

La distinzione tra giudice e legislatore*

Duncan Kennedy

In questo lavoro si affronta una delle più importanti dicotomie¹ della teoria politica in generale, e della teoria del diritto in particolare: quella tra attività dei giudici e attività del legislatore. In altri scritti ho già suggerito che il carattere ideologico delle decisioni giudiziali è normalmente «rimosso», e che perciò i giudici operano in «mala fede». Tale «rimozione» deriva in parte dall'analisi critica del ruolo dei giudici, quale problema «endemico» del pensiero giuridico americano. La nostra teoria del diritto teorizza questa negazione cercando di mostrare che il processo decisionale dei giudici può essere non ideologico. Secondo me è giunto il momento di affrontare le diverse teorie con cui i giuristi giungono a questo risultato.

È importante distinguere subito tra il negare che i giudici decidano rispondendo a preferenze ideologiche, e il negare che i giudici prendano decisioni che sono importanti per le intelligentie ideologiche. Io non penso si possa negare che sia i progressisti che i conservatori siano entrambi interessati alle regole che la Corte Suprema degli Stati Uniti prende in tema di aborto, e si preoccupino in un modo che può essere considerato ideologicamente motivato. Non penso si possa negare che l'intelligenza si interessi in modo ideologico alle norme che le corti adottano quando elaborano i dettagli della responsabilità del produttore.

Diverso è affermare che il processo argomentativo attraverso cui le regole sono elaborate, soprattutto a livello di Corti superiori, abbia una sua propria dimensione ideologica. È diverso perché molti progressisti e molti conservatori pensano, non sempre e non sempre completamente ma normalmente in mala

* Da Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1997, cap. II. Traduzione di Bianca Gardella Tedeschi a cura di Pier Giuseppe Montaneri

¹N. Bobbio, *Stato, governo, società: per una teoria generale della politica*, Torino, 1980.

fede, che benché ci siano poste ideologiche in gioco nell'elaborazione di una norma, il processo con cui si sceglie la regola vincente non è, o comunque non dovrebbe essere, connotato ideologicamente. I giudici affermano con decisione che essi stessi operano secondo un processo argomentativo estraneo all'ideologia anche se, naturalmente, è consueta l'accusa rivolta ad altri giudici per non aver escluso l'ideologia dalle loro decisioni.

Vi sono due modi consueti di affermare l'estraneità del processo di creazione del diritto dall'ideologia. La prima teoria sostiene che il processo di rule-making deve essere «oggettivo». L'altra afferma, più modestamente, che il processo di rule-making non deve essere influenzato da preferenze personali.

Tra i giuristi, a partire dalla fine del secolo scorso, ci sono stati dibattiti sulla oggettività delle procedure usate dai giudici per scegliere la norma applicabile. Vorrei affermare che, per i giuristi, l'oggetto di queste discussioni si focalizzava intorno alle domande se i giudici siano, debbano essere, o sarebbe meglio che fossero, attori non ideologici. Dire che la giurisprudenza produce norme che sono oggettivamente corrette come soluzioni, vuol semplicemente dire che si arriva a scegliere norme che non possono essere attribuite alle simpatie ideologiche dei giudici. È stato a volte affermato che c'è altro in gioco, per esempio la certezza, considerata come valore non politico, elemento che facilita i traffici, ma queste sono appendici del dibattito principale, anche se a volte possono sembrare interessanti soprattutto ai non addetti ai lavori.

Un intrattenimento *a latere* in questo dibattito è stato organizzato dai filosofi (di molte fedi ed ideologie) che si sono interessati al problema della «oggettività» in generale, e che affrontano il problema della «oggettività» nel diritto in modo analogo al problema che l'«oggettività» pone in altri campi. Spesso non capiscono quale è il centro del dibattito per i giuristi, e così sostengono che il diritto è oggettivo, ma secondo una nozione di oggettività che non risponde al problema della contaminazione ideologica, ed in più pensano che con la loro opera stanno facendo un favore a noi giuristi, ignoranti di filosofia². Poiché so-

²Jules L. Coleman - Brian Leiter, *Determinacy, Objectivity and Authority*, in 142 «U. Pa. L. Rev.», 1993, p. 549; Heidi Feldman, *Objectivity in Legal Judgement*, in 92 «Mich. L. Rev.», 1994, p. 551.

no fuori tema, questi interventi non divengono normalmente parte integrante del dibattito giuridico.

Stanley Fish³, fece l'errore opposto nella sua discussione con Ronald Dworkin. Pensava di confortare i giuristi sostenendo che, benché il diritto certamente non sia oggettivo, i giudici non possono però sottrarsi al controllo del contesto sociale in cui vivono. Il suo modello dei giudici «comunque vincolati», è comunque un vincolo che palesemente non esclude la dimensione ideologica.

Il dibattito parallelo, se il procedimento con cui il legislatore crea le norme sia, o debba essere, «personale» coinvolge interessi analoghi. I non giuristi spesso vogliono l'esclusione della dimensione personale allo scopo di eliminare la corruzione, o le preferenze, politiche di chi prende le decisioni. Ma per i giuristi l'unico punto da prendere in considerazione e che è controverso, è la dimensione personale considerata come ideologia. Il seguente brano è particolarmente rappresentativo del dibattito, e soprattutto della parte del dibattito che genera equivoci: se i giudici realmente «non decidono» sulla base di valori personali, oppure sono solo «scoraggiati» a non fare così, ed in questo modo solo raramente possono fare «cambiamenti di indirizzo rilevanti».

«Il fatto che i giudici siano protetti considerevolmente dalla pubblica opinione rende inopportuno che giungano a risultati basati sui loro valori personali, possibilmente idiosincratici. Nonostante tutte le chiacchiere sull'assenza di convinzioni personali dei giudici quando prendono decisioni, la verità è che non è questo ciò che accade. I vincoli istituzionali cui ho già accennato, insieme al dovere di prendere decisioni motivate e l'obbligazione morale alla trasparenza, sono controlli che scoraggiano l'imposizione di valori personali del singolo giudice e che impongono alle corti «andature molecolari». Cambiamenti di indirizzo rilevanti sono rari. Occorre molto tempo perché acquistino l'accettazione, che è una preconditione della loro efficacia⁴».

Voglio affermare con forza che allo stato attuale, la versione dell'adjudication di David Shapiro non rappresenta l'opinione dominante nella cultura giuridica americana, anche perché non

³S. Fish, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, in 60 «Texas L. Rev.», 1982, p. 551.

⁴David L. Shapiro, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, in 74 «Va. L. Rev.», pp. 519, 556-557. Corsivo aggiunto.

c'è una opinione dominante su questo punto. Tra i pratici, sono presenti teorie che spaziano dal completo cinismo ad un perfetto langdellianesimo di fine '800, ed in mezzo si trova un numero sorprendentemente elevato di variazioni personali. Ed anche i professori di diritto hanno un ampio numero di opinioni. I teorici del diritto, che si occupano direttamente di questo problema, respingono all'unanimità il nihilismo (qualunque cosa questo significhi) ma egualmente all'unanimità respingono ogni genere di formalismo. Le loro varianti intermedie tra i due estremi sono però organizzate in scuole, e non sono lasciate al caso. Non per questo sono meno barocche.

Il saggio di Shapiro rappresenta una ortodossia, una teoria che una volta era semplice comune sentire, ma che è poi diventata tradizione, attaccata su più fronti ma fedele ai primi principi, in mezzo ad un mare di eretici, apostati ed attaccabrighe.

In questa sede, non mi occupo della questione se i giudici debbano o meno raggiungere risultati (ovvero fare regole) sulla base delle loro preferenze personali o dei valori idiosincratici, intendendo con «personale» qualcosa come «preferisco il gelato al cioccolato piuttosto che alla crema», oppure preferenza per la parte che ha una camicia blu, oppure che allunga una bustarella. Mi interessa piuttosto il modo in cui i credo ideologici dei giudici (incluso il proposito di non voler essere ideologizzati) entrano nel processo di rule making, e le conseguenze che comporta la loro presenza, anche se presente sotto una declamazione di assenza. Mi sembra chiaro che i giudici a volte scelgono le regole deducendole da altre regole, mentre a volte sono influenzati (ed affermo «impropriamente») da fattori certamente idiosincratici. Ma l'orientamento ideologico, nell'accezione che sarà più chiara nel capitolo successivo, non è mai «meramente personale».

Adjudication v. legislation

La distinzione tra adjudication e legislation è intimamente connessa ad altre divisioni, e non è possibile spiegare una senza far riferimento alle altre. Queste ricomprendono la distinzione tra tribunale e parlamento, tra applicazione del diritto e creazione del diritto, tra diritto e politica, tra «oggettivo» e «soggettivo», tra diritto e potere, tra funzionari che rispondono in via gerarchica e funzionari che rispondono all'elettorato. Un modo di affrontare questo problema è quello di dire che «adjudication» è ciò che fanno le corti, mentre «legislation» è ciò che fa il legisla-

tore. In questa versione, la distinzione non è autonoma, poiché dipende dalla definizione che si dà dei due organi corti e parlamento, ed è quindi meramente descrittiva. Qualunque cosa fanno le corti è adjudication, mentre qualunque cosa fa il potere legislativo è legislation.

È però più frequente considerare le due espressioni come diversi metodi con cui sono prese decisioni, che possono o meno caratterizzare qualunque attività sia di una corte che di un organo legislativo. Nella più semplice e risalente versione di questa teoria, anche se non è attualmente condiviso dai giuristi, ciò che fa un organo legislativo quando crea regole è nuova legislazione, e ciò che fa una corte quando applica il diritto a una fattispecie è giurisprudenza. Ma è possibile per una corte fare norme, e per un organo legislativo giudicare. In questa accezione, adjudication e legislation sono concetti che si escludono a vicenda: lo stesso agente non può fare le due cose nel medesimo momento, decidere un problema in un modo preclude di poterlo risolvere in un altro, ed applicare il diritto che esiste alla fattispecie è cosa diversa rispetto a formulare diritto nuovo che si applicherà a fattispecie future (o passate).

La distinzione rimane marcata anche se riconosciamo che l'applicazione del diritto alla fattispecie spesso richiede la riformulazione della norma prima di poterla applicare. Noi non siamo sicuri, a prima vista, di come si possa applicare la norma ad una data fattispecie; risolviamo la questione ricorrendo alle definizioni delle parole che compongono la norma. Fino a che la ricostruzione è considerata «semantica», o «deduttiva», nel senso di guardare al significato delle parole che compongono la norma che deve essere applicata, questo processo non è comunemente inteso come creazione di diritto, anche se il caso da risolvere è molto complicato.

La distinzione tra adjudication e legislation è stata spesso una parte importante nella costruzione della più ampia teoria normativa del liberalismo. Con il termine liberalismo mi riferisco a credere nei diritti individuali, nella regola della maggioranza, e nel primato del diritto. Le teorie liberali richiedono la separazione dei poteri come uno dei mezzi per proteggere i diritti individuali in un regime in cui vige un sistema di scelte affidate alla maggioranza. La separazione tra organo legislativo e organo giudicante corrisponde con esattezza alla distinzione tra legislation e adjudication come metodi di decisione. Un organo legislativo dovrebbe legiferare, ed esclusivamente legiferare; le

*corti dovrebbero giudicare, ed esclusivamente giudicare, anche se possono nei fatti violare queste indicazioni.

In questa visione normativa, il processo di creazione del diritto richiede giudizi di valore, che sono inevitabilmente soggettivi, e per questo politici. Poiché il processo di creazione del diritto è politico, dovrebbe essere fatto esclusivamente da persone elette dal popolo (magari assoggettate a vincoli costituzionali), che operino in un sistema di responsabilità nei confronti degli elettori.

Per converso, gli organi legislativi non dovrebbero giudicare. Chi giudica, (e si intende qui la mera applicazione del diritto) assegna i diritti alle parti attraverso il meccanismo del processo. I liberali di entrambe le scuole, positivista e del diritto naturale, concordano sul fatto che la supremazia del diritto significa che le parti possono pretendere di veder affermati i loro diritti attraverso un processo che non deve essere influenzato dalle preferenze soggettive politiche della maggioranza. Come ho fatto notare sopra, questi scrittori sono soprattutto preoccupati non tanto delle stravaganze o dei gusti personali del singolo, quanto piuttosto della componente ideologica, ciò che James Madison chiama «fazione».

Giudicare, secondo la vecchia teoria, non deve essere un'attività politica, poiché riguarda questioni di significato e questioni di fatto che sono indipendenti dai giudizi di valore (oggettivi). Poiché la decisione delle questioni che implicano diritti può essere fatta in modo oggettivo, più che secondo un'ideologia, sembra ovvio poi venga fatta così. Per questo dovrebbe essere affidata a professionisti esperti che operino secondo un principio di «indipendente» fedeltà alla legge. Le corti, che sono state create per compiere questa funzione, non dovrebbero creare norme poiché i giudici non sono eletti.

All'interno di questa visione normativa, l'espressione «legislazione dei giudici» ha un significato normativo costantemente negativo, come si vede dal commento alla nomina di Breyer a giudice della Corte Suprema: «Benché gli istinti di Breyer siano moderati più che attivisti, il suo pragmatismo solleva problemi sulla legislazione dei giudici, che potrebbe essere interessante esplorare più a fondo»⁵. Secondo questa teoria, perché sia rispettata la «rule of law» nei casi in cui sia necessario usare la forza contro un cittadino, sono necessari due requisiti: primo, il

⁵ Jeffrey Rosen, *Breyer Restraint*, su «New Republic», 11 giugno 1994, p. 20.

ricorso ad una norma prodotta attraverso il processo democratico di creazione del diritto, che si incarna nell'organo legislativo o nel processo di creazione del diritto a livello costituzionale; secondo, l'applicazione della regola alla fattispecie, in un procedimento che è indipendente dal processo decisionale che ha prodotto la norma. La legislazione dei giudici pone dei problemi perché viola il primo requisito, proprio come un processo da parte del legislatore violerebbe il secondo.

Questa versione della distinzione tra *legislation* e *adjudication* e della posizione che occupa nelle teorie liberali gioca un ruolo fondamentale nella cultura politica americana più popolare, ma gode di poco credito all'interno dell'intelligentsia, ed ancora meno dell'intelligentsia giuridica. La ragione è che sembra poco plausibile descrivere l'attività dei giudici come niente di più che applicazione della legge, almeno secondo il significato comunemente attribuito ai termini applicazione del diritto.

Ovviamente, i giudici applicano spesso il diritto, nel senso di scegliere una norma che tutti ritengono «valida» e di controllare che ne siano stati provati i presupposti di fatto. Ma sembra ugualmente ovvio che i giudici fanno anche altro, che può essere meglio descritto come creazione di diritto piuttosto che mera applicazione. Ai giudici è spesso attribuito il compito di colmare lacune, risolvere antinomie ed ambiguità che sono presenti nel sistema. In alcuni casi, non è sufficiente una riformulazione della norma deducendo il significato dalle definizioni delle parole che compongono le norme per produrre una soluzione applicabile. Se si è d'accordo sul fatto che c'è una lacuna, un'antinomia o una ambiguità, siamo anche d'accordo sul fatto che il giudice che colma la lacuna e chiarisce le ambiguità in effetti «crea» una nuova norma e poi la applica ai fatti, piuttosto che applicare meramente una norma preesistente⁶.

Se identificata con il contrasto tra creazione del diritto e applicazione del diritto, la contrapposizione legislazione-giurisprudenza sembra non lasciare spazio a soluzioni intermedie. Ma, non appena ci spostiamo verso la più ampia nozione di interpretazione del diritto, risulta che giudicare comporta sia creare che

⁶Non intendo prendere posizione a questo punto sul dibattito che esiste. Basti pensare che anche Ronald Dworkin è d'accordo sul fatto che i giudici creano diritto, nel senso minimo che ho indicato nel testo. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, MA, 1986, p. 6; *L'impero del diritto*, Milano, 1989, tr. it. di Lorenza Caracciolo di San Vito.

applicare il diritto. Ma non consegue, ed il dibattito sul punto non è sopito, che la creazione del diritto da parte dei giudici debba essere, o sia in fatto, «legislazione dei giudici», e quindi non accetta a quei teorici che ritengono necessaria una legittimazione democratica di tipo legislativo per usare la forza contro un cittadino.

I giudici americani negano con vigore che quanto fanno, anche nei casi più «difficili», è o deve essere creazione legislazione dei giudici, benché essi spesso ammettano che in effetti creano norme. Difendono le loro scelte di norme e negano il significato politico, ma non sono convincenti le loro affermazioni con cui cercano di farci credere che sono le singole norme giuridiche che li obbligano a raggiungere determinati risultati a cui le loro idee politiche sono estranee.

Innanzitutto, è abituale per chi scrive sentenze, ed è necessario alla cultura politica popolare, che i giudici diano di sé un'immagine di persone neutrali rispetto al contenuto del diritto che creano. In secondo luogo, ogni singolo giudice che fa una qualsiasi norma, ha un interesse personale quando presenta la norma che ha creato: l'interesse a che la sua regola venga unanimemente accettata. Inoltre, molte affermazioni di necessità giuridica della decisione sono così poco convincenti, già ad una prima lettura, che sollevano il problema di vedere cosa «veramente» ci porta ad un determinato risultato.

In netto contrasto con la rappresentazione che i giudici danno di sé, il buon giornalismo considera i giudici, almeno quelli della Corte Suprema, quali politici le cui opinioni e schieramenti possono essere analizzati secondo il linguaggio usuale della politica. Anzi, come dimostra il brano che segue, i giornalisti descrivono gli schieramenti politici all'interno della Corte Suprema con un linguaggio che sarebbe difficile impiegare, con la stessa disinvoltura, per gli schieramenti politici all'interno del Congresso, poiché è ormai predominante la sensazione che una divisione netta tra destra e sinistra descrive solo parzialmente le linee della politica legislativa. Linda Greenhouse descrive l'attività della Corte Suprema del 1993 nella rubrica «News of the Week in Review», nel New York Times della domenica:

«Molte delle decisioni che i giudici hanno prodotto hanno rivelato profonde divisioni ed alcune portano il segno di sanguinose battaglie ideologiche ...

Il dibattito... ha evidenziato l'attuale dinamica della Corte: i giudici Thomas e Scalia sono nell'ala più conservatrice degli

schieramenti politici della Corte; i giudici Blackmun, Stevens, Souter e Ginsburg occupano una posizione che non può essere considerata liberal secondo i normali parametri, ma che lo diventa in rapporto a ciò che la Corte è oggi...

Il giudice Kennedy occupa il centro (gravitazionale) della Corte⁷.

È utile notare che nell'unico dibattito sostanziale cui la giornalista fa riferimento, l'ala «liberal» attacca il fronte conservatore per aver fatto «uno sforzo 'radical' di far prevalere policy piuttosto che diritto». I giudici, in altre parole, si attaccano l'un l'altro sul tema della legislazione dei giudici, anche se i giornalisti riferiscono la storia in termini strettamente ideologici. Una settimana dopo, un giornalista del Boston Globe rappresentava l'aspetto ideologico della corte in una tavolozza che comprendeva le categorie: liberal, liberal moderati, moderati, conservatori moderati e conservatori. Pronosticava che Stephen Breyer sarebbe stato un liberal moderato⁸.

Molta produzione degli studiosi americani si occupa della questione se esiste un metodo che possa legittimare la creazione di reole da parte dei giudici attraverso l'attività di interpretazione del diritto. In altre parole, si occupa di uno stadio intermedio tra l'applicazione del diritto e la legislazione dei giudici. Questa letteratura scientifica è allo stesso tempo descrittiva e normativa. Una buona parte potrebbe essere considerata rassicurante e celebrativa. Essa porta ad esempio giudici famosi per essere riusciti a contribuire allo sviluppo del diritto (cioè a fare buone norme) senza cadere nella trappola dell'ideologia. Riporto un brano di John Noonan, un giudice che era prima professore, che recensisce la biografia celebrativa del giudice Learned Hand per il pubblico colto, ma di non addetti ai lavori, del New York Times Book Review:

«Questo personaggio, estremamente competente, non appoggiò né i programmi progressisti, né quelli conservatori, ma si schierò per un judicial restraint, che era rafforzato dalla sua personale esperienza della democrazia. Judicial restraint era una parola d'ordine dei progressisti, quando i conservatori dominavano le corti; continuò ad essere la parola d'ordine di giudici co-

⁷Linda Greenhouse, *Fierce Combat on Fewer Battlefields*, su «New York Times», 3 luglio, 1994, s. 4, p. 1.

⁸Anthony Flint, *Breyer Set for Senate Hearings*, su «Boston Globe», 10 luglio 1994, s. 1, pp. 1, 16.

me Hand e Felix Frankfurter anche quando i progressisti cominciavano ad avere maggior peso nelle corti. Il risultato fu che le sentenze di Hand non sono mai state completamente apprezzate né a destra né a sinistra. La correttezza politica non era la sua preoccupazione. Egli cercava di prendere la decisione giusta⁹.

Pochi mesi dopo, Vincent Blasi, anch'egli professore, fece la recensione alla biografia del Justice Lewis Powell, esattamente negli stessi termini:

«In un'epoca in cui si premeva per interpretare la Costituzione in un modo che potesse servire i programmi di parte dei diversi schieramenti, Lewis Powell ha cercato, probabilmente più di altri, di mantenere viva l'idea dell'indipendenza dei giudici. Pochi giudici nella storia della Corte sono riusciti altrettanto bene a separare le loro preferenze politiche dalle opinioni sul significato da attribuire alla Costituzione. I risultati del giudice Powell hanno deluso molti conservatori... Poiché la sua opinione ha prevalso in molti casi controversi, l'indipendenza del giudice Powell ha avuto un impatto rilevante sullo sviluppo del diritto»¹⁰.

In una «lettera al direttore», un lettore del giornale si preoccupava che la recensione potesse ingannare i non addetti ai lavori ed indurli a pensare che l'indipendenza fosse una cosa rara, invece che la norma alla Corte Suprema, ma era d'accordo comunque che «l'abilità di Powell di porre il diritto al di sopra di ogni valutazione ideologica o politica era ciò che faceva di lui un giurista eminente»¹¹.

La teoria dell'adjudication.

Anche se in modo non celebrativo né rassicurante, questo saggio affronta la preoccupazione che è implicita nella scelta delle doti che sono state elogiate in quelle recensioni. Se ciò che rende grande un giudice è la capacità di resistere non solo alle preferenze ideologiche altrui, ma anche alle sue, sembra allora di poter dedurre, come del resto fa il lettore che ha scritto al giornale, che i giudici meno importanti e competenti non seguono queste indicazioni. Quando costruiscono le loro teorie nor-

⁹John Noonan, *Master of Restraint*, su «New York Times Book Review», 19 giugno, 1994, p. 7.

¹⁰Vincent Blasi, *Judge Him Unpredictable*, su «New York Times Book Review», 1° maggio, 1994, p. 7.

¹¹Adam Levine, lettera al direttore, *Unpredictable Justice Powell*, su «New York Times Book Review», 19 giugno 1994, p. 31.

mative, i filosofi del diritto prendono posizione su ciò che i giudici possono fare e fanno nella pratica. In questo processo, ci forniscono una serie di categorie per affrontare i lati oscuri dell'attività dei giudici.

Possiamo distinguere non meno di cinque strategie generali per affrontare il problema. La prima, legata al positivismo classico attraverso H.L.A. Hart¹², è negare, o almeno ignorare, la possibilità che esista una soluzione intermedia tra i due estremi (creazione ed applicazione), sostenendo che ciò che non è mera applicazione del diritto è senz'altro legislazione dei giudici. Un problema fondamentale di questa teoria è che c'è un ampio numero di casi in cui il giudice in effetti riformula una norma che già esiste.

Possiamo affermare che, ogniqualvolta la rilettura della norma da parte del giudice porta ad un significato diverso dal precedente, dobbiamo considerare che il giudice farebbe la stessa norma che avrebbe fatto il legislatore? Nessuno che si sia interessato all'analisi politica di un sistema giuridico adotterebbe questa tesi. Sembra troppo ovvio affermare che i contesti istituzionali in cui si svolgono adjudication e legislation sono così diversi che comunque identici motivi ideologici produrranno risultati molto diversi nella creazione di norme. Ma allora la questione è: in quale modo sono così differenti?¹³

La seconda posizione, che io associerei alle figure di H. Kelsen¹⁴, Roberto Unger¹⁵, Mark Tushnet¹⁶, Gary Peller¹⁷ e James

¹²H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2d. ed. Oxford, 1994; *Il concetto di diritto*, introduzione e traduzione di Mario Cattaneo, Torino, 1991.

¹³L'atteggiamento di Hart verso questa questione è probabilmente ben rappresentata da questa affermazione: «A questo punto, se non c'è la norma adatta, e non si trova diritto che sia applicabile al caso di specie, i giudici possono fare una scelta che non è né arbitraria né meccanica; e qui spesso mostrano virtù di giudizio peculiari, proprie di scelta legislativa, che spiega perché alcuni sono riluttanti a chiamare questa attività del giudice «legislativa». Queste virtù sono: l'imparzialità e la neutralità nell'individuazione delle scelte alternative; l'interesse per tutti gli interessi coinvolti; e la preoccupazione di mostrare alcuni principi fondamentali per come una base per la decisione» (p. 200).

¹⁴H. Kelsen, *Introduction to the Problem of Legal Theory*, tr. ingl. B. Litchewski Paulson e S. L. Paulson, Oxford, 1994, p. 36. Per un'interessante raccolta di saggi sulla teoria dell'interpretazione di Kelsen, v. *Cognition and Interpretation of Law*, a cura di Letizia Gianformaggio e Stanley Paulson, Torino, 1995.

¹⁵R. Unger, *Knowledge and Politics*, New York, 1975.

¹⁶Mark V. Tushnet, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, MA, 1988, pp. 52-57.

¹⁷Gary Peller, *The Metaphysics of American Law*, in 73 «Cal. L. Rev.», 1985, p. 1151 ed ivi p. 1181.

Boyle¹⁸, elimina la distinzione tra creazione della norma e applicazione della norma dimostrando come l'applicazione della norma non possa essere isolata dalla influenza «soggettiva», inclusa l'influenza ideologica. Sembra discendere, a fortiori, che un'attività ancora meno strutturata, quale quella di colmare lacune e risolvere antinomie sia ancora più soggetta alle influenze personali. Sono numerosi gli argomenti che dimostrano come l'applicazione della norma non possa essere oggettiva, e si basano sulle teorie di filosofi del linguaggio, anche diversi tra loro, quali John Locke, Ludwig Wittgenstein, Richard Rorty e Jacques Derrida, ma un solo esempio può qui essere sufficiente.

Si afferma spesso che «nessuna norma può determinare il suo stesso ambito di applicazione». Con questa frase si intende che la norma «chiudi la porta alle cinque» richiederà valutazioni sui significati da attribuire alle parole «chiudere» «porta» e «cinque». Dal punto di vista strettamente logico, il fondamento di questi giudizi non può essere trovato all'interno dei concetti stessi. Ma non ci sono test «oggettivi» di corrispondenza di significati al di fuori del testo della norma, se siamo d'accordo che la lingua non è lo specchio della natura.

È normale rispondere (come ha fatto Owen Fiss¹⁹) che chi applica la norma, la applica in modo conforme a qualcosa che non è solo la coerenza deduttiva, ma si basa su ragioni pratiche, consenso della comunità degli interpreti, e altro. I critici, a questa obiezione, replicano che qualunque metodo uno scelga quale soluzione del «problema dell'applicazione», cioè, comunque uno fondi una teoria dell'applicazione della norma, quella teoria non avrà comunque nemmeno il carattere oggettivamente dimostrabile, necessario per far vedere che l'ideologia di chi prende le decisioni non ha giocato alcun ruolo nella scelta di una soluzione²⁰.

Il crollo anche dell'ultimo baluardo della teoria dell'applicazione del diritto, la sua fusione con la teoria della creazione del diritto, e la conseguente apertura dell'interpretazione alle influenze ideologiche, sono stati eventi importanti nel contesto culturale generale. Ma la strategia con cui si è verificato il crollo

¹⁸James Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, in 133 «U. Pa. L. rev.», 1985, p. 685 ed *ivi* pp. 710-711.

¹⁹Owen Fiss, *Objectivity and Interpretation*, in 34 «Stan. L. Rev.», 1982, p. 739.

²⁰Paul Brest, *Interpretation and Interest*, in 34 «Stan. L. Rev.», 1982, p. 765.

ed il riassorbimento non sono particolarmente importanti per l'opera che stiamo intraprendendo qui, quella di individuare il carattere del diritto di formazione giurisprudenziale rispetto a quello di formazione legislativa.

È ormai ampiamente riconosciuto nella nostra cultura giuridica che, attraverso l'interpretazione delle norme, i giudici creano diritto. Inoltre, è ovvio che in molti casi, forse nella maggior parte, il processo di applicazione del diritto è sentito da coloro che vi prendono parte non solo come qualcosa che non è problematico, ma non è problematizzabile, anche quando è chiaramente un processo non deduttivo. Ed è inoltre condiviso da tutti che abbiamo la scelta nella formulazione delle norme tra impiegare termini che saranno facili da applicare (si può votare al compimento del ventunesimo anno di età) oppure difficili (si può votare quando si avrà la maturità sufficiente). L'esperienza della certezza spravvive alla mancanza di una fondazione metafisica²¹. Benché siano abbastanza comuni casi problematici di applicazione delle norme, nonostante gli sforzi per creare norme senza equivoci, questi pongono meno problemi per chi voglia affermare la neutralità ideologica dei giudici di quanto ne ponga l'apertura, ormai dimostrata, del processo interpretativo alle influenze esterne.

Le scelte operate dai giudici delle norme per colmare le lacune e risolvere antinomie possono essere contestate (ed in effetti lo sono) all'interno di un preciso discorso normativo sull'interpretazione dei testi legislativi e della costituzione, dei precedenti e delle policies. Il discorso può a volte presupporre, falsamente, che qualunque regola i giudici adottino possa essere interpretata in modo «neutrale», ed è certamente vero che l'interpretazione della norma è a volte più importante della stessa norma. In un sistema di common law, ma non in un sistema di diritto codificato, quando i giudici riformulano le norme applicandole ai casi particolari, le riformulazioni diventano parte importante delle «fonti» del diritto. I common lawyers interessati alla creazione delle norme da parte delle corti sono sempre stati attirati da questo processo, anche per vedere se è possibile confrontarlo con il processo legislativo. Dimostrare che i giudici creano diritto nell'applicazione più banale delle norme alle fattispecie è

²¹ Du. Kennedy, *Interpretation and Interest*, in 34 «Stan. L. Rev.», 1982, p. 765; Id., *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in 89 «Harv. L. Rev.», 1976, p. 1685 ed *ivi* pp. 1687-1688.

importante, ma sembra più importante riuscire prima a capire come le norme sono create.

Una terza posizione è quella di chi afferma che poiché non esiste soluzione intermedia, nel senso di un metodo distinto sia dalla legislation che dalla adjudication, la creazione giudiziale del diritto è distinta dalla legislazione, perché è limitata nella sua sostanza. Un'affermazione classica è quella di Holmes: «I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from 'molar to molecular motions'»²². Un altro esempio potrebbe essere l'elenco fatto da Felix Frankfurter delle doctrines che condizionano l'attività dei giudici costituzionali limitandone l'impatto politico: la dottrina dell'interesse ad agire (standing), della necessità dell'esistenza di un caso di conflitto (case or controversy), e dell'insindacabilità delle scelte politiche eminentemente discrezionali (political question doctrine)²³. Un altro esempio ancora sarebbe l'elenco dei vincoli istituzionali che secondo J. Raz affliggono l'attività dei giudici²⁴.

Soluzioni di questo genere ammettono che tutto ciò che non è applicazione della norma non può essere distinto metodologicamente dalla legislazione dei giudici, e forse riconoscono che il carattere non democratico del giudizio rende problematica l'operazione. Un'ulteriore concessione potrebbe ravvisarsi nel fatto che le norme di secondo livello, che delimitano la sfera di azione del giudice, possono essere soggette alle stesse critiche delle norme di primo livello. In altre parole, che cosa garantisce una distinzione non ideologica tra macro creazione del diritto e creazione «interstiziale» del diritto, oppure tra questione «di diritto» e questione «politica»? Nel momento in cui il giudice fa qualcosa in più della mera applicazione del diritto (cioè della ricerca del significato della norma), e quindi esorbita dai confini del suo potere di fare diritto, è coinvolto nella legislazione sui limiti del potere di legiferare dei giudici²⁵.

²² *Southern Pacific v Jensen*, in 244 «U.S. 205», 1917, p. 221 (Holmes, J., dissenting). Cfr. Thomas C. Grey, *Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice*, in 37 «Wm & Mary L. Rev.», 1995, p. 19.

²³ Felix Frankfurter, *The Supreme Court of United States*, in «Law and Politics: Occasional Papers of Felix Frankfurter», a cura di Archibald Macleish e E. F. Pritchard Jr., New York, 1939, p. 21.

²⁴ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, cap. 10.

²⁵ Vedi Lon Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, in 71 «Harv. L. Rev.», 1958, pp. 630, 666.

La quarta soluzione affronta questo problema proponendo un vero termine intermedio tra applicazione del diritto e creazione del diritto da parte dei giudici. Questo è il metodo della coerenza o adattamento, attraverso il quale il giudice può fare nuove norme senza considerare le sue preferenze personali. Io associo questa soluzione a Benjamin Cardozo²⁶, Karl Llewellyn²⁷, Lon Fuller²⁸, Henry Hart e Albert Sacks²⁹, Neil MacCormick³⁰, J. M. Finnis³¹, e Ronald Dworkin³². Il metodo della coerenza è diverso dal metodo in cui il giudice applica la norma, esplicitando le definizioni delle parole che la compongono. Il metodo della coerenza è incentrato sulla scelta tra diverse norme proposte per colmare una lacuna o risolvere una antinomia, all'interno del sistema giuridico inteso come un insieme di regole. È chiaro che il giudice crea delle norme. Egli considera però l'intero corpo di norme (più che le singole parole di una norma) come il prodotto di un piano razionale, e si chiede quale delle norme proposte si inserisce meglio all'interno del programma. Se egli impiega il criterio della coerenza, crea delle norme che non sono influenzate dalle sue convinzioni personali, per il semplice fatto che adatta le norme al piano razionale anche quando personalmente non lo condivide.

Il criterio della coerenza permette al giudice di fare un lavoro ideologico quando estende una particolare disciplina giuridica, sviluppandola in caso di lacune, antinomie o ambiguità. La disciplina riceverà un senso chiaro in quanto sviluppo di una determinata concezione ideologica, progressista o conservatrice. Facciamo un esempio a noi familiare: è stata approvata una legge complessa, come il National Labor Relations Act, che coscientemente rifiuta la precedente disciplina dei rapporti di lavoro e in un modo egualmente cosciente adotta un sistema opposto ed incompatibile. Il giudice che deve risolvere una causa

²⁶ Benjamin Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, 1957.

²⁷ Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, 1960.

²⁸ Lon Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, in 92 «Harv. L. Rev.», 1978, p. 353.

²⁹ Henry M. Hart e Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in Making and Application of Law*, a cura di William Eskridge e Phillip Frickey, Westbury, N.Y., 1994.

³⁰ Neil MacCormick, *Legal reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, capitoli 7 e 8.

³¹ J.M. Finnis, *On Critical Legal Studies Movement*, in 30 «Am. J. Jurisprudence», 1985, p. 21 ed *ivi* p. 38.

³² Ronald Dworkin, *op. ult. cit.*

- in modo coerente con lo scopo della legge dovrà adottare una concezione progressista. Questa non è la sua ideologia personale, ma quella del legislatore (anche eventualmente costituzionale) cui egli si deve affidare. Il giudice si lega ideologicamente alle opinioni dei giudici che lo hanno preceduto, e si affida al legislativo per i cambiamenti di ideologia.

Un teorico della coerenza potrebbe, allora, credere, come Dworkin, che una certa disciplina giuridica, considerata globalmente, è chiara solo come espressione di determinate concezioni politiche. Se questo è vero, una interpretazione del diritto coerente con il sistema, e con le concezioni politiche che questo persegue, richiede che dal processo di interpretazione siano escluse le visioni politiche che non fanno parte del sistema: «un giudice che accetti questo vincolo, e le cui convinzioni personali siano Marxiste o anarchiche o di qualche oscura religione, non può imporre a tutta la comunità le sue convinzioni personali, spacciandole per diritto, per quanto nobili o illuminate egli ritenga che siano, perché non forniscono l'interpretazione coerente e adatta al sistema in cui opera, di cui egli ha invece bisogno»³³. Personalmente, trovo questa affermazione strana (forse proprio a causa delle mie convinzioni marxiste, anarchiche e religiose) ma tipica dell'aspirazione a ridurre la libertà dei giudici condivisa da coloro che si affidano al criterio della coerenza.

La posizione secondo cui c'è qualcosa di intermedio tra applicazione e creazione del diritto è coerente con l'idea (e con la terza soluzione appena vista) che ci sono norme che restringono l'ambito della creazione giudiziale del diritto, e che quindi servono a limitare l'impatto dell'ideologia nella attività creatrice dei giudici. In effetti, il criterio della coerenza fornisce una risposta al timore che il problema della creazione giudiziale del diritto si ripresenti a livello delle norme sull'interpretazione. Il giudice che interpreta la natura eminentemente politica e discrezionale di certi atti legislativi sulla base del controllo di coerenza con i precedenti e le altre norme del sistema, sviluppa l'ideologia che il sistema stesso ha nell'ambito, e sui limiti, dell'attività giudiziale, piuttosto che una sua valutazione personale.

Si può distinguere tra due varianti di questa posizione intermedia. La versione inglese rimane fedele all'eredità positivista

³³ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, (Cambridge, MA, 1985), p. 2.

benthamiana, che postula un limite al numero di casi che possono essere risolti ricorrendo al controllo di coerenza. I giudici sono obbligati a decidere tutti i casi che si presentano al loro giudizio, ed alcuni di questi sfuggono alla possibilità di essere decisi solo sulla base della coerenza, onde il giudice deve agire come se fosse il legislatore. Naturalmente, ciò avverrà comunque in presenza di molti vincoli determinati dalla fattispecie concreta.

In questa versione ci sono due forme di legislazione del giudice, di cui solo una ha una connotazione negativa. Se, da un lato, il giudice non compie la sua funzione di creatore del diritto in coerenza col diritto già esistente, ed in particolare se fa una norma che risponde alle sue preferenze personali piuttosto che alle preferenze implicite nel sistema giuridico, allora il principio della supremazia del diritto è a rischio. D'altra parte, nei casi in cui il diritto esistente sia insufficiente per risolvere la questione prospettata dalla fattispecie, il giudice è soltanto la vittima di una contraddizione tra i vincoli che gli sono imposti dal suo ruolo. Dovrebbe decidere senza mettersi al posto del legislatore, ma ciò è chiaramente impossibile. Ma poiché anche non decidere è impossibile (rifiutarsi di giudicare significa lasciar vincere il convenuto), l'unica alternativa consiste nel decidere secondo ciò che egli pensa sia giusto, lasciando che sia il parlamento o il processo di revisione costituzionale delle leggi (come accade negli Stati Uniti) a correggerlo se ha sbagliato.

Nella versione americana, il metodo della coerenza darà la risposta esatta a qualunque caso su cui il giudice ha giurisdizione. Ci possono essere casi in cui non è appropriato che siano i giudici a decidere, (Fuller³⁴, Hart e Sacks³⁵), ma è il sistema a decidere di quali casi si tratta. Il convenuto vince perché la legge è dalla sua parte, e non per un diniego di giustizia. Il giudice non ha mai bisogno di essere legislatore e la legislazione dei giudici è sempre dannosa. La consueta retorica dei vincoli legislativi è rispettata, senza più bisogno di trattarla come una frode: il giudice può fare tranquillamente il suo lavoro.

Da Cardozo a Fuller e Llewellyn attraverso Hart e Sacks fino a Dworkin, c'è una notevole evoluzione di questa posizione. Essa sfuma la distinzione tra creazione e sviluppo corrente del diritto, pur affermandone con vigore l'importanza. Dworkin e molti

³⁴ Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, cit., pp. 393-405.

³⁵ Hart and Sacks, *The Legal Process*, cit., pp. 646-647.

altri teorici americani contemporanei ammettono (ed anzi affermano) il carattere politico dell'attività dei giudici. Affermano che si ha sempre la possibilità, anche nei casi più ardui, di una soluzione «esatta» ma progressivamente abbandonano ogni pretesa che tale «esattezza» sia anche oggettiva, o dimostrabile, nel senso che qualsiasi giurista ragionevole potrebbe accettarla in base ai canoni ermeneutici ammessi. Tuttavia essi ritengono che vi sia una marcata differenza tra l'attività del giudice e quella del legislatore:

«... la pratica giuridica è un'attività ermeneutica non solo quando i giuristi interpretano determinati documenti o leggi, ma sempre. Il diritto così concepito è profondamente politico. I giuristi e i giudici non possono eludere l'elemento politico, inteso in senso ampio. Il diritto non è però una questione di politica personale o di parte, e una critica del diritto che non comprende questa differenza fornirà una comprensione limitata ed una guida ancora più limitata³⁶».

Per Dworkin, un caso difficile può richiedere giudizi «politici», perché ci possono essere diverse soluzioni che sono coerenti o adatte. Inoltre, il controllo di coerenza della soluzione dipende dalla teoria politica adottata, se si tratta di scegliere tra soluzioni ugualmente coerenti. Non c'è nessun metacriterio per scegliere tra diverse teorie politiche, o tra versioni di coerenza influenzate da queste teorie, se non le convinzioni personali del giudice che una determinata teoria è la migliore.

Come Gerald Postema fa notare³⁷, questa è una versione particolarmente protestante della «rightness» nell'interpretazione. Nei casi difficili, il giudice non può far affidamento sulla autorità esterna, o sull'idea di oggettività, e non può sperare di forzare il consenso degli altri. Ma non si lascia andare a dubitare che la verità che cerca «veramente esista» al di fuori di lui. «I giudici che decidono casi complicati di costituzionalità non stanno votando per le loro personali convinzioni politiche, semplicemente come se fossero membri di un organo legislativo o delegati di una nuova assemblea costituente³⁸». Se il giudice sta facendo «politica sotto mentite spoglie», è «incompetente o in mala fede»³⁹.

³⁶Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 147.

³⁷Gerald Postema, *Protestant Interpretation and Social Practices*, in 6 «*Law & Phil.*», 1987, p. 283 ed *ivi* p. 289.

³⁸Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 2.

³⁹Dworkin, *Law's Empire*, p. 411.

Vi è infine da prendere in considerazione una quinta strategia: quella dei sistemi di Civil Law. Sul continente, la versione ufficiale è che compito del giudice è applicare gli articoli del codice appropriati alla fattispecie, partendo dalla presunzione della mancanza di lacune all'interno del codice. Se il caso non può essere risolto attraverso un'analisi semantica o deduttiva dei significati dei termini che compongono l'articolo, il giudice ricorre alle tecniche ermeneutiche che considerano il codice il risultato coerente di una determinata struttura concettuale. Il giudice compirà ogni sforzo, ma non può concepire che non ci sia nel codice la soluzione appropriata. Nella versione ufficiale, il giudice è sempre in grado di decidere, benché alcuni casi siano più difficili di altri. Da questo punto di vista, Dworkin è un perfetto continentale.

Tuttavia, secondo la «versione ufficiale»⁴⁰ di questi sistemi il giudice non deve mai andare al di là di una interpretazione logica o sistematica, e non si ammette che il controllo di coerenza sia influenzato dalle sue convinzioni politiche. I teorici continentali più radicali ammettono che a volte sia necessario per il giudice andare oltre il formalismo del controllo di coerenza, per spingersi alla nozione di «interpretazione evolutiva», ma sminuiscono piuttosto che enfatizzare il carattere innovativo di queste idee. Anche i pensatori continentali della scuola del diritto libero prendono l'idea di una necessità nel diritto molto più seriamente di quanto faccia la maggioranza dei pensatori americani contemporanei⁴¹.

Tipologie delle teorie sull'attività dei giudici

Deduzione + legislazione dei giudici	Hart
Diritto creato dai giudici	Unger
Deduzione + norme che pongono limiti + legislazione dei giudici	Raz
Deduzione + coerenza + legislazione dei giudici	Mac Cormick
Deduzione + coerenza + teorie politiche personali	Dworkin
Deduzione + coerenza	civil law

⁴⁰ Rinvio a Mitchell Lasser, *Judicial (Self-) Portraits, Judicial Discourse in the French Legal System*, in 104 «Yale L. J.», 1995, p. 1325 ed ivi p. 1343.

⁴¹ André Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX e siècle à nos jours*, Parigi, 1975.

È abbastanza chiaro che lo sviluppo di ciascuna di queste teorie sull'attività dei giudici è stata parte di un più ampio progetto politico. Non appena spostiamo la nostra attenzione, dal vedere l'attività dei giudici come applicazione di una norma al considerarla come interpretazione, minacciamo di destabilizzare la più ampia struttura liberale che separa le corti dagli organi legislativi, il diritto dalla politica, la scelta tecnica dalla scelta democratica, e la sovranità della legge dalla tirannide. La più ampia struttura, se vista come una prescrizione di come deve essere la realtà, oppure una descrizione della realtà della realtà stessa, gioca un ruolo centrale nelle dispute ideologiche tra i vari conservatorismi, liberalismi, radicalismi, incluse anche le varianti marxiste. La questione del ruolo dell'ideologia nell'attività dei giudici è una questione ideologica.

La teoria che propongo nel mio ultimo libro⁴² è più vicina al modello americano, secondo cui c'è un termine intermedio tra applicazione del diritto e la legislazione dei giudici, ed in particolare alla variante di Dworkin, piuttosto che qualunque altra in queste tipologie. Ma non credo che le distinzioni centrali di Dworkin, tra «teoria politica» e «politica personale o di parte» e tra diritti e politiche del diritto possano assolvere al compito che egli vorrebbe. Poiché la mia tesi afferma la presenza dell'ideologia in tutti gli aspetti dell'attività del giudice, il mio intervento assomiglia alla strategia «crit» di annientare la distinzione tra applicazione e creazione giudiziale del diritto, e nel contempo di rifiutare un fondamento esclusivamente logico (piuttosto che «interno») di tale critica della prassi giudiziale.

Il mio punto di vista è che le soluzioni teoriche americane al problema della creazione giudiziale del diritto sono una risposta ad una situazione in cui le poste ideologiche sono molto alte, ma in cui la critica interna del diritto e le teorie che le razionalizzano sono molto sviluppate.

⁴²D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard Univ. Press, 1997.