* (1930, 1951, 1960), Quid Pro Books, New Orleans.

MacCormick, N., (1981). *Political Frontiers of Jurisprudence: John Chipman Gray on the State*, «Cornell Law Review», 66, 5, 973-985.

Malinowski, B. (1926). *Crime and Custom in Savage Society*, New York, Harcourt, Brace &C.

Marzocco, V. (2018). *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, Giappichelli, 2018.

Merton, R.K. (1968). *Social Theory and Social Structure* (1949, 1957), New York-London, The Free Press-Collier MacMillan Publishers.

Merton, R.K. (2000). *Social Theory and Social Structure* (1949, 1957, 1968), trad. it. *Teoria e struttura sociale. Vol. I. Teoria sociologica*, Bologna, Il Mulino, 2000.

Newman, M., (1993). *Harold Laski. A Political Biography*, Houndmills, Basingstoke-London, The MacMillan Press.

Patterson, E.W. (1953), *Jurisprudence. Men and Ideas of the Law*, Brooklyn, The Foundations Press.

Postema, G.J., (2011). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence (voll. 11). Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer.

Purcell, E.A., (2015). *Democracy, the Constitution, and Legal Positivism in America: Lessons from a Winding and Troubled History*, «Florida Law Review», 66, 4, 1457-1511.

Rabban, D.M., (2013). *Law's History. American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge-New York, Cambridge University Press.

Radin, M., (1930). *The Intermittent Sovereign*, «Yale Law Journal», 39, 4, 514-531.

Radin, M., (1948). *The Law and You*, Mentor Books, The New American Library.

Rubin, E. (2011). *The Real Formalists, The Real Realists, and What They Tell Us About Judicial Decision Making and Legal education. Tamanaha: Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, «Michigan Law Review», 109, 863-882.

Rumble, W.E., (1981). *Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence*, «Cornell Law Review», 66, 5, 986-1031.

Rumble, W.E., (2005). *Doing Austin Justice. The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, London-New York, Continuum.

Rumble, W.E., (2013). *Austin in America. The Case of John Chipman Gray*, «American Journal of Legal History», 53, 3, 265-301.

Samuels, W.J., (1975). *Joseph Henry Beale's Lectures on Jurisprudence, 1909*, «University of Miami Law Review», 29, 260-333.

Schlegel, J.H. (1989). *The Ten Thousand Dollar Question*, «Stanford Law Review», 41, 2, 435-467.

Schmidt, B.C., (1998). *The Political Discourse of Anarchy. A Disciplinary History of International Relations*, Albany, State University of New York.

Siegel, S.A., (2001). *John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought*, «Iowa Law Review», 86, 1513-1599.

Stępień, M. (2016), *Malinowski's Multidimensional Conception of Law: Beyond Common Misunderstandings*, in Stępień, M. (ed. by), *Bronislaw Malinowski's Concept of Law*, Springer, 39-54.

Stone, J., (1946). *The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control. A Study in Jurisprudence*, (seconda edizione 1950), Cambridge, Harvard University Press.

Stone, M., (2002). *Formalism*. In *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*. (Ed. Jules Coleman and Scott Shapiro), 166–205, Oxford, Oxford University Press.

Summers, R.S., (1982). *Instrumentalism and American Legal Thought*, Ithaca-London, Cornell University Press.

Tamanaha, B. Z. (2010), *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, [2009].

Tamanaha, B. Z. (2014). *The Mounting Evidence Against the "Formalist Age"*, «Texas Law Review» 92,6, 1667-1684.

Tarello, G., (1962), *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè Editore.

Terrell, Th. P., (2012). *The Art of Legal Reasoning and the Angst of Judging: Of Balls, Strikes, and Moments of Truth*, «Northwestern Journal of Law and Social Policy», 8, 1, 35-88.

Thayer, H.S., (1952). *The Logic of Pragmatism: An Examination of John Dewey's Logic*, New York, Humanities Press.

Thayer, H.S. (1968), *Meaning and Action. A Critical History of Pragmatism*, New York, The Bobbs-Merrill Company.

Twining, W. (1985), *Karl Llewellyn and The Realist Movement* (1973), Oklahoma University Press.

Twining, W. (1993), *The Idea of Juristic method: A Tribute to Karl Llewellyn*, University of Miami Law Review, 48 ,1, 119-138.

Twining, W. (2002), *The Great Juristic Bazaar. Jurists' Texts and Lawyers' Stories*, Aldershot-Burlington, Ashgate-Dartmouth.

Twining, W. (2009), *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, (2008), Cambridge, Cambridge University Press.

Tuori, K. (2017), *American Legal Realism and Anthropology*, «Law and Social Inquiry», Vol. 42, Issue 33, 804-829.

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

Zaremby, J. (2013). *Legal Realism and American Law*, New York-London, Bloomsbury.

Teoria del Diritto e Mondo Contemporaneo

Volumi pubblicati

1. Federico José Arena, *Doveri giuridici, interpretazione, proiettivismo. Dal convenzionalismo allo scetticismo temperato*, 2019 (ISBN versione a stampa: 978-88-94943-73-3), (ISBN versione eBook: 978-88-94943-74-0)
2. Luca Malagoli, *We Subscribe to No Label. Studi apologetici per John Chipman Gray, Felix S. Cohen e Karl N. Llewellyn*, 2019 (ISBN versione a stampa: 978-88-94943-97-9), (ISBN versione eBook: 978-88-94943-98-6)

Luca Malagoli ha conseguito presso l'Università degli Studi di Genova il Dottorato di Ricerca in Filosofia del Diritto e Bioetica Giuridica (2016).

È attualmente assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova e, dal 2015, svolge attività didattica integrativa presso l'Università degli Studi di Bergamo.

È altresì coordinatore del Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy, promosso dall'Università degli Studi di Genova e dall'Università di Girona.

Stagione della storia del pensiero giuridico costitutivamente refrattaria alle sintesi unificatrici, al realismo giuridico americano sono stati variamente ricondotti o accostati autori di diversa estrazione e di assai differente fisionomia teorica. Lo studio di propone di analizzarne tre, un "precursore" (John Chipman Gray) e due esponenti del "realismo maturo" (Felix S. Cohen e Karl N. Llewellyn), concentrandosi, in particolare, sugli aspetti della loro produzione che meno frequentemente (e, talvolta, meno attentamente) sono stati indagati degli studiosi.

A chapter in the history of legal thought constitutively impervious to all-absorbing synthesis, American legal realism is often associated with various authors, very different from one another from the theoretical angle. The aim of the study is to analyze three of these authors, a "forerunner" (John Chipman Gray) and two exponents of the "ripeness" of the movement (Felix S. Cohen and Karl N. Llewellyn), focusing especially on those elements of their work that less (and, sometimes, less carefully) have been investigated by scholars.

ISBN: 978-88-94943-98-6



Immagine di copertina

"Thinking Islands"

Maria José Chiassoni Casareto