

Comitato di direzione

- Maria Cristina BARTOLOMEI (Univ. di Milano)
 Nymfa BOSCO (Univ. di Torino - emerito)
 Piero CODA (Univ. Lateranense - Roma)
 Adriano FABRIS (Univ. di Pisa)
 Giovanni FERRETTI (Univ. di Macerata)
 Ugo PERONE (Univ. del Piemonte Orientale)
 Salvatore NATOLI (Univ. Milano-Bicocca)
 Giuseppe RAZZINO (Univ. di Salerno)
 Arnaldo RIZZI (Centro S. Apollinare - Fiesole)
 Sergio ROSTAGNO (Fac. Valdese di Teologia - Roma)
 Mario RUGGENINI (Univ. di Venezia)
 Leonardo SAMONÀ (Univ. di Palermo)
 Giuseppe ZARONE (Univ. di Salerno)

Segreteria di redazione

Elisabetta Barone (Salerno), Carla Danani (Macerata)

Redazione nordoccidentale

- c/o Università di Torino, Dipartimento di Emeneuca, v. Santo Otavio 20,
 10100 TORINO. Tel. 011/8125780-836420. Fax 011/8124543
 Oreste Aime, Maria Cristina Bartolomei, Claudio Belloni, Piergiuseppe Bernardi, Nymfa Bosco,
 Paolo Diego Barbio, Piero Barzoi, Francesco Camera, Claudio Ciancio, Roberto Cortese, Flavio Cuniberto,
 Daria Di Iorio, Massimo Epif, Luisa Ferraris, Giovanni Ferretti, Enrico Guglielminetti, Giovanni Maddalena,
 Massimo Manrotoli, Angela Michels (*segretaria*), Maurizio Paganò, Mauro Pedrazzoli, Ugo Perone,
 Marco Ravera (*coordinatore*), Roberto Repole, Giuseppe Riccarda, Sergio Rostagno, Giovanni Trabucco,
 Federico Veredolone, Marco Vergotini, Ugo M. Uggazio.

Redazione nordorientale

- c/o Università Ca' Foscari di Venezia, Dipartimento di Filosofia e Teoria delle Scienze, Palazzo Nani
 Mocenigo, Dorsoduro 960, 30123 VENEZIA. Tel. 041/2577211. Fax 041/5230243.
 Matteo Bianchin, Barbara Bardato, Gian Luigi Brena, Enrico Cerasi, Barbara Chinussi, Lucio Corrella, Carla Danani,
 Marco Da Ponte, Roberta Dreon, Rinaldo Fabris, Sebastiano Galanti Grodlo, Marco Giannasi, Giuseppe Goisis,
 Daniele Goldoni, Irene La Scala, Aldo Magris, Francesco Mora, Salvatore Natoli, Mauro Nobile,
 Gian Luigi Palermi (*coordinatore*), Luigi Perissinotto, Anna Lisa Rossi (*segretaria*), Mario Ruggeneri, Silvano Zucchi.

Redazione centro-settentrionale

- c/o Università di Bologna, Dipartimento di Filosofia, v. Zamboni 38,
 40126 BOLOGNA. Tel. 051/229579-2656668-228662-234883
 Paolo Bescini, Gianfranco Bertagni, Andrea Cavazzini, Adriano Fabris, Francesco Gaiffi, Marco Goldoni,
 Stefano Minnati, Baldassare Pastore, Arnaldo Rizzi, Stefano Sissa, Franco Toscani, Ilaria Vellani,
 Gianmaria Zamagni (*Coordinatore*).

Redazione meridionale

- c/o Università di Salerno, Dipartimento di Filosofia, via Ponte Don Melillo,
 84084 Fisciano SALERNO. Tel. 089/962435-962467-962464. Fax 089/962442
 Massimo Adnolfi, Elisabetta Barone (*coordinatrice*), Gian Paolo Cammarota,
 Emilia D'Antonio, Giuseppina De Simone, Giuseppina Di Stasi, Paolo Garbherini s.j., Carlo Greco s.j.,
 F. Saverio Festa, Pasquale Giustiniani, Giuseppe Limone, Antonino Mastarromi, Francesco Milano,
 Gabriele Perotti, Francesco Piro, Angela Putino T, Giuseppe Razzino, Giuliana Scialera McClintock,
 Sergio Sorrentino, Hagar Spano, Angelo Maria Virale, Giuseppe Zarone.

Redazione siciliana

- c/o Università di Palermo, Istituto di Filosofia e Scienze dell'Uomo, Piazza I. Florio 24,
 90100 PALERMO
 Chiara Argello, Rosaria Calarone, Augusto Cavadi, Giuseppina D'Addelfo, Calogero Licata, Rosa Maria Lupo,
 Giuseppe Nicolaci, Giorgio Palumbo (*coordinatore*), Pietro Palumbo, Guglielmo Russo, Leonardo Samonà.

Collaboratori

- Han J. Adriaanse, Franco Arduoso T, Pierre Bühler, Philippe Capelle, Bernhard Casper, Filippo Costa, Severino Dia-
 nich, Claude Giffré, Jean Gersch, Renato Laurenti T, Italo Mancini T, Roberto Mancini, Virgilio Melchiorre,
 Giorgio Penzo, Xavier Tilliette, Vincenzo Viriello.

In copertina: Giotto, *La speranza*, Padova, Cappella degli Scrovegni.

Indice

ARNALDO RIZZI, *Religione etica politica* p. 427

Questioni

ARNALDO RIZZI, *Oltre l'organicismo sociale e la libertà individualista. Il «terzo uomo» nella teologia dell'Alleanza* » 433

PAUL W. KAHN, *Il carisma e il fondamento dell'autorità giudiziaria* » 445

Figure

FRANCO TOSCANI, *Lessing, la «religione dell'umanità» e il dialogo interreligioso*
 MARCO GOLDONI, *Il diritto come ponte. La concezione «ebraica» dell'ordine so-
 ciale di Robert Cover* » 489

EMANUELE BORDELLO, *Religione politica immaginazione. Una nota su Paul Ri-
 coeur* » 508

STEFANO MINNATI, *Memoria passionis di Johann Baptist Metz. Nuova teologia po-
 litica e teologia politica classica* » 520

GIANNMARIA ZAMAGNI, *La riscoperta dell'umanità. Chiesa cattolica e diritti del-
 l'uomo in prospettiva storica* » 534

Interventi

ANDREA RAMELLA, *La teologia in Thomas Hobbes. Tra uso politico e metodo geo-
 metrico* » 547

GEORGIA ZEAMI, *Ateismo filosofico e nullità di Dio* » 561

ENRICO LUCCA, *Tra interrogazione e silenzio. La tematizzazione dell'origine nel-
 l'ermeneutica di Edmond Jabaš* » 576

Profili

ERMANNO ROBERTO TURA, *Luigi Sartori* » 587

Schede

A cura di Francesco Camera, Fabrizio Chiappetti, Mauro Cinquetti, Luigi Della
 Monica, Roberto Franzini Tibaldo, Diego Giordano, Francesco Piro, Marco
 Porta, Adolfo Russo, Angelo Maria Virale, Luigi Walt » 603

Libri ricevuti

di «*buon compromesso*» sia quella *bonità* etico-utopica che splende e chiama da un «*aldilà*» delle nostre mozioni e ragioni e rivendicazioni, dal regno dei cuori e dei fini²¹.

Armando Rizzi

Il carisma e il fondamento dell'autorità giudiziaria

The paper examines the authority of the Supreme Court of the United States starting from the idea of charisma, considered as 'source of law', both in the meaning of 'origin' and 'foundation'. «The Court – according to the author – gives voice to law not because judges are more reasonable than the rest of us and have a particular experience of law, but because they are in a charismatic relation with the sovereign state».

Paul W. Kahn è Robert W. Winner Professor of Law and Humanities alla Law School di Yale e Direttore del Center for International Human Rights Orville H. Schell, Jr. Allievo, amico nonché, per un breve tempo, collega di Robert Cover, è certamente tra gli autori più originali del dibattito filosofico-giuridico e costituzionale statunitense.

Fra i suoi scritti – da cui traspaiono costantemente i problematici nessi tra dimensione del sacro e dimensione politico-istituzionale – si segnalano *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory* (1992); *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America* (1997); *Law and Love: The Trials of King Lear* (2000); *Putting Liberalism in its Place* (2005); *Out of Eden: Adam and Eve and the Problem of Evil* (2006); e, da ultimo, *Sacred Violence: Terror, Torture and Sovereignty* (2008).

Di prossima pubblicazione – prima sua opera edita in italiano – è la traduzione del suo *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (1999) a cura di Thomas Casadei (Diabasis, Reggio Emilia 2009).

Nel saggio che si pubblica qui di seguito si esamina l'autorità della Corte Suprema degli Stati Uniti a partire dall'idea di carisma, inteso, quest'ultimo, come « *sorgente del diritto*», nel senso sia di «*origine*» sia di «*fondamento*»: «*La Corte – osserva Kahn – dà voce al diritto non perché i giudici siano più ragionevoli di tutti noi, e non perché abbiano una particolare esperienza della legge, ma perché stanno in una relazione carismatica con il popolo sovrano*».

Thomas Casadei

²¹ Un altro, e non meno pertinente, capitolo sul rapporto religione-etica-politica è quello della *non-violenza*: dove dal perdono (etica) dato in nome di Dio (religione) può sbocciare una autentica rivoluzione. Il richiamo d'obbligo è qui Gandhi, ma non si dovrebbe dimenticare quanto l'ispirazione cristiana abbia contribuito alla riconciliazione, per esempio, in Sudafrica (e, in misura e forma più discreta, nella vicenda del nostro terrorismo anni '70-'80). Rovesciando il detto engeliano, si potrebbe affermare che la nonviolenza è la levatrice della storia: e fare di questa affermazione un programma ispiratore di buona politica.

L'autorità di un'istituzione può essere esaminata in almeno due modi: si può individuare il suo posto su un piano organizzativo, tracciando gli effetti di decisioni e comandi o, in alternativa, ci si può chiedere come le sue decisioni siano vissute da coloro che le assumono come autorevoli. Il mio oggetto d'indagine qui è questo secondo piano esperienziale, non quello formale. Il mio argomento sarà che per comprendere l'autorità della Corte suprema occorre studiare l'idea di carisma.

'Carisma' significava in origine «dono divino»¹. Max Weber ha preso le mosse da questa idea di individui «dotati» e ha sviluppato una categoria sociologica di autorità, che ha contrapposto deliberatamente all'autorità legale e burocratica². Da Weber in avanti, 'carisma' è diventato un termine della psicologia di massa, che si applica tanto ai leader politici quanto alle rockstar. Io vorrei utilizzare il termine nel suo senso originario, in cui il carismatico illustra un significato trascendente rispetto ai fedeli. Chi ha carisma sta a metà strada fra il sacro e l'ordinario³. Non è divino in sé, piuttosto è un *locus* del mostrarsi del sacro. «Dono» sembra proprio la parola giusta, poiché ha un contenuto sostantivo e anche perché porta l'attenzione sul datore di quel dono⁴.

Prendendo le distanze da Weber, sosterrò che il ruolo carismatico non sta in opposizione al diritto, ma è alla sorgente del diritto – «sorgente» nel duplice senso di origine e di fondamento. Il ruolo carismatico del giudice consiste nel rinnovare la fede secondo cui la sorgente del diritto è il sacro. Senza questa fede, il diritto diventa questione di abitudine e rischia di diventare un vuoto rituale⁵. L'autorità carismatica è la vocazione a vivere nel diritto come suprema verità del sé⁶. Suprema è una verità per la quale gli individui possono essere chiamati a sacrificarsi⁷. Se si perde di vista la funzione carismatica della Corte suprema non si riesce più a spiegare perché dovremmo essere vincolati da questa istituzione, che non è né democratica né scientifica. Quando gli stessi giudici perdono confidenza nella loro au-

torità carismatica, la questione dei valori che dovrebbero ammantare l'opera della Corte diventa solo un'altra istanza della moderna crisi dei valori⁸.

L'argomento che adduco incontra il sentimento di molte persone circa il carattere della presenza dei giudici, almeno così credo. Tuttavia, lo propongo nella piena consapevolezza della sua natura paradossale: sosterrò che anche se il controllo di Costituzionalità sorge da un'idea molto modernista dell'applicazione di principi scientifici alla struttura del governo, la pratica si fonda su una struttura di credenza che è profondamente antimoderna. La Corte esprime nel microcosmo qualcosa di profondamente vero dell'immaginario politico americano: è al tempo stesso rivoluzionaria e conservatrice. L'enigma dell'America è identico all'enigma della Corte: come si mantiene la credenza che la sovranità popolare e lo stato di diritto sono una e una sola cosa? L'autorità carismatica occupa questo spazio di mediazione fra sovranità e diritto, fra rivelazione e costituzione.

La mia argomentazione procederà per tre gradi. Primo, il controllo di Costituzionalità è sempre stato una pratica in cerca di una teoria. Queste teorie tendono a riflettere più ampie strutture di pensiero, trasformandosi con il cambiamento della cultura intellettuale. Secondo, nonostante la ricerca, la pratica elude la teoria. Questo è un problema comune in ogni campo in cui l'esperienza si basa sull'immaginario e sull'estetica della percezione, piuttosto che sulla ragione. La critica letteraria è un modo di spiegare una poesia, ma non può cogliere l'esperienza del poeta. Analogamente, la pratica e la teoria del controllo di Costituzionalità non sono mai veramente in sincronia. Terzo, l'America rimane, per molti, un progetto politico vibrante di significati ultimi, e può restarlo solo fintantoché vi sia un *locus* di autorità carismatica. Il ruolo della Corte consiste nel legare la propria risposta ai problemi del presente con una fede nel carattere trascendente della nostra vita comune. Naturalmente non sempre la Corte vi riesce, e il fallimento può apparire degno di sospetti come pratica idolatrica⁹. Ciò nonostante, comprendere questa possibilità carismatica ci aiuta a penetrare nel mistero del potere della Corte, legandolo alla promessa di una politica americana della presenza.

¹ Il termine 'carisma' è giunto al latino ecclesiastico dal greco «kharis», che significa «favore» o «grazia». Cf. *Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, Oxford 2002, vol. 1, p. 382.

² M. WEBER, *Economia e Società*, ed. it. a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Milano 1974.

³ P. RIEFF, *Charisma. The Gift of Grace, and How It Has Been Taken Away from Us*, Pantheon Books, New York 2007.

⁴ M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, trad. it. di F. Zanino, Einaudi, Torino 2002.

⁵ M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Sansoni Firenze 1965, pp. 304-305 (sulla gabbia d'acciaio).

⁶ RIEFF, *Charisma*, cit., *supra*, nota 3.

⁷ Sul sacrificio, si veda P. KAHN, *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton University Press, Princeton 2005, pp. 94-95.

⁸ Si veda, per es., J.H. ELY, in *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Chapter 2 «Discovering Fundamental Values» (Harvard University Press, Cambridge 1980), ovvero si consideri il senso del giudice Scalia nel caso *Lawrence v. Texas*, nel quale egli ha rimproverato la corte per «aver preso parte nella battaglia culturale, discostandosi dal proprio ruolo di assicurare, come osservatore neutrale, che le regole democratiche dell'impegno siano osservate, e promuovendo invece una «cultura anti-omosessuale» che la maggioranza del paese non condivide: 539 U.S. 558, 602-03 (2002).

⁹ Sull'idolatria si veda M. HALBERTAL-A. MARCALIT, *Idolatry*, Harvard University Press, Cambridge 1992.

1. Una pratica in cerca di teoria

In un'età che dà per scontate le virtù della trasparenza governativa, sorprende trovare, al centro del nostro sistema di governo, un'istituzione tanto misteriosa quanto il controllo di Costituzionalità. Il caso *Bush vs. Gore* è un buon esempio del suo potere e mistero.¹⁰ La maggioranza degli Americani, ne sono certo, direbbe che la legittimità del nostro governo si fonda sulla democrazia popolare. Non hanno alcuna «teoria» in competizione con questa. Eppure, la decisione della Corte ha prodotto un presidente cui è mancato il pieno consenso del voto popolare, e che potrebbe non aver vinto neppure il voto popolare in Florida.¹¹ È probabile che gli Americani non fossero in grado di capire i fondamenti della decisione della Corte, né di spiegare perché fosse la Corte a dover decidere chi doveva essere il presidente. Eppure, pur non sapendo niente di tutto ciò, hanno creduto nel potere della Corte. Nessuno ha ipotizzato che a George W. Bush mancasse l'autorità di operare come presidente, per quanto pochi fossero in grado di spiegare come e perché sia diventato presidente. La gente sapeva che era diventato presidente in base ad una sentenza della Corte suprema. Lo ha riconosciuto perfino Al Gore.¹²

La legittimazione può non richiedere affatto la trasparenza. Questo non dovrebbe sorprendere se si pensa al più vasto ambito dell'autorità politica: il mistero del potere è stato una sorgente di legittimità sovrana più efficace e importante di qualsivoglia teoria sulle origini razionali dello Stato.¹³ Infatti la Corte ha molte delle caratteristiche proprie di un mistero religioso: per esempio gli abiti, il tempio, i rituali, il linguaggio specializzato, la necessità di intermediari, il peso della tradizione, il testo sacro, e persino i tabù e i rituali di purificazione.

¹⁰ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

¹¹ Uno studio fatto da Don Keating, redattore del «The Washington Post», afferma che Gore vinse il voto popolare con un margine compreso fra i 60 e i 171 voti: D. KEATING, *Democracy Counts: The Media Consortium Florida Ballot Project* (testo preparato per il meeting annuale della American Political Science Association nell'agosto del 2002, disponibile al sito http://www.aes.org/doclib/20040926_KeatingPaper.pdf (T.1). Si veda anche il Florida Ballot Project, <http://www2.norc.org/fl/results/index.html> (sito visitato il 27 novembre 2007).

¹² In un discorso televisivo, Gore ha annunciato: «Ora la Corte suprema degli Stati Uniti si è pronunciata [...] Non lasciamo alcun dubbio. Sebbene io sia in forte disaccordo con la decisione della Corte, la accetto. Accetto le finalità del risultato [...]». R. BERKE - K. SELAYE, *Bush Pledges To Be President for 'One Nation', Not One Party; Gore, Conceding, Urges Unity*, «New York Times», 14 dicembre 2000.

¹³ Si veda E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton 1957 (trad. it., *I due corpi del re: l'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Einaudi, Torino 1989).

Le teorie politiche e giuridiche giocano sempre una partita votata all'insuccesso, cercando di razionalizzare il fatto del potere. Lo stesso vale per le spiegazioni sulla natura dell'autorità giudiziale offerte nelle opinioni dei giudici. Quelle spiegazioni sono determinate da una concezione di ruolo, e dalla retorica associata a quel ruolo.¹⁴ Se vogliamo sapere che cosa dire alla Corte, quelle opinioni sono certamente il luogo da dove partire. Ma se siamo interessati a comprendere come e perché quel ruolo opera così, quelle opinioni difficilmente potranno mettere la parola fine alla ricerca. Non possiamo comprendere come *Bush vs. Gore* abbia operato esaminando gli intricati argomenti dei giudici. L'enigma veramente interessante riguardo alla vita politica americana è come questa decisione sia stata possibile. Esaminare come sia stata data una risposta anziché un'altra all'interno della giurisprudenza della Corte non risponderebbe alla domanda.

Non vi è nulla di sinistro in questa doppia prospettiva – interna ed esterna – sulle spiegazioni di ruolo. Per esempio, ogni nazione entra in guerra proclamando che la pace è il suo fine. Tuttavia, comprenderemo poco se la nostra domanda si fermasse a questa spiegazione. Il riconoscimento di questa doppia prospettiva caratterizza l'opera delle scienze sociali, dall'antropologia all'economia. Ciò è vero anche per la teoria giuridica, poiché collega lo studioso di *Law and Economics* con chi pratica i *Critical Legal Studies*. Entrambi promettono di penetrare la retorica giuridica, di mostrare la verità soggiacente alla questione.¹⁵

Tuttavia, potremmo pensare che le spiegazioni offerte dai giudici occupino un posto particolarmente privilegiato poiché, diversamente da altre istituzioni, la Corte è consapevole della sua natura contestata. Ogni giudice ha una teoria – più o meno articolata – della revisione costituzionale.¹⁶ La necessità di teorizzare deriva dalla consapevolezza del suo doppio ruolo di giudice e cittadino: deve spiegare a se stesso in quanto cittadino la sorgente della sua legittimazione come giudice. Naturalmente, come cittadino, si trova nelle stesse condizioni di chiunque altro. Questa è una vecchia idea, che in un ordine democratico il legislatore deve applicare la stessa legge a se stesso e a ogni altro. Per convincere se stesso, proprio come per convincere gli altri, utilizzerà gli strumenti concettuali di cui dispone. Non ha altra scelta che quella di fornire un resoconto coerente con le tendenze intel-

¹⁴ Si veda P. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, Chicago 1999, pp. 86-90 (in cui si discute di «auto-theory»).

¹⁵ Si vedano, per esempio, R. UNGER, *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, London 1996, e R.A. Posner, *The Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York 2007.

¹⁶ Si veda R. DWORKIN, *Law's Empire*, Balknap Press, Cambridge (Mass.) 1986, p. 256 (ogni giudice ha una «concezione personalizzata della legge con cui lavorare»).

lettuali correnti. L'assunto è che la teoria può comprendere la pratica – o, di converso, che solo una pratica che possa giustificarsi davanti al tribunale della ragione è legittima. Questa è la definizione stessa di una pratica modernista: assumersi la responsabilità del ruolo sottoponendo l'azione alla critica della ragione¹⁷. Sospetto che sia per questa ragione – tanto quanto per il contenuto di una dottrina dei diritti – che il marchio del costituzionalismo moderno in tutto il mondo è l'istituzionalizzazione interna di una pratica di revisione costituzionale¹⁸.

Lo sforzo di fondare la legittimazione del controllo di Costituzionalità nel ricorso del giudice alla ragione ha una lunga storia nella giurisprudenza americana. Tracciare le forme della ragione quali appaiono nel corso di due secoli di controllo di Costituzionalità americano è un progetto formidabile¹⁹. Qui, lo tratteggerò a grandi linee. Il controllo di Costituzionalità ha avuto la sua nascita effettiva nelle opinioni del giudice supremo Marshall. Il giudice Story ha compreso davvero bene Marshall quando ha descritto le sue opinioni come operanti con la certezza deduttiva di una «dimostrazione matematica»²⁰. Marshall apparteneva alla generazione fondatrice dei federalisti, che credevano che la Costituzione americana si fondasse su principi veri della scienza politica – sebbene nessuno credesse che ciascun provvedimento si fondasse su quella scienza. La funzione del controllo di Costituzionalità avrebbe dovuto continuare ad applicare quei principi al progetto che era l'America. Questa è un'idea di rilevanza limitata oggi. Pretendere che il paese debba essere governato nei termini della scienza giuridica del XVIII secolo perché quella è la vera scienza politica non è più plausibile dell'affermazione che oggi dovremmo praticare la medicina secondo la scienza del XVIII secolo.

La scienza politica eterna di Marshall non è sopravvissuta alla sua generazione. Essa viene sostituita nel XIX secolo da una scienza in divenire: la costituzione vivente è il nuovo prodotto della ragione. Questo cambiamento nell'autocomprendimento istituzionale è proprio quello che ci saremmo dovuti attendere, poiché il XIX secolo è il periodo nel quale la ragione si radica nel movimento storico. Il più valido esempio di ciò è la teoria evo-

¹⁷ Si veda I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it. di G. Solari e G. Vidari, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, UTET, Torino 1965².

¹⁸ Si veda, per esempio, V. JACKSON, M. TUSHNET (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Praeger, Westport, Connecticut 2002.

¹⁹ Ho sviluppato i contorni fondamentali del progetto in P. KAHN, *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory*, Yale University Press, New Haven 1992, da cui è tratta questa sintesi.

²⁰ J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Preface, Boston 1833.

luzionistica di Darwin. Ma il cambiamento è più profondo di una mera opposizione al darwinismo. Si assiste ad una riconcettualizzazione della *common law*, che non è più il diritto del tempo immemorabile; piuttosto è la crescita di pratiche ragionevoli attraverso l'accumulazione di sapienza. Ogni scienza del XIX secolo è consapevole del proprio passato come forma difettiva del proprio presente. Un'istituzione che non riesce a crescere riflettendo un «apprendimento» è irrazionale, è governata dalla manomorta del passato. Questa è l'età del progresso in ogni dimensione. Hegel scrive della storia come della «astuzia della ragione»²¹. Di fatto, la moderna disciplina della storia è inventata in questo momento come rappresentazione del progressivo sviluppo della civiltà.

Non c'è bisogno di dire che oggi Hegel è fuori moda non meno della scienza politica federalista. L'impulso hegeliano a trovare un'unica verità nella storia è giunta a un drastico arresto nel *New Deal*, quando quell'approccio venne etichettato come «nonsense trascendentale», portandoci al periodo del realismo giuridico. Si è detto spesso che le scuole di diritto americane sono ancora dominate da un quadro teorico di realismo giuridico, e questo è in parte certamente vero. L'agenda positiva, riformista, dei realisti giuridici è stata propugnata dal movimento di *Law and Economics*, mentre il loro approccio critico all'autocomprendimento giuridica è stato promosso dal movimento dei *Critical Legal Studies*. Insieme, questi movimenti ci hanno consegnato la combinazione, tipicamente moderna, di scetticismo e riforma: ogni pratica è soggetta a critica, ma la critica porta sempre alla riforma attraverso un dispiegamento della ragione.

Se chiediamo a cosa assomigli la ragione oggi, vediamo la forza della revisione di proporzionalità nelle corti costituzionali di tutto il mondo. Questa è un giudizio di ragionevolezza che tiene in considerazione le circostanze, ossia ciò che chiamiamo «bilanciamento»²². Ampie teorie non sono a favore, l'attenta analisi di fattori in competizione lo è²³. Questi giudici non si premurano tanto della propria legittimità democratica, poiché si pensano come portatori di una legittimità professionale, radicata nella loro ragionevolezza. Questo appello alla ragione, tuttavia, non sembra giusto agli Americani,

²¹ HEGEL, *Filosofia della storia*, tr. it. a cura di C. Cesa, La Nuova Italia, Firenze 1997, § 36.

²² Si veda P. KAHN, *Comparative Constitutionalism in a New Key*, «Michigan Law Review», 101, 2003, pp. 2677-2698; L. WEINRB, *Constitutional Concepts and Constitutional Comparativism*, in JACKSON, TUSHNET, cit.

²³ Si veda A. BARAK, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, «Harvard Law Review», 116, 2002, pp. 16-162, alle pp. 93-95. Si veda anche E. RUBIN, *Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton University Press, Princeton 2005.

nella Corte o no. In parte, abbiamo visto troppi appelli alla ragione non trovare favore nella nostra lunga storia di costituzionalismo.

Tuttavia, nell'ultima generazione, anche i nostri giudici sono ricorsi a test di bilanciamento, analisi multifattoriali, e persino appelli a «giudizi ragionati»²⁴. La Corte non è mai immune alle cangianti mode della ragione, ma la nostra Corte non si trova a proprio agio neppure nel giustificare questi «test» facendo appello alla sola ragione. Quando il giudice Scalia si schiera in prima linea contro l'importazione di sentenze straniere nel diritto costituzionale americano, non afferma che quelle sentenze siano irragionevoli²⁵. È precisamente la loro ragionevolezza a renderle attraenti a molte corti costituzionali che ora hanno trasformato in una prassi il fatto di citare l'una le decisioni dell'altra. La resistenza a tale prassi ci dice che il nostro istituto di revisione costituzionale è diverso, poiché si basa su fondamenti differenti da un mero appello alla ragione. Ricorriamo al bilanciamento non perché sia ragionevole, ma perché è richiesto dal testo, o dalle passate interpretazioni di quel testo. Questo, almeno, ci mette nella giusta direzione.

2. La nostra pratica elude la teoria

Una qualche idea di ragione è sempre all'opera nella pratica della Corte. Questa idea si muove con le più ampie tendenze di una teoria: una corte riluttante a «tenersi al corrente» in questo senso si troverebbe probabilmente costretta a cambiare, com'è avvenuto nei primi decenni del secolo scorso. I giudici non possono pensarsi – né noi possiamo pensarli – come agenti irrazionali²⁶. Hanno sempre le loro ragioni, e queste devono avere senso all'interno di un progetto americano che si situa dal principio all'interno della nuova scienza politica. Ma come suggerisce la nostra odierna divergenza dal modello globale di giurisprudenza, la ragione non è il solo fondamento da cui dipende la legittimità della Corte. Questo istituto è stato più stabile dei

²⁴ Si vedano R. FALLON, Jr., *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, «Columbia Law Review», 97, 1, 1997, pp. 1-56; R. FALLON, Jr., *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.) 2004, pp. 267-68.

²⁵ Si veda, per esempio, A. SCALIA, *Discussion on the Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*, American University (Jan. 12, 2005) («Sono sicuro che uomini e donne intelligenti all'estero possono formulare argomenti molto rilevanti ma non è questo il punto»).

²⁶ Si veda, per esempio, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 10*, 127 S.Ct. 2738, 2830 (Breyer, J., dissenting) («Is it conceivable that the Constitution, implemented through a court desegregation order, could permit [perhaps require] the district to make use of a race-conscious plan the day before the order was dissolved and then forbid the district to use the identical plan the day after? ... The Equal Protection Clause is not incoherent»).

propri autonomi richiami alla ragione. Se i docenti di diritto probabilmente continueranno a premere sulla ragione con la Corte – poiché sono gli appelli alla ragione a fondare l'autorità dell'accademia – la legittimità della Corte deve essere ricercata in altre direzioni. Il fondamento non è stato tanto la Costituzione, quanto la Rivoluzione.

La Corte suprema americana è un istituto moderno, che risolve controverse attraverso l'appello a un corpo di conoscenze specialistiche. Ma diversamente da altre corti costituzionali, essa è anche un istituto rivoluzionario. Senza forzare troppo, possiamo descrivere la Corte come il luogo della «rivoluzione permanente» americana. Con una certa ironia, il suo carattere rivoluzionario dà conto della sua natura generalmente conservatrice. In questo senso la Corte riflette la più diffusa caratteristica della politica americana, che rappresenta in sé un ordine politico conservatore e rivoluzionario. Nonostante il carattere bizzarro della frase, l'idea dovrebbe essere assolutamente familiare, poiché la cristianità stessa è un'istituzione conservatrice e rivoluzionaria. La Corte, più di ogni altro istituto del nostro sistema di governo, opera sull'intersezione tra il modernismo e una rivoluzionaria politica di sovranità popolare²⁷.

Agli occhi del resto del mondo, la pratica costituzionale americana pare feticizzare il testo e la storia. Perché, si domandano, dovremmo essere legati alle intenzioni di Madison piuttosto che a quelle dei nostri contemporanei? Perché non siamo delusi dall'esclusione delle donne, delle minoranze, e dei poveri dal progetto costituzionale originario? Perché basarsi su un breve testo del XVIII secolo, quando la scienza delle costituzioni ha prodotto tanti nuovi testi di importanza costituzionale? Perché la Corte perde tanto tempo a parlare di sé – ossia a interpretare le proprie passate sentenze – piuttosto che cercare una guida negli sforzi odierni di altre corti costituzionali che hanno avuto problemi simili da risolvere? Sono tutte buone domande, e per rispondervi occorre confrontarsi direttamente con le credenze che effettivamente operano nell'immaginario politico americano²⁸. Queste credenze conducono l'impegno modernista nella ragione a contatto con una fiducia mitica nel popolo sovrano.

²⁷ La teoria di Bruce Ackerman della corte come operante all'interno e a sostegno di una «democrazia dualista» esprime un'idea simile legando il diritto alla sovranità popolare: B. ACKERMAN, *We the People, Foundations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991. Dal punto d'osservazione di questo saggio, il suo è il tentativo di rendere routine il carismatico – un progetto che non può avere successo.

²⁸ Sull'idea dell'«immaginario sociale» (*social imaginary*), si veda Ch. TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, Durham, London 2004 (trad. it.: *Gli immaginari sociali moderni*, a cura di P. Costa, Meltemi, Roma 2005).

Il corso della ragione che ho descritto nella prima parte traccia lo sviluppo di un'immaginazione modernista: dalla comprensione di un ordine politico come progetto tecnico di costruzione scientifica alla sua comprensione come un sistema in evoluzione, all'attenzione odierna sulle microanalisi funzionali. In nessun caso si constata l'attaccamento al testo e agli eventi storici che corre, come un contrappunto alla ragione, lungo le nostre pratiche costituzionali. Ci accostiamo al testo non come a un testo problematico di una generazione passata che si è adoperata senza l'ausilio della nostra comprensione contemporanea, ma come a una specie di sacra reliquia. Il testo viene ricevuto come prodotto da un atto di sovranità popolare. Il suo creatore non è stato un gruppo di uomini bianchi ora morti, ma il popolo sovrano. Ci vincola oggi non perché esprima la regola della ragione, ma perché continuiamo a pensarci come membri di quel popolo sovrano.

La partecipazione al popolo sovrano ha poco a che fare con l'atto del voto nel ciclo elettorale, concetto che è nient'altro che una appropriazione indebita della costruzione dell'immaginario del popolo sovrano da parte della ragione²⁹. Piuttosto, siamo parte del popolo sovrano quando in esso vediamo la verità della nostra identità – una verità che ha un valore trascendente per gli Americani. Siamo legati a questo testo e a questa storia come a una presenza sacra, che continua a comandare. Seguire lo stato di diritto significa, per noi, rendere presente la verità rivoluzionaria dell'esistenza del popolo sovrano. Non siamo lontani dall'idea veterotestamentaria dello scopo e della fondazione del diritto³⁰. Per parafrasare il giudice supremo Marshall, una costituzione è scritta per superare la smemoratezza³¹. Ciò che dobbiamo ricordare non è una serie di intuizioni scientifiche, quanto piuttosto l'esperienza straordinaria di una presenza sovrana.

La sovranità richiama il sacro; si tratta di una concezione irriducibilmente religiosa³². Se dovessimo tracciare i contorni di questa credenza nel popolo sovrano, ci troveremmo necessariamente a parlare della sua intemperanza, ubiquità, e persino della sua onniscienza – proprio le caratteristiche del sovrano religioso. Esso è sempre, come era al principio; riempie l'intero spazio nazionale; conosce sempre e già l'intero del proprio contenuto, quello che sarà evidente solo nella pienezza dei tempi (troviamo qui la sor-

gente profonda della distinzione fra giudici che interpretano il diritto e giudici che fanno nuove leggi, nel proprio approccio alla Costituzione). Il resto del mondo potrebbe concluderne che la sovranità è un concetto sempre più anacronistico, ma gli Americani in generale non condividono questa credenza³³. La sovranità americana non dovrebbe essere sostituita da un nuovo cosmopolitismo o dall'oggettività della ragione universale³⁴.

Questa credenza è legata alla capacità dei cittadini di vedere se stessi non solo nella politica delle parti nel contesto delle nostre istituzioni rappresentative, ma nello stato di diritto, al centro del quale sta la Corte suprema. Persino prima che fosse presidente, Lincoln comprese che l'oscuranza della legge in questo paese legava la generazione presente all'indietro nel tempo all'atto rivoluzionario del popolo sovrano. Il diritto, scrisse, mette il piede là dov'erano i corpi feriti dei reduci della guerra rivoluzionaria, che sono stati la «storia vivente» delle origini nazionali³⁵. Attraverso la Corte, gli Americani continuano a intuire quel legame con una sorgente di significati ultimi.

Lincoln aveva ragione a legare assieme il diritto e il sacro corpo del re: due: sono due immagini reciproche della sovranità popolare. La sua stessa vita è una testimonianza del legame del diritto con il sacrificio. Ancor oggi, il cittadino sa di essere vincolato al sovrano non attraverso un contratto – come nel contratto sociale – ma dalla sua disponibilità al sacrificio perché continui l'esistenza del sovrano. Avvertiamo il fascino infinito della Rivoluzione e della generazione dei fondatori, come della Guerra civile. Non perché siamo un popolo particolarmente marziale – per quanto possiamo esserlo a volte – ma poiché questi appaiono come momenti di espressione diretta della presenza del popolo sovrano. I momenti più terribili della storia

²⁹ Si veda, per esempio, S. STRANGE, *The Declining Authority of States*, in D. HEID, A. MCGREW (eds.), *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate*, Polity Press, Cambridge 2003, p. 149; S. KRASNER, *Compromising Westphalia. «International Security»*, 20 (winter), 1996, pp. 115-151; S. KRASNER, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, Princeton 1999; Y. SOVSKAL, *The Limits of Citizenship: Migrants and Post-National Membership in Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London 1994; J. CAMILLERI – J. FALK, *End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, Edward Elgar, Aldershot 1992.

³⁰ Si veda P. KAHN, *American Exceptionalism, Popular Sovereignty, and the Rule of Law*, in *American Exceptionalism and Human Rights*, ed. by M. Ignatieff, Princeton University Press, Princeton 2005.

³¹ A. LINCOLN, *The Perpetuation of Our Political Institutions: Address Before the Young Men's Lyceum of Springfield, Illinois*, January 27, 1838, in *ABRAHAM LINCOLN, His Speeches and Writings* 76, 82 @. Basler ed. 1946) («[O]f those scenes [of the Revolutionary War], in the form of a husband, a father, a son or brother, a living history was to be found in every family—a history bearing the indubitable testimonies of its own authenticity, in the limbs mangled, in the scars of wounds received [...] But those histories are gone»).

²⁹ Si veda R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago, Chicago 1956, pp. 34-35.

³⁰ Si veda P. KAHN, *Law and Love: The Trials of King Lear*, Yale University Press, New Haven 2000, p. xii.

³¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803) («[T]hat those limits [on government] may not be mistaken, or forgotten, the constitution was written»).

³² C. SCHMITT, *The Concept of Sovereignty*, trans. G. Schwab, University of Chicago Press, Chicago 1996, pp. 36-39.

americana sono proprio quelli che portano sul volto la presenza sovrana. L'infinito minaccia sempre di sopraffare e distruggere il finito³⁶. Solo una nazione che crede così profondamente nella presenza sovrana attraverso il sacrificio può contemplare il sacrificio universale come una necessità politica – la nostra politica di distruzione reciproca assicurata. È necessario poi che al di fuori della continua presenza di questo sovrano non vi è un significato della storia³⁷.

La presenza sovrana è esperita sempre nell'atto del sacrificio, e attraverso un atto di sacrificio. Non vi è altra misura della sua presenza. Questo non è proprio quello che vediamo nella storia americana – una prontezza a cogliere la vocazione al sacrificio – ma rimane il nostro più profondo ideale, come è stato per l'espressione «non chiedere cosa può fare il tuo paese per te, ma cosa puoi fare tu per il tuo paese». L'idea che i gruppi d'interesse siano sempre il vizio della politica è una variazione dello stesso ideale. La politica dei gruppi d'interesse non deve toccare la Corte – è uno dei tabù che ho menzionato in precedenza – poiché la Corte rappresenta il significato della cittadinanza come sacrificio di sé. Il «noi» della Corte non è rappresentato da chiunque possa mettere assieme una maggioranza di cinque voti. Quando la presunzione di parlare con il «noi» funziona, è impercettibilmente vicino a «Noi, il Popolo»³⁸. È il sacro dono carismatico.

La Rivoluzione americana è stata possibile solo a causa di una credenza secondo la quale la scienza politica poteva dimostrare verità autoevidenti – com'è stato per «Noi riteniamo autoevidenti le seguenti verità». Ma l'America non è stata mai soltanto un progetto modernista di costruzione scientifica, poiché ha legato quel progetto a una politica sovrana del sacrificio³⁹. I rivoluzionari sono stati martiri tanto quanto sono stati uomini di ragione. Siamo legati a loro non perché avessero una scienza giusta, ma perché i loro atti di sacrificio realizzarono la presenza del popolo sovrano. Lincoln è l'immagine iconografica di questo legame – il politico martire per una nazione devota a una causa. Anche Lincoln ci affascina sempre.

L'impresa compiuta dall'America è stata quella di legare la ragione del diritto alla sovranità della volontà politica. Certo, il popolo sovrano del 1787

³⁶ R. OTTO, *Il sacro. L'irrazionale nell'idea del divino e la sua relazione al razionale*, tr. it. di E. Buonaiuti, Feltrinelli, Milano 1966.

³⁷ Si veda P. KAHN, *Nuclear Weapons and the Rule of Law*, 31 «NYU School of Law - Journal of International Law and Politics», 349, 1999.

³⁸ Si veda P. KAHN, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Constitution of America*, Yale University Press, New Haven 1997, pp. 206-29 (sulla rappresentazione della «opinione of the peoples»).

³⁹ Si consideri l'impegno conclusivo della Dichiarazione di Indipendenza: «[F]or the support of this Declaration, with a firm reliance on the protection of divine Providence, we mutually pledge to each other our Lives, our Fortunes and our sacred Honor».

parlava la lingua della nuova scienza politica – dei diritti naturali e dell'equilibrio istituzionale dei poteri – proprio come il Dio sovrano del XVIII secolo parlava il linguaggio della fisica newtoniana nella creazione dell'universo. Con quale altro linguaggio possiamo immaginare parli il sovrano? Deve parlare un linguaggio che abbia significato all'interno delle verità dimostrabili dell'epoca. Per comprendere l'immaginario politico americano, tuttavia, non dobbiamo trascurare il fatto che chi parla – il popolo sovrano – è tanto importante quanto il discorso stesso. In politica, non siamo vincolati alla verità della ragione ovunque appaia. Ascoltiamo la voce sola della nostra identità nazionale: il popolo sovrano.

L'eccezionalità americana è radicata in questo doppio fondamento dell'immaginario politico nella ragione del diritto e nella sovranità della volontà. Questa eccezionalità del sacro ci rende molto difficili da comprendere per i nostri alleati, che è più verosimile abbiano abbandonato la fede politica, così come è più verosimile abbiano abbandonato la religione in generale. Restiamo in modo schiacciante una nazione di credenti, tanto nelle pratiche politiche quanto in quelle religiose. Non intendo dire che subordniamo la politica alla religione; piuttosto troviamo gli stessi modelli dell'immaginario che si estendono su entrambi questi domini di significato.

3. Ritorno al carisma giudiziario

Il giudice americano, a differenza della sua controparte europea, non può fondarsi sul suo prestigio professionale. Egli ha il compito, molto più complesso, di dispiegare la propria esperienza fino ad incarnare una politica della sovrana presenza. La verità che comunica deve essere fondata sul carisma. Se non lo è troverà in sé un profondo timore a giudicare. Peggio, senza la Corte che modella la cittadinanza come ragione e come volontà, gli Americani potrebbero smarrire la strada. Continueranno ad avere una vaga intuizione del significato che letteralmente non saranno in grado di comprendere. Il sacrificio svincolato dalla legge potrebbe apparire nichilistico invece che una via per la redenzione.

Strutturalmente, il giudice personifica un rapporto tra la sovranità e il diritto tanto misterioso nella sua forma politica quanto nella sua forma religiosa. Storicamente, è la relazione fra Rivoluzione e Costituzione. La Rivoluzione è il momento nel quale il popolo sovrano agisce. A dire il vero, la Rivoluzione è il solo atto di cui il popolo sovrano è capace. La Rivoluzione è l'equivalente politico del miracoloso poiché ogni mostrarsi del sacro è miracoloso. È l'interruzione nel tempo, simultaneamente distruttivo e crea-

tivo. Poiché la nostra è una tradizione patrizia, la Rivoluzione deve produrre una Costituzione. La Rivoluzione è al di là delle parole, mentre la Costituzione dà parole a ciò che non può essere detto. Così facendo, preserva come un artefatto storico una presenza sovrana che è al di là del tempo.

Questo processo di costruzione costituzionale corrompe tanto quanto preserva; la memoria non è mai pura, necessariamente diminuisce l'esperienza rivoluzionaria. Il diritto nella nostra tradizione ha sempre questa ambiguità: è un tendere verso e un decadere dal sacro. Questo doppio valore si estende all'opinione della Corte suprema, che pretende di esprimere la volontà sovrana ma non è mai pienamente adeguata a quella volontà. Queste opinioni sono sempre esposte alla critica secondo cui esse non sono altro che la scrittura di una persona particolare cui è accaduto di formare una maggioranza nella Corte⁴⁰. Tuttavia, al di fuori dei confini della fede, ogni pretesa di sacralità appare sbagliata.

Cristo è il paradigma del carismatico, perché la sua intera esistenza è vista dai credenti come un portare alla luce l'infinito nel finito. Più rilevante nel nostro contesto è tuttavia l'autorità carismatica dei profeti che richiamano gli Ebrei a un ritorno alla legge divina. Entrambi i casi ci mostrano che l'autorità carismatica è necessariamente connessa a una struttura di sacrificio, perché il trascendente prende sempre il posto del finito. È necessario sospendere la particolarità della personalità – i propri interessi e opinioni – per portare alla luce il sacro. Una mancata espressione di carisma è stata, per esempio, l'affermazione di Nixon: «se lo fa il Presidente, significa che non è illegale»⁴¹. Un'espressione efficace è stata, al contrario, la pretesa del giudice capo Marshall, in *Marbury*, di dare voce al popolo sovrano⁴².

La Corte dà voce al diritto non perché i giudici siano più ragionevoli di tutti noi, e non perché abbiano una particolare esperienza della legge, ma perché stanno in una relazione carismatica con il popolo sovrano. Se non fosse così, non saremmo in grado di superare la difficoltà anti-maggiorita-

⁴⁰ Per un esempio paradigmatico di questa critica dall'interno della Corte, si veda l'opinione, in accordo con la sentenza della Corte, del giudice Blackmun nel caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 922-23 (1992), nel quale egli loda il «coraggio personale» dei giudici O'Connor, Kennedy, and Souter nella riaffermazione dell'assunto centrale del caso *Roe v. Wade*, ma esprime «il timore delle tenebre dal momento che quattro giudici attendono ansiosamente quell'unico voto necessario per spegnere la luce».

⁴¹ Richard M. Nixon, intervistato da David Frost, il 19 maggio 1977, disponibile al sito <http://www.landmarkcases.org/nixon/nixonview.html>

⁴² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803) («That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected») (i corsivi sono nostri). Si veda ancora KAHN, *The Reign of Law*, cit., *supra*, nota 38, p. 210.

ria, e ci chiederemo che cosa possa essere esattamente la ragione se non una valutazione che tiene conto di tutte le circostanze⁴³. Saremmo moderati privati di fede, credendo che tutti i valori sono relativi e ogni politica solo una questione di competizione tra gruppi di interesse.

Il giudice dà forma al carisma come sacrificio per il diritto, la fine di un sé finito allo scopo di rendere presente un significato ultimativo. Il giudice non deve possedere nessuna caratteristica in più rispetto al suo ruolo carismatico. Perciò, i particolari darsi della sua personalità non devono contare affatto. Lo si vede nei rituali simbolici che circondano i giudici: gli abiti neri, il ritiro dalla vita pubblica e dall'esposizione politica, i rituali delle procedure della Corte, l'edificio nel quale lavorano, non toccati dalle circostanze d'ogni giorno, il processo di conferma nel quale ogni nominato proclama che nascerà di nuovo nella Corte rinunciando al credo particolare che ne ha fatto un soggetto unico⁴⁴. Il giudice non deve essere altro che veicolo per il mostrarsi del popolo sovrano che ha prodotto la Costituzione.

Poiché la nostra fede è in un popolo sovrano, ogni Americano sta esattamente nella stessa relazione d'identità con l'autorità sovrana di quella cui dà forma il giudice. L'autorità carismatica è sempre separata dall'ordinario e dal quotidiano, sebbene dia forma alla possibilità dell'autorascendenza per ciascuno. La pretesa del sacerdote di avere il privilegio per il quale egli solo ha accesso al sacro attraverso un rituale formale è respinta dal carismatico. Non vi è alcuna separazione incolmabile fra il carismatico e il credente: egli ci dice chi dovremmo essere dando forma a ciò che siamo. Paradossalmente, la Corte – un'istituzione non elettiva – opera nell'obbligo di essere la nostra istituzione più rappresentativa. Questo non perché faccia venir meno la volontà di una maggioranza popolare, ma perché mostra il popolo sovrano come identità di ogni uomo.

I docenti universitari hanno a lungo confuso il ruolo giudiziario con il proprio: l'articolazione della ragione del diritto. Eugene Rostow ha descritto in modo celebre i giudici come organizzatori di un seminario nazionale sui principi del costituzionalismo americano⁴⁵. La sua descrizione dei giudici come coloro che praticano la virtù accademica ha influenzato

⁴³ Si veda A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven 1986, pp. 16-22, sulla difficoltà contro maggioritaria. Bickel ha affermato qualcosa del mistero della legittimazione alle pp. 29-33.

⁴⁴ Sul simbolismo del processo di conferma si veda P. KAHN, *Legal Performance and the Imagination of Sovereignty*, 3 e-mistifica (gugno 2006), disponibile presso <http://hemisphericinstitute.org/journal/home.php>

⁴⁵ E. ROSTOW, *The Democratic Character of Judicial Review*, «Harvard Law Review» 66 (1952), 193, p. 208.

profondamente una generazione di studiosi. Tuttavia, questa è una visione notevolmente autoreferenziale, che non può rispondere della pratica. Ognuna delle grandi questioni nelle quali la Corte si imbatte potrebbero facilmente avere bisogno di una vita intera di ricerca universitaria. Non importa quanto brillantemente, i giudici non devono rispondere ai requisiti dell'accademia. Una generazione dopo che Rostrow ha scritto dei giudici come di professori, Robert Cover è andato all'estremo nella direzione opposta, descrivendo «i giudici come uomini di violenza» (*judges as men of violence*)⁴⁶. Cover si è concentrato sulla pena capitale, sulla violenza che un giudice può infliggere alle vittime del diritto. La violenza del giudice, tuttavia, è più profonda e più larga. Comincia con il suo stesso atto di sacrificio: egli si dà interamente alla Costituzione. Sospetto che l'«appuntamento con la vita» abbia il suo fondamento qui, piuttosto che in una preoccupazione d'indipendenza: il giudice non deve avere altra vita. I giudici costantemente mettono in pratica la relazione fra il sovrano popolare e la ragione, danno espressione a quello che fonda la pratica americana del sacrificio come stato di diritto.

La nostra fede nella sovranità popolare è inseparabile dalla fede secondo cui ogni cittadino può essere chiamato al sacrificio per lo Stato. Questa è l'iconografia della Rivoluzione, della Guerra civile, delle grandi guerre del XX secolo, e ora della guerra al terrore, nella quale ognuno di noi può venir arruolato per il semplice fatto di trovarsi sull'aeroplano sbagliato al momento sbagliato⁴⁷. Tuttavia la nostra fede nella sovranità popolare è anche inseparabile dalla credenza nello Stato di diritto. Il sacrificio deve portare al diritto, proprio come la rivoluzione porta alla costituzione. Il soldato e il giudice ci mostrano immagini diverse della presenza del sacro nell'atto di sacrificio. Il giudice si dona affinché la Costituzione continui a essere una presenza vivente; il soldato crede che è per la Costituzione che si sta sacrificando.

Tutto ciò è piuttosto misterioso. Non c'è un manuale per la pratica del carisma – l'autorità sovrana non è mai questione solo della ragione, non può essere ridotta a ragione o a procedura. È questione di fede e credenza, di rituali che mantengono quella fede e di retorica: sono questi aspetti a darle espressione. Ciò non significa che i giudici possano nominare direttamente la loro misteriosa funzione. Il diritto non è glossolalia. La presenza sacra

deve rendere conto delle cose in questo mondo persino quando mira al di là di esso. Ragione e rivoluzione non sono giustapposte l'una all'altra nella nostra tradizione. Una rivoluzione che manca di produrre una costituzione non è affatto una rivoluzione. Al massimo, è un tentativo fallito di colpo di stato. Il popolo sovrano o produce una costituzione, o non è mai apparso. Una costituzione deve parlare il linguaggio della ragione.

La funzione carismatica del giudice è messa in pratica, non rappresentata. Non è qualcosa a parte, che può andare bene o male. Vediamo nel giudice il popolo sovrano oppure udiamo solamente la voce di quella persona finta cui è capitato di essere giudice. Se sentiamo solo quest'ultimo, valuteremo le sue ragioni solo secondo i nostri giudizi ben ponderati. Probabilmente egli non ragiona sulla questione meglio di uno chiunque di noi. Diremo che ha sbagliato o che ha espresso un suo punto di vista personale. Poi il diritto si fa politica, e questa diventa una competizione fra gruppi di interesse. Nessuno ha mai sacrificato se stesso per i gruppi di interesse che competono per posizioni di mercato.

Senza la disponibilità al sacrificio non parliamo più dell'esperienza americana del significato politico per come esso lega assieme le molte generazioni post-rivoluzionarie. Non avrebbe alcun senso paragonare un giudice di una corte costituzionale europea con un soldato o parlare della sua autorità carismatica. Le politiche della sovranità e del sacrificio sono esattamente il passato da cui essi sperano di essersi completamente distaccati. Noi non siamo come loro. Non è questione di vizio o di virtù, di bene o male. Tali giudizi globali non sono possibili rispetto a una cultura. Vi è sempre stato qualcosa di grandioso, ma anche di pericoloso, nell'esperienza americana. Il nostro compito morale non è di liberarci della nostra cultura, ma di fare il meglio all'interno delle possibilità offerte all'interno di questa cultura.

Ogni fede muore, inevitabilmente. Non abbiamo ragione di aspettarci che accada diversamente per quella peculiare conquista della fede americana: il matrimonio del popolo sovrano con lo Stato di diritto, della presenza della grazia con la logica della ragione. È una questione aperta, se questi termini di sovranità e sacrificio continueranno a risuonare nell'immaginario americano. Ma queste sono le questioni. Senza l'esercizio del carisma, restiamo soli col progetto modernista della ragione, che non può nominare il sacro. Incapaci di dire chi e cosa siamo, diventeremo come ogni altro. La forma virtuosa di quel progetto modernista è la globalizzazione sotto la guida dei diritti umani e di mercati efficienti. La forma viziosa del modernismo sono stati i regimi autoritari del XX secolo.

Il corso della fede non può essere determinato né dagli accademici, né

⁴⁶ R. COVER, *Violence and the Word*, in M. MINOW *et alii*, *Narrative, Violence, and the Law: The Essays of Robert Cover*, University of Michigan Press, Ann Arbor (Mich.), 1992.

⁴⁷ Si veda P. KAHN, *Sacred Violence: Torture, Terror, and Sovereignty*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2008, cap. 5.

dai giudici. Entrambi, comunque, farebbero bene a comprendere che stanno all'interno di strutture di fede e pratiche di fede, che sono più grandi delle loro capacità esplicative. Dobbiamo voler puntare al di là di noi stessi, se vogliamo comprenderci. Essere aperti a questa possibilità è il debito della ragione alla fede*.

Paul W. Kahn

Figure

Lessing, la «religione dell'umanità» e il dialogo interreligioso

The paper dwells essentially on the theological-philosophical writings of Gottbold Ephraim Lessing, shedding light on the traits of Lessing's peculiar struggle for humanity and truth (with special attention to the controversy with Goethe), the conception of the relation between society and politics, ethics and anthropology, the questions of interreligious dialogue (especially in the work Nahan der Weise), the prospects of interreligious dialogue (especially in the work Nahan der Weise). On the basis of this analysis the figure and the lesson of Lessing appear extraordinary up to date.

Agli amici Daniele Bonelli e Atilio Finetti

1. *La lotta per l'umanità e la verità in Lessing*

Lo spirito più profondo del pensiero e dell'opera di Lessing, della sua lotta per la verità e per l'umanità è espresso in un celebre passo dall'evidente ispirazione socratica, tratto da *Eine Duplik* (1778): «Non la verità di cui un uomo è o si crede in possesso, ma il sincero sforzo per giungervi, determina il valore del singolo. Infatti, le sue forze conseguono un miglioramento non in virtù del possesso della verità, ma della sua ricerca e soltanto in questo consiste il sempre crescente perfezionamento umano. Il possesso rende quieti, pigri e presuntuosi...

Se Dio tenesse nella sua mano destra tutta la verità e nella sinistra il solo eterno impulso verso la verità, seppur con la condizione di dover andar erando per l'eternità, e mi dicesse: scegli! io mi precipiterei umilmente alla sua sinistra e direi: concedimi questa, o Padre! La verità pura è soltanto per te!»¹.

* Il presente scritto è stato presentato come *lecture* alla Villanova University il 16 ottobre 2007, in occasione della «John F. Scarpa Conference on Law, Politics and Culture». La traduzione italiana è a cura di Thomas Casadei.

¹ G.E. LESSING, *Religione e libertà*, a cura di G. Chia, Morcelliana, Brescia 2000, p. 33.