

INTRODUZIONE

1. Jerome Frank è probabilmente il più discusso esponente del realismo giuridico americano e, nonostante ciò, il meno conosciuto. A questo argomento fa cenno Brian Bix in apertura della più recente edizione di *Law and the Modern Mind*, rappresentando la particolare difficoltà a ritrovare strumenti, oggi, per misurarsi con uno studioso il cui profilo è strettamente congiunto con l'identità del movimento in cui si affermò¹.

È una prospettiva che può ritenersi condivisibile, soprattutto perché sollecita ad approfondire due aspetti: il primo ha a che fare con un tratto paradossale che emerge dal legame di Frank con il giusrealismo; l'altro riguarda lo specifico ruolo che a Frank è stato riservato dalla critica, come espressione radicale e provocatoria delle tesi che il movimento avanzò, in una stagione di profonde trasformazioni teoriche e istituzionali nell'esperienza giuridica americana. Per questi problemi, difficilmente può ricavarsi una qualche utilità, se non in termini di generalizzazione, da una griglia – quella tra “rule skeptics” e “fact skeptics” – che Frank stesso pensò come idonea a rappresentare le peculiarità che si erano andate affermando nel contesto del realismo².

¹ B.H. Bix, *Introduction* a J. Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2009, p. xii.

² A questa distinzione, alla quale si fa espresso rinvio nella *Prefazione*, scritta nel 1948, per la sesta edizione dell'opera (J. Frank, *Law and the Modern Mind*, cit., p. xiv s.), Frank affida una sorta di sintesi, a vent'anni dall'affermazione del giusrealismo, delle posizioni che si erano rappresentate nel tempo tra gli studiosi del movimento: se Karl Llewellyn “è forse l'eccezionale esponente” degli “scettici sulla regola” (“rule-skeptics”), il punto di vista espresso da quanti, in seno al movimento, affermano una prospettiva “scettica sul fatto” (“fact-skeptics”) – Green, Radin, Arnold, Douglas, Morgan – è così sintetizzato: “(per costoro) non conta quanto precise e definite siano le regole formali (...), non rileva quali siano le uniformità che si sia in grado di scoprire dietro queste regole formali,

Esaminare il rapporto di Frank con il giusrealismo consente di porre in rilievo questioni distinte, sebbene reciprocamente implicate. Se studiarne il contributo nel contesto del movimento offre un punto di vista esemplare sulle criticità che, da sempre, ne hanno segnato le interpretazioni, molte delle difficoltà che riguardano questa ricostruzione ricadono nel *cliché* in cui è stata costretta la *jurisprudence* di Frank, indicata come una sorta di sintesi di quell'esperienza.

Nonostante a Frank sia riconosciuto un ruolo di primo piano nel realismo, intorno al suo profilo si è concentrato un atteggiamento polarizzato su due fronti apparentemente opposti, ma in realtà del tutto contigui: per un verso, il suo pensiero ha esercitato una sorta di forza attrattiva, che ha impresso all'interpretazione del movimento una traccia definita, contribuendo a rappresentarlo come vicenda intellettuale che è stata espressione del suo tempo e che è rimasta, di fatto, marginale al dibattito della *jurisprudence* del Novecento; per l'altro, con l'affermarsi, almeno a partire dagli anni Ottanta, di una tendenza a rileggere in una diversa chiave il realismo, si è più volte avvertita la necessità di tenere da parte e ridimensionare il suo specifico contributo al movimento.

In queste due tendenze, che parrebbero contrastanti, si riconosce una medesima tesi: recuperare un punto di vista sul realismo giuridico americano implicherebbe riconoscere che vi sia stato un equivoco che lo ha caratterizzato da sempre, quello che lo ha ridotto e assorbito nelle sue posizioni più estreme, delle quali Frank è l'esponente più rappresentativo.

Nella "frankification" del realismo, che Brian Leiter ha indicato come uno dei grandi equivoci che avrebbero compromesso l'interpretazione del movimento³, emerge una prospettiva speculare alla rappresentazione che Bix offre della *jurisprudence* di Frank,

quanto piuttosto che sia impossibile, e che sia sempre impossibile, per il carattere elusivo dei fatti su cui si fonda la decisione, prevedere decisioni future in molte (non in tutte) le controversie non ancora avviate o non ancora intentate": J. Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice* (1949), Atheneum, New York 1963, p. 73 s.

³ B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford-New York 2007, spec. p. 57 ss.

compromessa da una radicalità che ne avrebbe segnato tanto la fortuna, quanto i limiti. Le questioni che si aprono da ciò hanno costituito il punto d'avvio di questa ricerca e hanno indicato l'opportunità di adottare, sotto il profilo metodologico, un'opzione ricostruttiva che fosse adeguata a sciogliere il nodo del rapporto tra Frank e il realismo, ma anche a non eludere la possibilità di offrire un contributo concentrato sul suo profilo di studioso, per molti versi rimasto ancorato ad una rappresentazione parziale, sebbene suggestiva.

In ragione di questi intrecci, come in un gioco di specchi, lavorare su Frank ha condotto, necessariamente, ad occuparsi del realismo. Ciò non solo perché la ricostruzione del suo pensiero emerge nella cornice di un dibattito interno molto articolato, ma anche perché, alla radice dello specifico punto di vista che si consolidava, dall'esterno, intorno al suo contributo, affioravano questioni più ampie. Si tratta delle trasformazioni che investivano il *Rule of Law* del costituzionalismo americano, nelle continuità e nelle distanze che si misuravano sull'adesione o meno rispetto ai confini che il pensiero giuridico progressista aveva posto con riguardo al discorso teorico sulla giurisprudenza, in un quadro di sistema che metteva in forma un rapporto tra poteri.

In queste pagine non si ritroverà, per questo, un lavoro che, sistematicamente, ricostruisce la *jurisprudence* di Frank per formulare ipotesi sullo specifico contributo che essa ha offerto al realismo. Si potrà leggere, piuttosto, un percorso che assume la posizione che egli va dichiarando in seno al movimento per affidare a quest'ultima i punti di emersione di una specificità che si misura su più livelli. In questi termini, saranno i punti di attrito, più ancora delle continuità, a guidare l'analisi: sul punto di vista affermato con riguardo all'interpretazione del fallimento delle istanze riformatrici del pensiero giuridico progressista d'inizio secolo, sulla questione del modello di scientificità da adottarsi nel campo della teoria del diritto, sulla declinazione filosofica e non meramente epistemologica della prospettiva scettica della sua *jurisprudence*.

Ciascuno di questi profili restituisce elementi ricostruttivi su Frank nell'orizzonte di un quadro assunto come centrale in questa ricerca, quello del contesto istituzionale in cui il giusrealismo si muove. Un quadro che anticipa tensioni che appartengono pro-

fondamente alla dinamica degli Stati costituzionali odierni, percorsi dalla necessità di individuare parametri di contenimento del giudiziario, tanto in chiave politico-costituzionale (ovvero nel campo del rapporto tra potere giurisdizionale e potere politico), quanto sotto il profilo del governo argomentativo e giustificativo della decisione, come criterio di ricostruzione della sua razionalità e garanzia del suo controllo democratico.

L'importanza che *Law and the Modern Mind* ha in questo percorso è sicuramente rilevante. Ma ciò, in realtà, non perché Frank sia ricordato *solo* per quel volume, circostanza questa che accade in molti casi e che, talvolta, ha a che fare con una constatazione banale, quella per cui, semplicemente, a uno studioso non capita di esser in grado di dire niente di diverso o di più significativo nelle prove successive ad un grande e fortunato libro, come in effetti *Law and the Modern Mind* può senz'altro definirsi⁴. Il punto riguarda, piuttosto, le traiettorie interpretative che, nei primi anni Trenta, si strutturano intorno alle tesi affermate in quel lavoro: sull'attività della giurisprudenza, sul dibattito metodologico che riguarda la scientificità della teoria del diritto, sul *Rule of Law* del costituzionalismo americano e, dunque, sul rapporto tra diritto e politica.

2. Ogni tentativo di offrire un panorama compiuto del realismo giuridico restituisce una problematicità enorme, in parte dovuta alla difficoltà di interpretare le prospettive teoriche degli autori che si riconobbero in quella stagione alla luce dei numerosi elementi che contribuirono a definirne le peculiarità. Anche in ragione di questa complessità, prevale la tendenza a discutere il movimento, soprattutto in considerazione delle vicende che condussero alla sua affermazione, all'inizio degli anni Trenta, concen-

⁴ Su questo punto, vale la pena considerare le particolari ragioni che Arnold indicava, all'indomani della morte di Frank, nel ricordare la fortuna di quel primo lavoro. Nel contesto delle trasformazioni e delle difficoltà istituzionali dell'America del tempo, *Law and the Modern Mind*, più di altre prove della letteratura realistica "chiari la prospettiva per un nuovo complesso di concezioni e ideali con riguardo al rapporto tra i cittadini e il loro governo": *Judge Jerome Frank*, «Chica. L. Rev.», 24, 1, 1956, pp. 633-642, p. 635.

trando l'attenzione su Frank e Llewellyn. Una scelta che ha molte ragioni e che costituisce una traccia che si è ritenuto opportuno seguire, assumendola nel solco delle interpretazioni che hanno provato a gettar luce sulle fasi che segnarono il dibattito con la giurisprudenza sociologica, ma anche conducendola oltre, nelle diverse traiettorie che essa è in grado di far vedere con riguardo ai punti che si sono appena rappresentati.

Particolarmente sul piano dell'identità del movimento, il ruolo di Frank in quella stagione incrocia i rapporti che si definiscono con Llewellyn e con una rappresentazione 'politica' che egli offre del realismo ma segnala, ancor più, una traccia del particolare profilo che Frank, consapevolmente, rivendica nei riguardi di un programma disatteso dalla giurisprudenza sociologica. La ricostruzione del dibattito, condotta anche grazie al materiale d'archivio, fa vedere con chiarezza soprattutto quest'ultimo aspetto, che si proietta, nel corso degli anni Trenta, sulla discussione del modello del "governo della legge". Un discorso che attacca, soprattutto nella prospettiva avanzata da Frank, il ruolo politico e programmatico della giurisprudenza messo in forma da Pound e sostanzialmente recepito, sebbene attraverso distinti criteri epistemologici (non più sociologici, ma psicologici e antropologici) da una parte del realismo.

In una stagione di forti contrapposizioni, in cui la discussione accademica raccoglie le sfide imposte dalla trasformazione che percorre la fisionomia e le interpretazioni del modello di democrazia americano, due metafore – "la giurisprudenza meccanica" e la "giustizia dei Cadi" – occupano il campo di una riflessione sul rapporto tra *regole* e *discrezionalità* nella teoria del giudizio che, sul piano politico-costituzionale, ricade sul fondamento di un *Rule of Law* scosso, negli Stati Uniti, dai più pervasivi interventi del potere politico e degli organismi amministrativi nel corso del *New Deal*.

Nella concezione "contenutistica, e non tecnica" che caratterizza la dottrina del *Rule of Law* anglo-americana, animata da una "implicita diffidenza verso la legislazione" che nasce dal "timore che questa possa alterare le condizioni di prevedibilità dei singoli individui" e da una "profonda analisi delle radici dell'esperienza umana"⁵, la fonte giurisprudenziale è il cardine di un equilibrio

⁵ A. Giuliani, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, in F. Ros-

tra poteri: “un ideale politico”⁶, più ancora che una norma del diritto, che esprime un atteggiamento proprio di un giusnaturalismo di matrice individualistica in aperta e costante dialettica nei riguardi della sovranità politica e dello Stato. Rispetto a questa tradizione, che fonda l’autorità della costituzione sul suo contenuto (“i principi giusnaturalistici infiltrati attraverso la concezione anglosassone del diritto”) più ancora che nella sua fonte autoritativa (“la volontà popolare”)⁷, l’inizio del Novecento segna una fase di profonda trasformazione teorica, per le vicende della penetrazione di una concezione “collettivistica” – e, dunque, “positivistica e realistica”⁸ – mediata attraverso l’insegnamento della giurisprudenza sociologica.

In questa prospettiva, l’attacco alla certezza del diritto mosso da Frank recepisce i motivi critici rivolti nei riguardi di una concezione del *Rule of Law* di matrice giusnaturalistica, che finisce con il superare la tradizionale diffidenza nei riguardi dell’apparato amministrativo – giurisdizionale e non – ma ricade anche in una dottrina di *self-restraint* con riguardo alla funzione di *judicial review* delle Corti sulla produzione legislativa. Un paradigma, quello della certezza, fatto salvo dalla *jurisprudence* di Llewellyn, attraverso una concezione istituzionalistica che muove dalla considerazione del diritto come espressione del più ampio meccanismo della vita dell’istituzione – il diritto è una “going institution”⁹ – e che finisce con l’assottigliare le discontinuità con gli esponenti della *jurisprudence* progressista che lo avevano preceduto, consentendo una via d’uscita “dal vicolo cieco in cui (il metodo positivistic) era stato rinserrato, dopo la critica del Frank”¹⁰.

si-Landi (a cura di), *Il pensiero americano contemporaneo*, Edizioni di Comunità, Roma 1958, pp. 119-163, p. 125.

⁶ F.A. von Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law*, National Bank of Egypt, Cairo 1955, p. 33.

⁷ Facendo riferimento agli studi di Corwin (E. Corwin, *The “Higher” Law Background in American Constitutional Law*, «Harv. L. Rev.», 42, 3, 1929, pp. 365-409): A. Giuliani, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, cit. p. 129.

⁸ Ivi, p. 130.

⁹ Cfr. K. Llewellyn, *My Philosophy of Law. Credo of Sixteen American Scholars*, Northwestern University, Boston 1941, p. 189.

¹⁰ A. Giuliani, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, cit., p. 131.

Nella prospettiva appena considerata, che restituisce il nucleo profondo che la *jurisprudence* realistica andava affermando, emerge un quadro di sistema, che riguarda la cornice di una trasformazione del principio della separazione dei poteri accolta dal costituzionalismo americano¹¹ e, da ciò, investe lo spazio riservato alla funzione del potere giudiziario come *limite* al potere legislativo e *fonte* esso stesso del diritto. La ricostruzione dello specifico contributo di Frank al movimento, assumendo queste premesse, mette in dubbio la rappresentazione di una sua impronta radicale, talvolta *naïf*, e indica alcune delle prospettive dalle quali è possibile tornare a riflettere sulle sue eredità.

Decisivo, per affrontare l'una e l'altra delle questioni, è un punto su cui più volte la dottrina si è espressa con scetticismo, quello della possibilità di rilevare nella prospettiva giusrealistica una concezione del diritto definita. Raccogliendo la pluralità delle sollecitazioni teoriche di cui il movimento si fece espressione, è difficile pensare di individuare una concezione che sia dissimile da quella che, seppure con un riferimento parziale restituito dall'ispirazione del giusrealismo istituzionalistico, sintetizzava Alessandro Giuliani:

“Osservando il fenomeno giuridico dal punto di vista dell'*intero* (l'istituzione), esso non appare che un mezzo di controllo, una tecnica sociale (“social engineering”); se oggetto del controllo è il comportamento degli uomini che vivono in gruppi sociali, è necessario inventare un meccanismo idoneo per raggiungere il risultato con il minimo sforzo”¹².

Per le prospettive che l'istituzionalismo economico andava indicando, ma anche per l'influenza del funzionalismo antropologi-

¹¹ Sulla crisi del modello costituzionale liberale favorita soprattutto dal pragmatismo di John Dewey, il quale “operò da poderoso dissolutore, negli ambienti intellettuali, della fede nei diritti naturali dell'individuo e nella bontà del *laissez-faire*” accreditando una forma di “«sperimentalismo»” che “esaltava la democrazia come processo politico aperto ad ogni prova, non soggetto a principî che ne limitino in alcun modo le ipotesi operative”: G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano* II. *La costituzione democratica*, Giappichelli, Torino 2000, p. 30.

¹² A. Giuliani, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, cit. p. 154.

co esercitata su una parte del movimento, ciò comprometteva la connessione tra il *Rule of Law* e i principi dell'individualismo giurisnaturalistico: gli scopi del diritto escono dall'orizzonte dell'individuo e si fanno sociali, collettivi, misurabili in base al grado di effettività che essi siano in grado di restituire nel contesto della comunità e dei gruppi ai quali si riferiscono. Una traccia che condurrebbe a interpretare il realismo come "una *nuova* versione del diritto naturale che, spezzato ogni legame con l'individuo, si è risolto in una scienza politica, se non in una scienza del benessere"¹³. In considerazione di ciò, sebbene in una ricerca dei limiti a cui ancorare la dottrina del *Rule of Law* che si fa *esterna* e non più *interna* alla scienza giuridica e alla sua logica, una parte del giusrealismo si fa interprete della lezione della giurisprudenza sociologica, portando a compimento un itinerario implicito, ma non condotto fino in fondo, dalla giurisprudenza sociologica, verso "la riduzione del giurista a un *social scientist*"¹⁴.

3. È proprio su questo punto che il contributo di Jerome Frank offre una prospettiva interessante, perché sostanzialmente isolata. È questa una condizione che non va ricercata nell'ingenuo credito accordato alla psicoanalisi che, in Frank, è un linguaggio funzionale e simbolico che consente di discutere il fondamento autoritativo del diritto (spostandolo dalla *norma* alla *decisione* del giudice), ma soprattutto è strumento di un più generale attacco mosso al modello di scientificità tenuto per fermo da quella parte del movimento che adotta come criteri epistemologici la psicologia behavioristica e l'antropologia funzionalistica¹⁵.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ivi, p. 156.

¹⁵ "Non è saggio, credo, parlare del «diritto» come «scienza» (...). La parola «scienza», peraltro, è ambigua. Per molti, scienza significa qualcosa che ha a che fare con la scienza naturale, ovvero, con un corpo di tecniche (che sono costantemente sottoposte a riesame), che implica un tasso molto alto di precisione e che di solito restituisce previsioni abbastanza affidabili. Se, per esempio, per «diritto» si sceglie di indicare ciò che le Corti decidono, allora di sicuro il «diritto» non è una scienza. Ancora meno saggio è parlare di «scienze sociali» quando si intenda con ciò lo studio della società. Molti studiosi della società, quando parlano di «scienza

In questi termini, se la *jurisprudence* di Frank adotta un atteggiamento critico nei riguardi della scientificità della teoria del diritto, ciò ha a che fare con la messa in questione di un modello di scientificità delle scienze umane che è rivendicato, in quella stagione, in stretta continuità con le scienze naturali:

“Il problema fondamentale è che tutte le cosiddette «scienze sociali» sono solo fasi dell’antropologia: le loro tentate generalizzazioni si riferiscono ai costumi e alle credenze di gruppo (i costumi, i modi popolari), questioni che, specialmente in una società moderna che cambia, non sono facilmente prevedibili, a causa dei numerosi fattori elusivi e casuali, compresi gli effetti accidentali che derivano dalla forza della personalità individuale”¹⁶.

Sebbene del tutto partecipe di un clima di rinnovamento che accomuna l’affermazione del movimento, la *jurisprudence* di Frank individua, respingendolo, il punto di vista epistemologico sul quale il realismo misura le sue forze, la scientificità della conoscenza giuridica.

Questo tema attraversa tutto l’arco della sua produzione, come questione che riguarda gli strumenti conoscitivi di cui dispone la teoria giuridica con riguardo al campo in cui il realismo pretende di esercitarli: la teoria della decisione. È una questione centrale che, nel realismo, ha ricadute teoriche, metodologiche e ideologiche. In Jerome Frank, specificamente, ciò costituisce la premessa alla quale è affidata la riflessione sul sistema dell’amministrazione della giustizia in una società percorsa da conflitti interpretativi, concentrandosi sul problema del rapporto tra potere giurisdizionale e potere politico, ma anche sulla definizione di un ruolo non solo tecnico ma *pedagogico* e *critico* del giurista nel fragile tessuto delle democrazie moderne.

Ciò è tanto più evidente nella misura in cui nel discorso del realismo americano il tema della certezza del diritto è avvertito come una questione centrale. Un principio da *confutare*, come rap-

sociale» o di «scienza del comportamento», hanno in mente che questi studi somigliano o somiglieranno in futuro alle scienze naturali (...). Questo tentativo di emulazione ha segnato il corso degli studi sulla società”: J. Frank, *The Lawyer’s Role in Modern Society: A Round Table*, «*Jour. Pub. L.*», 4, 1, 1955, pp. 8-24, p. 8 s.

¹⁶ J. Frank, *Courts on Trial*, cit., p. 210.

presentazione emblematica degli *idola* del formalismo giuridico, ma al contempo da *preservare*, come esigenza non eliminabile di stabilizzazione delle aspettative (sociali e giuridiche).

4. Di tutta evidenza è che, nel caso di Frank, ciò che mina al cuore questo programma è proprio lo *scetticismo sul fatto*, che non è solo un discorso sul processo, e particolarmente sul sistema delle Corti inferiori e sui meccanismi della rappresentazione del fatto in giudizio. Lo scetticismo è, più ampiamente, una prospettiva epistemologica, filosofica e politica.

Su ciò, il contributo di Frank è totalmente estraneo al quadro in cui si muove una parte del realismo. Ancora una volta, sono le traiettorie polemiche *interne* ed *esterne* al movimento a restituire le premesse di uno specifico atteggiamento che riguarda un tema che corre lungo tutto lo sviluppo del pensiero progressista d'inizio Novecento negli Stati Uniti, il rapporto tra il diritto e le scienze sociali. La critica si rivolge allo statuto, ancora in fondo ottocentesco, di una scientificità intesa secondo un modello positivistico derivato dalle scienze naturali, in cui l'*osservazione* e la *ripetibilità* del dato producono le condizioni di modellizzazione dell'esperienza sociale.

Si tratta di un quadro teorico al quale si rivolge il realismo di matrice istituzionalistica e behavioristica, ma nel quale non si fa fatica a riconoscere la premessa ideologica di Pound su di una giurisprudenza che costruisce le traiettorie di generalizzazione degli scopi ritenuti preferibili all'interno di una data società.

L'angolo di osservazione che Frank sceglie di privilegiare nell'opera di demolizione di questa prospettiva è ad un tempo *teorico* e *pratico*, e compiutamente pragmatistico, nel senso di Dewey e della produzione di Holmes che a Dewey fu più sensibilmente affine.

Nel contesto del dibattito sul metodo delle scienze sociali, Frank legge in parte del realismo una tendenza a far precipitare sul sistema giuridico americano il metodo e gli orizzonti coltivati dal funzionalismo antropologico di Malinowski, al quale è senz'altro legata la posizione di Cardozo, ma è anche particolarmente sensibile la ricerca di Llewellyn¹⁷.

¹⁷ K. Llewellyn, E.A. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in*

È un modello che passa attraverso l'antropologia culturale e la sua pretesa di ricavare induttivamente generalizzazioni normative dalle regolarità consolidate sulle credenze e sui comportamenti condivisi da un gruppo sociale, ma che riguarda anche una definizione estesa della giuridicità che il funzionalismo contribuisce ad affermare.

L'eccedenza del fatto rispetto a qualsivoglia forma di generalizzazione è il cuore dello scetticismo epistemologico che contraddistingue la *jurisprudence* di Frank. Ma, oltre a ciò, è espressione di un atteggiamento metodologico – il relativismo cognitivo – e, più ampiamente, filosofico che contrasta il determinismo come principio di lettura causalistica della realtà.

Opportunamente, Ackerman legge in questo atteggiamento il riflesso più ampio di una consapevolezza, della quale il contributo di Frank è la più radicale espressione, circa l'impossibilità di tenere distinti (e, al contempo, di razionalizzare adeguatamente, nel processo decisionale) i rapporti tra le plurali visioni sostantive del bene. Una difficoltà che rende critica la funzione di orientamento politico di cui la giurisprudenza è partecipe in un contesto democratico¹⁸.

Si tratta di un atteggiamento filosoficamente anti-dualistico, che contesta la possibilità che la società o le Corti possano essere il laboratorio capace di offrire, per l'esigenza della generalizzazione, un modello di riproducibilità.

La critica a questo modello investe profondamente le istanze alle quali una parte del realismo fa appello, nella fiducia rivolta alla intelligenza di un dato di regolarità in grado di costituire il nuovo orizzonte della certezza del diritto, attraverso la funzione stabilizzatrice esercitata dall'attività delle Corti. Negare la validità di

Primitive Jurisprudence, University of Oklahoma Press, Norman (OK.) 1941. In termini ricostruttivi, a partire dall'inizio della collaborazione tra Llewellyn e Hoebel, nel 1933, e sui suoi sviluppi, centrati sulla ricerca svolta nel corso del 1935 sul significato del diritto attraverso lo studio delle controversie della comunità dei Nativi della riserva di Tongue River in Lame Deer, Montana: E.A. Hoebel, *Karl Llewellyn Anthropological Jurisprude*, «Rut. L. Rev.», 18, 3, 1964, pp. 735-744.

¹⁸ B.A. Ackerman, *Law and the Modern Mind by Jerome Frank. Twentieth-Century Classics Revisited*, «Daedalus», 103, 1, 1974, pp. 119-130, p. 126.

questo quadro conoscitivo non significa solo assumere un punto di vista scettico rispetto alla decisione. Significa adottare il relativismo cognitivo come prospettiva di metodo per le scienze umane e specificamente per la scienza giuridica.

Lavorare su Frank significa confrontarsi con il realismo. Un percorso non lineare e niente affatto agevole, perché segnato dall'emersione di un'esteriorità costruita su tutti e su ciascuno dei punti appena rappresentati. È una *jurisprudence* che predica un'impossibile certezza, se intesa come prodotto del diritto giurisprudenziale, spostando la critica alla dottrina del *Rule of Law* propria del pensiero giuridico d'inizio secolo, sui suoi limiti più estremi, quelli che destituiscono una concezione formalistica del "governo della legge" in favore di un modello complesso di "governo degli uomini", rappresentato come *limite e possibilità* stessa di un ideale democratico.

* * *

Nella fase del pensiero e della scrittura, ho avuto l'occasione di discutere, in varie sedi, di specifiche sezioni di questa ricerca. Sebbene sia solo mia la responsabilità circa la direzione che hanno assunto le sollecitazioni che mi sono state rivolte, sono grata a chi ha voluto offrirmele.

Carlo Nitsch ha seguito dall'inizio questo lavoro, sin da quando era un progetto. Gli devo una particolare gratitudine nell'aver letto e discusso con me, nei suoi avanzamenti e nelle sue versioni, le sue pagine. Ringrazio Thomas Casadei, che molto ha fatto per incoraggiare questa ricerca. Importanti, nel lavoro quotidiano, sono stati il conforto di Alessia Farano, Raffaele Mele e Giovanni Gritti e il dialogo, sempre costruttivo, con Angelo Abignente, Fabio Ciaramelli e Francesco Riccobono.

Enorme gratitudine devo a Giovanni Marino, che mi ha sempre sollecitato a seguire la mia strada, facendomi comunque capire se fosse giusta o meno.

Ringrazio Andrea Bixio, Pietro Rescigno e Francesco Riccobono per aver voluto accogliere il mio lavoro nella Collana da loro diretta.

CAPITOLO PRIMO
LA MACCHINA E IL CADÌ.
L'ANTIFORMALISMO AMERICANO
E LE SUE METAFORE

“Negli Stati Uniti non c'è quasi questione politica che non finisca,
presto o tardi, in una questione giudiziaria”

A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*

SOMMARIO: 1. La crisi d'inizio secolo. Il *common law* tra esperienza e sistema. – 2. Una metafora fondativa. – 3. L'invenzione della “giurisprudenza meccanica”. – 4. La “giustizia dei Cadi”. Il giudizio tra *razionalità* e *irrazionalità*. – 5. *Governo senza legge*. Il ruolo delle preferenze nel processo decisionale. – 6. Dalla “giustizia dei Cadi” alla “giurisprudenza gastronomica”. – 7. Realismo e *Rule of Law*.

1. *La crisi d'inizio secolo. Il common law tra esperienza e sistema*

Il rapporto tra *teoria* e *prassi* del diritto esprime una tensione che sta al cuore dei problemi su cui il positivismo giuridico continentale e quello anglo-americano s'interrogavano tra Ottocento e Novecento, concentrando la propria attenzione sull'autonomia dell'esperienza giuridica e sull'autosufficienza teorica ed epistemologica della scienza del diritto¹.

Rispetto alle traiettorie del positivismo continentale, che non

¹ A. Giuliani, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, cit., pp. 119-163 (spec. p. 120 ss.).

realizza, per le influenze dell'hegelismo, “il divorzio tra essere e dover essere”², nel contesto statunitense del primo Novecento, *esperienza e logica* del diritto divaricano la distanza tra scienza e tecnica, attribuendo un significato specifico alla concezione tipica del positivismo, per cui il diritto è *tecnica sociale*.

Dal punto di vista teorico, questa concezione si radica nel segno di un deciso *anti-concettualismo* condotto attraverso la negazione che sia la scienza giuridica a produrre il proprio oggetto, e che, dunque, lo studio del diritto non possa realizzarsi senza l'analisi delle condizioni epistemologiche della sua scienza³.

Nella stagione che s'inaugura alla fine dell'Ottocento, con Oliver Wendell Holmes⁴, quest'ultima traiettoria afferma i suoi tratti peculiari. Sono i tratti che contraddistinguono *istituzionalmente* l'antiformalismo della *jurisprudence* americana: l'affermazione della scienza giuridica come scienza sociale e politica non è infatti una questione meramente teorica, ma ha conseguenze cruciali, tanto per un ordinamento di *common law* come quello statunitense, quanto per il modello di democrazia costituzionale che lo contraddistingue.

Destituita progressivamente della sua funzione di concettualizzazione, quest'opzione pragmatistica e poi marcatamente empirica⁵ della scienza giuridica statunitense si innerva della tensione

² Ivi, p. 121.

³ In questi termini, va considerata con attenzione, tenendosi al riparo da fraintendimenti, la posizione espressa da Neil Duxbury a proposito della scientificità della teoria giuridica realistica: diversamente dal formalismo giuridico “scientifico solo nel nome”, i realisti contraddistinguono la propria impresa secondo l'aspirazione a costruire uno “studio autenticamente scientifico del diritto” rivolto a considerarlo come un meccanismo, nel suo complesso, “mutevole ma coerente” (*Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 80).

⁴ Particolarmente sul piano del rapporto tra logica ed esperienza, per una vocazione antiformalistica della *jurisprudence* americana che si radica nel contributo di Oliver Wendell Holmes: G.J. Postema, *Rules, Reasons, and Judgment: Realist Challenges*, «Riv. fil. dir.», 2, 2014, pp. 289-308 (spec. p. 290 ss.).

⁵ Su ciò, particolarmente per il tema delle concezioni in materia di logica del ragionamento e in rapporto al pragmatismo in Holmes: Th.C. Grey, *Holmes and the Logic of the Law*, in S.J. Burton (ed. by), *The Path of the Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp. 133-157. Sul carattere empirico della scienza giuridica realistica

peculiare di un sistema, come quello americano, in cui la questione del rapporto tra gli scopi perseguiti dal legislatore e le aspettative sociali si radica all'interno di una polarità strutturale alla democrazia statunitense, quella del rapporto tra potere politico e potere giudiziario⁶.

In questi termini, la radice holmesiana che struttura l'antiformalismo della *jurisprudence* progressista, e poi realistica, d'inizio Novecento, restituisce la sua centralità e la sua enorme e ambigua eredità⁷.

È da Holmes che trae origine la traiettoria che sposta sul piano politico (che è quello della determinazione degli scopi) la funzione della giurisprudenza, tanto sul punto in cui ciò era oggetto di maggiori obiezioni, come quello del diritto privato – fino a quel momento tenuto sul presupposto del carattere giusnaturalistico della libertà contrattuale il cui elemento volontaristico il giudice doveva limitarsi a difendere –, quanto su quello in cui questa istanza era già invece più avanzata, nel campo del diritto societario e delle transazioni commerciali⁸.

e sul suo rapporto con la questione epistemologica che percorre, in quella stagione, il campo delle scienze sociali: J.H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, University of North Carolina Press-American Society for Legal History, Chapel Hill and London 1995.

⁶ Su ciò: G. Bognetti, *Malapportionment: ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano 1966, spec. p. 269 ss.

⁷ Si tratta di un antiformalismo, come sottolinea Postema, che va inteso come diffidenza nei riguardi della generalizzazione precostituita dalla norma. Sul piano della logica, ciò consente di indicare nel carattere ambiguo dell'eredità holmesiana l'origine di un doppio binario che distingue le posizioni del realismo americano (per un verso, l'attenzione al linguaggio della decisione come "linguaggio formale" e teleologicamente orientato in rapporto alle *policies* che esso esprime; per l'altro, la logica dell'interpretazione, intesa come la sola forza che determina l'evoluzione del diritto): G.J. Postema, *Rules, Reasons, and Judgment*, cit., p. 291 s.

⁸ Su questo punto, si registra un coinvolgimento sempre maggiore del ruolo del diritto nella crescita economica del paese, con una funzione determinante della giurisprudenza, sotto il profilo della promozione di *standards* che garantiscono criteri di interpretazione oggettiva dei contratti al fine di raggiungere livelli di "correttezza, coerenza e uniformità" degli scopi: T. Parsons, *The Law of Contracts*, II, Little, Brown and Company, Boston 1855, p. 3 s.

Per altro verso, è proprio la critica antiformalistica restituita dal carattere icastico tipico degli aforismi holmesiani⁹ a prestarsi ad essere interpretata come un'erosione della funzione di concettualizzazione della scienza del diritto¹⁰. Ciò apre una crepa progressivamente più ampia in una teoria della decisione costruita intorno al ruolo delle regole e del precedente, armando l'evoluzionismo sociale darwiniano nella direzione di un approccio che potesse consentire al giurista di approntare strumenti d'indagine più adeguati, rispetto al formalismo legalistico, a fronteggiare le sfide poste dalla società e dai suoi conflitti¹¹.

⁹ Su questo aspetto, lo stile holmesiano orienta su forme di ambiguità le interpretazioni che hanno eletto il suo pensiero come principale riferimento: "Uno dei pochi punti su cui tutti gli interpreti concordano è la grandezza di Holmes in termini di prosa stilistica. Ma quando ciò si associa alla gamma di interpretazioni concorrenti sulla sua opera, anche il carattere brillante della sua prosa suggerisce un ulteriore punto poco lusinghiero – Holmes, l'eclettico aforista il cui talento letterario per le frasi scintillanti, nasconde il caos di idee reciprocamente inconsistenti" (Th.C. Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, «Stanf. L. Rev.», 41, 4, 1989, pp. 787-870, p. 787). Riguardo a questi aforismi di Holmes ("la vita del diritto non è stata logica ma esperienza": O.W. Holmes Jr., *The Common Law* (1881), *Introduction* by E.G. White, John Harvard Library, Cambridge (Mass.) and London 2009, p. 3); "le proposizioni generali non decidono i casi concreti" (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 [1905], O.W. Holmes Jr., *Dissenting*).

¹⁰ Come sottolinea Horwitz, considerando i due principali lavori di Holmes – *The Common Law*, cit.; Id., *The Path of the Law* (1897), «Harv. L. Rev.», 110, 5, 1997, pp. 991-1009: tr.it. *La via del diritto*, in S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 57-76 –, se la fiducia nella razionalizzazione del fenomeno giuridico si accompagna ad una destituzione del metodo concettualistico ciò, soprattutto in *The Path of the Law*, ridefinisce il ruolo che precedentemente Holmes aveva assegnato alla tradizione e alla storia, che diventano non più che uno dei possibili riferimenti del giurista: "Mi auguro che giunga il tempo in cui il ruolo svolto dalla storia nella spiegazione dei dogmi sarà minimo e in cui, piuttosto che a ricerche ingenuie, dedicheremo le nostre energie allo studio dei fini che si cercava di raggiungere e delle ragioni per le quali essi vengono raggiunti" (O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, cit., p. 1005). Su ciò, cfr. M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, New York 1992: tr. it. *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, il Mulino, Bologna 2004, p. 254 ss.

¹¹ Per una lettura delle posizioni evoluzionistiche holmesiane in rapporto ad una posizione filosoficamente anti-realistica che, dal darwinismo scientifico e sociale, deriva un ideale di scienza giuridica che accoglie i valori come costrutti

Queste traiettorie, che sono espressione di una crisi (o di una trasformazione) degli *standard* di razionalità giuridica, offrono al diritto una concezione *teleologica* e affidano alla giurisprudenza il compito di determinarne le *policies*. Dal primo punto di vista, si tratta di affermare, secondo un modello tipicamente positivistico, la natura sociale delle fonti del diritto e di definire quest'ultimo in termini di *tecnica sociale*: ma questa tecnica, proprio perché definita sul piano del diritto giurisprudenziale, e nel contesto di un attacco al ruolo e alla funzione della logica formale all'interno del ragionamento giudiziario, è piuttosto una *ingegneria* che partecipa direttamente all'esigenza della definizione degli scopi desiderabili da perseguire e, con essi, degli *standard* cui affidare l'esercizio del controllo sociale¹².

Nel corso del XIX secolo, appare chiaro come la recezione del sistema giuridico anglosassone, tanto nei termini di apparato normativo costituito da regole e precedenti, quanto come ordine del ragionamento interpretativo e argomentativo elaborato dalla dottrina, fosse difficilmente compatibile con il modello amministrativo proprio del sistema giudiziario statunitense.

Nel quadro della profonda trasformazione economica e sociale che si era avviata all'esito della guerra civile, sono particolarmente i rapporti tra potere giudiziario e potere legislativo ad essere in affanno. A differenza del sistema costituzionale anglosassone, il doppio livello, legislativo e giurisprudenziale, di vaglio della regola dello *stare decisis*¹³ compromette la sua stabilità: se ciò ancora afferma

sociali: A.W. Alschuler, *Law without Values. The Life, Work and Legacy of Justice Holmes*, The University of Chicago Press, Chicago 2000.

¹² In questi termini, come Holmes chiarisce nel 1897, "L'oggetto del nostro studio, dunque, è una profezia, la profezia che riguarda l'incidenza della forza pubblica attraverso il carattere strumentale del ruolo delle Corti": O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, cit., p. 991.

¹³ Come sottolinea Mariangela Ripoli, "la recezione del sistema giuridico dall'ex madrepatria, avvenuta a partire dall'età coloniale, comprensiva non solo del materiale normativo costituito dai precedenti, ma anche degli schemi argomentativi e delle elaborazioni dottrinali più rilevanti, presenta sin dall'inizio marcate incompatibilità con il modello di organizzazione giuspolitica degli S.U.; manca il sostrato costituito da un ceto omogeneo di giuristi, e la presenza di un doppio binario legislativo e giurisdizionale tende a vanificare la funzione della regola dello *stare decisis*": *Blackstone e Bentham in America. Digressione su un tema tarel-*

il principio del carattere sussidiario della produzione legislativa del diritto, cresce altresì un'inadeguatezza della giurisprudenza a interpretare i cambiamenti in corso nella società americana.

L'elevato grado di sistematizzazione concettuale raggiunto dalla dottrina classica di fine Ottocento¹⁴, l'ideologia individualistico-liberale che contraddistingue l'approccio della giurisprudenza nei riguardi dei diritti soggettivi, paralizzano il *common law* statunitense irrigidendolo in una versione statica e sostanzialmente conservatrice¹⁵.

La consapevolezza di questa condizione, già anticipata dai lavori di Holmes, dà origine, all'inizio del Novecento, ad approcci differenti, accomunati dalla necessità di aprire la *jurisprudence* americana ad una stagione di rinnovamento che fosse in grado di individuare matrici teoriche idonee a stabilire una linea di adeguamento della dottrina giuridica alle peculiarità del sistema giuridico e politico americano.

Il punto è quello del *common law* e della sua tradizione, in una fase estremamente delicata del suo sviluppo, nella sua caratterizzazione come sistema in cui l'opera della giurisprudenza, come quella della dottrina sono centrali, e in una stagione che vede il potere politico rivendicare un sempre maggiore spazio nel governo dei cambiamenti sociali ed economici in atto all'inizio del Novecento¹⁶.

Per queste traiettorie, è decisiva la rappresentazione di uno sradicamento del diritto giurisprudenziale dai consolidati caratteri di sistema che esso aveva acquisito nell'ordinamento inglese ma anche, sotto il profilo teorico, di una recezione della *jurisprudence*

liano, «Materiali», 2, 1997, pp. 591-603, p. 594. Per una ricostruzione storico-giuridica del principio dello *stare decisis* nel contesto anglosassone ottocentesco: D. Freda, *Stare decisis? Il giudice assediato nell'Inghilterra dell'Ottocento*, «Quaderni fiorentini», 1, 40, 2011, pp. 469-551.

¹⁴ Su ciò, cfr. G. Gilmore, *The Age of American Law* (1977), Yale University Press, New Haven and London 2014, spec. p. 101 ss.; e, cfr. D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought (1850-1940)* (1975), Beard Books, Washington 2006.

¹⁵ Sull'affermarsi del *case method* nelle *Law Schools* americane e, particolarmente ad Harvard: N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, cit., p. 15 ss.

¹⁶ G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1982, p. 5.

positivistica di matrice anglosassone che ne evidenzia alcune sue contraddizioni interne, nella linea che va da Bentham ad Austin¹⁷.

Dal primo punto di vista, come scrive Pound all'inizio del secolo, si tratta di prender atto di una deriva del *common law* americano che pare aver tradito le sue stesse premesse:

“Oggi, per la prima volta, il *common law* si ritrova schierato contro le persone (...). Non può negarsi che vi è una crescente insoddisfazione popolare nei riguardi del nostro sistema giuridico. C'è la sensazione che esso impedisca tutto e non faccia nulla. Si fa appello a commissioni e comitati, con poteri amministrativi sommari e di carattere inquisitorio, e le Corti sono oggetto di sfiducia. In parte, naturalmente, ciò si deve all'impazienza nei riguardi di una attenta ricerca della verità, di un esatto accertamento dei fatti, e di una giustizia rigorosa”¹⁸.

La perdita di una funzione adattiva e dinamica che il *common law* affida al diritto giurisprudenziale è in parte una condizione di sistema – quello politico e giuridico americano, strutturalmente distante e più articolato rispetto a quello inglese –, in parte una conseguenza del tratto che contraddistingue la recezione di una tradizione della *jurisprudence* inglese che, in America, aveva rivelato le sue contraddizioni in una forma di polarizzazione tra *esperienza e sistema*.

¹⁷ Su questo punto, particolarmente con riguardo alla *jurisprudence* di Austin, in rapporto agli sviluppi teorico-giuridici statunitensi, Tarello evidenzia la matrice kelseniana alla base dello “schema o paradigma della generale contrapposizione tra «positivismo giuridico» [nella accezione ristretta secondo cui la locuzione indica l'attitudine metodologica secondo cui compito del giurista è esclusivamente quello di sottoporre all'analisi il discorso del legislatore] (...) e giurisprudenza sociologica”: riferendosi, in questi termini, alle indicazioni che venivano da Alessandro Giuliani (*Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana*, «Anuario de Filosofía del Derecho», IV, 1956, pp. 215-308), Tarello evidenzia così tre punti di aderenza del realismo alla tradizione benthamiana su cui, a suo avviso, sarebbe stato necessario riflettere: “una concezione strumentalistica del diritto (la norma giuridica considerata come strumento di organizzazione della società), la critica del *common law* e delle sue tecniche e gli atteggiamenti di alcuni tardi esponenti di questa tradizione nei confronti della posizione del giudice nel sistema delle fonti” (G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano 1962, p. 27 e p. 28 s.).

¹⁸ R. Pound, *Do We Need a Philosophy of Law?*, «Colum. L. Rev.», 5, 5, 1905, pp. 339-353, p. 344.

Su quest'ultimo aspetto, la letteratura che ha ricostruito le diverse traiettorie del positivismo inglese negli Stati Uniti ha consentito di discutere le influenze che questo esercita in America, soprattutto sulla stagione inaugurata da Holmes¹⁹. Una discussione invero complicata, non solo perché evidentemente misurata su di un pensiero, come quello holmesiano, che ha lasciato margini notevoli e talvolta ambigui di apertura²⁰, ma anche perché condizionata dal succedersi di linee interpretative che hanno di volta in volta provato a tessere la trama dei rapporti tra i principali esponenti dell'utilitarismo anglosassone, Bentham e Austin²¹.

L'attitudine sistematica della *jurisprudence* statunitense del primo del Novecento, così come l'affermazione dei suoi limiti, per opera dapprima del pensiero progressista e riformatore, e poi del movimento realistico, ne rappresentano alcune delle principali linee di sviluppo: a fronte di un'influenza del benthamismo alquanto modesta nel pensiero americano ottocentesco, e di una più diretta e chiara matrice austiniana di cui è espressione la sistematizzazione del *case law* statunitense, con lo sforzo di razionalizzazione che lo contraddistingue²², il tratto che percorre il pensiero progressista americano, tra continuità e discontinuità, sarebbe stato, specificamente, un tentativo di recupero della tradizione benthamiana²³. È un "ampio arsenale" quello messo in campo da Bentham, utile a costruire "un attacco al *common law*" e alla sua dottrina²⁴.

¹⁹ Su questo punto, per il profilo delle influenze e della posizione generale di Holmes sulla *jurisprudence* utilitaristica: H.L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes & Utilitarian Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1984.

²⁰ Su ciò, cfr. *supra*, nt. 9.

²¹ Si tratta di una questione che, in Italia, ha costituito la direttrice lungo la quale, con maggiore profitto, si è mossa la critica, come è accaduto soprattutto nel caso dei contributi di Giuliani e di Tarello, i quali hanno offerto letture capaci di porre in luce le tensioni che, a partire dalla recezione di Bentham e di Austin, si erano prodotte nel pensiero giuridico americano dell'inizio del secolo scorso: A. Giuliani, *Los presupuestos*, cit.; Id. *Dal positivismo «benthamiano»*, cit.; G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit.

²² Su ciò, A. Giuliani, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, cit., p. 130 ss.

²³ Particolarmente nel caso del realismo, secondo Tarello, questa operazione resta frustrata (*Il realismo giuridico americano*, cit., p. 221 ss.).

²⁴ P.J. King, *Utilitarian Jurisprudence in America. The Influence of Bentham*