A Methodized Discretion. L'analisi del ragionamento giudiziale negli scritti teorici di Benjamin Nathan Cardozo

Luca Malagoli *

Sommario

L'articolo si concentra sull'analisi di alcuni dei temi fondamentali oggetto dei maggiori scritti teorici di Benjamin Nathan Cardozo, quali *The Nature of the Judicial Process* (1921), *The Growth of the Law* (1924), *The Paradoxes of Legal Science* (1928) e *Jurisprudence* (1932). In particolare, il primo paragrafo prende in esame proprio quest'ultimo lavoro, tanto rilevante quanto curiosamente trascurato dalla letteratura successiva (con la sola seppur considerevole eccezione di Llewellyn), nel tentativo di mostrare come la concezione ampia di realismo giuridico lì tratteggiata possa tuttora rivelarsi una proficua prospettiva analitica attraverso cui indagare quella composita stagione teorica. Il secondo paragrafo si concentra invece sui quattro metodi di ragionamento giudiziale delineati da Cardozo, nonché sulla loro complessa (e sovente problematica) interazione, in relazione alla cruciale questione della creazione giudiziale di diritto. L'ultimo paragrafo, infine, è dedicato ad alcune interessanti osservazioni di Cardozo circa il rapporto fra legislatore e giudice costituzionale, con lo scopo di mettere in luce come la riflessione sviluppata al riguardo dall'autore di *The Nature of the Judicial Process* sia assai meno *naif* di quanto talune critiche formulate da Richard A. Posner non paiano disposte a riconoscere.

Parole chiave: Cardozo. Ragionamento giudiziale. Realismo giuridico. *Judicial review.*

* Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova. Ringrazio Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini e Giovanni Battista Ratti per aver letto (e per aver formulato molti suggerimenti utili a migliorare) una prima versione del presente articolo. Ringrazio, inoltre, due recensori anonimi per le puntuali indicazioni critiche che mi hanno fornito. Ringrazio anche Giovanni Tuzet, Damiano Canale, Alessio Sardo, Francesca Poggi e Francesco Ferraro per i numerosi e preziosi suggerimenti formulati in occasione di un seminario tenutosi presso il Dipartimento di Studi Giuridici A. Sraffa dell'Università Commerciale Luigi Bocconi il 5 dicembre 2017. Ringrazio, in ultimo ma non ultimi, Persio Tincani, Massimo Cuono, Leonard Mazzone, Nicola Riva e tutti i partecipanti al seminario *Giustizia. Teorie, principi, definizioni*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Bergamo il 22 maggio 2017, per avermi offerto l'occasione di presentare e discutere alcune delle tesi qui sviluppate.

Abstract

The article's aim is the analysis of some of the main themes examined in the most notable writings in legal theory by Benjamin Nathan Cardozo, such as *The Nature of the Judicial Process* (1921), *The Growth of the Law* (1924), *The Paradoxes of Legal Science* (1928) e *Jurisprudence* (1932). Particularly, the first paragraph examines the latter work, as prominent as curiously neglected by the literature (the only and considerable exception being Karl Llewellyn), with the purpose of pointing out how the broad notion of legal realism there presented can still be an useful analytical tool in order to investigate the complexity of that theoretical scenario. The second paragraph, instead, is dedicated to the scrutiny of the four method of judicial reasoning proposed by Cardozo, examining their relation to the crucial topic of judicial creation of law. Finally, the last paragraph focuses on some interesting observation of Cardozo about the relationship among the legislator and the constitutional justice, pointing out as the consideration developed on the matter by the author of The Nature of the Judicial process is far less *naïf* than the critical observations of Richard A. Posner are willing to recognize.

Keywords: Cardozo. Legal Reasoning. Legal Realism. Judicial Discretion. Judicial Review.

0. Presentazione

Obiettivo del presente articolo è ricostruire (quantomeno nei suoi capisaldi) l'analisi del ragionamento giudiziale sviluppata da Benjamin Nathan Cardozo nei suoi principali scritti teorici: *The Nature of the Judicial Process* (1921); *The Growth of the Law* (1924); *The Paradoxes of Legal Science* (1928); *Jurisprudence* (1932).

Procedendo *à la Cronin* dall'"inizio della fine", il primo paragrafo è dedicato ad una (parziale) ricostruzione proprio di quest'ultimo lavoro, tanto significativo quanto curiosamente e ostinatamente trascurato dalla critica (trascuratezza non recente, peraltro: già Llewellyn[1] aveva avuto modo di qualificare come *superb and neglected* il testo in questione).

Sebbene, con l'abituale *understatement,* Cardozo tendesse a presentare *Jurisprudence* alla stregua di mero riepilogo di idee già esposte altrove, esso costituisce semmai l'esito più meditato e consapevole dell'elaborazione teorica di Cardozo, nonché un documento particolarmente rilevante ai fini di una rappresentazione delle differenze e delle analogie teoriche fra la "vecchia" e la "nuova guardia" del

[1] Cfr. Llewellyn 1962: 132, n. 90.

realismo giuridico americano[2], al di fuori di talune convenzioni storiografiche oramai piuttosto obsolete.

La conferenza rappresenta infatti l'intervento di Cardozo nella celebre polemica che aveva opposto Roscoe Pound a Karl Llewellyn e Jerome Frank (disputa in cui Cardozo era peraltro entrato mosso da intenti pacificatori tanto generosi quanto inefficaci) proprio attorno agli elementi teorici caratterizzanti dell'impresa realista. Agli accenti programmaticamente tesi a *épater la bourgeoisie juridique* esibiti dalla generazione emergente, Cardozo oppone un realismo "dal volto umano" che, sia pure tenendo debito conto della strategia retorica conciliatoria che lo informa, si caratterizza per la lucidità con cui, come si diceva, ravvisa gli elementi di continuità e di distacco fra fondatori e diadochi del realismo giuridico americano.

Il secondo paragrafo, invece, concentrandosi soprattutto su *The Nature of the Judicial Process* e *The Growth of the Law,* analizza i quattro metodi di ragionamento giudiziale ivi individuati da Cardozo, esaminandone altresì la reciproca (e sovente problematica) interazione.

Il terzo paragrafo, infine, enucleando uno dei temi centrali della produzione teorica dell'autore di *Jurisprudence,* offre una concisa presentazione della riflessione di Cardozo sul rapporto fra potere legislativo e potere giudiziario nel quadro costituzionale e nel complesso gioco di pesi e contrappesi istituzionali, una riflessione che si rivela assai meno *naïf* di quanto talune critiche (mosse, in particolare, da Richard A. Posner) siano disposte a riconoscere.

1. *Brave men before Agamemnon.* Cardozo e la controversia sui "neo-realisti"

Nel 1932, al culmine di una carriera brillante condotta all'insegna di un prudente tatticismo degno di Baltasar Gracián, proprio quando ormai si approssimava, sospinto da un consenso vasto e trasversale, al traguardo della Corte Suprema federale, con sorprendente ingenuità Benjamin Nathan Cardozo si lasciava coinvolgere pubblicamente in una accesa disputa fra dotti, da cui la sua nomina avrebbe potuto

[2] Non sorprenda la collocazione, qui proposta, dei "precursori" (quali, ad esempio, Holmes e Pound) a fianco dei realisti propriamente detti (quali, ad esempio, Llewellyn e Frank) all'interno di un'unica categoria storiografica. Mi pare, infatti, che la declinazione più proficua dell'etichetta di *Legal Realism* sia quella, "generosa", suggerita in Fisher, Horwitz e Reed 1993: xiii-xv, in virtù della quale il tratto distintivo del "movimento" andrebbe individuato nella sfida radicale contro i presidi della *classical legal theory and practice*. In tale (lato) senso, dunque, sono realisti tanto gli *antecedents* (i già menzionati O.W. Holmes, R. Pound, ma anche J.C. Gray e i più giovani J. Dewey e B.N. Cardozo) che gli esponenti della "maturità" del movimento, quali K.N.Llewellyn, J. Frank, J.C.Hutcheson, F.S.Cohen, J.W.Bingham, W.O.Douglas, U.Moore, H.Oliphant, M. Radin, H.Yntema. Per una prospettiva storiografica affine a quella qui presentata, nella (sconfinata) bibliografia sul realismo giuridico americano, si rimanda qui al sempre utile Castignone, Faralli e Ripoli 2002.

essere messa abbastanza seriamente a repentaglio[3].

Il *casus belli* era costituito dal celebre e vivace scambio di articoli che aveva visto contrapporsi Roscoe Pound a Karl Llewellyn (nonché, sia pure solo in veste di riluttante co-autore e "convitato di pietra", a Jerome Frank), scambio tutto giocato attorno al tema cruciale dell'individuazione del nucleo teorico e metodologico soggiacente all'etichetta "realismo giuridico"[4] e di quali, dunque, dovessero essere i compiti di una filosofia del diritto autenticamente realista.

Com'è noto, vestendo i panni autorevoli e severi del "decano" della *sociological jurisprudence*[5], Pound rimproverava alle nuove leve un eccesso di zelo e un atteggiamento dogmatico che finivano sovente con il risolversi in un empirismo asfittico e teoricamente gracile, ossessivamente incentrato sulla singolarità del caso individuale e feticisticamente dedito a compulsare statistiche relative alle decisioni giurisprudenziali[6].

Per una malintesa fedeltà ai presupposti metodologici elaborati da Holmes, nonché dallo stesso Pound, gli autori emergenti del "movimento" avevano, insomma, ridotto l'impresa analitica realista ad un mero e monotono catalogo di dati empirici (sovente relativi ad ambiti estremamente specifici del diritto), privo di un più ambizioso respiro giusfilosofico.

---

[3] Per una dettagliata ricostruzione della vicenda e dei suoi potenziali effetti sulla nomina alla Corte Suprema, si veda l'imprescindibile Kaufman 2000: 458-461. Al tomo di Kaufman, vera Bibbia (per autorevolezza ed estensione) degli studi cardoziani, si rimanda altresì per una dettagliata disamina della carriera di Cardozo, nell'avvocatura prima e nel giudiziario poi.

[4] Per una presentazione concisa ma efficace del dibattito e delle diverse posizioni in campo, si veda Fisher,Horwitz e Reed 1993: 49-52. Per una traduzione italiana di due dei testi principali della *querelle* (rispettivamente, Pound 1931: 697-711 e Llewellyn 1931: 1222-1264) si veda il già citato Castignone, Faralli e Ripoli 2002: 119-134 e 187-219.

[5] Al riguardo, è interessante ricordare che anche Summers, nell'avanzare la sua (non eccessivamente fortunata) proposta di compendiare pragmatismo, "giurisprudenza sociologica" e "realismo giuridico" sotto l'etichetta di "pragmatic instrumentalism" ai fini di dar meglio conto del carattere unitario di quella stagione teorica, rilevava come la disputa fra Pound e Llewellyn fosse da considerarsi «really an inside affair» (cfr. Summers 1982:23). Peraltro, è curioso che, in quelle stesse pagine, Summers ritenesse di dover espungere Cardozo dal "catalogo" dei *classic american instrumentalists,* adducendo le critiche da lui mosse ad alcuni degli autori che, invece, figurano nel menzionato catalogo. Summers, tuttavia, cita a sostegno di tale esclusione soltanto *The Nature of the Judicial Process,* tralasciando di prendere in considerazione i successivi scritti di Cardozo e, in particolare, *Jurisprudence*. Come tenterò di mostrare nel prosieguo, a ben vedere, quelle opere forniscono semmai numerose ragioni per intendere anche le critiche di Cardozo agli "strumentalisti" menzionate da Summers alla stregua di un *inside affair* più che come la prova di una netta separazione. Il "veto" di Summers nei confronti di Cardozo è tanto più bizzarro se si considera che proprio nell'"ecumenismo" di *Jurisprudence* si potrebbe agevolmente ravvisare una proposta per molti versi analoga a quella propugnata dallo stesso Summers. Più recentemente, su differenze di grado, di tono e di tasso di radicalismo piuttosto che di sostanza fra Holmes e Pound, da un lato, e Llewellyn, Frank, Cook e altri autori coevi dall'altro insiste anche Tamanaha 2006: 65-66.

[6] Cfr., in particolare, Pound 1931: 699-704. Beninteso, quella presa in considerazione ai fini della presente trattazione è solo una delle numerose ed articolate critiche che Pound rivolge a Llewellyn e Frank.

Llewellyn, dal canto suo, aveva replicato enunciando, nei suoi celebri "nove punti", il programma in cui, pur nella varietà (e, spesso, eterogeneità) delle loro posizioni, i realisti della "nuova guardia" si riconoscevano, avendo al tempo stesso cura di mettere in luce alcuni, importanti elementi di continuità[7] con le tesi formulate dalla prima generazione di realisti, ivi incluso il venerato *founding father* Holmes[8]. Lungi dall'aver smarrito la retta via tracciata dai predecessori, dunque, i realisti emergenti ne stavano al contrario sviluppando coerentemente l'opera.

Il corollario polemico (implicito, ma non per questo meno evidente) estrapolabile dalle pagine di Llewellyn, insomma, era che, se proprio si trattava di revocare qualche tessera del *club*, non era precisamente fra gli iscritti più recenti che andavano ricercati i tiepidi e gli epurandi.

Gli accenti del dibattito, pertanto, si andavano rapidamente inasprendo, e le varie posizioni in campo vieppiù allontanando.

In tale scenario di incipiente "guerra civile", Cardozo, benché usualmente propenso ad evitare pubbliche controversie (almeno, al di fuori delle aule giudiziarie) e, come si diceva, a dispetto del rischio (concreto) che tale esposizione incrinasse il "profilo istituzionale" che la carica alla quale stava per ascendere richiedeva, intervenne nella disputa, cogliendo l'occasione di un invito alla riunione annuale della New York Bar Association[9].

L'intento che l'oratore si proponeva in quell' occasione era, come si legge nell'epistolario da lui intrattenuto con Felix Frankfurter, quello, irenico ed ecumenico, di «*reconcile the factions and bring the contending groups together*[10]».

Più precisamente, gli obiettivi di Cardozo erano due, distinti e tuttavia strettamente correlati[11]: innanzitutto, la possibilità di trovare una riformulazione del problema che permettesse di disinnescare gli aspetti meramente verbali della disputa e consentisse l'emergere dei numerosi elementi di sostanziale accordo che, a suo parere, essi, in realtà, celavano[12].

---

[7] Tra i quali la critica dei concetti giuridici fondamentali, la concezione del diritto come fenomeno fluido e in costante movimento, della creazione giudiziale di diritto e del sistema giuridico quale strumento per conseguire fini di utilità sociale.

[8] Cfr. Llewellyn 1962: 55, n. 36: «Note how closely the description fits Holmes' work as early as 1871-1872».

[9] Cfr. Hall 1947: 7-46.

[10] Citato in Kaufman 2000: 456. Peraltro, Cardozo menzionava contestualmente anche uno scambio intrattenuto con Llewellyn, dal quale aveva tratto la convinzione che molte delle differenze fra le suddette fazioni fossero puramente verbali e che, pertanto, «*the barks of the realists is worse than their bite*». Comunque stessero le cose riguardo al più diplomatico Llewellyn, Cardozo avrebbe quantomeno avuto di che ricredersi, riguardo a quest'ultima asserzione, nei confronti del ben altrimenti pugnace (e mordace) Frank.

[11] Mi rifaccio qui, anche se discostandomene parzialmente, alla lettura proposta da Kaufman 2000: 456.

[12] «Perhaps we may find in the end that here, as so often, the war is chiefly one of words, and

In secondo luogo, anche mediante la menzionata operazione di "terapia linguistica", Cardozo si riproponeva altresì di mitigare gli estremismi (anche qui, nella sua prospettiva, più verbali che sostanziali) della nuova generazione, soprattutto riguardo alla natura e all'estensione dell'indeterminatezza del diritto.

La strategia retorico-argomentativa mediante la quale tali fini sono perseguiti ricorda in maniera significativa, almeno nelle sue battute iniziali, alcuni momenti di quella dispiegata da Llewellyn nella sua replica a Pound: Cardozo, in effetti, sembra quasi rivolgere contro i "neo-realisti"[13] le loro stesse armi.

Se, infatti, Llewellyn e Frank avevano rivendicato di essere i veri eredi di Holmes, Cardozo, dal canto suo, rilancia ulteriormente e riconduce la loro impresa nell'alveo di una tradizione assai più ampia:

> «[...] the lesson which goes back to Henry Sumner Maine, that the law has different meanings at different stages of its history; that none of definitions yet framed by historians or jurists is adequate for every stage; that some have been framed in adaptation to advanced cultures, and others in adaptation to rude beginnings; and that there still is need of the generalization that will bridge the cultures of the ages»[14].

Certo, è opportuno tenere a mente che, come appena segnalato, si ha qui a che fare con una sofisticata strategia retorica, ma, con ciò, sarebbe sbagliato derubricare tali considerazioni a semplice espediente argomentativo.

A leggerle con attenzione, infatti, è possibile ravvisare in esse una tesi storico–teorica decisamente interessante: quella, cioè, che individua un legame *definitorio* fra realismo giuridico e approccio contestualista, relativista ed evoluzionista allo studio del diritto.

Nel momento in cui, insomma, si constata che nessun apparato concettuale, nessun sistema di definizioni e nessuno schema teorico può ambire ad essere valido *semper, ubique et ab omnibus* e a catturare "il diritto" una volta per tutte, ci si collocherebbe *ipso facto* già al di fuori della cornice del formalismo e all'interno delle coordinate del realismo.

Come si diceva, una tesi nient'affatto banale e, soprattutto, di interesse non esclusivamente antiquario: basti, ad esempio, giustapporla alla caratterizzazione del realismo giuridico americano suggerita in anni recenti da Frederick Schauer[15] per

---

that a *rapprochement* between the factions is simpler that we think. Let us not exaggerate unduly the differences that divide the forces of enlightenment and truth when there is need to present a united front to the embattled ranks and outposts of prejudice and error». Cfr. Hall 1947: 11.

[13] Come, non senza un'ironia nelle intenzioni bonaria ma negli esiti (almeno per il suscettibile Frank) alquanto urticante, Cardozo qualifica gli "zeloti" del movimento, attribuendo gli accenti più appassionati e radicali dei loro scritti ad un eccesso di *missionary ecstasy.* Cfr. Hall 1947: 14.

[14] Cfr. Hall 1947: 10.

[15] Cfr. Schauer 2016: 173-176.

rendersi conto che, in effetti, si tratta di una tesi decisamente sottovalutata in letteratura.

Schauer, infatti, (rifacendosi asseritamente a Llewellyn ma, in realtà, riproponendo inconsapevolmente[16] l'estremizzazione in chiave polemica della posizione di Llewellyn reperibile nello scritto di Pound) non ha dubbi nel classificare Holmes, Cardozo e lo stesso Pound come semplici "proto-realisti"[17], in realtà ancora vincolati al pensiero giuridico tradizionale e che, quantomeno nel caso di Holmes, non facevano mistero di nutrire convincimenti robustamente essenzialisti circa pretesi "aspetti necessari" del diritto e delle categorie giuridiche rilevanti.

Pertanto, di realismo si potrebbe propriamente parlare solo a partire dagli anni Venti e Trenta del Novecento.

È però del tutto evidente che se, come suggerisce Cardozo (peraltro, con buona pace di Schauer, riprendendo e sviluppando considerazioni già formulate da Llewellyn medesimo), il realismo è inscindibile, tanto sotto il profilo teorico quanto sotto quello metodologico, da una prospettiva radicalmente relativista, contestualista ed evoluzionista, tale frettolosa periodizzazione, nonché l'altrettanto disinvolta attribuzione di tesi ontologiche circa il diritto che invano si ricercherebbero nelle pagine degli autori[18] da cui sarebbero state propugnate, appaiono del tutto ingiustificate.

Tornando a *Jurisprudence,* Maine non è il solo esponente illustre del catalogo di autori che, in un crescendo di enfasi polemica, Cardozo presenta ai neo-realisti allo scopo di mitigarne le pretese di originalità:

> «There were brave men before Agamemnon; and before the dawn of the last decade there were those in jurisprudence who strove to see the truth in the workings of the judicial process, to see it steadily and whole, and to report what they had seen with sincerity and candor. In this sense Savigny was a realist, and Jhering, and in our own land Holmes and Pound, and many another too. "Law, says Savigny,

[16] Come osservato poco sopra, alla nota 10, infatti, Llewellyn – in un passo che Schauer ha cura di omettere – sottolinea e rivendica la continuità di almeno alcuni dei punti programmatici da lui esposti con l'opera di Holmes, fin dalle fasi germinali. Più in generale, se esaminata nel suo complesso, è peraltro proprio l'opera di Llewellyn a corroborare significativamente la tesi di Cardozo qui esaminata, offrendo un esempio paradigmatico di approccio contestualista, relativista ed evoluzionista allo studio *teorico* del diritto. Basti pensare all'interesse pionieristico per l'antropologia giuridica eloquentemente attestato da opere come *The Cheyenne Way* (cfr. Llewellyn-Hoebel 1941), nonché al peso che tale approccio ha esercitato sull'impianto teorico-metodologico di Llewellyn. Mi limito qui a menzionare a tale riguardo testi come Llewellyn 1940 o il fondamentale Llewellyn 1962: 77-100. Su questi temi, infine, d'obbligo è il rimando all'acuto e illuminante Hoebel 1964.

[17] Ho tentato di analizzare (e confutare) la periodizzazione proposta da Schauer in Malagoli 2018.

[18] Per limitarsi al caso di Holmes, su cui Schauer si concentra, basta una ricognizione anche superficiale di *The Common Law* per riscontare opinioni alquanto differenti da quelle che *Thinking Like a Lawyer* gli attribuisce, in materia di categorie giuridiche fondamentali nonché dei fantomatici "aspetti necessari del diritto".

> "takes actual life as its starting point". "Das Recht geht von der Wirklichkeit des Lebens aus". In so far as the bond of union among the realists of the hour is the will to extend this motto of Savigny's to the workings of the judicial process, to view the process as it is, and not as a facile lip service may at times have represented it to be, there will be few so unregenerate as to remain without the fold»[19].

Naturalmente, collocare Savigny e Pound lungo uno stesso asse ideale potrebbe sembrare un esercizio storiografico alquanto bizzarro e decisamente arbitrario[20]; tuttavia, lo scopo di Cardozo non è qui quello di sovvertire i manuali di filosofia del diritto, bensì, in prima battuta, quello di smorzare gli entusiasmi dei "neo-realisti", mostrando che certe grida di battaglia fossero assai meno dirompenti e inedite di quanto ai loro reboanti assertori piacesse pensare, e, in secondo e più sostanziale luogo, ribadire la centralità, nel paradigma realista, di un approccio storico-contingente allo studio (teorico) dei fenomeni giuridici, intesi, con Holmes e con Maine, come "grande documento antropologico" e la cui scaturigine andava pertanto ricercata nelle «*felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy*», come aveva insegnato il *Great Dissenter* nella celeberrima introduzione a *The Common Law* (1881).

Tuttavia, la tradizione di studi storico-antropologici non esauriva certo la cornice più ampia di cui anche i più riluttanti "neo-realisti" non potevano non riconoscersi parte:

> «one of the most significant signs of the times is the ferment of present-day interest in problems that are bound up with the nature and origin of law, problems of judicial method, problems of judicial teleology, problems of legal philosophy [...]. The lawyers, I say, have been talking philosophy or what they thought was philosophy; but then on the other hand the philosophers have been talking law or what they thought was law, and some of them certainly have learned more about the law than the lawyers or the judges have learned about philosophy. So we have today the heartening spectacle of lectures by John Dewey on the place of logic and ethics in legal science, and lectures by Morris R.Cohen on the meaning of law and the function of the judge, and essays and addresses by others too many to be catalogued [...]»[21].

Siamo qui al cospetto di un'ulteriore tesi storico-teorica alquanto significativa: non mi riferisco, tanto, all'influenza del pragmatismo sul realismo giuridico ame-

---

[19] Cfr. Hall 1947: 10-11.

[20] Esercizio, peraltro, alquanto diffuso e non estraneo allo stesso Kelsen: in questa prospettiva, Savigny, riconducendo il diritto alla storia di un popolo, avrebbe esaltato la centralità della "realtà sociale" nella sua genesi. Naturalmente, letture di questo genere tralasciavano del tutto di considerare altri elementi portanti dell'impianto teorico di Savigny, quali l'organicismo, il radicale anti-illuminismo e il culto della tradizione. Devo ringraziare Pierluigi Chiassoni per questa (non trascurabile) precisazione.

[21] Cfr. Hall 1947: 7-8.

ricano[22], quanto, più in generale, alla compenetrazione e alla *cross-fertilization* tra dibattito giusteorico e dibattito filosofico che caratterizza in misura estremamente significativa quella stagione.

Al pari di quella precedentemente esaminata, anche questa tesi pare non aver goduto, in sede storiografica, di tutta l'attenzione che avrebbe forse meritato.

Per limitarsi ad un esempio illustre, è infatti interessante comparare il passo appena citato con quanto scriveva Tarello, nel suo seminale studio del 1962, a proposito dell'influenza di Dewey sui realisti e, in particolare, dello scritto menzionato da Cardozo[23], per rendersi conto che, su quelle pagine, per molti versi così sagaci e avvedute, hanno forse esercitato un peso eccessivo la sospettosità e la diffidenza del giurista nei confronti del filosofo, soprattutto in relazione alla concezione e alla pratica della filosofia del diritto[24].

È come se, insomma, nell'alquanto seccata e sbrigativa liquidazione di Dewey (cultore di cose giuridiche certo benintenzionato, ma maldestro e dilettantesco) operata da Tarello risuonasse l'eco di una sorta di corrispettivo giusfilosofico dell'antico *silete, theologi, in munere alieno,* nonché del più recente fastidio (peraltro, con tutta probabilità, più che giustificato) che i fasti dell'idealismo e dello spiritualismo troppo a lungo trionfanti avevano ingenerato nella nascente filosofia del diritto italiana di taglio analitico[25].

---

[22] Tesi, com'è noto, largamente maggioritaria in letteratura, anche se non incontrastata: esiste, infatti, uno sparuto ma combattivo gruppo di autorevoli "negazionisti", capitanati da Gerald J. Postema. Più nello specifico, riguardo ad elementi pragmatisti nel pensiero di Cardozo, si veda Posner 1990a, nonché, nel quadro di un'acuta disamina generale dell'opera teorica e della "tecnica giudiziale" di Cardozo, il ragguardevole Posner 1990b.

[23] Tarello 1962: 53 afferma: «Che l'opera di Dewey in generale e questo studio in particolare abbiano costituito lo stimolo principale del realismo giuridico, tanto che il realismo debba essere come strumentalismo deweyano applicato alla problematica giuridica è stato sostenuto autorevolmente [...]. Questa opinione non mi sembra esatta se essa si risolve nell'affermazione secondo cui la problematica dei realisti si identificava con la problematica che si proponeva Dewey quando si occupava del lavoro dei giuristi: i contributi giuridici del Dewey sono infatti piuttosto scarsi e si limitano di solito all'impostazione metodologica della discussione senza andare in profondità del problema giuridico (d'altronde Dewey non era un giurista di mestiere). Peraltro quella opinione ha un certo fondamento se si risolve nell'osservazione che, molto spesso, i realisti prendono le mosse, nella trattazione di problemi giuridici specifici, dalle impostazioni di Dewey: salvo correggere – frequentemente – queste impostazioni nel corso della loro specifica indagine». Abbastanza curiosamente, Tarello sceglie qui di confrontarsi con la fin troppo generosa e "deweyofila" opinione di Edwin W. Patterson, che ha buon gioco nel confutare opponendo però una svalutazione dell'apporto di Dewey al realismo giuridico altrettanto marcata dell'eccesso di entusiasmo pattersoniano.

[24] Com'è noto, in quello stesso 1962, la contrapposizione fra una "filosofia del diritto dei filosofi" e una "filosofia del diritto dei giuristi" veniva esplicitamente tematizzata in una celebre pagina bobbiana: cfr. Bobbio 1962: 1-11, successivamente tradotto e confluito in Bobbio 2011: 29-41.

[25] Per una paradigmatica rappresentazione degli umori polemici che, al riguardo, allignavano nella cultura giusfilosofica italiana di impronta analitica, si veda, nel menzionato testo di Bobbio, la contrapposizione fra l'opera di Giovanni Gentile (plastica incarnazione di una filosofia del diritto "su-

È (anche) per questa ragione che tornare a meditare testi come quello di Cardozo in un clima meno gravato da ipoteche teorico-accademiche permette di cogliere un punto di grande rilievo, ancorché, in larga parte, misconosciuto: il realismo giuridico americano può essere configurato come un fenomeno strutturalmente interdisciplinare, in cui, cioè, non solo gli steccati disciplinari (solitamente, alquanto robusti ed acuminati) fra "giuristi e filosofi" erano estremamente permeabili, ma, elemento di ancor maggior importanza, proprio la filosofia del diritto cessava di essere "la provincia della cultura in cui le notizie dalla capitale arrivano sempre tardi"[26] per farsi, se non a propria volta la capitale, quantomeno il più frequentato crocevia attorno a cui le varie discipline (filosofia politica, teoria dell'agire sociale, sociologia, psicologia sociale, ovviamente, ma anche epistemologia e logica) si scambiavano i rispettivi apporti.

Come acutamente rileva Cardozo, tale (almeno parzialmente inedita[27]) centralità del diritto e, soprattutto, della teoria del diritto nel dibattito culturale può essere intesa come il sintomo di un bisogno profondo:

> «It is a response to the agitations and the promptings of a changing civilization demanding outlet and expression in changing forms of law and jurisprudence and philosophy adequate to justify the changes»[28].

Certo, è chiaro che, qui come altrove, Cardozo mescola nella sua nozione di filosofia del diritto genuina analisi teorica e ideologia prescrittivo-valutativa, ma, in ogni caso, la sua diagnosi permette di comprendere i motivi che spingevano tanti "giuristi non di mestiere" come Dewey ad interloquire con gli specialisti del ramo e mettere alla prova proprio in quello specifico campo del sapere gli strumenti con cui indagavano l'agire sociale e le dinamiche dei cospicui mutamenti socio-economici da cui la società (non solo) statunitense era percorsa.

Beninteso, se, da un lato guarda con favore a così ricchi e variegati contributi esogeni alla riflessione giusteorica, Cardozo esorta tuttavia *lawyers and judges* a non

---

blime, in rapido e altissimo volo sulla nuda e volgare empiria, mirante a dare al diritto una collocazione definitiva, se pure un po' subalterna, nella vita dello spirito") e quella di Santi Romano ("apparentemente terra terra, consapevole dei propri limiti, che guarda con un certo sospetto la filosofia dei filosofi"). Cfr. Bobbio 2011: 35.

[26] Per riprendere la (felice, ancorché impietosa) similitudine impiegata da Mauro Barberis 2015.

[27] A rischio di peccare di enfasi, l'unica stagione che, nella storia del pensiero moderno, registra un'altrettanto cospicua attenzione per il diritto è, a ben vedere, quella dell'Illuminismo. E sebbene, rispetto ad esso, il realismo giuridico sia certamente un fenomeno culturale meno cosmopolita e dagli esiti decisamente meno clamorosi, tuttavia il paragone è almeno in parte legittimato dal numero e dalla varietà dei saperi che, in quel momento, guardano al diritto come strumento privilegiato per governare i profondi mutamenti economico-sociali in atto e, segnatamente, alla teoria del diritto come al banco di prova su cui saggiare la bontà dei metodi d'indagine e dei risultati delle scienze sociali.

[28] Cfr. Hall 1947: 8.

lasciarsi marginalizzare nella discussione in corso e, anzi, rivendica una decisa primazia degli "addetti ai lavori" nel mettere ordine nel dibattito e nel tirare, con la sobrietà del professionista, le somme concettuali delle relative proposte teoriche[29].

Sobrietà tanto più necessaria nei confronti di quei "giuristi accademici" che, perdendo di vista la pratica effettiva del diritto, indulgevano, per insopprimibile propensione alla provocazione, ad estremismi magari divertenti a scriversi (e a leggersi) ma di scarsa utilità esplicativa:

> «fundamental in the thoughts of the neo-realists, or of the most of them, is the exaltation of what is done by a judge as contrasted with what is said. They cling to the motto that "action speaks louder than words". Indeed they go beyond it, for some of them seem to tell us, not only that conduct is the louder, but that words do not speak at all. [...] Law is not found in anything that a judge says in his opinion, but rather in what he does and only in what he does»[30].

Nel formulare proposizioni di questo tenore, i "neo-realisti" finivano, però, con il cadere in atteggiamenti dogmatici che li portavano a trasgredire alcuni dei punti fondamentali dello statuto metodologico a cui, asseritamente, si richiamavano:

> «Generalizations about the ways in which the judicial process works are quite as likely to be incomplete, and to stand in need of supplement of revision, as the generalizations yielded by the process when in action, the output of its workings. The fallibility is strikingly exemplified in the dogma that speech is invariably to be held subordinate to acts. Very often it is, but not by any means invariably. Instead of its being true that what was said in an opinion is *always* controlled by what was done, the fact is that what was done is often controlled by what was said»[31].

Quello che Cardozo rimproverava ai suoi interlocutori (non tanto, qui, a Llewellyn, quanto soprattutto a Frank[32]) era l'adozione di un riduzionismo decisamente estraneo alla capacità di costruire rappresentazioni complesse e articolate e al cauto scetticismo verso le sintesi troppo drastiche che, pure, avrebbero dovuto costituire l'abito mentale del teorico realista:

> «If I consult my own experience, and ask what judges do in building law from day to day, I find that for the average run of cases what our predecessors have *said* is a

[29] *Ibid*.

[30] Cfr. ivi: 11-12.

[31] Cfr. ivi: 16-17.

[32] Il quale, peraltro, non reagì con particolare compostezza, bensì ingaggiando, con la consueta pugnacità, un vero e proprio duello epistolare al quale Cardozo, con la consueta diplomazia, si sottrasse adducendo pressanti impegni lavorativi. Al riguardo, si rimanda al sempre dettagliatissimo Kaufman 2000: 458-461. Sulla vicenda, utili considerazioni si leggono anche in Glennon 1985: 50-51.

> generative force quite as much as what they have done [...]. I mean what has been said as the professed and declared principle dictating the conclusion. But the average run of cases do not make up the entire body of the law. There are exceptional cases too, the cases where the creative function is at its highest . These are the cases that have a maximum of interest for the student of legal methods. These are the cases in which neo-realism, as I view it, has its maximum of truth and also its maximum of utility»[33].

Il fatto è che, a parere di Cardozo, i "neo-realisti" coltivano, del diritto, una nozione indebitamente circoscritta e limitata, e, a ben guardare, molto poco "realistica", perlomeno nel senso che Holmes e gli altri antenati illustri avevano dato all'aggettivo:

> «Now, personally I prefer to give the label law to a much larger assembly of social facts [...]. I find lying around lose, and ready to be embodied into a judgment according to some process of selection to be practiced by a judge, a vast conglomeration of principles and rules and costums and usages and moralities. If these are so established as to justify a prediction with reasonable certainty that they will have the backing of the courts in the event that their authority is challenged, I say that they are law»[34].

Allo studioso dei *legal methods* s'impone dunque di analizzare quel "processo di selezione" in cui consiste il ragionamento del giudice, e ripercorrendo il quale è dunque possibile individuare nel vasto (e, come si è visto nel passo citato, eterogeneo) "conglomerato" dei *social facts* "il diritto", ovvero gli elementi normativi abbastanza consolidati da costituire una base ragionevole per la predizione delle decisioni dei tribunali.

Nell'accostarsi al ragionamento giudiziale, al teorico cardoziano si richiede dunque un approccio eclettico e non riduzionista, capace di cogliere la complessa articolazione dei metodi attraverso cui esso si dipana, onde poter restituire adeguatamente la (paradossale) combinazione fra stabilità e mutamento[35] che caratterizza il diritto.

2. *Into the judicial caldroun.* I quattro metodi del ragionamento giudiziale

L'elenco dei *social facts* menzionati nel passo citato in conclusione del parafrafo precedente non è infatti casuale, ma costituisce un preciso richiamo ai metodi di ra-

[33] Cfr. Hall 1947: 19-20.

[34] Ivi: 18.

[35] Ivi: 26. Peraltro, il tema delle istanze antinomiche a cui il diritto deve corrispondere è centrale nei *Paradoxes of Legal Science*.

gionamento giudiziale a cui, in due delle sue opere più note[36], Cardozo riconduceva l'attività giudiziale: il metodo logico-sistematico (o filosofico); il metodo storico-evolutivo; il metodo del costume o della tradizione; il metodo sociologico. È importante precisare che, seppur distinti ed isolati a fini analitici nella trattazione, tali metodi non si escludono mutuamente, ma sono al contrario prospettive e linee procedurali che si sovrappongono, interagiscono e, spesso, competono fra loro[37].

Come si è già avuto occasione di rilevare, inoltre, sebbene abbia (quantomeno in prima battuta) intenti descrittivi, il discorso di Cardozo si configura piuttosto come una complessa combinazione di metagiurisprudenza descrittiva, valutazione tecnica, e prescrizione.

Il metodo logico-sistematico è, appunto, il metodo della logica, della deduzione da principi (ricavati da disposizioni normative e precedenti) e della applicazione rigorosa della regola dello *stare decisis*. Occorre però precisare che la denominazione scelta da Cardozo rischia di essere parzialmente fuorviante, per il lettore contemporaneo: infatti, a fianco della logica propriamente intesa, l'autore, seguendo una tradizione all'epoca piuttosto diffusa, colloca nel metodo logico-sistematico anche operazioni (quali l'analogia, l'argomento a *contrario,* quello *a fortiori*, quelli della completezza e della coerenza) che oggi si annoverano semmai fra le tecniche e gli argomenti integrativi[38].

Il metodo logico-sistematico figura come primo nell'elenco, nota Cardozo, non perché goda di un'indefettibile preminenza sugli altri (come si vedrà a breve, al contrario, si subordina non infrequentemente ad essi), bensì perché è il metodo di ragionamento centrale nella formazione del giurista e, in quanto tale, è tradizionalmente associato all'ordine e, appunto, alla sistematicità e alla certezza del diritto, intesa come prevedibilità delle decisioni giudiziali, uniformità, regolarità, trattamento eguale dei casi eguali.

Perciò, nel caso uno o più degli altri metodi propongano soluzioni contrastanti con gli esiti del metodo logico, tali soluzioni devono essere dotate di ragioni particolarmente poderose per poter prevalere su di essi.

Sebbene, infatti, Cardozo citi ricorrentemente e con fervida approvazione la celeberrima sentenza holmesiana circa il peso da assegnarsi a logica ed esperienza nello sviluppo del diritto, non esita a chiosare che il fatto che la logica non sia il bene supremo nella gerarchia del giurista non significa che essa non sia comunque un bene, e non dei meno rilevanti[39].

---

[36] Rispettivamente, *The Nature of the Judicial Process* (1921), in Hall 1947: 107-184 (si fa qui riferimento, in particolare, alle pp. 108-167) e *The Growth of the Law* (1924), in Hall 1947: 185-250 (si fa riferimento, in particolare, alle pp. 211-233).

[37] Una presentazione concisa ma puntuale ed efficace dei quattro metodi di ragionamento giuridico analizzati da Cardozo è rinvenibile in Posner 1990b: 23-32.

[38] Devo ringraziare Pierluigi Chiassoni e Giovanni Tuzet per questa precisazione.

[39] Cfr. Hall 1947: 118: «logical consistency does not cease to be a good because it is not the su-

Da ultimo, è importante notare che il metodo logico-sistematico, a dispetto delle sue generose promesse di completezza ed esaustività, è ben lungi dal poter fornire una risposta univoca a tutte le questioni giuridiche: oltreché nella competizione con gli altri metodi, esso si trova anzi spesso impegnato in una sorta di "guerra civile" fra "logiche" contrastanti, analogie concorrenti e, insomma, prodotti platealmente contraddittori e tali da rendere necessario – con buona pace delle pretese di purezza ed autosufficienza – il ricorso ad uno degli altri metodi (e si vedrà a breve di quale si tratti) come arbitro della contesa.

Il metodo storico-evolutivo vede il giudice impegnato, anziché in una serie di "calcoli" leibniziani, in uno studio genetico e genealogico di concezioni, principi, ed istituti giuridici allo scopo di ricostruirne lo sviluppo storico.

Tale metodo, peraltro, non necessariamente è alternativo a quello logico: talvolta, infatti, lo sviluppo storico di una dottrina può coincidere con quello logico, nel caso quest'ultimo sia informato al principio della coerenza con il passato.

In altri casi, tuttavia, la tendenza allo sviluppo "logico" (in cui, come si diceva, Cardozo sembra includere anche estensioni analogiche) di un principio può trovare un argine nel metodo storico, che lo confina nei margini assegnatigli, appunto, dalla sua vicenda storica.

Uno degli esempi più immediati e lampanti di ambito privilegiato di impiego del metodo storico è, secondo Cardozo, il diritto della proprietà fondiaria[40]. Nessun legislatore, nessun estensore di codici ha concepito il sistema dei possedimenti feudali, i cui principi e istituti si sono sedimentati nel *common law* in una stratificazione plurisecolare. Nessun processo *ordine geometrico* di deduzione logica dal concetto di proprietà, nota Cardozo, ci permetterebbe mai di distinguere le caratteristiche di un diritto di piena proprietà su di un fondo da quelle di un diritto vitalizio, o da quelle di un diritto vitalizio da quelle di un diritto per un tempo determinato.

Peraltro, neppure il metodo storico-evolutivo sfugge all'ambiguità: lo studio della storia, infatti, lungi dal risolversi in una meccanica ripetizione del diritto presente e passato, con il mettere in luce la pressione esercitata dal passato sul presente, ha al contrario la funzione di alleggerire tale pressione, "disincagliando" il diritto e rendendone manifeste le dinamiche evolutive. Anche il metodo storico, insomma, non si può certo definire auto-sufficiente e, sovente, si configura anzi come prodromico all'azione degli altri metodi.

Il terzo metodo, quello del costume e della tradizione, sembra essere più circoscritto e specifico dei due precedenti. Cardozo appare infatti distaccarsi nettamente dalla ipertrofica nozione di "costume" (in cui usi millenari si mescolano senza solu-

---

preme good. Holmes has told us in a sentence which is now classic that the life of the law has not been logic; it has been experience. But Holmes did not tell us that logic has to be ignored when experience is silent».

[40] Cfr. Hall 1947: 128-129.

zione di continuità a pratiche e consuetudini tecniche dei giuristi) di un Blackstone o da quella vagamente mitologica di un Savigny o, almeno per certi aspetti, di un Maine.

Cardozo non ha in mente polverose reliquie dei secoli ma, semmai, pratiche empiricamente e prosaicamente verificabili, come gli usi commerciali[41]: uno degli esempi a cui fa ricorso è infatti quello delle polizze di carico transoceaniche e dei mutamenti in esse intercorsi a seguito della Prima Guerra Mondiale.

Se, prima del conflitto, una polizza di carico comportava la consegna della merce a bordo di una nave determinata, con lo scoppio della guerra e la conseguente precarietà dei trasporti marittimi (facile preda di U-Boot e cacciatorpediniere), nessuna compagnia di navigazione era in condizioni di predire, sia pure nell'arco di mesi, quando e su quale nave sarebbe stata in grado di trasportare le merci.

I documenti rilasciati dagli speditori, conformandosi a tale nuovo stato di cose, pertanto, non davano più atto della presa in carico su un vascello determinato, ma semplicemente del fatto che le merci erano state prese in carico per la spedizione su una data nave "o su una successiva".

Al termine della guerra, il cambiamento, sorto dalla necessità, era restato in vigore per convenienza (l'incremento del volume dei traffici commerciali con l'Europa rendeva frequenti grandi accumuli di carico sugli imbarcaderi, che rendevano materialmente impossibile sia garantire sia verificare l'effettivo imbarco della merce su un dato naviglio).

La nuova forma del documento soppiantava pertanto la vecchia, omettendo un'attestazione in precedenza ritenuta fondamentale. La questione giuridica era dunque se i tribunali avrebbero o meno dato seguito al nuovo corso: la Corte d'appello di New York pose un'importante precedente, al riguardo, optando per la coerenza con il nuovo uso e con le nuove esigenze del commercio oceanico nel Caso Vietor v. National City Bank (N.Y. App. Division, 1922).

Dal punto di vista strutturale, il metodo della sociologia (*last but not least,* nell'elenco di Cardozo) si caratterizza, almeno per certi aspetti, come opposto al metodo logico-sistematico: se quest'ultimo ha una struttura deduttiva (sia pure con le precisazioni e i distinguo sopra menzionati) e si sviluppa dunque a partire da premesse normative "date", il metodo sociologico ha invece una struttura teleologica, è pertanto orientato al perseguimento di determinati fini e, per ricorrere ad una frase di Cardozo di chiara impronta deweyana[42], "subordina le origini agli scopi".

Mentre il metodo logico-sistematico è, paradigmaticamente, connesso alla stabilità del diritto, il metodo sociologico è invece associato al suo mutamento[43].

Lo scopo perseguito dal metodo sociologico è identificato da Cardozo nel s*ocial*

41 Ivi: 258-259.

42 È di quest'avviso anche Posner 1990a: 1659, e, più estesamente, Posner 1990b.

43 Al riguardo, si leggono interessanti considerazioni in Posner 1990a: 1655-1657.

welfare, il "benessere sociale", un'etichetta alquanto lata, nella quale l'autore compendia nozioni fra loro correlate: l'"interesse pubblico" (nel qual caso, nota Cardozo, il s*ocial welfare* si identificherà semplicemente con ciò che suggeriscono opportunità e prudenza, proponendo una cauta mediazione fra le varie istanze in gioco), ma anche il "vantaggio sociale" prodotto dalla conformità al modello (*standard*) di condotta corrispondente al "senso sociale di giustizia" proprio di una determinata società in un determinato momento storico[44].

Non è questa la sede per soffermarsi adeguatamente su quest'ultima e decisamente problematica accezione[45]. Ai fini della presente trattazione, è forse più utile prendere in esame due esempi in cui è possibile cogliere il metodo sociologico in azione: il primo, formulato dallo stesso Cardozo, si concentra sul celeberrimo caso *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506, 1889), in cui, nella ricostruzione di Cardozo, le ragioni del metodo logico (forza vincolante del testamento; principio secondo cui i tribunali civili non possono aumentare pene e conseguenze penali in genere previste per i delitti) avevano ceduto a quelle del metodo sociologico (inteso nella sua funzione di interprete del "senso sociale di giustizia") nell'indurre i giudici a decretare che il beneficiario che abbia assassinato il testatore non può essere ammesso a godere dei benefici del testamento[46].

In questo caso, dunque, il metodo sociologico agisce in funzione che potremmo aristotelicamente[47] chiamare "equitativa", ovviando alle ricadute inique che l'appli-

---

[44] Nella sua trattazione del metodo sociologico, Cardozo fa largo uso delle opere di teorici europei quali Jhering, Ehrlich, Duguit, Gény, il cui apporto all'opera del giudice newyorkese è tuttavia soprendentemente trascurato anche da uno studioso attento come Kaufman. Una maggiore attenzione al riguardo è riscontrabile in Pohlenberg 1997: 88, ma la (significativa) relazione di Cardozo con gli autori sopra menzionati meriterebbe di essere oggetto di una indagine assai più estesa ed approfondita che deve di necessità rimandarsi ad altra sede.

[45] L'analisi svolta al riguardo da Cardozo (principalmente, nei *Paradoxes of Legal Science*) è peraltro estremamente sofisticata e si alimenta, ancora una volta, di una cospicua e variegata serie di riferimenti teorici del dibattito europeo, da Stammler a Vaihinger, dal cui *Die Philosphie des Als-Ob* Cardozo mutua la nozione di "finzione", ad un decennio (è bene ricordarlo) dallo scritto in cui anche Kelsen si misurava, sia pure in chiave decisamente critica, con lo stesso tema e lo stesso autore. Anche per questa ragione, appare sorprendentemente sbrigativo il giudizio con cui Kaufman (cfr. Kaufman 2000: 219-220) ridimensiona l'opera come una sostanziale riproposizione dei temi già presentati nei lavori precedenti, sia pure più sofisticata e impreziosita da vasti (e un po' manierati) riferimenti filosofici. In questo senso, manca, forse, in letteratura, un bilancio aggiornato ed equanime del percorso teorico di Cardozo capace di dare adeguatamente conto anche delle fasi successive a *The Nature of the Judicial Process.*

[46] Sull'analisi cardoziana di *Riggs v. Palmer* si leggono interessanti considerazioni Posner 1990b: 24-29, in cui, muovendo proprio dall'analisi della sentenza in questione, si delinea tra l'altro un parallelismo fra Cardozo e Dworkin tanto suggestivo quanto controverso, la cui discussione approfondita non può tuttavia essere affrontata in questa sede.

[47] Beninteso, con la (non trascurabile) precisazione che, come rileva opportunamente Posner, la prospettiva aristotelica era, paradigmaticamente, rivolta "agli antecedenti" e al ripristino di equilibri dati e preesistenti, mentre quella pragmatista è, al contrario, orientata alle conseguenze e, dunque, tesa a instaurare ordini inediti e strutturalmente mutevoli. Cfr. Posner 1990a: 1657.

cazione inesorabile del metodo logico-sistematico avrebbe comportato.

Il secondo esempio non è invece tratto dal testo di Cardozo, bensì dalla sua attività giudiziale[48]: sarà infatti lo stesso Cardozo l'estensore della sentenza del celebre caso *Helvering v. Davis* (301 U.S.619 1937) con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti sanciva la costituzionalità del Social Security Act del 1935.

L'argomentazione formulata da Cardozo faceva esplicitamente perno su considerazioni di utilità generale: nel drammatico scenario socio-economico degli anni successivi al 1929, infatti, stanziamenti di fondi federali per provvedimenti di provvidenza sociale e, più in generale, tesi a contrastare gli effetti della disoccupazione su scala nazionale erano una misura i cui benefici apparivano decisamente sopravanzare i costi.

Considerato in rapporto ai tre che lo precedono, il metodo della sociologia sembra godere di una collocazione peculiare e, per così dire, ancipite: da un lato, appare dotato di una posizione subordinata e vicaria, intervenendo a modo di "riserva" soltanto qualora gli altri non si dimostrino in grado di fornire una guida per la decisione.

D'altro canto, però, qualora si tenga conto del fatto che è proprio il metodo della sociologia a fungere da arbitro della competizione fra gli altri metodi, soppesando le rispettive, concorrenti esigenze e ponendo limiti alle loro pretese (nonché dirimendo i dissidi intestini del metodo logico), è facile constatare che, in realtà, non c'è aspetto del ragionamento giudiziale in cui tale metodo non eserciti la sua azione.

3. *The Gospel that there is no Gospel.* Il giudice, il legislatore e la "scienza dei valori"

Di fatto, anzi, dall'analisi schematicamente riassunta nel paragarfo precedente, emerge con chiarezza che, in definitiva, in virtù del ruolo arbitrale in ultima istanza esercitato dal metodo sociologico, il nucleo stesso del ragionamento giudiziale (soprattutto in materia di diritto costituzionale) consiste nel ponderare tra interessi e valori contrapposti[49]: ed è precisamente in questo aspetto che – sia pure soltanto negli interstizi posti da disposizioni normative, precedenti, consuetudini interpretative, elaborazioni dottrinali – l'operato del giudice si avvicina a quello del legislatore.

Di qui, l'imprescindibile necessità, per il giudice, di elaborare una tecnica di analisi che – abbandonata ogni pretesa formalistica di disporre di una magica "ta-

[48] Per mere ragioni di spazio, non è qui possibile procedere ad una più ampia disamina dell'attività giudiziale di Cardozo, sulla quale si rimanda, oltre ai menzionati Kaufman 2000: spec. 223-435 e 491-565 e Posner 1990b: spec. 92-124), anche a Levy 1938.

[49] Si pensi all'analisi cardoziana (sopra brevemente richiamata) di *Riggs v. Palmer,* in cui la certezza del diritto e la fedeltà allo *stare decisis* si contrapponevano all'equità.

vola logaritmica" da cui estrarre soluzioni dotate di cartesiana certezza – permetta però una stima comparativa dei valori (economici, etici, socio-politici e persino estetici) implicati dai casi con cui si misura: una "assiologia" a cui rifarsi per costruire gerarchie (sempre relative e provvisorie[50]) ed effettuare giudizi di bilanciamento e/o contemperamento.

Non è questa la sede per una ricostruzione dettagliata dell'assiologia che Cardozo delinea in *The Growth of the Law* e, soprattutto, in *The Paradoxes of Legal Science*, né delle molteplici suggestioni disciplinari a cui essa è improntata: basti qui dire che la proposta teorica di Cardozo è comparabile, per ricchezza di motivi e vastità di ambizioni, a quella di un Pound o del Dewey di *The Public and its Problems*[51].

Quello che, ai fini della presente trattazione, mette conto sottolineare è che il bilanciamento e/o contemperamento fra gli interessi e i valori in gioco effettuato dal "legislatore occasionale" deve in ogni caso essere subordinato a quello effettuato (in altre sedi, con altri strumenti e con altra portata) dal "legislatore a tempo pieno".

In questo senso, tuttavia, occorre qualche precisazione: quella che troviamo delineata nelle pagine di Cardozo è, infatti, una sofisticata riflessione giusrealista sul rapporto fra legislatore e giudice di ultima istanza, nel quadro della complessa architettura di pesi e contrappesi disposta dalla Costituzione.

Sorprendentemente ingenerose, quindi, appaiono le osservazioni che, al riguardo, ritiene di dover formulare Posner[52], secondo il quale, tanto la teoria di Holmes del giudice (costituzionale) come "legislatore interstiziale" quanto la versione di essa adottata da Cardozo avrebbero l'implicazione di considerare giudici e legislatori *officials of the same stripe,* mossi dai medesimi fini e valori e soggetti ai medesimi incentivi e vincoli. In questa tanto idilliaca rappresentazione, il ruolo giudiziale sarebbe, semplicemente, quello di coadiuvare, in spirito di fraterna collaborazione, il legislatore a produrre *sound policy*.

Tuttavia, avverte Posner, tale visione è ingannevole: il processo legislativo, infatti, è sottoposto alle pressioni dei gruppi di interesse con un'intensità che, a suo dire, è rara nel processo giudiziale. Ne conseguirebbe una produzione normativa assai meno informata a *sound policy judgments*[53] di quanto non immaginassero, nella loro ingenuità, realisti e pragmatisti *d'antan,* nonché l'impossibilità di concepire il giudice come il fedele "braccio giuridico" della legislazione.

Ora, a prescindere dal fatto che Posner stesso potrebbe a sua volta essere tacciato di notevole candore, nella sua ottimistica visione del processo giudiziale come pressoché avulso da pressioni extra-giuridiche, è in ogni caso curioso apprendere

[50] Peraltro, al riguardo, non è del tutto ingiustificata l'osservazione di Michaut 2001: 78, secondo cui «Cardozo est très nuancé sur le problème de cette hiérarchie».

[51] Cfr. Dewey 1927.

[52] Cfr. Posner 1990a: 1658-1660.

[53] Qualunque cosa, di preciso, tale misteriosa espressione significhi.

che Holmes e Cardozo avrebbero nutrito un'opinione tanto favorevole circa la razionalità del corpo legislativo.

Posner, infatti, non produce alcuna prova testuale in tal senso e, in realtà, non sembra che simili considerazioni possano essere rintracciate né nelle opere di Holmes, né in quelle di Cardozo[54].

In effetti, quello che è possibile reperire nelle pagine dei due autori è, semmai, uno sperimentalismo cauto, mai troppo propenso ai facili entusiasmi né proclive a considerare i *policy judgments* del legislatore qualcosa di diverso dall'esito della combattuta mediazione fra interessi (e gruppi di interesse) divergenti, valori contrapposti e ideologie contrastanti.

In questa prospettiva, il giudice costituzionale, anzi, consapevole com'è dell'intrico di pressioni a cui il procedimento è costituivamente soggetto, esercita, nei confronti dell'operato del legislatore, una funzione complessa, sfaccettata e nient'affatto meramente ancillare, in cui la fedeltà al *judicial restraint* non comporta né passività né univoca subalternità:

> «the utility of an external power restraining the legislative judgment is not to be measured by counting the occasions of its exercise. The great ideal of liberty and equality are preserved against the assaults of opportunism, the expediency of the passing hour, the erosion of small encroachments, the scorn and derision of those who have no patience with general principles, by enshrining them in constitutions, and consecrating to the task of their protection a body of defenders. By conscious or subconscious influence, the presence of the restraining power, aloof in the background, but none the less always in reserve, tends to stabilize and rationalize the legislative judgment, to infuse it with the glove of principle, to hold the standard aloft and visible for those who must run the race and keep the faith»[55].

Non traggano in inganno i toni enfatici che affiorano qua e là e l'evocazione della statua della libertà nell'immagine dei giudici di ultima istanza come tedofori dei *principles* della Costituzione: quella che queste righe ci restituiscono è una dinamica istituzionale complessa e nient'affatto idealizzata, un'interazione in cui il legislatore è costretto, non foss'altro che per mera necessità strategica e strumentale, ad adottare i metodi di ragionamento dei giudici e a misurare preventivamente sui criteri da essi fissati i provvedimenti che elabora.

Cardozo tratteggia, insomma, un processo pieno di tensioni, un processo che soltanto *tende* a stabilizzarsi e razionalizzarsi, senza tuttavia mai pervenire alla condizione di equilibrio e semplicistica pacificazione indebitamente evocata da Posner.

---

[54] E, peraltro, neppure in quelle del più ottimista e baldanzoso Dewey, il quale, dopotutto, circa l'esistenza e l'incidenza dei "gruppi di interesse" qualche nozione l'aveva, in virtù del lavoro pionieristico svolto sul tema sulla scorta degli studi di Arthur F. Bentley.

[55] Cfr. Hall 1947: 143. Citato e analizzato anche in Kaufman 2000: 210.

Il quale, peraltro, non pago di averne stigmatizzata la pretesa ingenuità "istituzionale", attribuisce altresì a Cardozo e, in generale, ai realisti anche una ulteriore *great weakness*[56]: nonostante tutte le dichiarate buone intenzioni ("pensare cose, non parole", stimare le conseguenze delle dottrine giuridiche, vagliare politiche concorrenti) essi, infatti, non avevano però a disposizione una metodologia all'altezza delle loro ambizioni, essendo gli strumenti dell'economia, della statistica, e delle altre scienze sociali ancora ad uno stadio troppo primordiale per consentire davvero una realizzazione anche solo parziale del programma poc'anzi menzionato.

Critica, quest'ultima, invero bizzarra: equivarrebbe, infatti, a biasimare l'opera ingegneristica dei fratelli Wright adducendo tutti i limiti tecnici che il loro *Flyer* rivela se paragonato ad un Boeing 777. Fuor di metafora, è indubbiamente vero che negli scritti di Cardozo e persino in quelli del più coriaceo e ancora meno impressionabile Holmes si possono rinvenire accenti di entusiastica aspettativa nelle possibilità della statistica e dell'analisi economica, possibilità che i successivi sviluppi di tali scienze, pur con tutti i loro innegabili conseguimenti, hanno fortemente ridimensionato.

Tuttavia, se da un lato si tratta di entusiasmi facilmente comprensibili, se inquadrati in una stagione pionieristica che vedeva aprirsi nuove prospettive ed affermarsi nuovi strumenti d'indagine nel campo delle scienze sociali, dall'altro essi non sembrano in alcun modo comportare le carenze metodologiche che Posner ritiene di poter ravvisare.

Al contrario, è proprio la consapevolezza della portata limitata degli strumenti a disposizione dell'evocata *axiology* e, conseguentemente, nelle rispettive sfere di competenza, tanto dell'azione del giudice che di quella del legislatore, a rendere necessario il congegno istituzionale sopra richiamato, con le mediazioni e le complesse interazioni che esso comporta.

Inoltre, ancora una volta, è lo stesso Posner che sembra a tratti tradire una cospicua fiducia nelle "magnifiche sorti e progressive" dell'analisi economica, della statistica, e delle altre scienze sociali[57], quasi che tutto il problema metodologico risiedesse esclusivamente nel maggiore o minore tasso di sviluppo di queste ultime.

Cardozo appare nutrire opinioni decisamente meno ottimistiche, in proposito: in *The Growth of the Law,* concludendo la rassegna dei metodi di ragionamento giudiziale, riteneva opportuno ricordare, citando Powell, che occorreva diffondere *the Gospel that there is no Gospel that will save us from the pain of choosing at every step*[58].

Al cuore dell'attività giudiziale, come l'analisi del metodo della sociologia aveva

[56] Cfr. Posner 1990a: 1659.

[57] Con la curiosa eccezione, a onor del vero, della sociologia medesima, lapidariamente e poco rispettosamente qualificata come *a failed social science* in Posner 1990b: 26.

[58] Cfr. Hall 1947: 214-215.

dimostrato, c'è, dunque, la discrezionalità del giudice, una discrezionalità *informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by system, and subordinated to "the primordial necessity of order in the social life"*[59]. E, del resto, come l'autore si premurava di specificare subito dopo, a beneficio di tutti i "neo-realisti" eventualmente annidati fra i suoi lettori, *wide enough, in all conscience, is the field of discretion that remains.*

Bibliografia

Barberis, M. (2015). *Contro il Creazionismo giuridico,* «Quaderni Fiorentini», XLIV, 67-101.

Bobbio, N. (1962). *Nature et fonction de la philosophie du droit,* «Archives de philosohie du droit», VII, 1-11.

– (2011). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Roma-Bari, Laterza.

Castignone, S., Faralli, C., Ripoli, M. (2002). *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli.

Dewey, J. (1927). *The Public and its Problems,* New York, Holt & C.

Fisher, W.W., Horwitz, M.J., Reed, T. (1993). *American Legal Realism*, Oxford-New York, Oxford University Press.

Glennon, R.J. (1985). *The Iconoclast As Reformer. Jerome Frank's Impact on American Law,* Ithaca and London, Cornell University Press.

Hall, M.E. (ed.) (1947). *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe,* New York (NY), Fallon Law Book Company.

Hoebel, E.A. (1964). *Karl Llewellyn: Anthropological Jurisprude,* «Rutgers Law Review», 18, 735-744.

Kaufman, A.L. (2000). *Cardozo* (1998), Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Levy, B.H. (1938). *Cardozo and Frontiers of Legal Thinking,* Oxford, Oxford University Press.

Llewellyn, K.N. (1931). *Some Realism about Realism. Responding to dean Pound*, «Harvard Law Review», XXXXIV, 1222-1264.

– (1940). *The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, «Yale Law Journal», 49, 1355-1400.

– (1962). *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice,* Chicago, The Chicago University Press.

Llewellyn, K.N., Hoebel, E.A. (1941). *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press.

[59] Ivi, p. 165.

Malagoli, L. (2018). *Mrs.Quickly's feeling for law? Il Giudice di Pace del Vermont e le "categorie giuridiche rilevanti",* «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLVIII, 45-64.

Michaut, F. (1991). *La Recherche d'un Nouveau Paradigme de la Décision Judiciaire à Travers un Siécle de Doctrine Américaine,* Paris, L'Harmattan.

Pohlenberg, R. (1997). *Benjamin Cardozo. Personal Values and the Judicial Process*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Posner, R.A. (1990a). *What Has Pragmatism to Offer Law?,* «Southern California Law Review», 63, 1653-1670.

– (1990b). *Cardozo. An Essay in Reputation,* Chicago, The University of Chicago Press.

Pound, R. (1931). *The Call for a Realistic Jurisprudence*, «Harvard Law Review», vol. 44, n. 5, 697-711.

Schauer, F. (2016). *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma, Carocci.

Summers, R.S. (1982). *Instrumentalism and American legal Theory,* Ithaca, Cornell University Press.

Tamanaha, B.Z. (2002). *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge (UK), Cambridge University Press.

Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico americano,* Milano, Giuffrè.