



ISLL Papers

**The Online Collection of the
Italian Society for Law and Literature**

Vol. 3 / 2010

Ed. by ISLL Coordinators
Carla Faralli e M. Paola Mittica



ISLL Papers

The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature

<http://www.lawandliterature.org/index.php?channel=PAPERS>

© ISLL - ISSN 2035-553X



Vol. 3 /2010

Ed. by ISLL Coordinators
C. Faralli & M.P. Mittica

ISBN - 9788898010554

DOI - 10.6092/unibo/amsacta/5573

Table of Contents

Bruno Montanari, **Il quadernetto del giudice. La colpa quotidiana di Josef K. (The judge's notebook. The daily guilt of Josef K.)**

Boaventura de Sousa Santos, **The European University at Crossroads**

Maria Francisca Carneiro, Maria Fernanda Loureiro, **A Transdisciplinary Methodology for the Relationship Between Law and Literature**

José Calvo González, **Derecho y Literatura. La cultura literaria del Derecho (Law and Literature. Literary Culture of Law)**

José Raymundo Nina Cuentas, **Derecho y literatura. Anotaciones sobre el significado de la creatividad literaria en el estudio y la aplicación del derecho (Law and Literature. Notes on the sense of literary creativity in the study and in the application of law)**

Ivan Pupilizio, **Per una primavera dei diritti fondamentali (Toward a Spring of Fundamental Rights)**

Umberto Breccia, **Cinema e diritto (Cinema & Law)**

Flora Di Donato, Raffaella Rosciano, **La costruzione giudiziaria tra categorie legali e culturali. Note a margine di Minding the Law di Anthony G. Amsterdam e Jerome S. Bruner (The judicial construction of legal and cultural categories. A Review of Minding the Law by Anthony G. Amsterdam and Jerome S. Bruner)**

Maria Francisca Carneiro, **Law and Aesthetics**

Realino Marra, **Gadda e la cognizione del delitto (Gadda and Our Understanding of Crime)**

Marco Goldoni, **Robert Cover's Narrative Approach to Constitutionalism**

Barbara D'Amico, **How far can we apply law and literature to the Italian system?**

Roberta Linciano, **"Is That the Law?": La farsa giustizia di Portia nel Mercante di Venezia ("Is That the Law?": Portia's Mockery of Justice in The Merchant of Venice)**

Angelo Abignente, **Tra mente e cultura. Note sull'ultimo Bruner (Mind and Culture: Remarks on the Later Bruner)**

Reviews

Carlo Rossetti, **Il teatro della giustizia, Edizioni Goliardiche, Trieste 2008, pp. 124** by Alberto Bernini.

Melina Girardi Fachin, **Direitos Humanos e Fundamentais. Do discurso teórico à prática efetiva. Um olhar por meio da Literatura**, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre 2007, 142 pp. by Cristina Monereo Atienza.

IL QUADERNETTO DEL GIUDICE. LA COLPA QUOTIDIANA DI JOSEF K.

Bruno Montanari

Abstract

Besides “classical” (and legitimate) readings, Kafka’s text seems to be open to a nonconventional interpretation able to point out the intrinsically “existential” trait of the text.

The point of view is given by man’s finite structure. This structure implies that man must always decide within a “situation”, with all the joint conditionings and limits that the situation itself puts on knowledge and reflection. Because of his finite structure, man is, either consciously or unconsciously, accountable towards others, and this is an absolute accountability since God is its constitutive principle. This is an existential situation that obliges K., and each of us, to wonder about the sense of life: judge’s “little note book” is a metaphor of that.

Such a question could be advanced just *on* the “border” of reason, which imposes to overcome canons of rational “legality”: no general and abstract Law, either legal or ethical, could “clear” man once for all.

La risposta gira intorno alla domanda spiandola piena di paura e di speranza, scruta disperatamente la sua faccia impenetrabile, la segue per le vie più assurde (la segue cioè per le vie che conducono il più lontano possibile dalla risposta)

(F. Kafka)¹

1. *Una breve premessa*

Le proposte di lettura dell’opera di Kafka sono innumerevoli e si dislocano su registri diversissimi: il letterario in senso stretto, il religioso, il metafisico, lo psicologico, il politico e civile, e così via. Molte di queste letture evidenziano echi e riflessi significativi per il pensiero giuridico: ovvi nel caso de *Il Processo*, ma ricorrenti anche in altri luoghi della produzione di Kafka.

Lo stesso aggettivo “kafkiano” è entrato nell’uso corrente a designare, in prima approssimazione, l’esposizione dell’individuo moderno ad un potere sociale irrapresentabile,

¹ L’opera a cui si fa riferimento è *Quaderni in ottavo* (1917), tradotta da I. A. Chiusano, SE, Milano 2002.

inaccessibile, incomprensibile; per essenza “oscuro” laddove non, esplicitamente, “assurdo”. Tema, questo della logica del potere – non solo quello delle istituzioni, ma anche quello che si annida nei rapporti inter-personali – di immediato interesse per la riflessione filosofica attorno al giuridico.

Il Processo, così, è anche un esempio suggestivo di denuncia sociale e civile, dalla quale però non può essere scorporata un'altra denuncia: quella concernente la condizione esistenziale, messa in luce da contributi finissimi (penso, per tutti, agli studi di Giuliano Baioni), che a tal proposito richiamano l'attenzione sulla matrice ebraica del suo Autore, contestualizzata nell'Europa di cultura tedesca dei primissimi anni del '900 (*Il Processo* fu scritto tra il 1914 e il 1915, anche se fu pubblicato soltanto nel 1925, dopo la morte dell'Autore, da Max Brod) e, biograficamente, nel difficile e tormentoso rapporto di Kafka con la *Westjüdische Zeit*.

La dimensione esistenziale e metafisica del *Processo* è dunque un aspetto imprescindibile nello spettro delle letture possibili. A partire dall'elemento biografico – la vicenda di K. riflette forse un senso di colpa realmente incombente sull'esistenza privata di Kafka? E colpa verso chi: il padre? la comunità ebraica praghese? il Dio delle Scritture e della sinagoga? – il raggio dell'indagine può essere esteso alla condizione dell'uomo europeo alla fine della Modernità, e poi alla condizione umana *tout court*. Tra le letture che si sono effettivamente mosse in questa direzione, la tonalità prevalente mi sembra essere stata quella apocalittica, venata di un certo nichilismo: in ogni caso, “davanti alla Legge” la condizione dell'uomo appare votata allo scacco e all'assurdo, ma questa assurdità si presenta come s-fondamento irrazionale della rassicurante razionalità delle leggi e delle istituzioni “civili” della modernità europea, verso un esito indecifrabile e comunque angosciante.

Con le riflessioni che andrò sviluppando in questo testo, intendo prospettare un'interpretazione che – per le ragioni che emergeranno di qui a poco – potrei definire diversa, e, se si vuole, abbastanza anomala o irrituale, usando la penna dell'Autore per trarre altri possibili significati dalla lettura oggettiva, storicamente e culturalmente decontestualizzata, di quelle pagine. Non intendo, dunque, interrogarmi ancora una volta su “cosa Kafka abbia voluto dire nel *Processo*”; ma, piuttosto, proporre il romanzo come parabola della vita quotidiana di ciascuno, nel senso di un tentativo di riflessione sull'“esistenziale” come un “in sé” proprio di ognuno di noi. Il centro del ragionamento che qui svilupperò, a partire dal testo kafkiano e rimanendo fedele al suo dettato, è la “situazione” dell'uomo, ente empirico e finito, il cui scopo ultimo, anche se spesso non avvertito ma implicito in tale sua *dimensione strutturale*, dovrebbe consistere nell'interrogarsi circa il *senso* esistenziale di questa sua *empirica finitudine*, che, proprio perché tale, lo apre, dal punto di vista logico-razionale, verso la possibilità di un *ulteriore*, per suo statuto “preter-razionale”.

Con “preter-razionale” intendo un atteggiamento mentale molto specifico: quello di un uomo che consapevolmente *si situa sul confine della ragione per andare oltre*. Ognuno di noi sa di possedere, infatti, un organo potentissimo, ma, per struttura, “finito”: la ragione. Di qui una conseguenza: la consapevolezza (che è logica: ciò che è *finito* implica sempre qualche altra cosa) che

si diano profili della “realtà” *ulteriori*, rispetto a quelli riconducibili entro i canoni di una comprensione razionale; questo, al fine di evitare due errori. Il primo: di espungere come non rilevanti o ignorare aspetti che, per altre vie, potrebbero avere una propria significatività; il secondo: di ricondurre ogni significatività entro i canoni della ragione, determinando una deformazione del possibile, ulteriore e diverso, significato. Insomma, un razionalista “critico” dovrebbe saper, anche, restare sul confine della ragione e cercare altrove, perché, *logicamente*, si dà un “altrove” dalla *ragione finita*.

Di fronte a una mentalità “ambientale” affetta da una sorta di individualismo e pragmatismo di massa, culturalmente modesto e operativamente mediocre, poco permeabile comunque alle denunce a contenuti *lato sensu* “civili”, mi pare utile proporre una lettura situata su un livello di riflessione che consideri immediatamente la struttura ontologica dell’uomo, cominciando da un recupero di attenzione per il significato dell’*esistere al mondo*; per il *sensu della vita*.

A partire da qui, mi sembra, da un lato, che il rapporto tra razionale e irrazionale nella vicenda del *Processo* possa ribaltarsi: lo sfondamento del quadro della razionalità, riconosciuta chiaramente come finita, può avvenire nella direzione di un appello a una maggiore *autenticità* dell’interrogarsi di ciascuno sul senso dell’*esistere* e nel quale l’*altrove dalla ragione* non si identifica con l’ “assurdo”. Assurda è, semmai, la chiusura nei canoni della “legalità” razionale, rispetto all’urgenza dell’interrogazione di senso.

Dall’altro lato, anche le proiezioni gius-filosofiche della lettura dell’opera kafkiana possono puntare sulla questione del *sensu esistenziale* del diritto, colto e circoscritto soprattutto nel suo *limite* rispetto alla complessità e alla profondità problematica dell’esperienza umana.

2. *Una strada di periferia. Un caseggiato popolare. Il tribunale*

Considero assai nota la vicenda di Josef K.; prendo perciò le mosse dal momento nel quale egli raggiunge il tribunale ed ha il suo primo incontro con il giudice. In particolare, la mia interpretazione prende le mosse da quell’oggetto, il “quadernetto”, che K. tiene tra le mani, pizzicandolo con due dita, e su di un gesto: apre le dita e lo lascia cadere.

Cerchiamo di rappresentarci visivamente la scena.

Un’aula affollata, chiassosa, puzzolente del sudore dei corpi e dei vestiti di quella calca d’uomini e di donne che è lì... ad ascoltare? a giudicare? ad imprecare? ad applaudire?

È un tribunale del popolo? oppure è un tribunale che svolge le sue funzioni dinanzi al popolo? oppure, ancora, è un tribunale che lascia che il popolo affolli quello stanzone e partecipi a suo modo, ma senza che la giustizia contempi in alcun modo quella presenza?

Non è dato rispondere con certezza, se si considerano insieme la pubblicità dell’evento che lì accade e la imperscrutabilità delle procedure che reggono il processo di K, come quello di ogni altro

imputato. Ma, forse, si potrebbe ipotizzare che nessuno di tali interrogativi escluda gli altri, e dunque, neppure una risposta può essere data come escludente le altre. Scioglierò più avanti questa riserva.

In un ambiente siffatto: un'“aula”, forse, di un sia pur modesto “palazzo di giustizia”? ... no, piuttosto uno stanzone, ricavato da un appartamento in cima ad un caseggiato popolare, in una povera strada di periferia, dove si svolge la vita sciatta e svogliata di gente qualunque che si arrabatta con le difficoltà comuni della quotidianità, lì si tiene il processo.

Al fondo dello stanzone, o alla sua sommità, dipende dai punti di vista, vi è una piccola pedana, che ci possiamo immaginare di un legnaccio ormai vecchio, solcato da crepe e dal colore indefinibile assegnatole dagli anni. La pedana è larga appena quanto basta per ospitare una poltrona ed un tavolo, anche questo, probabilmente, di un legno povero, segnato dalla vecchiaia e da una radicata sporcizia.

Insomma la giustizia, nel paese di K., si amministra in un luogo dove si svolge durante la settimana la comune vita quotidiana ed alla quale partecipa quella povera gente dalla vita sbilenca, così come si partecipa al tifo domenicale di una partita di calcio.

Eppure, nel pieno di tanta pubblicità di rappresentazione e di presenza umana, la giustizia segue percorsi nascosti e insondabili.

Ma non è ciò che accade nella vita quotidiana di ognuno di noi, in quanto gente comune? Non è forse vero che un costante e nello stesso tempo impalpabile giudizio scivola con tutto il peso della sua immaterialità dentro i comuni fatti della vita di ciascuno e di ciascuno in mezzo a ciascun altro? Giudizio che ciascuno porta con sé, che rivolge ad altri, che è contaminato da quello di altri; giudizio di cui ciascuno è protagonista, individuale e collettivo, e vittima, individuale e collettiva? Giudizio, tuttavia, che nulla ha a che fare con la giustizia, la quale però continua la sua opera alta ed oscura in mezzo alla gente, giudicando quei gesti attraverso i quali il *ciascuno* collettivo si misura con la comune vita quotidiana.

Ecco perché quel tribunale può essere considerato, nello stesso tempo, “del popolo” “in mezzo al popolo” e “indifferente al popolo”.

Su quella pedana “sedeva ben comodo su una poltrona”, che possiamo immaginare dall'imbottitura piuttosto logora, dietro quel tavolaccio che fungeva da scrivania, il giudice.

Giudice privo, come è noto a tutti i lettori del romanzo, di un qualsivoglia *physique du rôle*, trasandato nell'abito e nell'aspetto: un ometto qualunque, in mezzo a gente qualunque, in un ambiente qualunque.

D'altra parte, si sa, era un giudice dei gradi inferiori del tribunale; era di quelli che la gente comune e l'imputato, anch'egli un *qualsiasi ciascuno* della gente comune, potevano vedere e di fronte al quale poteva declamare, dichiarare, perorare le proprie ragioni, senza che ciò lambisse il percorso autentico della giustizia nei suoi confronti. Poteva dire parole, fare ragionamenti, scatenarsi nell'ironia e nello stupore; l'unica cosa che non poteva riuscirgli era la difesa dall'accusa, e non solo perché non ne conoscesse il contenuto, ma, più profondamente, perché non comprendeva il livello al quale era

situata davvero la sua colpa. Il che costituisce un'ignoranza assai più radicale di quella che concernerebbe il mero e contingente contenuto di una specifica accusa.

Era questa la situazione di K., quella mattina di domenica, nello stanzone del tribunale in capo a quel sudicio condominio di povera gente.

Qualcuno saltò giù dalla pedana, liberando un posto per K che vi salì. Si trovò pigiato contro il tavolo, la calca dietro di lui era tale che doveva far resistenza se non voleva spinger giù il tavolo dalla pedana e magari anche lo stesso giudice istruttore. Ma il giudice non se ne curava [...] afferrò un libretto per appunti, l'unico oggetto sul tavolo. Aveva l'aria di un vecchio quaderno di scuola sformato dal lungo uso. (p. 34)²

Alle spalle di K., dunque, il giudice, quell'ometto dall'abito e dall'aspetto trasandati, ha di fronte a sé un quadernetto dalla copertina di cartoncino nero, di quelli che si sono usati per buona parte del secolo scorso, magari con i fogli bordati di un rosso slavato. K. lo strappa dalle mani del giudice prendendolo per il dorso, con due dita, lo fa oscillare con i fogli rivolti all'in giù, con un'aria di sufficienza intellettuale, compassionevole e sdegnosa, come a mostrare a tutti l'assoluta inconsistenza di quelle pagine, indicandolo come il più irrituale documento giudiziario che avesse mai visto.

Perché non immaginare che quel quadernetto fosse una specie di *diario*, nel quale era annotata la vita quotidiana di Josef K. e che proprio in quelle note fosse diffusa, tra le righe, la sua colpa? Per questo l'accusa che lo riguardava poteva essere contenuta tutta in quelle pagine. Eppure, come era possibile, per K., pensare che un tribunale, un giudice, potessero avvalersi di un oggetto dall'aspetto tanto comunemente banale, per portare avanti l'azione di giustizia?

Quando K. lo afferrò, il giudice lo stava sfogliando con un gesto che diceva tutta la distanza con la quale seguiva la fervida e anche un po' ridicola arringa dell'imputato. Sembrava proprio che da quelle pagine dovessero scivolare sul tavolo-scrivania tutte le colpe di K. e delle quali quell'eccellente funzionario di banca non aveva la neppur minima percezione.

«Dunque», disse il giudice istruttore sfogliando il quaderno e volgendosi a K. con il tono di chi fa un'asserzione. «Lei è imbianchino?». «No», disse K., «sono primo procuratore di una grande banca». [...]

«La sua domanda, signor giudice, se io sia un imbianchino – o meglio, non l'ha affatto chiesto, l'ha dichiarato con assoluta sicurezza – è indicativa di tutto un modo di procedere contro di me. Lei potrà obiettare che non si tratta affatto di un processo, e avrebbe piena ragione, perché è un processo solo se io lo riconosco come tale. Ma per il momento voglio dunque riconoscerlo, in certo modo per compassione». [...] proseguì K., «anche il suo quadernetto, signor giudice, conferma quello che dico». [...]

«Continui pure a leggere, signor giudice, non ho certo paura di questo libro delle colpe, anche se mi è inaccessibile, dato che riesco a toccarlo solo con due dita e non lo prenderei mai in mano». (pp. 34-35)

² Tutti le citazioni testuali dall'opera kafkiana, laddove non sia indicato diversamente, sono tratte da F. Kafka, *Il Processo* (1925), Garzanti, Milano 1997 (VII ed.), traduzione di Clara Morena.

È a partire dal “quadernetto” che intendo condurre il lettore in questa mia interpretazione “irrituale” del romanzo di Kafka. Proprio a partire da quel “quadernetto”, che rappresenta l’unico punto di contatto tra il tribunale inferiore, un suo giudice, e quel borghese consapevole del suo ruolo e dalla sua immagine sociali, che egli rivendica con fermezza e in nome della quale disconosce il processo, ma vi si adatta solo per benevola “compassione”.

Il “quadernetto”, infatti, unisce due uomini: l’uno, che opera come strumento di un tribunale, di fronte al quale è indifferente la figura sociale dell’accusato («lei è un imbianchino?»), poiché è il *diario* della sua vita; e l’altro, che porta con sé, cucito sulla sua figura, come una seconda pelle, l’abito della sua rappresentazione sociale («no, sono primo procuratore di una grande banca»).

Appare essere, quel “quadernetto”, il punto di un effimero ed incompreso contatto, tra l’“altrove” del giudizio e la sicurezza dell’uomo ben consapevole del suo ruolo sociale.

Il tribunale è solo il grado inferiore di un ben più alto Tribunale. Il primo riflette il supremo potere del secondo; un potere non in senso istituzionale, formale. Non è in questione, per intenderci, la funzione dell’amministrazione della giustizia di un qualsiasi ordinamento.

Nel romanzo di Kafka, infatti, il Tribunale (quello di grado inferiore come il superiore) non “amministra”, ma *incorpora* il potere supremo della “giustizia”. Potere talmente supremo da essere imperscrutabile e incomprensibile per l’uomo comune, come imperscrutabile e incomprensibile, per l’uomo comune, è l’effettiva, e perciò definitiva, determinazione di ciò che è bene e ciò che è male nei gesti e negli atti della vita quotidiana.

Un Tribunale siffatto è la rappresentazione di una *plenitudo potestatis* rispetto al giudizio circa le cose umane. La sua superiorità è tale da renderlo irraggiungibile da una qualsiasi attività dell’uomo; eppure, nei suoi gradi inferiori, quelli praticabili dalla gente comune, non possiede alcuna forma che ne rappresenti, sia pure inadeguatamente, l’autorevolezza, differenziandolo da un qualsiasi ambiente della vita quotidiana.

Non se ne differenzia, infatti, per la “scenografia” (un comune caseggiato di periferia) e neppure per uno specifico materiale necessario al giudizio: dove sono, infatti, i “codici”, ai quali un cittadino comune, come appunto è K., può avere accesso per capire le sue accuse? Sul tavolo del giudice tutto ciò che riguardava il processo era racchiuso in un oggetto del tutto banale, il “quadernetto”, l’unico con il quale K. aveva avuto contatto. Altri libri ve ne erano, sudici e sgualciti, ma non erano codici, e comunque gli restavano inaccessibili. K. riuscirà a sfogliarli, grazie all’aiuto di una donna, e constaterà che si trattava addirittura di pubblicazioni pornografiche: «è da gente simile che devo essere giudicato» (p. 43).

3. *La donna delle pulizie*

Ma al momento dell’incontro con la donna delle pulizie, K. non lo poteva immaginare.

«quei libri sono certo codici, rientra nei criteri di questo tribunale che uno sia condannato non solo innocente, ma anche ignaro». «Sarà così», disse la donna, che non lo aveva ben capito. (p. 41)

“La donna”: chi era? Un’inquilina del condominio, una donna delle pulizie, il cui marito era usciere del tribunale.

Quel tribunale non si differenziava, in realtà, neppure per la vita che vi si svolgeva attorno e dentro e, che in qualche modo, era parte della sua stessa esistenza. Quello stanzone nel quale si tenevano le udienze era in realtà il salotto dell’appartamento della lavandaia, che veniva sgomberato dei mobili all’inizio dell’udienza e risistemato una volta finita. E quando il giudice spesso si tratteneva anche dopo l’udienza per scrivere i suoi rapporti, al lume di una lampada della casa, la vita riprendeva in quella stanza, arrivavano vicini, si conversava e poi tutti andavano a dormire, dimenticandosi del giudice.

Solo ora K. si accorse che la stanza, in cui l’ultima volta c’era solo una tinozza da bucato, si presentava ora come un soggiorno completamente arredato. La donna notò il suo stupore e disse: «Sì, l’alloggio non lo paghiamo, ma nei giorni di udienza dobbiamo sgomberare la stanza. L’impiego di mio marito ha qualche svantaggio». «Non è tanto della stanza che mi stupisco», disse K. lanciandole un’occhiataccia, «quanto del fatto che lei è sposata». «Allude forse a quello che è successo nell’ultima udienza [...]?» (pp. 41-42)

Nell’ultima udienza era accaduto qualcosa che testimoniava il mescolarsi dell’operare del tribunale allo scorrere dei gesti della vita, anche quando questi appartengono alla trivialità della seduzione operata in forza di un supposto, ipotetico potere.

«il tipo che quel giorno mi ha abbracciata, mi perseguita da un pezzo. Può darsi che io non sia attraente per tutti, ma per lui lo sono. Non c’è scampo, anche mio marito ha dovuto adattarsi; se vuole conservare il posto, deve sopportare, perché quello è uno studente e si prevede che diventerà molto potente. Mi sta sempre dietro, se ne è andato un minuto prima che lei arrivasse». (p. 42)

Ma allora, se questa è la vita, perché non dare un aiuto a chi, come K., sembrava voler migliorare le cose? E K. perché non avrebbe dovuto accettarlo?

In fondo, il processo che riguardava K., non aveva nulla a che fare con una ritualità processuale. Anzi, sembrava che ogni evento che si svolgeva in quello stanzone, le persone che lo affollavano, i protagonisti e gli stessi “strumenti del mestiere”, fossero solo pezzi della comune realtà umana, con le sue bassezze, le sue volgarità, i suoi entusiasmi ed anche, forse, le sue fuggevoli tenerezze.

«[...] Davvero lei conosce il giudice istruttore?» (p. 45)
 «L’aiuterò io», disse la donna. «Vuole?». «Davvero può farlo senza correre rischi lei stessa? [...]». «Voglio aiutarla lo stesso», disse la donna, «venga, dobbiamo parlarne. [...]». Gli indicò la pedana e lo invitò a sedersi con lei sul gradino. «Ha dei begli occhi scuri», disse quando si furono seduti, e guardò in faccia K. di sotto in su, «mi dicono che anch’io ho dei begli occhi, ma i suoi sono molto più belli. Del resto mi hanno colpito subito fin da quando lei è entrato qui per

la prima volta. Sono stati anche il motivo per cui più tardi sono entrata nella sala delle riunioni, cosa che di solito non faccio mai e che in certo modo mi è addirittura proibita». Allora è tutto qui, pensò K., mi si sta offrendo, [...]. «Non credo che lei possa aiutarmi», disse. (pp. 43-44)

Ma K. si sbagliava. Un fraintendimento (fra i tanti che seguiranno, forse il meno grave o il più rimediabile) da imputare a quel moralismo perbenista talora proprio di chi fa della sua appartenenza sociale il fondamento della sicurezza di giudizio e di auto-giudizio.

La donna non gli si stava offrendo. Voleva davvero aiutarlo, perché era rimasta impressionata dall'ingenuità (almeno così le era sembrato) dell'arringa di K., che, invece, nell'interpretazione che mi piace prospettare, non era priva di superbia intellettuale.

Quell'approccio inusuale rivelava solo il desiderio di trafiggere, con un barlume di umana tenerezza, l'aridità di una vita quotidiana dominata dal cinico gioco del potere.

«Lei appartiene alla società che devo combattere, ma vi si trova benissimo, ama persino lo studente, e se non lo ama, quanto meno lo preferisce a suo marito. Lo si può dedurre facilmente dalle sue parole». «No!», gridò lei rimanendo seduta, e afferrò la mano di K. prima che lui avesse il tempo di ritirarla. «Non può andarsene adesso, non può andarsene con un'opinione sbagliata di me! Sarebbe davvero capace di andarsene adesso? Valgo veramente così poco che lei non vuole nemmeno farmi il piacere di rimanere qui ancora un momentino?» (p. 44)

Il dialogo tra la donna e K. prosegue; alla fine, K. comprende che può fidarsi della donna, ma ho la sensazione che non abbia compreso, o comunque non gli interessava, il livello umano al quale la donna aveva posto la sua offerta di aiuto. L'abito sociale gli era così ben cucito addosso da renderlo insensibile ad una umanità drammatica e senza difese, pur consentendogli, tuttavia, un utile affidamento.

Qui la questione non è tanto quella evocata dall'opacità, tortuosità e trivialità del potere in senso tradizionale. Il dialogo con la donna comincia a far intravedere un'altra possibilità.

Intendo riferirmi all'idea di un potere che investe il piano antropologico esistenziale, perché *sorveglia e giudica* la comprensione, da parte dell'uomo, del senso dell'esistere al mondo. Comprensione, che può anche passare per la rottura delle modalità di giudizio allestite dalle convenzioni destinate a reggere l'ordine sociale, tanto più quando queste si avvalgono di un puro normativismo etico o religioso, oltre che giuridico.

È un potere *sui generis*, che definirei "meta-fisico", che non coincide con i canoni normativi di un'etica mondana o anche con quelli di una religione ufficiale socialmente fruibili.

Come non pensare all'episodio del fariseo e della peccatrice ricordato nel Vangelo di Luca?

Un Fariseo lo invitò a mangiare da lui. Or, ecco, una donna, che era conosciuta nella città come una peccatrice, venne portando un vaso d'alabastro pieno di profumo, e postasi dietro, vicino ai suoi piedi, piangendo incominciò a bagnarglieli di lacrime e li asciugava con i capelli del suo capo, poi li baciava e li ungeva di profumo. Il Fariseo, che lo aveva invitato, vedendo questo, pensava dentro di sé: "Se costui fosse profeta, saprebbe chi è questa donna". Ma Gesù, dirigendo a lui la parola, disse: «Simone, ho una cosa da dirti. Vedi tu questa donna? Io sono

entrato in casa tua e tu non mi hai dato acqua per i piedi; tu non mi hai dato il bacio, e lei, da quando sono entrato non ha cessato di baciare i miei piedi; tu non hai unto di olio il mio capo, e lei ha unto i miei piedi di profumo. Perciò io ti dico: i suoi numerosi peccati sono stati perdonati, perché essa ha amato molto; colui invece al quale poco è perdonato, poco ama». (Luca 7, 36-47, *passim*)

A questo punto della storia, K., perbenisticamente certo della propria innocenza, non immagina neppure che quel tribunale inferiore non sia che il primissimo portone di un percorso che conduce al Tribunale superiore.

Questi è l'attore della giustizia ultima, quella che decide della vita di un uomo. Non solo e non tanto della sua materialità (la condanna a morte), quanto della sua direzione esistenziale, quella che dipende dalla comprensione da parte dell'uomo del "perché" e del "fine" per il quale esistiamo su questa Terra.

Vi è una spiegazione che il pittore Titorelli fornisce a K., durante il colloquio che si svolge nella sua stanza-studio, del quale mi occuperò più avanti, che è illuminante in proposito.

Due bambine scorazzavano per i corridoi dove si apriva lo studio del pittore:

«Anche queste bambine sono del tribunale». «Come?», chiese K., ritraendo di lato la testa e guardando il pittore. Ma questi tornò a sedersi sulla sua seggiola e disse, metà per scherzo e metà come spiegazione: «*Tutto è del tribunale*». «*Non me ne sono ancora accorto*», disse K. [...].

«*Pare che lei non si sia ancora fatto un'idea del tribunale*», disse il pittore [...]. (p. 123, corsivi miei)

Dunque la questione attorno alla quale ruota tutta la storia è appunto il Tribunale, nei suoi diversi gradi.

Se si situa l'interpretazione, come ritengo plausibile, sul livello ontologico-esistenziale, si può capire, innanzitutto, perché il Tribunale non sembri avere un suo luogo; non solo dove sia quello "superiore" è ignoto a tutti, ma anche quello inferiore è confuso in un luogo qualsiasi della vita comune.

La spiegazione che vado proponendo intende tenere insieme il tema della "delocalizzazione" con quello della giustizia che vi si amministra.

Questo tribunale, fin dai suoi gradi inferiori, infatti, non sembra esercitare la giustizia in senso formalmente processuale; una giustizia, cioè, riconoscibile secondo i canoni e le regole che vigono in un ordinamento giuridico di uno stato di diritto.

Questo può far ritenere che si tratti di quella "giustizia" propria di uno stato retto da un potere autoritario. Interpretazione sicuramente corretta. Ma ve ne può essere un'altra.

Avanzo l'idea che la giustizia, cui va incontro K., potrebbe essere di un tipo più radicale, che, tuttavia, definire "sostanziale", come contrappunto di quella "formale", sarebbe, a mio avviso, riduttivo.

Meglio sarebbe definirla: esistenziale e metafisica.

Come dire: esiste una giustizia sospesa sopra di noi che riguarda la nostra vita, gli atti, i gesti più comuni e inavvertiti, di quelli che possono essere riportati, senza neppure farci caso, in un comune *diario*, in un banale quadernetto. Essa è amministrata da un Tribunale che è così interiore alla intimità della nostra vita, sia nell'individuazione delle colpe, sia nella formulazione del giudizio, che possiamo *non accorgercene*, possiamo *non riconoscerla*, se con quell'intimità non abbiamo domestichezza. Come appunto accade a K., quando dice di "non riconoscere il processo"; vi si adeguerà solo per "compassione".

Certo, la battuta di K. si può interpretare facilmente e correttamente – come accennavo prima – come una rivendicazione di libertà civile: un processo è tale quando è riconoscibile dal cittadino. Questo è il pilastro che distingue una società libera da una autoritaria.

Preferisco, invece, piegare quell'affermazione di K. a una diversa interpretazione, intendendola come un atto di superbia intellettuale: il voler attrarre ogni dimensione della realtà vita all'interno dei canoni propri della ragione umana. Quando tale operazione non riesce, il soggetto si rassicura escludendo qualsiasi altra possibilità o rifugiandosi nell'*assurdo*. L'*ulteriore* e l'*altrove* non lo incuriosiscono; anzi, forse, lo inquietano e lo intimoriscono.

Attraverso questa operazione razionale di inclusione-esclusione, noi non ci rendiamo conto delle colpe, spesso impalpabili, di cui ci carichiamo quotidianamente nella nostra vita e rimuoviamo contemporaneamente l'idea che la nostra vita sia continuamente sospesa sotto il giudizio. Giudizio, che non appartiene agli uomini, perché non prende forma in un luogo riconoscibile dagli uomini; si diffonde nella vita stessa.

Qui si possono intrecciare due temi.

Innanzitutto quello che riguarda il "giudizio di Dio", imperscrutabile per definizione.

Al di là dell'affermazione icastica, cosa si deve davvero intendere per "imperscrutabile"? Occorre, credo, afferrare il senso forte del suo essere umanamente definibile come "totalmente altro" dall'ordine della cose umane. Occorre cogliere, cioè, nel profondo, l'idea cristiana del "non giudicare se non vuoi essere giudicato".

Ciò che mi sembra di poter dire è che il giudizio degli uomini e lo stesso giudicare se stessi siano così "altro" dal giudizio di Dio, fino al punto da ritenere che il concetto che il verbo umano "giudicare" esprime, in tutte le lingue, non sia riferibile, neppure per analogia, alla totale alterità di Dio. Se "giudicare" è ciò che gli uomini pensano che sia il "giudizio", allora Dio *non giudica*.

L'altro tema è quello della misericordia cristiana.

Ricordiamoci del dialogo manzoniano tra Lucia e l'Innominato: "Dio perdona tante cose per un'opera di misericordia" e del successivo smarrimento con il quale quel signorotto lombardo, avvezzo alle più turpi scelleratezze, accoglie l'abbraccio di fraterno sollievo del Cardinale Borromeo. Quell'abbraccio testimonia all'Innominato il dispiegarsi di una dimensione totalmente altra, che non

ha nulla a che vedere con la giustizia degli uomini, ed anche con il perdono umano (di cui pure il Borromeo è in qualche modo artefice). Quell'abbraccio è invece il messaggio di un nuovo e diverso senso della vita. Non riguarda solo il perdono delle colpe del passato, ma introduce al senso autentico del futuro.

Da questi due temi intrecciati emerge un pensiero possibile: la misericordia non può che affondare le sue radici in una qualche dimensione del significato metafisico della nostra esistenza, legato alla nostra vita quotidiana in modo così imperscrutabile, da sfuggire all'impronta razionale che, in ogni caso, è sottesa all'attività del "giudicare".

Ma il livello definito di imperscrutabilità misericordiosa apre anche un ulteriore profilo. Questo riguarda direttamente l'uomo, nella sua dimensione empirica. È il profilo, questo sì "razionale", della *critica*. Della consapevolezza, cioè, cui l'uomo non può e non deve sottrarsi, circa il valore esistenziale delle proprie azioni.

Nessuno di noi può essere sicuro che la propria azione etica sia quella definitivamente e indiscutibilmente "giusta"; ognuno di noi vive in mezzo agli altri e ciascuno di noi è "un altro" per gli "altri"; ogni nostra azione segue la propria via in mezzo alle azioni ed alle "vite degli altri" (è il titolo di un recente e bellissimo film)³ e quelle vite, ognuna e tutte insieme, intersecano quella di ciascuno di noi.

Quale certezza, dunque, possiamo avere, in un intreccio siffatto, che la nostra scelta, la nostra decisione, sia quella indiscutibilmente "giusta"? Sia l'unica e non ve ne possano essere altre migliori?

Qui si gioca la "finitudine" che costituisce ontologicamente l'uomo.

Nessun argomento umano, proprio perché umano, cioè allestito da un ente empirico e finito, può ricondurre l'agire in modo assoluto (e perciò definitivo) al Bene e al Male. Con una serie di argomentazioni teoretico-razionali è possibile certamente "valutare" il grado di eticità o di perversione umane di un gesto. Ma in quanto "valutazione" umana, questa resta totalmente "altra" rispetto al cosiddetto "giudizio di Dio". In altre parole, la misericordia cristiana affonda il suo significato nello scarto tra il "noto" per l'uomo, così come si dà nella sua finitudine, e l'imperscrutabilità di Ciò che lo trascende.

Ho qui coniugato la visione ebraica della totale alterità di Dio con una visione che definisco cristiana ed infine con una laica, nella misura in cui ho tracciato una consequenzialità teoretica tra l'idea dell'imperscrutabilità di Ciò che è totalmente altro, la misericordia (che non è perdono in senso umano) e la dimensione della "critica", che deve razionalmente giustificare la scelta etica, pur nella sua strutturale provvisorietà.

E ciò perché solo l'acquisizione nel profondo dell'animo di una consapevolezza critica allestisce la possibilità esistenziale di una disposizione razionale alla preter-razionalità della Trascendenza.

³ Il riferimento è a *Le vite degli altri* (*Das Leben der Anderen*), un film del 2006 scritto e diretto da Florian Henckel von Donnersmarck, vincitore del Premio Oscar per il miglior film straniero. [N.d.R.]

Il Tribunale immaginato da Kafka, privo di un luogo riconoscibile e di procedure trasparenti, può essere interpretato come il Tribunale della vita, di una vita che è sospesa tra Terra e Cielo. Sospesa tra la “valutazione” razionale, talora conformisticamente “normativa”, dell’etica mondana (sia religiosa che laica), che spesso rifugge dalla critica e *ti* nasconde le colpe, e il *non-giudizio misericordioso* del “Totalmente Altro”.

L’aula del tribunale inferiore, affollata di gente comune che si comporta come una tifoseria che applaude, ride, impreca, strilla, rappresenta la vita della moltitudine nella quale la nostra esistenza è immersa. Moltitudine, alla quale ciascuno di noi appartiene, quando porta cucito addosso, come unica pelle, l’abito del proprio ruolo sociale e delle “regole”, in base alle quali giudica ed è giudicato. E resti bene inteso che il giudizio sociale, quello del consociato-giudice, non è riconoscibile come tale; nessuno indossa toghe e berretti, né è seduto su scranni particolari, in un luogo determinato; ognuno opera, agisce, si muove, “tiene comportamenti”, che sono il prodotto di scelte, spesso inconsapevoli della loro qualità e portata esistenziali, provocate da altri comportamenti, a loro volta neppure colti nella loro specifica identità.

Il quotidiano è formato da gesti minuscoli, da attimi il più delle volte neppure percepibili, che sfuggono a una considerazione, ma non per questo non toccano la vita di un *qualsiasi altro*, magari ignoto all’agente.

Sembra che le nostre scelte e decisioni muovano da un orizzonte del tutto controllabile e abbiano un raggio di incidenza anch’esso prevedibile e si fermino lì. Evidentemente no. Quell’orizzonte, apparentemente definibile nei confini, non solo, come è ovvio, ha confini sempre ulteriori man mano che si innalza lo sguardo, ma al suo stesso interno mette in luce nuove e inaspettate rifrazioni, non appena si renda più aguzza la ricognizione.

Le pagine che seguono all’esperienza di K. con il tribunale inferiore raccontano di eventi e di personaggi, come la visita all’avvocato importante, che lo riceve nella sua stanza da letto, e la figura della donna che circola in quell’appartamento, che mettono in luce un tratto che a me appare costante: più K. cerca di trovare e dipanare il bandolo della matassa processuale rimanendo all’interno delle procedure e dei soggetti che dovrebbero *normalmente* intervenire nel suo processo, come in un qualsiasi altro processo, più egli si allontana dall’*essenza* del giudizio che pende sopra di lui.

Se egli continuerà a pensare di potersi difendere ricorrendo alla razionalità formale del processo, continuerà a fallire nel suo intento, perché, in realtà, non avrà compreso la reale consistenza del giudizio cui è sottoposto.

Pertanto anche i documenti del tribunale, soprattutto l’atto di accusa, non sono accessibili né all’imputato né alla difesa, quindi in generale non si sa o almeno non esattamente, contro che cosa deve indirizzarsi la prima istanza, e questa perciò può contenere solo per caso qualcosa che abbia importanza per la causa. [...] Stando così le cose, la difesa viene naturalmente a trovarsi in una posizione molto sfavorevole e difficile. Ma anche questo è intenzionale. La difesa, infatti, non è propriamente consentita dalla legge ma solo tollerata, ed è persino controverso se il

relativo articolo di legge lasci desumere almeno che questa tolleranza sia contemplata. [...] Il processo infatti è di solito segreto non soltanto per il pubblico ma anche per l'imputato. (pp. 94-96, *passim*)

Dunque una "difesa" in senso strettamente processuale è da considerarsi inutile. L'imputato potrà, invece, essere "aiutato"; e, trattandosi di "aiuto", questo si svolgerà su un piano diverso, quello della *normale umanità* dei rapporti interpersonali e quindi nei modi più disparati e dai personaggi più diversi, ma tutti connotati dal loro essere estranei, per la loro identità o per i mezzi dei quali possano avvalersi, a una coerenza con un qualsiasi ordinamento processuale. Anche quando ci si rivolgesse a un avvocato (è, appunto, il caso di K.), egli non agirebbe da "difensore" processuale, ma in virtù delle sue relazioni personali, poiché «in esse sta il valore principale della difesa» (p. 96).

Non serve a nulla, dunque, affidare la propria difesa a delle regole oggettivamente precostituite; il loro stesso contenuto, infatti, è incerto.

Una volta abbandonato il piano processuale, sembra che la interpretazione che se ne può trarre, trasferendo la questione sul piano esistenziale, assuma risvolti che impegnano nel profondo il soggetto. Emerge la figura antica dell'"enigma": solo se saprai comprendere il significato degli eventi che la vita quotidiana ti prospetta e saprai percepire e cogliere gli aiuti che essa inaspettatamente ti offre, potrai fronteggiare il giudizio al quale la tua vita è costantemente sottoposta. Saper cogliere l'aiuto che un qualsiasi altro può fornirti è un gesto di sensibilità umana per quella indigenza che connota l'esistenza di ciascuno, che emancipa il soggetto dalla superbia della ragione.

4. *Il pittore Titorelli*

L'incontro con il pittore Titorelli è un passaggio-chiave del romanzo, che consente di approfondire la riflessione circa l'interpretazione che vado proponendo.

Titorelli, come è noto, era un figlio d'arte, e di un'arte specifica: quella, ereditata dal padre, di ritrarre i giudici del tribunale, fondata su «regole tanto varie, complesse e soprattutto segrete, delle quali non è possibile la conoscenza al di fuori di determinate famiglie» (p. 124).

A causa di questa sua attività, così peculiare, egli era particolarmente familiare con il tribunale. Poiché i giudici andavano da lui per farsi ritrarre, egli non solo ne aveva una conoscenza personale, ma ne sapeva il carattere, le vanità, le debolezze... Ne sapeva, in una parola, la mediocre umanità. In più, essendo una tale funzione trasmessa da padre in figlio, egli possedeva una competenza, come dire, generazionale.

Il colloquio con il pittore rappresenta, per K., un'occasione unica per comprendere un ambiente umano, che, data l'informalità dell'apparato giudiziario, poteva divenire l'unica via di accesso al proprio processo.

Se era davvero così facile manovrare i giudici per mezzo delle relazioni personali, come aveva fatto credere l'avvocato, allora le relazioni del pittore con questi giudici vanitosi erano particolarmente importanti. (p. 124)

Queste parole del romanzo possono essere ascritte ancora, tuttavia, a quel costante "frintendimento" che caratterizza l'agire di K., a causa del quale, anche in questo colloquio, egli non riesce mai a distaccarsi dal suo ruolo sociale, rappresentato dalla "sua posizione in banca".

K. era entrato nell'ordine di idee che se la sua vicenda processuale non potesse essere dipanata per via ordinaria, lo poteva essere per quella strada, "irrituale", legata all'intreccio e reciprocità di favori personali, ai quali non sono certamente estranei, in ogni tempo, neppure i processi ordinari che si svolgono in uno "stato di diritto".

Ma K., ancora una volta si sbagliava; meglio, *frintendeva* il senso di quella *irritualità*.

Il pittore gli illustra le tre possibilità di "assoluzione" che il suo processo, come quello di ogni altro imputato, prevedeva.

Il pittore aveva tirato la seggiola più vicino al letto e proseguì abbassando la voce: «Ho dimenticato di chiederle, in primo luogo quale assoluzione desidera. Ci sono tre possibilità, l'assoluzione vera, l'assoluzione apparente e il rinvio.» (p. 125)

Domanda, in realtà, come sa bene ogni lettore del romanzo, del tutto inutile, dal momento che l'assoluzione "vera", quella cui ogni imputato legittimamente aspira, come è nell'ordine processuale ordinario, non ha bisogno, presso quel particolare tribunale, di nessuna difesa e di nessun aiuto. Ciò che vale è l'effettiva innocenza, e questa, se effettivamente sussiste, è conosciuta solo dal Tribunale superiore, per vie che non hanno bisogno di alcuna mediazione umana.

Le altre due "possibilità", quelle per le quali gli uomini possono darsi da fare, non elimineranno mai la colpa.

Il modo nel quale si può ragionare attorno a questo punto diventa decisivo per ogni interpretazione del romanzo; dunque anche per la mia.

«A mio parere [è il pittore che parla] non esiste una singola persona che abbia influenza sull'assoluzione vera. Pare che qui decida solo l'innocenza dell'imputato. Poiché lei è innocente, potrebbe davvero fare affidamento solo sulla sua innocenza. Ma allora non ha bisogno di me né di qualsiasi altro aiuto.» (*ibid.*)

Con queste parole Titorelli abbandona l'ambito del diritto, l'ambito delle regole "esterne" che hanno il compito di ordinare i rapporti sociali. Il piano che egli sta evocando è quello, forse non del tutto imperscrutabile, ma comunque non decifrabile seguendo canoni formalmente giuridici o anche etici, della giustizia che attraversa la relazionalità esistenziale, che struttura ogni momento della nostra vita. Di una vita che, se pensiamo all'oggi, appare sempre più esposta all'intersecarsi della "colonizzazione giuridica" con quei profili della nascita e della salute fisica, della sofferenza e della

morte, nei quali è messa alla prova la capacità di giudizio e di decisione, individuale, relazionale e sociale, del soggetto in tutta la sua finitudine esistenziale.

La chiara distinzione tra l'ambito del diritto e quello della "coscienza" è il punto di distinzione tra uno stato di diritto e uno stato totalitario, la cui "vocazione" è proprio quella di usare il proprio ordinamento normativo come un veicolo di dominio interiore delle coscienze: l'invasione della intimità esistenziale nella sua costituzione relazionale con gli altri e con il mondo.

La consapevolezza critica del soggettività libera, invece, si misura proprio nella capacità di cogliere i molteplici e distinti livelli cui si dislocano le relazioni della vita e, in particolare, quelli ove la validità operativa del diritto entra in contatto, fino talora ad intersecare, la coscienza e la consapevolezza della propria struttura co-esistenziale.

L'esperienza quotidiana mostra spesso come vi siano ambiti in cui l'ordinamento giuridico, pur senza abdicare alla sua funzione sociale, possa essere solamente una variabile orientativa di fronte a vicende umane nella quali ciascuno di noi è messo di fronte all'*enigmaticità del senso autentico del vivere*, in tutti i suoi aspetti costitutivi. E tale enigmaticità è quella che chiama in causa la libertà e la responsabilità dell'uomo, le quali aprono l'orizzonte del *giudizio*, che non è, però, quello che può autorizzare l'ordinamento giuridico né un sistema "morale", se per "giudizio morale" si intende quello formulabile in base ad una sorta di tipizzazione normativa.

Il giudizio di cui parlo è quello nel quale il soggetto è esposto direttamente, senza mediazioni, di fronte alla vita e nel quale "colpa" e "innocenza" appartengono alla sua esclusiva e *finita* consapevolezza.

A questo genere di "innocenza" dell'uomo, *ente finito*, fanno riferimento le parole di Titorelli: solo un Tribunale che trascenda ogni modalità di giudizio umano può giudicarla e, di fronte a un tale Tribunale, nessuna mediazione umana può essere di aiuto.

Seguiamo lo svolgersi del dialogo.

«Lei prima ha osservato [è K. ora a parlare] che il tribunale è inaccessibile ad argomenti probatori, poi ha limitato questo al tribunale pubblico, e adesso dice addirittura che davanti al tribunale l'innocente non ha bisogno di aiuti. E qui c'è già una contraddizione. Ma lei prima ha anche detto che è possibile influenzare personalmente i giudici, invece ora nega che l'assoluzione vera, come lei la chiama, si possa mai ottenere mediante un'influenza personale. E qui è la seconda contraddizione.» (*ibid.*)

K. ha frainteso la "spiegazione" del pittore; egli ne sottolinea, infatti, le "contraddizioni", rimanendo ancorato alla logica di un processo mondano. Come è possibile, infatti, che il Tribunale resti inaccessibile proprio a quegli argomenti probatori che in quel luogo dovrebbero avere il loro naturale svolgimento? Gli sembrava, davvero, che quel Tribunale fosse avvolto da una oscurità razionalmente insopportabile e prevaricatrice: financo una condanna a morte verrebbe pronunciata senza possibilità di difesa alcuna da parte dell'imputato e, in più, senza che egli neppure sappia per quale sua "colpa".

«Sono contraddizioni facili da spiegare», disse il pittore. «Qui si parla di due cose diverse, di quello che sta nella legge e di quello di cui ho fatto personalmente esperienza, lei non deve confondere. Nella legge, che d'altronde non ho letto, da una parte ovviamente sta scritto che l'innocente viene assolto, ma dall'altra non sta scritto che i giudici possono essere influenzati. [...]» (pp. 125-126)

Il pittore prosegue, infastidito dall'ottusità di K., e finisce per inquietarlo ancor di più con le sue parole.

«[...] ho ascoltato innumerevoli processi nelle loro fasi salienti e, per quanto c'è di visibile li ho seguiti, ebbene – devo ammetterlo – non ho mai conosciuto una sola assoluzione vera». «Neanche un'assoluzione, dunque», disse K. come se parlasse a sé e alle sue speranze. «Ma questo conferma l'idea che già mi sono fatta del tribunale. Tutto inutile dunque, anche da questa parte. Un solo boia potrebbe sostituire l'intero tribunale». «Non deve generalizzare», disse il pittore scontento, «ho parlato solo delle mie esperienze». «Mi pare che basti», disse K., «o ha sentito di assoluzioni avvenute in passato?». «Assoluzioni devono pure esserci state», rispose il pittore. «Solo è molto difficile appurarlo. Le sentenze definitive del tribunale non vengono pubblicate, non sono accessibili nemmeno ai giudici, di conseguenza intorno ai vecchi casi giudiziari si sono conservate solo leggende. Queste, comunque, e addirittura nella maggior parte, parlano di assoluzioni vere, ci si può credere, ma non è possibile provarle. [...]» (p. 126)

Dunque l'assoluzione vera esiste. Tuttavia essa non è conoscibile con gli strumenti umani; anzi è così estranea ai percorsi della razionalità cognitiva che assume la forma della "leggenda". Ma di una leggenda alla quale *occorre credere*.

È a un tale livello che si situa l'"innocenza"; a quel particolare livello della dimensione umana che pone il soggetto sul confine del campo controllato cognitivamente dalla razionalità. Ed è questa innocenza, propria di un ente *finito*, e dunque *imperfetta*, che attira la *misericordia* di quel Tribunale, così come la "colpa" ne provoca la condanna, anche quando la colpa medesima trovi forme umane di assoluzione.

Ci sono parole di Kierkegaard che fanno emergere in tutta la sua potenza "pre-razionale", e al tempo stesso drammatica, perché portano in sé lo stigma dello scarto tra la finitudine dell'uomo e la perfezione di Dio, ciò che muove la *misericordia*: l'amore.

Ma se Dio muove se stesso e non per bisogno, cos'è allora che lo muove se non l'amore?...Ma quest'amore è fondamentalmente infelice, perché essi sono tanto dissimili l'uno dall'altro; e quel che sembra tanto facile, la possibilità cioè per Dio di farsi comprensibile, non è tanto facile, se Egli non deve annientare la differenza. [...] L'infelicità non consiste nel fatto che gli amanti non riescono ad unirsi, ma nel fatto che non possono comprendersi a vicenda" (S. Kierkegaard, *Briciole di filosofia*, a cura di C. Fabro, Zanichelli, Bologna 1962, pp. 212-213, *passim*).

Troviamo questo tema ancora meditato in una lettera scritta da Romano Guardini a un amico, il primo agosto del 1963.

In realtà, la problematica sta, secondo me, nell'uomo, nel finito: non "basta" che ci sia Dio? Ci può essere un finito "accanto" a lui se lui e lui solo è Dio? [...] L'idea di Dio, concepita con autentica serietà, anzi – per riprendere l'espressione di Kierkegaard – con "passione", sopporta

che ci sia ancora “qualcosa” accanto a lui? Certo questo “qualcosa” è grande, immenso sotto ogni riguardo, è il mondo. Ed esso contiene anche noi; ognuno può dire: anche me. Quindi la sua realtà può essere la risposta alla mia esigenza di essere, vivere, creare, trovare la salvezza [...]. Ma il finito esiste; io esisto: allora che cosa può aggiungere a lui [...]. Così bisognerebbe ammettere qualche cosa a cui non si pensa affatto [...] e cioè una volontà, insita nella vita intima di Dio, nel suo “cuore”, di “arrivare” al finito, di superare la propria assolutezza, o meglio, di discenderne. (R. Guardini, *Sul limite della vita. Lettere teologiche a un amico*, Vita e Pensiero, Milano 1994)

Qui il Cristianesimo prospetta un messaggio importante per la civiltà occidentale, da un lato distinguendo il mondo dell'uomo da quello in cui opera lo Spirito, ma dall'altro conservandone la continuità affidata all'“amore”, che chiama in causa l'intimità dell'uomo, allorché egli “avverte” e comprende la potenza, ontologicamente imperfetta, della propria ragione.

Evocando, infatti, il tema della *misericordia* cristiana, che si lega alla strutturale imperfezione dalla finitudine umana, intendo mostrare come questa si coniughi, in profondità, con l'altro tema (prima accennato) proprio della spiritualità cristiana: quello del “non giudicare”, che separa nettamente il mondo del giudizio umano, con le conseguenti assoluzioni e condanne giuridiche, morali, religiose, da quello dello Spirito, da quello di Dio, dell'“Oltre”, nel quale opera un criterio che supera l'umano: quell'*amore* che è alla radice della misericordia, ma anche, come vedremo nelle righe che seguono, per difetto, della condanna.

«Non giudicate e non sarete giudicati; non condannate e non sarete condannati; perdonate e sarete perdonati» sono le parole del Cristo, riportate, come tutti sanno, da Luca nel *Discorso della montagna* (6, 37).

È questa incapacità di porsi sul confine tra la ragione e l'“Oltre” che avviluppa K. in un costante, talora sarcastico, ma comunque tragico, fraintendimento.

«Non bastano le leggende a farmi cambiare avviso», disse K., «non ci si può appellare a queste leggende davanti al tribunale, no?». Il pittore rise: «No, non si può», disse. «Allora è inutile parlarne», disse K. [...]. (p. 126)

K., l'alto funzionario di banca, si va ad infilare così, seguendo il filo della *sua* logica, nella via, che sappiamo essere senza uscita, rappresentata dalle altre due forme di assoluzione che il pittore gli aveva prospettato: l'“assoluzione apparente” e il “rinvio”.

K. non ne conosce ancora le peculiarità; fatto sta, però, che, come se ne avvertisse in anticipo, quasi epidermicamente, la loro vacuità, sembra essere preso, nella stanza del pittore, da una sorta di insofferenza, di bisogno d'aria.

«L'assoluzione apparente e il rinvio. Non può che trattarsi di queste», disse il pittore. «Ma non vuole togliersi la giacca, prima che ne parliamo? Mi pare che lei abbia caldo». «Sì», disse K., che fino a quel momento aveva prestato attenzione solo alle spiegazioni del pittore ma, ora che era stato menzionato il caldo, cominciò a grondare sudore dalla fronte. «È quasi insopportabile». Il pittore annuì, come se capisse benissimo il disagio di K. «Non si potrebbe aprire la finestra?», chiese K. «No», disse il pittore [...]. (p. 127)

[K.] Chiese di malumore: «Come le ha chiamate le altre due possibilità?». Aveva dimenticato ancora una volta i termini. «L'assoluzione apparente e il rinvio», disse il pittore. «Sta a lei quale scegliere. [...]» (p. 128)

Titorelli offre a K. una scelta, ma una scelta entro confini di fatto insuperabili, quali quelli rappresentati dal mondo umano quando questo si presenta come un vissuto chiuso in se stesso, senza una possibilità *ulteriore*. Una tale scelta è, allora, piuttosto un agitarsi, un dibattersi, dentro un *cul de sac*.

«L'una e l'altra si possono ottenere con il mio aiuto, certo, non senza sforzo, la differenza sotto questo aspetto è che l'assoluzione apparente richiede un impegno concentrato ma limitato nel tempo, il rinvio uno molto più leggero ma prolungato. Allora, cominciamo con l'assoluzione apparente. Se è questa che lei desidera, scrivo su un foglio una dichiarazione della sua innocenza. Il testo della dichiarazione mi è stato tramandato da mio padre ed è inattaccabile. Con questa dichiarazione faccio poi un giro dai giudici che conosco. [...]» (p. 128)

Titorelli spiega poi a K. cosa farà di una tale dichiarazione. Egli andrà da diversi giudici, alcuni vorranno conoscerlo, altri non vorranno dargli udienza, e questi andranno evitati, fino ad arrivare al giudice che ha in mano la sua causa. A quest'ultimo, sulla base del consenso ottenuto dagli altri giudici, garantirà della sua innocenza.

«Può darsi che io ottenga anche la sua firma, allora tutto procederà un po' più in fretta del solito. Ma in generale, a questo punto, non ci sono più molti impedimenti, per l'imputato è il momento della massima fiducia. È strano ma vero, la gente in questo momento è più fiduciosa che dopo l'assoluzione. Ora non c'è bisogno di darsi tanto da fare. Nella dichiarazione, il giudice ha la garanzia di un gran numero di giudici, può darle tranquillamente l'assoluzione, e non c'è dubbio che lo farà [...]» (p. 129)

Come dire, circa l'innocenza di un uomo decide il giudizio sociale, o, meglio, quel consenso che si forma attorno alla sua figura e immagine sociali, che, come è ovvio e come è “normale”, lascia fuori l'effettiva e intima personalità di uomo. E tuttavia occorre considerare che la rappresentazione sociale di un uomo, nell'opinione comune, fa tutt'uno con la sua persona, e quindi condanna e assoluzione, toccando l'una, coinvolgono anche l'altra.

Questa distinzione, tra immagine sociale e intimità esistenziale, oggetto di due giudizi radicalmente diversi perché dislocati su livelli tra loro non comunicabili, rappresenta il fulcro del processo che riguarda K..

Per questo l'assoluzione che può seguirne è solo “apparente”, poiché riguarda i “costumi” socialmente apprezzabili di quell'uomo, non la sua anima.

«Lei comunque esce dal tribunale ed è libero». «E così sono libero», disse K. esitante. «Sì», disse il pittore, «ma libero solo in apparenza, o, per meglio dire, temporaneamente libero. [...]» (*ibid.*)

Ciò che qui è in questione è la differenza sostanziale dei giudizi: quella formulata dai giudici del tribunale inferiore, in una certa misura visibile ed accessibile, seppure in modo giuridicamente stravagante, e quella di spettanza del Tribunale superiore, in nessun modo avvicinabile.

L'interpretazione che propongo è la seguente: il giudizio sociale, che passa e si forma per molteplici vie, conoscenze, convenienze, luoghi comuni, conformismi, appartenenze ecc., che giunge a pronunciare una sentenza di assoluzione o anche di condanna, non fa differenza, non ha nulla a che vedere con quel giudizio che riguarda la capacità di ciascuno di noi di cogliere il senso dell'esistenza e di fronte al quale ciascuno resta esposto e sottoposto in virtù della sua costituzione finita, e quindi libera e responsabile. Ma, in fondo, quanto può interessare alla società la persona in quanto tale? Alla società interessa la funzionalità di questa ai *parametri di riconoscimento* che si è data.

[Titorelli] «Come si presentino lassù le cose non lo sappiamo, e *nemmeno, sia detto per inciso, vogliamo saperlo.*» (*ibid.*, corsivi miei)

“nemmeno vogliamo saperlo” sottolinea il pittore: il che è del tutto corretto quando oggetto del giudizio è l'atto di un uomo contemplato dall'ordinamento (è il punto cardine del diritto penale di uno stato di diritto); ma ciò mostra anche l'illegittimità del giudizio umano, quando esso si spinge fino a invadere l'intimità esistenziale del soggetto e magari viene formulato in nome di una sorta di legalismo etico o di una “colonizzazione giuridica” dell'ambito etico.

Continua il pittore, a conferma della incommensurabilità dei due giudizi:

«Fatto sta che i nostri giudici non hanno il grande diritto di liberare dall'accusa, hanno però il diritto di sciogliere dall'accusa.» (*ibid.*)

La società può assolvere, ma la colpa di fronte alla esistenza, quando c'è, e c'è finché l'uomo non *si interroga*, non viene meno. La vita, infatti, continua ad accusarti, finché tu non hai preso consapevolezza del “senso” che essa ti indica.

«Cioè, se lei viene assolto in questo modo, per il momento è sottratto all'accusa, ma questa continua a pendere sopra di lei e basta che arrivi un ordine superiore perché entri subito in vigore [...]» (*ibid.*)

Il giudizio circa la colpa o l'innocenza esistenziali non solo non riguarda alcun tribunale umano, ma è a tal punto radicale che, di fronte alla “innocenza” esistenziale imperscrutabilmente e *misericiosamente* stabilita dal tribunale superiore,

«non solo l'accusa viene meno ma anche il processo e persino la sentenza vengono distrutti, tutto viene distrutto.» (p. 130)

L'innocenza riguarda l'anima e non la rappresentazione sociale del soggetto. Essa coglie la dimensione "religiosa" dell'uomo, sia che abbia una sua "fede" di appartenenza, sia che si professi agnostico.

Quando l'uomo prende confidenza, nella sua intimità, con le proprie colpe esistenziali e il "cambiar vita" (soccorre di nuovo la figura manzoniana dell'Innominato) è la testimonianza di questa profonda consapevolezza, allora "tutto" scompare: la *misericordia*, che trascende la "razionalità" del mondo umano e entra invece nell'alveo della *finitudine*, cancella processo e colpa.

Su questo si misura l'incommensurabilità tra i due giudizi.

«Nell'assoluzione apparente [sottolinea il pittore] è diverso. Nel fascicolo degli atti non è avvenuto nessun cambiamento, tranne che è stato arricchito della dichiarazione di innocenza, dell'assoluzione e della motivazione e della motivazione dell'assoluzione. Ma per il resto rimane il procedimento.» (*ibid.*)

Qui il pittore sembra prospettare a K. una scelta di fondo, tra la ricerca autentica di un senso profondo dell'esistere, che chiama quel perdono misericordioso che cancella ogni traccia di colpa, e l'accontentarsi di apparire innocenti di fronte al mondo.

In questo secondo caso, la colpa, come non-comprensione del senso autentico dell'esistere al mondo (pur entro l'imperfezione della finitudine), continua a sussistere al di là dello svolgimento della vita sociale e della conformità alle sue "regole".

Il messaggio del pittore tocca, almeno così mi piace intendere, l'essenza del Cristianesimo: l'idea dell'uomo nuovo, che non è la conseguenza di un perdono rituale che proviene dall'esterno della persona, ma si genera da quell'interiorità dell'uomo stesso che attraversa la vita illuminata dalla parola del Cristo. A questo livello, che tocca l'anima, solo Dio *sa e può giudicare*.

Insomma, la salvezza dipende solo da te.

Questo è il tema centrale che regge l'apologo del contadino di fronte al portone della Legge, sul quale tornerò fra pochissime righe. Per il momento mi soffermo sulla terza modalità di sentenza: il "rinvio".

Il significato di quest'ultimo va inteso in stretta continuità con la spiegazione dell'assoluzione apparente, poiché introduce a quella ambiguità dell'uomo che non vuole affrontare in alcun modo la questione della propria colpa, anzi rimuove, come infastidito, ogni argomento che a questa riflessione può comunque indurlo.

Preferisce non interrogarsi e *rinvviare*, così, il momento della presa di coscienza.

«Ma neppure questa seconda soluzione, dunque, è definitiva» disse K. e voltò la testa come per respingere gli argomenti [...] (p. 131)
 Incalza il pittore: «È chiaro che l'assoluzione apparente non le pare vantaggiosa [...] forse le va meglio il rinvio [...]. Se non si trascura niente a questo riguardo, si può prevedere con sufficiente certezza che il processo non supererà mai la prima fase. Non che il processo sia terminato, ma l'accusato è al sicuro da una condanna quasi fosse libero.» (*ibid.*)

Mi sembra che qui venga prospettata all'uomo una situazione di galleggiamento: egli va avanti, prosegue per la propria strada, nella convinzione che, se saprà guardarsi intorno e presterà la dovuta attenzione, saprà fare le mosse più utili, non incorrerà in apparenti sanzioni.

In questa operazione, che si può definire di equilibrio sociale, l'uomo continua a gettarsi alle spalle ogni autentica responsabilità di fronte agli altri.

Al termine di questa terza spiegazione, K. è stanco, ha fretta di andarsene. Ha capito che non ha via d'uscita: nessun processo umano, per quanto egli si dia da fare nel mondo circostante, può assegnargli una vera assoluzione.

«Se ne va di già?», chiese il pittore, che si era alzato in piedi anche lui. «Sono sicuro che è l'aria a farla scappare. Mi dispiace molto. Avrei ancora parecchie cose da dirle. Ho dovuto essere piuttosto conciso. Ma spero di essermi fatto capire». «Oh sì», disse K., che per lo sforzo posto nell'ascolto aveva il mal di testa. [...] il pittore riassunse ancora una volta il tutto e disse: «Entrambi i metodi hanno questo in comune, che impediscono la condanna dell'imputato». «Però impediscono anche l'assoluzione vera», disse K. sottovoce, come se si vergognasse di averlo riconosciuto. «Lei ha colto il nocciolo della questione», disse in fretta il pittore. (p. 132)

5. Di fronte alla Legge

L'apologo è noto; mi limiterò a ricordarne i passaggi che mi sembrano decisivi.

La vita riserva a K. ancora una possibilità per intenderne l'autentico significato e questa gli si presenta in un modo inaspettato, aperto al rischio della sua incomprendibilità.

Ripropongo il tema dell'*enigma*: la vita può richiamarci a sé in ogni momento, in modalità imprevedute e facilmente confondibili con aspetti che sembrano del tutto estranei alla propria vicenda umana. Nella capacità di comprendere che in quell'evento inaspettato vi è un significato da decifrare e che comunque quell'evento non è riducibile a una mera coincidenza, consiste il primo passo che ciascuno di noi può compiere verso la soluzione dell'*enigma*.

K. era libero di continuare a svolgere la sua professione, come se nulla gli stesse capitando, e così aveva accompagnato nel duomo un italiano, ospite della banca.

È in questa situazione, durante una comune giornata di lavoro, che la vita lo chiama ancora, inaspettatamente; gli prospetta di nuovo l'*enigma*, del quale K., tuttavia, come sappiamo, non coglie l'affacciarsi.

«Tu sei Josef K.», disse il sacerdote [...]. «Sì», disse K., [...]. «Sei accusato», disse con voce particolarmente bassa. «Sì», disse K., «mi hanno informato». «Allora sei tu quello che cerco», disse il sacerdote. «Io sono il cappellano delle carceri». «Ah», disse K. «Ti ho fatto chiamare qui», disse il sacerdote, «per parlarti». «Non lo sapevo», disse K. «Sono venuto qui per mostrare il duomo a un italiano». «Lascia andare, sono cose secondarie», disse il sacerdote. «Che cosa tieni in mano? È un libro di preghiere?». «No», rispose K., «è un album dei monumenti della città». «Lascialo», disse il sacerdote. [...] «Lo sai che il tuo processo va male?» (p. 173)

Dunque, quello che per K. era un incontro del tutto casuale, *casuale* non era per nulla; corrispondeva a una precisa chiamata della vita. Nell'apparenza della casualità di un evento si annida l'essenza dell'enigma.

K. aveva avuto la fortuna (possiamo chiamarla così?) che il sacerdote richiamasse l'attenzione di lui su quella non casualità dell'incontro, ma sappiamo da Jung come sia affidato solo a una sensibilità preter-razionale del soggetto giungere a decrittare ciò che si nasconde dietro l'apparenza di una semplice coincidenza. Quest'ultima, vista con occhi diversi, va interpretata come una "sincronicità" di percorsi e di eventi che toccano la vita di diversi soggetti, il cui intersecarsi in momenti e situazioni apre un orizzonte di significato, che va oltre quello che può assegnargli la limpida metodicità della ragione.

Ma quanti di noi riescono ad avere occhi tanto vigili da comprendere che ciò che appare una casuale coincidenza, alla quale non prestare quindi attenzione, è, invece, un messaggio della vita?

In ciò mi pare consistere la realtà di ciò che chiamiamo "enigma"; l'"enigma" non è un problema irrisolvibile, come si può anche ritenere, ma è la *possibilità*, consegnata alla intimità di ciascuno di noi, della individuazione stessa dell'esistenza di un problema. La capacità del soggetto di intuire che una apparente casualità tale non sia, costituisce la premessa decisiva per dipanare il problema che attraverso quella *sincronicità* la vita ti prospetta.

Il sacerdote comunica a K. che la sua colpevolezza è dimostrata.

K., nonostante ora sapesse che quell'incontro non fosse casuale, anzi fosse programmato in un altro livello di *senso* del suo percorso esistenziale, non compie quel passaggio di orizzonte interpretativo cui proprio questo primo disvelamento avrebbe dovuto indurlo.

Egli continua a rimanere all'interno dei convincimenti che la sua ragione "mondana" gli prospetta come corretti, e l'esito è ancora una volta il "fraitendimento". Quel fraintendimento che lo condurrà inesorabilmente verso la morte.

«Ma io non sono colpevole», disse K., «è un errore. Come può mai essere colpevole un uomo? E qui siamo tutti uomini, l'uno come l'altro». «È giusto», disse il sacerdote, «ma è proprio così che parlano i colpevoli» (p. 174)

K. è spiazzato, non arriva a cogliere il senso chiaro nascosto dentro l'apparente oscurità del messaggio del sacerdote:

«Anche tu sei prevenuto contro di me?», chiese K. «Non sono prevenuto contro di te», disse il sacerdote. «Ti ringrazio», disse K., «ma tutti gli altri che hanno parte nel processo sono prevenuti contro di me. Trasmettono queste prevenzioni anche a chi non vi ha parte. La mia posizione si fa sempre più difficile». «Tu fraintendi i fatti», disse il sacerdote, «la sentenza non arriva d'un tratto, è il processo che si trasforma a poco a poco in sentenza». (*ibid.*)

Ancora un "fraitendimento"; quello della ragione che si ferma ai comportamenti e che svia l'uomo dall'interrogarsi sulla direzione che assume il *procedere* della vita. La sentenza, che segna la

fine della vita, si è formata durante quel percorso dal quale si è rimasti distratti. La colpa che ciascuno di noi porta con sé non è quella di azioni compiute in evidente violazione di una legge umana o dei parametri di una moralità sociale; la colpa sta nel *non interrogarsi* sulla direzione che la propria vita assume giorno dopo giorno.

Il colloquio con il sacerdote prosegue; a K. sembrava potervi trovare un certo conforto. Forse di quel personaggio poteva fidarsi, più degli altri che aveva incontrato. Ma il sacerdote lo richiama ad una realtà che, ancora una volta, va oltre l'apparenza.

«Non illuderti», disse il sacerdote. «Su che cosa dovrei illudermi?», chiese K. (p.175)

È l'ultima possibilità offerta dalla vita a K. per afferrare la via della propria salvezza. K. non ci riuscirà.

«Sul tribunale ti illudi», disse il sacerdote, «nelle Scritture che introducono alla Legge, a proposito di questa illusione viene detto: Davanti alla Legge c'è un guardiano. Da questo guardiano arriva un uomo di campagna e chiede che lo si lasci entrare nella Legge. Ma il guardiano dice che al momento non può concedergli di entrare. L'uomo riflette e poi chiede se allora potrà entrare più tardi. "Può darsi – dice il guardiano – ma adesso no". Poiché la porta della Legge è, come sempre, aperta e il guardiano si fa da parte, l'uomo si china per guardare attraverso la porta nell'interno. Quando il guardiano se ne accorge, ride e dice: "Se ti attira tanto, prova dunque a entrare, nonostante il mio divieto. Ma bada: io sono potente. E non sono che l'ultimo dei guardiani. Di sala in sala, però, ci sono altri guardiani, uno più potente dell'altro. Già del terzo non riesco più nemmeno io a reggere la vista". L'uomo di campagna non si aspettava tali difficoltà, la Legge deve essere accessibile a chiunque e in ogni momento, pensa, ma poi osserva meglio il guardiano nella sua pelliccia, con il gran naso a punta, la barba tartara nera, lunga e sottile, e decide che è meglio aspettare finché gli venga dato il permesso di entrare. Il guardiano gli dà uno sgabello e lo fa sedere a lato della porta. Lì rimane seduto giorni e anni. [...] (pp. 175-176)

È vero: la porta della Legge è sempre aperta. Possono non esistere ostacoli sul piano, come dire, "formale", quale può essere quello rappresentato dai canoni di un qualsivoglia legalismo morale o religioso. Il guardiano, infatti, si fa da parte. L'uomo vorrebbe sbirciare oltre il portone, quasi a preconstituirsì un percorso di salvezza decidendo di obbedire, con i propri comportamenti, ai dettami della Legge, così come "formalmente" vengono enunciati.

Il guardiano ride: troppo facile! In quel portone non si entra staccando un semplice biglietto d'ingresso, anche decidendo di pagarne il prezzo: l'osservanza delle norme! L'obbedire a una legalità.

L'ingresso in quel portone non dipende dalla verifica che un funzionario della Legge può esercitare circa la regolarità delle procedure.

La salvezza non consiste, infatti, nell'osservanza di "contenuti" trasformati in norme procedurali.

L'innocenza dell'uomo, che è ciò che chiede la Legge, non coincide con *contenuti proceduralizzabili*.

Credo significativo proporre, a questo punto e senza ulteriore commento, un brano assai noto, del Vangelo di Luca:

Disse pure questa parabola, per taluni che in cuor loro erano persuasi d'esser giusti e disprezzavano gli altri: «Due uomini salirono al Tempio per pregare; uno era Fariseo e l'altro pubblicano. Il Fariseo, ritto in piedi, così pregava dentro di sé: "O Dio, ti ringrazio, perché non sono come tutti gli altri uomini, rapaci, ingiusti, adulteri, e neppure come questo pubblicano. Diggiuno due volte la settimana e pago le decime di tutte quante le mie rendite!" Il pubblicano invece se ne stava distante e non ardiva neppure di alzare gli occhi al cielo; ma si percuoteva il petto, dicendo: "O Dio, sii propizio verso di me che sono un peccatore!" Io vi dico che questi discese a casa giustificato, a differenza dell'altro; perché chi si esalterà sarà umiliato, e che si umilia sarà esaltato.» (Luca 18, 9-14)

Noli foras ire, in te ipsum redi. In interiore homine habitat veritas, è l'insegnamento chiaro e straordinariamente impegnativo per ciascuno, che ritroviamo in S. Agostino (*De vera religione*, 39, 72).

L'innocenza sta nell'interrogarsi sul senso del proprio agire quotidiano; ed è questo interrogativo, permanente, continuo come un tarlo dell'anima, a costituire la risposta co-esistenzialmente *migliore*, tra la molteplicità di quelle che il percorso dalla vita prospetta come possibili, sempre nuove, ad aprire alla *misericordia* salvifica di Dio.

L'interrogativo di cui parlo non tormentava l'anima dell'uomo di campagna. Il suo restar seduto di fronte a quel portone per giorni e per anni, in attesa del viatico che il guardiano gli potesse offrire, è esattamente ciò che gli preclude l'ingresso.

[...] Ormai non gli resta più molto da vivere. Prima della morte, tutte le esperienze di quegli anni si condensano nella sua testa in una domanda, che fino allora non ha mai rivolta al guardiano. Gli fa un cenno, poiché non può più raddrizzare il suo corpo che si sta irrigidendo. Il guardiano deve chinarsi verso di lui, poiché la differenza di statura si è molto spostata a sfavore dell'uomo. "Che cosa vuoi sapere ancora?" chiede il guardiano, "sei insaziabile". "Tutti aspirano alla Legge", dice l'uomo, "come mai, in tutti questi anni nessuno ha chiesto di esservi ammesso oltre me?" Il guardiano capisce che l'uomo è alla fine, e per raggiungere il suo udito che sta venendo meno, gli urla: "Qui nessun altro poteva ottenere di esservi ammesso, perché questa entrata era destinata solo a te. Adesso vado a chiuderla"». (pp. 176-177)

Qui sono di fronte due modelli umani di comprensione dell'esistenza. Il modello della razionalità legalistica, che può trovare espressione anche nel consolidamento allestito dal normativismo di una istituzione religiosa, e il modello proprio di una *interpretazione religiosa* dell'esistenza.

Per il primo modello, la Legge è un dettato generale, alla cui "tipicità" ciascuno deve prestare obbedienza. Da questo punto di vista, quel portone sarebbe aperto, *in generale*, a chiunque osservi quel dettato, nella sua tipizzazione generalizzante. Ed è questo il modo di intendere la Legge, cui pensava l'"uomo di campagna": se, infatti, tutti aspirano alla Legge, perché in quegli anni di attesa nessuno aveva varcato la soglia del suo portone?

Il modello incarnato dal guardiano è diverso. La Legge, non essendo riducibile a imperativo generale, appartiene a quell'*interpretazione religiosa dell'esistenza*, che si interroga sul senso della vita, che coinvolge, in un tutt'uno, "Terra" e "Cielo" e nel quale il "Cielo" si costruisce sulla "Terra" e attraverso la "Terra". Interpretazione, nella quale perde di significato la distinzione tra etica religiosa ed etica laica, la quale ha un suo specifico significato, invece, quando il confronto si svolge tra religioni istituzionalizzate e modelli mondani connotati eticamente.

La religiosità di cui parlo, e che interpreto rappresentata dal guardiano, è appunto l'interrogarsi sul senso di un vivere proprio di un ente finito, strutturalmente costituito, proprio a causa della sua *finitudine*, in relazione con *gli altri*, appresa, quest'ultima, sia nella sua valenza intersoggettiva *privata*, sia *pubblico-sociale*.

Da questo punto di vista, allora, il guardiano, chiudendo il portone, prospetta all'uomo di campagna la spiegazione esatta: da quel portone nessun altro poteva passare, poiché il suo entrarvi riguarda lo specifico percorso che ciascuno compie nel corso della vita. Così come la vita è individuale, anche la Legge riguarda ogni singola esistenza, nella sua propria irripetibile singolarità, ed è soddisfatta dagli interrogativi, cui ognuno deve far fronte senza cercare il sollievo in risposte precostituite, tipizzate o tipizzabili.

Qui è il fraintendimento di K., cui il sacerdote aveva alluso fin dall'inizio del loro incontro e che, come si ricorderà, aveva caratterizzato anche il precedente incontro con il pittore.

Il modello che egli ha in testa è quello che ho definito di un legalismo religioso, interpretabile razionalisticamente. Come si concilierebbe, infatti, la generalità dell'aspirazione alla Legge con l'affermazione finale del guardiano che chiarisce che quel portone accoglie solo il singolo? Il guardiano avrebbe ingannato l'uomo di campagna. In più, seguendo la medesima logica, compito del guardiano, se "guardiano" era, sarebbe stato quello di respingere gli "estranei", cioè coloro che non *fossero in regola*, non quello di impedire di entrare all'uomo, che a quell'ingresso aspirava a buon diritto.

Il dialogo che segue tra K. e il sacerdote è il confronto-scontro tra l'argomentare logico della ragione e la "verità" esistenziale che si annida nella Parola della Legge: tra la "certezza" e l'"interrogazione".

«Dunque il guardiano ha ingannato quell'uomo», disse subito K., avvinto dalla storia. «Non essere precipitoso», disse il sacerdote, «non accettare senza averla verificata l'opinione altrui. Ti ho raccontato la storia secondo il testo delle Scritture. D'inganno non si parla». «Ma è evidente», disse K., «e la tua prima interpretazione era giustissima. Il guardiano ha detto le parole liberatrici solo quando all'uomo non potevano più servire». «Prima non gli era stato chiesto niente», disse il sacerdote, «e tieni anche presente che era solo un guardiano, e come tale ha fatto il suo dovere». «Perché, credi che abbia fatto il suo dovere?», chiese K., «non l'ha fatto. Forse il suo dovere era di respingere gli estranei, ma quest'uomo, al quale era destinata l'entrata, avrebbe dovuto farlo passare». «Tu non hai abbastanza rispetto per la Scrittura e alteri la storia», disse il sacerdote. «Circa l'accesso alla Legge, la storia contiene due importanti dichiarazioni del guardiano, una all'inizio, una alla fine. Il primo passo dice che lui, al momento, non può concedergli di entrare, e l'altro: questa entrata era destinata solo a te. Se fra queste due

dichiarazioni ci fosse contraddizione avresti ragione tu, e il guardiano avrebbe ingannato l'uomo. Ma contraddizione non c'è. [...]» (p. 177)

Il dialogo continua tra le confutazioni “logiche” di K. le spiegazioni pazienti del sacerdote, tese a mostrare l'inconsistenza di quelle confutazioni.

In definitiva, la ragione di K. resta ancora una volta, e ormai per l'ultima volta, sulla soglia dell'enigma, senza accorgersi che ne è rimasta avviluppata senza più via di scampo.

D'altra parte è il destino dei più.

«A questo proposito gli interpreti dicono [è sempre il sacerdote che parla]: “la giusta comprensione di una cosa e il fraintendimento della stessa cosa non si escludono del tutto a vicenda”. [...]» «È un'opinione ben triste» disse K. «La menzogna viene elevata a ordine del mondo» (pp. 178, 181 *passim*).

Ma qui si potrebbe interloquire con K. e chiedersi: ritenere che l'“ordine del mondo” non sia riconducibile a risposte “chiare e distinte” è diffondere davvero una “menzogna”?

6. «Come un cane»

Nel non cogliere quel segnale che la vita gli aveva ancora una volta inviato, dopo il dialogo con il pittore, dopo il disvelamento della non casualità dell'incontro con il sacerdote e l'aver esasperato, infine, l'incomprensione, sofisticando sulle possibili svariate interpretazioni dell'apologo, si radica la definitività della sentenza: la sua condanna a morte. Morte del corpo, certamente. Ma se si percorre quel livello ulteriore che ha diretto la mia interpretazione fin qui, quella condanna riguarda l'anima. Morte dell'anima abbandonata a se stessa, nella livida luce di una vita che la “logica” ha reso inanimata, come quella cava di pietra nella quale K. viene condotto per essere trafitto dalle lame di due coltellacci da macellaio. Nessuno ormai poteva più aiutarlo. L'aver disprezzato il *quadernetto del giudice* gli ha impedito di trovare il primo e più importante “aiuto”: quello racchiuso nel diario della sua stessa vita. La strada della sua esistenza al mondo, percorsa ad inseguire solamente la “logica” del suo processo, è giunta al termine definitivo.

C'erano obiezioni che erano state dimenticate? Ce n'erano di certo. La logica è, sì, incrollabile, ma non resiste a un uomo che vuole vivere. Dov'era il giudice che lui non aveva mai visto? Dov'era l'alto tribunale dove non era mai giunto? Levò le mani e allargò le dita.

Trafitto dai pugnali, con filo di voce:

«Come un cane!», disse, fu come se la vergogna gli dovesse sopravvivere. (p. 187)



THE EUROPEAN UNIVERSITY AT CROSSROADS*

Boaventura de Sousa Santos*

When we consider the European university, or indeed the university worldwide, this is a moment in which it is as important to look back as to look forward. In the case of Europe, we are now right in the middle of the Bologna process. It is a period prone to intense fluctuations between positive and negative evaluations, between a sense that it is either too late or too early to achieve the results aimed at. In my view, such intense fluctuations in analysis and evaluation are a sign that everything remains open, that failure and success loom equally on the horizon, and that is up to us to make one or the other happen. The great philosopher Ernst Bloch wrote that by each hope there is always a coffin: *Heil and Unheil*.

Though it is our main objective to focus on the European University it would be foolish not to think that the challenges facing the European University today are to be found in all continents, however different the reasons, the arguments, the proposed solutions may be.

In general we can assert that the university is undergoing – as much as the rest of contemporary societies – a period of paradigmatic transition. This transition can be characterized in the following way: we face modern problems for which there are no modern solutions. Very succinctly, our modern problems are the fulfilment of the ideals of the French Revolution: *liberté, égalité, fraternité*. In the past two hundred years we have not been able to fulfil such objectives in Europe, let alone elsewhere.

* Keynote address delivered at the meeting on the occasion of the “XXII Anniversary of the Magna Charta Universitatum, held at the University of Bologna, on September 16, 2010.

* Professor at the University of Coimbra. Distinguished Legal Scholar of the University of Madison-Wisconsin, Global Legal Scholar of the University of Warwick.

The solutions designed to fulfil them have not been able to deliver the objectives so strenuously struggled for: I mean scientific and technological progress, formal and instrumental rationality, the modern bureaucratic state, the recognition of class, race and gender divisions and discriminations and the institutionalization of social conflict raised by them through democratic processes, development of national cultures and national identities, secularism and laicism, and so on and so forth. The modern university, particularly from midnineteenth century onwards, has been a key component of such solutions. It was actually in light of them that institutional autonomy, academic freedom and social responsibility were originally designed. The generalized crisis of modern solutions has brought with it the crisis of the university. In the past forty years, for different but convergent reasons, in different parts of the world the university has become, rather than a solution for societal problems, an additional problem. After the Second World War, the early 1970s was a period of intense reformist impulses worldwide. In most cases, the student movements of the late 1960s early 1970s were the motive behind them.

As far as the university is concerned, the problem may be formulated in this way: the university is being confronted with strong questions for which it has so far provided only weak answers. Strong questions are those questions that go to the roots of the historical identity and vocation of the university in order to question not so much the details of the future of the university but rather whether the university, as we know it, has indeed a future. They are, therefore, questions that arouse a particular kind of perplexity.

Weak answers take the future of the university for granted. The reforms they call for end up being an invitation to immobilism. They fail to abate the perplexity caused by the strong questions and may, in fact, even increase it. Indeed, they assume that the perplexity is pointless.

I submit that we must take up the strong questions and transform the perplexity they cause into a positive energy both to deepen and reorient the reformist movement. The perplexity results from the fact that we are before an open field of contradictions in which there is an unfinished and unregulated competition among different possibilities. Such possibilities open space for political and institutional innovation by showing the magnitude of what is at stake.

Let me give some examples of the strong questions facing the university at the beginning of the twenty-first century. Without claiming to be exhaustive, I select eleven such questions.

First strong question: given the fact that the university was part and parcel of the building of the modern nation-state – by training its elites and bureaucracy, by providing the knowledge and ideology underlying the national project – how is the mission of the university to be refounded in a globalized world, a world in which state sovereignty is increasingly shared sovereignty or simply a choice among different kinds of interdependence, and in which the very idea of a national project has become an obstacle to dominant conceptions of global development? Is the global university a possible answer? In which case, how many such global universities are viable? What happens to the large number of the

remaining ones? If global elites are to be trained in global universities, where to find in society the allies and the social base for the non-global universities? Which kinds of relationships between global and nonglobal universities will there be? Will the focus on ranking contribute to the cohesion of the European higher education area or, on the contrary, to its segmentation through unfair competition and the rise of commercial internationalism?

A second strong question may be formulated as follows: The idea of a knowledge society implies that knowledge is everywhere; what is the impact of this idea on a modern university which was created on the premise that it was an island of knowledge in a society of ignorance? What is the place or the specificity of the university as a center of knowledge production and diffusion in a society with many other centers of production and diffusion of knowledge?

Third strong question: At its best, the modern university has been a locus of free and independent thinking and of celebration of diversity, even if subjected to the narrow boundaries of the disciplines, whether in the sciences or the humanities. Bearing in mind that for the past thirty years the tendency to transform the truth value of knowledge into the market truth value of knowledge has become increasingly strong, could there be any future for nonconformist, critical, heterodox, non-marketable knowledge, and for professors, researchers and students pursuing it? If yes, what will be its impact upon the criteria of excellence and inter-university competitiveness? If not, can we still call university an institution that only produces competent conformists and never competent rebels, and that only regards knowledge as a commodity and never as a public good?

Fourth strong question: The modern university has been from the beginning a transnational institution at the service of national societies. At its best, the modern university is an early model for international flows of ideas, teachers, students and books. We live in a globalized world but not in a homogeneously globalized world. Not only are there different logics moving globalized flows but also different power relations behind the distribution of the costs and benefits of globalization. There is transnational greed as there is transnational solidarity. Which side will the university be on? Will it become a transnational corporation or a transnational cooperative or non-profit organization? Is there a contradiction between our emphasis on cultural and social development and the emphasis of some European politicians and powerful think-tanks on economic development and the university's contribution to the global competitiveness of European businesses? Why have some major reform efforts outside Europe chosen the slogan: "Neither Bologna nor Harvard"?

Fifth strong question: In the long run, the idea of Europe is only sustainable as the Europe of ideas. Now, the university has historically been one of the main pillars of the Europe of ideas, however questionable such ideas may have been. This has been possible by granting to the university a degree of institutional autonomy unimaginable in any other state institution. The dark side of this autonomy has been social isolationism, lack of transparency, organizational inefficiency, social prestige disconnected from scholarly achievement. In its original design, the Bologna process was to put an

end to this dark side without significantly affecting the university's autonomy. Is this design being carried out without perverse results? Is the Bologna process a break with the negative aspects of the traditional university, or is it a brilliant exercise in reshuffling inertias and recycling old vices? Is it possible to standardize procedures and criteria across such different university cultures without killing diversity and innovation? Is it possible to develop transparency, mobility and reciprocal recognition while preserving institutional and cultural diversity? Why are bureaucrats taking control of the good ideas and noble ideals so easily?

Sixth strong question: Job prestige goes together with job qualification and scarcity. The modern university has been at the core of the social production of high-powered job qualifications. If rankings manage to fragment the European and the future global university system, which jobs and which qualifications will be generated by which universities? The world system is built on an integrated hierarchy of core, peripheral and semi-peripheral countries. The current financial and economic crisis has shown that the same hierarchy holds in Europe and, as such, social cohesion is showing its dark side: it exists on the condition that the structural hierarchy be not affected, that countries remain as core, peripheral or semiperipheral, without either moving up or down in the hierarchy. Not necessarily coincident with location in the hierarchy of the countries in which they are located are we going to have peripheral, semi-peripheral and central universities? Will the Bologna process rigidify or liquefy such hierarchies? Depending on the geopolitical distribution of rankings, will hierarchy among universities contribute to accentuate or rather to attenuate the hierarchies among European countries?

Seventh strong question: As the university diversifies the degrees of qualification – first, second, third cycle and postdoctoral degrees – social illiteracy increases in the lower degrees, thus justifying the greater value of higher degrees. This is in fact a spiral movement. Has it exhausted its development potential? How many more cycles are we going to have in the future? Are we creating endless illiteracy in the same process that we create endless knowledge? Will peripheral and semi-peripheral universities be charged with solving the illiteracy problem, while the core universities will have the monopoly of highly qualified knowledge?

Eighth strong question: Can the university retain its specificity and relative autonomy while being governed by market imperatives and employment demands? Given the highly problematic validity of cost benefit analysis in the field of research and development, will the university be allowed to assume certain costs in the expectation of uncertain benefits, as it has always done in the past? What will happen to knowledge that has not and should not have market value? Regarding marketable knowledge which impact on it is to be expected if such knowledge is going to be valued exclusively according to its market value? What is the future of social responsibility if extension is reduced to an expedient or burden to raise financial resources? What will happen to the imperative of making the university relevant to the needs of society, taking for granted that such needs are not reducible to market needs and may actually contradict them?

Ninth strong question: The university (or at least the public university) has historically been embedded in the three pillars of modern social regulation – the state, the market and civil society; however, the balance of their presence in the structure and functioning of the university has varied in the course of time. Indeed, the modern European university started here in Bologna as a civil society initiative. Later on, the state strengthened its presence which became dominant from mid-nineteenth century onwards, and in the colonies particularly after they became independent. In the last thirty years the market took the lead in structuring the university life. In a few decades the university went from producing knowledge and professionals for the market, to becoming itself a market, the market of tertiary education, and finally, at least according to powerful visionaries, to being run like a market organization, a business organization. Since then, civil society concerns have been easily confused with market imperatives or subordinated to them, and the state has very often used its coercive power to impose market imperatives to the reluctant universities. Is the Bologna process a creative response to neoliberal, one-dimensional demands or, on the contrary, a way of imposing them through a transnational European process that neutralizes national resistance?

Tenth strong question: The European universities and many other universities around the world that followed their model were instrumental in disseminating a Eurocentric view of the world, a view powerful enough (in both intellectual and military terms) to claim universal validity. This claim did not involve ignoring the cultural, social and spiritual differences of the non-European world. On the contrary, it entailed knowing such differences, even though subjected to Eurocentric purposes, whether the romantic celebration of the Other or the colonial subjugation and destruction of the Other. In both cases, knowing the Other was at the service of showing the superiority and therefore the universality of European culture; a detailed, colonial or imperial knowledge of the Other was required. My university, for instance, the University of Coimbra, founded in 1290, contributed immensely to the development of knowledge committed to the colonial enterprise. The quality and intensity of the homework done by the missionaries before embarking overseas is astounding, all the more astounding when we compare it with the homework done by WB and IMF executives when they go around evangelizing the world with the neoliberal orthodoxy in their heads and pockets. Of their knowledge claims it cannot be said what the great leader of the African Liberation movements, Amilcar Cabral, said about colonial knowledge: “The search for such knowledge, in spite of its unilateral, subjective and very often unfair character, does contribute to enriching the human and social sciences in general” (Cabral, 1978b: 314, my translation).

The tenth question is this: Is the university prepared to recognize that the understanding of the world by far exceeds the western understanding of the world? Is the university prepared to refound the idea of universalism on a new, intercultural basis? We live in a world of norms in conflict and many of them are resulting in war and violence. Cultural differences, new and old collective identities,

antagonistic political, religious and moral conceptions and convictions are today more visible than ever, both outside and inside Europe. There is no alternative to violence other than readiness to accept the incompleteness of all cultures and identities, including our own, arduous negotiation, and credible intercultural dialogue. If Europe, against its own past, is to become a beacon of peace, respect for diversity and intercultural dialogue, the university will certainly have a central role to play. Are the European universities being reformed having such role in mind as a strategic objective of their future?

The eleventh question, probably the strongest of them all, is the following: Modern universities have been both a product and a producer of specific models of development. When the Bologna process started there were more certainties about the European project of development than there are today. The compound effect of multiple crises – the financial and economic crisis, the environmental and energetic crisis, the crisis of the European social model, the migration crisis, the security crisis – points to a civilizatory crisis or paradigmatic change. The question is: In such a tumultuous time, is the university's serenity possible? And, if possible, is it desirable? Is the Bologna process equipping the university to enter the debate on models of development and civilizatory paradigms, or rather to serve as acritically and as efficiently as possible the dominant model decided by the powers that be and evaluated by the new supervisors of the university output at their service? At the international level, given the conflict between local conceptions of autonomous development and the global development model imposed by the rules of the WTO, and given the fact that the European states are donor states, will the European university contribute to a dialogue among different models of development? Or will it rather provide intellectual legitimacy to unilateral impositions by the donor states, as in the colonial period?

The present as the future's past

In my view, one decade after the beginning of the Bologna process, we have been so far providing only weak answers to these strong questions. The weakest of them all are the nonanswers, the silences, the taken for grantedness of the new common sense about the mission of the university. This is a situation that we should overcome as soon as possible. The danger is to convert really mediocre achievements into brilliant leaps forward, to disguise resignation under the mask of consensus, to orient the university towards a future in which there is no future for the university. To my mind, we are at a juncture which our complexity scientists would characterize as a situation of bifurcation. Minimal movements in one or other direction may produce major and irreversible changes. Such is the magnitude of our responsibility. We all know that we never act upon the future; we act upon the present in light of our anticipations or visions of how the future will look like. The strong questions indicate that there is no single, consensual anticipation or vision to be taken for granted, and that is why the questions invite deep reflection. I suggest that we are before two alternative visions and that their co-presence is the source of the tensions running through our

university system today. They both invite two opposing imaginary visions of a retrospective evaluation of the reforms under way. That is, they look from the future at our present.

According to one of them, our reform efforts were indeed a true reform, as they succeeded in preparing the university to confront the challenges of the twenty-first century effectively – by diversifying its mission without giving away its authenticity, by strengthening institutional autonomy, academic freedom and social responsibility under the new and very complex conditions of Europe and of the world at large. Thus, the European university was able to rebuild its humanistic ideal in a new internationalist, solidary and intercultural way. According to the other, imaginary, retrospective vision, the Bologna process was, on the contrary, a counterreformation, as it blocked the reforms that the universities in different European countries were undertaking individually, and each one according to its specific conditions to face the above-mentioned challenges; furthermore, the Bologna process forced a convergence beyond a reasonable level. It did this with the purpose of disabling the university from the mechanisms that would allow it to resist against the business and market imperatives in the same manner as it resisted in the past against the imperatives of religion and later of the state.

In order not to end this talk on a pessimistic note, I will start by briefly detailing the second retrospective vision and then turning to the first one. The second vision, the vision of the counterreformation, displays before us a dystopic scenario with the following features.

As we realize that the financial crisis has unveiled the dangers of creating a single currency without putting together public and fiscal policies and state budgets, it may well happen that, in the long run, the Bologna Process turn out to be the euro of European universities. Here are the foreseeable consequences: the principles of solidary university internationalism and respect for cultural diversity will be discarded in the name of the efficiency of the European university market and competition; the weaker universities (gathered in the weaker countries) will be dumped by the university rating agencies into the ranking garbage bin. Though claiming to be rigorous, university ranking will be, in a great measure, arbitrary and subjective. Most universities will suffer the consequences of fast decrease of public funding; many universities will be forced to close down. As is happening in other levels of education, the wealthy students and their parents will search throughout many countries for the best quality/price ratio, as they are already doing in the commercial malls which universities are also becoming, while the poor students and their parents will be confined to the poor universities existing in their poor countries or neighbourhoods.

The internal impact will be overwhelming: the relation between research and teaching, highly advertised by Bologna, will be a very paradise for the universities at the top of the ranking (a scarce minority) and perfect hell for the large majority of the universities and their scholars. The commodification criteria will reduce the value of the different areas of knowledge to their market price. Latin, poetry or philosophy will be kept only if some informatic macdonald recognizes in them any measure of usefulness. University administrators will be the first ones to internalize the classifying

orgy, an orgy of objective maniacs and indicators maniacs; they will excel in creating income by expropriating the students' families or robbing the faculty of their personal lives and leisure. They will exert all their creativity to destroy university creativity and diversity, to standardize all that is standardizeable and to discredit or discard all that is not. The faculty will be proletarianized by the very means of educational production of which they are supposedly owners – that is, teaching, assessment, research. They will end up being zombies of forms, objectives, evaluations that are impeccable as to formal rigor but necessarily fraudulent in substance, workpackages, deliverables, milestones, bargains of mutual citation to improve the indices, evaluations of where-you-publish-what-I-couldn't-care-less, careers conceived of as exhilarating but flattened at the low positions in most situations. For the younger faculty the academic freedom will be a cruel joke. The students will be as masters of their learning as they will be slaves of their indebtedness for the rest of their lives. They will enjoy autonomy and free choice in curricular matters with no idea of the logic and limits of the choices presented to them, and will be guided, in personalized fashion, toward a mass alternative of professional employment or of professional unemployment. Tertiary education will be finally liberalized according to the rules of the World Trade Organization.

As I said, none of the above has to happen. There is another retrospective vision, and in our hearts and minds we very much hope that it will prevail. But for it to happen, we should start by recognizing and denouncing that the supposed new normalcy of the state of affairs in the above description is in fact a moral aberration and will entail the end of the university as we know it.

Let us consider now the other retrospective vision, the vision which, looking from the future into our present, evaluates the Bologna process as a true reform that changed the European university deeply and for the better. Such vision will emphasize the following features of our current undertakings.

First, the Bologna process was able to identify and solve most of the problems that the pre-Bologna university was suffering and unable to confront, such as: established inertias that paralysed any reformist effort; endogamic preferences that created aversion to innovation and challenge; institutional authoritarianism under the guise of scholarly authority; nepotism under the guise of merit; elitism under the guise of excellence; political control under the guise of democratic participation; neo-feudalism under the guise of department or school autonomy; fear of being evaluated under the guise of academic freedom; low scientific production justified as an heroic resistance to stupid terms of reference or comments by referees; generalized administrative inefficiency under the guise of respect for tradition.

Second, in so doing the Bologna process, rather than discrediting and throwing overboard the self-evaluation and reformist efforts that were being undertaken by the most dedicated and innovative professors and administrators, provided them with a new framework and powerful institutional support, to the extent that the Bologna process could become an endogenous energy rather than an

outside imposition. In order to succeed in this, the Bologna process managed to combine convergence with diversity and difference, and developed mechanisms of positive discrimination to allow for the different national university systems to cooperate and compete among themselves in fair terms.

Third, the Bologna process never let itself be taken over by the so-called international tertiary education experts with the capacity of transforming subjective, arbitrary preferences into self-evident truths and inevitable public policies. It kept in sight two powerful intellectual views of the mission of the university produced in the early years of the past century and unequivocally took sides between the two. One was formulated by Ortega y Gasset and Bertrand Russel, two intellectuals with very different political ideas, but who converged in denouncing the political instrumentalization of the university; the other, formulated by Martin Heidegger in his inaugural lecture as rector of Freiburg university in 1933, in which he invited the university to contribute to the preservation of the German strengths of soil and blood. The Bologna process unequivocally adopted the first and refused the second.

Forth, the reformists never confused the market with civil society or the community and urged the universities to keep a broad conception of social responsibility, encouraging action research as well as extension projects aimed at bettering the lives of the more vulnerable social groups trapped in systemic social inequality and discrimination, be they women, the unemployed, young and elderly people, migrant workers, ethnic and religious minorities, and so on.

Fifth, the reform process made it very clear that the universities are centers of production of knowledge in the broadest possible sense. Accordingly, it promoted interculturality, heterodoxy and critical engagement in the best liberal tradition which the pre-Bologna university had abandoned in the name of political or economic correctness. In the same vein, it encouraged internal scientific pluralism and, most importantly, granted equal dignity and importance to knowledge with market value and knowledge with no possible market value. Moreover, the reformists had it very clear all along that in the field of research and development the cost/benefit analysis is a very crude instrument and may kill innovation instead of promoting it. In fact, the history of technology amply shows that the innovations with highest instrumental value were made possible with no attention to cost/benefit calculations.

Sixth, the Bologna process managed to strengthen the relationship between teaching and research, and, while rewarding excellence, it made sure that the community of university teachers would not be divided between two stratified segments: a small group of first class university citizens with abundant money, light teaching loads and other good conditions to carry out research, on the one hand, and, on the other, a large group of second class university citizens enslaved by long hours of teaching and tutoring with little access to research funds only because they were employed by the wrong universities or were interested in supposedly wrong topics. It managed to combine higher selectivity in recruitment and strict accountability in the use of teaching time and research funds with a concern for really equal opportunities. It conceived of the rankings as the salt in food: too little makes it unpalatable; too much kills all the flavors. Moreover, at a given point it decided that what had

happened in international rankings elsewhere could be applied to the university system as well. Accordingly, as the GDP index exists today side by side with the index of human development of the UNDP, the Bologna process managed to insert internal plurality in the ranking systems.

Seventh, the Bologna process ended up abandoning the once fashionable concept of human capital after concluding that the universities should form full human beings and full citizens and not just human capital subjected to market fluctuations like any other capital. This had a decisive impact on the curricula and on the evaluation of performances. Furthermore, the Bologna process managed to convince the European Union and the European states that they should be financially more generous with the public universities not because of corporatist pressures but rather because the investment in an excellent public university system is probably the best way of investing in the future of a Europe of ideas, the only way for Europe to remain truly European.

Finally, the Bologna process expanded exponentially the internationalization of the European university but took good care in promoting other forms of internationalism other than commercial internationalism. In this way, the European area of higher education ceased to be a threat to the academic freedom and intellectual autonomy of universities throughout the world to become a loyal and powerful ally in keeping the ideas of academic freedom, institutional autonomy and knowledge diversity well and alive in a world threatened by the *pensée unique* of market imperatives.

I have presented you with two alternative visions of our future. There is no doubt in my mind that all of us here wish that our future be molded by the second retrospective vision I just described. It is in our hands to make that happen.

University of Coimbra
bsantos@ces.uc.pt



A TRANSDISCIPLINARY METHODOLOGY FOR THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND LITERATURE*

Maria Francisca Carneiro and Maria Fernanda Loureiro

Abstract

In this article we consider some of the existing methodologies for research into the relation between Law and Literature. The possibility of investigating literary elements of Law implicit in popular culture leads us to inquire whether the media can also be an object of studies of juridical literature. After that, considering that the link between Law and Literature is transdisciplinary by nature, we propose a methodology for this type of investigation.

1. Some methodologies for the relation between Law and Literature

Various relations between Law and Literature are already well known, starting with the trilogy “Law *in, as and of* Literature”, dealt with by a number of authors. In this article we will look at some methodologies that already exist for studying the relationship between these two branches of knowledge and, bearing in mind that it involves a transdisciplinary relationship, we will propose a specific methodology for investigating it.

Let us begin by analysing the relationship between Law and the literary elements found in popular culture, citing José Calvo González (2003) when he says that the connection between popular poetry and penal philosophy has received little attention. There are popular poetic forms present in folklore which focus principally on punishment or penalties, of interest therefore to criminal policies concerning and relating to the problems of identity and sociopolitical and cultural ethnicity. Calvo González points out that, somewhat surprisingly, the study of folklore has given rise to certain

* With thanks to Professor Michael A. Watkins for translating this article from Portuguese into English.

intuitions, predating institutional juridical normativism, which show the spontaneous juridicality which pervades songs, children's games and folklore. This is why, according to Calvo González, it is perfectly justifiable to speak of a cultural identity linking popular Literature with Law.

There are various points of intersection between Law and Literature. According to Calvo González (2008, 3-27) again, the intersections between the juridical and the literary are the result of the different routes and trajectories which they each follow. These intersections are articulated, Calvo González believes, through grammatical classes which act as a bridge, organized in a concrete form by means of three prepositions: *in*, indicating place; *of*, denoting belonging; *with*, expressing the circumstances in which something happens; in addition there is the modal adverb *how*, which means in which way.

According to Andrés Botero Bernal (2008, 29-39), there are various models for constructing the relationship between Law and Literature: the rhetorical model of relation, the expositive model of relation, the methodological model of relation, the analytical model of relation, the juridical model of relation, and the aesthetic model of relation. These classificatory models, which, the author says, are not pure, merge in the discourses of juridical studies related to literary works, and are useful for revealing the methodological and analytical paths of this field of study.

Narrative, in turn, is a methodology common to Law and Literature. Gustavo González Solano (2008) points out that the literature of Law is, within the genre of narrative, the clearest, most precise and most detailed, as it utilizes different styles and modalities besides narrative, such as the biographical and journalistic, the essay and the lecture.

It is also important to remember the words of Paulo Ferreira da Cunha (2008), who says that rites or rituals, which abound in Law, are "methodologies". For this author, the problem of ritual also becomes a problem of Law and Literature, where the judicial trial is like a literary work produced by various authors, which unfolds in various chapters, each one narrated by a different participant.

Nor can we forget the links between Law, Literature and Hermeneutics, as Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2008) emphasizes, explaining that juridical practice is an exercise in interpretation which goes beyond laws and contracts. Godoy says that, in order to improve our understanding of Law, it is necessary to use instruments that make it possible to compare juridical interpretations with interpretations from other fields of knowledge and from human experience, adding that juridical propositions are also interpretative judgments of the history of law, which contain indications of decision and evaluation. Because of this, he claims that Law is a subject of interpretation which is not carried out in isolation from other branches of knowledge.

In the opinion of Germano Schwartz (2006), the construction of a new meaning for Law implies the basic premise that it is not an organism removed from the occurrences of the social system. On the contrary, it is part of it, acting and interacting with all the subsystems of society, whatever they are. For this author, Literature, a component of the system of Art, is important in the social system as it

influences, by means of communication, the other subsystems of society. Godoy (2002) agrees with this point of view, saying that Law is an undeniable fact of the social milieu. It reaches all latitudes, longitudes, and times, past and present.

2. The media as yet another literary and transdisciplinary language of Law

We have seen that it is possible to extract elements from popular culture for the relationship between Law and Literature. We will therefore examine the relationship between Law and the media, in order to see if it is possible to understand it as yet another transdisciplinary voice of society, which may be of interest for our study.

It can be said that there is a certain tension between Law and the media. In certain cases, it is a question of a turbulent relationship. There can also be considered to be some concern on the part of judges about the fact that decisions and laws are broadcast and commented on by the media to the general public, who tend not to be experts in Law. What matters, evidently, is the way in which this broadcasting is carried out.

The media provide the public with information and entertainment. In this context, it is important to analyze the role of the live transmission of trials, for example, by television. We are frequently confronted with sensationalism, news as a spectacle, which leads to the question of what the repercussion of these facts is on the understanding of Law by the population at large.

The question is to find out the extent to which the media's representations of Law influence the daily life of people and how much it alters their behaviour. Traditionally, such studies are carried out from the viewpoint of social psychology and ethnography. However, the author Lieve Gies (2008) proposes a new type of research, of an interdisciplinary nature, which aims to analyze the impact of the media on Law in the day-to-day life of the population in general. The concept of "legal awareness", which is to do with the identity of the people, is thus introduced.

However, the situations in the media are not always spontaneous, but follow a previously established program, except for a few exceptions, such as, for example, reality-shows. Now this lack of spontaneity influences, to a certain extent, the development of the media's social perception of Law, and, consequently, also influences the so-called "legal awareness" on the part of the population.

However, spontaneity is likely to increase in future relationships between the media and Law. For example, in European countries the Internet is being used more and more, in an interactive form, by people seeking information about laws and rights and about lawyers who offer services on the Internet. However, it is worth noting the difference between the search for self-help in legal matters and the provision of professional services. Both are available on the internet.

The fact is that the media have a strong influence on human behaviour and, in the case of Law, they predetermine behavior, expound sanctions, authority and authoritarianism, amongst other terms. Evidently, in addition to inducing behavior, this can cause some kind of anxiety, which is why it is

important to take into consideration the social complexity in which the media operate and the expectations they generate.

We can see that the theme of Law and the media could give rise to future studies on Rhetoric, and, consequently, on the relation between Law and Literature. We believe that it is not possible to talk of distortions of communication by the media without taking into consideration the form of the arguments, analyzing their power of persuasion and their consequent impact on society. On this point, Rhetoric and Literature can contribute towards clarifying the issue further.

As academics and scholars of Law in Brazil, we would like to mention that the topic of Law and the media is becoming more and more important in our country, with a succession of scandals, especially involving corruption, the majority of which are exposed by the media. This is why we understand the relation between Law and the media as being a social voice which should also be of interest for studies of popular juridical literature.

3. A transdisciplinary method for the study of the relationship between Law and Literature

We know that the relation between Law and Literature, more than putting two disciplines together, weaves them together, so that they overlap in new fields of knowledge. This is why we understand that Law and Literature is not simply interdisciplinary, but transdisciplinary. This offers an appropriate methodology for its development, which is what we will suggest in this section.

We would like to highlight the consolidation over the last ten years of transdisciplinarity, and of complexity in the field of the methodical investigation of Law (Carneiro 2009), a tendency which has already been preached for a good while, and which in effect has been brought to a conclusion.

Transdisciplinarity and complexity, in juridical research, rather than being just a consequence of the transformations of society and science, signify a change of method. The transdisciplinary focus and complex thought imply a new facet of the themes, therefore called “transversal”, along restructured axes of knowledge. For this, it is first necessary to reach an agreement about this restructuring of themes, which it is up to each scholar to carry out in line with the understanding of their research supervisor.

The themes termed “transversal” delimit different fields of observation, capable of permitting suitable evaluation, as well as the satisfactory description of the concepts and elements which constitute it. However, in the face of such complexity, it is necessary to integrate the transversal themes, in which the parts relate to one another and to the whole, as in an open web. There is no possibility of working with closed systems, applying transdisciplinarity and complexity to the method of Law.

This process requires the updating and constant revision of the knowledge acquired by the researcher. One of the most common faults is that, in attempting to achieve thematic transversality – and, as a consequence, complexity and transdisciplinarity in Law– there is a lack of in-depth study or,

if this is done, it tends to be isolated from the restructured axes of knowledge. Deepening knowledge and, at the same time, making it transdisciplinary, is also a question of method and not just systematization, as the organization of ideas. For this it is necessary to take into account the way in which interfaces occur between the themes, which we will call transversal, in the case of the relationship between Law and Literature.

The transversal themes delimit different fields of observation. They thus require the idea of open systems, in which the interfaces fulfill the relevant function. Transversal themes, interconnected with longitudinal ones (or traditional disciplines) are better able to avoid vagueness and imprecision, common characteristics of transdisciplinary research. It should be noted that we are dealing with imaginative functions in the demarcation of knowledge, so that the transdisciplinary step can operate, and in order to obtain a broader potential for interaction between the disciplines.

The interfaces in transdisciplinarity must make transitions without fragmenting knowledge, as well as having the cognitive function of facilitating understanding. Interfaces are a semantic relationship which intermediates meanings. It is a mental representation. Interfaces are what lies between structures, in the case of Law and Literature.

However, there are criticisms of transdisciplinarity, such as, for example, that it generates superficial knowledge as, in going deeper, the researcher specializes and thus returns to traditional disciplines. Another common criticism of transdisciplinarity is the imprecision of the conclusion which, in the majority of cases, tends to be poly-, multi- or inter-disciplinary.

We know that transdisciplinarity and complexity are the consequences of each other. Now societies, being complex, require transdisciplinary research, hence its importance for Law and Literature, since this relationship emanates from society and refers back to it. For this reason, it is our duty to consider transdisciplinary research and its problems, also in the field of Law and Literature.

We stress the need for an integrating axis of transdisciplinary knowledge for Law and Literature, which can be an axis of diffusion, uni-, bi- or multi-directional. In short, transdisciplinary research in Law and Literature is always an open work and, as such can be understood not just as science, but also as a work of art.

4. Closing remarks

We have seen that there are various methodologies applied to the study of Law and Literature, such as the study of popular literary culture, the organization of propositions of grammatical classes in sociolinguistic studies, and the organization of models to construct the relationship between Law and Literature. We have also seen that Law, as a social fact, reaches all the systems and subsystems of society, in which Literature has a communicative role.

In view of these claims, we analyzed the problem of the relation between the media and Law, noting that it is part of social culture and that it can therefore be of interest in studies that investigate

the links between Law and popular literature. In fact, the media can be part of the list of popular literary languages of Law.

After this, observing that the relation between Literature and Law is essentially transdisciplinary, we proposed a methodology for this type of investigation, bearing in mind that Law is not just a science but, as Celso said, *Ius est ars boni et equi*. This is another strong reason for its link with Literature.

Universidade Federal do Paraná
Maria Francisca Carneiro mfrancis@netpar.com.br
Maria Fernanda Loureiro fernanda@frm.adv.br

References

- Botero Bernal, Andrés. 2008. *Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso*. In Calvo González 2008: 29-40.
- Calvo González, José. 2003. *El cante por Derecho. Las “Carceleras” y el krausofloclorismo andaluz. (Un estudio de Etnología jurídica y Filosofía Penal)*. Málaga: Ayuntamiento de Málaga/Área de Cultura.
- . 2008. (Director). *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*. Granada: Editorial Comares.
- Carneiro, Maria Francisca. 2009. *Pesquisa jurídica na complexidade e transdisciplinaridade. Temas transversais, interfaces, glossário*. 2nd. Ed. Curitiba: Juruá.
- Cunha, Paulo Ferreira. 2008. *Do rito à Literatura em Direito*. In Calvo González 2008: 253-263.
- Gies, Lieve. 2008. *Law and the media. The future of an uneasy relationship*. New York: GlassHouse.
- Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. 2002. *Direito & Literatura. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*. Curitiba: Juruá.
- . 2008. *Direito & Literatura. Ensaio de síntese teórica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- González Solano, Gustavo. 2008 *La racionalidad o razonabilidad jurídica: una historia de ciencia ficción*. In Calvo González 2008: 315-343.
- Schwartz, Germano. 2006. *A Constituição, a Literatura e o Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.



Abstract

The A. presents a characterisation of the meaning of Literary Culture of the Law, that in his opinion happens of about first limited intention to the embellishment of the oratorical and syntactic practices (*De dicendi elegantia*) to the training of a reader culture, in two variants: Literary reading of the Law and reading legal of the Literature. Is questioned in this respect about what literature read, how read it and for what jurists (that they read), distinguishing around the community between Law and Literature three types of dissidences, stars at the same time of differential scepticisms: Posner, as a leery dissident but eclectic; Enrique E. Marí, actor of a judicious dissidence and a mature scepticism, and the especticismo of M. Todd Henderson, or mirthless dissidence.

*pues sólo la ignorancia puede morder lo que no alcanza a venerar;
porque no penetra el poco entendimiento los preceptos saludables
que ocultan las poéticas ficciones*

Juan López de Cuéllar y Vega,

Declamación histórica y jurídica en defensa de la poesía (Madrid, 1670)

1. *Ab ocio literario y De dicendi elegantia. Los inicios*

En la España moderna fue necesario que minorase el dominio del erasmismo, intenso en su credo y práctica, para que las manifestaciones literarias de ficción renovaran, o al menos repusieran, un estado de influencia capaz de permitir su comunicación al ámbito de las ideas morales, jurídicas o políticas. En efecto, la literatura escrita por humanistas españoles bajo influjo erasmista plantó un obstáculo de difícil vencimiento en el camino a acoger las formas de imaginación literaria como expresiones dignas y estimables para conducir y trasladar el designio de una reflexión filosófica en el

terreno de la Moral, el Derecho o la Política. Erasmo y sus discípulos españoles fueron reacios, si no abiertamente opuestos, a aprovechar del *ocio literario* para la expresión de pensamiento e ideas¹; los géneros literarios de entretenimiento y la poesía quedaron proscritos, preteridos o simplemente ignorados. No se crea sin embargo que tan refractaria actitud de Erasmo y sus prosélitos alcanzó siempre status de predominio hegemónico o se dilató con igual fuerza y eficacia por tiempo que supere el s. XVI o más allá de comienzos de la centuria posterior.

En todo caso, lo que en especial de ahí se siga por repercusión directa sobre la creación literaria me importa menos ahora –ocupándome de los inicios de la comunidad entre Derecho y Literatura– que aquello relativo al modo y manera en que la recepción tuvo lugar cuando aquella influencia disminuyó y hasta quedó rendida.

Así, mediado ya el s. XVII hallaremos una obra de singular mérito, compuesta por Juan López de Cuéllar y Vega, formado en Derecho por la Complutense y Abogado de los Reales Consejos, cuya carrera administrativa desarrolló casi toda en el Reino de Navarra alcanzando allí a miembro del Consejo de Su Majestad y oidor en el Real y Supremo Consejo del Reino de Navarra (1696), siendo luego designado Corregidor de Guipúzcoa entre 1697 y 1699². Se trata de un escrito representativo no sólo de una diferente concepción del valor que a las creaciones literarias quepa conceder, sino también de la sustancial compatibilidad entre Poesía y Jurisprudencia. Lleva por título *Declamación histórica y jurídica en defensa de la poesía*³, y dedicatoria para Pedro Calderón de la Barca como vate, investido “Príncipe de las armoniosas consonancias”.

* Ponencia de apertura. I Simpósio de Direito e Literatura, 7-9 junho 2010. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. Brasil.

** José Calvo González, Catedrático de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga. España (jcalvo@uma.es).

¹ Bataillon, Marcel, *Erasmo y España. Estudios sobre la historia espiritual del siglo XVI* (1937), México-Madrid-Buenos Aires, 1979 [reimp. de la 2ª ed. en español, corregida y aumentada], pp. 609-622, en esp. p. 614. Vid. asimismo acerca de las ideas literarias de Juan Luis Vives (1492-1540): Alcina, Juan F., *Notas sobre la pervivencia de Vives en España (s. XVI)*, en Strosetzki, Christoph (ed.), *Juan Luis Vives: sein Werk und seine Bedeutung für Spanien und Deutschland* (Akten der internationalen Tagung vom 14.-15. Dezember 1992 in Münster), Frankfurt am Main, 1995, pp. 213-228, en esp. pp. 215-16 [también publicado en «*Studia Philologica Valentina*», 1 (1996), pp. 111-123]. Sobre la destacada posición de Vives en el humanismo español Melches, Carlos, *Vives und der spanische Humanismus*, en Strosetzki, Christoph (ed.), *op. cit.*, pp. 116-121.

² Vid. José Calvo González, *LÓPEZ DE CUELLAR Y VEGA, JUAN (?- 1701)*, en Peláez, Manuel J. (ed. y coord.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, Zaragoza-Barcelona, vol. IV, 2011 [en prensa].

³ Juan López de Cuéllar y Vega, *Declamación histórica y jurídica en defensa de la poesía, contra los que guiados más de la envidia que de la razón la calumnian pretendiéndola hacer incompatible con otras facultades, y en especial con la abogacía*, Madrid, 1670 [4º mlla, 16 fol]. Reproducida en la mayor parte de su texto por Porqueras Mayo, Alberto, *La teoría poética en el manierismo y barroco españoles*, Barcelona, 1986, pp. 357-377, aunque sin incluir la dedicatoria. Acerca de ésta vid. Porqueras Mayo, Alberto, *La reacción crítica ante Calderón en el siglo XVII*, en Tietz, Manfred (ed.), *Texto e imagen en Calderón*. (Undécimo coloquio anglogermano sobre Calderón. St. Andrews, Escocia, 17-20 de julio de 1996. Archivum Calderonianum Band 8), Stuttgart, 1998, pp. 208- 216, en esp. p. 210, otra versión más actualizada en Porqueras Mayo, Alberto, *La admiración por Calderón en la España del siglo XVII*, en «*Scriptura*», 17 (2002) [Ejemplar dedicado a: Estudios sobre el teatro del siglo de oro], pp. 279-292, en esp. p. 282.

Pues bien, el calderoniano López de Cuéllar endosa su discurso probando “hacer evidente que la poesía sólo la reprueba la ignorancia, y que no sólo no es incompatible con la jurisprudencia, sino que es necesaria para la oratoria forense”⁴. En su oración se reclama del argumento de los graves autores de jurisprudencia quienes⁵ “con sus obras hacen evidente que la poesía es compatible, y aún necesaria, para ser gran abogado”, pero no elude la réplica de que otros hay que no han sido poetas, respondiendo a ella “que no es lo mismo escribir que hablar, y que hay gran diferencia entre autor y abogado, pues éste tiene la lengua por pluma, y aquél en los caracteres que forma su pluma tiene librada su lengua. Uno escribe en materia que si la yerra la puede enmendar sin que nadie conozca su error. Otro pronuncia y expresa sus conceptos con la voz, la cual si una vez salió en grosero traje de la oficina de los labios, es imposible pulirla, ni aun el mismo que la articula”⁶.

Prosigue asimismo su discurso –aparte del tramo dispuesto para explicar el por qué los poetas carezcan de las prerrogativas de inmunidad legal concedidas a otras artes y profesiones que se enseñan o producen utilidades mecánicas, y de señalar la nula necesidad de aquéllas– corriendo el cauce en que no obstante “vemos en nuestros derechos canonizados muchos versos de poetas antiguos”⁷, como también, ya en carrera por el elogio de la Poesía, afirmando que “sólo la ignorancia puede morder lo que no alcanza a venerar; porque no penetra el poco entendimiento los preceptos saludables que ocultan las poéticas ficciones, cuyas sentencias, sacadas de la más cierta filosofía, yacen embozadas entre los numerosos períodos de sus versos, dando en ellos consejos acertados para la enmienda de nuestros errores”⁸, y de allí hasta desembocar ponderando en ella “su elegancia, que más que incompatible con la jurisprudencia es precisa para la forense abogacía”⁹.

Representativo este texto de una muda de sentir hacia el *ars poetica* que trueca en estimación lo que antes fue motivo para apartar y hasta rehusar su asunto, pone en claro varios contenidos de interés donde ir ordenando la naturaleza del *consortium* Derecho y Literatura y en adelante caracterizar el significado de *Cultura literaria del Derecho*. Y uno es el que fija como insuficiente la dedicación de los juristas a la creación literaria. No sería ésta razón bastante para identificar jurista a literato, amén del distinto ser de sus recursos; preferencia verbal la del uno, soporte escrito en el otro. A juicio de López de Cuéllar la manera y alcance de la asociación vendrá mejor y más propiamente situada tanto de observar la presencia poética en los textos jurídicos, como de advertir las potencias de las *poéticas ficciones* en mira a un horizonte juridificante o al cambio de los panoramas juridificados.

Por último, junto al movimiento de idealización que el *arte poética* pueda procurar orientando rumbos o corrigiendo sea inercias o extravíos, le presta específico servicio al oficio jurídico, forense

⁴ *Declamación*, p. 358.

⁵ *Ivi*, pp. 365-366. Menciona a Dracón, Pitaco Mitileno, Solón, Anacarsis y Alcíato entre los antiguos. De España cita a Juan de Solórzano, contemporáneo.

⁶ *Ivi*, p. 366.

⁷ *Ivi*, p. 373.

⁸ *Ivi*, p. 374.

⁹ *Ivi*, p. 377.

principalmente, a través de la *elegantia*. Resulta de ésta un producto estético, la *elegantiae iuris* de raigambre romana¹⁰, ventajoso al *usus fori*. La Poesía del estilo legal consiste, pues, en el cultivo de elegancias estilísticas en la exposición, en la elección precisa del léxico, en la fábrica sintáctica. La Poesía suministra *elegantia formis* [*verba praeclara & correctae orationis* (*orationis partes*)], la Poesía constituye excelente vehículo *de dicendi elegantia*.

A este panorama ingresa con fecha de 1740 un testimonio no menos valioso, que todavía afinará más el sentido de la asociación Derecho y Literatura en sus inicios, y qué pueda adelantarse en éstos respecto de una *Cultura literaria del Derecho*. Lo descubrimos en el pedagógico epistolario formado por la correspondencia de Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781), catedrático de Código de Justiniano en la Universidad de Valencia, con el Dr. Josef Nebot y Sanz, Abogado de los Reales Consejos y Académico Valenciano. De ese mutuo carteo entre *un jurista teórico y un práctico* tratando del “progreso del Derecho español” escribe Mayans en ocasión de los Abogados y Jueces que están obligados a saberlo, y tras una lista de temas varios, la epístola dice así:

En sus Alegaciones puede también citar [el Abogado] los versos de Poetas graves, como Licurgo (legislador), el qual tratando una causa contra Leócrates, desertor de la Patria, se valió de algunos versos de Eurípides, Homero i otros Poetas. Nuestros Jurisconsultos en las *Pandectas* citaron a Homero, cuyas citas recogió Menagio en su *Anti-Ballet*, tomo 1, cap. 62. Sabino le citó en la lei 1 *de contrahenda emptione*. Lo mismo hicieron Ulpiano, Marciano, Papiniano, Modestino, Saturnino, Cayo, como lo puede Vmd. ver en Antonio Agustín, p. 367 *de Nominibus*; Pomponio citó a Enio, p. 367; Marciano i Florentino a Virgilio, p. 369. En la lei 16, tít. 28, de la 3 *partida* se cita a Lucano, pudiendo citar al Jurisconsulto Pomponio, *in l. si quis, ff. de rerum divissione*. Puede citar a Médicos como Paulo i Ulpiano, a Hipócrates, *apud Augustinum*, p. 368, a Filósofos como Calístrato a Platón, Juliano a Aristóteles, Marciano a Chrisipo, Pomponio i Paulo i a Theofrasto, *apud Augustinum*, p. 368, a Oradores como Marciano i Saturnino, a Demósthene; Pomponio, Ulpiano, Papiniano, Trifonino, Celso, a Cicerón. Puede citar a Historiadores como Gayo a Genofonte, Ulpiano, a Junio Gracano i a Fenestela, *apud Augustinum*, p. 369. Buelvo a decir que a Filósofos como Pomponio, a Panecio, *ap. Aug.*, p. 369. Busque Vmd. en el Derecho de España citas semejantes i verá qué disputa ameníssima que formará, i la razón que sale de aquí que es necesario estar versado en todo género de escritos para ser Abogado.

Cuidando de añadir:

Esta serie de citas deve ordenarse cronológicamente, para lo qual servirá a Vmd. el *Manual de Gothofredo*, p. 1.250. Pero es menester una gran cautela en estas citas, porque han de ser de gravísimos autores i mui del caso, porque lo demás sería en el Abogado vana afectación de erudición¹¹.

¹⁰ Vid. sobre la *elegancia* expresiva de los juristas romanos Radin, Max, *Eleganter*, en «*Law Quaterly Review*» (en adelante *LQR*), 46 (1930), pp. 311-330; Sciascia, Gaetano, *Elegantiae iuris*, en «*Bulletino dell'Istituto de Diritto Romano*», 10-11 (1948), pp. 377-392; Stein, Peter, *Elegance in Law*, en «*LQR*», 77 (1961), pp. 242-256, y Ankum, Hans, *Elegantia iuris*, en Ankum, Hans A. et al., (eds.), *Plus est en vous. Opstellen over recht en cultuur aangeboden aan Prof. Mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem, 1970, pp. 137-160. Asimismo, con perspectiva más ampliada, los diversos estudios de Gustav Radbruch, contenidos en *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts* (1938), Basel, 1950²

¹¹ Correspondencia de D. Gregorio Mayans con Don José Nebot y Sanz (1735-1742) - Carta nº 80 [13 de agosto de 1740], en Peset Reig, Mariano, *Gregorio Mayans y Siscar Epistolario. IV. Mayans y Nebot (1735-1742)*. Un

Recomendaciones del jurista teórico que, más allá de la *disputa ameníssima*, en nada desdeña el práctico cuando le acusa recibo y responde:

Como uno tiene poco tiempo busca siempre atajos y assí me diría Vmd, si, fuera de las Polianteas, ay algunos resúmenes o extractos de las Sentencias y dichos de los Poetas y Oradores, pues cada día les ha menester uno para exornar este u el otro punto, valerse de éste u el otro símile, y como está esparcido entre tantos y no se pueden leer todos, sería muy útil el estar recoxidos. Nesesita uno de un dicho, otras vezes de una agudeza, etc., como cuando Percio en la sátira primera: *Fur es, ait Pedio, Pedius quit? crimina rasis, etc.*, hablando contra aquéllos que en las Causas judiciales se valen de colores retóricos, dexando las razones fuertes de la justicia, donde pone el caso de el que haviendo pasado tormenta pide limosna cantando. Estas cosas y otras valen tanto a vezes como qualquier doctrina, estimula a que se lea el papel, y en una palabra, esto es lo que se aprecia al presente, y assí sobre ello no más quiero que Vmd. me remita citas de Autores donde se pueda hallar las colecciones de ello.¹²

Dos cuestiones despuntan sobre otras posibles en este intercambio epistolar. Una es la actitud del ilustrado Mayans ante el *ocio literario*, pues si ajusta con los erasmistas en varios terrenos¹³, y hará de Vives celebración y honra tan declarada como editar la *Opera Omnia* de aquél (Benito Monfort, Valencia, 1782, 3 v), no capitula a sus dictados y se aleja del parecer sobre la fertilidad de la Literatura para la obra de pensamiento. Sin afiliarse a la contestación de los feijoistas tuvo Mayans en ese campo personal criterio¹⁴. La otra que, exceptuado el mero retoricismo colorista (diaríase, *cum figuris et coliribus artificiose depictis* Vs. *ut pictura poesis*) y conjurados los peligros de lo que llamaría “pedantismo iuris”, la *disputa ameníssima* que forma la Literatura con el Derecho es de tanto valor “como qualquier doctrina”, estimulando “a que se lea el papel” y, en fin, que su época concedía a todo aquello la mayor estima.

Entonces, creo, podemos pues orientar ya el norte de la Cultura literaria del Derecho desde la senda que transita del *eleganter & apte dicere* (y escribir) al *legere*.

2. De disputa ameníssima a Cultura literaria del Derecho: *la aculturación lectora*

La *Cultura literaria del Derecho* no es principalmente una cultura producida por escritores; es una cultura lectora. Por más cierto que entre juristas “muchos caen presa de la insanable manía de

jurista teórico y un práctico, transcripción, notas y estudio preliminar de Mariano Peset, Oliva (Valencia), 1975. Vid. también Montero Aroca, Juan *Recensión* a Mayans y Siscar, Gregorio, *Epistolario. IV. Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 2-3 (1976), pp. 743-746.

¹² De Nebot a Mayans - Carta nº 97 [5 de octubre de 1740], en Peset Reig, Mariano, *op. cit.*, pp. 261-264.

¹³ Sánchez-Blanco, Francisco, *Humanismo e Ilustración en España: la exaltación de la figura de Vives por los eclécticos del siglo XVIII*, en Strosetzki, Christoph (ed.), *Juan Luis Vives: sein Werk und seine Bedeutung für Spanien und Deutschland*, cit., pp. 135-149.

¹⁴ Vid. Pérez Magallón, Jesús, *Gregorio Mayans en la historiografía literaria española*, en «Nueva Revista de Filología Hispánica», 38, 1 (1990), pp. 247-263, y *En torno a las ideas literarias de Mayans*, Alicante, 1991.

escribir”¹⁵, no basta con ello para hacer reserva de dominio cultural. Lo que caracteriza la experiencia cultural de los juristas no es tanto escribir como leer lo ya escrito. El ejercicio interpretativo del Derecho es un buen ejemplo, muy ilustrativo, de la inherente práctica de *lecturalidad* entre los juristas (teóricos o prácticos).

Como juristas nuestra actividad más cotidiana consiste en resemantizar jurídicamente la comprensión de los conflictos. En esa labor la legalidad es nuestra fuente de legibilidad; legalidad como inteligibilidad jurídica del conflicto. El texto legal, no obstante, frecuentemente admite múltiples lecturas, a veces muy diversas entre sí; su *lecturabilidad* no es cerrada y única. Los factores responsables de tal estado son también varios; *v. gr.*, la disposición contextual, así la de producción, como también la idoneidad de los auditorios para reconocer textos como legibles, y desde luego el entretexto o tipo de soporte y efecto de sentido previsto, conocido, o siquiera pronosticable. En consecuencia, la praxis hermenéutica de penetración en los mensajes normativos se *inventa* sobre la base de una *legibilidad* cognitiva abierta.

Con todo, las formas inventivas del jurista que *lee en Derecho* no se limitan a la “realidad” jurídica, y van más allá, incurriendo en una realidad más amplia: la imaginación del Derecho. Esa *lectura* imaginativa requiere de una *legibilidad* perceptual; *leer* el signo del Derecho en lenguajes distintos de aquellos con que se enuncian las normas y se articulan los discursos jurídicos, lenguajes externos a la estructura lingüística de la dogmática, exógenos al sistema de transposición técnico, no importados del bagaje teórico-institucional reunido en la tradición de la particular comunidad interpretativa en que regularmente se opera. Tal cualidad lectora demanda otras capacidades y méritos, y están principalmente en una competencia educada para la comprensión más internalizada de los propios textos jurídicos, apta no sólo para identificar *Derecho en la Literatura*, sino para producir *lecturas literarias del Derecho*¹⁶. Pero, además de éstas, son igualmente posibles las *lecturas jurídicas de la Literatura*, que aquí nos interesan.

El progreso competencial en estas nuevas perspectivas – *lectura literaria del Derecho* y *lectura jurídica de la Literatura*– resulta a través de una gradual *aculturación*, esto es, mediante la paulatina recepción y asimilación de los elementos y valores culturales literarios dentro de la tradición cultural jurídica. Naturalmente, el nivel contacto y el relativo estado de adquisición y provecho no es –y así sucede en todo proceso de aculturación– invariablemente uniforme y continuo, sino con frecuencia inconstante e intermitente, sin que tampoco sean descartables episodios de obstinada resistencia y hasta de frontal rechazo, e incluso también de involuntario prejuicio.

Creo que siempre es interesante reflexionar sobre los fenómenos de aculturación, por cuanto formulan un discurso intelectual de relación entre dos culturas *distintas*, como en efecto aquí lo serían

¹⁵ “Tenet insanabile multos scribendi cacoëthes, et aegro in corde senescit”, Juvenal, *Sátiras* VII. 51-52.

¹⁶ Calvo González, José, *De la cultura lectora y literaria del Derecho*, pról. a Coaguila Valdivia, Jaime, *El otro corazón del Derecho. 20 ensayos literario jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Arequipa (Perú), 2009, pp. 7-12, en esp. p. 8.

el Derecho y la Literatura. En este sentido conviene subrayar que ningún partidario del *Movimiento Derecho & Literatura* –en toda su versátil gama de posiciones– lo ha sido de alcanzar la plena *asimilación* de Derecho a Literatura, y no obstante existen *involuntarias* imágenes de los otros (literatos) y hacia sí mismos (juristas), y persisten recíprocas actitudes de unos para con otros, que son reveladoras de *desequilibrios*, a menudo más preocupantes, a mi juicio, que las amenazas de exclusividad intervencionista. Reconocer *al otro* como poseedor de rasgos “culturales” de igual o análogo rango a los autoconcebidos para *uno mismo* es muchas veces antes que el intento sincero de estabilizar el equilibrio más bien una deserción a encontrar soluciones arriba de algún coyuntural equilibrio inestable¹⁷.

Es verdaderamente difícil lograr una elaboración interdisciplinaria (*cross-disciplinary*) del conocimiento, aún si alcanzada en parte, cuando la comprensión de “la eficacia del mecanismo” se supedita a determinada “disposición de sus partes”¹⁸. En la locución *Derecho y Literatura* la eficacia del mecanismo se comprueba, desde luego, porque *implica*, como ha sido precisado con indudable fortuna expresiva¹⁹, una función de creación transformadora que permite revisar las ideas y examinar los valores y de vez en cuando también las prescripciones. Pero esa implicación, cuya función material se instrumenta mediante lectura de textos literarios, y que se demuestra apta no sólo para identificar *Derecho en la Literatura*, sino para producir *lecturas literarias del Derecho*, en el fondo encubre –o al menos no disimula lo bastante– una determinada disposición de las partes que opaca la eventual irradiación de la *Literatura en el Derecho* –una literatura asimismo asociada a temas o asuntos jurídicos– y, por tanto, el panorama de *lecturas jurídicas de la Literatura*. La *Cultura literaria del Derecho* debería, a mi juicio, integrar ambos perfiles de *lecturalidad*, uno y otro siempre más proyectivos que la orientación a embellecer o hacer más cálidas las severas y frías expresiones jurídicas (*De dicendi elegantia*) o recorrer con alguna utilidad jurídica el camino del erudito divertimento (*amenísima disputa*).

La aculturación que de la comunidad entre Derecho y Literatura tiene lugar en las *lecturas jurídicas de la Literatura* a razón de transportes e intercambios entre Literatura y Derecho también *implica* una propuesta crítica del discurso jurídico, de cambio en la forma de concebir el derecho, pero se origina en el contacto inicial y directo con los textos literarios, es decir, primero e inmediato a ulteriores rendimientos como *lectura literaria del Derecho*. Las *lecturas jurídicas de la Literatura* son resultado de juristas lectores de literatura.

¹⁷ Vid. comparativamente Yoshino, Kenji, *The City and the Poet*, en «Yale Law Journal», 114 (2005), pp. 1835-1896 [también por trad. de Fernando F. Basch, *La ciudad y el poeta*, en «Revista Jurídica de la Universidad de Palermo» (Buenos Aires), 2, 7 (2006), pp. 5-61] y Peters, Julie Stone, *Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of and interdisciplinary illusion*, en «PMLA (Publications of the Modern Language Association of America)», 120.2 (2005), pp. 442-453.

¹⁸ La forma del argumento me viene sugerida desde un pasaje del ensayo “La supersticiosa ética del lector”, de Jorge Luis Borges, contenido en *Discusión* (1932), donde Borges reconviene a los lectores que ante un texto “no se fijan en la eficacia del mecanismo, sino en la disposición de sus partes”.

¹⁹ Vid. Ost, François, *El reflejo del Derecho en la Literatura*, en «Doxa», 29, 2006, pp. 333-348.

3. ¿Qué literatura leen, cómo la leen y para qué los juristas (que leen)?

Interesarse en qué lecturas literarias hacen los juristas, cómo y con qué finalidad me parece valioso por más de un motivo.

Responder a la primera interrogante, al contrario de lo que cabría suponer, tal vez sea lo más problemático. Acudir al *listado* Wigmore de 1908 y 1922²⁰ y otros que en su misma traza han renovado la colección de aquel catálogo²¹ u ofrecido antologías de textos y selecciones críticas²², puede inducir a error. Todos ellos se confeccionaron con una pretensión formativa, destinados en su mayoría al ámbito escolar, y por tanto responderían mejor al *para qué leen* los juristas, al margen de que apenas ofrecen más sino un elemental indicio de lectura carente de verificación. La prospección en línea de sociología de la lectura averiguando qué obras literarias se localizan en las librerías de juristas o inventarios y catálogos de subastas al tiempo del fallecimiento de sus propietarios alcanzaría a desenterrar informaciones acerca de la posesión de determinados títulos en sus bibliotecas, más

²⁰ John Henry Wigmore, *A List of Legal Novels*, en «Illinois Law Review» (en adelante «ILR»), II (1908), pp. 574-593, y *A List of One Hundred Legal Novels*, en «ILR», XVII (1922), pp. 26-41. Vid. también Pergolesi, Ferruccio, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna, narrativa e teatrale*, Bologna, 1949 p. 25 [reimp. 1956] y Gemmette, Elizabeth Villiers (ed.), *Law in Literature. Legal Themes in Short Stories*, New York, 1992 [en espec. Appendix A: "Wigmore's List of Legal Novels", pp. 444-456 y Appendix B: "Weisberg and Kretschman's Expanded List of Law-Related Literary Works", pp. 457-461]. Asimismo, Breen, Jon L., *Novels Verdicts: A Guide to Courtroom Fiction*, Metuchen (N.J.), 1984.

²¹ Así ampliaciones como las de Kretschman, Karen L., *Legal Novels: An Annotated Bibliography*, Austin, 1979 y Weisberg, Richard, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven and London, 1984. Asimismo la nota *A New List of Recommended Reading for Prospective Law Students (Compiled from the Recommendations of the Faculty of the Michigan Law School)*, en «Michigan Law Review», 83, 4 (1985), pp. 663-669.

²² De textos, entre otras, London, Ephraim, *The World of Law: The Law in Literature*, New York, 1960; Suretstik, Harold, *Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities*, en «Rutgers Law Review», 32 (1979), pp. 727-739; Thomas, Brook, *Cross-examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, New York, 1987; Gemmette, Elizabeth Villiers (ed.), *Law in Literature: Legal Themes in Short Stories*, cit.; *Law in Literature: Legal Themes in Drama*, Troy, NY, 1995, *Law in literature: legal themes in Novellas*, Troy, NY, 1996, y *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law-Related Works*, Troy, NY, 1998; Wishingrad, Jay (ed.), *Legal Fictions: Short Stories About Lawyers and the Law* (reissued ed. Woodstock, 1994); Morison, John– Bell, Christine (eds.), *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Aldershot 1996; Malaurie, Philippe, *Droit et Littérature. Une anthologie*, Paris, 1997; Shapiro, Fred R. – Garry, Jane, *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories*, Oxford, 1998; Heald, Paul J., *A Guide to Law and Literature for Teachers, Students, and Researchers*, Durham, North Carolina, 1998. En lengua española Fina Sanglas, Albert, *Justicia y Literatura*, Barcelona, 1993, y Alamillo Sanz, Fernando J., *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Madrid, 1996. En Italia, Mauro, Enzo di (ed.), *Il giudice e il suo scriba. Narratori davanti alla legge*, Firenze, 1998. De análisis críticos, entre otras, Fisher, John, *Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?*, en «Texas Law Review», 72 (1993), pp. 135-160; Levinson, Sanford–Mailloux, Seven (eds.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Evaston, 1988; Ledwon, Lenora (ed.), *Law and Literature: Text and Theory*, New York, 1995; Rockwood, Bruce L. (ed.), *Law and Literature Perspectives*, New York, 1998; Freeman, Michael– Lewis, Andrew (eds.), *Law in Literature*, London-New York, 1999. También, aunque en parte, Danovi, Remo, *Tra fantasia e Diritto. List of Novel*, Milano, 2004.

tampoco sobre su lectura. La respuesta a *qué literatura leen* los juristas no está, pues, exenta de dificultades, salvo que conservemos evidencia por escrito de sus lecturas.

Tal es el caso, no extraño ni inusual, de juristas que han practicado –con mayor o menor regularidad y profesionalismo– la crítica literaria. El hecho abre a estudios de enfoque alternativo, pues pone de relieve la importante contribución –en ocasiones principalísima– de los juristas en el fomento de la lectura y la divulgación literaria. De modo subsiguiente responde también a *cómo leen la literatura* sobre la que escriben. En la medida en que me he ocupado de la recepción en España de la literatura tolstóiiana²³ me cabe afirmar que en su lectura los juristas ni fueron ajenos a la contemporaneidad cultural de las corrientes literarias ni a las de pensamiento jurídico. Es decir, aquella cultura lectora simultaneó cultura literaria y cultura jurídica. El jurista lector de Tolstói no fue un analfabeto literario, como tampoco un intérprete jurídico insolvente. Además, esa lectura proyectó sobre la cultura jurídica nacional un bagaje de cultura literaria que –más allá de la literatura española, fundamentalmente cervantista– había sido hasta entonces del todo desacostumbrada. Con oportunidad de leer a Tolstói, o también a Zola por la misma época, la *cultura literaria de Derecho* en España se hizo más cosmopolita. Su lectura satisfizo una implicación con la cultura literaria y jurídica europeas de la época que siendo conveniente y hasta necesaria, además repercutió ventajosa y favorable para ambos términos de la relación. Desde lo que mi modesto trabajo acaso sirva de ejemplo hago desde aquí apremio a investigadores para que indaguen sobre esta clase de *lecturas jurídicas de la Literatura* en sus respectivas literaturas nacionales, y les animo a que con atento oído rescaten la autoconciencia crítica y selectiva que el poeta Antonio Machado enseña allí donde sus versos dicen:

*Desdeño las romanzas de los tenores huecos
y el coro de los grillos que cantan a la luna.
A distinguir me paro las voces de los ecos,
y escucho solamente, entre las voces, una*²⁴

Y resta, para finalizar, inquirir acerca de *para qué leen* literatura los juristas (que leen), qué hacen con sus lecturas, con su hábito de leer.

Diré entonces que sin excluir la desbordada complacencia lúdica de darse al *ocio literario* solo vacante, en sí mismo contradictorio²⁵, los juristas que leen literatura hacen paradójicamente *nec-otium* con el que también contribuyen al deber civilizador del Derecho. Es decir, el jurista que lee literatura reutiliza su proceso de lectura, su lectura comprensiva, para organizar/reorganizar y construir/reconstruir los parámetros ideológicos atinentes a la “realidad jurídica” –una realidad

²³ Calvo González, José, *El alma y la ley. Tolstói entre juristas (España 1890-1928)*, Sevilla-Zamora, 2010.

²⁴ Manuel Machado, *Retrato*, en *Campos de Castilla* (1912).

²⁵ “Otium sine litteris mors est et homin vivi sepultura”, en Lucius Anneus Seneca, *Epistulae morales ad Lucilium*, X, 82. Vid. asimismo *Las cartas de Séneca a Lucilio*, introd. y adap. de Luis Mapelli López, Córdoba, 1983. [“El ocio sin letras es muerte y sepultura del hombre vivo”]

independiente del mundo, una “hiperrealidad”– en la que es participante, lo que equivale a transformarlos.

Sobre esa transformación disponemos de algunas indicaciones. Para Nussbaum la virtualidad transformadora es una *guía ética*. La *imaginación literaria*, en cuanto alienta actitudes deseables y perspectivas sobre la vida humana, favorece un poder de empatía (*power of empathy*) que vale “para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas”²⁶. Esta dirección, llamada por algunos *humanista*²⁷, estuvo antelada, con identidad propia²⁸, desde la línea *criticista* no “sentimentalista”, que asimismo la prolongaría en muy fértil desarrollo²⁹ como revitalización del componente ético del Derecho.

Y todavía un epílogo, quizá para dotar de cierta intriga el desenlace de esta especie de relato sobre la *Cultura literaria del Derecho* –nuestro *plot* principal– encadenado a episodios de intensidad creciente –*qué literatura leen, cómo la leen y para qué los juristas (que leen)*– donde la historia ha venido sucediendo en alternancia. Un epílogo que contuviera preguntas como, por ejemplo: ¿qué de cierto hay en lo que llamamos *Cultura literaria del Derecho*?, o ¿y si todo fuera un ensueño del que sobresaltados se despierta a la *realidad* que aturde y pasma con el desencanto de un *escepticismo ácido*?

Sería como un epílogo-impostura, pues no cerraría ese discurso, sino que muy bien hubiera podido ser su verdadero prólogo.

4. Epílogo sobre escépticos, y final abierto (a la discusión)

Desde que Sexto Empírico compuso los textos de sus *Hipoteiposis Pirronicas* (s. III a. C.), esto es su llamado ahora *Compendio de Escepticismo*³⁰, parecería que la variedad de escépticos es cada vez menos plural. Pocos hay que “suspendan el juicio”, y aumenta sin embargo el número de los que

²⁶ Nussbaum, Martha, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (Boston, 1995), *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini, Santiago de Chile, 1997, p. 27.

²⁷ Así, Jane B. Baron califica de “humanistas” a los *law-and-lits*, adeptos al *law and literatura*, que sostienen la conveniencia de que los juristas lean Literatura. Véase su trabajo *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, en «Yale Law Journal», 108, 5 (1999), pp. 1059-1085, en esp. p. 1063.

²⁸ White, James Boyd, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, Chicago, 1984, y Weisberg, Richard H., *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven, 1984.

²⁹ White, James Boyd, *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*, Am Arbor, Mi., 1999, y Weisberg, Richard H., *Poethics, and Other Strategies of Law and Literature*, New York, 1992. Asimismo West, Robin, *Narrative, Authority, and Law*, Am Arbor, Mi., 1993. Naturalmente sin olvidar a Fish, Stanley Eugene, *Is There a Text in this Class?*, Cambridge, 1980, y *Doing What Comes Naturally, Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, NC, 1989.

³⁰ Vid. una antología de textos en Empírico, Sexto, *Por qué ser escéptico*, sel., trad. y coment. De Marín Sevilla Rodríguez, present. de Luis Manuel Villanueva, Madrid, 2009.

pasando por tales se pronuncian con sentencia suspicaz. Tal vez la suspicacia, el escrúpulo, o simplemente la duda sea hoy a lo que llamamos modernamente escepticismo. Lo es para mí, más bien, la actitud de quien toma distancia para evitar sentirse concernido, pero que no prescinde de examinar críticamente el espacio que ha interpuesto. Simplemente permanecer en la discontinuidad no sería escepticismo como disidencia, sino subterfugio, evasiva.

Acerca de la comunidad entre Derecho y Literatura existen disidentes en desigual medida, existen escepticismos diferenciales. Está el de Posner, disidente receloso pero ecléctico³¹. También el de Mari³², cuyo escepticismo me parece juicioso, maduro. Cada uno deja un deleite, un regusto intelectual, de sabor particular; áspero –sin ser ácido– el primero, salado –y algo picante– el segundo. Diferente de ambos, tomándome con el paladar en sazón, encuentro otro nuevo escepticismo; una disidencia amarga.

Esta última se distancia del dulce sabor de la *empatía* compasiva (Nussbaum) o el agríndice de la *eticidad* crítica (New Criticism) como un *disgusto*. Se encuentra en el aún reciente trabajo de M. Todd Henderson titulado como “Citing Fiction”³³. En él se concreta el número de veces que determinados autores y obras literarias han sido citados a lo largo de un abultado conjunto de resoluciones de tribunales federales de apelación americanos durante la última centuria. Su balance nos ofrece 61 citas de Orwell, 35 de Shakespeare, 34 de Kafka, 20 de Milton, y 14 para Homero, Chaucer y Oscar Wilde.

Uno debería preguntarse dónde quedaron Dante y la *Divina comedia*, Cervantes, Montaigne, Moliere, Samuel Johnson, Goethe y su *Fausto*, Jane Austen, Walt Whitman, Emily Dickinson, Dickens, George Eliot, Tolstói, Ibsen, Freud, Proust, Henry James, Virginia Wolf, Kafka, Borges, Neruda, Pessoa, Beckett o James Joyce. Y entonces tal vez uno también termine por pensar si Henderson no está quizá vacilando de Harold Bloom y el *Western Canon*³⁴, antes que del *Law & Literature Movement*³⁵.

Lo que sí parece fuera de duda es que si la muestra revela un muy bajo registro estadístico de citas literarias, de ello acaso pueda argüirse para cuestionar el valor de *significancia* del movimiento *L&L* respecto del *impacto directo* de la formación literaria *on judicial decisionmaking* y, asimismo, el grado en que la literatura hace a los jueces más éticos o empáticos. Pero el argumento, así formulado,

³¹ Posner, Richard A., *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*, Cambridge, Mass., and London, 1998, en esp. pp. 306 y 387-388. Asimismo, Id., *What Has Modern Literary Theory to Offer Law?*, en «Stanford Law Review», 53 (2000), pp. 195-208. Sobre la posición de Posner, véanse White, James Boyd, *What Can a Lawyer Learn from Literature?*, en «Harvard Law Review», 102 (1988-1989), pp. 2014-2047. De la 2ª ed. citada de *Law and Literature* existe trad. española de Pilar Salamanca y Marina Muresán, *Ley y Literatura*, Valladolid, 2004.

³² Mari, Enrique E., *Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja*, en «Doxa», 21-II (1998), pp. 251-287.

³³ Henderson, M. Todd, *Citing Fiction*, en «The Green Bag: An Entertaining Journal of Law» (University of Chicago), 11, 2 (2008), pp. 171-186.

³⁴ Bloom, Harold, *Western Canon: The Books and School of the Ages* (1994), trad. de Damián Alou, *El canon occidental*, Barcelona, 1995. Vid. también Gamero, Carlos, *Harold Bloom y el canon occidental*, Madrid, 2003.

³⁵ Henderson, M. Todd, *op. cit.*, p. 172.

es derrotable por múltiples razones. La medida real de influencia de la Literatura en el Derecho no es calculable a través únicamente de su cuantificación por el “impacto directo” de citas literarias en textos jurídicos.

Lo que yo opino es que si las interrogantes *qué, cómo y para qué* (o *por qué*) leen los juristas contienen problematicidad algo más que puramente estadística o descriptiva, deben enlazar a planteamientos normativos. Entre éstos son de primer orden los diseños curriculares iuspedagógicos. Porque ellos serán ciertamente basilares en la enseñanza de los juristas que les conduzca en adelante desde un *knowledge telling* (decir el conocimiento) hasta un *knowledge transforming* (transformar el conocimiento). Nada de este programa se entenderá mientras no se entienda la comprensión lectora como un recurso didáctico de apreciable valor.

Entre quienes estamos razonablemente convencidos de su utilidad la pregunta ineludible es qué responsabilidad docente nos compete para que un jurista en formación pueda mejorar sus habilidades y estrategias cognitivas actuando como lector jurídico de literatura, y cuáles sean las que mejor convengan para asegurar un modelo de lector literario competente en la Cultura del Derecho tradicional, actual o venidera.

Y este pretende ser como una especie de final, abierto, con posibilidades, también abiertas, para principiar la discusión del presente Simpósio.

Universidad de Málaga. España
jcalvo@uma.es



DERECHO Y LITERATURA. ANOTACIONES SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA CREATIVIDAD LITERARIA EN EL ESTUDIO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO
José Raymundo Nina Cuentas

Abstract

The present paper not only tries to give a panoramic vision of the development of “Law and Literature” until now, but moreover it has as principal purpose that to show as to guiding juridical operators on the law’s boundaries is required a particular “sensitivity” that comes from others arts, and in this case from the Literature. In this direction it analyses possibilities and conventional limits of the Law ad Literature approach.

Tu le connais, lecteur, ce monstre délicat,
Hypocrite lecteur, mon semblable, mon frère!
(C. Baudelaire)

1. Introducción

Probablemente pocos lectores lleguen a encontrar todavía herética la conjunción de dos términos que, en principio, bien pueden comprenderse plenamente de manera independiente; pero ante cuya asociación se debe enmudecer si no aceptamos premeditadamente enfrentar las hostilidades y sacrificios de revelar nuestras propias concepciones (y prejuicios) sobre ambos campos y la forma de interrelacionarlos.

Es comprensible que la primera predisposición de quienes se introducen, quizás tímidamente, en este tema sea creer que asimilar ambas materias se reduzca a reafirmar sus elementos comunes para luego proponer reiteraciones ociosas. No es la postura que adoptaremos. Tampoco vamos confundir los dominios de cada una para defender vanas paradojas.

Haciendo a un lado discusiones estériles pretendemos mantener una posición neutral que no sacrifique la belleza, como fuente estética de la Literatura; ni la justicia, como principio rector de la actividad jurídica. Y siendo imposible agotar un tema tan extenso y discutible, en estas breves líneas pretendemos identificar las razones que fortalecen su estudio y su campo aplicativo en nuestra formación y ejercicio profesional. Pero principalmente queremos demostrar como la creatividad literaria, no exclusivamente la de los abogados, puede ser un instrumento para revitalizar la percepción social que se tiene del Derecho.

2. *La Labor Creativa En General: Primeras Reacciones Históricas*

Para empezar un acercamiento entre el Derecho y la Literatura debemos tener en consideración la apreciación social en la que se desenvuelven. Y no necesitamos remontarnos a los orígenes de nuestra cultura para entender la opinión más corriente que se tuvo sobre el tema¹. Nos basta recordar que aún en Grecia, en toda la plenitud de su esplendor intelectual, no se diferenciaba entre las revelaciones de los sabios y los delirios de los alienados. Toda manifestación creativa o ruinosa del espíritu era explicada por la intervención de potencias superiores, tanto en la dación de leyes como en el Arte o la Filosofía. No olvidemos, por ejemplo, el famoso *Daimon* que inquietó a Sócrates hasta su muerte.

Para Platón, los poetas no encontraban espacio en su “ciudad perfecta” y debían conformarse con el destierro. Su decreto:

“Y he aquí – dije yo – cuál será, al volver a hablar de la poesía, nuestra justificación por haberla desterrado de nuestra ciudad siendo como es: la razón nos lo imponía. Digámosle a ella además, para que no nos acuse de dureza y rusticidad, que es ya antigua la discordia entre la filosofía y la poesía: pues hay aquello de «la perra aulladora que ladra a su dueño», «el hombre grande en los vaniloquios de los necios», «la multitud de los filósofos que dominan a Zeus», «los pensadores de la sutileza por ser mendigos» y otras mil muestras de la antigua oposición entre ellas. Digamos, sin embargo, que, si la poesía placentera e imitativa tuviese alguna razón que alegar sobre la necesidad de su presencia en una ciudad bien regida, la admitiríamos de grado, porque nos damos cuenta del hechizo que ejerce sobre nosotros; pero no es lícito que hagamos traición a lo que se nos muestra como verdad” (*República*, Libro X, 607a).

Aristóteles lo testimonia de la siguiente manera: “En efecto: por la naturaleza misma de las cosas persuaden mejor quienes están apasionados; y así, más verdaderamente conmueve el conmovido, y enfurece el airado. Y por este motivo el arte de la poesía es propio o de naturales bien

¹ “Poeta y profeta difieren notablemente en la idea vaga e indeterminada que de semejantes nombres nos formamos actualmente. En algunas lenguas antiguas son sinónimas ambas voces: vate significa a la vez poeta y profeta, y, ciertamente, en todos los tiempos, el poeta y el profeta tienen en su significación grandes afinidades. Fundamentalmente son todavía los mismo, y con especialidad en este punto: importantísimo, esto es que bajo una u otra forma, ambos, penetraron el misterio del Universo, lo que llama Goethe «el secreto manifiesto.»” (Carlyle 1985, 104).

nacidos o de locos; de aquéllos, por su multiforme y bella plasticidad; de éstos, por su potencia de éxtasis” (*Poética*, 1454 a).

Obviamente no pretendemos generalizar, pero ya sabemos lo que tardó el Derecho en emanciparse de las especulaciones místicas de su origen divino o supraterrrenal para emprender el camino de su reconocimiento como pretendida ciencia. Y aunque tal calificativo es aún discutible, lo cierto es que todos los progresos hasta la fecha no son sólo contundentes, sino también generalizados y de dominio común. Ahora, al igual que los beneficios, las críticas y las propuestas están al alcance de todos. Esto es sólo una expresiva muestra de que el Derecho, como el conocimiento humano en general, se ha extendido y diversificado por senderos que se renuevan constantemente. Pero no pasó lo mismo con la Literatura.

La Literatura, desde nuestro punto de vista, se ha mantenido reservada a una especie de “aristocracia del conocimiento”. No podemos decir que sea exclusivista o de élites, pero tampoco es de dominio común en el sentido creativo de la palabra, aunque su accesibilidad como producto artístico sea masificada.

La Literatura en sí misma, como fenómeno creativo, está rodeada por un halo de misterio que impone respeto frente a cualquier profano. Pero su audiencia no se satisface sólo con ella, al menos no en su sentido convencional. Y desde que los avances de la tecnología le ofrece canales alternativos (y no excluyentes) donde fluye la “inspiración” de los creadores, no sólo en la imprenta, sino en la radio, la televisión, el cine y otros, todos estos se han convertido en fuente de “cultura popular” y, más específicamente, de “cultura jurídica popular”. Y que es muy distinto, a decir de Friedman, de lo que es la “cultura jurídica” en sentido estricto y entendida como aquellas ideas y actitudes de contenido legal².

Pero estos instrumentos no son empleados de manera unilateral sino que, según Friedman (1989, 1584): “los cambios en la sociedad, en pocas palabras cambian la forma en la que piensan y sienten las personas, y esto a su vez crea un nuevo sistema y entramado de normas, ideas, actitudes y opiniones. Estos elementos de cultura jurídica actúan como una variable intermedia entre la innovación social y los cambios legales”. La reciprocidad es notoria cuando entendemos que, según él (*Ivi*, 1598), “lo que las personas piensan sobre el Derecho es una opinión pública social, que se hace fuerte en los referéndum y con el cual el gobierno no levanta un dedo o mueve un músculo sin antes descifrar el pozo de los deseos públicos”³.

² La miopía de los abogados en este aspecto ha sido denunciada reiteradamente tanto en la literatura como en los estudios que se han involucrado en el tema. “Padeciendo todos los riesgos de vivir en un micro-clima, los juristas y profesionales de la ley han dejado de percibir acerca de ella lo que es obvio para el hombre de la calle” (Barrig 1980, 9).

³ Es precisamente sobre la apreciación popular del derecho que se construyen las teorías sociales del Derecho y éstas crean el Derecho como tal. Pero el problema no está en aceptar este hecho sino en identificar cuando los medios reflejan realmente las expectativas de la sociedad y no se convierten en manipuladores de ésta. El caso más expresivo de ello es el uso de los sondeos políticos en lo que Giovanni Sartori (2004, 80) ha llamado “la opinión teledirigida”.

Para Martínez Martínez (2005, 207), “Toda literatura es espejo del momento en que nace, de la sociedad en la que se gesta, de la realidad que trata de reflejar en su vertiente más pura o de un modo caricaturesco, deformante. Pero siempre con un poso de verdad, siempre como espejo del momento. La literatura es expresión presente de lo que narra, con independencia de los recursos empleados para manifestar la situación concreta a la que se alude. Es arma de denuncia”.

3. El Esfuerzo Interdisciplinario Frente A Los Límites Convencionales

Con mucha amenidad Marí (1998, 259) se pregunta si este enlace Derecho & Literatura no representa otra cosa que la revancha de los “poetas desterrados”: “¿Un bálsamo quizá frente a ese negativo dictamen no sólo de estos poetas, sino también de una oposición pública muy generalizada?”.

La interrogante no es si la imaginación nos sirve para buscar soluciones “científicas”, sino si ésta está subordinada o limitada por el objeto de estudio de cada ciencia, las que se diferencian de la filosofía precisamente por no ser totalizadoras. En otras palabras, la cuestión es saber si hay un determinado tipo de imaginación para cada campo del conocimiento humano impuesta quizás por la necesidad de especialización en algunas ramas.

Creemos que la imaginación es el puente para enriquecer los problemas y las soluciones que ofrecen sobre todo las ciencias sociales, en las cuales, según Mariátegui (2006, 81), era preferible distinguir entre personas con imaginación o sin imaginación antes que diferenciarlos entre revolucionarios y conservadores. “Y, sobre todo, si la humanidad no les ha encontrado todavía un nuevo nombre a los conservadores y a los revolucionarios, es también, indudablemente, por falta de imaginación”.

Según González Ordovás (2004, 159), refiriéndose específicamente a la aplicación de este recurso en el campo del Derecho, “La imaginación, como antítesis de la réplica, es un modo de pensamiento ni contrario ni subalterno al científico y tiene, a mi entender, un espacio nada desdeñable en la praxis y la teoría jurídica. La hermenéutica, la integración y la ficción no se conciben sin ella, sabemos que este planteamiento desafía algunos de los presupuestos, o mejor tópicos, de los que se ha venido sirviendo nuestra cultura jurídica hasta hace bien poco. Y, sin embargo, hace mucho tiempo, en realidad desde siempre, la imaginación ha sido parte del acervo de los juristas, eso sí, ni del mismo modo ni en la misma medida”.

Tenemos que coincidir plenamente con lo afirmado por González. Más adelante veremos cómo se concretiza específicamente en el plano hermenéutico, y en donde se encuentran puntos de contacto que fueron advertidos desde siempre en la actividad jurídica, pero desde que ésta dejó de compararse a un mero esoterismo de formulas legales, la imaginación casi intuitiva de la que se servían los juristas

tuvo que pasar a un campo de desarrollo metódico y coordinado con los objetivos del Derecho moderno⁴.

Pero la riqueza que adquiere el Derecho en su relación con la literatura es, a diferencia de otras, la más misteriosa de todas. Según Ost (2006, 42), “El filósofo del derecho que se aventura en las costas de la literatura es una especie de Colón, que al asentar pie en el nuevo mundo ignora la exacta naturaleza de sus descubrimientos, que lo estarán esperando y, con toda seguridad se vera obligado a modificar los mapas que presuntamente ya había delineado”.

Esta exigencia de interdisciplinariedad que advertimos en nuestro trabajo ya habían sido planteadas en nuestro medio por el Maestro José León Barandiarán (1942, 347): “El jurista no ha de contentarse con conocer su disciplina con un criterio unilateral. Por la incidencia del Derecho en todos los fenómenos de sentido teleológico, le aguarda doble trabajo: ha de estudiar especialmente la jurisprudencia; pero no debe desinteresarse de la cultura en general. No puede tener una mera curiosidad diletante para todas las manifestaciones de orden ideográfico, sin profundizar su propia ciencia; mas no puede sacrificar su plenitud humana, enclaustrándose dentro de un intolerante y único quehacer”.

La consecuencia natural de la afirmación anterior, de esa “sensibilidad invasora” como la hemos denominado nosotros, no puede ser otra que el descubrimiento de un horizonte de estudio más extenso no sólo en complejidad sino en humanidad. Diría el maestro hace varias décadas: “La jurisprudencia coloniza nuevos campos de investigación y gana ingentemente en grandor y hondura, en elegancia y dignidad. Aprendemos de tal suerte a conocer mejor lo que es la justicia, las leyes y su debida interpretación, pues no en balde la sabiduría de *El Quijote* intuyó que el fin de las letras humanas es ‘poner en su punto la justicia distributiva, y dar a cada uno lo que es suyo, entender y hacer que las buenas leyes se guarden’.” (*Ivi*, 362)

No podríamos culminar este punto sin revelar lo pernicioso de glorificar esta forma alternativa de estudio. Pues si es muy difícil no envanecerse en una profesión con pretensiones totalizadoras, lo sería más aún si dejáramos de lado la formación integral en otros campos. La misma que se requiere para la fertilidad de las ideas y que evitaría que subordinemos la razón y nuestro correcto sentido de la realidad a la fascinación por el goce estético que el arte nos produce. Esto último fue advertido por Mario Bunge desde hace mucho: “Lo criticable es que, en el siglo de los mayores avances sociales y

⁴ Parece entonces justificado lo que sentenció Jhering sobre los juristas de su época, que se dejaban “dominar” por esa imaginación tan espontánea, cuando situándolos un hipotético paraíso de juristas se refirió a ellos diciendo: “Normalmente se los ve acurrucados en algún rincón, cabizbajos y meditabundos, hasta que de repente, algo les llama la atención. Entonces se levantan de un salto, se agitan frenéticamente y caen en una especie de éxtasis que podría infundir temor a quienes todavía no los conocen. Pero son sujetos enteramente inofensivos, que no hacen daño a nadie, y que una vez pasado su ataque, pueden discurrir razonablemente y a menudo con miras más amplias que otros que se ríen de ellos. Aventajan a éstos, que se manejan sólo por el raciocinio, en cuanto a fantasía y agilidad de espíritu. Sí sólo tuvieran la energía para dominar su genio, podrían competir ventajosamente con los demás. Pero ahí está precisamente su defecto” (Jhering 1987, 255).

de la energía nuclear, se siga sosteniendo que la literatura y la crítica literaria deben seguir siendo el eje de la cultura o por lo menos la base de la formación cultural”⁵.

4. Dimensiones De La Relación Entre El Derecho Y La Literatura

Como bien dice Calvo (2008, 5): “Lo que se entiende por jurídico o por literario no es siempre unívoco, de ahí que pudiendo ser diverso el camino por donde marche una determinada idea de Derecho o de Literatura puedan ser también diversos los puntos de intersección que produzcan”. Ello no sólo revela que la diversidad de perspectivas en cada campo aumente exponencialmente el producto de su asociación, sino también que sus apariciones en diversos sistemas ha ocurrido generalmente con iniciativas y antecedentes propios en varios autores. Lo característico de la sistematicidad que otorga el estudio metódico de esta vocación es el de dirigir los esfuerzos a resultados sustantivos.

Lo que reconocemos, ante el escepticismo de otros autores, como el movimiento Derecho o Literatura surge, a manera de estudio disciplinado, en los Estados Unidos de Norteamérica. James Boyd White, en su libro titulado *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (1985), presentó la amalgama del law-in-literature y el law-as-literature por primera vez. Desde ese hito inicial su desarrollo no se ha detenido y las posibilidades de aplicación se extienden cada vez más⁶. No están ausentes tampoco los opositores ni lo sutiles “desmitificadores” de esta escuela.

4.1. Dimensión Artística: El Derecho Como Tema

Este primer punto de las relaciones entre el Derecho y la Literatura es tan antiguo como popularizado, pues es un producto de la sensibilidad e imaginación artística. En ella se traducen las facultades receptoras que se despiertan y desbordan la intimidad del espíritu para trascender como obra literaria al contacto con la vida social para acompañarla en su destino.

El Derecho como tema, para De Trazegnies (1995, 348), aparece retratado en varias obras, sea de manera accidental o como tema central de reflexión. Pero, a diferencia de las fuentes documentales de las ciencias sociales, no son meramente descriptivos. A pesar de que reflejan costumbres sociales que se desvanecen en el tiempo, y en ese aspecto pueden ser objeto de un uso “no literario”, la Literatura se caracteriza por representar experiencias que a pesar de las diferencias comparten las mismas angustias. De ello la opinión de Posner (2002, 18) al afirmar: “Universality should not be

⁵ “Sostener que el goce estético y la educación para refinarlo deben ocupar un lugar más importante que la búsqueda de la verdad, de la utilidad y del bien social, no es hoy signo de cultura refinada sino de incultura, de egoísmo, de frivolidad propia de salones victorianos.” (Bunge 1960, 143)

⁶ Materialmente los libros y revistas especializadas en el desarrollo de esta perspectiva abundan en los EEUU. Superando los contrastes, la labor “épica” de una revista nacional sobre el tema como es la “Revista Peruana de Derecho y Literatura”, dirigida por el Dr. Miguel Torres Méndez y el Dr. Carlos Ramos Núñez, merece el reconocimiento que se le debe a la magnitud de tal esfuerzo.

confused with abstraction. Most great literature is highly textured, richly particular, and even (an implication of the test of time) exotic. [...] But that is different from literary interest. The great author makes us *at home* in his fictive world; that is his universality”.

Entre los motivos clásicos están, por ejemplo, la venganza, como en la *Orestíada* de Esquilo o *Hamlet* de Shakespeare. Otra obra que nos da referencias de una concepción de justicia frente a la corrupción de las leyes terrenales es *Antígona* de Sófocles.

El tema del derecho ofrece un extenso campo de posibilidades para la creación literaria, máxime si a su vez el artista tiene formación jurídica, como es curiosamente el caso más frecuente.

Pero hasta este momento es innegable la predilección por el crimen como tema recurrente para la creación literaria. Y más de una acusación se ha levantado sobre ella, acusándola de degenerativa y pernicioso para la sociedad, ya que aparentemente revelaba la inadaptación de sus autores. El caso más emblemático fue el de Goethe, cuyo *Werther* fue vetado en diversos países por incrementar las estadísticas de suicidios en Europa. También Flaubert llegó ante un tribunal paricense por los “paradigmáticos” adulterios de *Madame Bovary*; Emile Zola⁷ tuvo que enfrentarse a la hipocresía de tantos otros y lo mismo Lawrence con *El Amante de Lady Chatterly*⁸.

Sin embargo, el caso más vergonzoso y ejemplar es el de los procesos contra Oscar Wilde, en los que se usó la aparente inmoralidad de sus obras para probar su personalidad corrupta. La frase, del prefacio a *El Retrato de Dorian Gray* (2001, 5): “No existen libros morales o inmorales. Los libros están bien o mal escritos. Eso es todo”, no es otra cosa que una reafirmación de su calidad de artista frente a los vulgares prejuicios de sus acusadores.

Debemos entender que si bien es incuestionable la independencia del autor de la moral “pública”, no es tan nítida su separación de lo que alcanzamos a creer como verdad aún detrás de la aparente “ficción” de la obra. Según Epstein (2007, 383), “El autor literario no tiene obligación de buscar la verdad mientras escribe ficción. Pero el precio que uno paga por esa libertad – con atrevimiento se puede llamar hasta auto-indulgencia – es que la ficción no puede ser vista como una representación instantánea de una generalización subyacente de una determinada situación social,

⁷ Con referencia a este autor naturalista se puede puntualizar una coincidencia que nos hace advertir los frecuentes semejanzas creativas entre la Historia del Derecho y la de la Literatura: “Aparte de ser hijas del mismo padre la escuela antropológica criminal y la naturalista literaria, razón poderosísima de semejanza y parecido entre ellas, existen otros motivos para abonar esta coincidencia: entre estos motivos es uno el concebir los naturalista literarios a los personajes de sus obras como organismos naturales influidos por las fatales leyes del determinismo, de la herencia y del medio, mientras que los antropólogos, partiendo de la idea de que el delito es un hecho natural, ven al delincuente a través del prisma de dichos fatalismos. La identidad en este punto no puede ser más completa”. (Andrade 1986, 10)

⁸ Pero como lo asegura Laski (1945, 69), en realidad estas prohibiciones no hacen más que alentar su lectura: “Ningún Estado puede suprimir el impulso humano hacia la curiosidad y siempre existe un deleite especial, una especie de estímulo psicológico en el conocimiento de la prohibición. Hasta hoy no se ha descubierto ninguna técnica de supresión que no haya tenido el efecto de conceder a la cosa suprimida una difusión más amplia que la que hubiese alcanzado por cualquier otro medio”. Tampoco le faltó razón cuando escribió que: “Las herejías que hoy podemos combatir serán las ortodoxias del mañana. Los actuales abusos de esa libertad literaria lo confirman”. (Ivi, 70)

dados los obvios riesgos del embellecimientos y fabricación. (...). Cuando los críticos están a distancia y los amigos cerca, la literatura se proyecta como un exacto y vívido espejo del mundo; cuando los críticos se acercan y los amigos brillan por su ausencia, bueno, entonces cierto grado de licencia literaria debe ser tolerada en nombre de la imaginación creativa”.

Con respecto a la persistencia del tema criminal en la Literatura, Quintano Ripolles (1951, 16) nos dice que: “Con respecto a esta constancia es lícito pensar que se trata de motivos de preferencia mucho más profundos que los de una pretendida boga intrascendente”. Al parecer olvidaron los acusadores que hasta en la Biblia la primera muerte fue el fratricidio de Abel por Caín (De Quincey 1994, 21)⁹.

Quizás el extremo más indiscreto de esta afición por el tema se encuentre en Thomas de Quincey con su obra *Del asesinato considerado como una de las bellas artes*¹⁰, y las afirmaciones de Nietzsche que lamentaba que los abogados no expusieran en sus alegatos de defensa la belleza de los crímenes cometidos¹¹. O quizás también el arrebató que llevó a Quintiliano Saldaña a decir: “¡Oh! ¡La defensa del asesino! Es una obra de arte, tan difícil y arriesgada, casi como el asesinato mismo” (2006, 45)¹².

En resumen, el derecho está tan impregnado en los aspectos de la vida humana que es casi inevitable abordar una representación de la misma sin que ella se halle presente. Podríamos llegar afirmar que la producción literaria, en su desarrollo a lo largo del tiempo llegará a cubrir todas las hipótesis normativas previstas en nuestras leyes, pues ambos fenómenos son el reflejo de los mismos fenómenos sociales¹³. De ahí que coincidamos plenamente con León Barandiarán (1942, 362) cuando escribió que: “El derecho no se contiene sólo dentro del sector específico de lo que se califica propiamente como tal. A semejanza de la sangre que circula en todo el organismo, aquél se expande por todas las manifestaciones de la vida humana. El derecho no opera únicamente en la solemne y austera prestancia de los pretorios, en las formas lacónicas de los preceptos de la ley, en la mecánica praxis procesal, en las exposiciones lógicas de los letrados, en la exegética de los comentarios de los

⁹ “En tanto que inventor del asesinato y padre del arte, Caín debió de ser un hombre de genio extraordinario. Todos los Caínes fueron hombres de genio.” (De Quincey 1994, 21)

¹⁰ “Las viejas y la muchedumbre de lectores de periódicos se conforman con cualquier cosa siempre que sea lo bastante sangrienta: el hombre de sensibilidad exige algo más. Hablemos *primero* del tipo de persona que mejor se adapta al propósito del asesino; *segundo*, del lugar apropiado; *tercero*, del momento justo y otros pequeños detalles. La finalidad última del asesinato considerado como una de las bellas artes es, precisamente, la misma que Aristóteles asigna a la tragedia, o sea ‘purificar el corazón mediante la compasión y el terror’. Ahora bien, podrá haber terror, mas ¿qué compasión sentiremos por un tigre exterminado por otro tigre?” (Ivi, 33)

¹¹ “Los abogados de un criminal raras veces son lo bastante artistas como para volver en favor del reo lo que de hermosamente horrible hay en su acto.” (Nietzsche 1909, 60)

¹² Ante esta variedad de opiniones coincidimos con Martínez (2005, 138) al decir que: “Los habrá realistas, idealistas, naturalistas, pero siempre se podrá encontrar un poso mínimo de verdad: el escritor es la voz más autorizada de su tiempo por la sensibilidad que demuestra para captarlo y para legarlo a la posteridad”.

¹³ “El derecho es una disciplina parasítica. Se adjunta a todas las actividades humanas que involucran disputas o cooperación entre dos o más personas, lo que es equivalente a decir que toca a los aspectos de la vida humana, ya sea como un intruso o una ayuda indispensable.” (Epstein 2007, 380)

jurisprudentes. Irrumpe a otras regiones, en que funcionan otros datos, como ocurre respecto al Arte, para que los temas jurídicos sean acogidos, deliberada o subconsciente, y tratados por el artista”.

Pero como resultado de esta perspectiva no sólo traslada nuestra creatividad desde el Derecho al campo de la Literatura, sino también nuestras patologías, o aquella “deformación profesional”, a decir del maestro De Trazegnies. De ahí que hayamos encontrado producciones tan curiosas como *La Seguridad Jurídica Registral en La Novela Cien Años De Soledad* (Sandoval 2009) o propuestas para enseñar el concepto de patrimonio en la novela *Los Funerales de Mama Grande* (León 2004).

Mientras no se pretenda creer (o enseñar, que es más grave) que el derecho de propiedad es “universal”, tanto que no se escapa de serlo en la literatura, no tendríamos ninguna objeción al respecto. Pero creemos que de no ser así estaríamos sinceramente reduciendo la labor de esta corriente a su mero uso de “refuerzo” de otros cursos como material pedagógico. Obviamente si fueran especialistas en Derecho de Familia, más que en temas patrimoniales, quienes intenten un análisis bajo la perspectiva del Derecho & Literatura, el resultado sería una visión seria más coherente con el sentido de la obra de Gabriel García Márquez. ¿Se olvida acaso que es la prohibición del incesto más universal que el derecho de propiedad? ¿Cual sería real sentido del bastardismo en tales obras en países que son precisamente producto de ese fenómeno? Obviar estas preguntas sería tan cómico y patético como aquella escena del genial Buster Keaton (*The love Nest*, 1923) en la cual creyendo haberse extraviado en el ancho océano y resignado a perecer ante la falta de provisiones, voltea la cara para darse cuenta de que nunca zarpó del puerto por olvidar quitar las amarras. Y no sugerimos tampoco el otro extremo de emprender este viaje intelectual a modo del mítico “holandés errante”. En estos casos el Derecho debe ser siempre el puerto que debemos buscar de regreso; pero, haciendo quizás una tonta observación al decirlo, para volver primero debemos de partir. Así esto último sea con el conocido lema de José María Eguren como bandera: “Siempre a lo desconocido”.

4.2. Dimensión Interpretativa. El Derecho Como Literatura

Este segundo enfoque se traduce en el intento por encontrar una posibilidad abierta para esta relación a partir de la reacción de un lector frente a un texto o mensaje dado. Según Aarnio Aulis, la interpretación es esencialmente dependiente del lector (1987, 113) y, coincidiendo con ello, para Marí, “la interpretación actúa como problema enlace entre derecho y literatura” (1998, 269).

Esta es la dimensión más íntima entre el Derecho y la Literatura. A decir de Ost: “Los textos nunca deben ser reducidos al estatus secundario de embellecimiento de una tesis o a la excusa humanística de la demostración. Así, tan pronto encaminemos la lectura de un texto tendremos que re-abrir asiduamente el juego de la interpretación” (2006, 42).

Para Aarnio (1987, 114), “El intérprete jurídico no puede aspirar a un resultado que sólo le satisfaga a sí mismo. En su lugar, tiene que llegar a un nivel de aceptabilidad general al atribuir un significado a una parte de un texto jurídico. Un proceso de comunicación siempre conlleva una

interacción social: del legislador al interprete y, después, al auditorio de la interpretación; y viceversa. El flujo en las dos direcciones del proceso de la de comunicación se basa en el hecho de que Derecho es un medio autorizado de poder social, y los resultados de la interpretación determinan así el ejercicio del poder social en una sociedad dada. En consecuencia, el control de los resultados de la interpretación es bastante esencial en el campo del Derecho -y no en el campo del estudio de literatura-. Derecho, poder e interpretación constituyen una unión, que no tiene contrapartida en la interpretación de una novela”. En síntesis, para este autor: “La interpretación jurídica es esencialmente un fenómeno social”.

Para el maestro De Trazegnies (1997, 860), “Todo lo que tenemos delante de nosotros con fuerza obligatoria es un texto. No hay una intención obligatoria del legislador, sino sólo un texto obligatorio. De ahí que la misión del jurista no sea encontrar esa intención recóndita del legislador histórico sino la forma más adecuada de la aplicación de ese texto en la realidad de hoy”.

4.2.a. *El Modelo Ético*

Habiendo mencionado anteriormente cómo la literatura incidía en el Derecho para referirse a éste como un instrumento para satisfacer la necesidad de justicia y pudiéndola usar, de ese modo, como arma de denuncia, no han faltado quienes como Maruja Barrig (1980, 13) se han pronunciado sobre cómo se delatan los atropellos que en su nombre se pueden cometer. Así nos dice la referida autora: “Es interesante señalar que, mientras el lenguaje legal con su barroquismo pretende barnizar con visos de decencia los flagrantes injusticias, el recato de quienes ejercen el control jurídico y político los lleva al extremo de disimular el reparto de responsabilidades: inútilmente he buscado en la narrativa actual a los personajes que encarnan la clase dominante de turno en el país, vinculados abiertamente a conflictos legales, los terratenientes cuentan siempre con los jueces como intermediarios para conseguir sus propósitos, no están ellos directamente implicados en el laberinto de las leyes. Los propietarios de fábricas o terrenos utilizan testaferros para iniciar juicios de desahucio o inventar quiebras fraudulentas. Nuestra clase dominante parecería soslayarse del aparato judicial que la mantiene. Las presas de la justicia son justamente esa masa informe de millones de peruanos a quienes el orden jurídico dice proteger y a nombre de quienes se dictan las leyes”.

Se ha resaltado que es en esta imperativa necesidad de cambio donde se nutre este nuevo enfoque del Law & Literature¹⁴. Y ello se corresponde plenamente con las ideas de Martha Nussbaum (1997, 18): “Defiendo la imaginación literaria precisamente porque me parece un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de personas cuyas vidas están tan

¹⁴ “Téngase en cuenta, de paso, que este movimiento arranca en Estados Unidos en el seno de un grupo de profesores y doctrinas (muy destacadamente los *Critical Legal Studies* y la *Feminist Jurisprudence*) que tratan de subvertir la cultura jurídica dominante en la enseñanza del derecho y sustituirla por otra de tintes menos alienantes y más conscientes de la realidad social y del autentico papel de los operadores jurídicos en ella”. (García 2003, 364).

distantes de la nuestra. Esta postura ética deja amplio margen para las reglas y los procedimientos formales, incluidos los procedimientos inspirados por la economía”¹⁵.

De Trazegnies (1995, 365) nos lo ilustra de la siguiente forma: “En verdad, la literatura moviliza no sólo la razón, sino también la imaginación y los sentimientos, lo que permite dar una visión menos rigurosa pero más cálida de las cosas: lo que se pierde en capacidad analítica se gana en poder de síntesis y en profundización del sentimiento. La literatura no analiza el mundo, no lo convierte en cadáver para diseccionarlo con ayuda del bisturí de la razón, sino que lo siente empáticamente y nos lo presenta como un hecho vivo; nos invita a participar de él con todo nuestro ser”.

4.2.b. *El Paradigma Estético.*

Hablar de Arte es hablar de Belleza, aún incluyendo a la deliberada “fealdad” de algunas obras que paradójicamente alcanzan este concepto a través de otras fuentes estéticas.

Y esta inclinación espontánea por la belleza no tiene por objetivo alcanzar la perfección creativa ni interpretativa. Según Carlyle (1985, 106), “Es evidente que, en el fondo, no existe poeta perfecto. En todos nuestros corazones existe una vena de poesía; no hay hombre enteramente formado de poesía. Cuando leemos bien un poema, somos todos poetas”. Sostenemos que de eso también se trata el Derecho. Y así lo pudimos aprender, en nuestra infancia, de un poema quijotesco, lo que nunca hemos escuchado en una cátedra: “Defender la Justicia porque es bella”¹⁶. Aunque si hemos escuchado lo contrario: Que la belleza (orden-armonía) es excusa para algunas injusticias. Y ya sabemos todos cómo han terminado esos episodios.

Estrada Cruz (1967, 18) ha escrito al respecto: “El jurista es, ante todo, un escritor y, como tal, cultivador del género jurídico o forense, verdadero genero literario de escaso cultivo, pero de existencia real e innegable que reúne características peculiares como las que poseen los otros géneros literarios conocidos.”¹⁷

¹⁵ Concordaría con ello De Trazegnies (1995, 72) cuando afirma: “De esta forma, la literatura nos dice cosas sobre el Derecho que no sería posible conocer de otra manera: viéndolo desde fuera, la literatura nos entrega una visión viva del derecho, frente a una consideración técnica y fría del Derecho, visto desde el propio Derecho, la literatura lo captura devolviéndonoslo con más carne, con más humanidad”.

¹⁶ Gálvez (1985, 147) nos acuerda las palabras del *Quijote*: “En el palenque del honor se lanza,/ Defiende la justicia porque es bella,/ Y prosigue impertérrito la huella/ De esa quimera que jamás alcanza.”

¹⁷ “No se concibe un jurista ajeno a los menesteres de la literatura, porque ambas disciplinas, Derecho y Literatura, son flujo y reflujo de la vida humana, y ambas se cristalizan a través de la palabra como principal herramienta de elaboración intelectual. Así como el poeta, el novelista, el dramaturgo persiguen la belleza por medio de la palabra, el jurista también busca belleza a través de la perfección de la regla de derecho o ley escrita.” (Estrada 1967, 13)

“El Derecho, además de ser una ciencia social, es un Arte Vital; y, como Arte Vital crea normas tendientes a satisfacer nuestra necesidad de justicia, a fin de que podamos coexistir, es decir, vivir en orden y paz. Es, pues, un fiel reflejo de las exigencias humanas; esto es, la vida misma sometida a reglas y principios. La Literatura es también un Arte Vital; y, como tal, crea belleza a través de la palabra; crea normas que tienden a satisfacer nuestra necesidad de cultura y nuestra congénita vocación estética. Hay en consecuencia, fuertes razones que nos inducen a pensar en un nexo asaz propincuo entre ambas manifestaciones del saber humano.” (*Ivi*, 21)

Finalmente González Ordovás (2004, 154) nos precisa el valor de la lectura y la ideología implicada en ella: “La lectura se nos hace imprescindible. Y no es sólo porque todo aspirante a jurista debe, en esta etapa, adquirir una “capacidad de construcción verbal” cuyo grado de precisión dependerá, en buena medida, de los libros. Ése sería motivo bastante, pues encontrar las palabras oportunas en el momento oportuno es acción. Pero hay algo más, de nuevo una convicción epistemológica”.

4.3. *Dimensión Normativa: La Literatura Como Objeto Del Derecho.*

Este es el campo más fácil de evocar para los profesionales del Derecho frente a la unión de ambos términos y representa para éstos, la mayoría de las veces, sólo una manifestación más del derecho de “propiedad” sobre las creaciones del intelecto y del sistema punitivo frente a toda infracción que vulnere los mismos. Aunque propiamente hablando también podría incluirse en este punto discusiones como la libertad de expresión, de creación cultural, etc.

Quizá la inmediatez de tal identificación frente a las otras dimensiones ya tratadas sea la prueba más contundente de los nocivos rezagos del positivismo “pop”, como lo califica, en nuestra comunidad jurídica, el Dr. De Trazegnies (2007, 268), o “Ignorante y decadente”, a decir del Dr. Torres Méndez (2003, 367).

Para intentar ser más ilustrativos con lo afirmado, es preciso desnudar aquel prejuicio de quienes, a decir de Quintiliano Saldaña¹⁸, al no saber nada más que Derecho ni Derecho saben. Entonces, es fácil para una mente obtusa asimilar mecánicamente la riqueza conceptual del término “Poesía” a los versos que recitó en la etapa escolar, muchas veces también mecánicamente. He ahí la tragedia: Si para estos hipotéticos personajes la poesía se reduce a las rimas de Gustavo Adolfo Bécquer y el Derecho es sinónimo de norma, su unión no podría ser otra cosa que, parafraseando a Borges (1933, 11), algo así como una “geometría vegetariana”.

Y lo que podría ser cómico se traduce en tragedia precisamente porque va acompañada de intolerancia. Y ahora se precisa descubrir otro prejuicio que sólo esconde apatía para el dialogo. Estos que serían los felices ciudadanos en la *República* platónica no son otros que los personajes en su mito de las cavernas. Reiteramos que no criticamos el desconocimiento sino la intolerancia, un defecto demasiado grave como para denunciarlo en un modesto pie de página, pues sus efectos no pueden ser cuantificables como no lo es tampoco el resultado de elevar la brutalidad a un exponente infinito.

Hecha la aclaración pertinente, nos debemos referir a lo que mal llaman algunos autores como “Derecho de la Literatura”, a menos que indiquemos con ella la tutela a una actividad humana, o sea el “hacer literatura”, pues de lo contrario estaríamos coincidiendo con denominaciones tan aberrantes como “derecho de los animales” o “derecho de la ecología”.

¹⁸ Frase que como él mismo lo reconoce fue tomada de los discursos en las Facultades de Medicina de su tiempo.

Para abordar el régimen legal de los Derechos de Autor es preciso puntualizar que en conjunción con el Derecho de Propiedad Industrial conforman el Derecho de la Propiedad Intelectual. El Código Civil vigente en su Art. 884 emplea el calificativo de “propiedad incorporeal”, lo que vendría a ser reiterativo porque la propiedad es un derecho y, como tal, es inmaterial. Ello no tendría mayor relevancia pues sólo es una remisión a la Ley especial, tal como lo establece el Art. 18 del mismo Código.

Según Alfredo Bullard (2003, 32), tal diferenciación de regímenes entre la propiedad intelectual y la propiedad clásica se debe a la distinta función económica que cumplen pues mientras la propiedad recae sobre bienes en los que existe un consumo rival, que genera costos de exclusión, la propiedad intelectual es un incentivo para fomentar la creatividad, por eso lo califica de “propiedad artificial”. Tal diferenciación no implica que escape del análisis económico de sus efectos, o sea la valoración sobre si genera una asignación eficiente de recursos o si por el contrario genera una falsa escasez.

Este régimen especial está representado principalmente por el D.L. N° 822 y demás leyes donde se regula tanto los específicos significados, para efectos aplicativos, de los términos envueltos en la creación autoral, como los derechos morales y patrimoniales que dichas creaciones generan.

Lo que nos atrae de esta dimensión del vínculo Derecho & Literatura es la discusión sobre las políticas para combatir “la piratería”, una situación que a nuestro criterio bordea el límite entre la informalidad y el delito. ¿Qué podría ser más irónico que encontrar ejemplares “pirata” de textos que combaten este fenómeno?, el mismo que cada vez encuentra medios más sofisticados de accesibilidad al público.

Lo anotado nos lleva a pensar en lo efectiva que debería ser la política legislativa en esta materia. Y que no debe estar reducida a la miope salida de penalizaciones, buscando víctimas y culpables, sino ofreciendo incentivos y facilidades a la cultura (Bullard 2005).

5. La Óptica De Los Economicistas: ¿Un Mundo Aparte?

Cuando el genial Oscar Wilde escribió que bigamia es tener una mujer de más, y que monogamia también significa lo mismo, quizá no podría imaginar que una análoga y tan improbable indiferencia podría trasladarse a otros aspectos de la vida.

Se nos ocurre de pronto presentar, atraídos por tan sugestiva afirmación, el panorama de una discusión que excede y desborda nuestras pasiones y aptitudes frente a su complejidad. En primer lugar, se trata de saber si existe una incompatibilidad irreconciliable entre el enfoque del Derecho & Literatura y la escuela del Análisis Económico del Derecho; y, en segundo lugar, de comprobarse lo primero y descartándose cualquier ponderación, determinar cual debe prevalecer.

Si de por sí el campo de estudio del Derecho, incluyendo el de sus presupuestos y no sólo el aspecto positivo del mismo, es inabarcable como tarea de estudio individual, suena a imprudente

osadía participar de una discusión que involucra no sólo dos formas distintas de comprender el Derecho, considerando además las variantes respectivas en ambas y las puntuales concepciones para cada rama particular del Derecho. A nuestro parecer, este debate, la más de las veces, parece encenderse con una discusión jurídica para terminar consumiéndose en argumentos que se infiltran y diversifican la discusión a otros campos, otras ciencias y otros métodos.

Entonces, si no es posible alcanzar una respuesta contundente y concordada en el Derecho, menos lo sería si nos lanzamos a una lucha sin victorias ni esperanzas de solución en la eterna discusión sobre el hombre y su universo.

Definitivamente con lo anterior no estamos diciendo que sea un esfuerzo estéril, sino que sus resultados se traducen de una forma muy especial. Al igual que las enfermedades que pueden causar efectos positivos en un organismo, el resultado de enfrentar esta angustia es ratificar nuestra calidad humana y, en consecuencia, nuestra libertad. Y además podemos de esta forma escapar del fácil escepticismo, de este mal que es consecuencia del relativismo moral por el que es tan conocida la profesión jurídica. Coincidimos con Carlyle (1985, 187) al decir que: “El escepticismo no significa tan sólo la duda intelectual, sino la moral también, o sea la infidelidad, la insinceridad, la parálisis del espíritu”.

Pero para disfrutar de esa libertad necesitamos de un equilibrio vital, que sólo puede buscarse a través de estas reflexiones¹⁹. Esquivar este debate, sería al contrario, una especie de autocastración intelectual, peor que una automatización complaciente. La soledad de los abogados, entendida en la acepción nostálgica de García Márquez, no les permitiría distinguirse de mercenarios armados con impronunciables latinazgos y ademanes arrogantes.

Para Martha Nussbaum (1997, 25), “La literatura expresa, en sus estructuras y formas de decir, un sentido de la vida que es incompatible con la visión del mundo encarnada en los textos de economía política, y modela la imaginación y los deseos de una manera que subvierte las normas racionales de dicha ciencia”.

Para puntualizar el sentido de sus reproches al Análisis Económico del Derecho, la autora precisa que: “Lo que yo critico es ese enfoque cientificista que pretende hablar en nombre de la razón y la verdad porque representa errónea y dogmáticamente la complejidad de los seres humanos y de la vida humana. Y no logra hablar en nombre de la razón porque confía acríticamente en percepciones borrosas y teorías psicológicas burdas. La novela no nos exhorta a desechar la razón, sino a llegar a ella bajo la luz de la fantasía, entendida como una facultad creativa y veraz” (Nussbaum 1997, 74).

¹⁹ “Alguien ha dicho que sucede muchas veces que hay tanto Derecho que no queda lugar para la justicia; y que las personas perecen de arbitrariedad en medio de la razón, al igual como lo marineros perecen de sed en medio del agua. Pienso que la perspectiva literaria puede contribuir a devolvernos el equilibrio y crear en los abogados la necesidad de guardar un espacio para la justicia en medio de una acumulación de códigos y leyes que usualmente tenemos en el desván de nuestra mente.” (De Trazegnies 1995, 366)

Al parecer no se puede encontrar mejor forma de expresar la insatisfacción en estas discusiones que el ejemplo de Posner y West, quienes registraron una discusión intelectual basada en la interpretación que cada uno hacia de la obra de Franz Kafka (Posner 1986; West 1986). Todo un gran debate para terminar concluyendo de manera cortante lo que a Elton John le ha costado menos que un verso: “two hearts living in two separated World”.

6. *La Presunta Muerte Del Derecho Y La Literatura: El Réquiem De Los Pragmáticos*

Owen M. Fiss (1997, 124) refiriéndose a la escuela del análisis Económico Del Derecho y a la escuela Crítica Del Derecho observa: “Una escuela proclama que el ‘derecho es eficiencia’, la otra que el ‘derecho es política’. Pero ninguna tiene la intención de abordar el derecho en sus propios términos, y aceptar que la aplicación del derecho es un arreglo institucional en el que funcionarios públicos buscan elaborar y proteger los valores que sostenemos en común”²⁰.

Quizás sea una acotación necesaria para recordar a quienes se enfilan fácilmente en escuelas que bien hablan por su prestigio en sus lugares de origen y de desarrollo, pero que enmudecen ante una realidad tan variada y hasta “fantástica” como la nuestra.

El mismo autor (*Ivi*, 140) nos dice: “Necesitamos la moral pública para tener derecho, verdad, pero más aún, necesitamos del derecho para tener una moral pública. Por supuesto, el derecho existirá a pesar de que los dos movimientos de los que estuve hablando resulten victoriosos, en el sentido limitado de que habrá gente que use togas negras y falle los casos, pero será una clase muy diferente de derecho. Para (el juez) Kennedy, la aplicación de la ley va a ser enteramente particularizada; para el juez Posner totalmente instrumental. En ningún caso será capaz de sostener o generar una moral pública. Será derecho sin inspiración. Esto va a significar la muerte del derecho, como lo hemos conocido a lo largo de la historia, y como lo comenzamos a admirar.”

En sede nacional tampoco ha estado ausente esta clase de discursos fúnebres. El maestro Fernando de Trazegnies (1997, 874) se refiere a la “muerte del legislador”²¹ para resaltar la cualidad

²⁰ Concretamente, Fiss (1997, 130) critica al Análisis Económico del Derecho diciendo: “Me parece, sin embargo, que el problema es más profundo y que todos los miembros del análisis económico del derecho – ya sean de New Haven o Chicago – están mal encarrilados. El asunto no es cuantitativo sino cualitativo: no es que el derecho asuma un papel más grande, sino que dicho papel debe ser entendido en términos cualitativamente diferentes. El papel del derecho no es perfeccionar ni suplantar el mercado, sino hacer aquellos juicios que los adherentes al análisis económico del derecho afirman que son ‘arbitrarios’, por ejemplo, una mera cuestión de distribución. El deber del juez no es servir al mercado, sino determinar si éste debe prevalecer”.

²¹ Al respecto Mac Lean (1996, 226) nos dice: “Quizá para desmitificar la justicia, desnudarla y corregir los astigmatismos con los que estamos acostumbrados a examinar el problema, deberíamos empujar a todos los reformistas a concluir, primero, que la verdadera justicia no existe para, luego, trabajar para solucionar los conflictos de manera que se mantenga la paz, se proteja la vida y la salud, se defienda la libertad, se estimule el trabajo y el ahorro, se aliente el comercio y la inversión y se distribuya equitativamente la riqueza”.

creativa y renovadora de la interpretación frente a la inerte y estática “voluntad histórica” del legislador, y en ese marco nos presenta al Derecho como Arte²².

Este fenómeno no es de ninguna manera privativo del campo jurídico, sino que encuentra su reflejo en la Literatura cuando Umberto Eco sugiere “La muerte del Autor” y en términos más dramáticos se llega a hablar de la “Muerte de la Literatura” como resultado de la digitalización y el internet. Y como correlato se habla ya, en ese sentido, de “la rebelión del lector”. Todo ello en un debate interminable sobre “la muerte del libro” y la “crisis de la cultura” donde no faltan ni las advertencias apocalípticas ni las interpretaciones más optimistas.

Robles Godoy (2000, 135) retrata esta persistente crisis cultural en la que nos encontramos a pesar de la estabilidad y el desarrollo económico alcanzados: “Nuestro país ya no es un mendigo sentado en un banco de oro, sino un analfabeto extraviado en una biblioteca, un sonámbulo que vaga por un museo, un oligofrénico ante un televisor en proceso de alcanzar el nivel irreversible de la imbecilidad”.

Pero es en la música donde encontramos nuestro punto más expresivo y patológico de la degeneración antiestética y la degradación del arte. Y ello nos invita a pensar la oportuna sugerencia de Daniel Barenboim (2008 49): “Utilizar fragmentos de grandes obras musicales para infiltrarlos en la cultura popular (o más bien en la falta de ella) no es la solución a la crisis de la música clásica. La accesibilidad no se consigue gracias al populismo, sino mediante un interés, curiosidad y conocimientos mayores”.

Podemos, recurriendo a la analogía de situaciones, desprender de esta afirmación lo infructuoso que podría resultar recurrir a las citas literarias en las resoluciones judiciales sólo por importar novedades extranjeras, como un excéntrico snobismo mal disimulado, o porque creamos que es la manera más fácil de integrarnos con valores postizos. Ello al margen de poder encontrar interpretaciones desfiguradas de las mismas por los operadores jurídicos que las desconocen, y la insólita impresión que puede producir entre los entendidos el verlas incluidas, confundidas e indiferenciadas entre todo el “tejido adiposo” que recubre nuestras resoluciones, y quizás apañando las más atroces injusticias. El problema no es el instrumento, sino quiénes y cómo la usan (Torres Méndez 2003; 2007).

Esta es la realidad donde pueden estrellarse las mejores intenciones, como al final de una tragedia en la que acaban por morir los protagonistas de esta historia. “Et tout le reste est littérature...” (Verlaine, 1884).

7. Conclusiones

²² “Ahora bien, si la aplicación del Derecho no es tanto una disciplina que descubre o que entiende, sino un obrar que crea y que transforma, el derecho no es una ciencia: es un arte. Como la guerra”. (De Trazegnies 1997, 874)

La Literatura al igual que el Derecho es un compromiso con el cambio. Ambas por su definición, e historia, son labores creativas que se alejan de las complacencias fáciles, del estéril y estático gusto de los aficionados y de quienes lo toman como un pasatiempo de eruditos.

La conjunción de ambos campos nos lleva concluir que la carencia de conceptos de esta relación, no necesariamente a favor de ella, o de ninguna de sus dimensiones, implica un grave padecimiento de los operadores del Derecho, la mutilación de los valores que se comparten en la sociedad, donde tanto el Derecho como el Arte se realizan.

Pienso que el esfuerzo interdisciplinario no se limita al Arte, pues ni siquiera con ella, aún en toda su extensión sobre nuestras vidas o con su gran plasticidad, puede abarcar lo que llegemos a comprender como “lo humano”. Ella es sólo la génesis de nuestra “Sensibilidad invasora”, el pasaporte a lo universal.

Aprender realmente Derecho será siempre aprender Arte, y específicamente, por su mayor afinidad, debe ser aprender Literatura. No faltarán tampoco, como en el desarrollo de cualquier idea, los límites que pretendan imponerse por respeto a la tradición, pero el alimento vital del Derecho será siempre, como lo fue desde Roma y aún antes de ella, la imaginación, que no ha sido nunca monopolio exclusivo de los “juristas”. ¿Por qué no podrían ellos también acercarse a los poetas, y juntos beber humildemente de las mismas fuentes de la vida?

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Facultad de Derecho y Ciencia Política
joseninac@hotmail.com;

References

- Aarnio, A. 1987. "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica". Trad. José Ubeda. *Doxa* 4: 109-117.
- Andrade, M.B. 1986. *La antropología criminal y la novela naturalista*. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.
- Aristóteles. 1963. *Poética*. Trad. de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar Editores.
- Barenboim, D. 2008. *El sonido es vida: el poder de la música*. Trad. Dolors Udina. Bogotá: Norma.
- Barrig, M. 1980. *La ley es la ley. La justicia en la literatura Peruana*. Antología. Lima: Centro de Estudios de Derecho Y Sociedad (CEDYS).
- Borges, J. L. 1933. "Arte, Arte Puro, Arte Propaganda". Contestaciones a la encuesta de Contra: ¿El arte debe estar al servicio del problema social? *Contra* 3.
- Bullard, A. 2003. *Comentario al artículo 884 del Código Civil Peruano*. En Código Civil Comentado. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- , 2005. *Reivindicando a los piratas. ¿Es la propiedad intelectual un robo?* En Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Lima: Palestra.
- Bunge, M. 1960. *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte.
- Calvo, J. (Dir.) 2008. *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del derecho*. Granada: Comares S.L.
- Carlyle, T. 1985. *Los Héroes*. Trad. Pedro Umbert. Madrid: Sarpe.
- De Quincey, T. 1994. *Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes*. Trad. Luís Loayza. Madrid: Alianza Editorial.
- De Trazegnies, F. 1995. "El derecho como tema literario". *Derecho Puc* 49: 343-366.
- , 1997. "La Muerte del Legislador". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 89: 849-875.
- Epstein, R. A. 2007. "¿La literatura sirve como ciencia social? El caso de George Orwell". *Ius - La Revista* 35: 380-395.
- Estrada, A. 1967. *Relaciones entre el derecho y la literatura*. Trujillo: Librería y Editora "Bolivariana".
- Friedman, L. M. 1989. "Law, Lawyers, and Popular Culture". *Yale Law Journal* 98, 8: 1595-1604.
- Galvez, J. 1987. *Obras Completas*. Tomo III. Lima: Okura Editores S.A.
- García, J. 2003. *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Bogota: Temis.
- González, O. 2004. "Leer o no leer, ésa es la cuestión". *Anuario de Filosofía del Derecho* XX: 151-164.
- Fernández, C. 2004. *Material de estudio del seminario: Teoría del Derecho*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Fiss, O. M. 1997. "La muerte del derecho". Trad. Gabriel Bouzat. *Doxa* 10: 123-140.

- Jhering, R. von. 1987. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Madrid: Editorial Civitas.
- Laski, H. 1945. *La libertad en el estado moderno*. Trad. Eduardo Warshaver. Buenos Aires: Editorial Abril.
- León Barandiarán, J. 1942. "El derecho y el arte". *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* VI, 1: 347-362.
- León Hilario, L. 2004. "Derecho y literatura: la cultura de los juristas y la llamada 'Jurisprudencia Literaria'". *Revista Peruana de Jurisprudencia* 35, 6: 81-127.
- Mac Lean, R. 1996. "Réquiem para el espíritu del legislador. La cultura de servicio en la administración de justicia". *Themis* 33: 221-233.
- Mari, E. E. 1998. "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja". *Doxa*: 21, Año 2: 251-288.
- Mariategui, J. C. 2006. *Literatura y estética*. Venezuela: Fundación Biblioteca Ayacucho.
- Martínez, F. 2005. "Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII". *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 17: 113-210.
- Nussbaum, M. G. 1997. *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Trad. Juan Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andrés Bello.
- Nietzsche, F. 1909. *Más allá del bien y del mal*. Trad. Pedro González-Blanco. Valencia: F. Sempere y Compañía.
- Ost, F. 2006. "El reflejo del derecho en la literatura". *Revista Peruana de Derecho y Literatura* 1: 27-42.
- Platón. 2002. *La República*. Trad. de José Tomás y García. Lima: Ediciones Cultura Peruana.
- Posner, R. A. 1986. "The Ethical Significance of Free Choice: A Reply to Professor West". *Harvard Law Review* 47, 99: 1431-1456.
- , 2002. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press.
- Quintano, A. 1951. *La criminología en la literatura universal: ensayo sobre propedéutica biológico-criminal sobre fuentes literarias*. Barcelona: Bosch.
- Robles Godoy, A. 2000. *El fenómeno del cine. El Perú en los albores del siglo XXI-3*. Lima: Congreso de la República.
- Sandoval, J. 2009. "Seguridad jurídica registral en la novela *Cien Años De Soledad*". *Actualidad Jurídica* 183: 362-368.
- Saldaña, Q. 2006. *El Hombre de la Toga*. Lima: Linares Bustamante.
- Sartori, G. 2004. *Homo Videns. La Sociedad Teledirigida*. 3ª Ed. Trad. Ana Díaz Soler. México: Santillana Ediciones Generales.
- Torres Méndez, M. 2003. *Jurisprudencia literaria y filosófica. La aplicación del movimiento derecho y literatura en la jurisprudencia*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

- , 2007. "Contra el ignorante y decadente positivismo como único instrumento para el estudio y aplicación del derecho". *Dialogo con la jurisprudencia* 100, 12: 367-377.
- Verlaine, P. 1884. *Jadis et naguère*. Oeuvres complètes de Paul Verlaine, Vol. 1.
- West, R. 1986. "Submission, Choice And Ethics. A Rejoinder to Judge Posner". *Harvard Law Review* 47, 99: 1431-1456.
- White, J. B. 1985. *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Chicago: University of Chicago Press.
- Wilde, O. 2001. *El retrato de Dorian Gray*. Trad. José L. López Muñoz. Barcelona: Bibliotex.



Una bella “maratona culturale”, e interdisciplinare, sul tema dei diritti fondamentali, ha avuto luogo a Bari presso il Teatro Kursaal Santalucia, dal 18 al 28 febbraio 2010, organizzata dalla Regione Puglia e con il patrocinio, tra le altre, della Italian Society for Law and Literature. Il giudizio più che positivo su questa manifestazione deve essere naturalmente preso con ogni cautela, dal momento che chi scrive ha avuto un ruolo, sia pure secondario, nella sua realizzazione. Nelle righe che seguono, tenterò una difficile sintesi delle diverse rappresentazioni dei diritti fondamentali emerse durante gli undici giorni della “Primavera”, sperando al contempo di mettere in luce la rilevanza di una manifestazione come questa per quel filone di studi conosciuto come “Diritto e letteratura”.

Il tema e la rivendicazione dei diritti fondamentali sono da tempo al centro della scena politica, e di una letteratura giuridica, sociologica e filosofica oramai sterminata, che vede in essi niente di meno che il tratto essenziale, e qualificante, della civiltà occidentale, nata sulle rovine dell’antico regime e dalla «epocale frattura del 1789» (Canfora 2008, 78). Dalla «Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino», proclamata a Parigi nel 1789, fino alla «Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo» (adottata dall’Assemblea generale dell’Onu a New York nel 1948: l’art. 1 della Dichiarazione figurava a caratteri giganteschi e colorati in tutto il materiale promozionale della “Primavera”), e alle innumerevoli dichiarazioni di diritti “speciali” delle decadi successive, è oggi opinione comune che viviamo nell’«età dei diritti», per riprendere una fortunata espressione di Norberto Bobbio (1990). Le valutazioni di questo “luogo comune” possono poi essere naturalmente le più diverse: da quella, sostanzialmente ottimistica e progressiva, dello stesso Bobbio, fino a quelle, più cupe e disperanti,

degli studiosi di orientamento realista e/o materialista, che hanno ripreso sul punto, in forme e gradazioni diverse, le celebri e irridenti affermazioni di Marx (1844) sulle false promesse di eguaglianza contenute nella “rivoluzione borghese”.

Di là dalle opposte valutazioni politiche e storiche, negli oltre due secoli che ci separano dall’affermazione rivoluzionaria secondo cui gli uomini nascono e rimangono «liberi e uguali nei diritti (*en droits*)», questi ultimi sono stati sottoposti a un processo di positivizzazione, generalizzazione, e specificazione per particolari categorie di persone ritenute meritevoli di una tutela rafforzata. Si sono così succedute diverse “generazioni” di diritti fondamentali – le prime tre, secondo Marshall (1950), includevano i diritti civili, politici, sociali – al punto che oggi non è chiaro se i nuovi diritti che si vogliono attribuire alle generazioni future, agli embrioni, o agli «animali non umani» (Pocar 1998) rientrino nella quarta, quinta o sesta generazione. Tuttavia, alle soglie del nuovo millennio la loro “spinta propulsiva” sembra essersi esaurita, per una serie di complesse ragioni (non ultima, tra queste, la loro indiscriminata proliferazione) che non possono essere qui esaminate in dettaglio e che sono in buona parte riconducibili a una più generale tensione tra la dimensione prevalentemente statale del diritto e della politica, e quella globale dell’economia.

Ove questi rapidi cenni possano mai dare un’idea dell’attuale situazione dei diritti “sulla carta” (o meglio, sulle carte), ben altro spazio e talento sarebbero necessari per sintetizzare lo stato della loro effettiva tutela e applicazione a livello globale, il vero *punctum dolens* su cui già Bobbio, nel libro sopra citato, invitava a convogliare gli sforzi e l’attenzione di tutti, studiosi, politici e cittadini. A distanza di tanti anni, la “Primavera dei diritti” può essere forse compresa come una risposta ideale a quell’invito. “Ideale”, s’intende, non nel senso di “perfetta”, ma in quello più modesto di un accoglimento di quell’invito, sia pure sul piano speculativo delle rappresentazioni e delle costruzioni simboliche relative ai diritti fondamentali. Nei limiti di un *happening* culturale, la “Primavera dei diritti” ha infatti voluto portare l’attenzione non sui diversi “cataloghi” dei diritti, o sui problemi teorici relativi alla loro giustificazione, ma sulla loro *pratica*, sulle loro continue violazioni e negazioni commesse *qui ed ora*.

Per far questo, si è scelto di seguire due strade, convergenti verso uno stesso obiettivo: da un lato, utilizzare la musica, il teatro, la poesia, la danza, le arti figurative per esprimere l’universalità dei diritti attraverso l’universalità del linguaggio artistico; dall’altro, chiamare alcuni studiosi di diverse discipline a confrontarsi sui problemi posti dalla tutela dei diritti in alcuni ambiti dell’esperienza in cui il loro esercizio pone maggiori difficoltà. Le due strade convergono perché si tratta, in entrambi i casi, di osservare come questi strumenti giuridici, “universali” per definizione, debbano sempre essere inseriti in situazioni locali in cui possono essere riconosciuti, esercitati, tutelati, ovvero e più spesso, misconosciuti, disapplicati, violati. Da più parti si ripete oggi che l’universalità dei diritti deve essere necessariamente recepita al plurale. Questo significa che soltanto sulla base delle esigenze concrete, di

individui e comunità particolari, si può comprendere il significato sostanziale e la portata concreta di diritti quali quelli alla libertà di espressione, all'autodeterminazione, alla salute, all'istruzione, al lavoro.

Le storie che gli artisti provenienti da tutto il mondo hanno portato a Bari durante gli undici giorni della "Primavera" hanno permesso di capire il ruolo che i diritti possono giocare oggi, anche e soprattutto quando sono calati in contesti "altri" rispetto a quelli dell'Occidente ricco e illuministico. Essi possono contribuire preservare la diversità come una ricchezza, a tutelare le minoranze, gli ultimi e i più deboli *contro* la forza del mercato e delle maggioranze elettorali, una forza che anche quando si esprime in forme democratiche non cessa di nascondere un'oscura vocazione all'uniformità e al pensiero unico. Per questo, essi non cessano di essere utili anche nella "vecchia Europa", nelle cui pieghe si nascondono i diritti negati dei detenuti (ironicamente denunciati, durante la "Primavera", dal gruppo musicale dei *Presi per caso*), dei rom cacciati dai loro villaggi nel Kosovo dalla maggioranza albanese e trasferiti dall'UNHCR in "riserve indiane" avvelenate dal piombo (come ha mostrato Paul Polansky, con tutta la forza della poesia e delle immagini), e di tutte le minoranze che vedono il loro diritto all'identità costantemente minacciato da una legislazione sospettosa di ogni diversità etnica, sessuale, politica, religiosa, psicologica e fisica.

Le "Lezioni sui diritti" hanno provato a raccogliere la sfida proposta dai linguaggi artistici attraverso «la forza della parola ragionante» (Silvia Godelli): abbiamo chiesto ai relatori non di riflettere sul "fondamento dei diritti fondamentali", ma di mettere per una volta da parte le questioni teoriche relative alla loro giustificazione, per esplorare invece quegli ambiti dell'esperienza in cui più delicato risulta il loro esercizio.

Come ha ricordato Luigi Ferrajoli, nella sua relazione conclusiva, l'universalità dei diritti fondamentali deriva dal fatto di essere riconosciuti *a* tutti (universalità dei titolari) e non dal fatto di essere riconosciuti *da* tutti (universalità dei fondamenti). Messe così tra parentesi le delicate questioni relative alla presunta compatibilità o incompatibilità dei diritti "occidentali" rispetto ad altre culture e sensibilità, i relatori hanno affrontato a viso aperto le difficoltà e i paradossi che la tutela dei diritti comporta rispetto a quattro temi, che ci sono parsi essenziali, del corpo, della sessualità, delle migrazioni e della sicurezza.

Così, ad esempio, Stefano Rodotà ha illustrato con la consueta efficacia i problemi posti dalle nuove tecnologie rispetto ai diritti di ciascuno all'integrità personale, all'autodeterminazione, alla salute, alla riservatezza. Ad alcuni di questi diritti si può rinunciare, evidentemente, e tuttavia si tratta di rinunce *once and for all*, in alcuni casi. E d'altro canto, sancire l'indisponibilità dei diritti non sempre si rivela una strada praticabile, per i limiti che essa pone all'autonomia individuale: autonomia che è costantemente minacciata dal diritto stesso, dalle istanze di regolazione che continuamente premono su di esso, e che rischia tuttavia di consentire un controllo pervasivo delle vite e dei corpi da

parte del potere economico, controllo che può esplicarsi proprio attraverso il *libero consenso* dei suoi destinatari. La prospettiva liberale sui diritti si trova così a confrontarsi col delicato problema di stabilire *quando* il consenso individuale può dirsi davvero libero.

Su questa fondamentale ambivalenza dello strumento giuridico, che può fungere sia da strumento di attacco, sia da presidio dell'autonomia decisionale degli individui, si è soffermato anche Eligio Resta, che ha messo in luce le difficoltà di ogni tentativo di "incorporare" la vita da parte del diritto. Di là dai facili neologismi di sapore foucaultiano (non a caso, Foucault è risultato uno degli autori più citati nel corso di tutte le sessioni tematiche), la biopolitica esiste da sempre, e da sempre si è servita del diritto e dei suoi codici, nel tentativo costante e impossibile di "afferrare" la vita senza, per ciò stesso, distruggerla. Oggi, la protezione della vita passa attraverso la necessaria differenziazione del codice del diritto da altri codici, quali quelli morali, religiosi, scientifici, che in nome di altri ideali e altre verità si propongono di riportare la vita alla "norma" e alla "normalità".

D'altra parte, come ha raccontato Alan Hyde, anche il diritto (almeno quello statunitense, costruito in maniera preponderante dai giudici e dalle corti) contiene al suo interno molteplici immagini del corpo, considerato di volta in volta quale "macchina o proprietà", "oggetto di ispezione o di desiderio" o "fonte di contaminazioni". ; e in ognuna di queste immagini è celato un paradosso che rivela la natura costitutiva di ogni costruzione del corpo realizzata attraverso il diritto. Ogni danno causato alla "macchina-corpo" deve poter essere risarcito, e quindi deve poter essere monetizzato anche ciò che non è monetizzabile (ad es., la capacità di avere rapporti sessuali); essere "proprietari" del proprio corpo non significa necessariamente poterne disporre liberamente (ad es., poterlo mostrare in pubblico), e tuttavia aspetti decisivi del nostro corpo possono poi essere ceduti attraverso un contratto di lavoro (ad esempio, il datore di lavoro può imporre legittimamente ai suoi dipendenti la sterilizzazione, o un determinato codice d'abbigliamento); un corpo "sacro" non dà diritto a nessuna forma di guadagno sulla vendita di eventuali parti superflue, mentre un corpo-macchina è valutato proprio nella misura dei guadagni che esso permette, ma nessuna delle due strade sembra offrire una via d'uscita definitiva dalle contraddizioni in cui si muove ogni discorso politico e giuridico sul corpo.

Anche nelle parole di Adalgiso Amendola il conflitto tra le correnti "calde" della vita e quelle "fredde" del diritto e della ragione giuridica, sembra inevitabile e senza via d'uscita: la vita è e sarà sempre in eccesso rispetto al diritto, non potrà mai essere contenuta in una regola, e anche quando la stessa ragione giuridica (moderna) trarrà la sua origine, la sua legittimazione e il suo limite dal "diritto naturale" alla vita dei sudditi del Leviatano (come in Hobbes) il conflitto tra la vita e il diritto resterà irriducibile: ogni tentativo da parte del secondo di "racchiudere" la prima è destinato al fallimento, e l'unica via d'uscita sembra essere quella di un uso prudente e consapevole del "lato oscuro" del diritto in ogni questione in cui siano in gioco le vite e i corpi delle persone.

Le conclusioni di Amendola, circa un uso prudente e minimale del diritto nelle “questioni di vita o di morte”, sembrano essere condivise da Tamar Pitch, in particolare per quello che riguarda il diritto all’autodeterminazione che ha guidato le battaglie del movimento femminista. Contro le costruzioni oppressive dell’identità sessuale, implicite in un diritto troppo spesso esplicitamente ed esclusivamente “maschile”, la lotta per i diritti delle donne ha infatti mostrato tutte le sue ambiguità: da un lato i diritti sono necessari per il libero esercizio della sessualità; dall’altro, la regolazione giuridica può uccidere la sessualità, imponendo ad essa un particolare modello sociale e culturale non meno costringente, in fondo, di quello che si voleva combattere. In maniera analoga, le battaglie condotte dal movimento LGBT si sono dovute destreggiare attraverso simili, e forse inevitabili, “paradossi identitari”. Ogni lotta per l’eguaglianza giuridica passa attraverso una richiesta, appunto paradossale, di “normalizzazione” e finisce per rivendicare un’identità univocamente costruita proprio sulla base del privilegio che si vuole combattere: in questo caso, quello della coppia monogamica eterosessuale.

È stato utile poter confrontare la posizione di Pitch con quella di Daniel Borrillo, poiché partendo da posizioni molto diverse, se non opposte, entrambi finiscono per condividere la stessa conclusione, ovvero che il diritto, anche in molti paesi del ricco Occidente che vorrebbe dirsi “laico” e opporsi per questo a ogni forma di fondamentalismo, interferisce attualmente in maniera intollerabile con la vita delle persone e il libero esercizio della sessualità. Lì dove Pitch ritiene che la sessualità sia aggredita da qualsiasi tipo di regolazione, e che in definitiva non debba essere “contrattualizzata” proprio perché non possa essere compresa (soltanto) attraverso le categorie del consenso, della razionalità e della trasparenza, Borrillo viceversa sceglie senza esitazioni una prospettiva liberale “classica”, per criticare le interferenze del diritto in una sfera che dovrebbe essere viceversa regolata (soltanto) attraverso i principi generali della libertà del consenso e dell’assenza di danno per gli altri. Due principi liberali molto generali, che consentono tuttavia di confinare entro ambiti precisi la possibilità per lo Stato di vietare o restringere alcune forme di sessualità o di privilegiarne altre.

Tuttavia, come ha messo in rilievo Elizabeth Wolgast, la concezione liberale, che parla dei diritti come di un bene che “si possiede”, e poggia su una concezione atomistica della società, poggia in definitiva su un paradosso, quello secondo cui la protezione di questi diritti è in definitiva nelle mani del potere politico, ovvero di quell’istanza *per difendersi dalla quale* essi (o almeno la maggior parte di essi) sono stati creati. E anche ove i governanti siano stati democraticamente eletti, aggiunge Wolgast, ciò non toglie che essi siano spesso i soli che possono sia tutelare un diritto, rendendolo effettivo, sia violarlo attraverso i poteri che gli stessi cittadini hanno conferito loro. I diritti fondamentali vivono nella pratica di una comunità che si riconosce in essi, e se cerchiamo di ignorare il ruolo che essa gioca nel rispetto dei diritti, così come fa la concezione liberale che li considera dei “beni” di proprietà di singoli individui, essi sono destinati a rimanere delle belle parole scritte sulla carta.

Se è vero dunque che il rispetto dei diritti fondamentali può vivere soltanto nella pratica di una comunità, tanto più importante è indagare, come ha fatto Vittorio Lingiardi, se e in quale misura alcuni saperi “scientifici” possono contribuire alla diffusione di stereotipi che si traducono in una negazione sostanziale di alcuni diritti per particolari categorie di persone. Sorprende allora scoprire che fino a non molti anni fa l’omosessualità rappresentava per la scuola psicoanalitica classica quasi un tabù, al punto che molti psicoanalisti rifiutavano esplicitamente pazienti omosessuali. Meno sorprendente è invece scoprire il triste successo, soprattutto negli Stati Uniti ma di recente anche in Italia, delle “terapie correttive” dell’omosessualità, con le quali alcuni psicologi cercano di affrontare il problema della c.d. “omofobia interiorizzata”. Più che interrogarsi sul perché una persona è omosessuale, afferma Lingiardi, occorre infatti chiedersi perché una persona è omofoba (e quando una persona è omofoba e omosessuale si ha appunto l’omofobia interiorizzata): ragionando sulle cause dell’omofobia, non si deve sottovalutare il ruolo giocato da quelle leggi dello Stato che, ad esempio, impedendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso finiscono per delegittimare alcuni tipi di relazioni affettive e per favorire la svalutazione, il disprezzo e la discriminazione degli omosessuali da parte della società (e in alcuni casi anche da parte degli stessi omosessuali).

La scienza medica tuttavia, come ha spiegato Barbara Duden, è in grado di operare un sottile riduzionismo nei confronti degli esseri umani anche quando motiva le sue procedure e le sue scelte nel nome dei diritti dei cittadini. Il diritto dei pazienti a essere informati circa le conseguenze delle proprie scelte, ad esempio, ha portato i medici a investire le persone di un’enorme mole di dati etichettati come “fattori di rischio”, dati che dovrebbero dirci qualcosa di significativo su noi stessi, e che invece non sappiamo come usare. Le donne in gravidanza, ad esempio, sono informate di tutta una serie di pericoli che si trasformano in “rischi” (ovvero, in pericoli che dipendono da una nostra scelta) anche quando “decidiamo di non decidere”, semplicemente perché non sappiamo come comportarci di fronte ad una statistica che afferma che abbiamo X possibilità su 100 di mettere al mondo un bambino affetto da una certa patologia. Lo sviluppo delle tecnologie mediche nell’ottica di prevenzione dei rischi, ha così de-personificato il rapporto tra medico e paziente fino al punto da creare conflitti fittizi (quale quello tra la donna e la vita che porta in grembo) e da legittimare un’infiltrazione del controllo pubblico fin dentro le scelte più intime (e più tragiche) di ogni essere umano.

In questo tipo di scelte, intime e tragiche a un tempo, rientra senz’altro quella di emigrare, di abbandonare il proprio paese d’origine per inseguire altrove la propria felicità: una scelta che dovrebbe essere tutelata attraverso il riconoscimento internazionale di un vero e proprio *ius migrandi*, sostiene Ermanno Vitale, se soltanto questo fosse riconosciuto per quello che è: un diritto fondamentale vecchissimo, della prima generazione, logica conseguenza del diritto alla libertà personale e secondo solo (in un’ipotetica graduatoria assiologica) al diritto alla vita, al quale è strettamente connesso non appena si intenda quest’ultima non come mera sopravvivenza, ma come vita degna di essere vissuta.

La storia dei diritti civili è andata diversamente, ed è noto che oggi la libertà di circolazione vale per le merci e per i capitali, ma non per le persone. Questa asimmetria ha tuttavia contribuito a portare allo scoperto una contraddizione rimasta per molto tempo latente e risalente fino alla “Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino” del 1789, lì dove questa non percepì o non volle sciogliere il dilemma di quali diritti dovessero dipendere dall’attribuzione della cittadinanza e quali, invece, dovessero essere riconosciuti davvero a *tutti* gli esseri umani.

Se nel XVIII secolo quella differenza poteva apparire poco rilevante, a causa del basso numero di persone presenti nel territorio dello Stato che non fossero *anche* cittadini, oggi la differenziazione di status tra cittadini e non cittadini mostra tutti i suoi limiti. L’ammissione di stranieri, siano essi migranti economici o richiedenti asilo, è da sempre subordinata alle esigenze delle economie nazionali, ma Javier De Lucas Martín avverte che la situazione è perfino peggiorata, a livello europeo, da quando i governi dell’Ue hanno potuto affidarsi all’alibi della “grande crisi” del 2008, e esternalizzare le procedure di espulsione al di fuori del territorio europeo per fronteggiare la “minaccia” di un numero crescente di immigrati in cerca di accoglienza. I numeri delle richieste di asilo dimostrano con tutta evidenza che il diritto di asilo è oggi in grave crisi all’interno della “fortezza Europa”, e che quest’ultima si trova sempre più avvolta nel dilemma, sintetizzato dal titolo di un recente libro, tra scegliere se continuare ad essere uno Stato di diritto o trasformarsi in uno stato d’assedio (Lochak 2007).

È del tutto evidente che una politica migratoria di questo tipo si fonda su una potente costruzione simbolica collettiva, creata a partire dalla assolutizzazione di una differenza, e sulla sua transustanziazione in una *diversità*. Un meccanismo di questo tipo contribuisce a trasformare i migranti in *non-persone*, per riprendere il titolo di un celebre libro di Alessandro Dal Lago (1999), e a giustificare politiche razziste e discriminatorie sulla base della pietra angolare di ogni razzismo e di ogni discriminazione: il misconoscimento della comune umanità. Esso non avviene soltanto nella sfera politica o attraverso i mezzi di comunicazione di massa, ma si fonda anche e soprattutto sui processi diffusi di costruzione sociale della realtà, processi che permettono alla «tautologia della paura» di continuare a funzionare: lo straniero è un criminale, è pericoloso, deve stare in galera, e l’alto numero di stranieri nelle nostre carceri legittima a sua volta il sentimento di paura dominante. «Se gli uomini definiscono delle situazioni come reali», scrisse W.I. Thomas, citato da Dal Lago, «esse sono reali nelle loro conseguenze».

Questi meccanismi presuppongono una vera e propria inversione di ruoli: la vittimizzazione degli aggressori e la colpevolizzazione delle vittime. Tutto questo ha fatto sì che soltanto di recente siano state portate alla luce tutte le conseguenze, sul piano psicologico, della scelta di migrare: sulla portata e sulle conseguenze del c.d. “trauma migratorio” si è soffermata Silvia Godelli, evidenziando come la negazione dei diritti più elementari dei migranti si traduca in un aggravamento di una

condizione che già di per sé pone notevoli elementi di stress nelle loro vite: quale che sia il rapporto con la cultura d'origine, lasciare la propria casa e gli affetti, per imbarcarsi in un'avventura rischiosa come la migrazione, e arrivare in un paese di cui spesso non si sa nulla, e in cui si è talvolta considerati criminali *per il solo fatto di aver scelto di migrare*, implica quasi sempre una pressione psicologica che non tutte le persone sono in grado di sopportare. Per questo motivo, una legislazione che, come quella italiana, condanna di fatto i migranti a un lungo periodo d'irregolarità prima di poter sperare di soggiornare legalmente nel nostro paese, contribuisce a creare la devianza delle persone che migrano in Italia, secondo la più classica delle "profezie che si autoavverano".

Che le questioni migratorie siano oggi lette esclusivamente in termini di (pubblica) sicurezza, è cosa nota, e notoriamente deplorata dalla migliore letteratura sull'argomento. Gli effetti di questa chiave di lettura sui diritti dei migranti non sarebbero forse così devastanti se lo stesso concetto di sicurezza non avesse subito una notevole trasformazione negli ultimi trent'anni, tale da venire in rilievo oggi esclusivamente quale *sicurezza pubblica* e da far contestualmente scomparire ogni riferimento alla *sicurezza sociale*. Giuseppe Mosconi ha così offerto una lettura ad ampio raggio di quella cultura securitaria che ha portato, specialmente in Italia negli ultimi anni, a una "normalizzazione dell'emergenza" di cui hanno fatto le spese in primo luogo i migranti, ma non solo. Con la recente introduzione del reato di immigrazione clandestina, questi ultimi sono destinati a diventare dei criminali *per definizione*, e salvo regolarizzazione ex post; ma la cultura securitaria porta a un'enfatizzazione generale dello strumento penale contro *ogni* forma di marginalità, indipendentemente dall'andamento reale dei tassi di criminalità e persino dai sentimenti diffusi di insicurezza, spesso legati a una precarietà lavorativa e sociale contro la quale il potere politico non può far altro che cercare di nascondere la propria impotenza.

D'altro canto, Pio Marconi ha invitato a non sottovalutare le domande a cui cercano di offrire una risposta alcune recenti misure securitarie adottate in Italia: anche un istituto controverso come quello delle ronde, ad esempio, potrebbe essere considerato non soltanto un tentativo di "privatizzazione" della giustizia, né soltanto una risposta regressiva a un "ideologico" sentimento di insicurezza che si rivolge unilateralmente verso alcune forme di marginalità urbana. Al pari delle richieste di maggiori poteri in materia di polizia, rivolte al governo da molti sindaci del centro-nord, le ronde rispondono anche all'esigenza profonda di decentrare le istanze di controllo sul territorio, di offrire risposte diversificate in relazione alle diverse esigenze locali, di accorciare la distanza che separa i cittadini dalle istituzioni. Che le ronde diventino lo strumento di politiche regressive non è un destino inevitabile (come dimostrano gli esempi storici delle c.d. "ronde proletarie"), ma dipenderà in buona misura dalla risposta che la società civile saprà offrire ai bisogni, veri o presunti, del territorio. Gestire le esigenze di sicurezza attraverso una maggiore partecipazione diretta dei cittadini, e a un livello meno astratto di quello al quale possono muoversi le politiche statali, può avere indirettamente

dei riflessi su un'altra questione molto importante, sulla quale si è soffermato Matthias Rieger, quella delle conseguenze delle tecniche di controllo a distanza sui diritti fondamentali. Le moderne tecnologie di sicurezza hanno profondamente modificato non soltanto gli obiettivi delle politiche securitarie, ma anche la stessa esperienza del controllo e, in definitiva, la percezione che ciascuno ha di sé e degli altri. Ogni tecnica di controllo a distanza (e le videotecnologie non fanno eccezione) tende infatti a osservare ogni individuo attraverso uno "sguardo statistico", che lo trasforma in un "fascio di probabilità", relative alle potenziali minacce, e costruite sulla base di una concezione astratta, "disumana", e inevitabilmente stereotipata di *chi* possa rappresentare un pericolo per la collettività. Le conseguenze negative di queste tecnologie per i diritti fondamentali più elementari sono di tutta evidenza.

Infine, Dario Melossi ha tentato di esplorare una possibile spiegazione ad ampio raggio, sia spaziale sia temporale, delle variazioni dei tassi di incarcerazione in relazione all'andamento dell'economia, mostrando come il diritto alla libertà personale possa essere influenzato dalle variazioni del ciclo economico. Riprendendo una tesi classica di Rusche e Kirschheimer (1939), secondo cui la percentuale di popolazione detenuta tende a diminuire nei periodi di sviluppo economico e ad aumentare nei periodi di crisi, Melossi ha cercato di verificarla attraverso il confronto dei tassi di incarcerazione in Italia e negli Stati Uniti in circa un secolo e mezzo (dal 1860 ai giorni nostri), di spiegare le notevoli variazioni rispetto all'andamento previsto dei tassi, e dunque di dar conto della nascita di quel "diritto della canaglia" (riprendendo l'espressione da un cartello dei lavoratori italiani esposto durante uno sciopero nel secondo dopoguerra: "uniti siamo tutto, divisi siamo canaglia") con il quale sia l'Italia, sia gli Stati Uniti si sono trovati a fare i conti da quando è stato superato, durante gli anni '70 del XX secolo, il picco del lungo ciclo economico di sviluppo iniziato con la fine della Seconda guerra mondiale.

Le due lezioni conclusive hanno affrontato il difficile compito di "fare il punto" della situazione sui diritti fondamentali, anche alla luce degli spunti emersi dalle diverse sessioni tematiche. Entrambe lo hanno fatto in maniera peculiare, seguendo le strade diverse della trentennale riflessione dei due relatori, strade tuttavia convergenti nella speranza di individuare un percorso teorico in grado di restituire piena dignità alle persone, in tutti gli ambiti dell'esperienza umana. Luigi Ferrajoli ha così ricordato come i diritti fondamentali, proprio per la loro natura universale, sono lo strumento più adatto per definire i vincoli che possono essere imposti a tutti e nel nome di tutti, e guidare dunque sia l'azione delle forze politiche sia di quelle economiche nella realizzazione di alcune condizioni vitali che non possono essere limitate ai soli cittadini, ma devono essere assicurate a tutti gli esseri umani. A fronte delle crescenti difficoltà che i governi nazionali incontrano nel dominare le forze della globalizzazione economica e finanziaria, Ferrajoli invita ad adottare un "ottimismo metodologico". Questo consiste nella volontà programmatica di non rassegnarsi allo scarto tra i diritti enunciati dalle

diverse carte nazionali e internazionali e la realtà effettiva, e di battersi, anche a livello teorico, per individuare e denunciare le lacune che affliggono i nostri sistemi giuridici, rispetto ai diritti fondamentali, invitando il legislatore a renderli effettivi attraverso le necessarie implementazioni giuridiche.

Franco Cassano, dal canto suo, ha affrontato le medesime questioni non da un punto di vista tecnico-giuridico, ma da un punto di vista esterno al diritto, cercando di individuare le cause profonde di questa situazione che oggi vede, a livello globale, una drammatica ineffettività dei diritti più elementari. Per far questo, Cassano ha cercato di mettere in luce i lati oscuri di un modello di sviluppo che ha sì portato una piccola parte dell'umanità a godere di un benessere materiale inaudito, ma che sembra anche poggiare sulla sistematica distruzione dei legami sociali e sul crescente disequilibrio tra il Nord e il Sud del mondo nell'accesso alle risorse. Questo modello sembra avere uno dei suoi nuclei concettuali nel "superamento del limite", quale che sia la natura della soglia da oltrepassare. Contro questo mito "faustiano", Cassano ci ha invitato, sulla scia di Pasolini e Camus, a una «ricostruzione della misura», che sappia porre un freno a una rincorsa del progresso fine a se stessa, recuperando forme di esperienza preziose e indispensabili per l'uomo (ad esempio, un rinnovato concetto del "sacro", riferito all'uomo e non alla divinità), affinché i diritti fondamentali possano essere posti al servizio dell'interesse collettivo, e non costituiscano soltanto un presidio della solitudine dei nuovi "cittadini globali".

Questi brevi cenni alle "Lezioni sui diritti" non possono naturalmente dare un'idea, neppure approssimativa, di cosa è stata la "Primavera dei diritti". Prima, durante e dopo queste lezioni, hanno avuto luogo decine d'incontri sui temi più diversi, dal diritto all'acqua alla libertà d'espressione in Iran, dai diritti delle persone omosessuali al diritto alla cura, incontri di cui sarebbe impossibile rendere conto in questi brevi appunti. Soprattutto, sarebbe impossibile rendere l'atmosfera di festa e di partecipazione che ha circondato tutti gli spettacoli, le performance, le mostre e le installazioni che hanno costituito il vero cuore pulsante della "Primavera", e che hanno offerto ai suoi partecipanti una rappresentazione complessa e inquieta dei temi e delle esperienze che oggi riguardano i diritti fondamentali. Per fare solo pochi esempi, il diritto a vivere liberamente i propri affetti si è trovato a fare i conti con l'ambiguità della passione, messa in scena da Yasmeen Godder con il suo *Love Fire*, e con la sconvolgente indagine sul sentimento messa in scena da Alessandro Sciarroni con *Your girl*; il diritto alla salute si è riflesso nelle immagini agghiaccianti, provenienti dalla Russia, della mostra *Il costo umano di una catastrofe nucleare*, organizzata da Greenpeace; il diritto al lavoro ha trovato un ironico contrappunto nella descrizione della precarietà messa in scena in *Underwork*, l'ultimo lavoro di Babilonia Teatri; la riflessione teorica sul diritto a migrare si è concretizzata in *Terramata*, uno spettacolo di Mama Africa (una compagnia nata dall'incontro di giovani talenti africani all'interno del

Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo di Bari), e in *Loin...*, dell'algerino Rachid Ouramdane; il ripudio della guerra e di ogni forma di discriminazione ha trovato espressione nella difficile rappresentazione dell'identità palestinese realizzata da Tarek Halaby, in *Finally, I am no one*, e in quella del nazionalismo attraverso la *Royal dance* di Planet 3; il diritto alla libertà di parola ha trovato un singolare equilibrio in *Mysterious gift*, uno spettacolo del mimo iraniano Yaser Kasheb; e il valore della libertà religiosa ha potuto essere apprezzato nella danza furibonda di *Crying of my mother*, della compagnia irachena Muhanad Rasheed Iraqi Bodies, e con la celebrazione della fratellanza tra le diverse sensibilità religiose attraverso le musiche di *Tre volte Dio*.

Questi sono soltanto alcuni degli spettacoli messi in scena presso il Teatro Kursaal Santalucia di Bari negli undici giorni della "Primavera". Questa intensa maratona culturale ha tuttavia dimostrato che dall'unione di arte e scienza può venire una rappresentazione più completa dei molti significati che i diritti fondamentali possono avere oggi per le persone e le culture di un pianeta che diventa sempre più piccolo, e che ha dunque sempre più bisogno di una grammatica condivisa attraverso cui esprimere le diverse rivendicazioni di emancipazione collettiva e dignità individuale che emergono da ogni parte del mondo. L'unione tra le rappresentazioni artistiche e le riflessioni scientifiche ha mostrato l'importanza del linguaggio dei diritti per queste lotte, ma anche i suoi limiti: come ci ha ricordato Elizabeth Wolgast, senza una pratica condivisa e quotidiana che parta dal rispetto di ogni persona in ogni ambito dell'esperienza, le richieste di tutela dei diritti enunciate in una pleora di carte nazionali e internazionali rischiano di restare degli esercizi di "belle lettere"; *mutatis mutandis*, e in relazione al valore di una manifestazione come la "Primavera dei diritti" per il settore di studi noto come *Law and humanities*, parafrasando Kant si potrebbe concludere che la rappresentazione artistica dei diritti senza la riflessione teorica è cieca, ma la seconda senza la prima è vuota.

Università di Bari
ivan.pupolizio@gmail.it

Riferimenti bibliografici

- Bobbio, N. 1990. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi.
- Canfora, L. 2008. *La democrazia. Storia di un'ideologia*. Roma-Bari: Laterza.
- Dal Lago, A. 1999. *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Milano: Feltrinelli.
- Lochak, D. 2007. *Face aux migrants. État de droit ou état de siege?* Paris: Textuel.
- Marshall, T.H. 2002. *Cittadinanza e classe sociale* (1950). Roma-Bari: Laterza.
- Marx, K. 1969. *Sulla questione ebraica* (1844). Roma: Editori Riuniti.
- Pocar, V. 1998. *Animali non umani*. Roma-Bari: Laterza.
- Rusche, G. e O. Kirchheimer. 1978. *Punishment and Social Structure* (1939). Bologna: Il Mulino.

CINEMA E DIRITTO*

Umberto Breccia

1. *Il grande film del diritto*

Angelo Falzea, decano ultranovantenne dei giuristi italiani che insegnano il diritto civile, venne in quest'aula da Messina per inaugurare l'anno accademico e invitò tutti i presenti, primi fra tutti gli studenti che l'ascoltavano assorti, ad aprire insieme, con animo fiduciosamente esplorativo, il "grande libro del diritto".

Gli organizzatori di questo bel ciclo di letture, in continuità con il titolo che Alessandro Pizzorusso volle dare alla sua già tanto memorabile iniziativa (il titolo era, come sappiamo, "Cultura giuridica e cultura senza aggettivi"), ci invitano, a loro volta, con felice intuito, ad assistere insieme, non soltanto metaforicamente, al "grande *film* del diritto".

In un vecchio e glorioso manuale dei primi decenni del ventesimo secolo su cui studiò la grande maggioranza degli studenti di giurisprudenza, fra i quali Angelo Falzea e il suo coetaneo Ugo Natoli che mi fu maestro (il manuale di *Istituzioni di diritto civile* di Roberto De Ruggiero), si faceva ricorso, forse non a caso e fin dalle prime pagine, a un'immagine che ai nostri giorni potrebbe definirsi filmica. Si alludeva, infatti, alla presenza della forma del diritto nell'apparente informe vita. Si pensi – scrisse Roberto De Ruggiero – al viandante che raccoglie le conchiglie sulla spiaggia del mare o alla povera giovinetta che, all'angolo della via, offre scatole di fiammiferi ai passanti. Sono attori che compiono gesti quotidiani, ai quali davvero lì per lì non

* Relazione introduttiva al ciclo cinematografico su "Cittadini e migranti", svolto presso l'Università di Pisa, il cui programma completo può essere consultato sul sito dell'Ateneo, all'indirizzo http://www.unipi.it/ateneo/comunica/eventi/cittmigr.htm_cvt.htm. L'Autore è Professore Ordinario di Diritto Privato nella Facoltà di Giurisprudenza.

pensiamo in chiave giuridica; eppure quei gesti hanno un senso anche nell'orbita del diritto civile (l'acquisto della proprietà della cosa di nessuno; il piccolo contratto di vendita).

Aprire il grande film del diritto significa, dunque, ripensare alle immagini della vita: non soltanto alla vita in sé, ma alla vita che è compresa, quando sia necessario, nel cono di luce e nel cono d'ombra del diritto, senza mai trascurare quella problematicità e quella conflittualità che la conoscenza giuridica, con il suo apparato di argomentazioni tramandate, dovrebbe pur sempre contribuire a dissipare o a comporre.

L'osservazione della vita, e la visione delle immagini cinematografiche che la vita reinventano, fino a cogliere nella finzione artistica una verità che trascende la stessa realtà riprodotta, dispiega davanti a noi un ricco materiale che è formato da innumerevoli sequenze per l'intero arco di oltre un secolo di storia del cinema, fin da quel treno dei Fratelli Lumière che, ben prima di Avatar, nel 1895, parve uscire dallo schermo e irrompere nella sala, facendo fuggire alcuni spettatori terrorizzati¹.

2. *Problemi della vita nel film e problemi giuridici*

La domanda fondamentale, a questo punto, è: come dobbiamo disporci, da giuristi, alla visione? Quale è il nesso che dà un apporto cognitivo non generico al nostro pensiero critico del diritto e sul diritto? Il diritto, infatti, è certamente *nella* vita, ed è certamente *nei* film. Non è, tuttavia, *la* vita. E non è *i* film.

Per tentare di avviare una qualche possibile risposta, è necessario fare un passo ulteriore, di ordine selettivo, che già gli organizzatori sagaci di questo ciclo di letture, per parte loro, hanno compiuto con grande intelligenza e con rara competenza: da veri *cinéphiles*.

Si tratta di trovare una corrispondenza fra un tipo di problema dell'esistenza umana e della convivenza sociale e un tipo di problema il quale investa radicalmente, in forma ben visibile e nitida, l'area giuridica: che cerchi e trovi, insomma, anche e soprattutto nell'orbita del diritto, una modalità (per quanto ardua, parziale e spesso, anzi, fallimentare) di possibile e argomentata soluzione. Nel conflitto esistenziale e sociale a cui il film allude, il coinvolgimento emotivo dev'essere unito, con riguardo alle sequenze scelte, a un incremento della nostra percezione del ruolo peculiare del diritto. Saremo in tal modo subito consapevoli, è vero, del limite che al diritto è connaturato, ma ci libereremo al tempo stesso da quei pregiudizi, apologetici o demoniaci, che

¹ “Quel poco di morale che m'aiuta a vivere l'ho imparata al cinematografo. E' nelle pellicole che ho visto trionfare l'amore, la giustizia e sprofondare l'iniquità, premiare il Buono e proteggere la Vedova. Ma questo sarebbe assai poco se non avessi anche visto la vita assumere un ordine formale, strettamente imbrigliata dalle leggi drammatiche. E' dunque sullo schermo che la vera vita si svolge, azioni e reazioni si spiegano in ombre e luci e le filosofie si illuminano in ottimi esempi e tutto si svolge come in un sogno prestabilito” (Ennio Flaiano). Possiamo intendere il riferimento alle filosofie che “si illuminano in ottimi esempi” in modo da comprendervi anche i riferimenti al pensiero critico del diritto e sul diritto: nel senso di una via ausiliaria e concorrente, per coloro che si formano una cultura giuridica, ai problemi del diritto e al linguaggio che li formula e ne argomenta le soluzioni. La citazione dell'inedito di Ennio Flaiano è tratta da E. Monreale, *Sceneggiatore con l'aria del cronista*, in *Il Sole-24 ore*, n. 65, 7 marzo 2010, p. 36.

siano in tutto dipendenti, in maniera più o meno caricaturale o grottesca, dall'insufficiente riflessione sulle strutture e sui meccanismi (nobili o miseri, a seconda dei punti di vista), i quali pur sempre dovrebbero contribuire a rendere meno isolata e astrusa l'esperienza del diritto.

3. Luoghi filmici del viaggio e della frontiera a confronto con i meccanismi giuridici dell'esclusione e dell'inclusione

L'argomento che è stato da voi proposto quest'anno – la condizione giuridica dei migranti – davvero parla da solo, nell'età contemporanea, con l'intensità di un'evidenza immediata. Il Roberto De Ruggiero dei giorni nostri che, come docente di diritto civile, si rivolgesse nel terzo millennio agli studenti del primo anno di corso non avrebbe bisogno d'invitarci a riflettere sul significato giuridico della povera fiammiferai all'angolo della via. I problemi umani e sociali dell'immigrazione di massa e la gravità delle loro ripercussioni nella sfera del diritto si sono clamorosamente imposti, ormai, per forza propria e hanno acquistato un'attualità universale. Proprio per questo motivo, deve approvarsi l'idea di aver aperto l'intero ciclo con un film che di quel problema rievoca le origini drammatiche, già nel tessuto della storia nazionale, quando a emigrare erano i minatori siciliani rimasti privi di lavoro.

Qui dobbiamo chiederci, in particolare, quale sia l'aspetto critico e conoscitivo che nelle opere del ciclo può influire sulla riflessione di chi cerchi di perfezionare la sua sensibilità al diritto e la sua formazione di giurista, in maniera indipendente dalle competenze e dagli sbocchi professionali che ciascuno di noi abbia in mente.

A mio parere, i problemi della migrazione e della cittadinanza sono inseparabili, in questo film d'avvio, vuoi da due fra le strutture che più sono ricorrenti in molte opere cinematografiche vuoi, in maniera corrispondente, da uno dei nodi fondamentali del pensiero giuridico. La prima struttura ricorrente è formata dalle sequenze e dagli sguardi filmici multipli, comprensivi di voci, canti e suoni; e si riassume nel motivo, o nell'immagine-mito, del viaggio verso un "oltre" che ha contorni spesso magici e onirici. Fin dai titoli di testa del film che vedremo fra breve, risuonano le note struggenti accompagnate dalla voce dei minatori siciliani e dal suono della chitarra, della ballata *Vitti na crozza: c'è nu giardinu ammezzu di lu mari/ tuttu ntssutu di aranci e ciuri/ tutti li acceddi ci vannu a cantari/ puru i sireni ci fannu all'amuri*. La seconda struttura ricorrente è formata dalle sequenze e dagli sguardi filmici multipli che si riassumono nel motivo, o nell'immagine-mito, della frontiera, attraente e ostile. Si tratta di sguardi che si perdono, in realtà, verso spazi senza confini, poiché il segno delle frontiere è impresso solamente sulle carte geografiche, non già nel paesaggio che avvolge i migranti fra le Alpi innevate. Si sente alla fine del film, fuori campo, la voce del regista. "Quassù, dove la solitudine è grande, gli uomini sono meno soli (...). Per quanto si percorrano i mari, per quanto si cerchi e si frughi lungo il corso

dei fiumi e lungo il crinale delle montagne, non ci sono confini su questa terra (...)” (*Il cammino della speranza*, Pietro Germi, 1950).

Al viaggio e alla frontiera, quali strutture filmiche, corrisponde, come si è premesso, uno dei nodi fondamentali del pensiero giuridico nell’intero arco della sua storia, ossia il grande tema di quel che è incluso e di quel che è escluso dal diritto. Anche fra i giuristi, ricorre costantemente, infatti, la metafora notissima della frontiera (anzi: delle frontiere: antiche e nuove; anguste e alte).

Le meno remote ricerche sociologiche non esitano tuttavia a parlarci – come si legge in un saggio recentissimo e subito famoso – di un “diritto sconfinato”, secondo una formula che sembra ormai prevalere su quella sicuramente più nota, ma pure più abusata, della “globalizzazione”. I film sui migranti acquiscono il nostro pensiero intelligente sul diritto, poiché ci invitano a sentire per intero che, in realtà, le inclusioni e le esclusioni giuridiche continuano, da sempre, a riproporsi. La speranza del *giardinu*, ove pure i *sireni ci fannu all’amuri*, ha il suono di una ballata antica e triste: una ballata che preme bensì sui fallimenti del diritto, ma che purtroppo non è stata ancora in grado di riscattarci pienamente, così come non furono in grado di risolvere i problemi le parole del finale fuori campo, sebbene si concludessero nel senso che “non ci sono confini su questa terra” (e non mancarono in tal senso le critiche rivolte alla debole forza filmica di una tale superfetazione retorica, che era insidiata da un contenuto troppo letterario).

Sta di fatto che i film ci fanno pensare al diritto – alla debolezza e alla forza delle sue forme necessarie e imperfette – anche in altre possibili direzioni: che strettamente restano comunque avvinte al grande tema centrale dei confini, con tutto il peso dei relativi meccanismi preclusivi.

4. Tipi di problemi, di conflitti, di riflessioni giuridiche

A questo punto si apre una linea di ricerca nuova: che al tempo stesso è liberamente aperta all’apporto di tutti. Anch’io, sebbene non abbia avuto il tempo di pensarci a lungo, credo di avere una sorta di estesa e duttile antologia personale, quanto mai arbitraria. Si potrebbe così ravvivare, con il contributo di ciascuno, il dialogo che avete avuto il merito di avviare qui. Potrete farlo nel quadro di seminari semestrali pluriarticolati, ben oltre gli stretti steccati dei singoli insegnamenti.

Fra i nuclei filmici selettivi – che chiamerei sguardi multipli – quali possono accendere, o riaccendere, le idee sul diritto (con riguardo all’intelligenza critica non superficiale dei suoi peculiari congegni, più o meno deludenti, delle sue vittorie e dei suoi scacchi), mi limito a indicare, ma soltanto per rompere il ghiaccio, quelli che seguono.

1. L’assurdo dell’imputazione giuridica, oltre che morale, quando sia inaccessibile e non trasparente (*Il processo* di Orson Welles, 1962).

2. Il conflitto tra la violenza illegale e la legalizzazione della violenza (l'episodio "Non uccidere" e l'impiccagione di Stato dal *Decalogo*, 5 di Krzysztof Kieslowski, 1987).
3. La molteplicità delle versioni dei fatti e l'unicità necessaria della verità giuridica (*Rashomon* di Akira Kurosawa, 1950).
4. L'antitesi fra la ritualità criminale e la ritualità legale (*M-Mostro di Dusseldorf* di Fritz Lang, 1931; un film che un civilista famoso, Natalino Irti, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, 1992, 73 ss., ha richiamato al fine di segnalare il conflitto fra sistemi di regole, i quali pretendano d'essere ciascuno vincolante ed esclusivo nel proprio ambito di riferimento).
5. Il confronto, temporale e spaziale, fra il legame comunitario tradizionale nel villaggio rurale e l'emancipazione individuale nel diritto della città della Cina contemporanea (*La storia di Qiu Ju* di Zhang Yimou, 1992).
6. Le vie diverse verso la giustizia nei sistemi di *civil law* e di *common law* (*Erin Brockovich* di Steven Sodebergh, 2000).
7. L'incondizionata tutela dei diritti fondamentali oltre la partizione storica fra diritto privato e diritto pubblico (*Il caso Winslow* di David Mamet, 1999).
8. Le identità ufficiali e le identità false (*Come tu mi vuoi* di George Fitzmaurice, 1933, con Greta Garbo; *Uno scandalo per bene* di Pasquale Festa Campanile, 1984, sul famoso caso Bruneri-Canella).
9. Il contraddittorio processuale ... e le sue manipolazioni, antiche e moderne:
 - a. Le "cacce alle streghe" (*La passione di Giovanna d'Arco* di Carl Theodor Dreyer, 1928; *Processo a Giovanna d'Arco* di Robert Bresson, 1962; *Gostanza da Libbiano* di Paolo Benvenuti, 2000; *Good night, and Good luck* di George Clooney, 2005);
 - b. Lo scontro fra l'accertamento della verità e la chiusura preclusiva di un meccanismo legale di garanzia, quale è il principio del *ne bis in idem* (*Il caso Thomas Crawford* di Gregory Hoblit, 2007);
10. I confini della vita umana nella tensione con il limite del diritto e dell'etica (*Million Dollar Baby* di Clint Eastwood, 2004).

Questi nuclei filmici selettivi si riunificano – nella cornice dell'inclusione-esclusione giuridica quale filo rosso dell'intero anno di letture – intorno al grande tema jheringhiano della lotta per il diritto: un tema che dev'essere riformulato in età contemporanea quale lotta per i diritti (R. von Jhering, *Lo scopo del diritto* [1872], trad. it., Bari, 1960, 96 ss.). È un motivo conduttore che è presente da sempre, in maniera implicita, in tutti i film, fin da quel remoto film del 1895 che si limita a mostrare l'uscita degli operai dalla fabbrica Lumière, ma che forse si

manifesta, in alcuni di quelli che qui ho rammentato, in maniera che ben potrebbe dirsi esemplare (si pensi a *La storia di Qiu Ju*, secondo gli spunti di un giurista colto e sensibile qual è Stefano Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 45 s.; e, ancora, a *Erin Brockovich*, con l'esemplare descrizione delle *class actions*, oppure a *Il caso Winslow*, con l'affermazione del primato dei diritti fondamentali della persona sul privilegio della Corona inglese).

La lotta per i diritti, oltre la zona contestata dell'esclusione, esalta, inoltre, i *ruoli* degli attori (chi ha il potere; chi ne è privo; chi è avvocato; chi giudica; e gli esempi si moltiplicano: dal giurato del film, di Sidney Lumet, *La parola ai giurati*, 1957, al vecchio e grande avvocato che fu impersonato da Charles Laughton nel *Testimone di accusa*, di Billy Wilder, 1957).

In un solo caso, il riferimento al ruolo coinvolge anche il professore universitario di diritto: è il film *L'uomo privato*, di Emidio Greco (2007), in cui un affascinante giovane docente – assai improbabile, a detta delle colleghe giuriste, per via della sua davvero insolita avvenenza (Tommaso Ragno) – scandisce, nell'Aula Magna Nuova del Palazzo della Sapienza di Pisa, le parole che invitano gli studenti ad avventurarsi nel viaggio bizzarro in cui arte, vita e diritto s'intrecciano in maniera spesso deformata o fraintesa.

5. *Provocazioni filmiche e indipendenza non superficiale del pensiero giuridico*

Quando il film trova la sua forma più espressiva proprio nel confronto non superficiale con un problema che è anche giuridico, la formazione di chi studia il diritto non è soltanto sollecitata in termini emotivi, ovvero nei modi di una generale passione civile, ma si arricchisce per la via di un'intelligenza approfondita e indipendente dei termini di un conflitto.

I migranti del ciclo di quest'anno così si uniscono, idealmente, a tutti coloro che sono relegati ai margini della convivenza sociale.

C'è infatti qualcosa, non sempre e non da tutti avvertita, la quale ha consentito di riannodare, nel corso della storia del cinema, i tanti, e disparati, sguardi dei film al tema del rifiuto di chi rivendichi diritti privi di effettività. Questo tessuto comune tende ormai a frammentarsi.

Ci fu un tempo – il tempo di quel capolavoro assoluto che fu *Umberto D.* di Vittorio De Sica, 1952 – nel quale il vecchio professore universitario, in solitudine, che fatica a vivere con la sua misera pensione, si astiene dal suicidio, per non abbandonare il cane. In quel film la condizione umana e l'emarginazione sociale erano strettamente unite: ogni ingiustizia trovava un sostrato generale e indiviso e gli emarginati erano fraterni.

Ci domandiamo se tutto si sia perduto di quello sguardo lucido e crudele, ma privo di chiusure anguste. Chi ha proposto queste letture di parole e di immagini ha avuto il coraggio di riproporre proprio quel nuovo cammino insieme che dà il titolo al film di esordio.

Certo è che i bei film, e il vero diritto, richiamandosi a vicenda, ci invitano a pensare con la nostra testa, anche in tempi di modelli precostituiti di ragionamento, anzi di modelli di non-ragionamento; e ci aiutano a resistere alle tentazioni della dispersione e della superficialità: dalle quali soprattutto deve guardarsi chi scelga il mestiere, non sempre comodo, di giurista; e non voglia disperdere il patrimonio intellettuale che la vera conoscenza del diritto custodisce e alimenta².

Università di Pisa
ubreccia@jus.unipi.it

² Queste brevissime considerazioni, come ben si può subito notare, sono solamente spunti del tutto occasionali; e, come tali, sono privi di una documentazione ancorché minima. Possono tuttavia avere almeno un senso: presuppongono che la riflessione sui rapporti fra il cinema e il diritto prosegua e si incrementi con il contributo di tutti coloro che condividano sia l'idea secondo cui l'ampliamento dell'orizzonte culturale e artistico costituisca una parte integrante della conoscenza giuridica (non soltanto con riguardo, dunque, ai già collaudati studi di *Law and Literature*), sia l'idea secondo cui l'esplorazione del nesso (mai del tutto generico, o a senso unico) fra la provocazione dei fatti e i tentativi di risposta del diritto rafforzi l'indipendenza del pensiero e la formazione critica dei giuristi, in un costante confronto dialettico con gli altri linguaggi artistici e scientifici, sebbene si tratti di linguaggi che hanno, a loro volta, forze espressive e finalità cognitive inconfondibili.

LA COSTRUZIONE GIUDIZIARIA TRA CATEGORIE LEGALI E CULTURALI. NOTE A MARGINE DI *MINDING THE LAW* DI ANTHONY G. AMSTERDAM E JEROME S. BRUNER*

Flora Di Donato e Raffaella Rosciano*

1. *Premessa*

L'interdipendenza tra ordinamento giuridico e società, tra legge e cultura, tra interpretazione e "costruzione giudiziaria" è quanto Anthony Amsterdam (uno dei più importanti giuristi americani, esperto di diritti civili) e Jerome Bruner (uno dei più importanti psicologi al mondo) tendono a dimostrare in *Minding the Law*. In questo lavoro i due studiosi invitano a riflettere sulla dimensione sociale e culturale della pratica giudiziaria ed al tempo stesso sulla necessità della contestualizzazione dell'attività legale.

A partire infatti dalla considerazione della centralità dell'attività di interpretazione nel processo di applicazione-produzione del diritto, Amsterdam e Bruner compiono il tentativo di situare l'attività del giudice nel più ampio contesto sociale e culturale di cui essa è parte. Nell'avvalersi del contributo interdisciplinare della psicologia sociale e culturale (Bruner 1992; Cole 1996), gli autori passano in rassegna le sentenze della Corte Suprema americana in materia di razza, famiglia, pena di morte situandole nel contesto culturale nel quale sono prodotte.

Non è preso in esame il *corpus iuris*, in astratto, ma la legge (*law*), così come è messa in pratica, né è preso in considerazione un sistema di idee *tout court*, quanto piuttosto le conseguenze che, attraverso tale sistema, "vengono iscritte da uomini nella vita di altri uomini".

A partire dal titolo "Minding the Law" è chiaro l'intento di analizzare il modo in cui la legge è allo stesso momento "praticata" e "fatta". La legge non è considerata come un insieme di regole scorporato, indipendente dall'uso che di essa si fa nella realtà pratica.

L'atto di mettere in pratica la legge e di pronunciare una sentenza è "contestuale" e "culturalmente situato" (Engeström 1996; Resnick, Säljö, Pontecorvo 1997; Iannaccone, Ligorio 2001;

* A. G. Amsterdam, J. S. Bruner, *Minding the Law. How Courts rely on storytelling, and how their stories change the ways we understand the law- and ourselves*. Harvard: Harvard U. P., 2000, 453 pp.

* La nota col titolo "La costruzione giudiziaria tra categorie legali e culturali" è già apparsa sui *Quaderni del Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione* (Università degli Studi di Napoli Federico II). 2004. Napoli: Jovene. 237-254. Sebbene il presente contributo sia frutto della stretta collaborazione delle due autrici si precisa che Flora Di Donato ha redatto i paragrafi 1, 2, 3, 5, mentre Raffaella Rosciano ha redatto i paragrafi 4, 6, 7.

Latour 2002), mettere in pratica il diritto costituisce al tempo stesso “atto di produzione” del diritto. Parimenti, la creazione del diritto attraverso la sua applicazione costituisce un’attività contestuale e culturalmente situata.

Lo sguardo che gli autori rivolgono al diritto non è semplicemente di analisi di una serie di pratiche e di dottrine in vigore in una data comunità ma di attenzione per ciò che essi considerano un vero e proprio “modo di pensare e di vivere”.

Questo tipo di analisi si svolge attraverso tre processi tipici: *categorizzazione*, *narrazione* e *strutturazione retorica* della comunicazione, considerati come processi fondamentali dell’attività cognitiva umana.

L’esperienza giuridica di Amsterdam e la prospettiva psicologico-culturale di Bruner ben si combinano in questo libro facendone un interessante contributo interdisciplinare alle scienze umane e sociali. Diverse sono le ragioni che giustificano la necessità di un approccio interdisciplinare al diritto. Il diritto già al suo interno è dotato di una certa dimensione di interdisciplinarietà, contemplando un diritto-sociale, un diritto-antropologico, un diritto-economico etc. Pertanto né gli studiosi di diritto né gli operatori giuridici possono prescindere dalla conoscenza di problematiche letterarie, psicologiche e culturali.

Doing law – il fare legge – rappresenta esso stesso un modo di “vivere” e “costruire” il mondo, a dispetto dello sforzo di isolarne la “specificità”; si tratta di una pratica non disconnessa dagli altri modi di vivere. Del resto il diritto è un modo per descrivere, comprendere e regolare la maniera in cui gli esseri umani danno senso al loro ambiente e alla loro vita comune.

2. La comunità di interpretazione

È centrale nella trattazione che propongono gli autori l’idea che le decisioni giudiziarie siano necessariamente prodotte di “attività interpretativa”. Le soluzioni dei casi non possono derivare interamente dal ragionamento deduttivo ed analitico né dalle regole di induzione, sebbene esse vi trovino un loro posto. Allo stesso modo, l’attività interpretativa non è “sradicabile” dallo specifico contesto nel quale si realizza. “La legge non sussiste in un vacuum”, è essa stessa parte di una “cultura”.

Concetto teorico chiave, intorno a cui è strutturato il libro, è quello di “cultura” definita come “*ciò che dà forma alla mente*”.

La cultura è considerata come il risultato dell’attività interpretativa e della costruzione di senso di una comunità. Le istituzioni stesse riflettono il modo di interpretare la realtà di una data società. Esse sono il prodotto di una stabilizzazione del passato e della tradizione ma come il passato è frutto di un’interpretazione e di una ricostituzione attualizzata così anche le istituzioni sono il frutto di un dato momento storico e di una tradizione, che viene ri-attualizzata, ri-sensata in un contesto e nel presente. La legge è lo strumento elaborato nelle nostre società per mantenere la propria continuità al di là delle

circostanze, del passare del tempo e dei mutamenti valoriali, principalmente di quelli su cui è basata la stabilità della comunità. In questo si riassume il ruolo del *corpus iuris*: prescrivere ciò che è permesso e ciò che è vietato, delineare le sfere dell'agire umano, stabilire istituzioni e procedure per attualizzare costantemente tali regole generali a partire dalla particolarità dei casi.

Dal punto di vista degli autori, ogni legge, tuttavia, così come l'intero *corpus iuris*, è "culturalmente costruito", nel senso che rappresenta il prodotto e la cristallizzazione, in un dato momento storico, delle negoziazioni interpretative sulla realtà ad opera dei soggetti che la vivono.

"Col tempo, la condivisione di storie comuni crea una comunità di interpretazione, cosa di grande momento non solo per la coesione culturale in genere, ma in particolare per la creazione di un complesso di leggi-il corpus iuris" (Bruner 2002, 29).

Gli autori riflettono essenzialmente sul ruolo e sulla natura della cultura per rispondere a domande del tipo: *"Che s'intende quando si dice che l'opinione di un giudice è il riflesso della sua cultura?"*; *"Che significa che la cultura forma e influenza l'opinione del giudice e le conseguenze che ne derivano?"*; *"Come fa la cultura a realizzare tale influenza ?"*.

3. La categorizzazione legale

Il primo tipo di attività cognitiva e giudiziaria che gli autori indagano è la *categorizzazione* che consiste nel creare classi di elementi sulla base di una proprietà comune. La costruzione di categorie risponde, nell'analisi che gli autori ne propongono, in primo luogo alla necessità di ridurre la complessità del mondo per averne accesso. È quel che si definisce *Mental Economy*. Si tratta di un'operazione routinaria: viene fatta nel momento stesso in cui accediamo alla conoscenza degli avvenimenti. E nell'automaticità ed immediatezza di tale operazione risiede la difficoltà di distinguere tra fatto e percezione dello stesso.

La grande conquista delle scienze umane è stata quella di riconoscere che le categorie sono costruite dalla mente e non "trovate nel mondo". Sono costruite in risposta a certe domande e sono frutto della cognizione umana applicata al vivere comune all'interno della cultura.

Del resto la funzione cui esse assolvono è "pratica". Il giurista può utilizzare ogni volta la categoria "crimine" senza dover specificare a cosa si riferisca. In generale le categorie orientano nella presa di decisioni quotidiane e riducono il rischio di scelte arbitrarie.

Le società ed i sistemi legali sono dotati di procedure per escludere "l'incertezza" dalle categorie certificando e garantendo l'appartenenza dell'elemento alla categoria. Tale funzione è realizzata attraverso l'uso di strutture categoriali formali (es. passaporto, carta di identità, etc.), caratterizzate da specificazioni sufficienti da essere virtualmente indipendenti dal contesto, a partire dal quale sono state costituite. Ad esempio, includere o escludere una persona dalla categoria di "elettore" è possibile sulla base di dati quali l'età, la residenza, la fedina penale e consente di classificare in maniera incontrovertibile milioni di individui il giorno delle elezioni.

Se la funzione delle categorie dal punto di vista cognitivo è pratica e di economia mentale, dal punto di vista sociale la funzione assoluta è duplice. Innanzitutto creare e promuovere la coesione sociale: obbedire alle stesse regole, avere le stesse abitudini, aderire allo stesso modo di vedere e fare le cose conferisce ai gruppi sociali un potente legame oltre che un'identità unica. Ma questo stesso potere di coesione può divenire strumento di imposizione del proprio sistema categoriale su altri gruppi: in virtù di tale potere esse recano in sé il rischio di un'egemonia, il rischio di imporre strutture ideologiche, in senso ampio, non solo nel lavoro dei tribunali, dei legislatori, degli interpreti ma anche nella condotta di vita quotidiana. Ciò in quanto le categorie stesse sono profondamente radicate nelle pratiche istituzionali, linguistiche e negli *habitus* mentali.

Dal punto di vista culturale la funzione delle categorie consiste nel “creare senso”.

Includere un elemento specifico in una categoria significa assegnargli un significato, in virtù della sua collocazione in un particolare contesto di idee. Questa operazione di costruzione di senso avviene in un contesto “pubblico”, è espressione della concezione che la comunità ha degli accadimenti e della loro rilevanza; non si tratta dunque di un processo arbitrario ma “costruito”, attraverso le interazioni ed in relazione ad una particolare visione del mondo, non individuale ma collettiva.

Per tali caratteristiche gli autori affermano che: “Le categorie implicano un mondo che le contiene”¹.

4. *Come si costruiscono le categorie?*

Secondo gli autori le categorie nascono da elementi concreti, da un prototipo, un elemento reale che riassume in sé l'essenza concettuale della categoria (Rosch 1977; Nelson 1983, 1986). Successivamente per somiglianza ed opposizione al prototipo, altri elementi sono incorporati in questo contenitore, originariamente vuoto. Il criterio di similitudine, in base al quale si opera l'inclusione è frutto di una scelta e, come tale, contestuale e culturale.

Tuttavia l'osservazione che due cose sono simili, come l'osservazione che un precedente legale ha caratteristiche comuni al caso preso in esame, dipende pur sempre dalla scelta di giudicare rilevante tale comunanza.

Non si tratta di una scelta personale ma ancora una volta di una scelta in vista di uno scopo pubblico rispondente alla necessità di avere un mondo di riferimento comune.

Inoltre, nel procedere a collocare una cosa, un individuo, una situazione in una categoria attribuiamo ad essi caratteristiche di quella categoria, non prendiamo in considerazione altre caratteristiche che ci potrebbero permettere una categorizzazione alternativa.

Dunque questo sistema categoriale formale non permette di realizzare una mappa completa di tutta la complessità umana e degli scenari quotidiani.

¹ Traduzione nostra. Testo or. : “Categories imply a world that contains them” (Amsterdam, Bruner 2000, 29).

La tesi degli autori, in sintesi, è che le categorie sono “fatte” e non “trovate” nel mondo, sono il prodotto del nostro modo di organizzare i fatti, trasmesse culturalmente e non geneticamente ed in quanto tali sono modificabili.

Mente e cultura, in determinate condizioni, possono cambiare e comportare una “frammentazione” delle categorie. Ma dal momento che le categorie sottendono concezioni della vita, modificarle significa mettere in pericolo tali concezioni fino, in casi estremi, a scatenare guerre di cultura e messa in crisi di paradigmi.

Gli autori sottolineano che nel diritto, come altrove, esistono strategie retoriche, atte a validare un sistema categoriale piuttosto che un altro, decidendo tra due categorie contendenti quale sia la più adatta.

Questo è rilevabile a partire dalla stessa “costruzione del fatto” nell’ambito di un giudizio. Se è pacifico infatti che per l’accertamento di questioni di diritto non esista un complesso di vincoli procedurali (prove) paragonabile all’accertamento delle questioni di fatto, non è altrettanto scontato pensare che anche le cosiddette questioni di fatto possano essere oggetto di interpretazione (Bruner 2002).

Amsterdam e Bruner abilmente dimostrano, nel capitolo terzo “*Categorizing at the Supreme Court*”, come lo stesso fatto “naturale” della paternità possa essere modificato nella interpretazione della Corte al punto da non trovare riconoscimento.

È riportato un caso, “*Michael H. v. Gerald D.*” (1989), in cui la Corte Suprema americana respinge la richiesta di un padre naturale di far visita alla figlia, nata da una relazione con una donna sposata, con la motivazione che “*la legge, come la natura, riconosce un solo padre*”. Il rifiuto non si limita al diritto di visita ma esclude la stessa possibilità di sottomissione ai test genetici, esclude la possibilità dunque di dimostrare il legame di sangue e la conseguente ammissione all’esercizio di tutti i diritti genitoriali.

La doppia paternità è esclusa sulla base di un argomento legale incontrovertibile, la presunzione di paternità: “*per la legge della California un figlio nato da una donna sposata vivente con suo marito è presunto essere figlio del matrimonio*”². Ma l’argomentazione del giudice, come già detto, va oltre fino ad appellarsi alla “natura”, quasi sostenendo la legittimità della duplicità di fonti (il diritto naturale ed il diritto positivo).

Nel ridefinire la categoria “famiglia”, il giudice, nell’analisi che Amsterdam e Bruner ne propongono, utilizza due criteri: la “ammissibilità di un solo padre” (per legge e per natura)³ e la “unitarietà della famiglia”, considerata “sacra” per istituzione e per tradizione⁴.

² Traduzione nostra. Testo or.: “Under California Law, a child born to a married woman living with her husband is presumed to be a child of the marriage” (*Ivi*, 81).

³ “California law, like nature itself, makes no provision for dual fatherhood” (*Ibidem*).

⁴ “Our decision establish that the Constitution protects the *sanctity* of the family precisely because the institution of the family is deeply rooted in this Nation’s history and tradition” (*Ivi*, 103).

In contrapposizione è introdotta la categoria dell'adulterio come attentatrice dei valori che la famiglia incarna. Allo stesso modo l'amante è rappresentato come "adversary", "opponent" del marito, non solo per la posizione assunta nella relazione con la donna ma soprattutto rispetto alla possibilità di esercitare i diritti parentali, considerati indivisibili, "*all-and-nothing distribution*" (Ivi, 96).

La stessa dualità di rappresentazione emerge nella descrizione delle due coppie: l'una (quella legittima) riproduce la definizione giuridica, l'altra (quella adulterina) è descritta in maniera non conforme pur assumendo di fatto gli stessi atteggiamenti della prima⁵.

È evidente che la stessa categorizzazione assolve ad una funzione retorica, il fatto stesso di formulare categorie (famiglia-adulterio, marito-amante, coppia legale-coppia di fatto) rinvia ad un ordine mentale e culturale legittimando la presa di posizione del giudice.

Il giudice, nell'esercizio della sua funzione ordinaria, restaura lo *status quo*, punisce la "villanità" dell'amante basandosi su una visione della tradizione americana di tipo "monolitico", da "onorare o abbandonare in toto" e sulla base della considerazione della "eccezionalità" del caso rispetto all'ordine "consueto" e "necessario" da ripristinare.

Questa inscindibilità dei diritti parentali, questa rappresentazione della famiglia (costituita di una sola madre, un solo padre), così interpretata sulla base della *common law*, degli statuti dei singoli stati, dei precedenti giudiziari e dei valori e delle idee, di cui essi stessi sono portatori, "è forse – si chiedono gli autori – solo un possibile modo di ricorrere ed interpretare la tradizione?"

5. Narrazione e diritto

Il capitolo quarto di *Minding the Law* è dedicato alla narrazione. Il processo della narrazione è centrale: le narrazioni, i personaggi, le trame che le costituiscono forniscono costantemente un repertorio *standard* di categorie, in base alle quali classificare ed interpretare la scena umana.

"Diritto, letteratura e vita" sono dotati della medesima struttura narrativa (Bruner 2002; Smorti 2003), anche se articolata secondo modalità differenti. Sia nelle cause discusse in tribunale che nei racconti letterari e nelle autobiografie si parla di soggetti che compiono azioni in vista di scopi, servendosi di particolari strumenti, in circostanze specifiche. Tuttavia la "dialettica tra consolidato e possibile" (Bruner 2002, 14), tra ciò che è conforme alle attese e ciò che si produce come imprevisto e va legittimato, si attualizza diversamente in queste tre realtà. Nel diritto, ad avere la massima importanza è la norma, che definisce lo stato di legittimità. Il diritto si avvale in particolare di procedure atte a mettere in luce le deviazioni da ciò che è convenzionale, per ricondurle a tale stato. In letteratura le narrazioni svolgono la funzione opposta, quella di immaginare e di esplorare le possibilità stravolgendo le attese e l'ordine canonico. Lo scrittore evoca ciò che è familiare per turbare

⁵ "The couple [Gerald and Carol] *established* a home in Playa del Rey, California, in which they *resided* as husband and wife when one or the other was not out of the country on business. For the ensuing eight months, when Michael was not in *St. Thomas* he lived with Carol and Victoria in Carol's apartment in Los Angeles..." (Ivi, 94).

le aspettative, invece l'uomo di legge evoca precedenti e precetti per consolidare l'ordine e la regolarità. Infine nell'autobiografia, racconto di vita, lo scopo principale è di preservare al contempo il passato di una persona ed il suo possibile orizzonte futuro, ciò che è stato e ciò che potrebbe essere, la continuità e coerenza di un'esistenza senza pertanto precluderle la possibilità di cambiamento.

Il diritto vive di narrazioni: i clienti raccontano storie ai loro avvocati; gli avvocati, se le circostanze lo richiedono, rinarrano le storie dei propri clienti secondo prospettive consone al contesto in cui vanno esposte (nella forma di una difesa o di un'argomentazione per il giudice e di una testimonianza per la giuria.). A loro volta, il giudice ed i giurati ri-raccontano tali storie riformulandole in termini di istruzioni, deliberazioni, verdetti, oppure di opinioni. Alla fine è il turno di giornalisti, commentatori e critici. Questo processo senza fine di narrazione e rinarrazione, formulazione e riformulazione è essenziale al procedimento legale, costituisce il modo in cui gli attori interpretano e comprendono quale serie di eventi considerare al centro dell'attività legale, come includerli in un sistema più ampio di eventi, considerati costitutivi del sistema legale e della cultura che lo sostiene.

Come già accennato a proposito delle categorie, l'amministrazione del diritto e ancor più la sua concettualizzazione dipendono ampiamente da ciò che costituisce un fatto. Ma ancora una volta, ciò che costituisce un fatto dipende dalla prospettiva assunta dai soggetti e dalla comunità di cui fanno parte; il raccontare implica necessariamente un narratore con un punto di vista. Raccontare come si sono svolti i fatti costituisce una sorta di attività di *puzzling*, di organizzazione degli eventi in funzione di come in genere ci si aspetta che le cose vadano, in funzione di quanto si considera essere nella natura delle cose, il classico concetto di *de rerum natura*.

Amsterdam e Bruner sottolineano la natura retorica dell'attività narrativa allo scopo di esplicitarne tre funzioni: quella di fornire e rafforzare visioni del mondo, persuadendo che quelle proposte riflettano verosimilmente il modo in cui i fatti si sono determinati. La seconda funzione consiste nel far prendere decisioni e la terza determina un intervento sul mondo. Ciò è particolarmente vero ed evidente nel caso del diritto dove la sentenza interviene sulla vita delle persone cui è destinata, modificandola.

Ogni storia implica giudizi di valore, presuppone implicitamente un ordine naturale, una valutazione degli avvenimenti, che non si limita semplicemente a convincere, ma soprattutto interviene sulla realtà dandole una forma specifica.

Un esempio è proposto dagli autori in tema di segregazione razziale. Se l'assegnazione di spazi diversi riservati a bianchi e neri negli autobus, in un dato momento storico, era considerata come una "*pari distribuzione*" di spazi, dopo la guerra mondiale contro Hitler ed il nazismo razzista, qualunque tipo di segregazione richiamava i campi di concentramento, al punto da essere proibita. Nel momento in cui si è cominciato a trattare giuridicamente casi di discriminazione razziale, tali problematiche sono entrate a far parte della sensibilità comune ridisegnando la rappresentazione dei rapporti tra persone, e incidendo sullo stesso *corpus iuris* (Bruner 2002).

La dimensione retorica della narrativa si esplica attraverso il caratteristico adeguamento del racconto all'uditorio. Come si conviene alla tradizionale origine dell'arte retorica, essa non ammorbida semplicemente l'*audience* ma esercita un'autorità ben più sottile, che non si risolve nel plagio ma nell'entrata in dialogo. È come se si costruisse con l'uditorio una sorta di patto intersoggettivo: il racconto dell'accaduto non è semplicemente una sua possibile versione quanto piuttosto la realtà, su cui tutti gli interlocutori convengono.

Tutto ciò si realizza muovendo e consolidando ciò che è già nelle attese delle persone cui la narrazione è rivolta, sulla base di modelli culturali condivisi. Questo non deve, ad ogni modo, indurre nell'errore di immaginare che la narrativa giudiziaria non sia ancorata a procedure che servono a mantenere i racconti delle parti in causa entro limiti riconoscibili.

Del resto la narrazione è una modalità di discorso che mette direttamente in primo piano l'elemento normativo su cui si basa il diritto, l'esistenza di uno stato legittimo di cose e di un ordine violato o complicato da qualche azione umana che si è prodotta in un contesto specifico. La narrazione è funzionale alla conduzione di una disputa, alla negoziazione ed alla creazione di una continuità in una linea di precedenti.

Essa si differenzia dall'argomentazione logica, che di per sé escluderebbe il dibattito e la confrontazione, ammettendo una sola "giusta" soluzione. Al contrario, la narrazione retorica gioca sul fatto che gli eventi possano essere organizzati secondo prospettive alternative. Il dibattito si svolge attraverso la ricostruzione da più punti di vista, suffragando la maggiore credibilità di una storia rispetto alle altre e consentendo in tal modo di ricollegare la fattispecie ad una categoria più ampia e generale.

In sintesi, la narrazione, rende possibile il collegamento dei principi assoluti del *corpus iuris* con i casi correnti, reali e concreti su cui si è chiamati a giudicare, arbitrare, negoziare.

6. *Il discorso in tribunale: retorica ed argomentazione*

Il capitolo sesto di *Minding The Law* è consacrato alla retorica. In questo capitolo gli autori adottano il metodo già utilizzato nel trattare la categorizzazione e la narrazione, esaminando e mettendo a paragone la pratica linguistica quotidiana e quella legale.

La dialettica legale è sostanzialmente un'arte del contrasto, della contestazione e della persuasione. Il discorso legale, sostengono gli autori, rappresenta la sede privilegiata della retorica, intesa come lo strumento linguistico specializzato nella negoziazione delle controversie ed in definitiva nell'ottenimento dell'effetto desiderato attraverso la contestazione, l'avanzamento di visioni alternative e la persuasione.

Sono individuate almeno tre dimensioni caratterizzanti del discorso in tribunale. Secondo la prima di queste, ogni atto linguistico costituisce un'azione, come direbbero i linguisti, essa ha una dimensione illocutoria (afferma il modo in cui stanno le cose) e perlocutoria (è diretta ad incidere sul

soggetto e, per suo tramite, sul mondo). In base alla seconda, ogni proposizione è “contesto-dipendente”, nel senso che non può essere compresa al di fuori del contesto in cui è concepita e pronunciata. Infine, per la terza dimensione, il senso di qualsiasi discorso è intersoggettivo, non appartiene cioè all’enunciatore e alla sua intenzione per essere in seguito trasmesso ad un destinatario, ma si costruisce contestualmente, nell’*hic et nunc* della relazione comunicativa. La comunicazione è interpretata a partire dalla situazione nella quale ci si trova, assegnando un significato alla relazione specifica, al compito che si svolge, e a cosa è considerato rilevante ed opportuno nella circostanza determinata. L’intercomprensione si fonda su tutta una serie di assunti, di regole implicite e convenzioni, richiamati o rinegoziati di volta in volta. Analizzare il linguaggio utilizzato nella controversia legale, significa allora comprendere come nel contesto specifico del tribunale questi elementi vengono manipolati, attraverso l’analisi delle tecniche di persuasione utilizzate dagli avvocati e dagli stessi giudici per pervenire ad una decisione ed emettere una sentenza.

Già Perelman (1958) aveva proposto una struttura argomentativa di tipo “comunicativo”: “l’argumentation est fonction de l’auditoire”. Lo scopo di ogni argomentazione è di ottenere o rafforzare l’adesione dell’uditorio; il ruolo dell’interlocutore, il suo “consenso” a quanto affermato, determina la riuscita dell’argomentazione. Il modello dunque proposto da Perelman non è astratto ma costituisce esso stesso un tipo di “attività sociale” inserita nel tempo. Essa presuppone un interlocutore inteso come “ un uomo concreto”, inserito in una data società, dotata di idee e valori storicamente determinati.

Amsterdam e Bruner, nell’enumerare le caratteristiche tipiche del discorso in tribunale, considerano la “contestazione” la regola del gioco per eccellenza. La disputa è prevista ma nessuno è in grado di sapere in anticipo su quale elemento verterà, dal momento che ogni parte usa ed immagina al contempo non una ma più strategie di attacco e di difesa, in funzione della posizione cangiante avversaria.

È tipico del procedere degli avvocati mettere in crisi la prospettiva della controparte insinuandone una diversa (innocenza/colpevolezza), attraverso la quale la rilevanza del fatto è giustificata sulla base di valori considerati importanti, unanimemente condivisi, la cui salvaguardia richiederebbe il sacrificio di altri (*ubi maior minor cessat*).

Le tre tecniche di contestazione enunciate dagli autori sono quella “ontologica”, avente la funzione di alterare la solidità della natura dei fatti; quella “epistemologica” avente lo scopo di alterare la certezza della conoscenza della realtà così come il suo scopo; quella “narrativa” consistente nel raccontare storie (spesso in conflitto).

L’*ambiguità* è un’altra caratteristica estremamente significativa del discorso in tribunale. Dal momento che è sempre possibile fornire trame interpretative alternative, gli avvocati tendono a scegliere formule sufficientemente ambigue da “fronteggiare il rischio di essere screditati”.

Ed un'altra sottile strategia, a cui comunemente si ricorre in sede legale consiste, secondo la descrizione degli autori, nel manipolare i vari livelli del linguaggio in maniera da veicolare un preciso messaggio

Il linguaggio infatti permette di descrivere i fatti attraverso un'alternanza di piani di concretezza o astrazione. Una descrizione più dettagliata rende certamente il discorso molto solido ma non per questo gli conferisce un potere persuasivo assoluto dal momento che la controparte può invece decidere di avvalersi di un livello più astratto di ragionamento, convogliando a sua volta l'attenzione su elementi differenti.

Gli stessi termini utilizzati per descrivere i fatti veicolano rappresentazioni, connotano i fatti e producono reificazioni senza che queste siano necessariamente esplicitate; ad esempio l'uso del termine "crimine" veicola immagini di violenza, crudeltà ed efferatezza.

Allo stesso modo il ricorso, nel gergo legale, agli ausiliari modali (potere, volere, dovere), ai verbi mentali (credo, penso, immagino), agli avverbi di qualificazione (apparentemente, approssimativamente, probabilmente) può, nella "rappresentazione" dei fatti, restringere o ampliare la gamma delle possibilità interpretative.

Ciò è verificabile, ad esempio, nel caso "*McCleskey v. Kemp*" (1987), proposto nel capitolo settimo di *Minding the Law*, in cui la richiesta di un uomo di colore, condannato a morte per l'omicidio di un poliziotto bianco, di revoca della sentenza di condanna ritenuta violatrice di un emendamento costituzionale americano che vieta la discriminazione, viene respinta perché ritenuta sovversiva dell'intero sistema di giustizia penale. L'argomentazione del giudice è che il rischio di discriminazione è insito in ogni tipo di procedimento giudiziario, non pertiene soltanto alle questioni razziali ed alle sentenze capitali, contrariamente a quanto asserito dal condannato. Il rischio che un fattore razziale "possa" inficiare la sentenza non giustifica l'accusa di un abuso di discrezionalità a carico del giudice né l'abolizione dello stesso principio discrezionale, sulla base del quale si applica una pena ad un delitto. Il principio di "discrezionalità" che guida il giudice nel ricondurre un caso concreto ad una fattispecie astratta, attraverso l'osservanza di norme procedurali e l'utilizzo di precedenti, è proprio dell'intera pratica giudiziaria. "Non possono esserci procedure perfette per decidere in quali casi ... imporre la morte"⁶.

Dal punto di vista delle strategie retoriche (la linea di ragionamento seguita, le metafore ed il vocabolario impiegati per descrivere i fatti), questo caso è ricostruito prevalentemente attraverso l'uso di piani astratti di rappresentazioni, quasi a prescindere dalla considerazione della stessa verifica della possibile discriminazione nel caso specifico.

Ad ogni modo, avvertono gli autori, tutti questi aspetti retorici del discorso legale non debbono far pensare al diritto come ad una farsa e ad un gioco formale che prescinde dagli accadimenti

⁶ Traduzione nostra. Testo or.: "Specifically, there can be no perfect procedure for deciding in which cases... to impose death" (*Ivi*, 209).

concreti. Si tratta piuttosto di un discorso polifonico, di una conversazione nel corso della quale ad ambo le parti è riconosciuta la possibilità di esplorare ed articolare la realtà a partire dalla propria prospettiva.

7. Attività giudiziaria e cultura

Nel capitolo ottavo gli autori, passati in rassegna i tre processi tipici (categorizzazione, narrazione e strutturazione retorica della comunicazione), propri sia della pratica legale che del modo di pensare quotidiano giungono ad interrogarsi in maniera più diretta sul rapporto tra cultura ed attività giudiziaria. Più specificamente si chiedono: “*Che si intende quando si dice che l’opinione del giudice è il riflesso della sua cultura? Come fa la cultura ad influire sull’opinione di un giudice ?*”

L’attività giudiziaria è permeata di ciò che abbiamo definito “cultura” più di quanto gli stessi operatori giuridici ne abbiano consapevolezza. Non è affatto scontata la consapevolezza della propria cultura, come tutto ciò che è familiare, che è quotidiano, che fa parte del contesto nel quale siamo immersi. Come afferma Mantovani (1998) la cultura è una sorta “di elefante invisibile”: essa pervade ogni aspetto del nostro quotidiano manifestandosi esclusivamente attraverso le sue “orme”, quelle tracce che solo un percorso di [presa di coscienza] ci consente di cogliere” (Iannaccone, Di Donato 2004).

Amsterdam e Bruner partono da una definizione generica di cultura, intesa come l’insieme degli elementi che caratterizzano il modo di vivere di una comunità, come un tutto, “*as a whole*”, un’entità globale che genera le sue parti e si esprime mediante queste ultime.

Si avvalgono di due concezioni della cultura proprie dell’antropologia per verificare questa definizione iniziale e rispondere ai quesiti di cui sopra.

Una prima prospettiva antropologica concepisce la cultura come qualcosa che è fuori, che sovrasta le menti dei membri di una comunità, precedendo e dando forma a tutto ciò che nasce in tale società in un momento specifico. L’altra prospettiva considera invece la società come il prodotto dell’interazione delle menti, delle loro negoziazioni sui significati della vita comune. La prima viene denominata “sociale-istituzionale” perché considera la cultura come una “sovra-categoria”, che può essere interamente descritta come un *corpus* di regole e di pratiche, in vigore in un dato momento storico ed organizzante la vita comune. La seconda è detta “interpretativo-costruttivista”. Per i costruttivisti gli individui sono attivi costruttori della società in cui vivono e non il risultato di essa. Si oppongono pertanto agli istituzionalisti nel modo di concepire i fatti, che non sono considerati pezzi della realtà, oggettivi ed autonomi, quanto piuttosto frutto dell’attività interpretativa dei membri di una comunità.

Lo scopo degli autori non è risolvere il contrasto emergente tra tali due prospettive bensì di metterle in reciproca tensione, in quanto complementari, allo scopo di realizzare una migliore

comprensione di cosa sia la cultura. Legittimare una sola di queste prospettive significherebbe, diversamente, imporre un modo univoco di interpretare la realtà, una sorta di visione egemonica.

Un limite delle concezioni antropologiche che gli autori non mancano di criticare è la presunzione di unità e coerenza sottesa all'idea di cultura.

A loro parere, alla molteplicità di attività e manifestazioni culturali non sottostà una regolarità individuabile in una sorta di norma di coerenza. Ci si aspetta che il sistema legale rifletta, preservi e addirittura rinforzi la coerenza sottesa ad una cultura. In realtà, l'idea di un tutto coerente e regolare, non attiene alla cultura in quanto tale ma è piuttosto il prodotto del costante processo dialettico che la anima.

“Tutte le culture sono, inerentemente, dei compromessi contrattati tra il già stabilito e ciò che si può immaginare come possibile”⁷.

In ogni cultura convivono, in perfetta tensione, la versione ordinaria di come le cose stanno e quella alternativa di come potrebbero essere o sarebbero potute essere. La coerenza della cultura risiede dunque in una perfetta ed inesauribile dialettica tra il canonico ed il possibile, tra le ortodossie, le convenzioni, le autorità ed i miti, i contrari e l'immaginazione umana. La tensione tra questi due aspetti, che costituisce apparentemente la radice dell'incoerenza è piuttosto all'origine del dinamismo culturale. Il sistema giuridico, si alimenta di questa stessa dialettica tra ciò che esiste e ciò che è possibile, tra ordine costituito ed ordine violato.

Del resto la realizzazione di un “imprevisto” non fa che arricchire il “rituale” di nuove prospettive possibili, attraverso la conversione dell'azione imprevedibile che si è verificata, in istituzionale. “La legge attraverso il tempo e lo spazio si restringe e si amplia e si riconnette di nuovo al corpo vivente della società”⁸.

La tesi degli autori è che la legge sia “un'impresa narrativa radicata nella cultura”. Si tratta di una tesi tanto implicita da non costituire ancora oggetto di specifico “riconoscimento” dalla gran parte dei professori e giuristi.

Amsterdam e Bruner non propongono una teoria particolare dell'interpretazione né un protocollo per guidare i giudici nelle prese di decisione. Piuttosto propongono che in ogni teoria interpretativa, si prendano in seria considerazione sia le attività cognitive implicate sia la concezione che il diritto è permeato di una dimensione culturale .

Lo scopo di questo libro non è di fornire giuste risposte a questioni del tipo: “*Le Corti influenzano le riforme sociali? La giustizia risponde ai cambiamenti dell'opinione pubblica?*” L'obiettivo dichiarato in conclusione dagli autori è piuttosto di suggerire che per trovare una risposta a domande del genere occorre una presa di coscienza non solo degli eventi politici contestuali ma anche

⁷ Traduzione nostra. Testo or.: “All cultures are, inherently, negotiated compromises between the already established and the imaginatively possible” (Ivi, 231).

⁸ Traduzione nostra. Testo or.: “[...] The law stretches and tears, across time and place, and then connects itself again to the living body of the society” (Ivi, 53).

del modo in cui i giudici e la cultura categorizzano i fatti, danno senso alle cose “ri-narrandole” in forma adeguata e cercano di persuadere. In sintesi l’obiettivo finale è quello di aumentare la consapevolezza, di rafforzare la “presa di coscienza” circa i processi che le persone seguono nel fare legge.

L’insegnamento finale è che *doing law* è probabilmente niente di più – niente di meno che un “esercizio umano”, non guidato da verità immutabili contenute in un corpo fisso di regole né da capricci arbitrari e vanità.

Gli studenti di diritto sono già a conoscenza di ciò proprio come sanno che la legge è sottoposta inevitabilmente ad interpretazioni, caso per caso. Ma sanno ciò in astratto. La sfida delle scuole di diritto dovrebbe essere quella di aiutare gli studenti a comprendere tale processo nel concreto, in relazione al cambiamento della condizione umana alla quale appartengono.

Flora Di Donato
Università Telematica Pegaso (Napoli)
flora.didonato@unipegaso.it

Raffaella Rosciano
Università di Neuchâtel e Università degli Studi di Salerno
raffaella.rosciano@unine.ch

Bibliografia

- Amsterdam Anthony G., Jerome S. Bruner. 2000. *Minding the Law. How Courts rely on storytelling, and how their stories change the ways we understand the law- and ourselves.* Cambridge: Harvard U.P.
- Bruner Jerome. 1992. *La ricerca del significato. Per una psicologia culturale.* Tr. di Elisabetta Prodon. Torino: Bollati Boringhieri (1st ed. in English 1990).
- , 2002. *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura e vita.* Roma-Bari: Laterza.
- Cole Michael. 1996. *Cultural Psychology. A once and future discipline.* Cambridge: The Belknap Press of Harvard U. P.
- Engeström Yrjö. 1996. *The tensions of judging: Handling cases of driving under the influence of alcohol in Finland and California.* In Yrjö Engeström et David Middleton, eds. *Cognition and Communication at Work.* Cambridge, New York, Melbourne: Cambridge U. P., 199-232.
- Iannaccone Antonio, Flora Di Donato. 2004. *Educazione alla convivenza multiculturale.* In: Antonio Iannaccone, Claudio Longobardi, *Percorsi educativi in psicologia scolastica: dalla pre-scuola alla scuola dell'obbligo.* Milano: FrancoAngeli.
- Iannaccone Antonio, Beatrice Ligorio. 2001. *La Situated Cognition in Italia: Stato dell'arte.* *Revue Suisse de Sciences de l'Education* 23, 3: 439-452.
- Latour Bruno. 2002. *La Fabrique du Droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat.* Paris: La Découverte.
- Mantovani Giuseppe. 1998. *L'Elefante Invisibile.* Firenze: Giunti.
- Nelson Katherine. 1983. *The derivation of concept and categories from event representation.* In Ellin Koffsky Scholnick, ed. *New Trends in Conceptual Development: Challenges to Piaget's Theory?* Hillsdale: Erlbaum.
- , 1986. *Event Knowledge. Structure and Function in Development.* Hillsdale: Erlbaum.
- Perelman Chaim e Olbrechts-Tyteca Lucie. 1966. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica.* Torino: Einaudi.
- Resnick Lauren, Roger Säljö, Clotilde Pontecorvo. 1997. *Discourse, Tools and Reasoning. Essays on Situated Cognition.* Berlin: Springer.
- Rosch Eleanor 1978. Principles of Categorization. In Eleanor Rosch e Barbara Lloyd, eds. *Cognition and Categorization.* Hillsdale: Erlbaum, 27-48.
- Smorti Andrea. 2003. *La psicologia culturale.* Roma: Carocci.

LAW AND AESTHETICS*

Maria Francisca Carneiro

Abstract

The aim of this article is to describe some aspects of the relation between law and aesthetics. To do this, two lines of aesthetics are examined, one gnoseological and the other artistic. The beautiful and the good are related to the just by considering the possibility of the existence of poetics in law, including autopoiesis. An aesthetic theory of justice is sketched out based on the criterion of proportionality, which is common to both art and law, as well as the faculty of judging. The similarities and differences between aesthetic judgment and juridical judgment are therefore discussed. It is concluded that the ludic impulse, and therefore the game, is an element which is common to both aesthetics and law, in light of which the importance is stressed of carrying out deeper studies concerning the aesthetic game in law, for example through theories of the balance between determination and indetermination. Both in the game as in law, there are defined and undefined rules to be followed, and in both there are also psychological and behavioral aspects in common.

1. *What is Aesthetics?*

As this paper is aimed mainly at law scholars, I will begin the conceptualization of aesthetics in a simple, basic way, looking at it initially as an autonomous matter independent of the juridical realm. Gradually, in the course of this study, I will merge aesthetics and law, establishing the relations between them that I propose; the idea of what aesthetics, and consequently juridical aesthetics, is will then tend to become clear.

Let us then begin with the conceptualization of aesthetics, examining its lexical or philological aspect. The term, of Greek origin –*áistesis*– signifies etymologically the theory about the nature of sensory perception, thus applying also to knowledge of art and beauty.

* *My thanks to Dr Michael Alan Watkins for translating this article from Portuguese into English.*

Although the idea and concept of *aístesis* go back to ancient Greek philology, the term “aesthetics” was introduced by Baumgarten around 1750. However, it is important to point out that the concept of aesthetics is profound and complex and has been much debated, without any complete, unanimous conclusion being reached with regard to it. On the contrary, the deeper the discussions go about what aesthetics is, the more questions arise, opening up new questions about the topic. This is the reason why the heading of this section contains a question mark¹.

1.1. *Two lines of aesthetics and law*

Analysis of the concept of *aístesis* leads us to at least two lines of aesthetics: one, artistic, which deals with the appreciation of works of art; and the other, gnoseological, to do with the mental faculty of learning and knowing, through perception and the senses. It can be observed that both these lines of aesthetics have their origins in the philological roots of the concept, and that each of them gives rise to various theories, in different fields of study.

There is no doubt that, didactically, we can distinguish our experiences of the ‘beautiful’, whether natural or artistic, from ordinary sensory perceptions such as sight, smell, touch and hearing. We acquire knowledge as much through aesthetic experience as through ordinary sensory experience, and this is also of interest to gnoseology.

According to various authors, what characterizes aesthetic experience is the fact that it arises from sensibility. A picture by Van Gogh or Monet contains sensitive and emotional elements which are not found in a chemical compound or a mathematical equation.

We therefore inquire whether, in knowing and experiencing law, there can also be an aesthetic experience, impregnated with sensibility in the appreciation of the just and the beautiful. In this case, law would not be a merely rational experience, but would also encompass aspects touching on emotion and sensibility. For these reasons, we believe that an aesthetic theory of law could shed new light on humanistic law.

It is important to stress, however, that in its field of study juridical aesthetics would embrace both the lines described in this section: artistic and gnoseological. In the artistic line, juridical aesthetics would verify whether the values considered beautiful in art are present in law: for example, symmetry, proportions, and balance. The artistic line could also investigate how the different styles of art influence the uses, custom, language and taste cultivated by jurists at various times. It would be interesting to observe how classicism, the gothic, baroque, modernism and other schools of aesthetic thought contain elements that have also been present in the customs of law.

The gnoseological line of juridical aesthetics, on the other hand, would devote itself to investigating the way in which the acquisition of juridical knowledge is processed, and the form in

¹ With regard to this, see D’Orey 2007, which contains a detailed, up-to-date discussion of the concepts of and aesthetics.

which reasoning in law is structured. The gnoseological line of juridical aesthetics would thereby intersect strongly with hermeneutics and logic.

1.2. *The good, the beautiful and the just*

Plato relates goodness and beauty (Warmington 1999). According to him, there is an equivalence or even synonymy between them. The concept of beauty, in antiquity, surpasses the limits of aesthetics and is connected with ethics and morals. Plato believed that truth follows from beauty and goodness. Since law too seeks truth as being what is just, for law justice has to be good, true, and therefore beautiful; and therein lies virtue.

“What is virtue? It is a force which acts, or which can act. Hence the virtue of a plant or a medicine, which is to heal, of a knife, which is to cut, or of a man, which is to want and to act in a human way. These examples, which come from the Greeks, suffice to express what is essential: virtue is power, but specific power. The virtue of helleboros² is not that of cicuta, the virtue of a knife is not that of a hoe, the virtue of a man is not that of a tiger or a snake. The virtue of a being is what constitutes its value, in other words its own excellence: a good poison is one that kills well [...]” (Comte-Sponville 1995, 7).

Law, it must be agreed, has its virtues and cultivates a number of others. One of these is to seek justice as being good and true, and thus, we claim, beautiful³.

However, we cannot think of beauty or of aesthetic value as an intrinsic quality or property of a physical object, or even of a human action or attitude, but as a relation of the mode of being or a quality of the object with sensibility. This applies to law, and it is in this sense that we claim that aesthetics can highlight the humanistic attributes of law.

Beauty, which does not lie in visual or auditory impressions, manifests itself mainly through a kind of *internal sensation*, which without doubt arises within us when we demand or perceive the sense of justice.

However, it cannot be claimed that in juridical aesthetics beauty is necessarily tied to justice as an end. Although finalistic theories of law have flourished, it is timely to recall that Kantian doctrine defends the idea that “beauty is the *form* of the purpose of an object, as it is known without the representation of an end.” (Nunes 2001, 51).

Concerning this, Benedito Nunes says:

Thence comes the free character of beauty. Without being subordinated to a concept or to an objective end, it hovers, so to speak, above the natural existence of things and of reality itself. With this, Kant paved the way for an appreciation of appearance, which Plato would not have accepted. (Nunes 2001, 51)

² A plant used in ancient times for the treatment of nervous illness, and which was believed to cure madness.

³ This idea is summed up in the principle of *kalokagathia*, which means “to be beautiful and good”. This principle guided not only aesthetic thought, but also the moral and philosophical thought of the Greeks.

In this section we thus come into contact with the concept of beauty in Plato and in Kant, and can say that both harmonize with law, which is composed of content and form.

However, when we refer to the beautiful in law, it is important not to confuse it with ornament. Because of taste and style, there are ornaments in law, especially of language. According to Gilberto Paim (2000, 9): “ornaments are apparently opposed to words. It is supposed that there is not much to say about them; that they are additions of beauty which very often seem to be superfluous.”

In some cases, in the aesthetic analysis of law, we see that sensibility causes jurists to find an aesthetic stimulus not in ornaments, but in their absence, which is simplicity of form. In this respect, we see how the absence of ornament can also be an ethical attitude, as well as aesthetic.

In discussing juridical aesthetics, it is important to recall the idea of John Dewey (1980), who speaks of art as experience, as an impulsion for expression, and about the organization of energies for the objective manifestation of the arts, in their ordinary, varied substances and forms, keeping in mind that these elements are all also present in law.

In Plotinus, in classical terms, compatible with much of the philosophy of law, we read:

The beautiful and the good, the ugly and the bad, thus have to be sought by similar means. It must be established from the start that the beautiful is also the good; from this good, the intelligence immediately takes its beauty, and the soul is beautiful because of its intelligence: the other beauties, those of actions and occupations, arise from the fact that the soul imprints its form on them. (Plotinus, *Enéada* I, 6, in Duarte 1997, 45)

Thus, just as the classical concepts of beauty find a correspondence in juridical philosophy, so do the most recent, revolutionary currents of aesthetics find an echo in some schools of juridical thought. In the words of José Ricardo Ferreira Cunha:

[...] it fell to aesthetics to operate a negative dialectic in relation to the society in which it is inserted, in order to recover a type of autonomy which does not exhaust it in itself, but places it in an antagonistic social position by its very existence. Art keeps itself alive by its own force of resistance, and thus transforms itself into critical resistance to the instrumentalization of social life. (Cunha 1998, 133).

The conclusion to be drawn from these reflections is that the variations in the concept of beauty in art find an echo not just in social and scientific knowledge but also in the juridical sciences, because such variations are a reflection of the historical and social transformations in which law flourishes. Now this fact alone would already be sufficient to justify the existence of the aesthetics of law as an autonomous field of study, albeit of a transdisciplinary and complex nature.

As for the variations of beauty, it can clearly be seen, as Gombrich (1999, 9) says, that every gain or advance in one direction incurs a loss in another; and this advance, although objective, does not always correspond to an increment in the subjective value of art.

Finally, to reinforce the thesis that the concept of justice in law corresponds to that of beauty in art, let us take a succinct, objective look at some definitions of what beauty is:

All that has a moral value worthy of admiration is said to be beautiful. It is a fundamental normative concept of aesthetics that applies to the appreciative judgment of things and beings which arouse emotion or the aesthetic feeling [...]. All beauty is the result of an appreciation or a judgment [...]. (Japiassú-Marcondes 1996, 27)

The concept of beauty, like that of justice, is one of the most debated and controversial topics in the history of thought, as mentioned at the beginning of this article. However, aesthetics currently rejects every type of canon which might define what beauty is, while law, despite its substantial evolution, continues to be founded on the laws, on doctrine and jurisprudence. For this reason, we tend to favor the classical line of formulations, which are compatible with determined standards, especially those of proportions, keeping in mind that the principle of proportionality continues to be increasingly fundamental in the creation of justice.

1.3. *Law and poetics*

Aristotle, in his *Poetics* (1996), especially when dealing with tragedy, took the meaning of the term “imitation” so far as to make it almost synonymous with symbolism and expressivity. I make so bold as to define poetics as being the expression of a form which takes as its basis an aesthetic content, to which it refers.

There is a difference in Aristotle between *poiésis* (referentiation) and *mímesis* (imitation).

Deep down these two aspects overlap, since both have to do with an aesthetic value which expresses itself and which alludes to references of values.

Poiésis, from which poetics derives more strongly, signifies a bundle of paradigms or sources of values on the basis of which beauty is expressed. Now it is evident that law has its *poiésis*, or its poetics, in the values on which it bases itself to make justice: the sources of law, customs, morals, laws, traditions, general principles, equity, proportionality, etc.. It is thus undeniable that law has its poetics, and that these evidently undergo the variations arising from the very history of law.

In recent years, the theory of autopoiesis (logico-linguistic self-reference, self-recursivity and self-inclusion) has also reached law, thereby unveiling a new horizon concerning how juridical poetics sees itself.

Autopoiesis, a systemic theory which originated in biology, points out paradoxes in law, as the latter resorts to higher instances of itself, generates and manages itself, creates and recreates itself according to the needs to which it attends in order to determine itself. An autopoietic system is not just capable of managing itself, but also of reproducing itself. Juridical autopoiesis, besides being paradoxical, presents hermeneutic problems, because of this circularity.

In dealing with law as an autopoietic system, Gunther Teubner (1995) clarifies the difference between open and closed systems in order to explain the phenomenon of self-reference and its dimensions. He constructs criticisms of juridical autopoiesis by differentiating it from social autopoiesis. Intersystemic observation and inferences perform the role of self-regulation of law, in such a way that, by maintaining certain degrees of indetermination, it organizes and perpetuates itself as “unitasmultiplex” (thereby managing to be the paradox of the one and the multiple, at the same time).

According to the Portuguese jurist José Engrácia Antunes:

The present debate around the characteristic indetermination of modern law appears to be centered [...] on the context of the self-reference, paradox, and morphogenesis of the juridical system. From its perspective, the autopoiesis of law constitutes a way out of the fundamental, paralyzing juridical paradox and a means to ensure a certain stability in a scenario of extreme fluctuations. (Antunes’ *Preface* in Teubner 1995, XXVIII)

The paradoxes of autopoiesis have generated interesting discussions, in different branches of knowledge. According to Gunther Teubner:

some [...] aim to proscribe this kind of self-reference, where the distinction ends up by annulling itself; by contrast, others [...] see in such self-reference great potential for constructing a new logic [...]. The real problem at stake here is the risk that such self-application ends up by blocking the process of decision. (Teubner 1995, 7)

As can be seen, autopoiesis, which is a multidisciplinary theory par excellence, leads us also to logic, thus merging types of knowledge, operationalizing new relations and opening up new fields for knowledge. Through autopoiesis, we can relate poetics (which is a theme of aesthetics) to logic, in novel dialogs.

Autopoiesis is clearly related to aesthetics and José Engrácia Antunes does this critically, comparing law to aesthetics, in the passage transcribed below:

Perhaps it is precisely in this intolerable sin of the autopoietic hypothesis [...] that one of its merits lies: by putting forward a theory whose principal end so often seems to be the pure work of art – the theoretical work of art, which self-referentially germinates its own problematic horizon and, *uno actu*, ends it by solving it– it nevertheless arouses in the reader the vertigo of the meaninglessness of the poor alternative which, after the definitive collapse of the ideals of so-called ‘natural law’ and suchlike, has become confined to theoretico-juridical thought: the choice between the theoretical work as a pure instrument for legitimizing a politically committed positivity, serving the interests of some ‘truth’ or other (or rather, the truth of some power or other), or as a purely artistic construction, serving the interests of aesthetic truth. (Antunes’ *Preface* in Teubner, 1995, XXII)

It is possible to disagree with the way in which José Engrácia Antunes criticizes law, comparing it, by means of autopoietic theory, to the fluctuations of supposed aesthetic truths. We may also disagree with the interpretation of law as autopoiesis. However, we cannot disagree about the existence of poetics in law, for the simple reason that it is mirrored in referentials from which it

derives and on which it is founded. Thus, by means of poetics, law and aesthetics are brought closer to one another.

2. *On an aesthetic theory of justice*

2.1. *Ulpianus and aesthetics, to start with*

“Give each one what is his”, as Ulpianus said⁴, goes back not just to the beginnings of the various theories of justice, developed during the course of the history of law, but it goes back also to some aesthetic notions, such as proportions, symmetry, balance and harmony.

“Give each one what is his without cheating anyone else” constitutes a more finished expression, as it implies the idea of harm, a concept which flourished and was consolidated in the Napoleonic period, and which expanded and prospered more widely in recent decades, with the advance of civil responsibility.

We thus see that, far from being obsolete, the foundation bequeathed by Ulpianus continues to be fully present in law. Let us also see how, why and in what way the concept of justice can have aesthetic dimensions which may be studied.

2.2. *The bases and origins of knowledge*

“Imagetics” or “imagistics” is the science that studies the formation of images or “designs” in the human brain. These images or designs, generally arising from language, are kinds of structures or skeletons amid which – or upon which – ideas instal themselves and develop. I am talking about the origins and about the foundations of knowledge.

There is a difference between the origins and foundations of knowledge. In discussing the mind as an instrument of understanding, Jacob Brunowski (1997, 7) argues that the bases of knowledge are its nature, while the origins of knowledge have to do with biology and evolutionary theory concerning cognition. Thus, while the origins of knowledge are questions of science, the bases of knowledge have to do with perception of the external world and its interpretation.

I am of the opinion that an aesthetic theory of justice can throw light as much on the origin as on the bases of juridical knowledge, verifying its gnoseological structures and the mortar of thoughts, which transform these same structures or which, on the contrary, may remain underlying.

2.3. *Characteristics of aesthetic formations*

⁴ Gnaeus Domitius Annius Ulpianus was a Roman jurist of Tyrian origin, one of those accredited in the Law of Citations as a source of Roman Law. The repeated use of the definition *Justitia est constans et perpetua voluntas suum quisque tribuendi* became simplified to the expression still current: “Justice consists in giving to each one what is his or hers”. See Cabral 1975, 6.

The most important characteristic of a discourse may be the way in which it is expressed. The aesthetic reading of justice is a form of discourse, considering the objectivity with which it is interpreted. The more objective the formation, the more it has the characteristic of discourse; and the more subjective it is, the more interpretative and diffuse. Obviously, nothing can totally escape some degree of subjectivity, because this is an ineradicable human condition, especially when dealing with law.

As well as subjectivity, John R. Searle (2002, 11) points out some characteristics of consciousness which we can transfer to the aesthetics⁵ of law, namely unity, intentionality, distinction between the periphery and the center, structure, mode and conditions. Thus, the aesthetic theory of justice could take care of verifying these elements, their existence and variations –in the range of theoretical formulations which there are of law– as being some characteristics of aesthetic formations.

2.4. *Aesthetic discursive regularities*

Michel Foucault (1998, 21) speaks of the regularity of discursive formations in general, such as the units of discourse, the formation of objects, the formation of enunciative modalities, the formation of concepts, the formation of strategies, annotations and comments on the consequences.

In the case of the aesthetic theory of justice, it is not impossible and perhaps not too difficult to find such regularities in the conceptualizations of law, recalling that John Rawls (1988, 39)⁶ makes it clear that a theory of justice is not just a philosophy or code of ethics, nor is it a matter of religion, but has to do with the idea of society as an equitable system of cooperation, and can be a political formulation, in Rawls' case liberalist.

2.5. *Ulpianus and Themis, as a partial conclusion*

One of the simplest examples that can be found of an aesthetic reading of the theory of justice is Ulpianus' formulation, as we saw at the beginning of this paper. The classical idea of justice, founded on the equilibrium of *Themis'* scales, involves conceptualizations such as equality and equity, harmony, alterity and proportionality.

Equality is a relation of conformity between two equal objects and presupposes the equity (concrete application) between duties and merit, and obligation and reward, for example.

Harmony is the concordance among the parts of a whole (as observed in systems theories). Harmony is sought by the majority of theories of juridical precepts which point out discrepancies and preach consensus. Others, on the contrary, point out dissensions and disharmonies in the juridical field.

⁵ In this study the term "aesthetics" is used as a form of perception or reception of an object, in accordance with its etymology from the Greek word *áistesis*, and not as the study of the beautiful.

⁶ This was a lecture given by John Rawls (1987).

Alterity is the relation with the other –the two plates of the scales and the symmetry between their loads– as law is always understood as social knowledge.

Proportionality means equality in a geometrical sense; in other words, it carries more dimensions than simple two-dimensional symmetry. Being within the proportions can mean treating unequal cases equally, as Aristotle wanted, giving each one according to his needs and demanding from each according to his possibilities. From this we have isonomy, also enshrined in the Constitutions of most part of countries.

Thus, little by little, we are tracing a path towards a possible aesthetic theory of justice. However, various other questions will have to be addressed, when we take into account the non-linearity of knowledge and the complexity of juridical knowledge.

3. On the faculty of judging

In his Critique of Judgment, first paragraph of the first book, first section –analysis of the faculty of aesthetic judgment– Kant (1993, 47) distinguishes between the judgment of taste (aesthetic) and the judgment of knowledge (logical)⁷, while in both cases judgment is made on a representation of the object.

In the case of juridical judgment, we query whether the split between aesthetic and logical judgment is valid, since law embraces both propositions, whether through the source of ethical values which imbue it, or through the methodical systematization of the precepts of laws and jurisprudence.

Again in the Critique of Judgement, when he deals with aesthetic judgment, Kant speaks of the judgment of the beautiful and the pleasant, which is what gives the subjective sensation of what is enjoyable, that is to say, what pleases the individual's senses. In this case, our view is that it is not possible to draw an analogy between the enjoyable and juridical judgment, taking into account the fact that, according to the Brazilian Code of Civil Trial and all the others that make up modern juridical doctrine, the judge, in judging, forms his free conviction about what is just (therefore, correlated with the beautiful); however, this free conviction is not what is agreeable to him, nor what is according to his taste, but what is conditioned by the values of culture, custom, morals, laws and repeated decisions of the courts. Thus, if we compare the faculty of judging in Kant and in law, we will see that there are some points of similarity and others of disagreement.

What Paul Ricoeur (1998) says applies as much to aesthetic judgment as to juridical judgment: no one thinks from nowhere, in complete isolation. Every judgment or interpretation is impregnated

⁷ In my post-doctoral research (unpublished as yet) I tried to resolve the dichotomy between aesthetics and logic by means of a proposal which I called “aesthetological”, consisting of a method proposed for the analysis of paradoxes that may turn up in the interpretation of a work of art, based on concepts taken from philosophical logic.

with values and meanings. In fact it is these very values that compose the basis on which judgments are formed. The task of hermeneutics is to decipher the meanings hidden in visible signs.

Nevertheless, in this hermeneutic task of 'dissecting judgment', it is Ricoeur himself who recommends caution regarding both the discourses and excess of signification, pointing out "the development of the text in a systematic and comprehensive theory which attempts to explain the unity of human language in light of the diversity of uses to which it is subject." (Ricoeur 1987, 9)

Now the faculty of judging, whether it be an aesthetic, juridical, or any other sort of evaluative act, is always a form of language and, as such, is part of a linguistic unit, in which diversity also lies. Language can contain the paradox of the one and the multiple at any one time.

3.1. *The concept of judgment*

In the end, what is judgment? According to Blackburn:

On different occasions, philosophers have expressed their concern with the nature of judgment in different terms: the investigation may be called a theory of content, of belief, of propositions, of representation, of meaning, etc., depending on the choice of the aspect of the question which is taken as predominant. The central problem consists in understanding the capacity of the mind to form, feed and affirm judgments, which are not simply a succession of words but items that intrinsically represent states of things, or ways in which the world is or could be. (Blackburn, 1997, 212)

We thus see that the concept of judgment is complex and diversified. According to Abbagnano, the term "judgment" comes from juridical language and possesses four main meanings:

1. The faculty of distinguishing and evaluating either the product or the act of this faculty, as well as its expression;
 2. A part of logic;
 3. In relation to a proposition, the act of assenting, affirming, disagreeing or denying;
 4. An intellectual or synthesizing operation which is expressed in the proposition.
- (Abbagnano 1998, 591)

3.2. *Aesthetic judgment and juridical judgment*

Both aesthetic and juridical judgment are activities of synthesis, which are made about propositions and which are axiologically founded. Without doubt, there are points in common between juridical and aesthetic judgment, and in both cases it is an intellectual activity. The main difference, in our view, between aesthetic and juridical judgment is the one pointed out by Kant, between knowledge, beauty and pleasure. With respect to this, Nunes says:

Unlike judgments of knowledge, aesthetic ones are not based on concepts: unlike practical ones, they do not require either the real existence of the objects they judge, or the appreciation of their value for moral conduct, relating them simply to the satisfaction which contemplating them causes us. (Nunes 2001, 49).

Now this is not what happens with juridical judgment, as is known and as we have seen in the course of this discussion. However, we claim that there are elements of aesthetic satisfaction in juridical judgment. In the words of Michael Haar (2000, 31): “aesthetic pleasure is not a sensation or an illusion, but the satisfaction that accompanies the judgment by which we discover conformity, the similarity between a work and what it represents.”

The question lies in the fact that juridical judgment is not disconnected from moral and rational implications, whereas this is not necessarily the case with aesthetic judgment. In both cases, in aesthetic as well as juridical judgment, creative activity is present, around a possible similarity of both cognitive processes, which involve creation. In each there is a heuristic activity, which is the intuition of the synthesis of judgment of the beautiful, of the just, or both.

As for the creative activity of juridical judgment, Márcia Fernandes Bezerra points out that:

democracy cannot survive in a system in which rights and liberties are unprotected; and, faced with a conflict between them and legalism, the former must prevail in a legitimate adhesion to the moral and aesthetic foundations of law. An independent, active, creative judiciary power can contribute greatly to democracy. (Bezerra 2000, 29)

Both the aesthetic and the juridical judge have the characteristic of being in the world, communicating and participating in social facts. They are not self-absorbed, and, despite the arguments of autopoiesis, they produce judgments for society, imbued with values emanating from this same society. Therefore, both in aesthetic and juridical judgment, the communicative act predominates, as one can only judge by producing –that is, expressing– a decision.

3.3. *Judgment, truth and narrative*

The act of judging, both in art and in law, presupposes the experience of some type of knowledge about the object being judged. In his *Treatise on Justice*, Thomas Aquinas (1989, 150) claims that the judge cannot judge against a truth that he knows, based on the evidence that is offered to him. He claims that, in judgment, evidence is required in order to establish a truth. Therefore, in juridical judgment, there is a strict relationship between judgment and objective truth.

This does not occur in aesthetic judgment, which does not, in principle, have any commitment to any truth, except the sensibility of the judge/aesthetician. Therefore, in the judgment of art, the possible truth is subjective. This observation leads us to the famous work *The Aesthetics of the Objective*, by Aldo Tagliaferri (1978), who speculates about the presence of this characteristic in juridical judgment.

According to *The Aesthetics of the Objective*, a collective conditioning of taste and methods of judgment occurs. The aesthetic data for judging exist previously, and are methodologically preconceived. Reduction to order might constitute a principle of objective aesthetics. In it, the subject is substituted or assimilated by historical, objective or indisputable laws.

However, if there is an aesthetics of the objective in juridical judgment, it is not so drastic and extreme as all that. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy claims that law is narrative, and highlights the quest for its objective aspect. In his words:

The rationalization of law [...], the extreme bureaucratization of the judiciary [...], as well as the supposed quest for objectivity by means of formalisms [...] may have distanced these two compartments of knowledge from each other. Law became restricted to the technical area, while literature was given an aesthetic aura. They are trying to recover the missing link. (Godoy 2007)

In fact, the Brazilian jurist Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy stands out for the original and pioneering way in which he develops the theme of the relation between law and literature, although he does not consider it an autonomous discipline.

Let us examine more closely the claim that law is also narrative. To admit this hypothesis is to free law from the shackles of the extreme aesthetics of the objective, conferring on it a degree of freedom, inventiveness and creativity which make its functional character multifaceted. In other words, by admitting law as narrative, we attribute functions to it other than that of merely portraying a supposed 'truth': historical functions of representations and narratives, such as education, the relation between ethics and aesthetics and the ludic impulse, even in its relation with morals and behavior.

4. *Law and game, by way of conclusion*

The ludic impulse is not just a biological and psychic discharge, which separates the sensible from the biological, in a Platonic or Kantian dualism. Ever since Schiller, the sensible has also been seen to lie in the ludic impulse, and by means of it morals is interwoven with ethics, from which arise certain aesthetic foundations for education and law. Aesthetic education is first and foremost educating for sensibility; after that, for art and *ludens*, but always with sensibility, its fundamental element.

Thus, in *ludens*, the beautiful stems from ethics and vice versa. In the ludic impulse, there is a relation with morals, from which aesthetics can stem. However, it is possible to interpret *ludens* as a pleasure in itself, without necessarily relating it to morals. At any rate, in play there is an aesthetics of freedom, limits and ethics.

According to Schiller (1995), the educated man aesthetically 'ennobles' his will, going beyond the mere purpose of things. Thus, the moral transgression of duty is also an aesthetic transgression, since it is necessary to realize the 'ennobled' will. In Schiller, aesthetics is conceived as an ideal unification of duty and pleasure. The ludic impulse is exercised above the natural needs of life, and regardless of practical interests. It is a manifestation of a spiritual order, which shows itself above all as an *aesthetic game*.

The ludic impulse plays with beauty, as a free force, and arises in the convergence of the subjective with the objective. The ludic impulse, as we have said, is related to freedom and to pleasure, as a creative activity.

The classic concept of play, formulated by Aristotle and to some extent reproduced by Kant, is conceived as an activity or operation which is exercised or carried out for its own sake, and not for the purpose to which it tends or for the result which it produces. Because of this characteristic, Aristotle saw play as being close to happiness or virtue.

In the case of law, it is interesting to observe how countless activities in this subject or profession become ludic, beginning with the contest between the parties in a judicial trial or in a tribunal. In my book entitled *The Aesthetics of Law and Knowledge*, I said:

Play and theater have been the objects of analogies concerning the aesthetics inherent to the juridical scenario, especially since 1946, when the first Italian translation of Huizinga's *Homo Ludens* appeared. Huizinga's work presents bold theoretical perspectives, in which the parties involved in a judicial trial are envisaged as contestants— as in a game, a sport or competition – with established rules and orders of command operating between the most varied systems of forces. Clearly, such a reading of juridical situations is only possible if we have in mind the idea of balance. (Carneiro 2002, 29)

In this respect, I was claiming that the deepening of studies of aesthetic play in law could be achieved through “theories of balance” coming from game theories. In fact, the idea of balance in juridical theory is an old and recurrent one, which in a certain sense can be related to the juridical principle of proportionality. In the *Digest*, Justinian said that balance is one of the sources of law. In law, the “balance of the game” may be more than just an aesthetic question, but also an ethical one, which ensures the existence and continuity of the game itself, within proportions signifying the relation and disposition of the parties within this supposed whole, which is the law or the judicial lawsuit, in this case the game.

Without doubt, the law is a space for games, disputes and their endless paradoxes. With every judicial trial that ends, it can be seen that the social game of Law is unfinishable. Strategies and representations, cooperation and conflict, regulation and indetermination, reality and fiction are some of the elements present in the aesthetic-judicial game, and thus, by means of the ludic paradigm of law, we come to the theme of symbologies in law.

For Laércio Becker (Becker-Santos 2002, 83 ss.), the myth which lies behind representation in the judicial trial, in civil cases, is not Themis, but the myth of the quest for truth, which is, obscure and illuminating at the same time, like every myth.

Both in games and in law, there are definite rules to follow, and in both there are psychological and behavioral rules in common, regarding the attitude to the dispute. Calamandrei says:

The fury which moves one litigant against another in a civil trial is much more game a than a drama. People with experience of civil trials often notice that the reason litigants continue to fight each other is not so much the economic object of the dispute [...], but a question of honor, of self-respect, the agonistic spirit, the desire to win; and maybe jealousy; and maybe envy: all the stimuli, from the lowest to the most noble, which come into play in sporting competitions. Litigiousity, that fever which can devour fortunes and lead families to ruin, has much in common psychologically with the gambling fever.” (Calamandrei 2002, 208).

Calamandrei's claim has sparked off much controversy and, at the same time, stimulating reflections, that reinforce the relation which exists between the game and the law.

In *Le Droit et le Sens*, the Portuguese jurist Paulo Ferreira da Cunha (2000) published a series of brilliant essays on the symbolic philosophy of law. The book permits interesting aesthetic readings, by means of symbolic thought in the juridical field. In fact, the author proposes symbolism as a paradigm for Law, consisting also of a school of thought.

For Paulo Ferreira da Cunha, in this book which constitutes just one part of his rich output, we must consider that, in the body of the law, the symbols, the iconology, as well as the relation of the juridical with the arts and aesthetics, are currently gaining importance. Thus, by means of aesthetics, the relationship between law and meaning can be discovered.

Paulo Ferreira da Cunha discusses interpretation and narcissism in the perspectives of juridical aesthetics, as well as the bridge connecting juridical aesthetics with the symbology of law, and traditional symbols such as *Themis'* scales (the problem of the symbol of judgment); the blindfold (symbolic duality) and the sword (symbolic decision). However, the author also speaks of modern symbols in the body of juridical aesthetics, without neglecting the archaeology of the meanings always present and the *mimésis* of the appropriation of these symbols, as well as dealing with the iconoclastic interpretation of law.

To end this article, after reviewing the ideas of various authors and also expounding our own ideas, I conclude that the starting point for juridical aesthetics may be the classical conceptualizations, but not necessarily their finishing point, unless a long philosophical road is first followed.

I also conclude that the balance between determination and indetermination, regulation and deregulation, and verifiable definitions and indefinitions in autopoietic systems make up the aesthetic game of law.

Universidade Federal do Paraná
mfrancis@netpar.com.br

References

- Abbagnano, N. 1998. *Dicionário de Filosofia*. Translated by Alfredo Bosi. 2nd Edition, São Paulo: Martins Fontes.
- Aquinas, T. 1989. *Tratado da Justiça*. Translated by Fernando Couto. Porto: Coleção Resjurídica.
- Aristóteles. 1996. *Arte retórica e arte poética*. Translated by Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro.
- Becker, L.A. and E.L.S. Santos. 2002. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Bezerra, M. F. 2000. *Paralelos entre a arte e o direito*. Unpublished monograph, Faculdade de Artes do Paraná, Curitiba.
- Blackburn, S. 1997. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Translated by Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Cabral, N. 1975. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Linotipia Irmãos Milesi.
- Calamandrei, P. 2002. “O processo como jogo”. Translated by Roberto B. Del Claro. *Revista de Direito Processual Civil Gênesis* 23. Curitiba.
- Carneiro, M. F. 2002. *Estética do direito e do conhecimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Comte-Sponville, A. 1995. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Translated by Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
- Cunha, J.R.F. da. 1998. *Direito e Estética. Fundamentos para um Direito Humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Cunha, P. F. 2000. *Le droit et les sens*. Paris: L'Atelier de l'Archer.
- Dewey, J. 1980. *Art as experience*. New York: Perigee Books.
- Duarte, R. 1997. *O belo autônomo. Textos clássicos de Estética*. Belo Horizonte: UFMG.
- Foucault, M. 1998. *The archaeology of knowledge*. London: Routledge.
- Godoy, A.S. de M. 2007. *Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller*. www.mundolegal.com.br. Accessed 10 June 2007.
- Gombrich, E. H. *A história da arte*. 1999. Translated by Álvaro Cabral. 16th Edition. Rio de Janeiro: LTC.
- Haar, M. 2000. *A obra de arte. Ensaio sobre a ontologia das obras*. Translated by Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: DIFEL.
- Huizinga, J. 1946. *Homo ludens*. Torino: Einaudi.
- Japiassú, H. and D. Marcondes. 1996. *Dicionário básico de filosofia*. 3rd Edition, Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Nunes, B. 2001. *Introdução à Filosofia da Arte*. 5th Edition. São Paulo: Ática.
- Paim, G. 2000. *A beleza sob-suspeita*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

- Rawls, J. 1988. “La priorité du Juste et les conceptions du Bien”. In: *La philosophie du droit aujourd'hui*. *Archive de Philosophie du Droit* 33: 39-59.
- Ricoeur, P. 1987. *Teoria da interpretação*. Translated by Artur Morão. Lisboa: Edições 70.
- , 1998. *Interpretação e ideologias*. Translated by Hilton Japiassu. 3rd Edition. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- Schiller, F. 1995. *A educação estética do homem*. Translated by Roberto Schwarz and Márcio Suzuki. 3rd Edition. São Paulo: Iluminuras.
- Searle, J. R. 2002. *Consciousness and language*. New York: Cambridge U.P.
- Tagliaferri, A. 1978. *A estética do objetivo*. Translated by Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Perspectiva.
- Teubner, G. 1995. *O Direito como sistema autopoietico*. Translation and preface by José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Warmington, E.H. (Ed.) 1999. *Great dialogues of Plato*. Translated by De W. H. D. Rouse. New York: Mentor / Penguin Group.

GADDA E LA COGNIZIONE DEL DELITTO

Realino Marra

Nel titolare la mia relazione, dedicata in gran parte al *Pasticciaccio* del 1957, non ho resistito alla tentazione del ricalco sul titolo dell'altro grande romanzo di Gadda, *La cognizione del dolore*. Non mancano ragioni per argomentare attorno ai legami tra le due opere: entrambe romanzi gialli, ancorché d'un tipo particolare, racconti di un matricidio più o meno velato, simili anche le vittime, signore malinconiche e in un certo modo orbate della maternità, analoga l'ambientazione storica, l'Italia del fascismo e delle sue millanterie su sicurezza e protezione dei sudditi, comune infine, almeno in apparenza, il carattere di opere non terminate (o aperte). Senonché, va anche riconosciuto, tanto "cognizione" è termine adeguato per caratterizzare la vicenda di Gonzalo e della madre (come intuizione del male oscuro che governa il mondo), quanto non perfettamente sovrapponibile al racconto del *Pasticciaccio*. Occorrerebbe innanzitutto rinunciare al singolare, e parlare di "delitti", giacché il romanzo narra di una rapina prima e di un omicidio poi, per quanto commessi entrambi nello stesso stabile, in via Merulana a Roma, e quasi certamente collegati tra loro. D'altra parte se la vastità di un tema come la inesorabilità del dolore ammette il significato più debole di cognizione, appunto percezione attonita d'un male tanto grande da non permettere né di divisarne ogni scaturigine né di negarne l'incarnazione nei destini di tutti, per il delitto le cose sembrerebbero stare diversamente. Il delitto è il male degli uomini, volontà raddensata, evento che pare più agevolmente separabile dal garbuglio incircoscritto di realtà e storia. È questa l'immagine affermatasi con la tradizione del romanzo poliziesco (impersonata principalmente da Arthur Conan Doyle), a Gadda ben nota e da lui apprezzata: il delitto intellegibile appunto, che si genera da fatti e intendimenti complessi, ma sostanzialmente numerati e dunque discernibili.

Un racconto incompiuto dei primi mesi del 1928, la *Novella seconda*, ci fornisce forse la chiave per accedere al pensiero non proprio lineare dell'autore sui canoni del poliziesco. In una nota "critica" al racconto Gadda dichiara risoluto: «Mio desiderio di essere romanzesco, interessante, Dumas, Conandoyliano: non nel senso istrionico (...) ma con un fare intimo e logico. Orgasmo inespresso emanante dal racconto. Piuttosto Conan Doyle, ricostruttore logico». Poi però, alla fine della nota, Gadda a matita scrive di traverso «cambiato idea». La nota è più lunga delle poche righe che vi ho riportato, difficile quindi individuare precisamente l'oggetto e le intenzioni del pensiero nuovo. Quel che è certo è che nella novella ricorrono osservazioni sullo "smarrimento del volere" che paiono anticipare le tesi del lavoro filosofico dell'autore, la nota *Meditazione milanese* di pochi mesi successiva, e che soprattutto sono sostenute proprio dall'esempio del delitto, in una prospettiva però decisamente discosta dall'idea di una cognizione definita e rigorosa dell'evento e delle sue cause. «Il mondo appare [...] come un rotolamento di effetti, e il suo contenuto è già stato enunciato al di fuori di noi. Un'orrenda pietraia rovina giù senza fine». E appunto: «ogni volere è smarrito». Perfino il crimine allora, una delle condotte che si credono più congiunte alla storia personale, determinate da una causa «liberamente arbitrante», non si sottrae in realtà al principio generale che pare essere quello del cadimento accidentale e incontenibile dei fatti. Scopro insomma, con qualche conforto, che anche per il delitto l'impiego di "cognizione" nell'accezione gaddiana più canonica non è poi così fuor di luogo. Torna difatti l'immagine della pietraia nel contesto d'una riflessione sull'opportunità, almeno in linea teorica, di anticipare il giudizio di colpevolezza sui reati; svolta poi con argomenti che ad un penalista (in particolare tedesco) ricorderanno talune analisi recenti sulle alterazioni del diritto penale dello Stato di diritto. Leggiamo ancora Gadda:

Quando compiono il «reato» [gli uomini] sono automi nella tragica e ineluttabile concatenazione di cause [...], mentre ancora qualche libertà possedevano quando i primi, infinitesimali accenni, i primi sommessi sì e no portavano alla deliberazione i loro impulsi contrari. Allora si dovrebbe prenderli e per i moti d'allora giudicarli e magari castigarli: ché il resto è fatale derivazione, così come si può trattenere una pietra che sia in bilico sul ciglio d'un abisso, ma non si potrebbe certo fermarla quando, rimbalzando di roccia in roccia [...], si frantuma [...] per il profondo buio della voragine. Ma quei primi moti, quei sì e quei no impercettibili «non costituiscono reato»: dacché non si può promuovere giudizio contro le intenzioni, né contro le tentazioni.

Cosa fa sovvenire invece questo brano al criminalista italiano? Una vicenda teorica meno vicina nel tempo, ma appunto di grande rilievo per la storia della cultura giuridica del nostro Paese, vale a dire l'influenza duratura della Scuola positiva del diritto penale. Il tragico automa necessitato al delitto è affine all'uomo delinquente di Lombroso? La figurazione gaddiana della fatalità ha qualche relazione col determinismo dei positivisti? Risposte a queste domande sembrerebbero contenute in un'altra delle opere non ultimate di Gadda, *Il racconto italiano di ignoto del novecento*, primo cimento dell'autore con la forma-romanzo. Meditando qui sul tema delle «anime diverse» che non trovano in

se stesse la guida d'una legge e dunque nemmeno la possibilità di giudicarsi, Gadda scrive: «io voglio affermare che anche le azioni immorali o criminali rientrano nella legge universale e mi afferro più che al determinismo-eredità (Lombroso, neurologia, psicologia sperimentale, studi biologici) alla mia idea di combinazione-possibilità». Il determinismo, prosegue, «è la lettura della curva della *ananche*, non la sua spiegazione».

Il tema della combinazione è sviluppato, come sanno i lettori di Gadda, nella *Meditazione milanese* già citata. Tale impulso sarebbe la «mania di differenziazione da cui è affetto l'universo, vera idea fissa [di questo] che vuol “provare ogni esperienza, assaggiare ogni frutto, anche apparentemente malefico”». Sin qui, diremmo, è constatata solo la coesistenza di bene e male, connaturata ai processi evolutivi di moltiplicazione e differenziazione dei viventi che transitano, appunto, talvolta anche per “deviazioni” e “divergenze”. Senonché proprio le ragioni “finalistiche” della evoluzione paiono suggerire a Gadda una spiegazione del male diversa e più complessa rispetto a quella dei positivisti.

Le deviazioni sono utili giacché mettono la realtà (specie quella biologica) sulla strada del perfezionamento: un argomentare, si direbbe, di genere più funzionalistico, affine ad esempio alla teoria della devianza “utile” di Durkheim. Il brano del *Racconto italiano* prosegue infatti così: «l'immoralità sussiste in quanto sussiste la moralità e viceversa, il crimine in quanto sussiste il giusto, e reagiscono a vicenda». Il male è realtà depotenziata che serve al riconoscimento della deviazione e dunque alla riparazione; d'altra parte non v'è dubbio che sia anch'esso realtà, ancorché difettosa, risultato dell'azione di vari elementi causativi. E tra questi elementi, certo, anche l'azione oscuramente finalistica, orientata al “bene”, del processo di differenziazione. È corretto dunque affermare che, in un certo senso, non solo il male contribuisca al bene, ma che questo, a sua volta, con la sua azione, [con] la forza, con la violenza che esercita sugli ostacoli che incontra, provochi il male.

Ecco: a me sembra che il *Pasticciaccio* abbia costituito per Gadda, tra le altre cose, l'occorrenza più adeguata allo svolgimento romanzesco di tali assunti. In primo luogo v'è in esso la riadduzione del delitto dal dominio d'una realtà disgiunta, votata intenzionalmente al male e con quell'evidenza dunque che avrebbe consentito la fattura di un poliziesco tradizionale, alla sostanza universale degli eventi: «grovigli o nuclei o gomitolini di rapporti, privi affatto d'un contorno polito» (*Meditazione*). Incaricato fedele d'una simile dimostrazione è il commissario don Francesco (Ciccio) Ingravallo, una delle figure più memorabili di investigatore della letteratura d'ogni tempo. All'apparenza «mezzo cafone, mezzo addormentato, mezzo tonto», come è detto nella prima redazione del romanzo del 1946-7, il «can barbone nero», lo «scimmione», il «bulldog» Ingravallo è in realtà osservatore penetrante degli uomini e dei loro comportamenti, un inquisitore-filosofo assorto ma avveduto. I suoi pensieri sui delitti discendono direttamente dalle riflessioni del Gadda filosofo: il reato come una delle molteplici manifestazioni del male, le cui cause pertanto vanno investigate con l'ausilio di una più capiente teoria dei subissi.

«Sosteneva [Ingravallo] che le inopinate catastrofi non sono mai la conseguenza [...] d'un unico motivo, d'una causa al singolare: ma sono come un vortice, un punto di depressione ciclonica nella coscienza del mondo, verso cui hanno cospirato tutta una molteplicità di causali convergenti. Diceva anche nodo o groviglio, o garbuglio, o gnommero, che alla romana vuol dire gomito. Ma il termine giuridico "le causali, la causale" gli sfuggiva preferentemente di bocca: quasi contro sua voglia. [...] La causale apparente, la causale principe, era sì, una. Ma il fattaccio era l'effetto di tutta una rosa di [queste] che gli eran soffiate addosso a molinello [...] e avevano finito per strizzare nel vortice del delitto la debilitata "ragione del mondo"».

«La mia monade e il mio io sono delle baracche sconquassate rispetto alle pure sfere d'acciaio di Leibniz e hanno mille finestre e fessure», scrive Gadda nella *Meditazione milanese*, sintetizzando argutamente la distanza che prende dal suo filosofo prediletto. La monade-Gadda non solo non manca di porte e finestre, come le monadi di Leibniz (settimo paragrafo della *Monadologia*), ma ne ha talmente tante da rischiare il tracollo a ogni momento. Pure egli avrebbe propensione per i due pilastri della dottrina della conoscenza di Leibniz, da un lato il rispecchiamento del mondo in ogni monade, a suscitare una pluralità di percezioni che di quello non contraddice l'unità, ma che certo la figura da angolature ogni volta diverse; dall'altro la tesi d'una ragione più vasta che fin dal principio delle cose ha regolato le monadi tra loro secondo un disegno armonico, tale per cui la realtà dev'essere pensata come un meccanismo di sincronizzazioni perfette. Solo che Gadda non crede in Dio, e il privilegio dell'assoluta chiarezza accordato dal filosofo alla ragione divina appare al nostro scrittore piuttosto una trasfigurazione della tensione sistematrice della ragione umana. D'altra parte, ogni conoscenza in quanto volontà coordinatrice introduce significati nel reale, e interpretandolo lo modifica (o lo deforma, come scrive Gadda). L'attività rappresentativa delle monadi produce insomma il contrario di ordine e armonia; la realtà è deformazione perenne, mai identica a se stessa, molteplice negli aspetti e nei significati, un logogrifo con un numero infinito di soluzioni.

A tali idee alte sulla instabilità e molteplicità del reale, Gadda-Ingravallo raccorda poi considerazioni più da questurino che da filosofo sul ruolo delle passioni nei delitti. Le donne si trovano dove non vorresti trovarle, pensa Ingravallo; una riedizione italice dell'antiquato *cherchez la femme* del poliziotto Jackal di Alexandre Dumas padre, chiosa sornione Gadda, con l'aria di voler prendere le distanze. Le cose stanno però diversamente, come vedremo tra un attimo. «Voleva significare [Ingravallo] che un certo movente affettivo, un tanto o, direste oggi, un quanto di affettività, un certo "quanto di erotia", si mescolava anche ai "casi d'interesse", ai delitti apparentemente più lontani dalla tempeste d'amore». Ingravallo è attratto dall'universo femminile, in particolare per la vittima dell'omicidio, Liliana Balducci, ha avvertito emozioni prossime al trasporto d'amore. E tuttavia s'intuisce nei suoi casi anche una modesta frequentazione dell'altro sesso, inconveniente che si traduce alternativamente nell'invidia per i fortunati bellimbusti, drudi e paini di cui viene a conoscenza nel corso delle indagini, e in una misoginia in certi momenti – si direbbe –

quasi confusa da se stessa, ma che arriva poi sostanzialmente ad assolversi con argomenti grossolani, ancorché ingemmati da cogitazioni simil-freudiane. Quale quella, ben nota, sulla natura ecolalica della personalità femminile che si limiterebbe ad assimilare ed elaborare ragionamenti maschili.

La verità è che anche in questo caso Gadda ha comandato al commissario le proprie opinioni. Ma mentre don Ciccio, come ho detto, prova a volte un vago ritegno, e pare quasi pentirsi delle sue mormorazioni anti-femminili, lo stesso francamente non può dirsi di Gadda. Soprattutto a leggere il suo saggio anti-mussoliniano, *Eros e Priapo*, scritto nel 1944-5, e pubblicato soltanto nel 1967. Adirato, feroce e anche – va detto – tante volte disturbante per le ripetute volgarità e contumelie. Ma lo stesso è doveroso in questa sede dichiararne la rilevanza rispetto alla redazione del romanzo. Nel saggio si rinviene innanzitutto un raccostamento speculare a quello che ho considerato fin qui: se è vero che il delitto appartiene alla categoria generale delle calamità, è anche vero d'altra parte che queste possono manifestarsi direttamente come delitto. È il caso del fascismo, una successione di «azioni criminali» perpetrate per vent'anni. Ebbene soprattutto in questo caso la «causale del delitto», asserisce testualmente Gadda anticipando il pensiero che attribuirà ad Ingravallo, è «causale non esclusivamente ma prevalentemente “erotica”». È stata «una foja pittorica e teatrale» a suscitare la catastrofe, eros che ha trionfato sul logos, istinto «nelle sue forme inconscie e animalesche». Il potere mussoliniano ne ha fatto il vero pilastro del suo durare, con il coinvolgimento di «Sofonisbe fanatiche» e di una ragazzaglia violenta e stivaluta. E se pure non mancano osservazioni geniali sui meccanismi di seduzione delle masse da parte del potere, né notazioni antropologiche sul carattere degli italiani che paiono purtroppo non aver perso nulla della loro attualità (si veda ad esempio la registrazione di questa diffusa credenza italica: pensare «che l'esser cafoni e beceri e villanzoni sia sintomo di “virilità”»), in *Eros e Priapo* sono anche insolenze replicate sulla ecolalia femminile, senza remore e vacillamenti.

Dalla configurazione del delitto come evento originato da più fattori discende un'idea “transigente” di responsabilità che, come ho cercato di dimostrare, affonda le sue radici nei racconti degli anni Venti. Essa è stata alternativamente presentata come un giudizio di assoluzione per tutti i protagonisti che compaiono sulla scena del delitto (“nessuno è responsabile”), ovvero come un asserto di responsabilità generalizzata (l'idea dei *Karamazov* in sostanza, ognuno è colpevole di tutto e per tutti). Alla luce di quanto sopra, credo sia più corretto attribuire a Gadda il pensiero d'una corresponsabilità limitata: da un lato ciascuno è colpevole in quanto abbia contribuito alla produzione del fatto, ma dall'altro tale responsabilità è appunto circoscritta. E lo è in un duplice senso: in primo luogo perché condivisa con altri, e poi perché rettamente qualificabile in questi termini solo quando sia riconoscibile uno spazio concreto di libertà del volere. D'altra parte, nella rete aggrovigliata della concatenazione degli eventi esso è in genere modesto, talché la singola azione – ricordiamo – si riduce di frequente ad essere soltanto una sorta di agevolazione contingente del prodursi inesorabile del fatto.

Come volontà libera, l'intendimento del delitto per Gadda si percepisce quasi di più, lo abbiamo visto, nella dimensione del pensiero e delle passioni. Da questo punto di vista sono rivelatrici le considerazioni di Ingravallo sui comportamenti delle due vittime, la contessa Menegazzi prima, rapinata in casa, e poi Liliana Balducci, derubata anch'essa e brutalmente uccisa. Entrambe con le loro fantasie e apprensioni hanno contribuito in qualche misura al crimine, proprio perché prefigurandolo lo hanno, in un certo modo, voluto. È la forza della suggestione di cui parla Montaigne in un lungo capitolo dei *Saggi* (*fortis imaginatio generat casum*) a proposito delle reazioni fisiologiche più diverse, e poi da Dostoevskij riferita espressamente al crimine (in particolare con la storia di Ivàn, sempre nei *Karamazov*, che spinge inconsciamente Smerdjàkov a uccidere il padre, e per questo si riconosce poi colpevole, per aver desiderato e immaginato). A proposito del primo delitto e della prima vittima, Gadda scrive: «La lunga attesa dell'aggressione a domicilio [...] era divenuta coazione: non tanto a lei e a' suoi atti e pensieri, di vittima già ipotecata, quanto coazione al destino, al "campo di forze" del destino. [...] Perché Ingravallo, similmente a certi nostri filosofi, attribuiva un'anima, anzi un'animaccia porca, a quel sistema di forze e di probabilità che circonda ogni creatura umana, e che si suol chiamare destino». E il concedersi sfibrato e quasi sottomesso di Liliana all'assassino conduce il commissario a quest'altra considerazione: «La morte gli apparve [...] una decombinazione estrema dei possibili, uno sfasarsi di idee interdipendenti, armonizzate già nella persona. Come il risolversi di un'unità che non ce la fa più ad operare come tale, nella caduta improvvisa dei rapporti, d'ogni rapporto con la realtà sistematrice».

Le vittime responsabili dei due delitti, dunque. Ma certo non da sole. Responsabili tutti i casigliani di via Merulana per l'ostentazione d'opulenza che ha fatto "venir voglia alla gente"; e così le forze dell'ordine che avrebbero potuto vigilare per impedire almeno il secondo fattaccio; colpevole anche il fascismo per il comando reboante di modelli di condotta (filiate e moltiplicatevi) che hanno reso i deboli, come Liliana, la ecolalica Liliana, ancor più esposti agli assalti della mala sorte. Ma allo stesso tempo la responsabilità di cui Gadda questiona è evidentemente solo morale. È questo difatti l'unico giudizio che egli si sente di esprimere, coerentemente con le premesse che si sono viste: di responsabilità può parlarsi solo quando sussista una certa autonomia del volere; al contempo essa pare in realtà più grande proprio in una dimensione di aspirazioni e intenzioni, normalmente inattuabile dal diritto. Il problema è che la macchina della giustizia – con l'eccezione di Ingravallo, certo – non ragiona a questo modo. Il diritto si rifiuta di considerare i realizzatori sensibili dell'atto come gli ultimi esecutori d'un destino in buona parte già scritto. Per la giustizia la loro responsabilità morale di persone, con passioni e sentimenti di cupidigia e di odio, di amore e di vendetta, in questo dunque nient'affatto diverse dagli altri protagonisti sulla scena della vita, è sufficiente, quando sia opportunamente posizionata verso la fine degli eventi, per dichiararne la colpevolezza giuridica, e con questo automaticamente escludere, assolvendolo, ogni altro attore.

Come nella *Cognizione*, Gadda non dà la soluzione del giallo. Nel *Pasticciaccio* i nomi dei due responsabili finali non vengono apertamente pronunciati. Ma il lettore che segua con attenzione lo svolgersi del racconto nella seconda metà del romanzo, e si concentri in particolare sul settimo capitolo, quello dell'interrogatorio di Ines Cionini (commovente figura di prostituta e ladra bambina), può in effetti arrivare da sé alla spiegazione di entrambi gli enigmi. Il luogo in cui sono germinati i pensieri e le risoluzioni in vista dei delitti è la bettola-laboratorio di Zamira Pàcori, sarta, tintora, maga, ex prostituta e ruffiana; qui ha lavorato anche la Ines; e qui lavorano ancora, tra le altre, le cugine Lavinia e Camilla Mattonari, fidanzate entrambe di Enea Retalli detto Iginio, che ha rapinato la Menegazzi. Su questo il lettore non può aver dubbi, la responsabilità del ragazzo è svelata chiaramente dai pensieri di una delle due, Lavinia. Sulle tracce di Retalli sono i carabinieri; ma sino alla fine del romanzo egli riuscirà a sfuggire alla cattura.

Camilla Mattonari, la sua fidanzata brutta, è a sua volta amica d'una ragazza che è stata a servizio a Roma. Occorre davvero essere provvisti di un acume particolare per capire di chi si tratta? Ines dà indicazioni precise: questa ragazza pare un diavolo vestito da donna, ha due occhi come stelle nere dell'inferno, come fosse una strega o una zingara, o più semplicemente una persona che vuole vendicarsi di qualcuno. Senza uno sforzo di memoria particolarmente laborioso (si tratta di tornare indietro nel romanzo d'una trentina di pagine), il lettore ricorderà la più bella e la più feroce delle giovani adottate "provvisoriamente" da Liliana Balducci per compensare l'assenza di figli: è Virginia Troddu, evocata dal confessore di Liliana, don Lorenzo Corpi, come la diavola di corallo, con la pelle d'avorio e con due occhi che sembrano aver ipnotizzato tanto la signora Balducci che il marito. E anche qualcosa di più, come s'intende dal racconto a seguire del sacerdote, e come Ingravallo capisce senza sforzo. Quel quanto di "passione", appunto, che eravamo pronti ad attenderci in base alle prefigurazioni di don Ciccio. E quando questi rivive l'omicidio, in una pagina superba del secondo capitolo, l'ultima immagine che fa apparire alla vista di Liliana morente sono gli occhi dell'assassino, occhi non più di uomo ma di animale, di «belva infinita». Un altro riferimento a Virginia, chiamata bestiaccia da don Lorenzo, e poi squalo o pantera.

Rimane ancora qualcosa da svelare? Sì, ma in fondo nulla di realmente decisivo; portare alla luce, magari, la sequenza di intenzioni e accadimenti che dopo il primo delitto ne ha generato uno ancor più grave. Nel romanzo il fortunato brigadiere Pestalozzi che scopre da Camilla Mattonari la refurtiva della contessa, affidatale dal Retalli, si trattiene dal verificare se in essa si trovino anche gioielli di Liliana. Questo Gadda davvero vuole risparmiarlo al suo Don Ciccio: un carabiniere, per di più piemontese, che arriva a Virginia Troddu prima di lui. Ma si comprende come manchi ormai poco, poche sequenze soltanto, tutte rimesse all'intelligenza del lettore. Ingravallo decide di interrogare le due ragazze conosciute durante le sue frequentazioni di casa Balducci che maggiormente lo hanno colpito; entrambe bellissime, la Virginia appunto, una delle "nipoti" ufficiali, e poi la serva Assunta, o

Tina, Crocchiapani (che a Virginia somiglia vagamente; sappiamo infatti dalla prima redazione del 1946-7 che tra loro son cugine).

Quando Ingravallo va a cercare Assunta a Tor di Gheppio ha già in animo di sentire anche Virginia che sta alla Pavona, come sappiamo dalle informazioni di Ines. Intuiamo che il commissario sospetta entrambe (o una delle due) di complicità, non di aver commesso direttamente l'assassinio; stringe d'assedio Assunta perché vuole da lei il nome dell'omicida, e chiaramente s'aspetta il nome di un uomo, magari quello di uno dei bellimbusti che gravitano attorno all'antro della Zamira: l'assassino dal «polso villosa», dalla «mano implacabile e nera». Siamo così all'ultima, celebre scena del romanzo. La splendida Assunta, la «vergine albana», richiesta d'un nome, grida la sua innocenza. Dottore, non sono stata io. In questa maniera Assunta non risponde alla domanda di Ingravallo; ma assolvendo se stessa fa evidentemente molto di più. Perché un uomo, in fondo? E non invece una donna, diversa però da Assunta, bellissima anch'essa, ma non pallida, altera e silenziosa, bensì nera, diabolica, selvaggia, la Virginia che seduce uomini e donne, dai modi insolenti, che si fa beffe delle funzioni religiose cantando a messa con la voce da uomo? Il grido di innocenza di Assunta ferma il furore del commissario, lo induce a riflettere e a ripentirsi. Sulle prime invero non capisce ancora, ma è soltanto questione d'un attimo e Ingravallo – ci avverte Gadda – intenderà ciò che il lettore immaginava in realtà da tempo.

«La Virginia! [...] un repentino fulgore nella tenebra»: è l'immagine che riscuote l'assonnato commissario quando, nelle primissime pagine del romanzo, ripensa alla più seducente delle nipoti adottate da Liliana. Se Gadda avesse scelto di portarle o riprodurle qui, alla fine del *Pasticciaccio*, nemmeno una riga a conti fatti, probabilmente tutte le discussioni sull'incompletezza del romanzo non avrebbero più avuto ragion d'essere.

Pure Gadda, come è noto, avrebbe voluto continuare il *Pasticciaccio*. Ma quando poi tale progetto è accantonato, egli si premura di proclamare a gran voce che l'epilogo ambiguo del romanzo è il frutto d'una scelta intenzionale. In un'intervista a Dacia Maraini, ad esempio, dichiara che il *Pasticciaccio* deve considerarsi «letterariamente concluso»: «il poliziotto capisce chi è l'assassino e questo basta». In realtà, penso, il romanzo è concluso giacché i nomi dei responsabili, ancorché non rivelati, possono essere, con un po' d'impegno, profetati dal lettore. Che poi quella riga mancante avrebbe potuto generare perfino un altro romanzo nessuno ovviamente può metterlo in dubbio, nel caso di un autore come Gadda. È che a questo punto egli aveva semplicemente perso l'interesse, e fors'anche l'energia, ad un seguito.

Per chiudere, credo insomma che “incompiuto” sia qualificativo inappropriato; direi piuttosto “reticente”, in conseguenza d'una riluttanza quasi istintiva, ma alla fine – per parafrasare Contini – riconosciuta e approvata. Gadda fa capire chi sono gli autori materiali dei due delitti, e segnala al lettore che anche il commissario è ormai vicino alla soluzione. Al contempo egli arriva a valutare in

qualche modo congeniale alla sua considerazione degli eventi una chiusa in cui solo l'autore e il lettore hanno inteso, e non ancora i rappresentanti della giustizia. Giacché questa cognizione troppo definita tramuterebbe la responsabilità di Retalli e Virginia in una responsabilità giuridica irremissibile, e col fatale oscuramento di tutte le altre "causali" del delitto. E questo Gadda non lo vuole, come non lo vuole, in fondo, nemmeno il suo commissario. Il quale nella scena già richiamata, in cui rivive l'omicidio con gli occhi della vittima, trasferisce ad essa, all'amata Liliana, la sua visione spersonalizzata del delitto. Gli occhi della belva che le sta strappando la vita rivelano a Liliana, provvista negli attimi finali della cognizione di dolore e morte di Ingravallo, rivelano alla vittima, tutta insieme, la ferocia «insospettata» delle cose.

Università di Genova

realino.marra@unige.it



ROBERT COVER'S NARRATIVE APPROACH TO CONSTITUTIONALISM

Marco Goldoni

Abstract

This paper aims to prove that Robert Cover's theory of narrative might play an important role for contemporary constitutionalism. In particular, it purports to show that the main insight of Cover's legal philosophy should be found in the idea that meaning, and not authority or power, forms the basis for the legitimacy of a constitutional order. The proliferation of legal meanings is valuable in itself and it represents an enrichment of social life. Violence will unavoidably emerge as a necessary evil in order to let normative worlds flourish. Nonetheless, narrative plays a central role in Cover's theory because it is the source of legal meaning. Therefore, constitutionalism itself should be thought as a narrative, among many others, especially committed to the reduction of violence.

There seems to be an unredeemable tension between the thrusts of Robert Cover's major works: *Nomos and Narrative* (Cover 1993, 96-172) and *Violence and the Word* (Ivi, 203-38). In the first one, Cover praises the role of narrative in the developing of the legal imagination on which rests normally a normative universe (*nomos*, as he used to define it). In the latter one, he seems to stress the importance of the bond between law and violence. In certain passages, it may even look as if Cover had come to fully embrace this bond.

In this paper, I intend to put forward an interpretation of Cover's legal pluralism which downsizes the role of violence in the construction of legal meaning. This move will permit not only to restore a sense of unity and coherence in Cover's legal philosophy, but also to illuminate Cover's original solution to the question of constitutional authority, as hinted at the end of *Nomos and Narrative* (1993, 172): «Legal meaning is a challenging enrichment of social life, a potential restraint

on arbitrary power and violence. We ought to stop circumscribing the *nomos*, we ought to invite new worlds». According to this perspective, constitutionalism is justified insofar it lets multiple normative worlds thriving. This task, however, is not an easy one. Although normative universes proliferate through narratives, the clash between these narratives is rarely avoidable. The legitimacy of constitutionalism has to be found, indeed, in its capacity to reduce at a minimum the effective exercise of legal violence, so to let plural orders develop and flourish. In other words, Cover believes in constitutionalism as far as the latter is intended as expression of a universalizable argument from diversity and self-determination as values (Melissaris 2004, 64-8).

To prove this point, I will proceed in the following way. In the first section, I will analyse the nature of legal meaning and will outline the central role played by narrative in its creation. In the second section, the focus is on the concept of commitment and its importance for making narratives legal. The third section underscores the responsibility of judges for the development of a committed constitutionalism. In the conclusion, I will plead for an interpretation of Cover's constitutionalism which makes meaning almost overlapping with the concept of authority¹. In other terms, the best reading of Cover's works indicates that the value of constitutionalism lies in its capacity to create meaningful narratives without recurring to the constant suppression of competing or alternative stories or legalities.

1. *Narrative and Constitutional Meaning*

According to Cover, we can understand law in two ways. They both represent essential aspects of every legal instantiation. Therefore the distinction he traces between them should not be taken at its face value, but only as a heuristic tool for examining legal worlds. The first pattern is «world creating». In this respect, law is «a resource in signification» (Cover 1993, 99) which allows people to communicate (see, e.g., Van Hoecke 2002). Much of people's actions acquire their meaning through the reference to a norm. People learn how to act following the possibilities given to them by a shared set of rules and principles. It is also critical that they know how those rules and principles are charged. These commonalities of meaning make normative action possible. The creation of a common meaning consolidates the mandatory character of norms not because of the menace of sanctions for the disobedient, but in virtue of the fact that «obedience is correlative to understanding» (Cover 1993, 106). This is why Cover names this ideal pattern «paideic»: It is realized through the teachings and understandings of norms and narratives. This also explains why the school is at the centre of Cover's

¹ Opposite to this interpretation is Paul Kahn's view (1992, 197), according to which no one else better than Cover understood the splitting apart of authority and meaning. However, the thesis puts forward in this paper is that Cover tries to solve the potential conflict between authority and meaning by opposing the latter to the idea of violence or force. He believes that a meaningful law approximates to authoritative law because it does not need to threaten its subjects with sanctions in order to obtain compliance.

legal theory: «[p]recisely because the school is the point of entry to the paideic and the locus of its creation, the school must be the target of any redemptive constitutional ideology» (*Ivi*, 170).

The core of this paideic ideal pattern is constituted by narratives, because «no set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning» (*Ivi*, 95-6). However, the paideic aspect is far from providing an exhaustive explanation of the very nature of law. There is also a «world maintaining» pattern which proves to be an essential feature of law. The task of preserving a world is not less demanding than the one of creating it. It may require a huge and sometimes violent power. This is why Cover warns us that a more accurate investigation on law's nature should bring to recognize this very «disturbing conclusion»: «there is a radical dichotomy between the social organization of law as power and the organization of law as meaning» (*Ivi*, 112). One should not read this sentence as to imply that there are legal units of pure meaning and legal units of pure power. As previously remarked, this dichotomy has only heuristic value. Yet, it provides a way of looking at legal worlds which is based on the juxtaposition of authority and meaning. The legitimacy of law, as we shall see, is partly dependent on its capacity of bestowing meanings on the normative environments we inhabit. The idea of law as power is associated mainly with State institutions, while law as meaning belongs to non-institutional groups and movements. The first ideal pattern (paideic) «requires the discipline of study and the projection of understanding onto the future that is interpretation» (*Ivi*, 106). The second ideal type is necessary for maintaining the legal world. For the limits of meaning lead to the establishment of an institutionalised law. Cover defines it as “imperial”. In this model, «norms are universal and *enforced* by institutions. They need not be taught at all, as long as they are effective» (*Ibid.*). Meaning, at this stage, needs more to be limited than expanded. This is how Cover puts the point in a much quoted passage from *Nomos and Narrative*:

[i]t is the problem of multiplicity of meaning – the fact that never only one but always many worlds are created by the too fertile forces of jurisgenesis – that leads at once to the imperial virtues and the imperial mode of world maintenance [...] The sober imperial mode of world maintenance holds the mirror of critical objectivity to meaning, imposes the discipline of institutional justice upon norms. (Cover 1993, 1009)

The paideic mode is essential for the creation of a normative world and entails a process that Cover labels *jurisgenesis*. The cultural basis of this process is made explicit in the tie between community and law². A *nomos* is a universe that presupposes a community already established and with a formed, but not fixed identity (*ibid.*, 50 n 137). Community is the basis for law because legal interpretation, as we shall see, is only enforceable through social cooperation. Therefore, some sort of social bonds

² Cover is much influenced by cultural anthropology, to which he owes the idea that every normative situation requires a thick contextuality. See, e.g., Geertz 1973.

should already exist³; however, these bonds can change – they will almost surely change – during the process of creating legal meaning. But without such a basis, any transformation of legal meaning is not possible. For this reason, Cover focused on the narratives of some of the most cohesive religious communities in the American society, like Amish and Mennonites. Despite the relevance of the notion, Cover’s conception of community is everything but communitarian (*contra*: Tushnet 1985, 1502). In fact, the creation of legal meaning entails a constant discussion and evolution of the law of a community. Once created, the norms to which the group now feels bound help to shape their life. As a result, *nomos* influences directly the community. *Jurisgenesis* occurs through a dynamic reconfiguration of the meaning given to traditions and social practices. One classic mode of *jurisgenesis* is, for example, normative mitosis, or in other terms, a process through which part of a community separate itself from the rest creating a new *nomos* whose *grundnorm* is a boundary rule. This model of insular autonomy is far from exhausting the rich constellations of jurisgenerative impulses, but it vividly represents an example of world creation. The pluralist world imagined by Cover obliges also every community – even the most insular – to take into account the presence of other groups. For example, the understanding of contract that shapes the Quaker vision of its *nomos* is deeply intertwined with the concurrent secular understanding of contract law (see Weisbrod 1980). These two requisites – *jurisgenesis* and coexistence in a pluralist context – avoid the risk of collapsing the notion of community into an ontological conception.

Since it is an essential aspect of Cover’s theory of law, the concept of narrative deserves further explanation. In the economy of Cover’s proposal, narrative serves three functions. First, it provides for materials for building the bridges of law. Narratives can be of any genre, from literary to religious sources, from folk culture to entertainment products. If living in a legal environment presupposes the knowledge of the same environment and of its possible projections onto the future, then narrative is the device which fuels the legal imagination and makes this possible. As beautifully remarked by Cover, «for every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live» (Cover 1993, 96). The normative force of these narratives comes usually from their mythological or sacred nature. One has to believe in the narratives he is taught and he contributes to shape by interpreting them.

Secondly, narratives mark law’s temporal extension. As already noted, temporality and narrativity are deeply intertwined. However, Cover seems to add a particular element to the usual conception of narrative puts forward by narrativists. Narrative is usually understood as a selective appropriation of some past events that must be temporally ordered with a beginning, a middle and an

³ This is why Paul Kahn interprets Cover as some sort of “new communitarian” whose faith in the value of the community is doomed to fail: Kahn 1992, 198.

end⁴. These events and characters must be put in relation (“*emplotment*”). This implies a statement about how and why the events occurred. Once narrative is seen from this temporal perspective, it should not come as a surprise that Cover’s favourite metaphor to represent the law was the bridge: «law may be viewed as a system of tension or a bridge linking a concept of reality to an imagined alternative» (*Ivi*, 102). In another essay, he defines more accurately law as «the bridge – the committed social behaviour which constitutes the way a group of people will attempt to get from here to there. Law connects “reality” to alterity constituting a new reality with a bridge built out of committed social behavior» (*Ivi*, 176). Stories should indicate a direction and a perspective. But not every temporal scheme was good enough for Cover to make a narrative legal. Here, Cover bestowed on law and narrative an antimessianic trait. Narratives are normative only insofar they do not envisage a future that is too far from the present reality. A narrative should always reflect a tension between what is and what might be, because «law can be maintained only as long as the two are close enough to reveal a line of human endeavor that brings them into temporary or partial reconciliation» (*Ivi*, 138-9).

Thirdly, narratives are central to the normative universe because they express the way people understand law. Since «we inhabit a *nomos*», we must be able to understand what does it mean to live in a legal environment. The recognition of this fact poses the question of what can be deemed as a proper narrative. At this stage one must underscore the cultural approach (see, e.g., Kahn 1999) which imbues Cover’s theory of narrative. The cultural approach to narrative implies the articulation of myths, rules and principles which populate our legal and social worlds. In other terms, living in a legal world entails to be able to understand our actions through narratives which relate not only the traditional “is” and the “ought”, but also the “might be”. In this way, patterns of behaviour are generated and become also understandable to those who share and live in the same *nomos*. Narratives are necessary for normativity for they allow us to see where and how we can get from a state of affairs to an imagined alternative. This temporal quality of the narrative element – which has been seriously developed, among others, by Paul Ricoeur (1988)⁵ – also indicates the direction of a *nomos*. In other words, narratives can also show how a *nomos* is supposed to relate towards other normative universe⁶. So, there are “narratives of redemption” when a group plans to project its normative force outside itself in order to transform (redeem, in Cover’s own language) the world. They can also be “narratives of insularity”, when they tell how a certain group will shield itself from external influences. The first

⁴ I follow, here, the sociological definition offered by Ewick and Silbey, 1995. On law and narrative see, within a growing literature, West 1993; Calvo González 1996; Brooks and Gewirth 1998.

⁵ Ricoeur seems to suggest that narrative is a powerful form of representation because it is ultimately grounded in human experiences of lived time, and thus reproduces the order and experience of lived time through its own form and structure. Temporality finds its expression in narrative.

⁶ As remarked by Alberto Vespaziani (2008), the relation with the otherness (either the otherness of a future self or the otherness of something outside the self) is the main tenet of the idea of a normative universe and it is dependent on the relevant narrative.

kind of narrative entails a redemptive constitutionalism, while the second an insular constitutionalism. For the first kind of constitutionalism, what matters is the realization of justice, while for the second is autonomy or self-government.

Another aspect must be added to this list of narrative's properties. Narratives can be disruptive of the social order and can be the cause of serious conflicts. This conclusion emanates from a simple fact: As noted above, legal rules must have meaning, «but they necessarily borrow it from materials created by social activity that is not subject to the strictures of provenance that characterize what we call formal lawmaking» (Cover 1993, 112). Narratives are models through which we study and experience the transformations taking place when a given simplified state of affairs is made to pass through the force field of a similarly set of norms. Cover illustrates this idea by making reference to biblical examples⁷ which revolve around the idea that rules are embedded in certain narratives and that the latter, coming from an extralegal origin, always retain their subversive force. These biblical examples show that the use of sacred narratives of foundation can never be fully domesticated. One can always go back to these narratives and use them to subvert the rules to which they give meaning.

In light of these remarks, it should be evident that meanings emerge from multiple sites and most of them are not controlled or tamed by the influence of official lawmaking procedures. Meaning is always essentially contested in itself. The communal character of the narrative which is part and parcel of a *nomos* cannot be treated as a “monumental” rhetorical device. However, Cover underestimates the fact that narrative can also be hegemonic «by functioning as a means of social control instructing about what is expected and warning about the consequences of nonconformity. Narrative can also contribute to hegemony by colonizing consciousness with well-plotted but implicit accounts of social causality» (Ewick and Silbey 1995, 222). But here lies Cover's insight that narratives are always plural and as soon as somebody will raise and affirm to possess the correct one, a challenge will be mounted by other alternative narratives.

In this respect, nomic narratives cannot be equated with Dworkin's overly placid picture of a normative tradition that guides adjudication in the manner of a serial novel toward congenial and coherent ends (Dworkin 1986, 228-32). As soon as a single imperial narrative imposes his normative force on the constitution, or on another official document, several other countermonumental narratives which defy the unitary legal meaning imposed by the official narrative will arise. Even if there is a

⁷ Cover describes a “private law” norm of succession (Deuteronomy 21, 15-17) which establishes a normal order of succession and the stories, frequent in patriarchal narratives, that tell the overturning, in certain circumstances, of this rule. He also refers to a parallel norm of “international law” supposed to regulate relations between those who are well settled and the newcomers. These stories do not tell us only that every legal order must conceive itself «as emerging out of that which is itself unlawful», but also that «to understand any legal civilization one must know not only what the precepts prescribe, but also how they are charged» : Cover 1993, 116, 118.

common text, several narratives will proliferate, making the text the basis not of common understanding, but the beginning of disagreement⁸.

Moreover, far from Dworkin's own approach, the storytellers are not only judges, or State officials, but also lawyers, laymen, politicians. According to Cover, the sources of meaning cannot be controlled in a rigid and predetermined way. State-based law and State jurisdictions are potential forces of domination because they can impose a law that does not need to be taught or learned, but they can claim its validity only on the basis of their sheer power. Narrative has significant transformative potential precisely because is not necessarily the narrative of constituted powers (Delgado 1989; Williams 1991). This aspect of narrative is strictly related to the epistemological claim that knowledge is socially constructed (see Di Donato 2008).

Now, for the legal theorist, the question that might be posed is the following: Is narrative so central to Cover's account of the law that it can be deemed to be the main force behind the creation of a legal world, or it just discovers an already constituted *nomos*? Cover's answer on this point is not clear. At times he seems to be suggesting that narratives are creating the *nomos*: «the very imposition of a normative force upon a state of affairs, real or imagined, is the act of creating narrative» (Cover 1993, 102). In light of the references in the footnotes of *Nomos and Narrative*, one would say that Cover sides with those who argue that narratives have the capacity to reveal truths about social worlds because social identities and social action are storied. Consequently, narrative is constitutive of that which it represents (Bruner 1986, 11; White 1987)⁹. Later, he confuses things by saying that narratives «create and reveal the patterns of commitment, resistance and understanding» (Cover 1993, 110). In order to give a hypothetical answer to this question it is appropriate to focus on the other aspect of narrative, which is the ability of triggering action. For narrative seems to be able to create the law only when its inspiring and motivational force entails a commitment which puts «the body on the line» (ibid. 208). In other words, if narrative does not generate a willingness to act (and a will to bear the consequences of acting), then it does not belong to the normative universe, but it remains part of the literary world. The difference between law and literature runs exactly along this line: The first one has

⁸ The difference between these two authors became evident when they debated over the constitutionality of the Slave Fugitive Act (1850). Cover 1975 described the condition of some *ante-bellum* judges as caught in a tragic dilemma between their own personal convictions on the unconstitutionality of the Act and their understanding of their role in the constitutional system. By interpreting the Constitution in a strictly formal way they chose to be loyal to what they deemed to be their professional duty. For Dworkin 1975, those judges had an available solution to their dilemma. A third theory of law (Dworkin's idea of integrity) was already available and the best reading of the Constitution would have made the Fugitive Slave Act clearly unconstitutional. On the positions of Dworkin and Cover on this issue, see Sebok 1991; Gates 1997.

⁹ White makes a comparison between non-narrative historical representation and narrative. He notes that narrativizing is a demand for moral meaning.

a claim on the body that the second cannot have, despite what is affirmed by some literary critics (Bloom 1973)¹⁰.

Another question needs to be posed at this stage. Is every myth, narrative or epic equally valuable? To a certain extent, the answer seems to be positive. As long as a myth is able to trigger action, it cannot be discarded as irrelevant simply because it is irrational. The valuable aspect of these genres of narratives can be seen in the fact that they tell us what we want to be like. They serve as paradigmatic examples of behavior. Practices of legal interpretation are so inextricably bound up with action and coercion that they should be considered a quite different discipline from interpretation in literature and the humanities. Kenneth Burke, with whom Cover sides, makes explicit this difference when, in a discussion of constitutional interpretation, he recognizes that «constitutions are agonistic instruments. They involve an enemy» (Burke 1945, 5). In other words, texts and myths, in order to become legal texts and legal myths, shall be able to prompt action. Some of these behaviors are likely to collide with other normative narratives. From an epistemic point of view it is impossible to establish a clear hierarchy between narratives, so much so that Cover asserts that «within the domain of constitutional meaning, the understanding of the Mennonites assumes a status equal (or superior) to that accorded to the understanding of the Justices of the Supreme Court» (Cover 1993, 145). As Cover himself reminds us, given these epistemic conditions, the real challenge is to «maintain a sense of legal meaning despite the destruction of any pretense of superiority of one *nomos* over another» (ibid., 144).

2. *The Logic of Commitment and the Place of Violence*

In light of the previous discussion, it is correct to conclude that for Cover law is made of interpretative commitments whose meaning is constituted by narrative materials. This is because law is never just a mental or spiritual act. As mentioned above, a legal world is built only to the extent that there are commitments that place bodies on the line.

The reality that law creates and the alternative vision that it offers would remain abstract ideas if it were not for the personal commitments of those who inhabit the normative universe. Commitment makes norms binding (or at least it makes individuals accept them as mandatory). A commitment differs substantially from a simple intention in its insistence on the temporal extension of legal

¹⁰ Cover's exploration of differences between law and other interpretative enterprises, and the nature of his disagreement with others in the effort to promote interdisciplinary legal scholarship, are perhaps best glimpsed in a long footnote to *Violence and the Word*. Here Cover observes that «there has been a recent explosion of legal scholarship placing interpretation at the crux of law» and he notes, with some alarm, that in this humanist scholarship «the violent side of law and its connection to interpretation and rhetoric is systematically ignored and or underplayed»: Cover 1993, 204 n 2, making reference to James Boyd White and Ronald Dworkin.

interpretation. An intention can be only a present state of mind¹¹, while commitment needs lasting and temporally-extended actions. This idea supports a concept of law as something temporally-extended: Law is neither fully in the realm of reality nor there in the realm of pure normativity¹².

In order to understand the constitutive elements of a commitment we need to focus on its two analytical phases. These phases are not chronologically divided, but to keep them conceptually distinct could help deepening the understanding of the idea of commitment. First, there must be a subjective dedication to something other than the self. This requires the belief that something is valuable and that engaging in this valuable thing represents a good activity. Such belief requires an affirmation of the position taken and the will to act in a consistent manner. Second, the very idea of commitment implies that someone is committed to something other than herself. In legal terms, this “other” is posited as the object of law: «The community posits a law, external to itself, that it is committed to obeying and that it does obey in dedication to its understanding of that law» (Cover 1993, 145). This process is called “objectification” and it is a crucial phase in the creation of legal meaning: It entails «a narrative – a story of how the law, now object, came to be, and more importantly, how it came to be one’s own» (ibidem). So defined, it becomes evident that commitments are critical for the perception of collective self-government. Only when wrapped with stories that make it the outcome of a self-governing social practice, a norm can be perceived as legitimate¹³. The object of a commitment will have its own, independent requirements and will impose certain constraints on the possible language games that can be played with the law. At this point, the logic of commitment is clear: Legal meaning is created through a subjective dedication to an objectified understanding of a demand.

What is demanded by a commitment remains one of the most controversial aspects of Cover’s theory. Cover points out that commitment should not be read as an existentialist concept. He is not proposing an ethic for enthusiasts and, in the overall, his writings prove him to be coherent on this point. But then, if it is not an existentialist concept, how to detect the presence of a commitment? In other words, how much commitment is necessary to create or maintain a legal world? According to Cover, willingness to engage or to be exposed to violence may represent a sufficient test¹⁴. The opening sentence of *Violence and the Word* makes this point in a more radical way, shifting the focus from meaning to pain: «legal interpretation takes place in a field of pain and death» (Ibid., 203). By outlining pain and death, Cover adopts a physical and almost naturalistic conception of violence (Fitzpatrick 2002, 144). Cover’s approach implies that any “legal word” can potentially inscribe its

¹¹ For a notable exception, see the “plan theory”: Bratman 1999.

¹² Julen Etxabe notes correctly that in Cover’s concept of law operate three different categories. The “is”, the “ought” and the “might be”. Accordingly, «law partakes of all three of these categories at once, for of every norm one can reasonably say that the norm *is*, that it *ought to be*, and that it *might be*»: Etxabe 2006, 16.

¹³ According to Kahn (1997), this is the way the American people interpret the double principle of the rule of law and the rule of men.

¹⁴ This is why, for example, State law rarely can be ignored. State violence demonstrates its commitment to its legal meaning.

meaning on a body. He even refers somehow puzzlingly to martyrdom as a perfect example for understanding legal interpretation:

Martyrdom, for all its strangeness to the secular world of contemporary American Law, is a proper starting place for understanding the nature of legal interpretation. Precisely because it is so extreme a phenomenon, martyrdom helps us to see what is present in lesser degree whenever interpretation is joined with the practice of violent domination. (Cover 1993, 207)

However, this assumption poses a dilemma. Indeed, pain presents us with a twofold task: First, to eliminate it, but, second, to make sense of it. These tasks are potentially in tension. As Kahn has aptly remarked, so much meaning might be invested in pain and violence that we lose the aspiration for their elimination (Kahn 2008, 13). On the one hand, the recognition of the looming presence of violence behind legal interpretation is a sobering statement on the nature of the adjudicating process, on the other hand, the same recognition may become a celebration of the role violence plays in the normative environment (Sarat and Kearns 2002). Moreover, violence is a looming and unavoidable presence in the legal world in another sense. The pervasive presence of violence is at its most visible in the judicial activity. Courts are mostly “jurispathic” because their role requires resorting to violence in order to contain further violence. Therefore, judges are defined by Cover as both people “of peace” and “of violence” because when they decide, they trigger certain actions and some of these actions lead to the destruction or the damaging of a *nomos*. But they can decide following the inspiration of a redemptive constitutionalism and, as this paper intends to prove, the writing of this kind of narrative should be, according to Cover, their main task. The point is simply that sometimes a minimum of violence is required in order to stop the growing and wary sectarianism of other insular and redemptive *nomoi*: «the question, then, is the extent to which coercion is necessary to the maintenance of minimum conditions for the creation of legal meaning in autonomous interpretive communities» (Cover 1993, 144).

In the overall, Cover does not ask for martyrdom or constant commitment: some degree of commitment is enough, however contingent or attenuated it may be. Since legal interpretation is part of practical reason, it is enough that a commitment to an objectified meaning be able, at least potentially, to produce action¹⁵. Otherwise, we confront something like an academic exercise, a mystical experience or pure speculation. The activities of those who are engaged in this kind of reflection are not *jurisgenerative*. They do not have the power of transforming social reality.

Besides, for a more accurate understanding of the concept of commitment, *Nomos and Narrative* should be read, as suggested by Suzanne Last Stone (1993, 829-30) together with a short

¹⁵ In his last and posthumous essay, Cover (1987) changed his mind about the link between commitment and action. Law was not depicted anymore as an anti-messianic device. For a critique of this change see Sherwin 1990.

piece Cover prepared for a conference in 1986, titled *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order* (Cover 1993, 239-48). It is indeed safe to note that religion, and specifically Judaism, has deeply shaped Cover's theory (Lukinsky and Abramson 1993; Wizner 1996). In *Obligation*, Cover expresses his preference for normative universes founded on obligation (the loose translation for the Hebrew *Mitzvah*¹⁶). A *nomos* built on obligation can better rationalize violence because it does not need to enforce its legal meanings. In that respect, Jewish law constituted an archetype for Cover. After all, for a long time Jewish law has been a transnational system of law that was not dependent on a State apparatus for enforcing the law. In the somehow romanticized version of Cover, Jewish law has evolved through more than two millennia with a minimum exercise of coercion. In the absence of external institutions compelling obedience to the law, it is «the common, ritual, reciprocal obligation» that makes possible continued adherence to the law without resorting to violence (Cover 1993, 242). On the other hand, rights-based law has exhibited a marked propensity for violence throughout its long history. Its foundations in the myth of the social contract and in the raise of the State has always threatened the integrity of normative universes with its centripetal force. This apparent superiority of obligation does not mean that a *nomos* can be based only on it; Cover himself recognizes that the language of rights is more effective in resolving problems of individual liberties, but very weak when solidarity and material needs are concerned¹⁷. Nevertheless, obligation-based law results more apt to face social problems like education and caring because duties address directly members of the community. A language based on individual rights to subsistence or education expresses only rhetorical tropes because these rights indicate only a need, not a solution. Such rights are not even intelligible unless it is known by whom they will be satisfied, that is to say, without knowing those who are responsible (Stone 1993, 866). Most importantly, a jurisprudence of obligation not only presupposes a specific purpose for each discrete obligation, but also includes a systemic *telos* of intellectual and social perfection. Rights-based legal systems can have an internal coherence, but seldom their ultimate *telos* is clear. Accordingly, rights alone are not jurigenerative¹⁸; they can address some specific problems but only at the price of being backed by the most threatening system of organized violence of the modern era: the national State¹⁹. Finally, the axiological priority of obligation is rooted in two factors: One, the idea that what keeps together a group is mainly the legal

¹⁶ Literally, *mitzvah* should be translated as “command”.

¹⁷ Rights-based theory is «singularly weak in providing for the material guarantees of life and dignity»: Cover 1993, 242.

¹⁸ While influenced by Cover's theory, Frank Michelman and Martha Minow have adopted a different view on rights by showing how they can participate to the formation of legal meaning. Minow claims that «legal vocabulary, including rights, can be invested with meanings that challenge power and violence. Legal language, limited and partial as it is, can become a powerful medium for struggle. Each historic struggle has helped to transform inherited meanings»: Minow 1987, 1910. See, also, Michelman 1988.

¹⁹ The idea that rights and the nation State are intertwined is a very common point, previously made, among others, by Arendt 1973, 267-304.

meaning it produces; Two, only the fulfilment of an abiding obligation to transform a reality can make redemptive constitutionalism possible.

3. *Judges between Violence and Narrative*

Cover puts much emphasis on the fact that courts exercise a jurispathic office. Their main task is not to interpret the law or to fill the gap left in the normative world; quite the contrary, tribunals have to choose between a plurality of laws. When they select one law among others, they destroy these other legalities. These are for Cover the real hard cases, which represent, also, the reason behind the emergence of courts:

[I]t is remarkable that in myth and history the origin of and justification for a court is rarely understood to be the need for law. Rather, it is understood to be the need to suppress law, to choose between two or more laws, to impose upon laws a hierarchy. It is the multiplicity of laws, the fecundity of the jurisgenerative principle, that creates the problem to which the court and the state are the solution. (Cover 1993, 139)²⁰

While for philosophers as different as Hart and Dworkin, the problem in hard cases lies in the absence of clarity in the law or in the need to restore the lost coherence of a legal system, for Cover hard cases are those where law is abundant. This is because affirming that the issue in hard cases «is one of too much law is to acknowledge the nomic integrity of each of the communities that have generated principles and precepts» (Ibid., 143). The fundamental issue is therefore not how to apply the law, but the more radical one of which law to apply and which law to “kill off”. Tribunals do not have to deal only with technical aspects; indeed, they are called to exercise what Cover defines as the imperial function: To avoid violent conflicts produced by the clash between trajectories traced by different *nomoi*. This claim is both one of the most interesting and one of the most controversial in Cover’s thought. It presupposes a central role for jurisdictions²¹ in a pluralist environment, but at the same time it does not attribute any epistemological superiority to judicial decisions. Courts can bring peace as well as they can breed hate and resentment through the exercise of legal violence. However, despite his little faith in judges and courts, Cover believes that an instant of jurisgenesis will awaken judges to the dynamism of constitutional meaning. This will happen if and only if they avoid the quintessential gesture of jurisdiction, that is, the deferential attitude toward constituted authorities. The test of commitment is different for judges. They are not asked to act after they have deliberated. But they are asked, at their own risk, to create a constitutional narrative totally independent of political power.

²⁰ Cover notes that the problem of the abundance of law is acknowledged even in myths and he quotes Aeschylus’s *Oresteia*. See Kuhns 1962, 63-94; cf Mittica 2006.

²¹ Superior, for example, to that of legislatures. It must be noted that Cover is always referring, in his writings, to the American context.

Pointing at this representation of the courts' role in contemporary constitutionalism, Robert Post has harshly criticized Cover for not having taken into account the idea of public reason and for turning «quite palpably away from the State» (Post 2005, 11). Post believes that in Cover's theory any action taken by the State (and therefore by courts) is tantamount to unreasonable violence. But this entails that there is no room for State politics and for a reasonable dialogue, as advocated, in different forms, by John Rawls (1993) and Jürgen Habermas (1996). In other words, Post fears that in this way Cover's theory ends up providing a shield to parochial and unfair legal perspectives. The absence of public reason (i.e. respect for certain constitutional essentials which should shape political discourses) entails the justification of irrational constitutional positions. In this respect, Cover is denying «the possibility that politics within the public sphere can create legal meaning» (Post 2005, 14). Even though Post's reading is partially correct, his critique is too severe and his reading, given Cover's ambiguity on the topic, is certainly not the only legitimate one. Even if one admits that there is some degree of mistrust for the looming presence of State violence, it is more fruitful to read Cover, as done by Judith Resnik, «as endlessly fascinated with the interactions between the state and paideic communities – and with the potential for such interactions themselves to be jurisgenerative moments» (Resnik 2005, 26). The bureaucratic organization of the State brings officials to irresponsibility and deference to the unique principle of hierarchy between institutions, even though Cover recognizes that «the structure of jurisdiction need not have the largely state-serving implications it generally has today» (Cover 1993, 161). State-based jurisdictions present interesting features, but they are contingent. In some of its present form, jurisdiction is the place where different *nomoi* can articulate at their best the values of their normative universes. This is a coherent view advanced by someone who believes that the law is primarily a mean of communication and legal meaning is what is at stake before courts. In short, jurisdiction is a forum where one can test two important features of a normative universe. First, in no other institution, ancient or modern, one can find an altogether clear space where to articulate the meaning of its own values and internal norms; second, in no other institution one can expose its own commitments to the possible conflicts with other commitments in such a clear (and sometimes painful) way.

It remains open the question about how courts should discharge this difficult duty. When it comes to constitutive incommensurabilities, as Joseph Raz has showed (1995, 321), the problem for judges becomes the kind of legal rationality that should guide their decisions. As for the matter of what kind of principles should lead the judge in her decision, Cover frequently refers to the idea of a «committed constitutionalism»: «I would have judges act on the basis of committed constitutionalism in a world in which each of many communities acts out its own *nomos* and is prepared to resist the work of the judges in many instances» (Cover 1993, 160 n 158). Cover also wants that courts act on the basis of an independent hermeneutic. What does he mean by “committed constitutionalism” and

“independent hermeneutic” is not made really clear, but before discard them as mere formulas used only for evocative purposes, it is better to stop and analyse them. A committed constitutionalism is certainly based on a hermeneutic not dependent on administrative or statist grounds, but devoted to the protection of all the *nomoi* that inhabit a pluralist universe. Judges should act prudently in certain contexts: While a committed constitutionalism is a way to “speak truth to power”, it is also true that when judges disobey to political authority, their resistance entails «prudential as well as principled behaviour» (ibid., 185)²². Creating legal meaning entails not only acting on a principled manner, but often to make practical concessions to reality. Otherwise, without the recognition of the context where one is acting and the constraints this same context imposes, no committed judge would be able to trigger legal change. Committed constitutionalism does not have to be utopian because if it intends to bestow new meanings on constitutional practices it has to take into account what is the contextual state of affairs.

But what does it mean, concretely, to judge on the basis of a committed constitutionalism? Take, for example, the case discussed by Cover in *Nomos and Narrative, Bob Jones v. United States*²³. In this case was to be decided whether a catholic school could be entitled to fiscal benefices even if it practiced a racial discrimination policy between its students. In fact, the fiscal administrative agency had denied any fiscal benefice to the catholic university. Bob Jones University claimed that its policy was constitutional because based on the proper interpretation of the first amendment. This is a classic American case of contrast between religious educational liberty – based on the principle of freedom of association – and racial equality – based on the principle of antidiscrimination. The Supreme Court deemed constitutional the decision of the agency. Cover’s critique of the Supreme Court is illuminating, even though far from being exhaustive with regards to the problems of its judicial reasoning (Resnik 2006, 54). He was convinced that on the basis of a committed constitutionalism the Court should have chosen to declare the unconstitutionality of racial discrimination in every school. At the same time, leaving exposed religious groups to the discretion of an administrative agency on a so delicate matter like education shows a lack of constitutional commitment. No narrative of redemption was inscribed into law. Instead, judges rested on the classic jurisdictional rule of respecting the authority. Because the agency disapproved the policy of the involved University and Congress did not intervene on the issue, the Court chose simply to respect the outcome of this ordinary political process, and it failed «to project [its] understanding of the law onto the future» (Cover 1993, 173). This is why, according to Cover, the Court should have committed itself to a constitutional denial that a tax exempt could be granted to a school that discriminates on the basis of race. In other words, the Supreme Court should have produced a *constitutional narrative* as expression of its commitment for racial equality

²² For the rabbinic roots of such an idea of jurisdiction see Flatto 2008.

²³ 461 US 574 (1983).

and for the value of freedom of association. This would have taken the form of a narrative clarifying what a non-segregation principle ought to entail²⁴.

4. *The Value of Constitutional Meaning*

This paper intended to show that there is much to learn from Cover's reflection on narrative and constitutionalism. The reading that makes the best out of his work tends to emphasize the productive role of narratives and to delimit violence as a necessary evil in some circumstances. This is what Cover teaches us: The proliferation of legal meanings enriches our lives and is therefore valuable in and for itself. This must be constitutionalism's aim: «to invite new worlds». From this perspective, a committed constitutionalism does not need to be based on a sacred (in its theological understanding) narrative. On the contrary, it may constitute some sort of meta-level which enables other *nomoi* to flourish. However, committed constitutionalism is also a *nomos* (and a narrative) on its own. In that respect, Emmanuel Melissaris has noted that Cover's legal theory still retains a positivist bit in the idea of a single Supreme Court as guarantor of the unity of the constitutional order in a pluralist environment:

at first sight, Cover's reluctance to give up entirely on a normative meta-order, which will lend coherence to the legal universe, is puzzling. On the one hand, he exposes the jurispactic nature of State law, of a tainted narrative that purports to speak to all normative communities, despite their differences and the acts of commitment constituting them. On the other hand, he is anxious to maintain the significance and possibility of a bedrock. (Melissaris 2009, 57)

Indeed, we are reminded that

it is difficult to see how redemption and jurigenesis can be established through a pre-articulated, pre-inscribed established legal system, even one of a higher degree of generality and abstraction such as a constitution. Reasoning from within the rigid institutional contours of a legal *system* will always have a jurispactic effect, it will always silence reasoning informed by other narratives, different conceptual schemes that are [...] rooted in different *laws*. (*Ibid.*)

Another, more charitable, reading is possible, even though, given the conflicting signals that Cover's writings often sent out, this is not a definitive one. Cover's conception of law and narrative forces us to rethink the law as primarily about communication rather than sheer force²⁵, and mainly about the way we make *nomoi* coexist by avoiding, as long as it is possible, the suppression of inevitable and

²⁴ Cover saw the dangerous effects of this missing or incomplete narrative in another decision, *Mueller v. Allen* 463 US 388 (1983), which upheld a Minnesota statute permitting taxpayers to deduct the cost of private education. Permitting States to provide tax deductions for private education amounted to a «public subsidy of the “white flight” that sabotages effective racial integration in so many communities [...] it is a pious fraud to say that there is a commitment in America to combat racial discrimination in education while the courts open the way for such dramatic subsidization of white flight»: Cover 1983, A15.

²⁵ A view from the positivist side affirming that coercion is not an essential element of law has been proposed by Raz 1990, 159-60.

pervasive disagreement²⁶. Cover's insistence on constitutionalism as a *nomos* may be understood as a hope that constitutionalism could become a space for meaningful dialogue among dispersed normative worlds:

Just as it our distrust for and recognition of the state as reality that leads us to be constitutionalists with regard to the state, so it ought to be our recognition of and distrust for the reality of the power of social movement that leads us to examine the nomian worlds they create. And just as constitutionalism is part of what may legitimize the state, so constitutionalism may legitimize, within a different framework, communities and movements. (Cover 1993, 172)

Clearly, it is a *nomos* that should be inspired by two believes: That law is a force or a channel of communication which is partly constitutive of social meanings and that the suppression of alternative legalities, as instantiated by committed actions, should be understood as a tragic necessity, thereby imposing a sober and careful ponderation of its deployment. The narrative on which this kind of constitutionalism should rely is one of radical pluralism and respect for all those normative worlds which may be defeated in the process of constitutional adjudication. Consequently, Cover's narrative constitutionalism should avoid putting emphasis on the sacrifice of other legal and cultural narratives. In a debate on constitutionalism's legitimacy still organized around two alternative accounts of constitutional authority (that is, the authority of rights vs. the authority of democracy), the idea that narrative and meaning, and not authority understood as the power to require action (Raz 1986, ch 2; 2009), may provide the most solid basis for justifying contemporary constitutionalism can be both refreshing and enriching for those who are committed to constitutional values.

Centre for Law and Cosmopolitan Values
Universiteit Antwerpen
marco.goldoni@gmail.com

²⁶ A different solution to the problem of disagreement has been proposed by Waldron 1999, 100-2. Waldron, contrary to Cover, finds in the concept of democratic authority the solution to the riddle of disagreement. Not surprisingly, he explicitly criticizes Cover's conception of the role of judges in Waldron 2009, 17.

References

- Arendt, Hannah, 1973. *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt Brace.
- Bloom, Harold. 1973. *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry*. New York: Oxford University Press.
- Bratman, Michael. 1999. *Faces of Intention*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brooks, Peter, and Paul Gewirtz. *Law's Stories: and the Rethoric of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Bruner, Jerome. 1986. *Actual Minds, Possible Worlds*. Cambridge Mass., Harvard University Press.
- Burke, Kenneth. 1945. *A Grammar of Motives*. Berkeley: University of California Press.
- Calvo González, José. 1996. *Derecho y Narración. Materiales par una teoría y crítica narrativista del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Cover, Robert. 1975. *Justice Accused*. New Haven: Yale University Press.
- , 1983. Court Has High Aim: Bad Plan on Bias. *New York Times* 11 July: A15.
- , 1993. *Narrative, Violence and the Law*. Ed. Martha Minow, Michael Ryan, Austin Sarat. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- . 1987. *Bringing the Messiah Through the Law: A Case Study*. In *Nomos: Religions, Morality, and the Law*. Eds. John Pennock, and John Chapman, 201-17. New York: New York University Press.
- Delgado, Richard. 1989. Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative. *Michigan Law Review* 87: 2411-41.
- Di Donato, Flora. 2008. *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*. Milano: Franco Angeli.
- Dworkin, Ronald. 1975. The Law of the Slave-Catchers. *Times Literary Supplement* December: 1437.
- . 1986. *Law's Empire*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Etxabe, Julen. 2006. Nomos, Conflict, and the Tragedy of Adjudication: The Jurisprudence of Robert Cover. *Berkeley Electronic Press* 1: 1-61 at: http://works.bepress.com/julen_etxabe/1 .
- Ewick, Patrick, and Susan Silbey. 1995. Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative. *Law & Society Review* 29: 197-226.
- Fitzpatrick, Peter. 2002. *Why the Law Is Also Nonviolent*. in *Law, Violence, and the Possibility of Justice*. Ed. Austin Sarat, 142-74. Princeton: Princeton University Press.
- Flatto, David, 2008. The King and I: The Separation of Powers in Early Hebraic Political Theory. *Yale Journal of Law and Humanities* 20: 61-82.
- Gates, Nathaniel. 1997. Justice Stillborn: Lies, Lacunae, Incommensurability, and the Judicial Role. *Cardozo Law Review* 19: 972-1034.
- Geertz, Clifford. 1973. *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books.

- Habermas, Jürgen. 1996. *Between Facts and Norms*. Ed. C. Cioran. New York: Polity.
- Kahn Paul. 1992. *Legitimacy and History*. New Haven: Yale University Press.
- . 1997. *The Reign of Law*. New Haven: Yale University Press.
- . 1999. *The Cultural Study of Law*. Chicago: Chicago University Press.
- . 2008. *Sacred Violence*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Kuhns, Richard. 1962. *The House, the City and the Judge: The Growth of Moral Awareness in the Oresteia*. Indianapolis: Bobbs-Merrills.
- Lukinsky, Joseph, and Richard Abramson. 1993. Robert Cover: A Jewish Life. *Conservative Judaism* 45: 4-10.
- Melissaris, Emmanuel. 2004. The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism, *Social & Legal Studies* 13: 57-79.
- . 2009. *Ubiquitous Law*. London: Ashgate.
- Michelman, Frank. 1988. Law's Republic. *Yale Law Journal* 97: 1594-1535.
- Minow, Martha. 1987. Interpreting Rights, *Yale Law Journal* 96: 1860-1915.
- Mittica, Maria Paola. 2006. *Raccontando il possibile. Eschilo e le relazioni giuridiche*. Milano: Giuffré.
- Post, Robert. 2005. Who Is Afraid of Jurispathic Courts? Violence and Public Reason in Nomos and Narrative, *Yale Journal of Law and Humanities* 17: 9-16.
- Sebok, Anthony. 1991. Judging the Fugitive Slave Act. *Yale Law Journal* 100: 1835-54.
- Rawls, John. 2006. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press (First ed. 1993).
- Raz, Joseph. 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- . 1990. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press (First ed. 1975).
- . 1995. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- . 2009. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press (First ed. 1979).
- Resnik, Judith. 2005. Living Their Legal Commitments: Paideic Communities, Courts and Robert Cover. *Yale Journal of Law and the Humanities* 17: 17-54.
- Ricoeur, Paul (1988). *Time and Narrative*. Chicago: University of Chicago Press.
- Sarat Austin, and Thomas Kearns. 2002. *Making Peace with Violence: Robert Cover on Law and Legal Theory*. In *Law, Violence, and the Possibility of Justice*. Ed. Austin Sarat, 49-84. Princeton: Princeton University Press.
- Sebok, Anthony. Judging the Fugitive Slave Acts. *Yale Law Journal* 100: 1835-54.
- Sherwin, Richard. 1990. Law, Violence and Illiberal Beliefs. *Georgetown Law Journal* 78: 1785-835.
- Stone Last, Suzanne. 1993. In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory. *Harvard Law Review* 106: 813-94.

- Tushnet, Mark. 1985. Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory. *Michigan Law Review* 83: 1502-44.
- Van Hoecke, Mark. 2002. *Law as Communication*. Oxford: Hart Publishing.
- Vespaziani Alberto. 2008. Comparison, Translation, and the Making of a European Constitutional Culture, *German Law Journal* 9: 547-74.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- . 2009. Judges as Moral Reasoners, *International Journal of Constitutional Law* 7: 2-24.
- Weisbrod, Carol. 1980. *The Boundaries of Utopia*. New York: Pantheon.
- West, Robin. *Law, Authority and Narrative*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- White, Boyd James. 1973. *The Legal Imagination*. Chicago: The University of Chicago Press.
- White, Hayden. 1987. *The Content of the Form*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Williams, Patricia. 1991. *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Wizner, Stephen. 1996. Repairing the World Through Law: A Reflection on Robert Cover's Social Activism. *Cardozo Studies in Law and Literature* 8: 1-14.



HOW FAR CAN WE APPLY LAW AND LITERATURE TO THE ITALIAN CIVIL LAW SYSTEM?

Barbara D'Amico

Abstract

The essay analyses the application of the *law in literature* and *law as literature* strands to the Italian civil law system, focusing on the possible role of Literature as a revealing-customs-tool and as an indirect source in the law making process. Studies on law-discussions held by the Italian Parliament from the 70s until nowadays and the influence of the casuistic language on public opinion can help in understanding if legal doctrine and legal decisions absorb literature and vice-versa. The applications of the Law and Literature movement could also explain the role of journalism as path between public opinion and legal matters in Italy.

1. *Law in literature as a legal-items detector*

As underlined by Arianna Sansone in her work *Diritto e letteratura* (2001, 4-5), before the Second World War Antonio D'Amato (1936) had already defined the meaning and the aim of the law and literature approach in Italy, pointing out the real essence of the first two strands of the Law and Literature movement¹, that is to say *law in literature* and *law as literature*, which Sansone refers to as it follows:

Law *in* literature indicates the research of legal issue and legal experience singular aspects which are exposed in literature, considered both as novel literature and proof of the application of law and juridical conscience [...]. Law *as* literature indicates, on the other hand, the literary features of the

¹ Jane B. Baron (1998, 1059-1085) has depicted all the different movements whose law and literature is composed of and their inner divisions. I would put aside the *law as narrative* strand, which implies that lawyers and judges, or jurists in general, become writers describing legal issues through novels and other literary genres.

law and the extension of the analysis and interpretation methods, developed by the literary critic, to the analysis of the legal reasoning and to the theory of the legal interpretation. (Sansone 2001, 4)²

The definition relies on the common law tradition³. Yet, for what concerns the *law in literature* strand, the meaning of “legal issue and legal experience” gains a different connotation in a civil law system: nor the moral uplift aim, neither the description of the common perception of “justice” and “law” among novels readers, seem to be the function of the literature, but rather the detection of concrete behaviours and facts which can be relevant also in the law field. In other words, reading novels can help to discover the customary law and therefore the sociological and historical background of legal items ruled by an ordered legal system or even disappeared from a system. In his *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale* (Law and justice in narrative and theatrical Modern Literature), Pergolesi (1949, 288) starts from this statement to point out all the possible criteria of analysing a literary work. Among the most common –which include the study of just one author (Dante, Manzoni, Shakespeare, etc.), or just a single novel (*La Divina Commedia*, *I promessi Sposi*, *The Merchant of Venice*, etc.), or the authors and the novels of a specific geographic area and historical moment, or the works belonging to a same literary genre– appears what we could call the *objective-legal-analysis*, consisting in sieving novels according to a specific legal theme or, better said, item, as well as to a specific law sector: marriage, heritage, property right, criminal law, civil law, labour law, etc.

The results of the objective legal analysis leads] to catch the aspirations to normative reforms in a particular environment (such as the abolition of slavery and debts arrest or death penalty and “civil” death, the procedures lightening, the social justice etc.) [...] and, more in general, to reveal the life complexity of a community [...]. Moreover, for the most ancient legal systems, due to the lack or shortage and fragmentation of formal texts, the literary sources –when they didn’t become themselves legal sources– can contain precious information to rebuild, with the due cautions, legal items and so to contribute to the passed-by-rights historical knowledge. (Pergolesi 1949, 16-19)

In referring to the aspirations for normative reforms, Pergolesi underlines the importance of the literature as a legal items detector and, therefore, of its indirect legal source function. References to the customary law are quite strong in Pergolesi as well as they were in D’Amato and Costa. Just as example –but without starting here a complex analysis of a master piece of the Italian narrative

² According to this prospective Sansone (2001, 4) refers to *diritto nella letteratura* as *law in literature* and to *letteratura nel diritto* as *law as literature*. Here the original version: “Diritto nella letteratura sta ad indicare la ricerca di singoli aspetti della problematica e dell’esperienza giuridica esposti nella letteratura, intesa come opera letteraria, come documento anche dell’applicazione del diritto e della coscienza giuridica [...]. Letteratura nel diritto sta, invece, ad indicare delle qualità letterarie del diritto e l’estensione dell’applicazione dei metodi di analisi e di interpretazione, elaborati dalla critica letteraria, all’analisi del ragionamento giuridico”.

³ We can compare it with Ian Ward’s definition (1995, 3): “Law in literature examines the possible relevance of literary texts, particularly those, which represent themselves as telling a legal story, as texts appropriate for study by legal scholars. In other words, can Kafka’s *The Trial* or Camus’s *The Fall*, tell us anything about law? [...] Law as literature, on the other hand, seeks to apply the techniques of literary criticism to legal text”.

culture— Alessandro Manzoni's *I Promessi Sposi* has a profound and rich content of legal items and issues such as the marriage and its *corpus juris* as well as the justice, meant either as bureaucracy and social justice and its perception in Italy during XVII century. Luigi Pirandello and his literary production (*Novelle, Il fu Mattia Pascal, Uno Nessuno Centomila*) contributes as well to draw down the culture and the fragmentary realities of the South of Italy during the nineteenth century stressing the lack of trust in Justice and the need of creating single designed law-structures strongly in contrast with every kind of central power⁴. These two Authors represent only a fraction of the immense literary heritage which has been analysed by Pergolesi and others, but they are a sufficient taste of what could be considered literature in relation with the law:

Literature, in its various genres, especially the narrative and dramatic ones, taking the plot of its content from the life itself, embodies a complex and various juridical material: and indeed it is so. [...] law in literature appears justified as object of a serious study, I might say also scientific [...], especially when [...] one should add a consideration that I didn't see stressed or, at least, put under sufficient light by others. I mean the importance that the theme has for the legal history, not as much for the history of the theoretical law, that is the knowledge of abstract norms (because, even if it has relevance for the ancient law [...] it loses this relevance for the modern law), but for the *pragmatic* law, that is the law as it plays effectively in the everyday life, how it is meant, applied, evaluated, desired by the people, even through more or less evident mistakes of interpretation [...]. To be more precise, one might say that a population's literature, when used with care, contributes to let know the story of its law, as well as how it works practically, that is, in other words, to let know also this side of its civil history. (Pergolesi 1927, 1277-1278)

Pragmatic law has certainly a different value in a civil law system compared to a common law one. If we think that pragmatic attitudes inside a society –like the custom of giving periodically food and primary goods to the local bishop by monasteries and convents, or the custom of imposing high interests on the money loans and credits for the first merchants– have been no longer considered as an autonomous legal source by the Italian legal system, unless they were filtered through the law making process, then it would be easy to understand why customary law is considered more as a witness of historical and sociological reasons that moved the creation of a specific rule, rather than an autonomous legal path. A first feature of this very young law and literature Italian approach can be now stressed: narrative literature testifies legal traces along the evolution of the Italian legal system and help to draw up the original formation of the legal items inside a community. The literary function assumes an historical dimension. As to say that knowing the past of the law helps to build more coherent and exhaustive abstract normative provisions. But how, practically? Indeed, the question can be formulated otherwise: does the literature have only the function of revealing customary laws? And if it's not so, provided that literature has a sort of influence whatsoever on the Italian law, which kind

⁴ Pergolesi has analysed the legal contents of several famous Italian novels and short novels in order to illustrate, above all, the feeling of distrust in Justice. See L. Pirandello, *Il Fumo* (in *Novelle per un anno*, edited by M. Costanzo, Mondadori, Milano 1990), G. Deledda, *La giustizia* (in *Romanzi e novelle*, edited by N. Sapegno, Mondadori, Milano 1975), F. Perri, *Emigranti* (Lerici, Cosenza 1976).

of legal source would be directly touched by it? And if there are legal sources supposed to be influenced by literature, does it mean that law interpretation is also influenced by it?

To answer we cannot now avoid to appeal us to *general laws*, on one side, and *decisions* on the other one, without forgetting that the connection between the two is represented by the juridical doctrine.

Thinking about legal doctrine as it was a connection, means to consider it as a meta-source capable of untying the hermetic, high technical, normative language of a law text or a decision and giving back its breath space. In this sense, doctrine can be used by lawyers and judges to deconstruct principles inside legal system in order to better understand their possible effects and their way of working in practical cases, and it can be used also by the jurisprudence for the interpretation function that steps behind decision making processes. In some way, both the law making and decision making processes end up dealing with the juridical doctrine. Therefore, the juridical doctrine can be considered the legal source whom literature could influence (indirect effect of the law and literature movement). Starting from the making law process, few practical examples will help to understand this assertion.

2. *Literature and law making process: which kind of influence?*

The bioethical debate about artificial insemination and abortion is one of the hottest themes among Italian philosophers, psychologists, doctors and, of course, jurists at the moment. The law ruling the freedom of abortion, issued by the Italian Parliament in 1978⁵, is now in the middle of a cruel battle between catholic conservative parties and secular liberal parties. In 2006 a project of reform of the law text was presented by the catholic current complaining about a “too elastic” application of the abortive practices and therefore relying on the necessity of more strict rules about the phenomenon. Rude comments and fights have led to a compromise formulation of the supposed new text, balancing principles of natural and positive law, women and unborn children rights.

The reference to nature and, consequently (in a doctrinal perspective), to natural law in bioethical debates is significantly frequent. Biomedicine and its provocative discoveries and realizations manipulate, and so place in question, a natural order that is traditionally considered (wrongly, as we know too well) immutable, but that is still felt by many (especially at the level of common sense) as just. A specific and preliminary duty for bioethics follows from this: that of subjecting, in its own analyses, the legitimacy of the appeal to nature (and to natural law) to critical assessment.[...] Many of the strongest and more widespread bioethical claims are in general characterized by libertarian impulses that are transformed, at the level of positive law, into claims for delegalization, sometimes to the point of creating what the German doctrine calls "a space free of law", a *rechtsfreier Raum*, i.e. a sector in which the law does not apply.[...] In other cases the

⁵ Law of may 22nd 1978, number 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* (Norms on maternity social protection and voluntary pregnancy interruption.), G.U, n°140, of May 22nd 1978.

appeal to nature is manipulated to make it coincide with that of the defence of female subjectivity as a specific good in itself (e.g. the claimed irrevocability, or incontestability, of a woman's choice to have an abortion). The biological good of the species, as natural good, is increasingly invoked to justify eugenic practices (many abortions, besides, are of this character). (D'Agostino 2002)

This article, published by an influent catholic Italian jurist, Francesco D'Agostino, reveals some interesting peculiarities. The Author expresses what would have been later plugged into the political discussion and transformed into the first legal amendments to the law of 1978 –even though attacked by the majority in Senate as well as by the public opinion: the betrayal of the natural law principles, the preeminence of “libertarian impulses” on the rational positive law, the abortion as legalized homicide and the need to bring the natural law back to the positive system. But what is more interesting is that, in order to support these positions, D'Agostino doesn't use constitutional and normative texts: the doctrinal expressions are full of literary references that start with Ovid to end with the French legal sociologist Jean Carbonnier:

Jus naturale expresses –in this horizon– the needs of material life, a warm and unreflecting life, characterized by repugnance to constraints, rules and institutions... while *jus civile* would express those of the spiritual, cold and reflecting life, amenable to the sacrifice of natural spontaneity and to the acceptance of rules and institutions, in the name of the higher needs of civil life. [...] Imagining a conciliation –other than provisional and occasional– between the two worlds is not possible: their antinomy can be removed or concealed, but is in principle incurable. A splendid exemplification of this antinomy is provided by the unequalled clarity of the words of a great Latin poet, and an attentive investigator of myths. “Nature” had aroused in Myrrha an invincible love for her father Cinyras, king of Cyprus; the woman is very conscious that her incestuous passion is sinful (*nefas*), but cannot but wonder whether it could be considered a crime (*si tamen hoc scelus est*), given that this love is permitted by nature to all animals, whereas only man does it bind: and yet it is man, and not nature, who had given himself this law and prescribed it: *humana malignas/cura dedit leges, et quod natura remittit/invida jura negant*. Centuries later, Michel Foucault made the same point, albeit with lesser expressive force: “What desire could be contrary to nature, since it was instilled in man by nature itself, and since he was taught by it in the great lesson of life and death that the world does not cease to repeat?” (D'Agostino 2002, 3-4)

Curiously, the core of this doctrinal text relies on the definition of the voluntary pregnancy interruption given by the Italian writer and essayist Natalia Ginzburg who, with intense and, according to D'Agostino himself, “agonized” words explains the matter as it follows:

To abort is to kill, but it is a killing that cannot be compared with any other. [...] since this choice (to abort) is different from any other, our usual considerations of a moral order cannot enter into it: here they seem unusable. We know very well that killing is evil; but here, in the presence of a possibility that is alive but enveloped in darkness, even the idea of good and evil is enveloped in darkness. In such a choice, the light of reason, the light of logic, the customary light of moral considerations, cannot enter; they would not bring any aid, because they are not logical responses or considerations when everything is enveloped in darkness; it is a choice in which the individual and destiny confront each other, in darkness. Such a choice therefore can only be individual, private and shrouded in darkness. Among all the human choices, it is the most private, the most anarchic, the most solitary. It is a choice that belongs to the mother's right. It belongs only to her. And it belongs to her alone not because there exists, in every circumstance of life, a free right of choice; and not because “my belly belongs to me and I'll do with it just what I like”: I think that never as in such a choice do persons feel that nothing belongs to them, least of all their own

bodies: all that belongs to them is a horrible faculty to choose a form without voice and eyes, life or nothing. It's a faculty as heavy as lead, a freedom that drags behind it irons and chains: because the person who chooses must choose for two, and the other is mute. What it means is to lacerate a part of oneself, murder a part of oneself, tear out from one's own body for ever a precise possibility of unknown life. It is a choice that is mute and dark, just as the understanding that runs underground and that is bound up with that hidden life is mute; and the relation between the mother and that living, unknown and hidden form, is in truth the most immured, the most fettered and the darkest that exists in the world; it is the relation that is the least free of all relations and concerns no one. Such a choice concerns no one, least of all the law. It is clear that the law has the right neither to prohibit nor to punish it [...]. (Ginzburg 2001, 28-29)

Why a law professor should quote a novelist's article to inspire the lawmakers in leading the right of abortion –recognized in May 1978– once again into the field of the criminal law (as it was before 1978)? Ginzburg wrote these words in February 1975, few weeks before the Constitutional Court of Italy (Italian supreme court or “Corte Costituzionale”)⁶ delivered its verdict concerning the application of the criminal law in a case of abortion. Since the act of abortion, practiced by a pregnant woman and/or by others on a pregnant woman, was a crime punished with the detention⁷, supreme judges had been called to reconsider that law as against the principles of health protection and freedom recognized by the Constitution⁸. After the decision of February 18th 1975, according to which there were not legal means to consider a woman and her doctor guilty of abortion as stated by articles 546 of the criminal code⁹, the way to decriminalize the voluntary abortion practices would have been easier to follow by the pro-abortion supporters. One year later, few members of the left parties (the Radical Party) introduced to the Parliament a proposal for the legalization of the voluntary abortion in specific cases within public structures (public hospitals or authorized private clinics).

Part of the considerations taken into account by the Court had been summarized brilliantly by Natalia Ginzburg in that article: this does not mean a direct influence of the script on judges' decision, but only that in claiming for a right to the pregnancy interruption the Court was reflecting what she had already expressed: feelings and fears of the public opinion and lawmakers about abortion and the belief that the right to life could be balanced with the right to health.

Ginzburg's *Abortion: the woman is alone* has known an incredible success among the detractors of the right to abort since 1975, but it has been frequently used by the pro-life supporters too. Because

⁶ Deputed to pass judgment on controversies on the constitutional legitimacy of laws and enactments having the force of law issued by the State and the regions.

⁷ As it was in 1972. Today the norms related to the voluntary abortion are not valid anymore, except for the interruption of pregnancy caused against the woman's will and/or by assault.

⁸ Article 546 of the 1972 Criminal Code considered voluntary abortion as a “crime against the descent” even when practiced to save a woman whose pregnancy was medically proved to be dangerous for her life. Judges of the Supreme Constitutional Court interpreted this statement as contrary to the principles of protection of the health and of the human beings.

⁹ The Court decided for the incompatibility of art. 546 with article 31, second paragraph, and 32, second paragraph, of the Italian Constitution since these two norms state that the Italian Republic “protects maternity, childhood and youth” and “protects the health as fundamental individual right and community interest”.

of her blurry and not well defined position, Ginzburg's thought represents a good example of oratory for both the opposite health policies parties (See also Ginzburg 1961, 1963, 1970).

Despite D'Agostino (2002) uses this passage to strength the pro-life position, Ginzburg (2001) seems to suggest a more complex solution to the problem. She repeats constantly that this choice *is enveloped in darkness* and how much a woman finds herself alone in taking such a decision not because to abort can be assumed as a right (*And it belongs to her alone not because there exists, in every circumstance of life, a free right of choice...*), but because the relation between a woman, a mother, and her unborn child is too much intimate to allow anyone else, even lawmakers, in regulating it both in a positive –recognizing the right to abort–or negative way– considering to abort as a crime (*Such a choice concerns no one, least of all the law. It is clear that the law has the right neither to prohibit nor to punish it...*).

Somehow, the Author tries to cut the abortion off from the Positive Law field, rather relying on a collocation into the Natural Law one. Like the abortion was a phenomenon that Law (the Positive Law) could not even treat and, least of all, subject to juridical established principles and rules. Natural Law, in Ginzburg's view, considers the abortion without judging it, just ruling it in a neutral way stolen from any moral or legal analysis (*In such a choice, the light of reason, the light of logic, the customary light of moral considerations, cannot enter...*). That's why this particular Natural Law system doesn't appeal strictly to the *Jus Naturale* invoked by D'Agostino (2002) (*a jus that expresses the needs of material life, a warm and unreflecting life, characterized by repugnance to constraints, rules and institutions...*). If these two conceptions were linked correctly, Ginzburg would have included *the moral considerations* which arouse from the tradition and she would have solemnly condemned the voluntary pregnancy interruption without seeking a balance between the *choise* and the right to life.

Under the microscope of the legal logic, by the way, the refer to Ginzburg's words by a natural law jurist is correct: the positive law (*jus civile*) represented by the institution cannot rule a natural phenomenon such the abortion. The interpretation, according to which Ginzburg seems to collocate the abortion into the Natural Law field, would be proved by D'Agostino's choice itself. In condemning the voluntary pregnancy interruption he links strictly Ginzburg's passage to the natural rules, the Natural Law to the moral and ethical principles that protects life above all. Yet, the jurist shows not to understand the real message: Ginzburg is not condemning abortion, she is just describing the meaning of it for the society and how it is ruled by a Positive Law system. A meaning so hard to be caught that only Natural Law –intended as a natural justice system perceived by the *man in the street*– can try to explain, but not to regulate in an homogeneous way.

As far as the article remains within the boundaries of neutrality and equity, D'Agostino (2002) falls into the most common mistake for natural law jurists: sustaining the collocation of an issue

(abortion) in a specific sector of the positive law (criminal law) relying on a supposed widespread conception of the natural justice related to that issue (the repulse of the voluntary abortion by nature and, therefore, by a natural society). In a certain way, his opinion relies also on a customary rule which does not accept birth control means. All these considerations are sufficient to turn Ginzburg's words into a proof that abortion cannot be collocated otherwise into the positive law field and the logical result is that voluntary pregnancy interruption has to be prosecuted because natural law requires it. Yet, the novelist seems just to give natural law a role devoid of customary, whether ethical or moral, judgments on the abortion so that is not actually possible to say, away from historical facts, that the voluntary abortion is "right" or "wrong".

This could explain the use of Ginzburg's conclusions on the matter by the pro-abortion supporters and civil law jurists. The question whether the Italian Parliament, in 1977, had to regulate abortion with a civil law reflects Ginzburg's doubts and considerations. If we compare the key message of the article –the loneliness of a woman, the intimate relation between a mother and the unborn– with the discussions held by the parliamentary commissions deputed to the analysis of the law proposed by the Radical Party, it is not surprising to find frequent calls to the "enveloped in darkness" choice.

In judging wrong the proposal of legalization of the abortion, a member of the Justice Commission, Mr. Gargani (1978, 4259-4258), recognizes that "here the woman, in her absolute loneliness [...] and with her personal decision, decides on the pregnancy interruption", assuming that, if there has to be a positive law about abortion, this cannot recognize abortion as a personal and individual right ("diritto assoluto e personalissimo"), but rather public and therefore limited by the constitutional principles. In reply, deputy Berlinguer stated that since there was not a clear and absolute principle according to which to abort is against the social, secular and logical laws –that "light of reason" mentioned by the novelist– any strong position on the matter would have proved itself undocked from a concrete legal mean able to guide lawmakers in ruling the phenomenon. And, in order to enhance this statement, he quotes not a law neither a doctrine or scientific article, but a novel: *Pinocchio*.

[...] and, if we dare a pause that could seem to you thoughtless in such a rich of problems context, literature had already explained to us [the useless of a general principle about abortion], that piece of Italian literature that is *Pinocchio*. In the book there is a medical consultation held by three, maybe you would remember it, when the raven, the owl and the cricket find themselves at the bedside of the hangman puppet and discuss. The Raven says: "In my opinion the puppet is well as dead; but if he wasn't, then it would be secure sign that he's alive". "I'm sorry –said the owl– to gainsay the raven, my distinguished colleague and friend; on my opinion, however, the puppet is alive; but if he wasn't, then it would be secure sign that he's dead for real". "And you, don't you have anything to say?" – asked the Fairy to the Jiminy cricket – "I might say that a cautious doctor, when he doesn't know what to say, the best thing he can do is to keep quite". And they were discussing about a dead or alive puppet, not about a possible risk related to the psychical health [...]. (Berlinguer 1977, 4277)

The passage is clearly mentioned to call the Parliament on an obvious and yet hard to handle truth: ruling the abortion means to find the deepest answer to the hardest of the secrets, the value of an unborn life and the natural limits to the human conventional definitions of life and death; it means to decide whether the abortion can be considered as an individual right or a social crime.

While the first choice seems to reflect the collocation of the abortion and its limits into the Positive Law system, the second one considers only the limits to it as “positive-located” since was the criminal code to rule them; indeed the abortion itself cannot be conceived as legal since it is against Nature and against the Natural Law system. Nevertheless, as deputy Berlinguer underlined through *Pinocchio’s* novel, Natural Law cannot be sufficient to sustain, beyond any doubts, the positive collocation of the abortion among the social crimes rather than the individual rights and freedoms. According to Ginzburg’s words, Natural Law seems to deny to the human beings the right to rule abortion, in any way.

During January 1977, the debate floated not only between pro-life and pro-abortion positions, but also between the right of the Parliament to rule the abortion and the deny of this right: in other words, between the Positive Law and the Natural Law view points. Provided that Ginzburg’s article was misunderstood by the opposite parties, the idea of loneliness and marginalisation described in it sublimated the real difficulties suffered by the women who had decided to abort before 1978. “Abortion also in this structure would have allowed women [...] to feel less isolated in this matter”, said deputy Castellina (1977, 4439) to strength the Parliament in allowing abortion also aside from public hospitals in order to further prevent surreptitious pregnancy interruptions. These remarks testify the recourse to the novelist’s message also by those deputed who wanted to collocate abortion into the civil law field or just to bring the Parliament to abandon the *Jus Naturale* perception of the abortion in early 70’s.

As we underlined at the beginning, the reference to Ginzburg’s words made by D’Agostino dates back to 2002. At that time, it aimed to obtain the approval of a controversial law text proposed a year before by the catholic and right parties to rule in a more strict way the requirement to the artificial insemination. The proposal has given the doctrine debate the excuse to imply again the old intellectual positions used in the early 70s. Despite the sense of Ginzburg’s article was deeper than it might have appeared – as we have just seen– it is used here again to stand for the pro-life position and, in 2004, the law number 40¹⁰ passes the parliamentary exam arousing a rift in the public opinion. In 2006, those who consider the law compromising the right to health would have invoked a referendum to abolish

¹⁰ Law n° 40 of February 19th 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, G.U. n. 45, February 24th 2004, which states limits to artificial insemination and embryo research.

it. Here again, the interpretation of Ginzburg's words would have been used to support the pro-life position. Antonio Socci, a catholic journalist, will write:

Yet, the voices that, from the left party, endeavour a reflection at that time were neither few nor marginal. Natalia Ginzburg in 1975 wrote: 'I found hypocritical saying that to abort is not to kill. Abort is to kill. (Socci 2005)

Socci doesn't report the whole paragraph, as D'Agostino did, just cutting down the sentence to strength the message of an intellectual, a novelist as Ginzburg was, totally against the abortion and, therefore, supporter of a new law aimed to protect the unborn, like the 1978 pro-abortion system had never done. He stresses the point on the hypocrisy that enfolds abortion practices. Due to the referendum failure, however, the pro-abortion supporters answered with a change of the old '78 law, providing more cases, exceptions and guarantees for the pregnant women. Curiously, the original hidden message that Ginzburg had sent to the public opinion, rises here as a sustain-path for the abortion reform.

My fellow Collegues! — In a so hard matter such as the abortion, that so dramatically involves women's conscience (everyone's conscience), is it right to let hypocrisy and deception overwhelm? We don't think so. For this reason we introduce a law proposal representing, first of all, an act of clearness [...]. (Grillini 2006, 1)

In this case, the hypocrisy was referred to the lack of coherence in the Italian law system which recognized the right to abort, but obliged a couple, with the law 40, to sacrifice adult's health when the artificial insemination was needed. Hypocritical, for the pro-abortion supporters, was also considering the first article of the abortion law as still representative of the common and medical consideration acquired on pregnancy interruption. From this prospective, we can now compare the sense of Ginzburg's words and their effect on the juridical doctrine debate with one of the amendments introduced in 2006 to the old text of the law number 194 of 1978:

Article 1, old version :

The State guaranties the right to a conscious and responsible procreation, recognizes the social value of the maternity and protects the human life since its beginning.
The voluntary pregnancy interruption, whose at the present law, is not a mean of birth control¹¹

Article 1, amended version (the first paragraph remains intact but several others are added and, among the others, the second one as it follows):

The State guaranties the health of the woman and her freedom of planning her pregnancies in number, ways and times the most appropriate by her desired¹²

¹¹ "Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. /L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite".

Here, the secular tendencies balance the catholic ones and it is peculiar that, despite the apparently rigid structure of our positive law system, lawyers and judges chose the literature to support the evolution of the legal text. *Law in literature*, then, can be considered as a revealing customs tool and as an indirect source in the law making process. Nevertheless, this criteria cannot be applied *tout court* to the making decision process: nor judges neither lawyers would introduce pure spots of narrative literature in their scripts and final decisions! However, if we consider legal doctrine as a form of literature, then we can experiment the application of the law and literature movement also to the making decision process. Nevertheless, this approach bring us again to the indirect influence of the literature on legal doctrine, therefore on the positive law system. Since there is no need to repeat the considerations developed before, another path seems to be walked by the law and literature approach: jurisprudence doctrine and decisions can be considered as a form of literature themselves? And if it is so, are there examples of legal texts used and analysed as narrative texts? It's time to experiment the possible application of the *law as language* method to the Italian law system.

3. *Law as literature: legal literature and literary style*

A recent decision of the Supreme Italian Civil Court of Justice (Suprema Corte di Cassazione – Sezione I civile) has been considered by the legal doctrine a pure example of literature inside the positive law field¹³. The matter concerns an action for damage compensation promoted by a wife against her husband to the Court of First Instance and to the Court of Appeal of Palermo (Sicily), and rejected in both cases. The reason of the plaintiff's compensation action relies on the sexual biological dysfunction of the defendant who would have hidden his conditions until the marriage celebration, invalidating the marriage itself and violating, according to the plaintiff, the family duties of loyalty, fairness and good faith which are provided by the Italian law system as compulsory for both parties. Moreover, the plaintiff complains the frustration and the lesion of the fundamental right to sexuality and the consequently moral damage caused by the impossibility of realizing herself as a mother. Accepting the appeal, the Supreme Court analyses the possible extension of the Constitutional law protection to the right to sexuality as a fundamental right, and, in order to develop the logical points, the Court redefines the concept of "family" as cardinal institution of a society.

¹² "Lo Stato garantisce la salute della donna e la sua libertà di pianificare le proprie gravidanze nel numero, nei modi e nei tempi più opportuni da lei desiderati", supra note.

¹³ *Cristina S. c. Stefano B.*, Suprema Corte di Cassazione – Sezione I Civile, decision of May 25th 2005 n° 9801. The decision touches important legal themes such as the role and the legal meaning of the family inside the society and the legal system.

It is an acquisition long shared by jurisprudence and doctrine that, in the law system designed by our Legislator in the 1975¹⁴, the institution-family model, to whom the 1942 Civil Code had remained anchored, has been overcome by the community-family model, whose interests are not put on a supreme level, but identified with those of solidarity of its members. The family is now a meeting and shared life point for its members, among which relationships of love and solidarity are established as well as related to each one of them. As observed by several Authors, constitutes an emblematic expression of this enhancement process of the individual sphere of the nuclear family's members the recent law 154/01 on domestic violence, which provides the expulsion from the family house of the author of the violence by order of court, in the implicit attribution of the prevalence of the protection of the person, who is also victim, compared to the reasons of the family unit. [...] The family is, therefore, not a place of compression and mortification of inalienable rights, but seat of self-realization and growing, marked by mutual respect and immune from any distinction of roles, and inside which individual members conserve their essential connotations and received recognition and protection as persons first than as spouses [...]. (*Cristina S. c. Stefano B.*)

Compared to other legal text, the fluidity of the language used in this decision makes it clear and accessible not only for the law technicians but also – and, maybe, above all – for the “men of the street”. The message seeks to explain the changed perception of the family in the nowadays society, stressing on the need of respect of the individual sphere inside the family community. The asserting of protection of the individualism, as well as the rejection of the loss of personality and individual role as supreme sacrifices to the institution-family, are the key points through which the Supreme Court condemns the defendant to the compensation of the moral damage complained by the plaintiff. Since the right to sexuality is a way of expression and self-realization also inside the family – meant, in this case, as a couple tied by duties of solidarity and mutual comprehension – and since the violation of the honestly and fairness duties has frustrated the good faith of the plaintiff in realizing herself as woman and mother, the Court doesn't see any logical obstacle to the extension of the Constitutional protection also to this fundamental right¹⁵. The decision has not just legal effects on the parties but it leads to a general revision of the laws and principles which rule the marriage, the family and the individual rights related with them. Despite its easy style, the decision still remains logically constructed through specific normative references. Nevertheless, it is immediately recognizable that the Supreme Court of Justice abandons the hermeneutic style that has always been considered as a real guarantee of objectiveness and clearness in the application of the legal rules in a positive law system.

The reason of this simplification could rely both on juridical language evolution and need of reducing the gap between legal applications of positive law principles and public opinion. In Italy, the connection between legal decisions, law approval processes and public opinion relies on the press releases system. In other words, it relies on journalism. Journalism enhances to simplify the complexity and the hermeneutical approach of a trial or a legal procedure in order to give

¹⁴ The reference is to the Law number 151 of May 19th, 1975 - *Family Law Reform*, GU May 23rd n. 135, 1975.

¹⁵ Indeed, recalling the constitutional principle that recognize family rights as fundamental rights (see, in particular article 29 of the Italian Constitution), the Court is moved by logic consequences to admit the right to sexuality as part of them.

comprehensible information to the public. Two branches seem to reach this goal: legal journalism (or so called “cronaca giudiziaria”) and parliamentary journalism, the first one deputed to report the development of a trial, from the beginning to the decision, the second one aimed to report results of political procedures (voting, lawmaking processes, technical commissions exams, official declarations about economic and social issues). Decodification and translation of legal decisions or parliamentary procedures are compulsory steps for those who are not legal technicians. Aside from specialized reviews (which are intended for lawyers, judges and jurists in general) and legal stories, newspapers and news broadcasting shows are the main sources of legal contents for the rest of the population. It has often happened that the result of a trial or a parliamentary procedure was compromised by the wrong, or just too invasive, perception that medias had of it¹⁶, but lately the success and the influence of the law questions on public opinion through the information system is proved by the ongoing movement of disapproval against the present government and the opposite parties. The patent disrespect of the civil law system and the lack of communication and clearness is the main critic moved to the powers. In a time of crisis for the publishing houses, an old-fashioned magazine based on precise legal facts concerning policy makers (from the mafia involvement of the Prime Minister to the condemns of national companies for fiscal and banking frauds), has almost raised the 100% of sales the first day of publication¹⁷. The use of legal journalism seem to prove the strict relation between public opinion and legal themes in Italy. Is the public opinion meant to influence the lawmaking process or even the trial decision making process? Since the Court decisions, even the Supreme Court ones, are not compulsory for Italian judges who are subject only to the law, information plays a key role. It is not the decision itself, but the logical reasoning followed by a Court that can influence different trials and lawmaking processes. Assuming this statement as true, in a positive law system what a Supreme Court cannot do, a good press does.

4. *Law as language, possible functions in the Italian law system*

The expressions “institution-family” and “community-family” seem to come from the *pragmatic* world. They remind to a sociological language, most commonly used in the psychological and philosophical field than in the law one. This remark implies also the different approach of the jurisprudence to the “outside world”, that is to say the world where the law and its complexity is

¹⁶ Since I am referring to a civil law system the *stare decisis* principle does apply, but the interpretation and logical process according to which a rule has to be applied to a case can be influenced by external factors. And information can be considered as one of these factors. Among the most famous cases of information influenced justice I can mention the *Tortora affair*. See Dotto-Piccinini 2006.

¹⁷ I am referring to “Il fatto quotidiano”, daily magazine funded by the journalist Marco Travaglio and published on September 23rd 2009. Even if the comparison with the edition percentile of the main national newspapers (such as “La Repubblica”, or “Il Corriere della Sera”) is not possible (indeed, the relation is 150 thousands editions for *Il Fatto* against the 620 thousands editions for *Il Corriere*), this magazine relies only on its readers without any national monetary incentive which is quite common among the Italian newspapers.

hardly understood. As depicted by several exponents of the American Law and Literature movement (Nussbaum 1991), a recurrent theme in novels and narrative literature in general –though the journalism field could represent a more reliable witness in such a case– is the common sense of distrust in Justice corroborated by a distorted perception of it elaborated by the society. A comparison with the decisions of the European Court of Human Rights or the International Court of Justice, marked by a specific and yet simple language, reveals how the need of accessibility to the contents and the principles issued by the juridical organs also for the recipients is felt with urgency. Italian high technical language is almost incomprehensible for those who are not concerned with the structure and the functioning of the positive law. Does the jurisprudence want to become accessible to everyone? Do the literary criteria help the redaction as well as the comprehension of a legal text?

The meta-language used by the law is actually a fundamental structure of the civil law systems and, above all, of the Italian one since it is leaded by rigid, we might say “codified”, expressions which allow to turn so different and unique facts and actions into homogenous legal categories¹⁸. And the homogeneity can testifies the equal treatment provided by the law or, in other words, the guarantee of justice in the application of the norms. Therefore, in a civil law system the criteria elaborated by the literary critic can be used to adjust the logical sequences in a law text, even simplifying the expressions, but never to dismiss the meta-language characteristics. A too free style would threaten the function of objectivity and homogeneity whose the legal language is guardian. In his *Analisi giuridica delle letteratura: un’esperienza italiana* (Juridical analysis of the literature: an Italian experience), Fabrizio Cosentino (1996) defines the boundaries of the *law as literature/language* strand including juridical doctrine and jurisprudence as form of literary expression but the Author never reaches the point of analysing and writing legal or juridical text just through literary criteria (Sansoni 2001, 51). Nothing excludes that the decision of the Supreme Italian Court will have deep impact on the literature as well as on other expressive forms (cinema, theatre, etc.) –actually it is not surprising, since Latin literature includes, among the others, Cicerone’s defending and prosecuting works as they were literary dramas. Yet, what seems to be the real aim of the intersection between literature (style, language, etc.) and law is that of connecting the “man in the street” with the legal world in order to reassure the population about the pragmatic more than theoretical role of the law: a communicating function. In a cynic view, we might also define this aim as a way of reducing the risk of riots and revolutions: populations fight against what they feel as unjust, or as better said, when the natural law finds itself totally disconnected with the positive law. I will distort Martha Nussbaum’s words from

¹⁸ “[...] once the law was conceptualized as analytical, scientific, and practical, the literary and philosophical concerns that were once part of law could only appear if they were yanked back ‘in’ [...] As depicted by the stereotype, law is instrumental, analytic, rational, nonemotional, technical, mechanical, and –above all– doctrinal. It is a technological science or craft, a science perhaps not as completely autonomous as Langdell suggested at the end of the nineteenth century, but relatively autonomous nonetheless.” (Baron 1998, 1078-1080).

their original context (the law in literature movement opposed the law and economics one) to better explain the potentiality of the literature and, therefore, of the literary style:

[...] literature, and the literary imagination, are subversive. Literary thought is, in certain ways that remain to be specified, the enemy of a certain sort of economic thought. We are accustomed by now to think of literature as optional: as great, valuable, entertaining, excellent, but something that exists off to one side of political and economic and legal thought, in another university department, ancillary rather than competitive.[...] But if literature is, from the political economist's viewpoint, dangerous and deserving of suppression, this implies as well that it is no mere frill, that it has the potential to make a distinctive contribution to our public life [...].I shall focus, then, on the characteristics of the literary imagination as a public imagination, an imagination that will steer judges in their judging, legislators in their legislating, policy-makers in measuring the quality of life of people both near and far. (Nussbaum 1991, 879)

If literature has the power of subverting the ordered society, *a fortiori* its style can be use by jurists in order to lead a pacification process which consists in making accessible to the “subversives” readers concepts and principles that would be ruled otherwise by the literature itself. As the French legal sociologist Jean Carbonnier (2002, 61) has written, describing the role of the legal literature during the revolutionary age of the XVIII century, “the desire to reform the reign was so strong that the legal literature became spontaneously an essential part of the literature *tout court*”. This constant osmosis between literature and law, then, is proved by the corresponding stealing of contents and style from literature to law and vice-versa. The tendency is recognized also by other civil law systems such as the French one.

Why have we made the choice of the interdisciplinary? One might say...because of militancy. We can say, otherwise, because of the belief that law can improve the citizens formation. If the law is the set of rules governing the life in a society and sanctioned by the public force, it's necessary for everyone (juridical subjects?), whatever his or her path will be, to have access if not to the detail of its functioning mechanism at least to the principles that form it. (Sansone 2001, 51-60)¹⁹

This short passage is taken directly from a serious of essays elaborated by the French law schools since the 1980s on the possible application of the law and literature method also to that civil law system. The general thought is that literature allows to measure “a certain ‘spontaneous’ relationship between public opinion and law” (Dhoquois 1984, 41 ss.). Here again the literature and literary style “thermometer” function finds space and confirms the subtle need of reducing the distance between the Langellian scientific vision of the law and the general perception outside the walls of the legal minds. And even if the literary style cannot replace the scientific legal one, it would improve the juridical communicating skills nonetheless since “what the law is looking for is neither the *charme* nor the seduction of literary words and style [...] what is needed by the law is not the 'style', the elegance

¹⁹ See also Dhoquois 1991.

or the beauty, but the clearness, the simplicity and the intelligible; even better, the combination between the everyday life language and the scientific language” (Malaurie 2006, 5-6).

5. *A concrete development of the Law-and-Literature method*

Despite the fact that the Italian system is a civil law system, it is undoubtedly well known that interdisciplinary is needed also in our juridical structure. We can find the proof of it looking at the plans of our academic courses which include also economical, historical, philosophical and sociological approaches to the law. However, the scientific character that since Carl Friedrich von Savigny (1840) has been given to this subject (to positive law in particular), seems to prevent us from introducing “blurry” methods of analysis into the law studies. Blurry as only humanistic fields can be, so that it has not to be surprising that Literature is considered the exact contrary of the Law and, therefore, hardly applicable (we can also say patchable) to it . However, as we have already noticed, this statement seems not to be so granite and, analysing the methodological features of the law and those which literature is based on, the so limpid division between the two fields start scratching . Reading some of the statements about the law and literature method elaborated by the Italian juridical doctrine underlines the strong impression that what Italian jurists seek on applying it is not the aim of moralization and better-improving education of the human beings and lawyers in particular. Literature is rather seen as a way to discover customary law on one side –*law in literature*– and to reduce the abyss of comprehension and perception between law and public opinion on the other one –*law as literature* or *law as language*. A very concrete tool, indeed, that confirms the paradox of an apparently rigid and hermetic law system, as the Italian seems to be, that is capable of improving its structure through literature.

Università degli Studi di Roma Tre
barbyd5@gmail.com

References

- Baron, Jane B. 1998. Law, Literature and the Problems of Interdisciplinarity. *The Yale Law Journal* 108.
- Berlinguer, Giovanni. 1977. *Atti Parlamentari, Discussioni*. Camera dei Deputati, VII Legislatura, Seduta del 18 gennaio n.75.
- Carbonnier, Jean. 2002. *Droit civil. Introduction*. 27th ed. Paris: PUF.
- Castellina, Luciana. 1977. *Atti Parlamentari, Discussioni*. Camera dei Deputati, VII Legislatura, Seduta del 20 gennaio, n. 77.
- Cosentino, Fabrizio. 1996. Analisi giuridica delle letterature: un'esperienza italiana. *Quadrimestre* 3.
- D'Agostino, Francesco. 2002. *Natural law, Positive law and the new provocations of Bioethics*. In *The Nature and Dignity of the Human Person as the Foundation of the Right to Life. The Challenges of the Contemporary Cultural Context*. Proceedings of the VIII Assembly of the PAV (25-27 February, 2002).
- D'Amato, Antonio. 1936. *La letteratura e la vita del diritto*. Milano: Ubezzi & Dones.
- Dhoquois, Régine. 1991. Table ronde sur le droit saisi par la pluridisciplinarité. *Actes: le cahiers d'action juridique* 75-76.
- 1984. Variations éclectiques sur le thème des relations entre le droit et la littérature. *Actes: le cahiers d'action juridique* 43-44.
- Dotto, Giancarlo e Carlo Piccinini. 2006. *Il mucchio selvaggio: la strabiliante, epica, inverosimile ma vera storia della televisione locale in Italia*. Milano: Mondadori.
- Gargani, Giuseppe. 1978. *Atti Parlamentari, Discussioni*. Camera dei Deputati, VII Legislatura. Seduta del 18 gennaio, n. 75
- Ginzburg, Natalia. 1961. *Le voci della sera*. Torino: Einaudi.
- 1963. *Lessico Familiare*. Torino: Einaudi.
- 1970. *Mai devi domandarmi*. Torino: Einaudi.
- 2001. *Aborto: la donna è sola* (1975). Reprinted with the title *Dell'Aborto* in *Non possiamo saperlo. Saggi 1973-1990*. Ed. by D. Scarpa. Torino: Einaudi.
- Grillini, Franco. 2006. *Atti Parlamentari, Disegni di legge e Relazioni*. Camera dei Deputati, XV Legislatura. Proposta di Legge n. 655.
- Malaurie, Philippe. 2006. *Droit et Littérature* (1997). London: Franco British Lawyers Society.
- Nussbaum, Martha C. 1991. The literary imagination in public life. *New Literary History* 22: 877-910.
- Pergolesi, Ferruccio. 1927. Il diritto nella letteratura. *Archivio Giuridico*. Vol. XCVII, fasc. I.
- 1949. *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale*. Bologna: Zuffi.
- Sansone, Arianna. 2001. *Diritto e Letteratura. Un'introduzione generale*. Milano: Giuffrè.
- Savigny, C. F. Von. 1840. *System Des Heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp.

Socci, Antonio. 2005. Il vento è cambiato. *Il Giornale*. February 3rd.

Ward, Ian. 1995. *Law and Literature, Possibilities and Perspectives*. Cambridge: Cambridge U.

P.



«IS THAT THE LAW?»: LA FARSA GIUSTIZIA DI PORZIA NEL *MERCANTE DI VENEZIA*
Roberta Linciano

Abstract

In this paper I examine the role performed by the disguised lawyer Portia during the trial Shylock vs. Antonio in Shakespeare's *The Merchant of Venice*. With reference to the social, political and economic background of the Elizabethan age, I explore Portia's conception of justice, trying to assess if she acts as a loyal and equitable judge or as a vile impostor and investigating to what extent her conduct can be regarded as a model by modern lawyers or merely as a play upon the words.

Por. A pound of that same merchant's flesh
Is thine: The court awards it, and the law doth give it.
Shy. Most rightful judge!
Por. And you must cut his flesh from off his breast:
The law allows it, and the court awards it.
Shy. Most learned judge! A sentence! Come, prepare!
Por: Tarry a little: there is something else.
(4.1.299-307)¹

“C'è qualcos'altro” puntualizza Porzia nel quarto atto del *Mercante di Venezia*, sfatando improvvisamente le ottimistiche aspettative di Shylock ed interrompendo bruscamente i suoi ampollosi elogi. In pochi istanti, quello che lei stessa aveva contribuito a far apparire come un diritto

¹ Le citazioni del testo shakespeariano si riferiscono da qui in avanti a *The Merchant of Venice* in *The Oxford Shakespeare – Complete Works*, a cura di W. J. Craig, Oxford U.P., 1966, pp. 192-216.

innegabile e legittimo – l'estrazione della celebre libbra di carne dal petto di Antonio reclamata dall'ebreo *ad nauseam* – sta per trasformarsi in un reato.²

Avvalendosi della complicità e dei preziosi suggerimenti del dottor Bellario, suo cugino giurista, Porzia si presenta nel tribunale di Venezia per prendere parte al processo contro Antonio travestita da avvocato, pronta a trasgredire per qualche scena il suo ruolo tradizionale di devota e fedele “Renaissance wife” e ad abbracciare quello sovversivo di “unruly woman” (Newman 1987, 291). La giovane sa bene che non è solo la vita di Antonio, ma anche l'incolumità della giustizia ad essere in gioco. Shylock non è infatti disposto a scendere a compromessi e, avendo la legge dalla sua parte, non può certo accontentarsi della somma triplicata di denaro che aveva prestato ad Antonio, né intende minimamente contemplare l'idea di mostrare pietà. Nelle vesti di garante dell'autorità giudiziaria, Porzia, invece, non può permettere a Shylock di usare la legge come strumento di vendetta nei confronti di un cittadino, né lei stessa può permettersi di infrangerla per salvare Antonio. Sarà solo la sua abilità ermeneutica³ nel reinterprete il senso della bizzarra clausola del contratto – disposta, con le parole di Shylock, «in a merry sport» (1. 3.146) – ad assicurarle la vittoria e la fama di “woman lawyer” attraverso i secoli (Rackley 2003, 25).

Nelle pagine successive esaminerò la posizione assunta da Porzia nel corso del processo facendo riferimento al contesto socio-politico, economico e legale dell'epoca elisabettiana. La mia indagine mirerà a chiarire quanto la sua condotta si ispiri a principi di equità e/o carità, a delineare la sua concezione di giustizia e a stabilire se il suo comportamento sia da ricondurre a quello ammirevole di un giudice leale o a quello deplorabile di un abietto impostore.

Esistono pareri discordanti tra gli studiosi sull'operato di Porzia. Molti l'hanno considerata l'incarnazione femminile della misericordia, ignorando la sua spietata sentenza contro Shylock, vivo grazie alla pietà del Doge e di Antonio, privato però delle sue ricchezze, e costretto ad abbandonare la sua fede per abbracciare quella cristiana. Alcuni critici hanno messo in rilievo l'elasticità pragmatica di Porzia nell'adattarsi alla mentalità veneziana, convertendosi temporaneamente all'ideologia del profitto e dell'utile vigente nella repubblica marinara, senza però rinnegare i valori etico morali di Belmont (Lucking 1989). Altri ancora l'hanno ritenuta un'astuta truffatrice (Saxe 1993, Kornstein

² Per aiutare Bassanio a conquistare la mano e la dote della ricca ereditiera Porzia, sovrana di Belmont, Antonio, un mercante cristiano, si rivolge a Shylock, un usuraio ebreo, per ottenere un prestito. Antonio sottoscrive un contratto secondo il quale, qualora non riuscisse a risarcire la somma ricevuta entro tre mesi, l'ebreo avrebbe il diritto di esigere una libbra della sua carne, estraendola da una parte del corpo di suo piacimento.

³ Secondo Marcus Reed questa abilità ermeneutica è una facoltà propria della “Legal Mind” e risulta fondamentale nella pratica forense: «it is a subtle, illusive, evasive, sophistic turn of mind which plays lightly round any given question, seeing it so to speak dissolved or dissected into all its component parts or elements, with a readiness to pounce with lightning speed on the strongest or the weakest point (as may be required), the very instant it is exposed to view» (Reed 1905, 380).

1993) e un'ipocrita xenofoba⁴ individuando in Shylock il bersaglio del suo pregiudizio religioso e dei suoi trucchi sofisticati. Dalle più recenti ricerche letterarie femministe sono emerse, inoltre, due principali scuole di pensiero sull'eroina shakespeariana: una ne ha messo in luce la subordinazione ai valori dell'ideologia patriarcale e fallocentrica dell'epoca (Rackley 2003, 27-8); l'altra, invece, ha mostrato come le differenze di genere, originate dal suo travestimento, possano influenzare sia il modo in cui gli avvocati conducono le cause sia la maniera in cui gestiscono le relazioni con i clienti.⁵ Alla luce di queste numerose interpretazioni, il ritratto della fanciulla «unlesson'd, unschool'd, unpractised» (3.2.160) che Porzia offre di se stessa nella sua dichiarazione d'amore a Bassanio, appare, senza dubbio, il meno convincente e il più fuorviante.

Prima del suo ingresso in scena, è il Doge a implorare la carità di Shylock, ma la replica dell'ebreo è perentoria e si abbatte come un anatema sul sistema giudiziario veneziano: «If you deny me, fie upon your law!/There is no force in the decrees of Venice/I stand for judgment» (4.1.101-3). In queste parole il giurista von Jhering percepì il sentimento del diritto violato, la sofferenza morale di chi ha invano invocato il braccio protettore della legge, ma ne è poi rimasto soffocato. Nel suo insistere perché giustizia sia fatta, l'ebreo – spiega Jhering ne *La lotta per il diritto* del 1872 – non intende semplicemente riparare il danno materiale e pecuniario cagionatogli da Antonio. La sua vigorosa protesta si scaglia piuttosto contro “l'attentato rivolto a negare il diritto” (Jhering 1960, 107) o, detto altrimenti, contro l'assassinio della giustizia (*der Justizmord*) (Ivi, 116) perpetrato “con spirito indegno e derisorio” (Ivi, 111) da Porzia. L'azione di Shylock confermerebbe quindi la tesi di Jhering, secondo la quale il diritto inteso sia in senso oggettivo come l'insieme delle massime giuridiche fondamentali, che soggettivo come l'applicazione concreta di una regola astratta, deve lottare per conquistare ed affermare la sua esistenza (Ivi, 52). In un pamphlet pubblicato nel 1881, Pietscher, un giudice tedesco (*Landsgericht-Präsident*), espresse il suo totale disaccordo per le idee di Jhering, asserendo che *Il Mercante di Venezia* non sarebbe il dramma di un ebreo, ma la commedia di un usuraio che persegue i suoi diritti spinto dall'invidia, dall'odio e dall'avidità. È difficile stabilire

⁴ Secondo le ultime volontà espresse dal padre nel testamento, Porzia dovrà andare in sposa all'uomo che, cimentandosi nella prova dello scrigno, indovinerà quale, tra quello d'oro, d'argento o di piombo, contiene il ritratto della fanciulla. Sono tre i potenziali aspiranti alla mano di Porzia che affrontano la prova dello scrigno: il Principe del Marocco, il Principe di Aragona e Bassanio. Porzia trova ripugnante il colore della pelle del primo, associando il nero al male secondo una tipica convenzione elisabettiana: «If he have the condition of a saint, and the complexion of a devil, I had rather he should shrive me than wive me» (1.2.140-142). Nonostante Porzia riconosca in lui le virtù di un uomo e di un principe, è piacevolmente sollevata dalla sua sconfitta: «A gentle riddance, – draw the curtains, go, – Let all of his complexion choose me go» (2.7.78-80). Anche il secondo pretendente è disprezzato da Porzia per la sua nazionalità, rappresentando la Spagna il nemico numero uno dell'Inghilterra (Boyce 2005, 397).

⁵ Secondo Carrie Menkel-Meadow le donne avvocato tenderebbero ad adottare la cosiddetta “ethic of care”: «Juxtaposed against this philosophy of liberal individualism is the ethic of care that struggles with rules, prefers to make decisions in contexts, tries to keep the parties in relation, and conceives of a responsibility to others. An ethic of care suggests concern for others and reduction of harm.»(Menkel-Meadow 2005, 276)

se, secondo la legge veneziana, il contratto stipulato da Antonio debba considerarsi nullo; di sicuro, come evidenziò Pietscher⁶, a un raggiro si poteva rispondere con un altro raggiro, ecco perché Shylock finisce per restare impigliato nella trama dell'imbroglio che lui stesso ha ideato (Hood Philips 1972, 94).

Il Doge avvia il processo palesando subito i suoi preconcetti verso l'ebreo, trattandolo con disdegno, ritenendolo nient'altro che «an inhuman wretch / Uncapable of pity, void and empty / From any dram of mercy» (4.1.4-6). È con tono arrogante che gli intima di essere clemente se vuole approfittare dell'occasione per smentire una volta per tutte la sua «strange apparent cruelty» (4.1.21). Pur sapendo di non poter privare Shylock dei suoi diritti di riscossione, il Doge si ostina a voler difendere Antonio, e sarebbe persino pronto ad abusare del suo potere per preservare la vita di un concittadino, impedendo alla legge di fare il suo corso e trasgredendo le norme contrattuali che hanno assicurato la prosperità economica del suo regno. Lo stesso Antonio riconosce l'importanza dell'adempimento degli accordi presi con Shylock come garanzia della serietà e della puntualità delle transazioni commerciali che hanno procurato a Venezia credito e prestigio. Comprometterle significherebbe mettere a repentaglio la floridezza commerciale di una città a cui i mercanti di tutte le nazioni hanno concorso:

The Duke cannot deny the course of law;
For the commodity that strangers have
With us in Venice, if it be denied,
Twill much impeach the justice of the state,
Since that the trade and profit of the city
Consisteth of all nations.
(3.3.27-31)⁷

Ma in che modo una libbra di carne può contribuire all'aumento della ricchezza nazionale? In che modo la richiesta anomala e legalmente infondata di un usuraio, assetato di rabbia e di rancore, può influire sull'andamento del flusso commerciale? Come ha messo in luce Paul Cefalu (2004, 100): «Usury was widely held to stultify commerce, which suggests that a judicial dissolution of the bond might well represent an effort to facilitate trade, not hamper it by establishing an embarrassing precedent». Eppure Antonio non cerca un escamotage per svincolarsi dall'impegno preso con Shylock, pur sapendo che, se da un lato applicare il diritto commerciale a tutela degli interessi di

⁶ «The discomfiture of the Jew is not the lamentable downfall of a hero; it is the victory of cunning by greater cunning; the rogue is caught in his own snare. No tears need fall, there can be here only the smiling satisfaction of a genuine comedy». (Pietscher 1881, 21 [1888, 413]).

⁷ Come ha osservato Alice Benston (1979, 374): «This speech shows that he [Shakespeare] grasped a fundamental principle of free enterprise, namely that commerce and profit are contingent on the legal protection of property rights». Parlando di Venezia, Shakespeare allude naturalmente a Londra, meta di molti stranieri che vi approdavano o per libera scelta o in esilio, divenendo cittadini naturalizzati con gli stessi diritti dei cittadini autoctoni.

proprietà gli costerà la vita, dall'altro il suo sacrificio servirà a non ostacolare l'apertura di Venezia ai mercati esteri, un concetto ribadito da Janet Adelman nel suo libro *Blood Relations*:

Insofar as Venice has to protect the trade interests of other nations in order to protect its own trade interests, its own national body is threatened—a threat epitomized here by Antonio's body, which must be subject to Shylock's knife precisely so that the trade routes by which he and the state thrive will stay open. Like Venice itself, with all nations mingling in its markets, the thoroughfares of Antonio's body are subject to the invasion of others who cannot be kept at bay. This is the danger of the newly modern nation, its porous boundaries no longer defined by kinship and race, its blood no longer intact. (Adelman 2008, 95)

Quando i tentativi del Doge di risolvere la questione in termini relativamente amichevoli falliscono miseramente, egli arriva quasi al punto di sciogliere la corte e di respingere il caso, senza, però, mai metterne in dubbio la liceità:

Upon my power I may dismiss this court,
Unless Bellario (a learned doctor,
Whom I have sent for to determine this)
Come here to-day.
(4.1.103–106)

Poi, rendendosi conto di non poter consentire alle sue preferenze personali di prendere il sopravvento sui fatti, per salvare Antonio si affida a Balthasar, il delegato del dottor Bellario presso il tribunale di Venezia. Mascherata da giureconsulto Porzia persegue un solo obiettivo: sottrarre alla morte Antonio senza compromettere l'integrità della legge della cui stabilità monolitica lei stessa si incarica di essere custode.

L'azione legale di Porzia ha inizio con un paradossale "entimema" (Locatelli 1988, 82) «Then must the Jew be merciful» (4.1.181) – percepito da Shylock come un inspiegabile obbligo - e si conclude con un avvertimento:

Consider this,
That in the course of justice, none of us
Should see salvation: we do pray for mercy,
And that same prayer, doth teach us all to render
The deeds of mercy.
(4.1.198-202)

La celebre e toccante arringa sulla qualità della misericordia, per quanto retoricamente efficace, non è però sufficiente a commuovere l'ebreo. Porzia fa leva soprattutto sulla natura doppiamente benefica della grazia, tanto per chi la concede quanto per chi la riceve: «It droppeth as the gentle rain from heaven / Upon the place beneath: it is twice blest, / It blesseth him that gives, and him that takes» (4.1.185-187). La remissione di un debito richiede tanto la pietà di chi perdona quanto la gratitudine di chi è perdonato. È proprio questo reciproco venirsi incontro a colmare la distanza e a

sanare la rottura generata da un conflitto, da un'incomprensione o da una lite (Olson 2003/4, 318). Il rigore della legge, secondo Porzia, deve essere quindi attenuato dalla grazia e moderato dalla discrezione del giudice. Come ha rilevato Carrie Menkel-Meadow:

In addition to her appeal to the sacred, Portia asks Shylock to be empathetic, to recognize that only when others impose the law upon us are we likely to ask for mercy. When we are the actor imposing the law or demanding justice of others, we want the law to operate exactly according to text. By reminding Shylock that we all want salvation, she asks him, in effect, to "do unto others as you would have them do unto you". (Menkel-Meadow 2005, 278)

A Shylock le idee espresse da Porzia appaiono ostiche e nebulose e il suo interrogativo «On what compulsion must I? tell me that» (4.1.182-183) è sintomatico del suo disappunto. Esiste una legge scritta che lo obblighi a concedere il perdono? Pare di no. Per quale ragione dovrebbe allora esibirsi in un atto di pura magnanimità e generosità? A che pro? Cosa ne ricaverebbe? La gloria? La salvezza dell'anima? Il rispetto della comunità cristiana? Nessuno oserebbe più abborrirlo o maltrattarlo? Sarebbe questo il suo premio? Ovviamente no. Il trionfo di Shylock deve scaturire dall'applicazione rigorosa e letterale del contratto pattuito con Antonio, dal riconoscimento del suo meritato diritto estraneo a qualsiasi considerazione etica, *dura lex sed lex*, o con le parole di Whigham:

Shylock's power rests on his assertion of the law's absoluteness; admission of the possibility of interpretation or compromise would return him to the realm of the contingent, and place his status in the determination of others. [...] Shylock is no longer bound to communicate at all, for he now sees himself as not bound to the hierarchical social body, but to the law. (Whigham 1979, 108)

Le vicende del *Mercante di Venezia* si svolgono in un periodo contraddistinto, dal punto di vista economico, dagli albori del capitalismo e, dal punto di vista sociale, dall'emergere di un nuovo ceto pronto a praticarlo per mezzo di un sistema legale forte, in grado di offrire protezione da ogni tipo di interferenza arbitraria, la *common law* (Cohen 1994, 38). Alla fine del sedicesimo secolo l'istituzione delle banche commerciali rappresentava un fenomeno nuovo in un'Inghilterra che per secoli era stata caratterizzata dal sistema feudale ed era perciò ancora guardato con diffidenza e sospetto. Lo stesso Shakespeare aveva iniziato a fiutare gli sviluppi della «new economy», e si era affrettato ad investire i suoi guadagni, mantenendo buoni rapporti anche con l'usuraio di Stratford, John Combe. La *common law* mirava a salvaguardare i profitti della neonata attività capitalistica dalle dannose speculazioni perpetrate dalla corona e dall'aristocrazia terriera. I nobili avevano bisogno di cospicui prestiti per far fronte alle loro frivole necessità – scommesse, feste, acquisti di oggetti di lusso – e difficilmente riuscivano a ripagarli. Di conseguenza, i banchieri si appropriavano spesso di buona parte dei possedimenti terrieri della nobiltà come risarcimento, incrementando notevolmente i loro profitti. Secondo Schwartz (2006), è proprio il conflitto d'interesse tra la corona e

i proprietari terrieri da un lato e la nascente classe mercantile dall'altro a fornire il background socioeconomico della commedia. Un'idea analoga a questa era già stata espressa da Cohen (1979, 40-1), secondo il quale, il processo del quarto atto rifletterebbe il netto contrasto «between the socially and politically independent rising class (Shylock the Jew) and the ruling class and its ideological allies (the Christian aristocrats and Antonio)». Fin dall'inizio del dramma, Shylock sembra infatti determinato a volersi servire della *common law* per minare alla base i privilegi che tutelano Antonio e tutti coloro che appartengono alla sua classe sociale.

Per mutare i propositi dell'ebreo, l'orazione di Porzia esordisce dapprima come «pious talk» – sostiene Regina Schwartz (2006) – e si evolve poi in «instrument of the aristocracy» riservando a Shylock una vantaggiosa (ed imbarazzante) offerta dopo anni di soprusi e vessazioni: l'appartenenza alla classe sociale dominante da cui è stato escluso, allontanato e rifiutato per il suo credo differente e l'acquisizione di un nuovo *status* in cambio dell'annullamento del contratto. Ma è plausibile che Shylock aderisca all'ideologia della comunità cristiana quando è proprio quella che sta cercando di sovvertire? La battaglia dell'ebreo si fonda, ingenuamente, sull'erronea convinzione che la legge sia al di sopra degli interessi delle singole fazioni e che sia indipendente dai rapporti di produzione, non sull'idea che la legge sia, essa stessa, l'espressione ideologica della volontà dell'élite al potere (Whigham 1979, 107).

Calandosi nei panni di un avvocato, Porzia prende coscienza delle valenze linguistiche del potere giudiziario (Fedler 1994, 73), identificando la chiave risolutiva del processo contro Shylock in quelle che il giudice americano Posner ha definito le strategie della ragion pratica: *interpretation* e *tacit knowledge*⁸. Attraverso l'adesione meticolosa al testo della legge a cui si affida ciecamente Shylock, Porzia sfrutta a suo favore l'interpretazione della frase «a pound of flesh» per privare di validità le rivendicazioni dell'ebreo, mostrando un eccezionale ed inaspettato talento “eristico”, la capacità cioè di «non essere nel vero ma l'aver la forza argomentativa e persuasiva sufficiente a sembrarlo» (Locatelli 1988, 78). Scopando l'ambiguità semantica racchiusa nella clausola contrattuale, Porzia riesce infatti a trasformare la richiesta apparentemente legittima dell'ebreo in un'azione di tentato omicidio e il binomio «blood-flesh» a cui la donna si appiglia funge da «integrative solution» (Newman 1987, 30), rivelando il netto contrasto tra la lettera e lo spirito della legge: «This bond doth give thee here no jot of blood/the words expressly are “a pound of flesh”» (4.1.307-308). Secondo Benston:

⁸ Come spiega Posner (1988, 838): «Practical reason [...] is not a single analytical method or even a set of related methods but a grab bag of methods, both of investigation and of persuasion. It includes anecdote, introspection, imagination, common sense, intuition (due apparently to how the brain structures perceptions, so that, for example, we ascribe causal significance to acts without being able to observe – we never do observe causality), empathy, imputation of motives, speaker's authority, metaphor, analogy, precedent, custom, memory, “induction” (the expectation of regularities, related both to intuition and to analogy), “experience”».

It is important to see that Portia's rescue of Antonio with her reading of the contract (a pound of flesh but not a drop of blood) is not simply a clever trick, demeaning the law by characterizing it as a quagmire in which anyone can get caught, the guilty and the guiltless alike. The turnabout must represent a legal punishment deserved by Shylock; otherwise the trial reveals Venetian law to be a sham. Shylock must be guilty not simply of cruelty, but of some legally punishable fault. And the carefully structured trial reveals that he is guilty. With consummate irony, Shakespeare has Shylock's guilt lie in the very concept of contract which he believed his cause represented. (Benston 1979, 375)

Rifiutando la presenza e l'assistenza di un chirurgo durante il prelevamento della libbra di carne dal petto di Antonio, (condizione non prevista dal contratto, ma richiesta dal buon senso cristiano), Shylock rende manifeste le sue sottese intenzioni di attentare alla vita del mercante veneziano, mentre Porzia, spostando l'attenzione della corte dal vocabolo «flesh» al vocabolo «blood», intende spingere l'ebreo ad ammettere che la libbra di carne altro non sia che una metafora per la vita di Antonio, mutando il suo *status* di querelante in una causa civile in quello d'imputato in un processo penale.

Al tempo di Shakespeare, nell'uso linguistico quotidiano, «flesh-and-blood», pur essendo due parole distinte, venivano già adoperate insieme come un'inseparabile collocazione al pari di ham-and-eggs o law-and-order. Uno studio di Klayton Koelb ha evidenziato come la retorica del «flesh-and-blood» percorra l'intero dramma a partire dalla scena seconda del secondo atto, nel comico scambio di battute tra Launcelot Gobbo e suo padre, il vecchio Gobbo, la cui cecità fa da impedimento al riconoscimento del figlio. Solo quando quest'ultimo nomina sua madre, l'anziano lo identifica come «mine own flesh and blood» (2.1.100-1), carne della sua carne e sangue del suo sangue. Successivamente è lo stesso Shylock a sperimentare la separabilità di ciò che credeva indissolubile quando Jessica, sua figlia, precisa di essere «daughter to his blood» ma «not to his manners» (2.3.18-19) e non appena l'ebreo viene a sapere che la ragazza è fuggita con Lorenzo, il giovane cristiano di cui è innamorata, esclama lamentosamente «My own flesh and blood to rebel!» e «I say my daughter is my flesh and blood» (2.9.37,40) (Koelb 1993, 108-109).

Il fatto che la carne umana sia inscindibile dal sangue è un concetto talmente ovvio che la distinzione dei lemmi operata da Porzia, benché vincente, non ha però alcun senso:

Unfortunately for Shylock, he is not represented by a lawyer, who would surely insist that the "flesh" specified in the bond necessarily entails logically, as it includes physically, the blood of which it is formed. Since the Jew has no such advocate, Portia succeeds in propounding as "law" the separation, authorized by language, of flesh-and-blood into two distinct vocabulary items, secure in the knowledge that reason, also authorized by language, will at the same time enforce its unity. (Koelb 1993, 110)

È proprio l'assurdità di questo artificio lessicale a rendere inapplicabile il contratto e a consentirle di emettere un verdetto fondato sulla lettera della legge così cara a Shylock perché indiscutibile e irremovibile. Come ha chiarito Michele Stanco (1994, 102): «Porzia crea un mondo "possibile", decisamente "antirealistico" (in netto contrasto con il mondo "possibile" contrattuale,

molto più “realistico”), nel quale l’incisione della carne non genera come effetto necessario lo spargimento di sangue». In questo universo parallelo la liceità della penale contrattuale non è negata, ma i rapporti di causa-effetto operanti nel mondo reale sono completamente elusi.

Sull’effettiva validità giuridica del vincolo che lega Antonio a Shylock, il dibattito tra avvocati, giudici e critici letterari non si è ancora spento. Secondo uno studio di Niemeyer (1915, 30), contratti simili erano stipulati frequentemente nel tredicesimo, nel quattordicesimo e nel quindicesimo secolo, in Germania, in Scandinavia ed in Italia. A questo proposito egli cita tre esempi significativi. Il primo riguarda un documento datato 1279, presente negli archivi comunali di Genova e firmato davanti al notaio Pietro Bargone. Si tratta di un accordo tra una ragazza siciliana Cerasia e un tale Jacobus al quale la donna promette di prestare servizio in cambio di vitto, alloggio e piccole ricompense. Qualora la giovane non rispettasse gli ordini impartiti da Jacobus, quest’ultimo avrebbe il diritto di tagliarle il naso, una mano o un piede senza subire per questo un processo in un’aula di tribunale. Il secondo caso descritto da Niemeyer risale al 1263 e riguarda un contratto stipulato a Colonia, secondo il quale se il debitore non pagherà nei termini previsti la somma ottenuta dal creditore, quest’ultimo potrà autorizzare automaticamente la sua decapitazione. Infine, in un documento polacco del 1250, un tale Konrad Blind accetta di incorrere nella pena di morte se dovesse risultare reo di crimini contro la chiesa⁹. Nonostante l’abbondante presenza di contratti analoghi a quello di Shylock e Antonio in tutta Europa, resta il fatto, conclude Niemeyer, che la legge inglese del XVI secolo non lo avrebbe approvato per i seguenti motivi:

No English Court of Common Law could enforce anything but the payment of money, that is, debts and damages. Only the Chancery court, that is, the Equity court of the Lord Chancellor could pass judgment for any execution save for a certain sum of money. The pound of flesh could have been adjudged to Shylock only by the Lord Chancellor and since the Lord Chancellor is the very representative of equity it would have been a contradiction to have recognized Shylock's claim. (Niemeyer 1915, 29)

Nel XVI secolo coesistevano in Inghilterra due sistemi giudiziari, la *common law* e l’*equity*, gestiti da due tribunali diversi presieduti rispettivamente dal Chief Justice of King’s Bench e dal Chancellor. In origine il Cancelliere era l’ufficiale della corona incaricato di accogliere le petizioni e di concedere l’amnistia nel nome del re. Dalla metà del quindicesimo secolo, tuttavia, il Cancelliere aveva ottenuto un proprio segretariato e un proprio staff e già verso la fine del regno dei Tudor, il tribunale aveva sviluppato il suo sistema legislativo, le sue regole e la sua dottrina di equità e si profilava come un acerrimo avversario della Courts of King’s Bench. Era la corte di giustizia del Lord

⁹ Ritroviamo in questi tre esempi un richiamo alla legge delle XII Tavole, il più antico codice di diritto romano, in particolare al principio del “*qui non habet in aere, luat in cute*” previsto nei casi di mancato risarcimento di un debito.

Cancelliere a concedere l'esenzione dalla riscossione delle penali contrattuali quando queste imponevano eccessive privazioni e sofferenze al debitore e potevano essere sostituite da pene pecuniarie (Bilello 2004, 19). Queste disposizioni ispirate a principi di equità vennero adottate sempre più frequentemente durante il regno di Elisabetta I. Dispensata dal Lord cancelliere, l'equità rappresentava la giustizia discrezionale della Corona e serviva spesso a smorzare il rigore scrupoloso della legge comune.¹⁰ Nel Rinascimento, l'equità era definita sulla base delle teorie formulate da Aristotele nel Libro V dell'*Ethica Nicomachea* come "un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità."¹¹ In origine era solo la Chiesa con le sue corti ecclesiastiche a praticarla, ma successivamente quest'ultima cedette le sue funzioni al tribunale del Lord Cancelliere soprattutto nei casi in cui sia la coscienza¹² che la responsabilità morale giocavano un ruolo fondamentale, come ad esempio nel matrimonio, nella legalizzazione dei testamenti, nella tutela delle proprietà di minorenni o di infermi mentali, nella creazione e nell'amministrazione di "trusts" (Kayman 2003, 56). Come riferisce Dickinson:

Subjects unable to secure justice in the ordinary common law courts petitioned to the King through the Chancellor (later directly to the Chancellor), stating (typically) that they were poor, old, or sick, that their opponents were rich and powerful and had bribed or intimidated juries, or had by some accident or trick obtained advantage over them. (Dickinson 1962, 289)

Dopo i primi vani sforzi di Porzia di conciliare il diritto con la filantropia, la giovane approfitta dell'assenza di qualsiasi riferimento scritto al 'sangue', nella clausola contrattuale relativa alla cessione della libbra di carne, per ricavare l'imperfezione da correggere e la lacuna da colmare attraverso l'equità. Joseph Kohler, nella sua opera *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* del 1883, ammirò l'onestà di questa mossa, opponendosi sia alla tesi di Jhering che a quella di Pietscher.

¹⁰ È probabile che Shakespeare si fosse imbattuto per la prima volta nel concetto di equità leggendo le trattazioni di alcuni scrittori suoi contemporanei e che avesse finito per acquisirne ulteriore familiarità quando suo padre restò coinvolto in un processo davanti alla Court of Chancery, il caso *Shakespeare v. Lambert*. Nel 1578 John Shakespeare prese in prestito quaranta sterline da Edmund Lambert, offrendogli come garanzia la proprietà destinata alla figlia Mary nel testamento. L'atto ovviamente risultava nullo se la cifra veniva restituita nei tempi stabiliti. Alla data di scadenza del prestito, John Shakespeare dichiarò che le quaranta sterline erano state presentate e rifiutate, tuttavia Lambert s'impadronì ugualmente delle sue terre, reclamandone i diritti di proprietario assoluto come risarcimento. Dopo un processo iniziato presso la Court of Queen's Bench, ma lasciato irrisolto per mancanza di fondi, John Shakespeare partecipò a due ulteriori azioni legali, una risalente al 24 novembre 1597 e l'altra non registrata, presso il tribunale della Chancery, dove i suoi maldestri avvocati si appellarono al principio di equità. Sfortunatamente, a causa dell'incompetenza dei suoi legali, John non riuscì a riprendersi i suoi possedimenti che rimasero nelle mani di Lambert. Dickinson azzarda quindi l'ipotesi che Shakespeare, già nel 1597, fosse a conoscenza della causa di suo padre presentata alla Chancery e che possa dunque averne tratto ispirazione nella stesura del *Mercante* (Dickinson 1962, 292).

¹¹ Aristotele. *Etica Nicomachea*. Libro V. Da <http://www.ousia.it/SitoOusia/index.htm>. Ultimo accesso: 28/12/09.

¹² Fu St. German il primo ad associare il concetto di equità a quello di coscienza nella sua opera *Doctor and Student* del 1528. L'opera si presenta nella forma di un dialogo tra un Dottore che incarna l'autorità scolastica e uno studente, studioso della Common Law. Mentre il Dottore, sulla base di considerazioni etico-religiose distingue tra Legge eterna, Legge naturale, Legge di Dio e Legge dell'uomo, il compito dello studente è quello di assimilare ed integrare tali categorie nel sistema giurisprudenziale inglese (Drakopoulou 2000).

Secondo il giurista tedesco, Shylock porrebbe i suoi interessi egoistici e la sua sete di vendetta al di sopra della legge al punto da paralizzarla e da degradarla. L'intervento di Porzia risulterebbe, allora, determinante nel preservare e nel ripristinare la moralità della giustizia attraverso un verdetto più efficace negli effetti che nelle cavillose premesse che lo sottendono. Shylock non è la povera vittima di una parodia giudiziaria come ipotizza Jhering. L'ebreo viene sconfitto perché le motivazioni latenti che lo spingono ad agire sono state colte dal giudice e perché quello che rivendica non è un diritto, ma un abuso della legge. Per quale ragione Shylock non replica al responso del magistrato con la forza del suo acume? Perché, in cuor suo, sa di essersi avventurato su un sentiero scivoloso dove «right and wrong join hands, and where it needed but the least jar to bring him to grief» afferma Kohler.¹³ Ciò nonostante, ad abusare della legge è anche Porzia quando, al posto della carità dapprima così ardentemente invocata, riserva a Shylock una punizione sproporzionata alle colpe da lui commesse. Per Kohler questa ingiustizia si profila come necessaria all'evoluzione della concezione stessa del diritto, mentre altri commentatori, come Daniela Carpi, ritengono che si tratti di una vera e propria violazione del principio di equità:

His being forced to renounce his religion is inequitable. As the contract entailed a commercial exchange, the punishment should have been limited to the confiscation of his wealth, to a severe fine. It should not have attacked an abstract and moral part of his individuality. (Carpi 2005, 2319)

Secondo l'*Alien Statute* a cui Balthasar (*alias* Porzia) fa riferimento, se Shylock farà versare ad Antonio anche solo una goccia di sangue cristiano, verrà ritenuto responsabile di aver complottato contro la vita di un cittadino veneziano e condannato a morte. Sconcertato dall'imprevista piega assunta dal processo e tradito dalla sua stessa pignoleria legislativa, l'ebreo ora vorrebbe ritornare sui suoi passi, accettare la lauta offerta pecuniaria di Bassanio e tagliare la corda, ma è Porzia questa volta a non essere d'accordo, l'ebreo riceverà una dose di giustizia persino superiore alle sue aspettative, e, come precisa Maxine MacKay (1964, 374): «Now she, herself, stands on the letter of the common law. Now she, herself, stands on the bond – on the exact terms of the bond. The legal principle which she uses is that of *Expressio unius est exclusion alterius*: one expressed thing excludes another». Porzia abbandona a questo punto i metodi della “ragion pratica” per adottare quelli della “ragion pura”, strutturando la sua argomentazione legale come un ragionamento scientifico che partendo dalle premesse “Shylock è uno straniero” e “Shylock ha attentato in modo indiretto alla vita

¹³ «Irregular judicial premises are often, although, of course, not always, the ladder on which the consciousness of legal right mounts ever higher. Such irregular premises urge themselves on the judge most especially when some rigid inflexible legal dictum has survived from ancient times, and like a ruin of the past no longer harmonizes with today.» (Kohler 1883, 88 [1888, 415])

di un cittadino veneziano”, attraverso un meccanismo di deduzione logica, giunge alla seguente conclusione “Shylock perderà tutti i suoi beni e metterà la sua vita alla mercé del doge”:

If it be proved against an alien,
That by direct or indirect attempts
He seek the life of any citizen,
The party 'gainst the which he doth contrive
Shall seize one half his goods; the other half
Comes to the privy coffer of the state,
And the offender's life lies in the mercy
Of the Duke only, 'gainst all other voice.
(4.1. 349-57)¹⁴

La giustizia di Porzia consiste allora nel mantenere inalterato lo *status quo* ed è così elegantemente ed abilmente plasmata in tecnicismi legali da non suscitare nel pubblico elisabettiano né disdegno, né avversione, poiché l'odio e la violenza dei Cristiani verso gli Ebrei, celati al suo interno, vengono ad essere magistralmente disciplinati dalla norma. La giustizia di Porzia confina Shylock nel ghetto di Venezia privandolo sia della redenzione pubblica che sperava di ottenere attraverso il *legal bond* stipulato con Antonio, sia della discendenza sociale che poteva derivare dal *parent bond* instaurato con Jessica.

Per tutta la durata del processo, Shakespeare enfatizza il contrasto tra l'amore cristiano incarnato da Gesù nel Nuovo Testamento e la vendetta ebraica, la *lex talionis* del Vecchio Testamento, scegliendo rispettivamente Antonio come icona della prima e Shylock della seconda¹⁵. Eppure, al di là di questa ricorrente dicotomia, il drammaturgo attribuisce ai due uomini dei tratti comuni quali una certa facilità all'ira e una spiccata propensione alla violenza. Shylock, infatti, manifesta la sua aggressività nel corso del quarto atto reclamando ossessivamente la sua libbra di carne, e Antonio non si comporta certamente in modo equilibrato quando sputa sull'ebreo all'inizio

¹⁴ Ruggiero (1973, 252) descrive il sistema giudiziario vigente nella repubblica marinara specificando che: «In Venice, capital punishment was reserved for the most serious crimes such as murder, robbery and the infrequently prosecuted crimes of counterfeiting and homosexuality. Most other crimes were punished with jail or fines». La giurisprudenza veneziana tendeva quindi ad infliggere la pena di morte solo per i reati più gravi, prediligendo punizioni più razionali e meno cruente come la detenzione in carcere o il pagamento di multe.

¹⁵ Come riporta Giovanni nel suo Vangelo (Giovanni 1, 1-18): «Perché la Legge fu data per mezzo di Mosè, la grazia e la verità vennero per mezzo di Gesù Cristo». La più celebre citazione della legge del taglione la ritroviamo nella Bibbia: «Colui che colpisce un uomo causandone la morte, sarà messo a morte» (Esodo 21,12), «Occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido» (Esodo 21, 24-25). Al ricambio dell'offesa ricevuta, Gesù contrappose la legge dell'amore: «Avete inteso che fu detto: “Occhio per occhio e dente per dente”; ma io vi dico di non opporvi al malvagio; anzi se uno ti percuote la guancia destra, tu porgigli anche l'altra; e a chi ti vuol chiamare in giudizio per toglierti la tunica, tu lascia anche il mantello. [...] Io vi dico: amate i vostri nemici e pregate per i vostri persecutori, perché siate figli del Padre vostro celeste, che fa sorgere il suo sole sopra i malvagi e sopra i buoni, e fa piovere sopra i giusti e sopra gli ingiusti» (Matteo 5, 38-45). E ancora, quando a Gesù fu chiesto il parere su un crimine per il quale era prevista la lapidazione, la sua risposta fu quella di abolire tale punizione: «Chi si sente senza peccato, scagli la prima pietra» (rif. alla lapidazione dell'adultera – Giovanni 8, 7).

del dramma, palesando in un solo gesto disprezzo e brutalità. Possiamo supporre che se Antonio non si fosse sentito minacciato professionalmente dal talento per gli affari di Shylock, forse non avrebbe avuto motivo di denigrarlo dinanzi alla comunità dei mercanti. E d'altra parte, se la reputazione di Shylock non fosse stata continuamente infangata e schernita dai cristiani, forse l'ebreo non avrebbe avuto ragione di tendere ad Antonio la trappola del contratto, fingendo di rinunciare ai suoi soliti tassi d'interesse per aderire alle stesse regole commerciali del mercante cristiano. Cos'è che differenzia allora la crudeltà di Shylock da quella di Antonio e che alla fine fa pendere la bilancia della legge a vantaggio di quest'ultimo? La risposta di John Denvir (1987, 832) sembra, a questo proposito, alquanto illuminante: «One might conclude that the only real distinction between the violence of Shylock and Antonio is that Shylock's is raw and open while Antonio's is deeply embedded in and shielded by the legal and social structure».

Chiedersi perché Porzia non annulli immediatamente la clausola del contratto come eticamente inaccettabile, *contra bonos mores*, e contraria alla "public policy" (Kornstein 1993, 39), perché non si appelli fin dall'inizio del processo allo statuto veneziano accusando Shylock di tentato omicidio senza orchestrare tutta la successiva manovra linguistica, e perché Shylock non contesti l'*Alien Statute*, ma vi obbedisca passivamente è permesso ai lettori, agli spettatori e ai critici. Si tratta di interrogativi ragionevoli, ma superflui visto che come fruitori di un'opera stipuliamo anche noi un contratto con l'autore, Shakespeare nel nostro caso, che ci impegna ad accettare determinate convenzioni di genere e di modo e ad aderire a determinati presupposti ideologici. Le conclusioni che invece possiamo trarre da lettori critici e vigili riguardano gli aspetti problematici della commedia che emergono soprattutto nella chiusa processuale.

Nel giro di poche battute la tolleranza e la carità più volte ribadite da Porzia nella sua memorabile arringa vengono ritrattate. Le prospettive di salvezza veicolate dai cristiani si tramutano in un'attitudine repressiva e vendicativa nei confronti del diverso, attuata attraverso la legge concepita appositamente per lo "straniero"¹⁶ (Nisker 2006, 269). La sovrana di Belmont non fa che ritorcere su Shylock la vendetta che quest'ultimo cercava di scagliare contro Antonio, conferendole, però, le sembianze dell'ipocrita autorità giudiziaria veneziana (Bilello 2004, 26). Il travestimento da dottore della legge e la lettera in cui Bellario la raccomanda, mentendo sulla sua vera identità per farla accedere alla corte, fanno di Porzia la prima vera colpevole di frode e di inganno

¹⁶ Nella scena prima dell'atto terzo Shylock rivolgendosi a Salerio, un amico di Antonio e Bassanio, aveva cercato di rivendicare la sostanziale identità, se non culturale, almeno umana di ebrei e cristiani: «Hath not a Jew eyes? hath not a Jew hands, organs, dimensions, senses, affections, passions? fed with the same food, hurt with the same weapons, subject to the same diseases, healed by the same means, warmed and cooled by the same winter and summer as a Christian is? – if you prick us do we not bleed? if you tickle us do we not laugh? if you poison us do we not die? and if you wrong us shall we not revenge? – if we are like you in the rest, we will resemble you in that». (3.1.63-78)

nell'amministrazione della giustizia.¹⁷ Il ricorso strategico all'*Alien Statute* rappresenta l'ultimo atto del suo piano ingegnoso volto a rovinare economicamente Shylock con la confisca delle sue proprietà e ad umiliarlo pubblicamente con l'obbligo di conversione alla cristianità. E' forse questa la grazia che addolcisce la giustizia di cui prima si era fatta portavoce e paladina? Come moglie di Bassanio, migliore amico di Antonio, Porzia viola il principio d'imparzialità e di neutralità noto come *nemo iudex in parte sua* e non può ritenersi affatto un disinteressato *amicus curiae*:

Portia abused her judicial position in order to enhance her personal relationship with Bassanio by easing his mind of the burden of Antonio's fate (for which Bassanio manifested feelings of guilt and sadness). Her charade was accomplished at the expense of petitioner Shylock and at the expense of justice. (Nisker 2006, 271)

Porzia si appropria della dottrina cristiana della grazia e la strumentalizza per corroborare le sue argomentazioni finalizzate a proteggere gli interessi della classe egemone. Manipola dunque i concetti chiave della religiosità cristiana – clemenza, legge, giustizia, fede – per raggiungere i suoi obiettivi politico-economici. E' questo il risultato della corrispondenza tra la giustizia divina e la giustizia terrena? Nell'interpretare la volontà di Dio, l'uomo fa soltanto la sua in termini puramente egoistici ed opportunistici? Secondo Filomena Mesquita:

[...] Portia's much advertised and universally famous capacity to mitigate the rigours of the law is annulled and her wit is instead put to the service of an oligarchic system that is based on male prerogative and literal law. [...] In a word, Portia talks more like a male barrister than male barristers do. (Mesquita 2003, 123-4)

Nel terzo atto della commedia, prima di affrontare il *casket test*, Bassanio si abbandona a delle meditazioni che oltre a fornire la spiegazione filosofica della scelta che sta per compiere, offrono, a mio parere, il sunto morale dell'intero dramma e probabilmente riflettono il pensiero di Shakespeare ed il suo scetticismo tanto nei confronti della legge quanto della religione, custodi ambedue di verità imperfette:

So may the outward shows be least themselves,-
The world is still deceiv'd with ornament –
In law, what plea so tainted and corrupt,
But being season'd with a gracious voice,
Obscures the show of evil? In religion,
What damned error but some sober brow

¹⁷ Secondo il filosofo David Miller ripreso da Hyman e Love (2002, 173), un sistema di giustizia si attua in presenza dei seguenti fattori: «Equality (treating the participants equally); Accuracy (in consideration of whatever information is deemed relevant); Publicity (making the rules and procedures apparent to the participants) and Dignity (treating the participants in a dignified way and not requiring undignified actions from them)». Porzia trasgredisce sia il principio di uguaglianza che quello di dignità, rispettando solo parzialmente quello di accuratezza e di pubblicità.

Will bless it, and approve it with a text,
 Hiding the grossness with fair ornament?
 There is no vice so simple, but assumes
 Some mark of virtue on his outward parts.
 (3.2.73-82)

Il divario tra apparenza e realtà può risultare abissale e la perorazione di Porzia, se in superficie, può intendersi come la celebrazione degli insegnamenti evangelici del “Porgi l’altra guancia” e dell’“Amate i vostri nemici”, in profondità non fa che legittimare la supremazia politica e finanziaria cristiana, consolidando allo stesso tempo le posizioni antisemite dello stato veneziano, specchio ovviamente della società inglese, che può integrare Shylock solo alle sue feroci condizioni.¹⁸ Come va dunque intesa la condotta di Porzia? È veramente degna dell’ammirazione delle donne avvocato del ventunesimo secolo? La duplicità e l’ambiguità del suo comportamento non la rendono un modello pericoloso da evitare, piuttosto che un esempio di virtù da seguire?¹⁹

Porzia non può ritenersi propriamente né l’emblema della pietà, né la personificazione dell’equità. Nel suo discorso logica e passione si combinano restituendoci un tratto tipico della personalità shakespeariana: «a certain double-mindedness [...] akin to the mirror effects of Leonardo: the capacity to hold contraries in mind at the same time and to state them justly» (Rowse 1964, 195). Nel corso del dramma la posizione di Porzia vacilla tra la sua sofferta fedeltà alla tradizione

¹⁸ Nella composizione del *Mercante di Venezia*, Shakespeare potrebbe aver tratto ispirazione dal processo e dall’esecuzione di Roderigo Lopez, suo contemporaneo. L’uomo, un medico portoghese, nato ebreo ma convertito al cristianesimo, sfuggì all’Inquisizione Portoghese nel 1559 e nel 1586 fu nominato dottore della Regina Elisabetta I. Nel 1592 aderì ad un pericoloso complotto che coinvolse un pretendente al trono portoghese e successivamente si mise contro il potente Robert Devereux, Conte di Essex, che lo accusò a sua volta di aver tramato per avvelenare la regina. Lopez fu impiccato il 7 giugno 1594 e il suo processo provocò un risveglio di sentimenti antisemiti e generò una serie di rifacimenti del *Jew of Malta* di Christopher Marlowe. Si è spesso pensato che quando Graziano, amico di Antonio, rivolge a Shylock le parole d’insulto «thy currish spirit / govern’d a wolf, who hang’d for human slaughter» (4.1.134), stia facendo un riferimento implicito al nome di Lopez che significa lupo (Boyce 2005, 820).

¹⁹ Come si sarebbe concluso il processo se Porzia avesse agito in qualità di mediatore piuttosto che di avvocato? È questa la domanda che si sono posti Jonathan M. Hyman e Lela P. Love (2002). Il mediatore non si limita a decidere semplicemente chi ha ragione e chi ha torto allo scopo di raggiungere un banale compromesso che salvaguardi la pace e faccia risparmiare ai litiganti tempo o denaro. Al contrario, il suo compito è, principalmente, quello di ascoltare con attenzione le parti per comprendere il conflitto di interessi, di bisogni, di valori e di sentimenti all’origine della disputa. Poi, dopo aver ricostruito il punto di vista dei partecipanti, il mediatore aiuta le parti a riconoscere la legittimità delle diverse (e spesso antitetiche) prospettive, conducendole gradualmente ad un accordo che sia giusto ed accettabile per entrambe: «the justice that pertains in mediation is the justice the parties themselves experience, articulate and embody in their resolution of the dispute. [...] The parties’ own views of justice, not the views of judges and lawyers, become the key measure of justice in mediation» (Hyman-Love 2002, 164). Se immaginiamo che Porzia agisca da mediatore, allora: «[she] will: spend more time listening to Shylock and Antonio than talking to them; make an effort to encourage Shylock and Antonio to understand the needs, interests and concerns of the other; explore Shylock’s and Antonio’s feelings about the events that gave rise to the dispute itself so that the parties operate from an enriched understanding of each other’s perceptions and emotions; and urge the parties to examine their respective futures, looking for ways to make the future more desirable.» (Ivi, 179)

patriarcale responsabile della mercificazione della donna e della sua riduzione ad oggetto di scambio nelle trattative matrimoniali, e la sua inclinazione al cambiamento e all'emancipazione rappresentata dall'inversione di genere a cui si presta nella famosa *trial scene*. Paradossalmente, nei panni di un uomo, Porzia può esibire un talento retorico e dialettico, che, in qualità di donna, invece, le sarebbe negato e proibito (Newman 1987, 32). A vincere però sono soprattutto le sue parole e lo scaltro uso che Porzia riesce a farne, approfittando dello svantaggio del suo avversario sul piano verbale. Le competenze lessicali di Shylock rivelano, infatti, fin dal primo atto, la sua buona padronanza della terminologia commerciale, affaristica e finanziaria, ma anche la sua avversione al linguaggio estetico e metaforico di cui Porzia fa sfoggio (Locatelli 1988, 78). L'ebreo non sa leggere tra le righe e sa attenersi solo a ciò che è visibile, palpabile e calcolabile. Questo spiega il morboso attaccamento ai suoi beni materiali, il suo ancorarsi alla sicurezza del dato concreto, il suo disprezzo e la sua insensibilità per la musica. Porzia lo intuisce e "trasforma la legge in un luogo retorico" (Carpi 1994, 76) in cui le certezze epistemiche e semantiche dell'ebreo sono messe in crisi e poi gradualmente demolite. Alla domanda formulata da quello che Shylock considera un vero avvocato «Art thou contented Jew? What dost thou say?» (4.1.394-5), l'uomo risponde «I am content» (4.1.396), un'affermazione che, di certo, non può essere presa alla lettera.

Università del Salento
roberta.linciano@ateneo.unile.it

Riferimenti bibliografici

- Adelman, Janet. 2008. *Blood Relations: Christian and Jew in The Merchant of Venice*. Chicago: University of Chicago Press.
- Benston, Alice N. 1979. Portia, the Law, and the Tripartite Structure of "The Merchant of Venice". *Shakespeare Quarterly* 30 (3): 367-385.
- Bilello, Thomas C. 2004. Accomplished with What She Lacks: Law, Equity and Portia's Con. *Law and Literature* 16 (1): 11-32.
- Boyce, Charles. 2005. *Critical Companion to William Shakespeare: A Literary Reference to His Life and Work*. New York: Facts On File Inc.
- Carpi, Daniela. 1994. Il tema dell'interpretazione in "The Merchant of Venice". In Tempera, Mariangela (a cura di). 1994. *The Merchant of Venice: dal testo alla scena: 75-85*. Bologna: CLUEB.
- . 2005. Symposium: Failure of the Word: Law, Discretion, Equity in The Merchant of Venice and Measure for Measure. *Cardozo Law Review* 26: 2317-2329.
- Cefalu, Paul. 2004. *Revisionist Shakespeare: Transitional Ideologies in Texts and Contexts*. New York: Palgrave MacMillan.
- Cohen, Stephen A. 1994. The Quality of Mercy: Law, Equity and Ideology in "The Merchant of Venice". *Mosaic* 27 (4): 35-54.
- Denvir, John. 1987. William Shakespeare and the Jurisprudence of Comedy. *Stanford Law Review* 39(4): 825-849.
- Dickinson, John W. 1962. Renaissance Equity and "Measure for Measure". *Shakespeare Quarterly* 13 (3): 287-297.
- Drakopoulou, M. 2000. Equity, Conscience and the Art of Judgment as Ius Aequi et Boni. *Law Text Culture* 5 (1): 1-17. <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=ltc> (Ultimo Accesso: 28/12/09).
- Fedler, Joanne. 1994. Woman vs. Lawyer. *Agenda* 21: 71-75.
- Hood Philips, Owen. 1972. *Shakespeare and the Lawyers*. Oxon: Routledge.
- Hyman, M. Jonathan, Lela P. Love. 2002. If Portia were a mediator: an inquiry into justice in mediation. *Clinical Law Review* 9: 157-193.
- Jhering, Rudolf von. 1872. *Der Kampf um's Recht. (La lotta per il diritto)*. A cura di Pietro Piovani. Traduzione di Raffaele Mariano. 1960. Bari: Laterza.
- Kayman, Martin A. 2003. Law and Literature: Theory and The Turn to Ethics. In Carpi, Daniela (a cura di). 2003. *Shakespeare and the Law: 47-58*. Ravenna: Longo.
- Koelb, Clayton. 1993. The Bonds of Flesh and Blood: Having It Both Ways in "The Merchant of Venice". A Symposium Issue on "The Merchant of Venice". *Cardozo Studies in Law and Literature* 5(1): 107-113.

- Kohler J. 1883. *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*. Riprodotto in versione inglese in *The Merchant of Venice. A New Variorum Edition of Shakespeare*. Ed. by H. Howard Furness. 1888. Appendix-Law in the Trial Scene. London: Philadelphia J.B. Lippincott Company. 415.
- Kornstein, Daniel J. 1993. Fie upon Your Law! A Symposium Issue on “The Merchant of Venice”. *Cardozo Studies in Law and Literature* 5 (1): 35-56.
- Locatelli, Angela. 1988. *L'Eloquenza e gli Incantesimi: Interpretazioni Shakespeariane*. Milano: Guerini.
- Lucking, David. 1989. Standing for Sacrifice: The Casket and Trial Scenes in “The Merchant of Venice”. *University of Toronto Quarterly* 58(3): 355-75.
- MacKay, Maxine. 1964. “The Merchant of Venice”: a Reflection of the Early Conflict Between Courts of Law and Courts of Equity. *Shakespeare Quarterly* 15 (4): 371-375.
- Menkel-Meadow, Carrie. 2005. *Portia Redux: Another Look at Gender, Feminism, and Legal Ethics*. In Carle, Susan D. (ed.). 2005. *Lawyers' Ethics and the Pursuit of Social Justice – A Critical Reader*: 274-281. New York: New York U.P.
- Mesquita, Filomena. 2003. *Travesties of Justice: Portia in the Courtroom*. In Carpi, Daniela (a cura di). 2003. *Shakespeare and the Law*: 117-125. Ravenna: Longo.
- Newman, Karen. 1987. Portia's Ring: Unruly Women and Structures of Exchange in “The Merchant of Venice”. *Shakespeare Quarterly* 38 (1): 19-33.
- Niemeyer, Th. 1915. The Judgment against Shylock in the Merchant of Venice. *Michigan Law Review* 14(1): 20-36.
- Nisker, Josh. 2006. The (Comic) Tragedy of Formalism in Shakespeare's “The Merchant of Venice”. *Dalhousie Journal of Legal Studies* 15: 257-272.
- Olson, Trisha. 2003/2004. Pausing upon Portia. *Journal of Law and Religion* 19(2): 299-330.
- Pietscher, A. 1881. *Jurist und Dichter*. Riprodotto in versione inglese in *The Merchant of Venice. A New Variorum Edition of Shakespeare*. Ed. by H. Howard Furness. 1888. Appendix-Law in the Trial Scene. London: Philadelphia J.B. Lippincott Company. 413.
- Posner, Richard A. 1988. The Jurisprudence of Skepticism. *Michigan Law Review* 86(5): 827-91.
- Rackley, Erika. 2003. Reassessing Portia: The Iconic Potential of Shakespeare's Woman Lawyer. *Feminist Legal Studies* 11: 25-44.
- Reed, Marcus. 1905:Nov.-1906:Oct. Is Portia Possible? *Macmillan's Magazine* 1: 375-382.
- Rowse, A. L. 1964. The Personality of Shakespeare. *The Huntington Library Quarterly* 27 (3): 193-209.
- Ruggiero, Guido. 1978. Law and Punishment in Early Renaissance Venice. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 69 (2): 243-256.

Saxe, David B. 1993. Shylock, Portia and a Case of Literary Oppression. A Symposium Issue on "The Merchant of Venice". *Cardozo Studies in Law and Literature* 5(1): 115-23.

Schwartz, Regina M. 2006. The price of justice and law. *Triquarterly* 124: 225-241.

Stanco, Michele. 1994. Il contratto ebraico-cristiano: l'usura, la penale, il processo. In *Tempera*, Mariangela (a cura di). 1994. *The Merchant of Venice: dal testo alla scena*: 89-110. Bologna: CLUEB.

Whigham, Frank. 1979. Ideology and Class Conduct in "The Merchant of Venice". *Renaissance Drama* 10: 93-115.



TRA MENTE E CULTURA. NOTE SULL'ULTIMO BRUNER

di Angelo Abignente

Abstract

Mind and Culture: Remarks on the Later Bruner is a contribution by Angelo Abignente for the Seminar “*Liaisons dangereuses. Filosofi, psicologi e teorici del diritto discutono di mente e cultura*”, held in Salerno on 20 June 2007). It has been published first in “*Il Bigiavi*”, the ISLL Sketchbook edited by Enrico Pattaro from 2008 to 2010.

La relazione tra una concezione *mentalistica* della conoscenza e una concezione *costruttivistica* e, più propriamente, *narrativistica* della cultura è un passaggio importante della psicologia culturale di Jerome Bruner. Qui “mente” e “cultura” indicano il rapporto tra l'esterno e l'interno che investe anche la cultura giuridica, poiché “qualunque cultura si impone creando stabilizzazione, istituzioni durature”. I processi di *internalizzazione* delle istanze culturali non sono di per sé sufficienti perché devono essere accompagnati da quella legittimazione che può avvenire solo attraverso processi di “esternalizzazione in un istituzionalizzato superorganico mondo al di sopra di noi”¹. È il rapporto che si ripropone nella diade diritto – cultura, come già poneva in evidenza Treves, nella sua opera *Diritto e cultura*, sulle orme di Arnold, Lask, Weber, Radbruch, Dilthey, Spranger, per

¹ Le citazioni non seguite da richiami bibliografici sono tratte dal testo dattiloscritto della relazione di J. S. Bruner su “Mente e cultura” distribuito ai partecipanti.

aprirsi non solo alla considerazione del diritto come “componente” della cultura ma anche alla proiezione del diritto nel mondo della cultura².

Dunque la domanda “come l’esterno diviene interno?” diventa *topica* per la filosofia del diritto, come testimonia da noi la filosofia dell’esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi, con il suo scorgere lo stesso metodo epistemico e oggettivizzante della *scientia juris* all’interno del fluire storico dell’esperienza sociale che, proprio grazie alle connessioni costruite dalla scienza, si fa esperienza giuridica, incrementando le potenzialità comunicative dell’agire e delle relazioni umane³. La stessa domanda riecheggia anche nella teoria giuridica, dall’ istituzionalismo di Hauriou, dove l’interiorizzazione dell’istituzione è condizione necessaria per la sua continuazione, alla “pratica sociale” di Hart che, adottando il cd. *punto di vista interno*, nella distinzione tra regole primarie e (regole) secondarie, segna il momento in cui la regola diventa il parametro cui ciascun individuo deve conformarsi, per citare soltanto alcuni nodi problematici ricorrenti.

Più in generale in quella domanda è racchiusa la tensione, il *dilemma* che non va risolto, tra il farsi del diritto, il suo prodursi ed il suo implementarsi nella vita del soggetto e della comunità giuridica, nella cultura che “comincia a casa”, nella contestualità di qualsiasi esperienza giuridica, e non soltanto nelle isole Fiji, come afferma Bruner. Poiché la cultura giuridica, come ci insegna Ferrajoli, è l’insieme delle ideologie, dei modelli di giustizia e dei modi di pensare intorno al diritto propri degli operatori giuridici, siano essi legislatori, giudici o amministratori, ma anche il *sensu comune* intorno al diritto ed ai singoli istituti operante nella contestualità sociale⁴: la contestualità di una relazione culturale mediata nell’incontro con l’*altro* attraverso il *linguaggio*.

La categoria dell’*altro da sé* è fondativa dell’esperienza giuridica: penso certamente all’*altro* inteso come soggetto o come persona ma penso anche all’incontro con quell’*altro* che avviene nel momento interpretativo ed applicativo del diritto. Basti guardare in tal senso all’ermeneutica di Gadamer, alla scoperta della radicale *alterità*, nell’esperienza del *comprendere* del soggetto-interprete, del *sensu* racchiuso e oggettivato in un’opera o in un testo normativo e poi mediato dal linguaggio, dal porsi del circolo dialogico di *domanda* e *risposta* che conduce alla progressiva *fusione di orizzonti* fra testo e interprete⁵.

² R. Treves, *Il diritto come componente della cultura*, in *Il diritto come relazione. Saggi critici di filosofia della cultura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 207.

³ G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* [1937], in *Opere*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1959.

⁴ L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 5 ss.

⁵ È stato giustamente osservato che “se la pratica giuridica è un’incessante opera di mediazione tra mondi diversi, quello di coloro in cui il testo legale ha avuto origine e quello dei suoi attuali utenti, [...] ogni interpretazione si rivolge ad un materiale giuridico da cui trarre i significati delle regole, ma questo riceve il suo senso da qualcos’altro, sia esso una tradizione, una pratica sociale che perdura nel tempo, un modo consolidato d’intendere i rapporti e le situazioni sociali”: F. Viola, “Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto”, *Etica & politica*, 2006, 1, pp. 8 ss.

Quell'*altro* che, nella nostra esperienza giuridica continentale, è dato dal testo normativo, dal codice e dalle leggi positive e, nell'esperienza del *common law*, dal precedente. Anche in questo *incontro* problematico, mediato dal linguaggio, si ripropone la tensione *interiorità/esteriorità*: l'*altro* che mi viene posto di fronte è da accettare per assimilazione e conformazione o è un ente dialogante, polo di un percorso comunicativo orientato ad una sintesi sempre nuova e superiore?

È a tutti nota, nel pensiero di Bruner, la riflessione sulla narrazione ed anche la distinzione che egli stabilisce tra la narrazione letteraria, impregnata di fantasia, immaginazione, possibilità, tendente al verosimile che sovverte la familiarità e la narrazione giuridica, limitata ai fatti, all'ordinario⁶. Nel rileggerla e meditarla si avverte una diffidenza del nostro autore verso la "mischia retorica dei racconti giudiziari", il "sospetto" diffuso nei loro confronti in quanto improntati dall'*agire strategico*, nei termini habermasiani, in vista del fine contingente da raggiungere. Gli antidoti che Bruner indica, al fine di recuperare il "confronto come mezzo per arrivare al fondo delle cose", sono, da un lato, la dialettica probatoria e, dall'altro, il precedente⁷. È su quest'ultimo aspetto che vorrei soffermarmi con la consapevolezza che il riferimento al precedente assume rilievo diverso nella tradizione di *civil law* e di *common law*.

L'incontro con questo *altro* costituito dal precedente può valere in chiave legittimante le narrazioni giuridiche, in ragione della conformità alla tradizione, secondo un uso prettamente *egoistico* - *retorico* che contribuisce al raggiungimento del fine della normalizzazione del racconto, della narrazione *familiare*, alla "banalità dell'abituale"⁸. Ma se la dinamica dell'incontro, il dilemma irrisolvibile, non implica assimilazione, anche l'incontro con il precedente, quando non diventa "trastullo della dialettica narrativa"⁹, chiama in causa la necessità di un confronto dialogico che fonda la legittimazione della narrazione sull'argomentazione critica, più che sul richiamo assimilante. Il precedente si iscrive in questa tensione *interiorità/esteriorità* rivelando un carattere tutt'altro che statico e svelandosi piuttosto come fenomeno dinamico e mutevole. La struttura stessa del precedente e la sua natura di prassi vincolante o, comunque, autorevole, dimostrano che lo *stare decisis* può essere letto in chiave di giuridicizzazione di un fenomeno culturale, colto nel suo momento storico di totale o, almeno, di elevata condivisione, tra i membri di una stessa collettività. Ma questa stabilizzazione è soltanto momentanea e transitoria in quanto nessun fenomeno culturale, politico, giuridico, sociale, può essere condiviso per sempre. Ecco dunque che subentra la rottura con il passato ed un nuovo processo di *interiorizzazione/esteriorizzazione* ricomincia. È chiaro che il precedente, come illustra ampiamente Alexy, tende a limitare nel tempo il discorrere pratico che, per sua natura,

⁶ J.S. Bruner, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 52 ss.

⁶ *Ivi*, pp. 47 ss.

⁷ *Ivi*, pp. 47 ss.

⁸ *Ivi*, p. 67.

⁹ *Ivi*, p. 68.

non perviene mai ad un risultato conclusivo. Eppure l'essere storicamente dato del precedente ne può determinare l'inadeguatezza ad una realtà contingente mutevole e perciò si manifesta la necessità di una ri-valutazione dello stesso precedente che non può ridursi a mera recezione ma richiede una giustificazione critica della sua applicazione e, perciò, di un'argomentazione. In questo incontro argomentato vi è una costitutiva originalità, una novità costante che può essere intesa come interiorizzazione nella produzione del diritto dell'esteriorità della cultura: l'argomentazione, intrisa della pretesa universalizzante di correttezza discorsiva che le consente di aprire il diritto alla razionalità pratica, oltre gli angusti confini del legalismo formalistico e giuspositivistico, è dunque la via che consente il confronto con la cultura contestuale.

L'incontro tra cultura e diritto avviene pertanto certamente attraverso l'influenza di una narrazione letteraria sulla narrazione giuridica, come Bruner dimostra nel riferire del caso *Brown vs. Board of Education*, ma anche attraverso il compito argomentativo che inesorabilmente è demandato all'interprete. Mi sembra che questo possa essere detto per valorizzare un approccio costruttivista teso a dimostrare che come la cultura si co-forma con il contesto, anche il diritto si forma nella interazione con la cultura contestuale mediata dall'argomentazione giuridica, con nuove "sintesi creative" tra *ordinario e inaspettato, quotidiano ed eccezionale*. Forse in questo senso può dirsi che gli opposti modelli di Kroeber e di Geertz, richiamati da Bruner, trovano una sintesi lì dove il diritto e le istituzioni giuridiche perdono il loro carattere prettamente "super-organico" per entrare nella organicità della vita reale. Mi sembra che anche il messaggio di Bruner vada in questo senso, quando sostiene che "il diritto deve necessariamente accordarsi con l'ordinario qualunque sia la sua fonte di autorità"; e lo *stare decisis* come fenomeno culturale, inserito nella tensione *interiorità/esteriorità*, diventa evidenza del *nuovo* diritto, inteso come un sistema permeabile a fattori sociali non squisitamente giuridici ma che partecipano alla soluzione di controversie e alla definizione dei rapporti sociali. Lungi dal considerare, perciò, il precedente come un'espressione giuridica fissa e statica, ormai acquisita dal sistema ed immune da cambiamenti, non si può non concordare con Bruner quando invita gli studenti ad essere critici con lo *stare decisis*. Se è vero infatti che il diritto deve essere inteso come "*modalità d'azione sociale*"¹⁰, allora il precedente non potrà che essere un momento giuridico di questo diritto e come tale sottoposto ad un processo argomentativo che ne possa determinare il cambiamento in ragione di nuovi fenomeni culturali.

¹⁰ V. Ferrari, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004.

Carlo Rossetti, *Il teatro della giustizia*, Edizioni Goliardiche, Trieste 2008, (I ed. 2001), pp. 124.

La storia di Giovanni Falcone e la sua morte sono un paradigma di una vicenda che si presta particolarmente all'analisi dei nessi tra Diritto e Letteratura.

Falcone, Borsellino, Rocco Chinnici, Gaetano Costa. Sono i nomi di giudici uccisi perché non hanno voluto tradire il giuramento di fedeltà alla Costituzione che il magistrato deve formulare. Il giuramento ha in sé un elemento di sacralità legato ai valori morali, all'impegno etico, ed assume un significato collettivo, fondato sulla solidarietà e la fiducia. Questi magistrati, come tanti altri loro colleghi, hanno affrontato la morte senza abbandonare il dovere d'ufficio e il proprio impegno, fino all'estremo sacrificio della vita. Hanno seguito l'ordine della giustizia secondo il modello *pax, ordo, justitia*, un ideale antico oltre che un principio etico, regolatore e normativo. In questo modo la narrazione dell'opera dei magistrati palermitani assomiglia a un dramma pirandelliano. I personaggi seguono precise regole inflessibili e la loro vita non è fantastica ma l'espressione della difficoltà di trasformare la realtà quotidiana in ideale morale. Da qui l'origine del titolo scelto per la monografia: *Il teatro della giustizia*.

Come un dramma, il libro è diviso in atti, non in capitoli. Si apre con un "Preludio". È il richiamo pubblico del magistrato alla supremazia della legge e della Costituzione, di fronte alla terribile potenza di Cosa Nostra, dichiarando in tal modo la superiorità dei principi del diritto e negando il potere della criminalità che, nelle sue forme, si regge sul presupposto contrario. Non è un caso che la mafia oltre a colpire fisicamente i magistrati cerchi di spogliare il pubblico ufficiale della sua dignità, tentando di dimostrare in pubblico che il dovere, l'ufficio, e la devozione agli ideali civili sono inutili. Il magistrato che sfida la mafia viene condannato a morte dal *tribunale supremo della mafia*, e uno o più sicari vengono incaricati di assassinare il giudice. Il tribunale mafioso è l'organo deliberativo di Cosa Nostra e si riunisce in tre specifiche occasioni: per valutare le azioni da compiere, per formulare la condanna a morte di un nemico, e infine per decidere il tipo di esecuzione.

Nel primo atto vengono poste in risalto le difficoltà quotidiane che i giudici incontrano anche all'interno delle Procure, dove, purtroppo, molto spesso aleggia la diffidenza, alimentata dal preoccupante fenomeno dell'infiltrazione mafiosa. Più volte Falcone e Borsellino espressero il loro rammarico, soprattutto in riferimento alle indagini che gli uffici investigativi trascurarono di eseguire

su esponenti di spicco di Cosa Nostra, come Ciancimino, Riina, Badalamenti, Inzerillo, Spatola e Vitale. La stessa mafia era a conoscenza dei dissidi esistenti tra l'Ufficio Istruzione e la Procura, e cercava di trarne vantaggio alimentando i sospetti tra i componenti. Addirittura alcuni magistrati giunsero a cancellare le prove e ad annullare le richieste della Procura, impedendo in tal modo che i processi arrivassero all'Ufficio Istruzione. Le indagini portarono a conoscenza di un giro di affari, tra l'Italia e gli Stati Uniti, di droga, armi, riciclaggio di denaro sporco attraverso l'acquisto di immobili, insomma una vera e propria *holding* internazionale gestita dalla criminalità organizzata.

Il secondo atto si apre con la decisione del *tribunale supremo della mafia* di colpire l'integrità morale dei magistrati ma, essendo Costa, Chinnici, Falcone e Borsellino figure integerrime, questa operazione non portò alla mafia nessun risultato. Una volta fallito questo tentativo, la risposta della criminalità organizzata furono le bombe del 1993, esplose nei luoghi simbolo della tradizione culturale italiana e occidentale, un avviso lanciato dalla mafia ai vertici dello Stato e della Chiesa. L'inchiesta della FBI denominata *Pizza Connection* evidenziò i legami tra le associazioni a delinquere americane, italiane e sudamericane, individuando in tal modo una vera organizzazione internazionale criminale. L'inchiesta italiana portò alla luce finanziamenti occulti anche ai maggiori quotidiani italiani, e rilevò come già negli anni '80 l'indipendenza del sistema della comunicazione fosse in gran parte compromesso. Purtroppo il comportamento dei media italiani in quel periodo fu una delle pagine più nere della vita repubblicana, nondimeno tutti i partiti politici da destra a sinistra furono estremamente ostili all'azione dei magistrati, questo perché una parte del loro finanziamento ebbe origini illegali.

Il terzo atto è la pronuncia della sentenza di morte da parte del *tribunale supremo della mafia* nei confronti dei magistrati palermitani, resa ancora più inquietante dal senso di abbandono che essi provarono durante gli ultimi momenti di vita. Sostenuti solo dalle rispettive famiglie videro allontanarsi uno ad uno prima gli amici, poi i colleghi, infine lo stato, fino a giungere al drammatico epilogo della morte, quando la vittima indifesa venne consegnata al proprio carnefice, la mafia. Ma è una vittima che, nella morte, scrive una sua storia: l'indistruttibilità dell'ideale morale, del senso della dignità umana, nonostante il sangue e l'inganno. È la storia di un mito. E, per questa ragione, Carlo Rossetti, cercando di comprendere la vicenda, esplora anche il mondo del mito e del sacrificio. La morte di Falcone è un sacrificio moderno. Il sacrificio non è scomparso dalla nostra società.

L'originalità de *Il teatro della giustizia* sta nell'aver utilizzato il paradigma della tragedia per rappresentare il significato dell'opera di un giudice, e i valori fondamentali che l'hanno guidata. Una visione tragica, che ricorda i profeti ebraici della Legge, morti per non tradirla, e che si fonda, in Falcone, nella *religione costituzionale*, una visione laica e non negoziabile, per la quale il giudice accetta anche la morte. La *Legge suprema* assume un significato messianico, suggellato dal sacrificio della vita, dalla *Bewährung*, dalla "prova", come direbbe Max Weber. La morte non è la fine di un

individuo: come il mito greco, essa genera una tradizione, un'epica che diventa patrimonio collettivo, nel ricordo o memoria.

Alberto Bernini
Università di Parma
famber3@virgilio.it

Melina Girardi Fachin, *Direitos Humanos e Fundamentais. Do discurso teórico à prática efetiva. Um olhar por meio da Literatura*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre 2007, 142 pp.

Melina Girardi Fachin, experta en derechos fundamentales, ha publicado recientemente este libro sencillo y a la vez original, en el que propone un análisis teórico-práctico de los derechos fundamentales a partir de la lectura de un pequeño relato literario de José Saramago titulado *Cuento de la isla desconocida*¹. Con ello, la A. propugna una mirada crítica e innovadora que contiene otras alternativas teóricas a la racionalidad jurídica tradicional, que acercan recíprocamente Derecho y Literatura en el campo de los derechos entendidos como instrumentos de emancipación humana².

No es la primera referencia a las posibilidades libertadoras del recurso a la literatura en el ámbito de la teoría crítica de los derechos humanos. Martha Nussbaum³, por ejemplo, enfatiza la sorprendente diversidad y la compleja belleza del lenguaje imaginativo de la literatura como fuente de nuevos discursos jurídicos de deconstrucción y reconstrucción de la teoría emancipadora de los derechos. De igual manera, este libro versa sobre las variaciones del discurso jurídico y de la narrativa literaria atendiendo siempre a ese carácter emancipador, además de reflejar la posibilidad de un derecho(s) cuya narrativa pueda deconstruirse para apuntar sus deficiencias y, de nuevo, reconstruirse a partir del principio de dignidad humana y la búsqueda de la realización efectiva de la justicia y la democracia. Este trabajo persigue, en definitiva, comprender los derechos humanos y los derechos fundamentales a través de una narrativa jurídica transformadora que reconstruye el Derecho sobre bases radicalmente comprometidas con la democracia y la justicia material.

Estructuralmente, el libro consta de tres grandes bloques. En el primero de ellos, la A. comienza con el estudio de las diversas formas de pensar la relación entre Derecho y Literatura, aunque sin

¹ Ha acudido también al relato de Saramago con aplicación a otros temas, entre nosotros, Calvo González, J., “Apólogos sobre identidad moral como heteronomía”, *Contrastes. Revista Interdisciplinaria de Filosofía*, VII, 2002, pp. 167-176, y “Sobre Derecho y geografías simbólicas. Notas para una Islandia jurídica”, *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*. UNSA (Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa. Perú). Nueva Era, 7, 2005, pp. 429-448.

² Vid. otros trabajos de la A.: “Todos os nomes e um solo sentido: a aproximação dos direitos humanos aos direitos fundamentais tendo em vista sua efetivação prática”, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, 3, 2006, pp. 51-75 [a partir de la obra de José Saramago, *Todos os nomes* (1997), Companhia das Letras, São Paulo, 2001]; “Nos. Reflexões acerca da formação e consolidação da concepção universal dos direitos humanos e fundamentais”, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, 6, 2007, pp. 4-33 [a partir de la obra de Thrity N. Umrigar, *A Distância entre Nós*, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro 2006].

³ Nussbaum, M., *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini, Andrés Bello, D.L., Santiago de Chile 1997, *passim*.

pretender una clasificación taxativa. Se refiere, así, al Derecho en la Literatura (*law in literature*), Derecho como Literatura (*law as literature*), Derecho de la Literatura (*law of literature*) y Literatura y Reformas jurídicas (*literature and legal reforms*)⁴. Este último modo de relación parece interesar especialmente a la A. quien entiende que la literatura puede ser una gran fuerza motriz para proponer y problematizar el rumbo jurídico-social. Le importan, precisamente, las posibilidades de liberación del fenómeno jurídico de los corsés positivistas cuya distancia de la realidad social puede ser corregida por el imaginario del discurso literario. Según explica la A., la razón jurídica dotada de imaginación se convierte en algo positivo frente al dogmatismo frío y cruel del estudio científico. Tanto el Derecho como la literatura son productos de la subjetividad humana y, por tanto, ambos poseen una vocación emocional irrefrenable. La literatura no desecha la razón, sino que la conduce a través de la fantasía y la creatividad para la realización de la justicia material.

A partir del *Cuento de la Isla Desconocida*, Girardi Fachin inquiera escapar de la visión tradicional de los derechos para poder así proceder con su reconstrucción. Con este fin, es preciso buscar mecanismos de aproximación entre el discurso teórico y la protección efectiva de los derechos. El recurso de la isla desconocida es utilizado como método para explicar los caminos teórico-prácticos hacía nuevas formas de pensar y proteger los derechos.

En la segunda parte del libro, la reconstrucción teórica de los derechos propuesta por la A. parte de la elección de un término y un concepto adecuados. Se trata de una discusión aneja a la Teoría de los derechos y de la que ya existe una amplia discusión en otros escritos. En esta ocasión, siguiendo al prof. Pérez Luño y no sin ciertas reservas por mi parte, la A. considera complementarias las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales. Derechos humanos queda definido en este trabajo como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que en cada momento histórico va siendo concretado según las exigencias de la dignidad humana en derechos fundamentales, esto es, en exigencias morales ya positivizadas y garantizadas en un ordenamiento jurídico en particular⁵.

⁴ Vid. acerca de ello, extensamente, Calvo González, J., "Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 2007, pp. 307-332. También en Calvo González, J. (dir.), *Implicación derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Comares, Granada 2008, pp. 3-27.

⁵ E. Pérez Luño opta por la noción de "derechos humanos" ya que no cree oportuno discutir un cambio de terminología. Luño define los derechos como "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales *deben ser* reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional" (Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1984, p. 48). Se enfatiza el proceso histórico de positivización por el cual estas facultades e instituciones que son derechos naturales en un sentido deontológico *tienden* históricamente a conformarse como derechos fundamentales al positivizarse en las Constituciones. Precisamente por esto, este autor se incluye dentro de un iusnaturalismo deontológico muy matizado y cercano al propio dualismo. Peces Barba afirma que "Al utilizar el término 'derechos humanos' podemos estar refiriéndonos a una pretensión moral, o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica, pero en el primer caso a la pretensión moral se la reviste de los signos de lo jurídico al llamarlo 'derecho'. Dicho de otra manera es un uso ambiguo...", "'Derechos Humanos' no es la expresión adecuada y aquí el consentimiento universal que se desprende de su utilización generalizada, no es razón para aceptarla como base de un proceso de reflexión que lleve a la comprensión de lo que se quiere identificar..." (Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales*, BOE/UCIII, Madrid, 1999, 1ª ed. 1995, p. 24)

Con todo, la defensa del término de derechos humanos que se traduce en la elección por un concepto de derechos más allá de los ordenamientos jurídicos en particular es una opción legítima aunque criticable desde el punto de vista del positivismo corregido que sólo aceptaría la relación de los derechos con una moral previamente legalizada, esto es, también concretada en un momento histórico en particular. Esto significaría que más allá de los ordenamientos jurídicos concretos sólo pueden existir exigencias morales pero no verdaderos *derechos*⁶.

Así pues, la elección de Girardi Fachin por el término de derechos humanos junto al de derechos fundamentales es una entre varias posibles. Es cierto que en nuestra cultura occidental tanto ésta opción más próxima al llamado iusnaturalismo deontológico como la otra del positivismo corregido tienen las mismas consecuencias prácticas en tanto que nuestra historia ha venido a legalizar las exigencias morales de la dignidad humana en textos jurídicos. Es decir, las exigencias morales defendidas históricamente son ya hoy *derechos* en los países occidentales. Sin embargo, incluso dentro del mundo occidental, el problema sigue siendo aún la concreción de su contenido y su protección efectiva. Las opciones difieren teóricamente y, como también defiende la A. en este texto, teoría y práctica están tan íntimamente unidas que, necesariamente, optar por un punto de vista teórico u otro tiene sus consecuencias prácticas en el ámbito de la protección efectiva de los derechos. Esto es un enclave importante a tener en cuenta.

A continuación, el libro se centra en el concepto histórico de derechos haciendo alusión a los procesos y generaciones de derechos, aunque sin defender su categorización cerrada. De hecho, la inclusión de los derechos en una u otra generación no siempre se corresponde con el momento cronológico de su nacimiento o positivización. La división en generaciones no puede utilizarse como instrumento de jerarquización de los derechos ya que todos forman un conjunto inseparable fundamentado en la dignidad humana⁷. La A. coincide con esta afirmación y, por ello, defiende la necesidad de una nueva perspectiva de los derechos más integradora, crítica y contextualizada.

⁶ Para el dualismo de autores como Peces Barba, la expresión más adecuada para referirse a esta figura es la de “derechos fundamentales” ya que expresa tanto una moralidad básica como una juridicidad básica. En este sentido no sería necesario separar los derechos en “humanos” y “fundamentales”, como así lo ha hecho Pérez Luño. Los derechos fundamentales quedan conceptuados como “1. Una pretensión moral justificada, es decir, generalizable y susceptible de ser elevada a ley general, con un contenido igualitario para sus posibles destinatarios, sean éstos los hombres y los ciudadanos (genéricos) o mujeres, niños, trabajadores, consumidores, minusválidos (específicos o situados en una categoría con rasgos propios y distintivos); 2. Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales. Esto exige que esa pretensión moral sea susceptible técnicamente (...) de ser incorporada a una norma (...) que pueda obligar a los correlativos destinatarios de las obligaciones que se desprenden de ese derecho, que sea susceptible de garantía y de protección judicial y que se pueda atribuir a sus titulares como derechos subjetivo, como libertad, como potestad o como inmunidad”. Dice Peces-Barba que “Por eso parece razonable sostener que los derechos fundamentales sólo se pueden entender plenamente cuando la moralidad que representan está incorporada al Derecho positivo, con el impulso último del hecho fundante básico que sostiene el Ordenamiento y que es el poder político, el Estado”. Vid. Peces-Barba Martínez, G., “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, 1, 1993, p. 76.

⁷ Esta idea ha sido defendida claramente en texto como el de Rabossi E., “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, en *Lecciones y Ensayos*, 69-71, 1997/1998, pp. 41-51. Vid. también Garganella, R., “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Jueces para la Democracia*, 31, 1998, p. 11.

Por otra parte, el fundamento del conjunto de derechos no ha de ser absoluto, tal y como afirma Bobbio, sino un fundamento relativo que confiera las “mejores razones” para los derechos⁸. La A. opta por la fundamentación propuesta por el dualismo de la Escuela de Peces Barba según el cual los derechos tienen una base histórica y dialéctica al ser realidades dinámicas influenciadas por el contexto espacio-temporal en el que están situadas⁹. Aún con todo, esta fundamentación se complementa con otra consensualista que, sin embargo, Girardi Fachin no desarrolla en profundidad. En cualquier caso, sí es una apuesta para escapar de una supuesta moral objetivizada más propia de mundo occidental y que introduce los derechos en la esfera del diálogo intercultural¹⁰.

La dignidad humana se define, entonces, como un *principio-fundamento*. Un concepto abstracto concretado históricamente en derechos fundamentales¹¹. Un “superprincipio” constitucional que sirve de guía a todo el ordenamiento jurídico. Se trata más de una meta del ordenamiento que va

⁸ Esta tesis fue formulada en la ponencia “Sobre el fundamento de los derechos del hombre” del Simposio en L’Aquila del 15 al 19 de septiembre de 1964 y reiterada en “Presente y porvenir de los derechos” en otro Simposio en Turín en diciembre de 1967. En cualquier caso las traducciones españolas tienen esta referencia: Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El problema de la guerra y las vías para la paz*, trad. Jorge Binaghi, Gedisa, Madrid 1982, p. 128 y en “Sobre el fundamento de los derechos del hombre” y “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, *Sistema*, Madrid 1991, pp. 61 y 63.

⁹ Vid. entre otros escritos Peces-Barba Martínez, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 326; Id., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid 1988, pp. 264, 339-340.

¹⁰ El problema fundamental es que la respuesta de autores como Peces-Barba puede ser entendida como la búsqueda de un fundamento de los derechos en una Moral determinada formada históricamente en los países occidentales. La teoría de Peces-Barba puede ser matizada por el mismo positivismo a través de autores como L. Prieto Sanchís o R. de Asís quienes defienden la idea consensual de los derechos y las necesidades humanas. L. Prieto Sanchís se adhiere a la concepción dualista y afirma que “los derechos constituyen una categoría del Derecho positivo y sólo adquieren eficacia allí donde éste los reconoce; pero no son un invento del Derecho positivo, sino que, al margen y con independencia de las determinaciones del poder, encarnan unos valores costosamente labrados desde la filosofía del humanismo, valores que gozan de un fundamento suficiente y en favor de los cuales es posible aportar razones morales”. Prieto Sanchís critica la fundamentación iusnaturalista y racional, puesto que ésta se refiere tan sólo a un tipo incompleto y parcial de derechos humanos, esto es, se centra en aquellos derechos naturales, derechos que se justifican racionalmente como un bien moral común e idéntico para todo hombre, y “no alcanza a contemplar las necesidades reales del hombre en su específica condición social”. Para la superación de este modelo, propone una fundamentación histórica y consensual de los derechos según la cual, por un lado, los derechos se deben insertar en su marco histórico y estar vinculados a las necesidades reales y, por otro, los valores de dignidad, libertad e igualdad no aparecen como atributos del hombre natural sino como un resultado posible y abierto a la actividad racional y comunicativa de los propios individuos (Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990, pp. 17-18, 36, 549).

Por su parte, Rafael de Asís indica como punto de partida las normas jurídicas que establecen derechos fundamentales y que tienen una base moral común el reconocimiento de la dignidad del hombre, “entendiendo ésta como el respeto a la autonomía y libertad de los hombres, únicas condiciones para la relación con los otros en la comunidad plural”. Para este autor la base moral es una base constatable, pero no debe ser impositiva. Lo que sí es impositivo son esos criterios que traídos del ámbito de la moral se insertan en el Ordenamiento jurídico. En definitiva, lo que hay que hacer es justificar esos criterios ya formulados a partir del diálogo intersubjetivo que da lugar a un acuerdo abierto en el tiempo. De esta manera, el consenso así entendido evoluciona en la historia, con lo cual conectamos a ésta con la razón. Al ser autoasumida y constituida por todos, debe estar abierta a todo tipo de nuevas propuestas” (De Asís, R., “Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos”, en Muguerza y Otros, *El fundamento de los derechos*, Debate, Madrid 1989, pp. 67-68, 74)

¹¹ Peces Barba la define más claramente: “La dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada...es un más un *prius* que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalidad, o lo que es lo mismo en Derecho positivo justo. Es fundamento del orden político y jurídico...tiene un puesto relevante aunque prepolítico y prejurídico...es el motivo de decisiones basadas en valores, principios y derechos...pero no es contenido del Derecho...no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera sólo principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse. Genera a lo largo de la historia...una reflexión sobre los medios para ser alcanzada, y de esa reflexión surgirán los contenidos de la ética pública. No se puede reprochar la falacia naturalista, porque sus preceptos no derivan de la naturaleza o condición humana sino de una mediación racional que estipula un deber ser para convertirse en esos proyectos de dignidad en dignidad real...” (Peces-Barba Martínez, G., *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Madrid 2002, pp.64-65)

adaptándose a la realidad social en su conjunto para concretar un *mínimo existencial* que garantice las necesidades básicas de los individuos y de la comunidad y que, por fuerza, requiere tanto de la intervención estatal como, igualmente, de la participación de la sociedad civil organizada¹².

Esto conecta con otra idea no tratada por la A. respecto a la división entre, por un lado, derechos individuales, civiles y políticos y, por otro, derechos económicos, sociales y culturales, división basada fundamentalmente en el hecho de que los primeros generan obligaciones negativas mientras los segundos solamente dan lugar a obligaciones positivas. En base a esta afirmación, se ha entendido que los derechos sociales son derechos meramente prestacionales que generan actitudes pasivas por parte de los ciudadanos y que, necesariamente, dependen de factores exteriores para su completa satisfacción. Sin entrar a fondo en este tema, considero, no obstante, que se debería haber hecho mayor hincapié en este libro en la necesidad de tratamiento conjunto de todos los derechos como instrumentos que generan todos, en mayor o menor medida, obligaciones positivas y negativas. Así pues, insisto, en su conjunto, todos los derechos tienen como fundamento la dignidad humana y, por tanto, todos favorecen la participación ciudadana.

En relación a este tema, se encuentra el de la eficacia de los derechos fundamentales que es tratado en otro apartado del trabajo. En este punto, citando a Alexy, se defiende la irradiación y fuerza de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico¹³. Desde este punto de vista, los derechos no se comprenden únicamente como instrumentos frente al poder que demandan la abstención de los poderes públicos en vías al respeto del ámbito de la autonomía del individuo. Por el contrario, los derechos se conciben también como mecanismos que generan obligaciones positivas de los poderes públicos para su completa y eficaz satisfacción. Además, la eficacia de los derechos ha de ser entendida también entre particulares en base al principio de dignidad humana. Se precisa que todos los individuos asuman conciencia práctica de su papel y función como agentes activos en la satisfacción de los derechos.

En el tercer y último bloque del libro, Girardi Fachin atiende a la aplicabilidad directa de los derechos en tanto normas constitucionales y, por tanto, a su auténtica eficacia jurídica¹⁴. Tocar este

¹² Cualquier derecho genera para el Estado un entramado de obligaciones positivas y negativas, de tal modo que no cabe encontrar en una posible distinción conceptual tajante la causa justificativa del tratamiento jurídico diferente que existe entre derechos individuales, civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales (Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 257). Las diferencias entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales (Abramovich, V. y Courtis, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2002, pp. 24-25. Vid., asimismo, Abramovich, V. y Courtis, Ch., “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Contextos. Revista crítica de derecho social*, 1, 1997, pp. 3-55; Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid 1994, pp. 17-21; y Rabossi, E., “Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica”, *Revista de IIDH*, 18, 1993, p. 53.

¹³ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 507.

¹⁴ Los derechos fundamentales tienen valor normativo inmediato y directo ya que toda la Constitución lo tiene, lo cual abarca a todos los tribunales y, en todo caso, no sólo al TC, y ello en virtud del principio de sujeción a la Constitución (art. 9.1) y del principio de ‘iura novit curia’ (García De Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Civitas, Madrid 2002. Vid. asimismo la jurisprudencia del TC: en la STC de 2 de febrero de 1981 se establece que en la Constitución, como norma

punto esencial de la Teoría de los derechos ha sido realmente un acierto ya que es, quizás, en este aspecto donde es más preciso avanzar y dar un paso firme frente aquella idea falsa que hace depender la eficacia de los derechos de sus garantías. Los derechos son fundamentales independientemente de sus garantías. En primer lugar, porque son concreciones de la dignidad humana y de los valores de la libertad, igualdad solidaridad. En segundo lugar, porque al insertarse en la norma superior de un ordenamiento jurídico adquieren un papel esencial como normas de identificación de normas que hacen de *test* de validez sustancial del resto de las normas jurídicas¹⁵.

Para fijar el concepto jurídico de derechos hace falta una reconstrucción de la categoría a partir de contenidos mínimos aunque siempre abiertos al diálogo social. Esto significa que los derechos no pueden hacerse depender de políticas sociales y económicas sino ser siempre garantizados en base al principio de dignidad humana. Con este objetivo, las reformas del sistema político-jurídico y económico-social deberían ser alteraciones estructurales encaminadas a conseguir un mundo mejor y más acorde con la idea de justicia incorporada en nuestros ordenamientos actuales. Las propuestas van dirigidas a una mayor democratización de los diferentes sectores de la vida social. Los ciudadanos ya no son objeto de las acciones estatales que determinan cuáles son sus necesidades más íntimas y elementales, sino que se convierten en interlocutores. Los esfuerzos se dirigen a una nueva regulación (que no *desregulación* como proponen los sectores liberales) en sentido procedimental y organizativo para crear los que se califica de “Derecho reflexivo”, es decir, con esta propuesta se intenta sustituir la intervención por una labor facilitadora en la que el Derecho regule procedimientos, mecanismos de toma de decisiones y formas de participación y organización que hagan posible la “autorregulación”. Se trata de crear un marco formal flexible que, también influenciado por la propias necesidades elementales y la dinámica social, permita la creación de condiciones estructurales favorables al desarrollo de una “conciencia organizativa” que refleje el equilibrio entre función y actividad del sistema social, o también que potencie una nuevo de criticismo o ciudadanía conflictiva¹⁶.

En este sentido, el recurso a la literatura como fuente emancipadora hacía islas desconocidas, esto es, hacía nuevas formas de pensar y ver el mundo en relación a los derechos fundamentales puede aportar puntos de vista y mecanismos eficaces para conseguir un mundo más justo.

Cristina Monereo Atienza
Universidad de Málaga (España)
cmonereo@uma.es

jurídica, no existe distinción alguna entre normas de eficacia directa y principios que necesitan desarrollo legislativo; la distinción no es técnica, sino más bien material y política. Otras sentencias son la de 21 de mayor de 1979, 3 de julio de 1979, 27 de octubre de 1979 o 5 de noviembre de 1979.

¹⁵ Palombella, G., “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”, *Doxa*, 22, 1999, pp. 525-579, y Id., *La autoridad de los derechos*, trad. J. Calvo González y C. Monereo Atienza, Trotta, Madrid 2006, *passim*.

¹⁶ Bea Pérez, E., “Los derechos sociales y el Estado de bienestar”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp.124 y ss.