

Interpretazione vs autorità. Considerazioni sui limiti e le prospettive del pluralismo normativo di Robert Cover

La maggior parte delle principali teorie del diritto del Novecento ha proposto, insieme a una concezione dell'autorità, una conseguente teoria dell'interpretazione¹. Se al momento dell'autorità veniva assegnato il compito di determinare quale oggetto potesse valere come "diritto", al momento dell'interpretazione spettava la definizione del contenuto di tale oggetto. In questo quadro, il momento dell'applicazione del diritto rimane impresa strettamente dipendente da una teoria dell'autorità. Ciò non significa che una volta stabilita la natura dell'autorità, il momento ermeneutico sia ridotto a puro automatismo. La costitutiva apertura del linguaggio, infatti, lascia un margine di apprezzamento discrezionale nell'interpretazione delle norme giuridiche². Come è noto, questo approccio all'ermeneutica giuridica è stato sfidato dalla teoria del «diritto come interpretazione» proposta da Ronald Dworkin³. In questa versione, il diritto ha una natura primariamente ermeneutica. Il momento interpretativo è consustanziale alla determinazione dell'autorità: ogni indagine a proposito di ciò che è diritto implica un processo interpretativo⁴. Uno dei meriti principali della riflessione di Dworkin è stato quello di aver riportato l'attenzione sulla centralità del significato normativo, nell'economia di un'impostazione teorica che colloca l'attività giurisdizionale al cuore dell'universo giuridico. Tuttavia, la concentrazione sull'attività giurisdizionale nell'applicazione del diritto, mantenendo l'idea di interpretazione nel perimetro di un ragionamento giuridico sviluppato dal giudice e incardinato in regole e principi di autorità sempre componibili fra loro, ha impedito all'autore di prendere

1. Per un panorama delle principali posizioni in dottrina si rinvia a F. Viola, F. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 2009⁶.

2. Naturalmente il riferimento va a H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994². Lo stesso rapporto fra autorità e interpretazione è rinvenibile nell'opera di Joseph Raz, del quale vedi, da ultimo, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford 2009.

3. R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1986.

4. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2006², p. 26.

sul serio il pluralismo politico e culturale⁵. Prendendo le mosse dalla concezione del diritto come interpretazione, Robert Cover ha dissociato radicalmente il diritto inteso come autorità (a cui corrisponde l'esercizio del potere e della forza) e il diritto concepito come interpretazione. A differenza delle teorie convenzionaliste, per cui l'analisi di ciò che è diritto precede la definizione dell'interpretazione giuridica, e dell'approccio dworkiniano, secondo cui l'integrità nell'interpretazione diviene figura decisiva per ricostruire le pratiche giuridiche dotate di autorità, Cover contrappone nettamente il significato giuridico all'autorità, affermando che quest'ultima limita sostanzialmente la crescita del pluralismo, poiché ostacola, ricorrendo alla coercizione, la proliferazione dei significati. Pertanto, il contributo più originale di Cover al dibattito sulla teoria dell'interpretazione va individuato nell'idea di una genetica relazione tra la formazione del significato giuridico e il pluralismo normativo⁶, a cui corrisponde la sottrazione al potere giudiziario del monopolio sull'interpretazione.

Al fine di poter comprendere e valutare limiti e prospettive della proposta di Cover, occorre presentare, nel par. 1, alcuni aspetti fondamentali che innervano il pluralismo normativo soggiacente alla sua impostazione giusfilosofica. Nel par. 2, sarà quindi possibile prendere in esame, in particolare, il modo in cui l'obbligazione e il comportamento impegnato sostengano in maniera imprescindibile la formazione del significato giuridico. Una volta chiarito il nesso fra obbligo e interpretazione, nel par. 3 sarà possibile mettere in luce i due contributi più interessanti di Cover al dibattito sull'interpretazione: il ruolo delle corti in un ambiente pluralista e la ridefinizione della nozione di casi difficili. Infine, nel par. 4, verranno messi in evidenza due limiti a cui si espone la posizione di Cover.

1. LA NOZIONE DI UNIVERSO NORMATIVO

L'unità di base del pluralismo giuridico immaginato da Cover è composta da universi normativi o, con l'espressione a cui ricorre il giurista americano, *nomoi*. L'impostazione "culturale" che Cover dà all'idea di *nomos* è netta. L'in-

5. Per una critica in tale direzione vedi M. Rosenfeld, *Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique*, in "Revue Internationale de Philosophie", 59, 2005, pp. 363-92.

6. La definizione del concetto di pluralismo normativo è essenzialmente contestata. Si rinvia, nella consapevolezza della parzialità del riferimento, ad alcuni scritti che possano fornire una prima introduzione: J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, in "Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law", 24, 1986, pp. 1-50 (il pluralismo di cui tratta Griffiths è diverso rispetto a quello prospettato da Cover poiché fa riferimento alla condizione di soggetti provenienti da ordinamenti diversi); S. E. Merry, *Legal Pluralism*, in "Law & Society Review", 22, 1988, pp. 869-901; H. Petersen, H. Zahle (eds.), *Legal Policentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth, Aldershot 1995; A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari 2001.

cipit del saggio più importante di Cover, *Nomos e narrazione*⁷, ricorda che il diritto non deve essere inteso solamente come sistema di norme, ma come universo normativo: «noi abitiamo un *nomos*, ovvero un mondo normativo. Creiamo e manteniamo costantemente un mondo fatto di bene e di male, di legalità ed illegalità, di validità e invalidità»⁸. Nell'ottica di Cover, lo studioso del diritto non deve quindi confondere il mondo normativo con gli strumenti del controllo sociale; questi fanno certamente parte dell'universo giuridico, ma ne costituiscono solamente una parte. Infatti, lo Stato non detiene il monopolio esclusivo dei centri di produzione dei significati giuridici. Il processo che porta alla creazione del significato giuridico (da Cover definito, con uno dei tanti neologismi da lui conati, *giusgenesis* [*jurisgenesis*]) ha una matrice essenzialmente culturale. Vivere all'interno di un mondo normativo significa conoscerne non solo i precetti, ma anche le narrazioni che dotano questi ultimi di significato⁹ e le possibili applicazioni che se ne possono fare nel futuro. In tal senso, «il diritto e la narrazione sono inscindibilmente legati fra loro. Ogni prescrizione esige di essere collocata all'interno di un discorso – ossia di essere fornita di una storia e di un destino, di un inizio e di una spiegazione. Allo stesso modo, ogni narrazione esige di essere compresa da una prospettiva prescrittiva»¹⁰.

Ispirandosi a una fonte di matrice ebraica, per la precisione un commento nel *Beth Yosef* del mistico e giurista Joseph Karo, in cui l'autore accosta due celebri aforismi della *Mishnah Aboth*, fra loro apparentemente in contraddizione¹¹,

7. R. Cover, *Nomos and Narrative*, in "Harvard Law Review", 97, 1983, pp. 4-68 (trad. it. *Nomos e narrazione*, in Id., *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 17-92). Diversi autori hanno visto nella diade *nomos*/narrazione una traslitterazione della coppia ebraica *Halacha/Hagaddah*: cfr., fra altri, S. Levine, *Halacha and Aggadah: Translating Robert Cover's Nomos and Narrative*, in "Utah Law Review", 1998, pp. 465-504.

8. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 17.

9. Cfr. H. White, *The Value of Narrativity in the Representation of Reality*, in "Critical Inquiry", 7, 1980, pp. 5-27 (trad. it. *Il valore della narrazione nella rappresentazione della realtà*, in Id., *Forme di storia*, trad. di E. Tortarolo, Carocci, Roma 2006, pp. 57-60).

10. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 18.

11. Karo riprende l'aforisma di Simeone il giusto (*Mishnah Aboth* 1:2) per il quale il mondo riposa su tre cose, ossia la *Torah*, il culto e le obbligazioni interpersonali, e l'aforisma di Simeone Ben Gamaliel, per il quale il mondo riposa sui tre pilastri della giustizia, della verità e della pace. La differenza viene spiegata e ricomposta nei seguenti termini: «Questo poiché Simeone il Giusto scriveva nel contesto della sua generazione, quando il Tempio era ancora intatto, mentre Rabbi Simeone Ben Gamaliel scriveva nel contesto della sua generazione, dopo la distruzione di Gerusalemme [...]. In effetti, c'è differenza fra la [forza necessaria per la] preservazione di ciò che già esiste e la [forza necessaria per la] realizzazione iniziale di ciò che in precedenza non esisteva [...]. Così, in questo caso, sarebbe stato impossibile creare il mondo sui tre principi di Rabbi Simeone Ben Gamaliel. Ma dopo che il mondo è stato creato sui tre pilastri di Simeone il Giusto esso può continuare a esistere sulle tre basi di Rabbi Simeone Ben Gamaliel» (citato in Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 28).

Cover identifica due modalità organizzative del *nomos*, una definita “paideica”, l’altra “imperiale”. È opportuno precisare che, trattandosi di idealtipi, essi hanno la funzione di illuminare alcuni aspetti dei mondi normativi. Il primo modello riguarda la creazione del mondo normativo e viene definito paideico perché il termine evoca «(1) un corpo comune di precetti e narrazioni, (2) un modo condiviso e personale di essere educati all’interno di questo *corpus*, nonché (3) un senso di direzione o crescita che si forma mentre l’individuo e la sua comunità elaborano le implicazioni della loro legge»¹². Nel modo *paideico* il diritto costituisce uno strumento di comunicazione e un sistema di significati che struttura l’universo normativo all’interno del quale vivono soggetti che interagiscono.

La modalità “imperiale” di organizzazione dell’universo normativo mette in luce la necessità di far convivere, nell’ambito dello stesso spazio, la pluralità dei significati giuridici creati dalle «forze giusgenetiche». Il significato giuridico è essenzialmente incontrollabile e non soggetto, per Cover, «alle limitazioni della provenienza tipiche di ciò che definiamo “produzione formale del diritto”»¹³. La produzione dei significati implica necessariamente diverse prospettive sul futuro e dà luogo a inevitabili collisioni fra diverse visioni normative. Occorrono, quindi, delle forze più “deboli” e universaliste volte al mantenimento di un mondo in cui devono convivere molteplici significati giuridici. Si tratta di forze che Cover identifica con il liberalismo moderno¹⁴. Nel modello imperiale le norme sono universali e vengono applicate da istituzioni¹⁵. Fintantoché si rivelano efficaci, tali norme non hanno bisogno di essere insegnate, poiché sono espressione di una concezione del diritto inteso soprattutto come controllo sociale. Ciononostante, il modo imperiale di organizzazione del diritto è indispensabile, poiché «una volta generato un mondo, se non curato e non limitato, esso diviene instabile e settario nella sua organizzazione sociale, dissociativo e incoerente nel suo discorso, sospettoso e violento nelle sue interazioni»¹⁶.

A questa altezza del discorso, il problema principale per il teorico del diritto riguarda la delimitazione del *nomos*. Cover non specifica in maniera esplicita quali siano gli elementi costitutivi di un *nomos*, ma questi possono essere inferiti, almeno in parte, dagli esempi presentati nelle sue pagine¹⁷. Un gruppo,

12. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 29.

13. Ivi, p. 35.

14. Ivi, p. 29.

15. Come si avrà modo di vedere, Cover ritiene che questo compito spetti soprattutto alle corti.

16. Ivi, p. 33. La modalità imperiale deve in realtà valere sia all’interno sia all’esterno di ciascun *nomos*. Si tratta di un’implicazione necessaria nel momento in cui si riconosce – come Cover – che ogni significato giuridico, indipendentemente dalla fonte, è essenzialmente contestabile.

17. L’esempio preferito da Cover sono le comunità religiose “insulari” come gli amish e i mennoniti. Esse sono infatti disposte a approfondire un notevole impegno nel mantenimento del

per potersi dire dotato di un *nomos*, deve essere costituito da: 1. una comunità con un'identità già formata; 2. l'autoconsapevolezza di un'identità collettiva (un insieme di persone deve pensarsi come gruppo); 3. la percezione di condividere una serie di testi o una tradizione d'autorità; 4. una o più proiezioni normative sul futuro. Queste caratteristiche escludono dal novero dei gruppi normativi tutte quelle collettività che si trovano unite per ragioni puramente strumentali e quelle prive di aspirazioni normative. Tale concezione dei gruppi normativi non deve però essere associata a una visione essenzialista (e comunitarista) della comunità¹⁸. Le tradizioni e le pratiche sociali di un gruppo vengono sempre sottoposte a pressione e spesso ridefinite nelle inevitabili interazioni con il mondo esterno. *In nuce*, la comunità o il gruppo costituiscono la base indispensabile per la produzione di significato giuridico, ma un *nomos* non è sovrapponibile in tutto e per tutto all'ordine sociale della collettività che lo genera. Si tratta di un rapporto di reciproca influenza tra universi normativi, all'interno dei quali hanno luogo dei processi di interpretazione generati sia dalla critica interna sia dal confronto con altri *nomoi*¹⁹.

2. LA FORMAZIONE DEL SIGNIFICATO GIURIDICO: IMPEGNO E OBBLIGAZIONI

Ogni mondo normativo viene tenuto insieme dalle forze “di gravità” degli impegni interpretativi. In tal senso, il concetto di impegno (*commitment*) svolge una funzione fondamentale nell'economia della riflessione coveriana. Un impegno consta di due momenti, distinguibili a livello logico ai fini di una migliore comprensione. Un impegno interpretativo richiede anzitutto una ragione pratica, un'assunzione di responsabilità e la convinzione di essere impegnati in un'attività dotata di valore. Nell'idea di impegno è intrinseca l'estensione temporale: rispetto a una semplice intenzione, l'impegno, per esse-

proprio *nomos*. Cover considera gruppi normativi anche il movimento abolizionista prima della guerra civile e il movimento per i diritti civili. Jim Pope ritiene di poter applicare il concetto di *nomos* al movimento statunitense dei lavoratori nel corso degli anni Venti: *Labor's Constitution of Freedom*, in “Yale Law Journal”, 106, 1997, pp. 941-1031.

18. *Contra* M. Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, in “Michigan Law Review”, 83, 1985, p. 1502.

19. Riprendendo il concetto di giusgenesi, Seyla Benhabib fa riferimento alle iterazioni democratiche come modalità di ri-significazione delle leggi e delle pratiche sociali: «Le *iterazioni democratiche* rappresentano tali ripetizioni-in-trasformazione di carattere linguistico, giuridico, culturale e politico: invocazioni che sono anche revocazioni. Esse non si limitano a modificare le concezioni consolidate, ma trasformano anche ciò che consideriamo il punto di vista valido e consolidato sul precedente autoritativo» (S. Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents, Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge 2004 [trad. it. di S. Petris, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano 2006, p. 144]).

re tale, presuppone una durata²⁰. In secondo luogo, l'impegno va sempre diretto verso qualcosa che sia altro da sé – una norma, un principio, una tradizione. In tal senso, esso comporta una "oggettivazione" di ciò verso cui si dirige l'impegno. Si forma così un rapporto di fedeltà nei confronti dell'oggetto altro da sé e la comunità che ha creato l'oggetto si sottomette alla sua stessa comprensione della legge. L'oggettivazione è fondamentale perché stabilisce quali sono i giochi linguistici che possono essere praticati con il diritto. Infatti, l'oggetto dell'impegno ha i suoi propri requisiti indipendenti che circoscrivono il ventaglio delle azioni possibili. Pertanto, «la varietà di significati che possono essere attribuiti a ciascuna norma – l'interpretabilità della norma – viene definita sia da un testo giuridico, che rende oggettiva l'esigenza, sia dalla molteplicità degli impegni impliciti ed espliciti che la accompagnano»²¹. L'oggettivazione implica quasi sempre anche una narrazione di come il diritto del gruppo sia divenuto oggetto e, aspetto ancora più importante, come sia divenuto il *proprio* diritto. Alcune precisazioni sono necessarie per rendere più chiara l'idea di impegno. Anzitutto, Cover dissocia l'impegno dall'etica della virtù radicando il concetto in una prospettiva culturale. In secondo luogo, la durata e l'intensità dell'impegno non devono essere intese in senso stretto; Cover non propone un'etica per entusiasti. È sufficiente che vi sia una certa misura di impegno e non è necessario che questo sia continuo e senza interruzioni. Piuttosto, vi sono alcuni test che periodicamente mettono alla prova sia il reale *commitment* di un gruppo verso un oggetto – in termini semplificati, quanto si è disposti a sacrificare per fedeltà all'impegno²² – sia il significato che questo impegno viene ad assumere²³.

Alla centralità dell'idea di impegno per il concetto di diritto e al primato del significato giuridico va accostata, per integrare la teoria di Cover, la nozione di obbligazione²⁴. Rispetto all'universo dei diritti, la logica interna dell'obbliga-

20. J. Rubenfeld, *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2005, pp. 71-98.

21. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 66.

22. Cfr., sull'importanza di questa idea per la comprensione del costituzionalismo americano, la posizione di P. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, Chicago 1999 (trad. it. di T. Casadei, *Lo studio culturale del diritto*, Diabasis, Reggio Emilia 2009, cap. 3).

23. Questi aspetti distinguono l'idea di *commitment* dalla *plan theory* di Michael Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1999. Bratman, infatti, attribuisce alla sua idea di piani estesi nel tempo una funzione di coordinamento fra azioni, laddove l'impegno, per Cover, è anzitutto una risorsa fondamentale nella produzione di significato per l'azione.

24. Anche questo tema viene ricondotto da Cover a una matrice di ispirazione ebraica. Vedi Cover, *Obligation. A Jewish Jurisprudence of Social Order*, in "Journal of Law and Religion", 5, 1987, pp. 65-73 (trad. it. *Obbligazione (Mitzvah)*, in Id., *Nomos e narrazione*, cit., pp. 125-39). Il

zione fornisce a Cover maggiori risorse per rendere conto del carattere teleologico del diritto e della sua tensione verso una costante trasformazione. Per sentirsi obbligato, un soggetto deve anzitutto comprendere il significato della norma che lo obbliga. L'idea di obbligazione viene concepita da Cover come tensione verso uno scopo o una finalità²⁵. L'obbligatorietà delle norme dipende, in questo scenario, dal fatto che i membri di una comunità ne riconoscono il carattere vincolante perché ne condividono il *telos*. L'interpretazione giuridica, essendo parte integrante del processo di comprensione del diritto, rimane quindi intrecciata all'obbligazione. In questo quadro si iscrive lo scetticismo di Cover verso i diritti soggettivi, considerati come strumenti di affermazione personale utili a tutelare, in alcune situazioni, soggetti deboli, ma incapaci di dotare di significato un universo normativo²⁶. A differenza delle obbligazioni, i diritti, pur potendo garantire una coerenza formale, non sono in grado di avanzare alcuna pretesa sui fini da essi permessi.

Comparando il ruolo della violenza nelle teorie basate sui diritti e sulle obbligazioni, Cover registra la marcata propensione delle prime (a differenza delle seconde) a ricorrere a un potente apparato con un'impressionante capacità di monopolizzare la forza²⁷. Pur rispondendo a problemi di natura diffe-

sistema giuridico ebraico rappresenta agli occhi di Cover un perfetto esempio di mondo normativo vissuto per duemila anni senza alcun supporto statale in organizzazioni intra- e transnazionali. Per Cover, la fioritura dell'ebraismo sarebbe da attribuire a un mondo normativo che pone al centro della sua impresa l'idea di *mitzvah*, ossia di comandamento o (nella traduzione non letterale di Cover) obbligazione. Sulla necessità di leggere l'idea di *commitment* a partire dalle influenze religiose vedi il denso saggio di S. Last Stone, *In the Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, in "Harvard Law Review", 106, 1993, pp. 827-32.

25. Per un'analisi dell'ebraismo condotta in questi termini cfr. J. Goodman, *On Justice: An Essay in Jewish Philosophy*, Yale University Press, New Haven 1991, pp. 100-2.

26. Joseph Raz ha insistito sulla priorità degli obblighi sui diritti, riconoscendo l'importanza dell'allocatione di responsabilità come fonte di significato: «Una vita piena di senso si fonda non sui diritti, bensì sui doveri e sulle responsabilità speciali; rifiutando i nostri doveri, neghiamo il senso della nostra vita [...]. I doveri sono ragioni per l'azione, poiché influenzano la nostra visione delle opzioni anche quando non deliberiamo o non ci riferiamo a essi nel deliberare. I doveri, quindi, possono essere annoverati fra le principali componenti costitutive dei nostri legami, oltre che tra i fondamentali elementi che dotano di senso la nostra vita» (J. Raz, *Value, Respect, Attachment*, Cambridge University Press, Cambridge 2001 [trad. it. di F. Belvisi, *I valori fra attaccamento e rispetto*, Diabasis, Reggio Emilia 2003, pp. 19-20]).

27. Cover ritiene che la teoria dei diritti, basandosi sulla premessa che gli individui sono liberi, autonomi e isolati, una volta innestata sulla filosofia hobbesiana per cui si cedono alcuni diritti per ottenere sicurezza, metta in moto una enorme macchina di controllo attraverso la violenza fisica. Una critica a questa concezione dei diritti e un tentativo di riqualificare il concetto di diritto soggettivo tenendo in considerazione la teoria del diritto di Cover viene proposta da M. Minow, *Interpreting Rights. An Essay for Robert Cover*, in "Yale Law Journal", 96, 1987, pp. 1870-1.

rente – le obbligazioni alle forze centripete della proliferazione dei significati, i diritti alle forze centrifughe dello Stato nazionale – la preferenza di Cover va alla figura dell'obbligazione perché essa garantisce la tenuta di un mondo normativo impegnato a perfezionarsi senza il sostegno di un apparato coercitivo. In realtà, l'obbligazione non è l'esatto rovescio linguistico del termine "diritto soggettivo"; ancora una volta, il punto di riferimento è, per l'autore americano, il mondo normativo ebraico²⁸. Quest'ultimo indica quali sono i soggetti a cui si rivolgono i comandamenti e quali sono le obbligazioni che ne derivano. L'organizzazione interna del mondo normativo crea così una comunità imponendo responsabilità direttamente agli individui per il benessere degli altri membri²⁹. Ciò avviene fondamentalmente per due ragioni: ogni membro della comunità deve riferirsi al diritto nelle interazioni sociali e ogni membro si sente vincolato perché l'applicazione e il rispetto della legge rappresentano un passo ulteriore verso il proprio perfezionamento e ogni progressivo avvicinamento verso la perfezione costituisce un valore in sé. Per Cover, questo ragionamento porta alla conclusione secondo cui l'obbedienza viene garantita dalla struttura interna del mondo normativo in grado di permettere la comunicazione e la comprensione, e non dalle imposizioni "esterne" di agenzie che detengono un controllo quasi esclusivo sulla forza³⁰.

La creazione del significato giuridico conosce dei limiti e dei vincoli impliciti nella struttura del *nomos* e nell'ambiente in cui questo si trova a svilupparsi. Non tutte le visioni, in altre parole, hanno la capacità di divenire diritto. Poiché il processo giusgenetico ha luogo essenzialmente attraverso il *medium* culturale, un primo limite deriva dalla natura relazionale del diritto.

28. Sul diritto privato ebraico vedi, nella letteratura italiana, A. M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, Giappichelli, Torino 2002.

29. M. Silberg, *Law and Morals in Jewish Jurisprudence*, in "Harvard Law Review", 75, 1961, pp. 323-7.

30. Il resoconto di Cover omette di prendere in considerazione il fatto che due ideali religiosi fondamentali, nel concepire il diritto come obbligazione, innervano il diritto ebraico: servire Dio ed emulare Dio. L'autore americano non si sofferma sull'ipotesi che vi sia un collante teologico a tenere insieme comunità e diritto. Come ha notato Arthur Jacobson, la fonte del diritto rimane Dio, colui che ha dato i comandamenti: «La risposta alla domanda, quali sono i miei doveri? Sono quelli che Dio ha comandato. La risposta alla domanda, perché dovrei ottemperare ai miei doveri? Se non lo facessi, sarei estraneo a Dio» (A. Jacobson, *Hegel's Legal Plenum*, in "Cardozo Law Review", 10, 1989, pp. 892-5). L'obiezione va direttamente al cuore del problema: costruire un mondo normativo sulla base dell'educazione dei membri non è sufficiente per legare il diritto alla comunità. Nel caso dell'ebraismo va tenuta in considerazione anche la presenza dell'idea di compiere il percorso verso il perfezionamento a fianco di Dio (Maimonide indica nell'*imitatio dei* il comandamento centrale della *Torah*: *La Guida dei perplessi*, UTET, Torino 2005, parte 3, cap. 54). Cover non indica cosa potrebbe sostituire questo comandamento in un universo normativo secolarizzato.

La presenza dei partecipanti al processo di formazione del significato giuridico implica che essi debbano trovare un linguaggio comune attraverso il quale esprimere le proprie visioni. In tal modo vengono filtrate quelle visioni individuali che costituiscono pure e semplici fantasie. Un secondo limite è dato dalla compresenza di diversi *nomoi*. L'ambiente in cui si forma e fiorisce un determinato *nomos* deve sempre fare i conti con le visioni degli altri *nomoi* dai quali si trova inevitabilmente affiancato. La possibilità di un conflitto con le traiettorie di altri universi normativi, ad esempio, può portare a scartare alcune visioni considerate irrealizzabili. Un ultimo limite, di notevole importanza, riguarda la capacità di trasformare la propria visione in realtà. Questo vincolo attiene a quanto verrà ripreso nella sezione successiva, ossia alla concezione coveriana del diritto come strumento di trasformazione sociale. Affinché un gruppo o un movimento possano essere considerati movimenti di diritto, essi devono essere in grado di tradurre in realtà le proprie prospettive. In tal senso, Cover concepisce il diritto come un dispositivo anti-messianico, in grado, in sostanza, di ritardare la venuta del messia³¹.

Si spiega in questi termini il ricorso all'immagine del diritto come ponte che egli trovava congeniale. Il ponte, oltre a rimandare alla dimensione temporale dell'impegno, illustra al meglio l'idea della funzione principale del diritto:

Il diritto è un ponte fra una realtà e una visione alternativa di questa realtà. Esso comprende, pertanto, tre momenti fra loro collegati: una realtà (un contesto) da cui partire (si potrebbe dire, in altri termini, un gruppo); una o più possibili visioni del futuro a cui si può giungere a partire da questa realtà; uno strumento che colleghi la realtà e la visione indicando il percorso che si dovrà tenere per passare dall'una all'altra³².

In un altro testo, l'autore di *Nomos e narrazione* ricorda che «il diritto non deve essere identificato interamente né con la comprensione dello stato di cose presente, né con le alternative immaginate. Esso è il ponte – l'azione sociale impegnata che costituisce il modo in cui un gruppo di persone cercherà di andare da un punto a un altro»³³. Collegando le due estremità, il ponte impedisce allo stesso tempo che esse entrino in rotta di collisione. In altri termini, il diritto come ponte è contemporaneamente uno strumento per transitare da una condizione a un'altra così come un mezzo per evitare che le visioni del

31. R. Garet, *Meaning and Ending*, in "Yale Law Journal", 96, 1987, p. 1801.

32. R. Cover, *Bringing the Messiah through the Law: A Case Study*, in R. Pennock, J. Chapmann (eds.), *Nomos xxx. Religions, Morality, and the Law*, New York University Press, New York 1987, p. 203.

33. R. Cover, *Folktales of Justice*, in "Capital University Law Review", 14, 1985, p. 181 (trad. it. *I racconti della giurisprudizione*, in Id., *Nomos e narrazione*, cit., p. 99).

futuro prendano il sopravvento sulla realtà, dando luogo a una deriva utopistica³⁴. I movimenti messianici non sono movimenti di diritto, perché nella loro prospettiva il ponte che dovrebbe legare i due momenti della realtà e della visione crolla, sovrapponendo presente e futuro. Lo schiacciamento della realtà sulla visione messianica produce uno dei risultati più indesiderati agli occhi di Cover. Una volta riconosciuta l'impossibilità di realizzare nella realtà la propria visione, i movimenti messianici tendono a rifugiarsi nel solipsismo, condizione che per eccellenza distoglie le energie e l'impegno nell'attività di trasformazione del mondo³⁵. Per illustrare la differenza fra le due prospettive e mostrarne le conseguenze normative, Cover propone l'esempio dello scontro fra gli abolizionisti prima della Guerra civile americana³⁶. Rispetto alla questione della costituzionalità della schiavitù si fronteggiavano due posizioni – entrambe avverse all'istituto – diverse. Da un lato, i garrisoniani, i quali, accettando l'interpretazione positivista del *Chief Justice* Story, ritenevano che la Costituzione permettesse la schiavitù e, pertanto, si rifiutavano di riconoscere la Carta fondamentale come legittima. La chiusura in un'insularità nomica, dovuta alla filosofia perfezionista garrisoniana, precludeva ogni trasformazione giuridica, poiché comportava la rinuncia a qualsiasi impegno nel presente³⁷. Frederick Douglass, schiavo fuggiasco per eccellenza e rappresentante di ciò che William Wiecek ha definito "costituzionalismo radicale", fondò la sua idea del mondo normativo sulla presenza di un contesto giuridico preesistente pieno di potenzialità di trasformazione. In particolare, insistendo sull'idea che l'interpretazione della Costituzione come documento ospitale nei confronti della schiavitù dovesse essere rifiutata, Douglass e altri esponenti del costituzionalismo radicale gettarono le basi per la trasformazione dell'ambiente normativo circostante in modo tale da privare la schiavitù di un fondamento giuridico³⁸.

34. A. Soifer, *Covered Bridges*, in "Yale Journal of Law and Humanities", 17, 2005, pp. 58-9.

35. Per Cover, l'atteggiamento messianico porta, quando oramai è chiaro che la realtà non può essere cambiata, a un ripiegamento in sé stessi e al misticismo. Nel XVI secolo, a Safed, dopo il tentativo mancato di rinnovare l'ordinazione divina dei giudici (*Semikah*), si preparò il terreno per l'avvento del sabbatanesimo: R. Werblowsky, *Joseph Karo. Lawyer and Mystic*, Oxford University Press, Oxford 1962, pp. 1-24. Nello scritto incompleto, *Bringing the Messiah through the Law*, cit., pp. 201-17, Cover apre a una diversa valutazione del rapporto fra messianismo e diritto. Una critica radicale a questo cambiamento di posizione viene avanzata da R. Sherwin, *Law, Violence, and Illiberal Belief*, in "Georgetown Law Journal", 78, 1990, p. 1804. Di diversa opinione è Last Stone, *In Pursuit of the Counter-Text*, cit., p. 883.

36. Il volume di riferimento sul costituzionalismo abolizionista rimane W. Wiecek, *The Sources of Antislavery Constitutionalism*, Cornell University Press, Ithaca 1977.

37. R. Cover, *Justice Accused*, Yale University Press, New Haven 1975, pp. 150-4. Cfr. A. Sebok, *Judging the Fugitive Slave Acts*, in "Yale Law Journal", 100, 1991, pp. 1835-54.

38. F. Douglass, *The Constitution of the United States: Is It Pro-Slavery or Anti-Slavery?*, in Id., *Selected Speeches and Writings*, ed. by P. Foner, Lawrence Hill, New York 2000, pp. 379-89.

3. LA FUNZIONE DELLE CORTI: L'ATTIVISMO GIUDIZIARIO FRA *HARD CASES* ED ESERCIZIO DELLA VIOLENZA

Una lettura complessiva degli scritti del giurista americano mostra come la funzione del potere giudiziario rappresenti una costante preoccupazione. Fin dal primo volume dedicato alla giurisprudenza americana sugli schiavi fuggiaschi³⁹ egli si concentra in particolare sul ruolo e sull'attività interpretativa delle corti ed è probabilmente su questo tema che l'opera di Cover mostra il suo aspetto più interessante.

Il cuore di tale contributo alla comprensione del ruolo dei tribunali va ricercato nella riformulazione dell'idea di *hard case*. Nella maggior parte dei casi giuridici la soluzione da dare non trova quasi nessuno in disaccordo. Interpretare il significato del segnale luminoso a un semaforo è operazione generalmente compiuta senza alcuna difficoltà, così come pagare la somma dovuta per acquistare un bene in un supermercato. In altre circostanze, la definizione del significato di una norma può richiedere l'intervento di un tecnico del diritto, ma anche in questa situazione la risposta è spesso chiara e non genera particolari dubbi. Vi sono casi, tuttavia, in cui l'interpretazione di una norma genera controversie e conflitti anche quando si è d'accordo sui fatti. Sul versante giuspositivista, Hart – la cui esposizione del problema è forse la più icastica – riconosce che in ogni sistema giuridico vi sono sicuramente condotte non regolate dalla legge perché quest'ultima può essere indeterminata o lacunosa. Il giudice che si trova di fronte a un caso contempla un vuoto normativo. Se egli vuole giungere a una decisione, dovrà formare una nuova legge per il caso in questione usando la propria discrezionalità⁴⁰. Se si intende in questo modo la nozione di caso difficile, la funzione del giudice è allora quella di riempire una lacuna sostituendosi al legislatore. L'alternativa a questa rappresentazione dei casi difficili viene proposta da Ronald Dworkin⁴¹. Egli riconosce che vi sono situazioni in cui nessuna regola giuridica detta una soluzione precisa e condivi-

39. Cover, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, cit., pp. 197-259. Nel volume, l'autore analizza ciò che egli definisce il «dilemma formale/morale» per i giudici che dovevano esprimersi, prima della Guerra civile americana, sull'applicazione dello *Slave Fugitive Act*. In tutti i casi considerati, compreso quello del *Chief Justice* Joseph Story, pur essendo personalmente contrari alla schiavitù, i giudici seguivano l'interpretazione corrente della Costituzione secondo la quale la legge era perfettamente costituzionale. Per una critica alla tesi di Cover si rinvia a R. Dworkin, *The Law of the Slave-Catchers*, in "Times Literary Supplement", December 5, 1975, p. 5.

40. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 272.

41. Semplificando una posizione più complessa, si segue, in questa sede, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1977. Per un inquadramento più preciso dell'ermeneutica di Dworkin si rinvia, limitatamente alla letteratura in italiano, a A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1997.

sa, ma vi sono più possibili risposte a prima vista plausibili. Seguendo questa rappresentazione, il giudice non si trova davanti a un vuoto. Al contrario, per Dworkin, il giudice non opera negli interstizi del diritto, ma sempre al suo interno. Quando le regole non dicono nulla di esplicito, o sono fra loro in conflitto, è sempre possibile per il giudice risalire a un principio per fornire una risposta corretta (la migliore) al caso difficile. Un principio, a differenza di una regola, è un requisito morale che guida il giudice nella deliberazione. Decidendo un caso difficile, il giudice non si sostituisce al legislatore, ma attraverso il ricorso a un principio è chiamato a fornire la sola possibile risposta corretta al problema⁴².

Per Cover, chi formula il dilemma in entrambi i termini presuppone che vi sia un'ermeneutica (quella del giudice) metodologicamente superiore alle altre, chiamata a restaurare l'unità spezza o minacciata del diritto⁴³. In tal modo si rischia di confondere la realtà del significato giuridico con la condizione della dominazione politica. Rovesciando l'immagine giuspositivista del vuoto normativo, l'autore americano individua la genesi dei casi difficili nell'esatto opposto, ossia in un eccesso di diritto⁴⁴. Una simile sovrabbondanza di diritto viene generata, davanti a un giudice, dall'interpretazione impegnata sostenuta da differenti universi normativi. Diversamente da quanto sostiene Dworkin, occorre che il giudice riconosca il fatto che per ciascun universo normativo la norma interpretata è la risposta corretta. Per tale ragione la giurisdizione svolge anzitutto una funzione tipicamente giuspatrica (*jurispathic*): «A causa della violenza che essi ordinano, i giudici di solito non creano il diritto, ma lo distruggono»⁴⁵. In un caso difficile, il giudice non deve creare nuovo diritto, ma eliminare una o più visioni normative di fronte alle quali si trova. Ciò può avvenire solo in presenza di due precondizioni: 1. quando i tribunali sono istituiti da uno Stato e quindi possono sostenere le proprie sentenze con un apparato burocratico-amministrativo in grado di eseguirle⁴⁶; 2. quando essi si

42. È opportuno ricordare che altri autori hanno sostenuto che la stessa distinzione fra casi semplici e casi difficili non sia di facile definizione: N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1994, pp. 197-9.

43. In tal senso, sia Hart sia Dworkin riconoscono che un caso difficile riguarda la presenza di un forte disaccordo (semantico o di sostanza) sul diritto.

44. Un'anticipazione di questa versione dei casi difficili si può trovare nell'idea secondo cui il problema risiede nella molteplicità di leggi applicabili: K. Llewellyn, *Some Realism about Realism*, in "Harvard Law Review", 44, 1931, pp. 1222-64.

45. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 75. Dubbi sulla correttezza della critica di Dworkin sono stati espressi da H. L. A. Hart, 1776-1976: *Law in the Perspective of Philosophy*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983, pp. 154-8.

46. Va chiarito che per Cover la giurisdizione non necessariamente deve essere collegata all'apparato statale. Anzi, sono proprio le corti transnazionali a rappresentare un caso limite delle capacità di creare diritto attraverso mezzi giurisdizionali perché prive della possibilità di esercitare, attraverso il potere esecutivo, la violenza conseguente a una decisione.

trovano a dover operare in un contesto caratterizzato dalla presenza di gruppi profondamente impegnati nella realizzazione dei propri progetti normativi. Ciò non esclude che la giurisdizione non possa essere sotto certi aspetti giusgenetica, ma nei casi che interessano maggiormente a Cover essa svolge un compito caratteristicamente giuspatrico⁴⁷. Riconoscere questo stato di cose significa rispettare l'integrità nomica «di ciascuna delle comunità che hanno generato dei principi e dei precetti»⁴⁸, poiché decidendo un caso difficile, il giudice ammette che l'universo normativo della parte il cui diritto viene soppresso è comunque dotato di valore e non è intrinsecamente inferiore rispetto alle altre parti in causa. Il riconoscimento dell'eguale dignità delle varie visioni normative rende le corti più caute e più responsabili nella deliberazione. Esse non si potrebbero più trincerare dietro la giustificazione dell'intrinseca superiorità delle proprie tecniche ermeneutiche. Per certi aspetti, rappresentare in questi termini il lavoro giurisdizionale nei casi difficili significa ridurre lo spazio interpretativo dei giudici, poiché essi devono limitarsi a scegliere fra le visioni normative presentate dalle parti. Una volta vista sotto questa luce, la tematica dei casi difficili non investe più solo la questione della discrezionalità del giudice o quella dello spettro semantico di una norma. Si può così sostenere che i casi difficili implicano primariamente una scelta tragica fra più beni. Le corti devono prendere consapevolezza del fatto che attraverso l'esercizio della loro giurisdizione un bene di un determinato universo normativo viene menomato o, a volte, perso irrimediabilmente. Un ragionamento giudiziale attento all'aspetto tragico delle proprie scelte nei casi difficili è meno esposto al rischio di condurre a decisioni brutali e arbitrarie, irrispettose dei valori espressi dai molteplici universi normativi. Il principale impegno ermeneutico di una corte deve essere rivolto alla creazione di una giustificazione delle proprie decisioni attenta all'integrità degli universi normativi nello sforzo di mantenere nella maniera più solida una convivenza pacifica fra *nomoi*.

Il secondo aspetto centrale nell'analisi della funzione giurisdizionale riguarda la violenza sempre latente nell'attività giudiziaria e nelle altre forme di interpretazione giuridica. In particolare, uno dei fondamenti della funzione giurisdizionale risiede nel principio «per cui il significato giuridico [che] prolifica in tutte le comunità non può mai esistere isolatamente dalla violenza»⁴⁹. In altri termini, l'interpretazione giuridica avviene sempre all'ombra della coercizione, ossia con l'esposizione a un possibile conflitto (violento) con altri *nomoi* o

47. F. Snyder, *Nomos, Narrative, and Adjudication. A Jurisgenetic Theory of Law*, in "William & Mary Law Review", 40, 1999, p. 1691.

48. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 61.

49. Ivi, p. 59.

con gli apparati dello Stato⁵⁰. In tal senso, il pluralismo normativo che legittima il ruolo della giurisdizione nella teoria di Cover rappresenta un'alternativa ad altre posizioni che sostengono una versione "aggressiva" dell'attività giurisdizionale. Uno dei limiti principali di queste teorie ermeneutiche va rinvenuto nella mancata attenzione all'aspetto pratico dell'interpretazione. Per Cover, l'interpretazione giuridica non è riducibile a un atto cognitivo, ma è una figura della ragion pratica nella misura in cui è in grado di dare luogo a un'azione. Più specificamente essa produce significato e, potenzialmente, azione che a volte può essere sostenuta da una forza organizzata. In maniera più precisa, il lavoro delle corti è caratterizzato da decisioni che rappresentano ordini per l'azione di altre persone (*words for deeds*)⁵¹. Tuttavia, l'organizzazione delle corti nello Stato moderno cela la diretta responsabilità dei giudici per le loro sentenze. Non dovendo essere sostenuta da un impegno diretto da parte di coloro che l'hanno prodotta, l'interpretazione giudiziaria rischia di oscurare, almeno in parte, il fatto che spesso le sentenze ordinano di compiere un'azione violenta. Tuttavia, la distinzione di ruoli fra corti e apparato di esecuzione presenta anche un aspetto positivo, poiché permette di distribuire l'esercizio della forza legale fra più persone. In un universo normativo come quello dello Stato nazionale in cui l'esercizio della violenza è parte integrante dell'*enforcement*, è bene evitare che la gestione di tale forza si collochi al di fuori della società⁵².

Uno dei principali bersagli critici di Cover è rappresentato dalla teoria dell'interpretazione di Owen Fiss. Secondo Fiss esistono due possibili modalità di giustificazione dell'autorità giurisdizionale di una corte statale:

L'interpretazione giudiziale ha autorità perché essa legittima l'uso della forza contro coloro che rifiutano di accettare o di rendere efficace il significato conte-

50. Dell'interpretazione giuridica Cover propone questa definizione: «L'interpretazione giuridica è (1) un'attività pratica, (2) pensata per generare minacce credibili e azioni coercitive reali, (3) in un modo efficace» (R. Cover, *Violence and the Word*, in "Yale Law Journal", 95, 1986, pp. 1601-29; ora in M. Minow, M. Ryan, A. Sarat, eds., *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Michigan University Press, Ann Arbor 1993, p. 214).

51. R. Cover, *The Bonds of Constitutional Interpretation: The Word, the Deed, and the Role*, in "Georgia Law Review", 20, 1986, pp. 815-33. Un caso esemplare della distinzione di ruoli nelle decisioni giudiziarie è rappresentato dalla pena di morte, su cui vedi M. Tushnet, *Reflections on Capital Punishment: One Side of an Uncompleted Discussion*, in "Journal of Law & Religion", 7, 1989, pp. 21-31.

52. Cover, *Violence and the Word*, cit., p. 216. È opportuno precisare che, a differenza di quanto sostiene Douglas Hay (*Time, Inequality, and Law's Violence*, in A. Sarat, T. Kearns, eds., *Law's Violence*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1992, p. 141), l'attenzione di Cover verso l'organizzazione giuridica della violenza non è animata da un intento "celebrativo", quanto dalla necessità di ridurre al minimo tale aspetto, essendo impossibile eliminarlo, all'interno del mondo giuridico.

nuto in questa interpretazione. Un secondo senso in cui si può dire che una decisione abbia autorità [...] non mette l'accento sull'uso della potenza statale, ma sulla pretesa morale a essere obbedita – una pretesa secondo cui un individuo ha un dovere morale di obbedire a un'interpretazione giudiziale, non in virtù della sua particolare autorità intellettuale [...] ma perché il giudice è parte di una struttura dell'autorità che è bene preservare⁵³.

Fiss rende triviale il ventaglio di opzioni teoriche disponibili in tema di interpretazione quando afferma che il rifiuto dell'obbedienza istituzionale neghi in maniera nichilistica la possibilità e il valore dell'interpretazione. Nei termini di Fiss, l'alternativa è fra coloro che sostengono virtuosamente l'interpretazione e i fautori di un vuoto giuridico che minaccerebbe ogni ermeneutica. In tal modo, la questione viene posta in maniera fuorviante. La sfida rappresentata dall'assenza di un'interpretazione oggettiva, per Cover, è quella di mantenere o creare valore a dispetto della negazione di qualsiasi superiorità epistemologica di una particolare prospettiva⁵⁴.

L'azione giuspatrica delle corti non equivale, in realtà, a un comportamento passivo e minimalista. Al contrario, Cover rimprovera ai giudici di cedere spesso alla tentazione dell'atto che rappresenta la sintesi del diritto inteso come strumento di controllo sociale: la deferenza rispetto al potere politico. Vista sotto questa luce, la discussione della giurisdizione costituisce una risposta diretta all'esaltazione delle *passive virtues* che secondo Alexander Bickel avrebbero dovuto guidare l'attività giurisdizionale⁵⁵. Nei casi più controversi, quelli in cui si confrontano più *nomoi*, i giudici devono decidere quale diritto eliminare. Ciò comporta un'assunzione di responsabilità maggiore e più visibile; allo stesso tempo, l'organo giurisdizionale viene investito del compito di dover giudicare secondo un'ermeneutica che Cover pretende essere autonoma, ossia

53. O. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, in "Stanford Law Review", 34, 1982, pp. 755-6.

54. «La questione, quindi, riguarda l'estensione della coercizione necessaria per mantenere condizioni minime per la creazione del significato giuridico nelle comunità interpretative autonome» (Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 64).

55. A. Bickel, *Passive Virtues*, in "Harvard Law Review", 75, 1961, pp. 40-79. Il problema della legittimità del controllo di costituzionalità rimane uno dei più dibattuti nella storia costituzionale americana, al cui interno si ritrovano numerosi tanto i fautori dell'attivismo giudiziario quanto i sostenitori del minimalismo giudiziario. Fra i principali promotori di una *judicial review* aggressiva vanno citati, almeno, M. Perry, *The Constitution, Courts, and Human Rights*, Yale University Press, New Haven-London 1982; O. Fiss, *Forms of Justice*, in "Harvard Law Review", 93, 1979, pp. 1-58. Fra coloro che ritengono opportuna una diversa inclinazione giurisdizionale, oltre al classico A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, New York 1962; C. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1999. Cfr. N. Stolzenberg, *Uncovering the Tradition of Jewish "Dissimilation": Frankfurter, Bickel, and Cover on Judicial Review*, in "Southern California Interdisciplinary Law Journal", 3, 1994, pp. 809-34.

non vincolata a criteri e principi dettati dal potere contingente. Si tratta di una sorta di attivismo giudiziario senza supremazia. Nel procedere in questa direzione, la corte deve articolare la propria decisione secondo i principi di un “costituzionalismo impegnato”. Tuttavia, Cover non specifica quale sia l’esatto contenuto di questi principi⁵⁶. Alla giurisdizione sembrano potersi attribuire due compiti fondamentali: svolgere la funzione di limitazione del potere politico e permettere la massima proliferazione possibile dei mondi normativi (sulla base dell’assunto che la creazione di significati giuridici sia un valore in sé). Entrambe le funzioni devono essere svolte attraverso l’elaborazione di ciò che l’autore americano definisce, in modo elusivo, un’ermeneutica indipendente⁵⁷.

Il radicamento della giurisdizione in un’epistemologia decisamente pluralista conduce all’emersione di due problemi specifici. Il primo attiene all’indicazione della giurisdizione come luogo privilegiato per risolvere i conflitti creati dall’eccesso di diritto. Il giurista americano non affronta direttamente l’argomento, pertanto è possibile ricavare solamente un’ipotesi inferita dai testi a disposizione. Cover evoca a tal proposito la paronimia di Oreste e la spiegazione mitologica della nascita dell’Areopago per rendere conto dell’esigenza di una giurisdizione. Dovendo decidere fra i legittimi, ma contrari, *claims* di Apollo e delle Erinni, Atena istituisce una corte per risolvere il problema⁵⁸. Il mito indica la necessità di ricorrere a un tribunale per decidere un caso “tragico”. Al di fuori del discorso mitologico, è il pluralismo degli universi normativi a richiedere un luogo in cui ricomporre i possibili conflitti: «In altri termini, l’esigenza di una giurisdizione nasce dal fatto che occorre scartare alcuni diritti a favore di altri e non si tratta di stabilire come si applica (o addirittura come si rinviene) una regola. È la struttura (incidentale e non immutabile) ad attribuire la responsabilità delle visioni costituzionali (e non) alle corti»⁵⁹. Infatti, è di fronte a un tribunale che le parti possono esemplificare le proprie visioni del diritto in casi specifici. In altre sedi istituzionali, come, ad esempio, i parlamenti, il legame fra diritto e interpretazione non viene esplicitato con altret-

56. R. Alder, *Robert Cover's 'Nomos and Narrative': The Court as Philosopher King or Pontius Pilate?*, in “Issues in Legal Scholarship”, January 2006, consultabile all’indirizzo <http://www.bepress.com/ils/iss8/art4>.

57. Cover scrive chiaramente che la necessità dell’indipendenza del giudice deriva «dal bisogno di istituzionalizzare l’ufficio del profeta» (Cover, *I racconti della giurisdizione*, cit., p. 107). Cfr. R. Garet, *Judges as Prophets: A Coverian Interpretation*, in “Southern California Law Review”, 72, 1999, pp. 385-423.

58. Vedi la ricostruzione del conflitto fra Apollo e le Erinni nei termini di un conflitto fra mondi normativi in R. Kuhns, *The House, the City, and the Judge. The Growth of Moral Awareness in the Oresteia*, Bobbs-Merrill, New York 1962, pp. 63-97.

59. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 63.

tanta chiarezza. Le differenze fra le rispettive visioni normative non possono essere rappresentate esaustivamente con il solo mezzo della legislazione⁶⁰. La giurisprudenza, essendo luogo in cui normalmente si procede all'applicazione del diritto, rappresenta lo spazio ideale per testare l'impegno profuso da ogni parte per la realizzazione della propria interpretazione giuridica. Dover difendere la propria posizione davanti a una corte impone alle parti di articolare il significato giuridico della propria idea di diritto rispetto a un caso specifico e mostrare quanto impegno si sia disposti a approfondire per realizzare questa visione. Per tale ragione, peraltro, Cover considera la disobbedienza civile un test molto interessante: colui che resiste al pubblico ufficiale rivendicando un'interpretazione costituzionale diversa articola una propria visione costituzionale di cui è poi disposto a sopportare le conseguenze, mettendo spesso il proprio corpo "sulla linea". È possibile rilevare, a questo livello, una certa discontinuità con la rappresentazione del potere giudiziario come spazio della ragione pubblica⁶¹. Cover preferisce sottolineare l'aspetto per così dire agonistico dell'attività giurisprudenziale. Judith Resnik ha correttamente notato che la giurisprudenza è per Cover un luogo ideale per generare significato giuridico perché permette il confronto e l'interazione fra le visioni del mondo normativo delle comunità paideiche e l'ermeneutica dei tribunali⁶², in una spirale di sfide alle reciproche comprensioni del diritto che può aiutare la formazione di nuovo significato.

Il secondo genere di problema riguarda la coerenza interna al ragionamento di Cover. A prima vista, sembrano difficilmente conciliabili le due affermazioni secondo cui (1) le decisioni di un tribunale non sono fondate su un'ermeneutica superiore rispetto alle altre e (2) la giurisprudenza è il luogo di migliore articolazione del conflitto fra valori incommensurabili. In realtà, il progetto di Cover mira a sintetizzare queste due posizioni attraverso l'idea di funzione giuspatrica. La razionalità soggiacente al ragionamento giudiziario, di fronte a valori incommensurabili, non offre criteri di scelta definitivi rispetto a un caso difficile. Joseph Raz è sicuramente l'autore che meglio ha

60. Di opinione opposta è J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999; vedi, inoltre, R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

61. L'idea rawlsiana della Corte suprema come sede della ragion pubblica è probabilmente l'ultima erede in ordine cronologico di questa tradizione: J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993 (trad. it. di S. Veca, *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano 1994, cap. 6).

62. J. Resnik, *Living Their Legal Commitments: Paideic Communities, Courts, and Robert Cover*, in "Yale Journal of Law & Humanities", 17, 2005, p. 26. Sulla stessa linea R. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA*, in "California Law Review", 94, 2006, pp. 1323-419.

messo a fuoco il tema dell'incommensurabilità dei valori⁶³ e dei suoi effetti sul ragionamento giudiziario. Raz ha mostrato che in alcuni casi vi sono più ragioni fra loro incommensurabili che sostengono azioni diverse; in queste circostanze, non è possibile individuare una soluzione migliore e unica rispetto alle altre⁶⁴ e si apre uno spazio per decidere in accordo a ragioni di natura extragiuridica⁶⁵. Nella riflessione di Cover viene riconosciuto il medesimo problema già enucleato da Raz, ma non si articola una proposta risolutiva né viene formalizzato un criterio che possa aiutare a dirimere questi conflitti. Uno degli organi preposti all'interpretazione costituzionale (la Corte suprema⁶⁶), ossia a una forma di ermeneutica altamente conflittuale, oltre a garantire l'unità in ultima istanza dell'ordinamento giuridico americano⁶⁷, per Cover dovrebbe adottare un'ermeneutica autonoma rispetto alle istanze dell'amministrazione statale: «L'impegno in un processo giusgenetico che non si prostri alla violenza dell'amministrazione è l'unica speranza per il giudice di svincolarsi almeno parzialmente dalla violenza dello Stato»⁶⁸. Cover non spiega, però, per

63. Raz fa riferimento a una "incommensurabilità costitutiva", ossia a una incomparabilità fra opzioni disponibili: J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 345-53. Cfr. G. Zanetti, *Joseph Raz e i valori condivisi*, in Id., *Ragion pratica e diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 247-64.

64. Il riferimento va naturalmente a Dworkin, *Law's Empire*, cit. Nei casi controversi di interpretazione costituzionale, Raz suggerisce di ricorrere ad alcuni dispositivi in grado di distanziare l'organo giudicante dalle parti in causa, adottando una prospettiva formalista: J. Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions*, in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, p. 190.

65. «Il diritto stesso impone molto spesso alle Corti di giustizia di applicare considerazioni extragiuridiche»: J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning*, in Id., *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 333.

66. Cover ritiene che la comprensione della Costituzione da parte della corte non sia superiore a quella di altri soggetti, siano essi istituzionali o meno. Questa è una delle intuizioni da cui prende le mosse il cosiddetto *popular constitutionalism*: cfr. M. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York 2004; R. Siegel, J. Balkin, *Principles, Practices, and Social Movements*, in "University of Pennsylvania Law Review", 154, 2006, pp. 927-50; M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford 2009.

67. In realtà, questo rimane un presupposto della teoria di Cover non giustificato. Emanuel Melissaris ha notato che il costituzionalismo (americano) rappresenta nel pensiero di Cover una sorta di "legge delle leggi". Il pluralismo coveriano viene addomesticato da un elemento positivista che funge da cerniera di chiusura dell'intero spazio normativo. Cover non porta alle estreme conseguenze il suo ragionamento sulla proliferazione dei significati giuridici e limita il pluralismo concedendo, in ultima istanza, la necessità di istituzioni e principi di matrice liberale (E. Melissaris, *The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism*, in "Social and Legal Studies", 13, 2004, p. 71); la critica di Melissaris è fondata, ma si potrebbe cercare di leggere il pluralismo normativo di Cover come teoria non necessariamente vincolata all'introduzione di un'istituzione che garantisca un diritto coerente e unitario.

68. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 82.

quale ragione il costituzionalismo impegnato della corte dovrebbe prevalere sugli altri *commitments*. Inoltre, non viene fornita alcuna indicazione circa il contenuto sostanziale degli impegni a cui la corte dovrebbe rimanere fedele⁶⁹. L'unico dato che si può evincere dalla configurazione complessiva del ruolo delle corti e dagli esempi storici che l'autore analizza è quello della necessità di un'istituzione che eserciti le "virtù imperiali" in modo da rispettare l'integrità dei *nomoi* e il principio della libertà di associazione.

Nel caso analizzato da Cover in *Nomos e narrazione (Bob Jones v. United States*⁷⁰), ad esempio, la Corte suprema doveva decidere sulla costituzionalità della mancata esenzione fiscale decisa dall'Ufficio delle Imposte (un ente amministrativo) per un'università religiosa che praticava una forma di discriminazione razziale, vietando gli incontri interrazziali fra studenti. Il caso, apparentemente semplice, prevedeva un conflitto fra il diritto dell'università di organizzare in autonomia il proprio *curriculum* formativo e il diritto degli studenti a non essere discriminati in base al quattordicesimo emendamento. La corte decise per la costituzionalità del provvedimento dell'amministrazione senza specificare in quale misura esso potesse essere valido al di fuori del caso discusso. Per Cover, questo genere di decisioni – al pari di altre, come *Wisconsin v. Yoder*⁷¹ – ha un valore particolare, perché «il posto centrale occupato dalla scuola nell'ordine paideico mette in relazione la libertà associativa di educazione con lo stesso impulso giusgenerativo»⁷². Da qui, la critica che egli muove alla corte di *Bob Jones*: essa non ha espresso alcun impegno costituzionale né verso la lotta contro la discriminazione razziale, né a tutela dell'autonomia educativa di quelle comunità insulari che non praticano alcuna forma di discriminazione. Entrambi i gruppi vengono lasciati esposti alla volontà della pubblica amministrazione, per definizione mutabile. In pratica, la corte non ha articolato alcun impegno costituzionale, anzi si è limitata a enunciare «ciò che costituisce la quintessenza del canone giurisdizionale: l'affermazione secondo cui l'esercizio dell'autorità politica non è incostituzionale»⁷³. La riduzione del problema a una questione di interpretazione della legge equivale alla mancanza di rispetto per l'autonomia

69. R. Mullender, *Two Nomoi and a Clash of Narratives*, in "Issues of Legal Scholarship", January 2006, consultabile all'indirizzo <http://www.bepress.com/ils/iss8/art3>.

70. 461 us 574 (1983).

71. 406 us 205 (1972).

72. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 85. Sul tema della scuola in una società pluralista si rinvia alle considerazioni di E. Diciotti, *L'istruzione e la scuola in una società pluralista*, in T. Casadei, L. Re (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, vol. 1, pp. 188-219, Diabasis, Reggio Emilia 2007.

73. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 90.

dell'università, mentre solo l'interpretazione di un impegno costituzionale può legittimamente superare la rivendicazione di insularità nomica⁷⁴. Si tratta di uno dei passaggi più oscuri del ragionamento di Cover, ma se ricostruito con uno sforzo analitico può rendere conto di uno degli aspetti più fecondi della sua teoria del diritto. Rimanendo al caso *Bob Jones*, se la corte avesse sostenuto la propria decisione specificando l'impegno costituzionale nel ripudio del razzismo per mezzo di una complessa narrazione, essa avrebbe potuto spingere l'organizzazione che fa capo all'università a riformulare i propri impegni alla luce dell'imposizione costituzionale della non discriminazione razziale. In tal modo, le forze giusgenerative del *nomos* sarebbero state preservate a dispetto della decisione negativa. Anzi, il confronto con l'impegno costituzionale della corte avrebbe probabilmente arricchito l'ambiente normativo di nuovo significato giuridico⁷⁵. A parte queste indicazioni, tuttavia, Cover non spiega per quale ragione il *commitment* ("frutto del lungo travaglio nazionale") contro la discriminazione razziale avrebbe dovuto superare le ragioni della tutela di un principio che egli stesso riconosceva fondativo del costituzionalismo americano, ossia la libertà di associazione.

Sono diversi gli autori, spesso simpatetici con il progetto coveriano, ad avere sottolineato la mancanza di criteri normativi in grado di orientare le scelte del giudice di fronte alle istanze di universi normativi fra loro incommensurabili. Martha Minow, introducendo il volume che raccoglie gli scritti di Cover, ha ricordato che l'unico principio normativo inferibile da *Nomos e narrazione* è quello del «rispetto reciproco necessario per la coesistenza»⁷⁶. Forse, si può così concludere, l'unico contenuto certo dell'ermeneutica giurisdizionale risiede nella preferenza che Cover auspica il giudice conceda al diritto come sistema di significati rispetto al diritto come sistema di controllo sociale. In tal senso, egli ribadisce che l'unica speranza per un giudice di sottrarsi alla violenza dell'amministrazione statale è quella di fare appello a un'ermeneutica indipendente rispetto alle istanze della burocrazia. Si profila un principio ultimo il quale recita, approssimativamente, che le decisioni giudiziarie devono sempre mirare al mantenimento della convivenza fra *nomoi* e al rispetto dell'autonomia associativa di ciascun gruppo nella consapevolezza di esercitare un potere che può dare luogo a un'azione violenta. Si tratta, in ultima istanza, di un'indicazione che rimane molto vaga e probabilmente di scarsa utilità per affrontare i casi di conflitti concreti⁷⁷.

74. R. Burt, *Robert Cover's Passion*, in "Yale Journal of Law and Humanities", 17, 2005, p. 7.

75. Il punto viene spiegato in maniera chiara da J. Extabé, *Nomos, Conflict, and the Tragedy of Adjudication: The Jurisprudence of Robert Cover*, in SSRN (Social Sciences Research Network), December 2006, consultabile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=952888>.

76. M. Minow, *Introduction*, in Minow, Ryan, Sarat (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, cit., p. 11.

77. L'invocazione finale di *Nomos e narrazione* («Dovremmo smetterla di circoscrivere il

4. I LIMITI DELLA PROPOSTA DI COVER

Come si è notato nelle righe introduttive, la contrapposizione fra autorità e significato, termini a cui corrispondono due prospettive di analisi diverse sul diritto (il diritto come “controllo sociale” e il diritto come “sistema di significati”), ha il merito di gettare una luce diversa sul modo di pensare il pluralismo normativo⁷⁸, ma tale distinzione (di sapore “protestante”, secondo Paul Kahn⁷⁹) impedisce a Cover di mettere realmente in discussione lo statuto interno dei *nomoi*. L'autore di *Nomos e narrazione* sottolinea la matrice culturale che presiede alla genesi del significato giuridico. Il processo giusgenetico di creazione del significato giuridico avviene «attraverso un medium essenzialmente culturale»⁸⁰. In tal modo, Cover sottrae allo Stato il monopolio dell'interpretazione giuridica⁸¹. Viene però da chiedersi, data la natura del processo giusgenetico (nonché di quello giuspatico), come sia possibile che la formazione del significato avvenga senza alcuna interferenza da parte del contesto sociale o di chiunque detenga una qualche forma di potere all'interno di un gruppo. Nella teoria di Cover la produzione del significato è superiore (almeno da un punto di vista assiologico) rispetto alle indicazioni dell'autorità. Il problema è che per Cover queste ultime non hanno una reale capacità di produrre significato giuridico. Tuttavia, una concezione troppo rigida della distinzione fra autorità e interpretazione rischia di nascondere il fatto che la creazione di significati da parte di una comunità non può non avere effetti sul comportamento dei suoi membri. In altri termini, è difficile immaginare che un universo normativo non abbia pretese di autorità su coloro che lo abitano⁸². Se è vero che all'interpretazione deve seguire un'azione, come sostiene Cover, allora ogni interpretazione che

nomos; dovremmo invitare nuovi mondi») sembra riassumere l'ispirazione di fondo della proposta di Cover. Va ricordato che la scomparsa prematura ha impedito a Cover di elaborare ulteriormente la sua proposta.

78. Cfr. F. Viola, *The Rule of Law in Legal Pluralism*, in T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, Kluwer, Warszawa 2007, pp. 129-30.

79. P. Kahn, *Legitimacy and History. Self-Government in American Constitutional Theory*, Yale University Press, New Haven 1992, pp. 198-9.

80. Cover, *Nomos e narrazione*, cit., p. 27.

81. Tale impostazione, ripresa da Cover, fa da sfondo all'opera di A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, p. 2; cfr. F. Belvisi, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in “Ragion Pratica”, 2, 2004, pp. 503-22.

82. Sulla necessità che il diritto rivendichi l'autorità si rinvia a J. Raz, *Authority, Morality, and the Law*, in Id., *Ethics and the Public Domain*, cit., p. 212. Cfr. A. Schiavello, *Autorità legittima e diritto nel pensiero di Joseph Raz*, in “Materiali per una Storia della Cultura Giuridica”, 2, 2004, pp. 363-84.

crea significato giuridico deve avere almeno la capacità di costituire una ragione per l'azione per coloro che sono parte della comunità giusgenetica. Il gruppo che sostiene la propria ermeneutica giuridica di fronte a un giudice non può non pretendere che questa abbia una forza normativa per i propri membri.

Un secondo aspetto controverso della teoria di Cover riguarda la mancanza di una prospettiva basata sull'individuo, confermata dall'assenza di qualsiasi riferimento alla possibilità che un soggetto possa appartenere contemporaneamente a più universi normativi. Rimanendo agli esempi citati da Cover, è chiaramente possibile essere allo stesso tempo membro di un gruppo religioso e attivista del movimento per i diritti civili. Peraltro, rispetto al tema del significato giuridico, il rapporto fra individuo e comunità è più dinamico rispetto a quello prefigurato da Cover. Il legame fra gruppo e produzione del diritto non implica che l'individuo non abbia accesso ad altra conoscenza giuridica al di fuori di quella proveniente dal gruppo normativo di appartenenza. In realtà, gli stessi significati giuridici all'interno di una comunità sono tutt'altro che stabili e monolitici, come del resto lo stesso Cover riconosce. Ma la contestazione e la messa in discussione dei significati delle tradizioni giuridiche avvengono sempre attraverso le idee formulate da soggetti. In tal senso, i membri delle comunità normative sono vettori di segmenti di DNA di significato giuridico da un gruppo all'altro, generalmente per mezzo delle proprie narrazioni⁸³. Per non aver tenuto in considerazione questo aspetto, Cover rischia di idealizzare i gruppi e i movimenti (pur riconoscendo che il loro *nomos* debba essere legittimato dal costituzionalismo) e non li sottopone a una serrata critica per quanto riguarda la condizione interna dei singoli membri.

Nonostante questa debolezza di fondo, la vitalità della teoria di Cover è testimoniata dalle numerose riprese e utilizzazioni in diversi ambiti della teoria giuridica contemporanea, a conferma di una ricchezza sempre prolifica di indicazioni per la comprensione del diritto. Tuttavia, è opportuno sottolineare due aspetti che invitano a un approccio cauto alla concezione della giurisdizione e dell'interpretazione presenti in questa teoria. La prima considerazione riguarda l'incompletezza della riflessione coveriana; dell'idea di giusgenesi sono state gettate solamente le basi, ma l'autore non ha avuto il tempo di svilupparle. La seconda considerazione riguarda la genesi contestuale della teoria di Cover. Il pluralismo normativo che sostiene la sua visione della giurisdizione è stato pensato per una società come quella statunitense che ha conosciuto un determinato genere di immigrazione e ha avuto una storia peculiare, di cui il primo

83. Snyder, *Nomos, Narrative and Adjudication*, cit., p. 1687.

emendamento rappresenta una testimonianza inequivocabile, nel rapporto fra gruppi religiosi e autorità dello Stato⁸⁴. In altri termini, rispetto alla giurisdizione, Cover non ha sicuramente inteso ragionare all'altezza di un universalismo astratto, ma ha preso come punto di partenza il contesto statunitense con la sua specifica organizzazione del potere giudiziario. Trasporre alla lettera la teoria di Cover in un ambiente diverso è operazione da compiere con la consapevolezza del radicamento in una tradizione giuridica specifica.

Ciononostante, è proprio sulla giurisdizione che l'opera di Cover ha espresso le sue migliori potenzialità esplicative. In particolare, un ambito in cui le osservazioni di Cover sembrano essere ancora oggi ricche di intuizioni e in grado di dotare di significato alcune esperienze giuridiche è quello che in ambiente anglosassone viene definito *Law and Globalization*⁸⁵. In questo settore, la moltiplicazione delle corti, dei tribunali e dei sistemi di risoluzione delle dispute a livello internazionale è notevole e ha rappresentato uno dei principali motori della giuridificazione dei rapporti transnazionali nell'epoca della globalizzazione⁸⁶.

La dicotomia autorità/interpretazione si rivela strumento di lettura efficace in particolare per le giurisdizioni non statali. In questo genere di tribunali il test della prevalenza del significato sul diritto come organizzazione del potere apre una prospettiva diversa per la comprensione della loro legittimità. Non essendo sempre sostenuti da un apparato amministrativo in grado di eseguire le sentenze in maniera automatica, i tribunali internazionali, sovente, possono utilizzare soltanto le parole e la qualità della loro ermeneutica per convincere le parti a rispettare le proprie decisioni. Nell'attività di corti prive di potere diretto emerge con più nettezza la capacità giusgenetica. In effetti, le giurisdizioni transnazionali devono ricorrere a retoriche persuasive e prudenti

84. Kahn fa riferimento a una retorica dell'esilio e della libertà religiosa come pilastro essenziale, insieme alla libertà economica, del liberalismo americano: P. Kahn, *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton University Press, Princeton 2005, pp. 72-112. Cover, invece, adotta la prospettiva di M. Howe, *The Garden and the Wilderness*, University of Chicago Press, Chicago 1965. Per una critica all'idea di Howe per cui il primo emendamento proteggerebbe le Chiese dall'invasione dello Stato vedi, da ultimo, M. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York 2008, pp. 41-3.

85. A titolo introduttivo, si rinvia al saggio di P. Schiff Berman, *From International Law to Law and Globalization*, in "Columbia Journal of Transnational Law", 43, 2005, pp. 485-556. Su globalizzazione e diritto vedi il quadro generale presentato da M. R. Ferrarese, *Diritto al presente*, il Mulino, Bologna 2002.

86. Sull'espansione del diritto giurisprudenziale si rinvia a B. Pastore, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, in "Ars Interpretandi", 6, 2001, pp. 157-94.

ti per rendere accettabili le proprie visioni normative. Esse devono sapere sintetizzare la propria legittimità con un'azione *committed* e la prudenza e la cautela imposte dal contesto storico. L'efficacia delle loro decisioni attiene direttamente alla qualità della loro interpretazione giuridica e alle loro capacità di fare leva sul potenziale di situazione⁸⁷. L'asserzione della giurisdizione su un determinato oggetto porta con sé sviluppi giuridici – legati al significato del precedente che si stabilisce – non sempre prevedibili e controllabili in anticipo⁸⁸.

Diversi autori, riprendendo proprio l'opera di Cover, hanno analizzato le modalità di "incorporazione" da parte degli Stati nazionali di norme internazionali o transnazionali prive di poteri diretti di sanzione⁸⁹. Tali analisi intendono estendere al diritto internazionale (e all'ambito del *Law and Globalization*) una serie di intuizioni che i teorici del pluralismo giuridico avevano solitamente riservato alla cornice dello Stato nazione. Una concezione più comprensiva dei fenomeni giuridici nell'ambito internazionale deve rendere conto non solo della varietà di attori non statali impegnati nella formazione di norme a livello transnazionale, ma anche delle modalità con le quali i gruppi o le comunità giusgenerative, producendo norme a volte inizialmente destinate a regolamentare pratiche interne, finiscono per influenzare altri gruppi o altre istituzioni⁹⁰. Nelle interazioni fra diverse entità, le giurisdizioni sono spazi giuridici particolarmente significativi perché, nonostante l'assenza del sostegno garantito dal monopolio legale della forza, possono ottenere il rispetto delle proprie decisioni e aprire uno spazio per l'articolazione di norme giuridiche spesso incorporate, successivamente, in ordinamenti giuridici di differente natura.

Applicare la teoria di Cover al funzionamento delle giurisdizioni interna-

87. Su tale nozione, cfr. G. Zanetti, *Introduzione al pensiero normativo*, Diabasis, Reggio Emilia 2004, cap. 2.

88. Su questo punto vedi l'articolo di riferimento di J. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, in "Journal of World Trade", 35, 2001, pp. 191-207.

89. Particolarmente interessanti per l'utilizzo di Cover sono i lavori di H. Koh, *Transnational Legal Process*, in "Nebraska Law Review", 75, 1996, pp. 181-207; Id., *Why Do Nations Obey International Law*, in "Yale Law Journal", 106, 1997, pp. 2599-659. In entrambi gli articoli, l'autore fa riferimento ai processi giusgenetici messi in moto da comunità transnazionali che si creano attorno a un singolo problema giuridico. Vedi, inoltre, P. Schiff Berman, *A Pluralist Approach to International Law*, in "Yale Journal of International Law", 32, 2007, pp. 301-29.

90. Sempre con riferimento al WTO, cfr. l'analisi dettagliata di J. Koven Levit, *A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments*, in "Yale Journal of International Law", 30, 2005, pp. 125-209.

zionali potrebbe essere d'aiuto nel correggere l'idea coveriana dell'incapacità giusgenetica delle istituzioni giuridiche⁹¹. Porre la questione potrebbe essere d'incoraggiamento per un'opera di discernimento dei complessi e intrecciati aspetti giusgenetici e giuspatici delle attività dei numerosi attori giuridici sullo scenario globale, oltre a essere uno stimolo per continuare a sottoporre a una più approfondita critica il lavoro di Cover.

91. R. Post, *Who Is Afraid of Jurispathic Courts?*, in "Yale Journal of Law & Humanities", 17, 2005, p. 12.