

GIOVANNI TUZET

DIRITTO E LETTERATURA: FINZIONI A CONFRONTO

How is poetry to interpret valuable meanings of life, how to animate to the execution of them; how is it to be kept from the evils that threaten it, from the frivolous, the sensual, the artificial? [...] Truth, and truth alone, can do this.

(J. Dewey)

1. *L'arte della giurisprudenza e il potere delle lettere*

Perché scrivere su diritto e letteratura? Perché guardare al diritto in termini letterari? O perché, più curiosamente ancora, guardare alla letteratura in termini giuridici? Per pensare la letteratura con più rigore e il diritto con più immaginazione, è la ragione che trovo più suggestiva e preferisco. Ma non è la sola. Per arricchire la conoscenza del diritto attraverso la conoscenza della letteratura, è un'altra importante ragione.

Nel corso del Novecento ma non solo, molti autori hanno adottato questi approcci. L'idea da cui muovono gli studi su diritto e letteratura è quella di confrontare il diritto con altre discipline, le pratiche giuridiche con altre pratiche, il sapere giuridico con altri saperi, per metterne in luce aspetti altrimenti in ombra. Una delle forme in cui l'idea si è declinata è appunto quella di un confronto fra diritto e letteratura; negli Stati Uniti, dove l'idea ha conosciuto una particolare fioritura, si è dato il nome di *Law and Literature* alla corrente di studi che ne sono nati. Risalendo ai primi decenni del secolo scorso si possono ricordare i nomi di John Wigmore e Benjamin Cardozo; per venire ai nostri anni quelli di Richard Weisberg, Richard Posner e Richard Rorty⁽¹⁾. Più spesso si tratta di giuristi con interessi letterari che di letterati

⁽¹⁾ Per il dibattito americano, vedi G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), ed. it. a cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 2001, cap. 8. Per una ricostruzione più ampia, comprendente le discussioni europee nel corso del Novecento, vedi A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001.

con interessi giuridici. Ma non mancano linguisti che analizzano il linguaggio giuridico e la sua semiotica⁽²⁾.

Si tratta di una corrente di studi omogenei nel metodo e nei contenuti? Niente affatto. Gli studi che si usano collocare in tale corrente sono molto diversi fra loro. Ciò nonostante una partizione generale può esserne fatta. Grosso modo, si possono distinguere due tipi di approcci: 1) l'approccio che studia il diritto *nella* letteratura (*Law in Literature*); 2) l'approccio che studia il diritto *come* letteratura (*Law as Literature*).

Il primo consiste nell'analisi, descrizione, interpretazione dei temi giuridici presenti in opere letterarie: descrizione di come i letterati vedono il diritto, dei problemi giuridici affrontati in certe opere, degli ideali giuridico-politici evocati attraverso scritti letterari. Ad esempio, lo studio dei profili giuridici di un'opera come *Il processo* di Kafka.

Il secondo approccio, invece, consiste nell'analisi e descrizione degli aspetti letterari delle pratiche giuridiche: descrizione delle tecniche retoriche degli avvocati, degli aspetti linguistici e letterari delle sentenze, degli aspetti estetici delle dottrine giuridiche. Ad esempio, in un contesto di *common law*, lo studio delle qualità letterarie di celebri opinioni giudiziali⁽³⁾.

Ci si può chiedere quali siano le premesse di tali approcci. Secondo la ricostruzione di Gary Minda, il movimento noto come *Diritto e Letteratura* si definisce essenzialmente sulla base di due premesse: la prima consiste nell'aspetto etico del diritto, la seconda nella natura linguistica che accomuna diritto e letteratura.

Una delle principali premesse dottrinali di questo movimento è che lo studio della letteratura è utile per analizzare la natura etica del diritto: che il pensiero e la pratica letterari hanno cose da dire sui temi umani nel diritto. Un'altra premessa è che diritto e letteratura sono intimamente collegati, poiché entrambi dipendono dal linguaggio e da un modo di leggere, scrivere e parlare che comporta pratiche interpretative simili⁽⁴⁾.

La prima premessa è alla base della prospettiva del diritto *nella* letteratura. La seconda alla base della prospettiva del diritto *come* letteratura. La prima, secondo Minda, può dare luogo ad una *teoria letteraria del diritto*. La seconda ad una *teoria interpretativa del diritto* sul modello della critica

(2) Si possono segnalare in tal senso, nella letteratura italiana recente, questi due lavori: B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Einaudi, Torino, 2001; M.A. CORTELAZZO e F. PELLEGRINO, *Guida alla scrittura istituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

(3) Si ritiene che John Wigmore abbia iniziato il filone di ricerche noto come *Law in Literature* e che Benjamin Cardozo abbia iniziato il filone noto come *Law as Literature* (cfr. A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 15-18).

(4) G. MINDA, *op. cit.*, p. 248.

letteraria⁽⁵⁾. Analogamente, in uno dei pochi studi complessivi su diritto e letteratura apparsi nella letteratura italiana, Arianna Sansone definisce tale corrente attraverso la delimitazione del campo di indagine.

Il campo del *diritto e letteratura* si occupa, in via generale, della ricognizione di aspetti della problematica e dell'esperienza giuridica esposti nelle opere letterarie e dell'esame del contributo della letteratura nella formazione della cultura giuridica. Esso si occupa, inoltre, della valutazione di ipotesi di estensione dei metodi della critica letteraria all'analisi del ragionamento giuridico e all'interpretazione della norma giuridica e della sentenza giudiziaria⁽⁶⁾.

In questa definizione sono presenti entrambi gli approcci, il diritto *nella* letteratura e il diritto *come* letteratura. La distinzione è peraltro suscettibile di essere precisata o modificata sulla base di più articolate considerazioni. Minda ne precisa ad esempio tre forme⁽⁷⁾:

- a) la forma *letteraria*, che studia le rappresentazioni del diritto nelle opere letterarie (diritto *nella* letteratura);
- b) la forma *interpretativa*, che studia le (comuni) modalità interpretative dei testi giuridici e letterari (una forma di diritto *come* letteratura);
- c) la forma *narrativa*, che studia la struttura narrativa del diritto (un'altra forma di diritto *come* letteratura).

Per la terza di queste forme, in particolare, il diritto e le teorie giuridiche non sono che *storie* da leggere in connessione con altre storie. Sansone distingue invece cinque prospettive⁽⁸⁾:

⁽⁵⁾ Sembra peraltro che l'attenzione di Minda sia rivolta piuttosto alla prima prospettiva. "Gli appartenenti al movimento credono che la fondamentale dimensione umana del diritto moderno possa essere scoperta attraverso lo studio dei grandi lavori della letteratura, della critica letteraria e dell'interpretazione narrativa. In entrambi i casi, il testo narrativo e gli studi letterari sono diventati strumenti efficaci per cogliere l'elemento umano mancante negli studi giuridici. Si potrebbe dire che il movimento «Diritto e letteratura» prosegua il progetto moderno dell'Illuminismo offrendo un fondamento unico ed umanistico al diritto: considerare seriamente l'umanità sottostante al diritto e all'interpretazione giudiziale. In questo modo gli esponenti del movimento «Diritto e letteratura» cercano di rendere il diritto più puro nelle sue aspirazioni. La prospettiva del movimento tenta di inserire i valori umani nel diritto, così da perfezionare gli studi dottrinali tradizionali" (G. MINDA, *op. cit.*, p. 264).

⁽⁶⁾ A. SANSONE, *op. cit.*, p. 1.

⁽⁷⁾ G. MINDA, *op. cit.*, p. 254.

⁽⁸⁾ A. SANSONE, *op. cit.*, cap. 3.

- (i) la prospettiva di *storia e antropologia giuridica*, in cui la letteratura viene intesa come fonte di comprensione sia delle origini della regolamentazione normativa della convivenza sociale e politica, sia delle fondamentali nozioni giuridiche;
- (ii) la prospettiva *sociologico-giuridica*, in cui la letteratura è considerata un terreno d'esame dei comportamenti sociali riferiti all'ordinamento giuridico e alle singole norme;
- (iii) la prospettiva *filosofico-politica*, in cui la letteratura può essere strumento per costruire il senso di comunità e promuovere forme di solidarietà;
- (iv) la prospettiva della *filosofia del diritto* che si occupa di *teoria della giustizia*, in cui la letteratura è concepita come campo di indagine sui fondamenti della giustizia, del diritto e dei principi giuridici che presiedono alla tutela dei diritti fondamentali;
- (v) la prospettiva della *filosofia del diritto* che si occupa di *teoria generale del diritto*, in cui i metodi d'analisi e interpretazione delle opere letterarie possono contribuire ai metodi d'analisi e interpretazione del diritto.

Qui non procederò ad un'analisi e valutazione di tali o altre articolate distinzioni. Piuttosto, cercherò di rendere conto della distinzione generale fra i due approcci, indicandone alcuni rispettivi punti di forza e di debolezza. In seguito, cercherò di delineare un terzo, più ambizioso approccio, consistente nell'analisi concettuale e comparativa di alcune nozioni comuni a diritto e letteratura. Infine cercherò di mettere in opera tale approccio comparativo, considerando una nozione rilevante tanto per il diritto quanto per la letteratura: quella di *finzione*.

Prima di procedere mi sia consentito aggiungere quanto segue. Come si è detto, gli studi di diritto e letteratura sono più spesso studi di giuristi che di letterati. E più spesso sono studi di opere narrative⁽⁹⁾. In particolare si ritiene che il romanzo, almeno nella nostra cultura, sia il genere più indicato per esprimere una posizione morale e fare presa su un ampio pubblico. Ma queste ragioni non sono rilevanti per i fini teorici che il presente scritto cercherà di indicare; anzi si può ritenere che una più forte conferma delle tesi che vorrei sostenere viene dalla loro tenuta rispetto alla poesia. Sosterrò infatti, fra le altre cose, che la *coerenza* è una condizione necessaria di una buona finzione, sia giuridica che letteraria. Ora la coerenza è un'esigenza più forte in prosa che in poesia; se è dimostrabile che vale in poesia, *a fortiori* vale in prosa. Cercherò di sostenerlo riferendomi a un esempio che mi pare particolarmente significativo: l'*Orlando furioso* di Ariosto⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Sulle ragioni per preferire i romanzi alla lirica e ad altri generi letterari, cfr. M. NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile* (1995), trad. di G. Bettini, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 24-29.

⁽¹⁰⁾ Utilizzerò l'edizione del 1532, la terza ed ultima curata dal poeta, nella versione stabilita da Cesare Segre: L. ARIOSTO, *Orlando furioso*, Mondadori, Milano, 1976.

2. Il diritto nella letteratura

Uno dei rappresentanti più tipici dell'approccio detto *Law in Literature* è Richard Weisberg. In un libro del 1984 analizza alcuni romanzi di Dostoevskij, Flaubert, Camus, Melville e il modo in cui tali opere fanno emergere certi problemi etici attraverso una trama con elementi giuridici o di argomento giudiziario⁽¹¹⁾. Per Weisberg, la letteratura è di aiuto nella riflessione sui più importanti problemi giuridici, politici e morali. In questo senso si parla di prospettiva *etica* del *Law in Literature*⁽¹²⁾: studiare i modi e le forme in cui le lettere ci rendono più sensibili alle questioni etiche e alle grandi questioni della vita sociale e del diritto. Per fare qualche esempio classico: che fondamenti hanno il diritto penale e la punizione dei crimini? come conciliare libertà individuale e convivenza, autonomia e giustizia sociale? Per avvicinarci alla sensibilità dei nostri giorni: cosa significa essere cittadini di una nazione? come salvaguardare la propria identità senza discriminare o prevaricare quelle altrui? Domande come queste possono trovare risposte in opere letterarie, risposte che possono essere tanto più persuasive quanto più riuscite sono le opere.

Su questa linea si collocano anche i lavori, peraltro molto noti, di Richard Rorty, benché non si occupino di diritto in senso stretto ma in un senso più ampio comprendente la filosofia politica e morale⁽¹³⁾. Un suo libro del 1989, *La filosofia dopo la filosofia*, è dedicato in larga parte a riflessioni etiche e politiche suscitate da opere letterarie (di Proust, Nabokov, Orwell). Rorty sostiene che per il perseguimento di certi obiettivi, come ridurre la crudeltà nelle relazioni umane, ridurre la sofferenza, aumentare la solidarietà, sono più utili le grandi opere letterarie, capaci di suscitare le giuste emozioni e riflessioni, che un'analisi dei concetti di crudeltà o sofferenza. Ci sono libri, dice Rorty, che ci insegnano ad essere meno crudeli. Il che è vero in qualche misura. Ma è tanto vero quanto retorico, si potrebbe sospettare. Si immagini qualche esempio. Colpire intenzionalmente degli innocenti è senz'altro crudele. Ma distruggere un aereo con passeggeri a bordo che sta precipitando su un centro urbano è crudele? La realtà può presentare dei casi difficili in cui

⁽¹¹⁾ R.H. WEISBERG, *Il fallimento della parola: figure della legge nella narrativa moderna* (1984), trad. it. di A. Fabbri, Il Mulino, Bologna, 1990. Come altri studi di *Law in Literature*, cfr. J.B. WHITE, *When Words Lose Their Meaning. Constitutions and Reconstructions of Language, Character, and Community*, The University of Chicago Press, 1984; ID., *The Edge of Meaning*, The University of Chicago Press, 2001.

⁽¹²⁾ Cfr. A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 78-79, 88-91. Considerazioni in questo senso possono trovarsi anche in J.B. WHITE, *When Words Lose Their Meaning*, cit., pp. 283-285.

⁽¹³⁾ Cfr. in particolare R. RORTY, *Conseguenze del pragmatismo* (1982), trad. it. di F. Elefante, Feltrinelli, Milano, 1986; ID., *La filosofia dopo la filosofia: contingenza, ironia e solidarietà* (1989), trad. it. di G. Boringhieri, Laterza, Roma-Bari, 1989. Su questo aspetto dell'opera di Rorty, cfr. G. MINDA, *op. cit.*, pp. 269-270.

le opere letterarie non ci sono molto d'aiuto. Bombardare una fabbrica di armamenti situata presso una scuola⁽¹⁴⁾ è crudele? Intervenire militarmente ove è in atto una pulizia etnica, assumendo il rischio di colpire anche degli innocenti, è crudele? Le nostre intuizioni morali su casi come questi non sono affatto limpide. In casi come questi dubito che le opere letterarie possano fornire degli adeguati criteri di condotta. Se questo è vero le opere letterarie, senza un'appropriata analisi che solo un approccio filosofico può dare, rischiano di essere degli strumenti retorici incapaci di determinare degli adeguati criteri di condotta e incapaci di apprezzare il reale valore delle idee in difesa di cui, o contro cui, si pongono.

Ad ogni modo, pur se gli scritti di Rorty sono per questi ed altri aspetti criticabili, il suo contributo agli studi di *Law in Literature* è di indubbia rilevanza e suggestione. Questo approccio non è esclusivamente americano, peraltro. In Italia non sono mancati studiosi che lo abbiano adottato, già in anni nei quali l'influenza degli studi americani era ancora a venire. Fra questi studiosi spicca Mario Alessandro Cattaneo. Le sue opere contano saggi su Dante, Goldoni, Parini, Manzoni, Dostoevskij, Tolstoj, Gide, Kafka, fra gli altri. Si tratta di saggi in cui l'autore, con lucida passione e competenza storica, rileva con quale finezza e profondità antropologica grandi scrittori abbiano parlato di giustizia, diritto, crimini e pene, pietà⁽¹⁵⁾.

Fra gli studiosi europei si può segnalare anche il francese Jean Carbonnier, noto sociologo del diritto. Questi ha notato come l'analisi di testi letterari possa essere una modalità di conoscenza del diritto⁽¹⁶⁾. Certi testi possono infatti presentare delle tematiche giuridiche o sollevare delle questioni giuridiche di interesse. In particolare, quando si tratti di testi molto risalenti, possono essere d'aiuto per la conoscenza del diritto di epoche o contesti distanti di cui ci manchino informazioni direttamente giuridiche. A parte simili eventualità, Carbonnier distingue acutamente tre tipi di scrittori e tre rispettivi atteggiamenti letterari nei confronti del diritto: 1) lo scrittore *osservatore*, che osserva e descrive una determinata società; 2) lo scrittore *teorico*, che adotta espressamente un approccio sociologico e si propone di realizzare un'opera tanto

⁽¹⁴⁾ L'esempio è tratto da M.E. BRATMAN, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1987, cap. 10.

⁽¹⁵⁾ M.A. CATTANEO, *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987; ID., *Suggestioni penalistiche in testi letterari*, Giuffrè, Milano, 1992. Cfr. gli spunti in ID., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 65-66, 121-122, 291-292, 375-377; nonché ID., *Riflessioni sull'umanesimo giuridico*, ESI, Napoli, 2004, cap. I su Antigone. Complessivamente, su queste opere di Cattaneo, vedi A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 44-48.

⁽¹⁶⁾ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1994, pp. 179-182. Cfr. ID., *Flexible droit*, cinquième édition, L.G.D.J., Paris, 1983, parte IV.

letteraria quanto sociologica (Carbonnier fa gli esempi di Balzac e Zola); 3) lo scrittore *intuitivo*, che grazie al talento visionario e alla dote di penetrazione, una sorta di occhio interiore, coglie aspetti di una società e di un assetto giuridico che sfuggono ad altri (qui gli esempi sono Dickens e Kafka)⁽¹⁷⁾.

Per restare in ambito europeo è d'obbligo menzionare inoltre la scuola belga di François Ost e Michel Van de Kerchove, molto attiva in questi anni. Un recente libro di Ost concentra la propria attenzione sui racconti fondativi alla base del diritto e della nostra cultura giuridica⁽¹⁸⁾. L'autore esamina gli aspetti giuridici e politici del *Genesi*, dell'*Oresteia* di Eschilo, dell'*Antigone* di Sofocle, le figure di Faust e Robinson Crusoe, gli scritti di Kafka. La tesi centrale di Ost è che all'origine del fenomeno politico e giuridico esista sempre un *racconto fondativo*. Su questa base lo studioso belga sviluppa una specifica 'teoria del diritto raccontato'. Non sono mancati in Italia, peraltro, studi sul diritto nel mondo omerico⁽¹⁹⁾. E per quanto riguarda Sofocle, Michel Foucault si è notoriamente soffermato sulle pratiche giudiziarie greche che emergono dalla vicenda di Edipo narrata nella tragedia sofoclea⁽²⁰⁾.

Ma come si diceva non è questo l'unico approccio possibile nello studio delle relazioni fra diritto e letteratura. Anzi, si può pensare che da un punto di vista teoretico sia il meno interessante, pur essendo il più ricco di suggestioni culturali.

3. Il diritto come letteratura

Tradizionalmente la giurisprudenza si definisce come un'arte. Beninteso se ne devono distinguere gli scopi. È un'arte, nel senso classico della parola,

(17) "Derrière les formes sensibles d'une institution juridique peut se cacher un esprit qui échappe au technicien du droit, qui échappe même à l'écrivain simplement observateur, qui est appréhendé d'instinct par le génie poétique" (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., p. 181).

(18) F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004. Cfr. F. OST, L. VAN EYNDE, PH. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE (a cura di), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001; nonché J. LENOBLE e F. OST, *Droit, Mythe et raison: essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980.

(19) Sull'idea del giusto nell'epica di Omero, si può vedere E. PATTARO, *The Law and the Right*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 1, Springer, New York, 2005, cap. 12. Sull'interazione normativa nella società omerica, cfr. M.P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, Giuffrè, Milano, 1996.

(20) M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche* (1973), introduzione di L. d'Alessandro, La città del sole, Napoli, 1994, cap. 2.

che ha scopi ben diversi dalla scultura o dalla danza. Ciò non toglie che il diritto possa avere degli aspetti di rilevanza artistica. Vi può essere un aspetto artistico nelle arringhe e nelle sentenze, soprattutto in quelle più efficaci per capacità persuasiva. Inoltre vi sono aspetti estetici nelle classificazioni e spiegazioni dottrinali. La giurisprudenza intesa come insieme di dottrine elaborate dai giuristi ha certamente dei profili estetici. Così come in campo scientifico, a parità di supporto empirico, si possono preferire le ipotesi esteticamente più appetibili, in campo giurisprudenziale, a parità di rispetto del quadro normativo, si possono preferire le dottrine più semplici ed eleganti (secondo il criterio della cosiddetta *elegantia juris*).

Tutto questo è fuori di dubbio. L'approccio noto come *Law as Literature* enfatizza in genere questi aspetti sostenendo che le tecniche di produzione e interpretazione del diritto sono simili alle tecniche di produzione e interpretazione dei testi letterari⁽²¹⁾.

James Boyd White è fra gli studiosi storicamente più importanti per la concezione del diritto *come* letteratura⁽²²⁾. L'accento iniziale di White è soprattutto sul giurista — studioso, giudice, avvocato, legislatore — inteso come *scrittore*, non come interprete di scritti altrui. Il suo importante libro del 1973, *The Legal Imagination*, sviluppa questa tesi di notevole impatto. White si concentra sull'impresa letteraria del giurista che inventa, modella, controlla uno specifico linguaggio⁽²³⁾. A suo giudizio si tratta di un'attività essenzialmente creativa, e se tale è l'attività del giurista, tale sarà il diritto: un'arte essenzialmente letteraria e retorica⁽²⁴⁾. L'accento sull'attività di

(21) Su diritto *come* letteratura cfr. J.B. WHITE, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown and Co., Boston, 1973; S. LEVINSON, *Law as Literature*, "Texas Law Review", vol. 60, 1982, pp. 373-403; S. LEVINSON e S. MAILLOUX (eds.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, 1988; S. FISH, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford University Press, 1989; J. MORISON e C. BELL (eds.), *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

(22) J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, cit.; ID., *When Words Lose Their Meaning*, cit.; ID., *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*, The University of Michigan Press, 1999.

(23) "The art of the lawyer is perhaps first of all the literary art that controls this language. To say as much, and to ask how that language can be controlled — what the lawyer can do with it — is to say that the lawyer is at heart a writer, one who lives by the power of his imagination" (J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, cit., p. 758).

(24) Espressamente: "an art essentially literary and rhetorical in nature, a way of establishing meaning and constituting community in language" (J.B. WHITE, *When Words Lose Their Meaning*, cit., p. xi). Così Sansone ne ricostruisce l'intento: "White si propone di dimostrare che il diritto è un sistema culturale, al quale partecipano l'immaginazione e la creatività letteraria, come componenti del ragionamento giuridico" (A. SANSONE, *op. cit.*, p. 39; cfr. pp. 84-87).

interpretazione sarà invece tipico dei lavori scritti da altri autori fra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso. In lavori successivi, peraltro, lo stesso White sottolinea come le pratiche giuridiche siano anche pratiche di lettura e interpretazione di testi, pur continuando ad aggiungere che ogni lettura è una forma di scrittura ed è un'attività individuale, le cui differenze non sono da condannare ma da valorizzare, senza che ciò comporti un'apologia di scelte soggettive o peggio arbitrarie⁽²⁵⁾.

Venendo ad altri autori, anche a questo approccio Richard Weisberg ha dato dei contributi importanti. Nella prefazione al suo libro *Poethics* (1992), egli ha dichiarato di voler associare le due grandi imprese umane dello stabilire la giustizia e del raccontare storie⁽²⁶⁾. Weisberg riconosce che allo scrittore manca il potere istituzionale dell'operatore giuridico, ma ritiene che essi non differiscano quanto a tecniche e sistemi di valore⁽²⁷⁾. A questo aggiunge che le decisioni giudiziali più importanti si riconoscono per l'eccellenza dello stile⁽²⁸⁾ e che forma e sostanza sono in esse inseparabili⁽²⁹⁾.

L'impostazione di *Poethics*, sebbene affascinante, è discutibile. In primo luogo, sembra riduttivo concepire la letteratura come un 'raccontare storie'. Si può dire che i poeti raccontino storie? Alcuni poeti raccontano storie, senza dubbio. Ma non tutti i poeti raccontano storie. È inoltre ambiguo se non fuorviante dire che i giuristi raccontano storie. Stabilire il giusto è raccontare una storia e viceversa raccontare una storia è stabilire il giusto? Lo studio delle relazioni fra le due discipline non rende loro un buon servizio se procede a dubbie assimilazioni. Chi potrebbe negare che le 'storie' narrate in un processo si presentano come ricostruzioni (plausibilmente) vere dei fatti disputati mentre le 'storie' narrate dai letterati sono propriamente delle finzioni? Forse Weisberg si limita a raccontare una storia?

⁽²⁵⁾ Vedi J.B. WHITE, *When Words Lose Their Meaning*, cit., pp. 270-273. Cfr. ID., *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, "Texas Law Review", vol. 60, 1982, pp. 415-445; ID., *From Expectation to Experience*, cit., cap. 3; ID., *The Edge of Meaning*, cit., cap. 8.

⁽²⁶⁾ R.H. WEISBERG, *Poethics*, Columbia University Press, 1992, p. ix. Di quest'opera ho già discusso in G. TUZET, *Note su diritto e letteratura: naufragi e dérèglement*, "Annali dell'Università di Ferrara", sez. V, 1999, pp. 197-225 (v. pp. 198-202).

⁽²⁷⁾ "Lawyer and writer stand together, the former differing only in his coercive power, not in his technique or value system" (R.H. WEISBERG, *Poethics*, cit., p. x).

⁽²⁸⁾ "Superb judicial decisions are only those crafted superbly; poor decisions reveal their weaknesses through the analysis of style and may not stand the test of time" (*ibid.*, p. 22).

⁽²⁹⁾ "No bad judicial opinion can be 'well written'. No seemingly just opinion will endure unless its discursive form matches its quest for fairness" (*ibid.*, p. 251).

Si consideri l'ambiguità di questo passo:

rightness in a legal decision derives from an imaginative and intuitive process within the adjudicator. This process results in the opinion, and the way in which the adjudicator explains the case determines the rightness or wrongness of the decision⁽³⁰⁾.

In che senso la giustizia di una decisione deriverebbe dal processo immaginativo e intuitivo del giudice? E in che senso il *modo* in cui il giudice rende conto del caso determinerebbe la correttezza o scorrettezza della decisione? La forma determina il contenuto? Ma su che piano si colloca il discorso di Weisberg, descrittivo o prescrittivo? Inoltre ammetto che non mi è chiaro se Weisberg denunci o approvi la retorica nelle decisioni giudiziali — si potrebbe anche pensare (se l'ipotesi non peccasse di perfidia) che ammiri la retorica che denuncia.

Il punto è questo: riconosciuto che a volte le decisioni giudiziali hanno delle qualità estetiche e letterarie, tali qualità giocano qualche ruolo nella giustificazione delle decisioni? Di fatto possono favorire la loro ricezione o il loro impatto, ma non si può sensatamente sostenere che la loro giustificazione dipenda (anche solo in parte) dalle loro qualità estetiche. Infatti dipende da un'adeguata ricostruzione fattuale e da un'adeguata applicazione normativa.

Si consideri com'è analogamente ambiguo il seguente passo di Minda a proposito di Weisberg:

Weisberg ritiene che lo studio della teoria letteraria del diritto fornisca una sorta di "poetica" della giustizia: vale a dire il modo in cui linguaggio e retorica sono usati nel diritto per tradurre il significato giuridico della giustizia. Egli considera il linguaggio e le frasi retoriche delle opinioni giudiziali come più importanti del risultato giuridico, poiché determinano la percezione della correttezza o scorrettezza della conclusione raggiunta⁽³¹⁾.

Ancora: si tratta di un discorso sul piano descrittivo o prescrittivo? Ammettiamo che si tratti del piano descrittivo. Vorrebbe dire che di fatto una sentenza ben scritta trasmette più facilmente la sua correttezza o che una sentenza ben scritta viene più facilmente percepita come corretta? Come si vede, anche sul piano descrittivo la tesi non è priva di ambiguità e mi sembra in ogni caso difficile trovarne una conferma empirica. Supponiamo invece che si tratti del piano prescrittivo. Si può davvero sostenere

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 16. Si deve comunque riconoscere che Weisberg prende le distanze da certi approcci decostruzionisti o postmodernisti (*ibid.*, pp. xii-xiv in particolare).

⁽³¹⁾ G. MINDA, *op. cit.*, p. 258.

che le qualità estetiche di una opinione o decisione giudiziale contribuiscano a renderla una 'buona' opinione o decisione? Fino a che punto la redazione di una decisione giudiziale può essere paragonata alla composizione di un'opera letteraria? Si può sostenere, come Weisberg sembra fare, che una sentenza è giusta se il processo immaginativo ed intuitivo del giudice è capace di donarle (anche) una qualità estetica? Aderire ad un'idea del genere è molto difficile. La giustizia non è una questione di stile, né di capacità intuitive. Questa pretesa sembra irrinunciabile in uno stato di diritto: una sentenza è giusta se pronunciata in base (i) ad un'adeguata ricostruzione dei fatti e (ii) ad un'adeguata applicazione normativa che determini le conseguenze giuridiche dei fatti accertati. Ciò non significa che non sussistano relazioni fra letteratura e diritto. Ma le somiglianze non devono far trascurare le differenze.

Ancor più radicalmente di Weisberg, vi sono autori che negano una netta distinzione fra diritto e letteratura, sostenendo che fra tali discipline non vi sono confini dati per il semplice fatto che non vi sono discipline date⁽³²⁾. Vale a dire: una disciplina è ciò che ne fanno gli studiosi, non è un campo già determinato di studi e problemi. Il che, è in parte vero e in parte falso. Di certo non mancano le mode anche in campo intellettuale, studiosi affermati possono orientare il corso dei dibattiti, nuovi studiosi agguerriti possono lanciare sfide stimolanti. Ma è velleitario pensare che non esistano confini di nessun tipo. Se non esistono limiti precisi, esistono comunque funzioni diverse che discipline diverse sono chiamate a soddisfare. Richard Posner ha sottolineato a più riprese le differenti *funzioni* di diritto e letteratura, senza con ciò negare che vi siano aspetti per cui le due discipline possono utilmente confrontarsi⁽³³⁾. Secondo Posner, il limite del *Law as Literature* è che l'interpretazione di un testo giuridico e di un testo letterario hanno scopi molto diversi. E a meno di non voler abbandonare i nostri ideali di stato di diritto e di civiltà giuridica è difficile dare torto a Posner su questo punto. Ad un neuroscienziato non chiediamo teorie eleganti sul nostro cervello, ma teorie esplicative del suo modo di funzionare. Ad un poeta non chiediamo opere empiricamente confermabili, ma visioni illuminanti sul nostro tempo e la nostra condizione. Ad un giudice non chiediamo discorsi forbiti, ma decisioni ponderate, motivate, giuste.

Nel dibattito che ha seguito la presa di posizione di Posner, Stanley Fish

⁽³²⁾ Ad es. J.B. BARON, *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, "The Yale Law Journal", vol. 108, 1999, pp. 1059-1085. Cfr. S. FISH, *Doing What Comes Naturally*, cit.

⁽³³⁾ R. POSNER, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988 (cfr. la seconda edizione, rivista ed ampliata, del 1998). Cfr. A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 77, 91-94.

ne accoglie la tesi generale (diritto e letteratura sono attività differenti) ma tiene a precisare che non sono le differenze fra i testi giuridici e quelli letterari a determinare le diverse attività: sono le diverse strategie interpretative che costituiscono i diversi tipi di testi, rispettivamente giuridici e letterari⁽³⁴⁾. Le obiezioni di Posner sono considerate anche da White, il quale rileva che la comparazione fra diritto e letteratura sembra dimenticare la dimensione autoritativa del diritto.

To reduce the law to its merely literary aspect would seem to erase the dimensions of politics, authority, responsibility, and power — the whole sense that law is about real consequences — and to substitute for it a kind of empty aestheticism, a celebration of style over substance⁽³⁵⁾.

Inoltre l'espressione "Law and Literature" sembra assumere la nozione di letteratura in un'accezione troppo stretta, snobistica ed estetizzante; l'interesse del tema sta, per White, nelle sue implicazioni culturali, etiche e politiche⁽³⁶⁾. Ma se da una parte White riconosce la dimensione autoritativa del diritto, dall'altra insiste su quella etico-politica della letteratura e aggiunge che i testi giuridici sono oggetto di lettura e interpretazione al pari di quelli letterari⁽³⁷⁾. L'enfasi sulla questione dell'autorità, conclude infatti White, separa falsamente ciò non può essere separato.

Literature and law are both about reason and emotion, politics and aesthetics; they both promise to integrate what that question falsely separates, and to do so by drawing attention to what is at stake whenever one person writes or talks to another⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ "One cannot [...] ground the difference between literary and legal interpretation in the different kinds of texts they address, because the textual differences are themselves constituted by already differing interpretive strategies, and not the other way round" (S. FISH, *Doing What Comes Naturally*, cit., p. 304).

⁽³⁵⁾ J.B. WHITE, *From Expectation to Experience*, cit., p. 53.

⁽³⁶⁾ "For me the very point of reading literature has been to work against such implications of narrowness and cultural segmentation and towards a fuller sense of what is actually at stake when one person uses language to speak to another. What begins as a literary activity in the usual sense — reading literature simply for the love of it — can end in quite a different way, reading with a constant eye to the text as a cultural, ethical, and political performance" (*ibid.*, p. 59).

⁽³⁷⁾ "Of course legal texts are not 'merely aesthetic' texts, to be read for sheer delight, but neither are literary texts in my view simply that; of course legal texts involve the exercise of power by one person over another, as poems do not, but the criteria by which we can judge such exercises is in a deep sense literary, for it is in the reading of the texts that one may find the meaning of a verbal act, including as an act of power, most fully illuminated" (*ibid.*, p. 63).

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 72.

Ma a mio avviso, ripeto seguendo Posner, la comparazione fra diritto e letteratura deve evitare di tradursi in una perdita di specificità: trovare punti di contatto non significa annacquare l'uno e l'altra, limitandosi infine ad evocare una generica dimensione etico-politica che diritto e letteratura avrebbero in comune.

In uno spirito non distante da quello di White, è importante ricordare la tesi di Martha Nussbaum secondo cui la letteratura esercita un ruolo nella realizzazione della giustizia. L'immaginazione letteraria e le emozioni che le opere suggeriscono al lettore contribuiscono ad una riflessione sulla giustizia e ad una interiorizzazione delle sue esigenze e problematiche⁽³⁹⁾. In particolare, sostiene Nussbaum, un aspetto fondamentale dell'immaginazione letteraria è la capacità di immedesimarsi in vicende altrui, di viverne le aspirazioni e i drammi, le gioie e le sofferenze. Questo tipo di sensibilità non può, nella vita pubblica, sostituirsi ai vincoli istituzionali e alle regole morali o giuridiche, ma è essenziale per un giudizio etico.

L'immaginazione letteraria è solo una parte della razionalità pubblica. Credo che sarebbe estremamente pericoloso proporre di sostituire l'immaginazione empatica al ragionamento morale governato da regole, e non è mia intenzione farlo. In realtà, difendo l'immaginazione letteraria precisamente perché mi sembra una componente essenziale di una posizione etica che ci chiede di occuparci del bene di altre persone le cui vite sono lontane dalla nostra⁽⁴⁰⁾.

Su questa base Nussbaum non approva né la pretesa di eliminare ogni aspetto emozionale dal giudizio pubblico né l'eventuale prevalenza delle preferenze emozionali e soggettive sulle valutazioni obbiettive: l'atteggiamento cui esorta è quello (ripreso da Adam Smith) dello 'spettatore imparziale'⁽⁴¹⁾. Tale atteggiamento è svincolato da interessi personali o di parte ma non da una capacità di immedesimazione nelle vicende degli attori; dunque si connota per una partecipazione morale ed emotiva e allo stesso tempo per una posizione obbiettiva. Questo è l'atteggiamento suscitato dalle opere letterarie e che Nussbaum auspica sia tenuto nel giudizio pubblico e in particolare nelle decisioni giudiziali⁽⁴²⁾. La realizzazione della giustizia nei

⁽³⁹⁾ M. NUSSBAUM, *op. cit.* Cfr. A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 100-102.

⁽⁴⁰⁾ M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 16.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, pp. 93-99.

⁽⁴²⁾ "L'emozione simpatetica fondata sulle prove, istituzionalmente vincolata all'appropriatezza e priva di riferimenti alla propria situazione sembra non soltanto accettabile, ma davvero essenziale al giudizio pubblico. Ma è questo genere di emozione, l'emozione dello spettatore imparziale, a essere costruita dalle opere letterarie nei loro lettori, i quali apprendono che cosa significhi provare un'emozione non per «una massa senza volto e indifferenziata», ma per l'«essere umano preso singolarmente nella sua unicità» (*ibid.*, p. 99).

casi concreti, dove appunto sono massimamente necessarie la comprensione delle ragioni e la valutazione delle circostanze specifiche, non può a suo avviso prescindere. Un giudice-letterato è la figura cui infine si appella, ispirandosi alla poetica di Walt Whitman e al suo slancio democratico⁽⁴³⁾.

Prossimo e imparziale, capace di amare senza pregiudizi, di pensare a tutti e a vantaggio di tutti senza prendere le parti di un gruppo o fazione politica, di includere nella “fantasia” la ricchezza e la complessità del mondo interiore di ogni cittadino, il giudice-letterato, come il poeta di Whitman, vede nei fili d'erba la pari dignità di tutti i cittadini [...] (44).

Affinché la sua imparzialità non sia ottusa e la sua giustizia cieca, conclude Nussbaum, il giudice-letterato coltiva la fantasia e la simpatia nel nobile senso del termine.

Come suggerisce Whitman, la “giustizia poetica” ha bisogno di molte risorse non letterarie: la conoscenza tecnica della legge, la conoscenza della storia e del precedente, l'esercizio attento dell'imparzialità. Il giudice deve essere un buon giudice sotto questi aspetti. Ma per essere pienamente razionali, i giudici devono anche essere capaci di fantasia e di simpatia. Devono migliorare non solo le loro capacità tecniche, ma che la loro capacità di essere umani. Se manca questa capacità, la loro imparzialità sarà ottusa e la loro giustizia cieca⁽⁴⁵⁾.

Questo può essere ammesso e contribuire all'intento di pensare il diritto con più immaginazione. Ma c'è un altro elemento che a mio avviso non deve essere trascurato e che assieme alla dimensione autoritativa del diritto e dell'attività giudiziale distingue quest'ultima dalla creazione letteraria. Si tratta della *pretesa veritativa* della decisione giudiziale. Il tema è oggetto di discussione fra filosofi del diritto e teorici del processo civile e penale, ma molti studiosi autorevoli concordano nel dire che uno degli scopi di un processo è quello di determinare la verità quanto ai fatti disputati⁽⁴⁶⁾. Infatti una decisione giudiziale basata su una falsa ricostruzione dei fatti è avvertita come ingiusta. In questo senso, la verità è una condizione necessaria della

(43) Su Whitman e l'ideale democratico cfr. A. FLETCHER, *A New Theory for American Poetry. Democracy, the Environment, and the Future of Imagination*, Harvard University Press, 2004, cap. 6. Significativamente, sulla democrazia in Dewey cfr. C. FARALLI, *John Dewey*, seconda ed., Clueb, Bologna, 1990.

(44) M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 142.

(45) *Ibid.*, p. 143. Forse non si potrebbe dire meglio che per la giustificazione della decisione contano sia l'*ethos* sia il *logos* ma non il *pathos*? Sulla tripartizione in relazione all'oratoria forense cfr. B. MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, pp. 202-224.

(46) Cfr. ad es. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano, 1996.

giustizia. Dunque, se non erro, la decisione giudiziale ha una pretesa veritativa; mentre un'opera letteraria non ha in quanto tale una pretesa veritativa. Anche a questo riguardo possono esserci motivi di discussione; ma sembra potersi dire pacificamente che un'opera letteraria, in quanto finzione, non ha alcuna pretesa di essere letteralmente vera⁽⁴⁷⁾. Questo costituisce un elemento di non trascurabile differenza fra un testo letterario e quel testo giuridico che è la decisione giudiziale.

Riassumendo la discussione condotta fin qui, la dimensione autoritativa del diritto e dell'attività giudiziale in primo luogo e la pretesa veritativa della decisione giudiziale in secondo luogo sono due elementi che pongono un serio limite alle proposte di concepire il diritto come letteratura.

Tuttavia, i sostenitori del diritto *come* letteratura, anche nelle sue versioni più radicali, hanno almeno un argomento non trascurabile cui fare appello e a cui spesso ricorrono assumendolo come punto di partenza: la tesi dell'indeterminatezza o instabilità dei significati linguistici. Tale indeterminatezza, si sostiene, è evidenziata in particolare dalla critica dei testi letterari e andrebbe rilevata con uguale decisione rispetto ai testi giuridici⁽⁴⁸⁾. La questione è di particolare importanza e la discussione su di essa merita un approfondimento.

Un argomento ricorrente fra i sostenitori del diritto come letteratura è che i termini e i testi non hanno un significato *letterale* determinato. Prendendo l'esempio della Costituzione americana, a chi sostenga che il suo significato è quello letterale dei termini con cui è redatta, viene obiettato che i pretesi significati letterali sono i significati stabiliti da una pratica interpretativa e non di più⁽⁴⁹⁾. Può essere allora replicato che i significati si identificano con le *intenzioni* degli autori dei testi? Vi è chi ha cercato di difendere una teoria intenzionalistica dell'interpretazione (sia giuridica che letteraria)⁽⁵⁰⁾, ma tale tentativo è attaccabile per varie ragioni. Considerando specialmente l'interpretazione dei testi giuridici, si possono evidenziare queste critiche⁽⁵¹⁾: (a) spesso i testi giuridici sono risalenti e le intenzioni dei loro autori

⁽⁴⁷⁾ Può avere semmai la pretesa di dire qualcosa di (storicamente, psicologicamente) vero, ma non quella di essere costituita da proposizioni letteralmente vere. (Questo è il senso, credo, del passo di Dewey messo in epigrafe a questo scritto).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. S. FISH, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, 1980; S. LEVINSON, *Law as Literature*, cit.

⁽⁴⁹⁾ Su questo tema la letteratura è amplissima. Cfr. ad es. J.B. WHITE, *When Words Lose Their Meaning*, cit., cap. 9.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. E.D. HIRSCH, *Teoria dell'interpretazione e critica letteraria* (1967), trad. di G. Prampolini, Il Mulino, Bologna, 1973.

⁽⁵¹⁾ Cfr. S. LEVINSON, *Law as Literature*, cit., pp. 378-392, che si riferisce in particolare all'interpretazione della Costituzione americana. Ovviamente le critiche all'intenzionalismo in ambito giuridico non valgono *ipso facto* come critiche all'in-

non sono più accertabili; (b) quando si tratta di testi scritti da più autori non è facile identificare le loro intenzioni, giacché i testi non le riflettono (come potrebbe avvenire per testi di autori individuali) ma riflettono piuttosto la loro dialettica, confronto o eventualmente compromesso; (c) ogni testo ha una pluralità di significati che si determinano nell'interazione con i lettori e nei contesti in cui viene recepito. Le critiche (a)-(b) valgono per categorie particolari di testi (risalenti e collettivi), mentre la critica (c) vale per qualsiasi testo e costituisce la tesi forte di certa teoria letteraria⁽⁵²⁾. Infatti le prime due critiche sono accettabili senza implicare che *ogni testo* abbia un significato indeterminato; la terza implica la tesi che per *ogni testo*, compresi quelli non risalenti o di autori individuali, il significato non si identifichi con le intenzioni degli autori. Questa in sintesi, pertanto, la tesi del testualismo forte: i significati sono *creati*, non *scoperti*⁽⁵³⁾.

Si può con buone ragioni replicare che l'alternativa fra creare o scoprire i significati è troppo netta. Umberto Eco ha sostenuto ad esempio che, benché non esistano procedimenti con cui l'interpretazione di un testo può essere verificata, certe interpretazioni sono pur sempre falsificabili⁽⁵⁴⁾. L'ermeneutica giuridica ha sostenuto in varie declinazioni che, pur se l'interpretazione non può essere oggettiva, ci sono modalità per una sua determinazione non arbitraria⁽⁵⁵⁾. Ma soprattutto, in tema di diritto e letteratura, il modello dworkiniano del romanzo scritto a più mani (*chain novel*) intende evitare proprio l'alternativa fra creare e scoprire i significati. Ronald Dworkin ha dato diversi contributi al tema del diritto *come* letteratura⁽⁵⁶⁾, ma il più rilevante per la presente discussione è tale modello presentato nel suo libro del 1986, *Law's Empire*. Si tratta com'è noto di un modello letterario che Dworkin utilizza per rappresentare il farsi della pratica interpretativa del diritto: ogni capitolo di tale tipo di romanzo è scritto da un autore differente

tenzionalismo in ambito letterario. Si potrebbe sostenere una teoria intenzionalista quanto all'interpretazione dei testi letterari pur riconoscendo l'impossibilità di sostenerla per i testi giuridici. O viceversa.

⁽⁵²⁾ Per i testi normativi, ad (a) si aggiunge la seguente specificazione: anche qualora le intenzioni degli autori fossero accertabili, non si vede perché dovrebbero essere vincolanti a considerevoli distanze di tempo.

⁽⁵³⁾ S. LEVINSON, *Law as Literature*, cit., p. 383.

⁽⁵⁴⁾ U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990; Id., *Interpretazione e sovrainterpretazione* (1992), Bompiani, Milano, 1995.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. in particolare F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999; D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova, 2003.

⁽⁵⁶⁾ R. DWORKIN, *Law as Interpretation*, "Texas Law Review", vol. 60, 1982, pp. 527-550; Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, capitoli 6-7 (il cap. 6 è una versione rivista dell'articolo del 1982); Id., *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, pp. 76-86, 228-238 in particolare.

che deve continuarlo offrendo al contempo la migliore chiave di lettura di quanto scritto dagli altri prima di lui. Si tratta dunque di un esercizio di creatività e comprensione allo stesso tempo, guidato da regole procedurali; un esercizio che per Dworkin rappresenta efficacemente la pratica interpretativa del diritto e l'attività giudiziale⁽⁵⁷⁾.

Le repliche a queste tesi di Dworkin non sono mancate (ma ovviamente non è questa la sede per renderne conto in modo esaustivo). Fish, sostenitore di una concezione scettica dell'interpretazione, ha fra gli altri obiettato che uno stesso testo può essere inteso e continuato in maniere diverse senza che sia possibile identificarne una come quella corretta, anche perché la distinzione fra continuare e modificare è una distinzione fra due attività ugualmente interpretative⁽⁵⁸⁾. Ma la concezione scettica dell'interpretazione sostenuta da Fish è stata oggetto di altrettante se non più numerose critiche. Nussbaum ha osservato ad esempio che la mancanza di giustificazioni extrastoriche non comporta la mancanza di giustificazioni razionali e che "non uno degli argomenti che Fish ha presentato o che si possono facilmente immaginare comporta questo salto, per così dire, dai cieli all'abisso"⁽⁵⁹⁾. Il ragionamento giuridico ha delle giustificazioni prevalentemente storiche e contingenti ma nondimeno razionali⁽⁶⁰⁾. Ciò nonostante, anche nelle opere più recenti, Fish mantiene che ogni giustificazione è contestuale e incapace di avere una validità o legittimità più estesa del contesto in cui si colloca⁽⁶¹⁾.

È stato per altri versi notato, con buone ragioni a mio avviso, che concepire la letteratura come insieme di testi finisce per smarrire la dimen-

⁽⁵⁷⁾ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 54-56. Un'altra analogia con la letteratura sta nell'idea di Dworkin che lo studioso del diritto debba, come fa il critico letterario rispetto ad un'opera, offrirne la chiave di lettura che a suo parere è la migliore. Cfr. F. VIOLA e G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 124.

⁽⁵⁸⁾ S. FISH, *Doing What Comes Naturally*, cit., pp. 90, 98, 106-109.

⁽⁵⁹⁾ M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 105. Su Fish, *Law and Literature e Critical Legal Studies*, cfr. A. ANDRONICO, *La decostruzione come metodo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 34 ss.

⁽⁶⁰⁾ "Fish non ha dimostrato, né credo potrebbe dimostrare, che nella tradizione del ragionamento umano sull'etica e sul diritto non possiamo distinguere tra argomenti forti e deboli, tra posizioni più o meno difendibili" (M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 105).

⁽⁶¹⁾ "If you say that someone or something is wrong, you will often be asked to provide a basis for your judgment that is independent of the social, political, and biographical circumstances in which it was formed. The thesis of this book has been that no such basis is available and that the ordinary resources that come along with your situation, education, and personal history are both all you have and all you need" (S. FISH, *The Trouble with Principle*, Harvard University Press, 1999, p. 293).

sione estetica delle opere letterarie⁽⁶²⁾. Ciò che le rende opere d'arte è meno la loro struttura testuale o la loro interpretabilità che la loro capacità di suscitare un'esperienza estetica nei lettori. In questo senso, se ci fosse un'analogia fra diritto e letteratura, non si tratterebbe del diritto come testo ma del diritto come *opera d'arte* (*Law as Art*). Rimane non chiaro tuttavia in che senso il diritto si possa considerare un'opera d'arte e come si possa soprassedere sulle funzioni, così differenti almeno nella nostra tradizione, delle opere d'arte e del diritto.

Dunque, per concludere sulle concezioni del diritto come letteratura, si può sostenere che esse pongono delle sfide affascinanti ai modi tradizionali di intendere la giurisprudenza, ma trovano un serio limite nelle diverse funzioni delle due discipline, nella dimensione autoritativa del diritto e nella pretesa veritativa delle decisioni giudiziali; inoltre, l'argomento più forte e ricorrente di tali concezioni — quello dell'indeterminatezza dei testi — comporta una concezione riduttiva delle opere letterarie oltre a non offrire una rappresentazione del tutto convincente dell'interpretazione giuridica. Resta da vedere se un ulteriore approccio non sia possibile.

4. *Un approccio più ambizioso?*

Si può delineare a questo punto un approccio teoreticamente più ambizioso di quelli menzionati: pur mantenendo una distinzione fra le diverse discipline e i loro specifici problemi e scopi, si tratterebbe di concentrarsi su alcuni nodi concettuali comuni. In particolare i temi — in parte già considerati — della *normatività*, del *giudizio*, della *forma*, dell'*interpretazione*, della *costituzione*; vale a dire nozioni comuni a diverse discipline e in particolare alla teoria letteraria e alla teoria del diritto⁽⁶³⁾. Cosa si intende per norme o regole estetiche? In cosa si differenziano e in cosa sono simili alle norme o regole giuridiche? Cosa accomuna e cosa distingue il giudizio giuridico e il giudizio estetico? In cosa si avvicinano e in cosa si distinguono le forme giuridiche e le forme letterarie? Cosa motiva il formalismo giuridico e il formalismo in letteratura? Quali considerazioni svolgere sull'interpretazione dei testi giuridici e dei testi letterari? Vi è qualcosa di comune fra le costituzioni di cui parlano i giuristi e la costituzione di un'opera d'arte? Le questioni possono essere anche altre. Ad esempio il confronto fra finzioni giuridiche e finzioni letterarie.

⁽⁶²⁾ G. BAGNALL, *Law as Art*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

⁽⁶³⁾ Ad esempio, per un confronto fra norme giuridiche e norme estetiche, giudizio giuridico e giudizio estetico, vedi L. LOMBARDI VALLAURI, *Giudizio giuridico, giudizio estetico*, in S. Nicosia (a cura di), *Il giudizio*, Carocci, Roma, 2000, pp. 239-253.

In sintesi, si tratterebbe di procedere ad un'analisi concettuale di certe nozioni comuni a diritto e letteratura. White ha suggerito un approccio analogo per mettere a contrasto, dunque in rilievo, diverse questioni suscitate dagli usi del linguaggio e dell'immaginazione, in particolar modo dal linguaggio dei giuristi e dall'immaginazione applicata alle questioni giuridiche⁽⁶⁴⁾. Ma ancora più ampiamente si può pensare di illuminare l'una e l'altra disciplina attraverso il confronto reciproco e l'analisi dei comuni problemi concettuali.

Tuttavia per rendere omaggio a ciò che diritto e letteratura sono e rappresentano, non bisogna sottovalutarne, come si è detto, le differenze. Il che significa notarne da una parte la *distanza* ma dall'altra, diremmo, la *complementarità* nello sviluppo delle nostre pratiche sociali e culturali. Scopo di un processo, penale soprattutto, è la ricostruzione dell'accaduto; in questo, sapere giuridico e sapere storico si intrecciano, poiché si tratta di ricostruire degli eventi passati. Ora, senza un sapere giuridico intrecciato ad un sapere storico, e dunque deputato a dire il *vero*, come sarebbe concepibile l'attività letteraria? Come parlare di *fiction* senza avere un concetto di verità cui contrapporre la finzione? E senza le discipline che si esprimono in termini di finzione, di fantasia, come sarebbero pensabili viceversa le discipline che attestano il vero? La dimensione del racconto è certo comune al racconto vero e al racconto fantastico, ma questo di per sé non sembra giustificare un'equivalenza fra diritto e letteratura. Pensare diritto e letteratura significa innanzitutto rendere omaggio ai caratteri della nostra cultura e alle forme di razionalità in essa sviluppate. Significa pensare le due discipline in un orizzonte di razionalità in cui sappiamo non solo attestare il vero, ma anche costruire, inventare, vagheggiare. Da un lato, raccontare ciò che accadde in verità. Dall'altro, narrare ciò che del vero ha solo la sembianza, o dipingere persino l'inverosimile.

Il che non impedisce le fecondazioni. Al di là dei reciproci aspetti che un confronto fra discipline può mettere in luce, una ragione di fondo del confronto fra diritto e letteratura può essere quella di contribuire a sfatare i persistenti miti del diritto come disciplina arida, da una parte, e della letteratura come regno dell'evasione, dall'altra. Perché interrogarsi e scrivere su diritto e letteratura, dicevamo? Per dare più rigore alla letteratura e più immaginazione al diritto.

Come esempio di possibile fecondazione, dunque, prendiamo in esame il tema delle finzioni.

⁽⁶⁴⁾ "The aim is not to make a systematic comparison between law and literature, to articulate a general theory of literary analysis or anything like it, but to bring to life by the contrast a set of loosely related questions about language and imagination, to open up diverse and competing lines of thought [...]" (J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, cit., pp. xx).

5. *Finzioni giuridiche e letterarie: la credibilità come coerenza*

Anche in poesia, come in prosa, si possono trovare figure e motivi giuridici. Ne è un esempio la Canzone 360 di Petrarca, *Quel'antiquo mio dolce empio signore*. Il testo ha la cornice di un processo fittizio intentato ad Amore davanti al tribunale della Ragione⁽⁶⁵⁾. Un altro esempio interessante è l'ottava in cui Ariosto rappresenta, in modo non lusinghiero, la Giustizia (*Orlando furioso* XIV, 84):

Di citatorie piene e di libelli,
d'essamine e di carte di procure
avea le mani e il seno, e gran fastelli
di chiose, di consigli e di letture;
per cui le facultà de' poverelli
non sono mai ne le città sicure.
Avea dietro e dinanzi e d'ambo i lati
Notai, procuratori et avvocati.

Ma questi sono esempi di diritto *nella* letteratura e non è questo l'approccio che intendo adottare. L'intento che mi pongo è quello di stimolare un confronto fra finzioni giuridiche e letterarie, in particolare fra le condizioni alla quali una finzione è una 'buona' finzione.

In un senso molto generale, per finzioni si intendono delle assunzioni coscientemente false ma accettate per qualche fine. Si fa *come se* qualcosa che è saputo essere falso fosse vero⁽⁶⁶⁾. (Si noti che in questo senso una finzione si distingue nettamente da un inganno: l'ingannato non assume coscientemente una falsità, è indotto ad assumerla).

Ci si può chiedere che cosa costituisca la *credibilità* di una finzione. Infatti, benché una finzione sia per definizione un'assunzione non vera, sembra si possa distinguere fra finzioni credibili e non credibili. Una buona finzione letteraria deve a suo modo essere credibile. Altrettanto vale per le finzioni giuridiche, pur in un senso diverso che si cercherà di specificare.

L'ipotesi generale che vorrei porre in esame è questa: uno dei criteri essenziali della credibilità delle finzioni è quello della loro *coerenza*⁽⁶⁷⁾. Una

⁽⁶⁵⁾ Ringrazio Salvatore Ritrovato di questo riferimento. Alcuni studiosi vi hanno visto la matrice della costruzione in forma di *conflictus* nella tenzone fittizia, in morte della donna, di Lanfranc Cigala, *Entre mon cor*. Petrarca ricorda inoltre i suoi studi giuridici ai vv. 80-81 ("Questi in sua prima età fu dato a l'arte / da vender parolette, anzi menzogne ..."). Su Petrarca e il diritto cfr. M. MANZIN, *Il petrarchismo giuridico*, Cedam, Padova, 1994.

⁽⁶⁶⁾ H. VAHINGER, *La filosofia del come-se* (1911), Ubaldini, Roma, 1967. Si noti che nel senso specificato le *finzioni* si distinguono dalle *presunzioni*: una presunzione, a differenza di una finzione, potrebbe corrispondere a verità.

⁽⁶⁷⁾ Non posso soffermarmi sui diversi sensi che la coerenza può assumere ed ha assunto nei dibattiti recenti; è comunque evidente che la considero in un senso più

narrazione letteraria deve presentare un grado di coerenza interna tale da renderla credibile benché fittizia. Ciò non è evidentemente sufficiente a determinarne il valore artistico ma, in termini di analisi, è un requisito necessario per farne una finzione credibile, una buona finzione. Cercherò di dimostrare che lo stesso vale, pur con una eccezione, per le finzioni giuridiche.

In effetti, si può sostenere, è importante se non necessario che le finzioni abbiano *coerenza* e non (necessariamente e completamente) *verità*. Ciò che hanno in comune una narrazione storica e una narrazione fantastica è la coerenza, ma ciò che le distingue è la verità, che per la narrazione storica è indispensabile, mentre non lo è per la narrazione fantastica. Quest'ultima può avere elementi di verità ma non è la verità a caratterizzarla come narrazione fantastica. Invece, la coerenza la caratterizza come narrazione fantastica *credibile*.

6. Finzioni letterarie

La recente filosofia si è non di rado occupata di finzioni e oggetti finzionali, chiedendosi quale ne sia la natura e quali problemi epistemologici si pongano a loro riguardo; più in particolare si è discusso se un'opera letteraria sia realmente una finzione⁽⁶⁸⁾. C'è infatti un'obiezione preliminare all'uso della nozione di finzione per caratterizzare le opere letterarie. L'obiezione è che le opere letterarie non hanno a che fare con il vero e il falso, mentre la nozione di finzione si fonda sulla nozione di verità e si utilizza per connotare ciò di cui si finge la verità⁽⁶⁹⁾. (Si ricordi che le finzioni sono *riconosciute* come tali; non si confondono con gli inganni o i fraintendimenti). Prendiamo un episodio famoso dell'*Orlando furioso*: che Astolfo sia volato sulla luna è in senso stretto falso poiché non c'è nessun individuo di nome Astolfo che sia realmente volato sulla luna; ma si può anche sostenere, in senso meno stretto, che non è né vero né falso poiché si tratta di un enunciato finzionale il cui scopo non è quello di corrispondere alla realtà. In questo senso gli enunciati *della* finzione non hanno un valore di verità. (Ma possono

ricco di quello di non contraddittorietà logica. Sul confronto fra diritto e letteratura in tema di coerenza, vedi almeno G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1990, pp. 135-150; cfr. ID., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 211-217.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. CURRIE, *The Nature of Fiction*, Cambridge University Press, 1990; P. LAMARQUE e S.H. OLSEN, *Truth, Fiction, and Literature: A Philosophical Perspective*, Oxford University Press, 1994; A. THOMASSON, *Fiction and Metaphysics*, Cambridge University Press, 1999; A. VOLTOLINI, *Oggetti fittizi: lo stato dell'arte*, "Iride", vol. 41, 2004, pp. 177-186.

⁽⁶⁹⁾ A. BONOMI, *Lo spirito delle narrazioni*, Bompiani, Milano, 1994, p. 92.

averlo gli enunciati *sulla* finzione: “Astolfo volò sulla luna” può essere un enunciato di secondo grado, un enunciato che non verte sulla realtà ma su altri enunciati, nello specifico su certi enunciati del *Furioso*, rispetto ai quali è vero).

Ad ogni modo le frasi di un’opera letteraria non vanno intese come letteralmente vere, pur se il significato di un’opera può stare — e quasi sempre sta — in qualche verità di ordine umano, morale o storico espressa dall’opera. Può trattarsi di verità sulla natura umana o di carattere storico. In questo senso, profondo e non letterale, può anche sostenersi che la letteratura è una forma di conoscenza. Prendiamo ancora un esempio da Ariosto: “Ecco il giudizio uman come spesso erra!” (*Orlando furioso* I, 7). Non è forse una verità sul giudizio umano? Dunque non è vero che un certo personaggio ariostesco sia esistito e abbia compiuto un certo errore, ma è vero il principio che si distilla da tale ed altri episodi fantastici: che il giudizio umano è fallibile.

In questa sede lascio aperta la questione se gli enunciati di un’opera letteraria siano da intendere come falsi o come né veri né falsi⁽⁷⁰⁾. Quel che importa notare è che in ogni caso essi non sono veri ma possiedono, quando la finzione è credibile, un carattere che rende tale la finzione: la coerenza.

Un esempio per cui l’ipotesi avanzata calza a pieno è quello delle *Cinque storie ferraresi* (1956) di Giorgio Bassani⁽⁷¹⁾. Si tratta di finzioni perfettamente credibili, storie che avrebbero potuto realmente avere luogo, intessute di riferimenti reali alla città di Ferrara e alla storia degli anni in cui sono ambientate. I protagonisti delle storie non hanno alcunché di incredibile: sono adeguatamente calati nel contesto storico e sociale in cui l’autore li pone. Altrettanto per le loro vicende: si svolgono con una perfetta coerenza e verosimiglianza rispetto alla vicende realmente occorse in tale contesto.

Qualcuno potrebbe obiettare che il criterio della coerenza è rispettato in questo tipo di poetica ma non in altre. Si potrebbe obiettare che è facile rintracciare la coerenza in un tipo di poetica realista come quella di Bassani: il criterio andrebbe messo alla prova rispetto ad altre poetiche. L’obiezione è sicuramente sensata. Credo vi si possa rispondere che ci sono, a seconda dei generi e delle poetiche, delle diverse *soglie di credibilità* cui corrispondono diverse soglie di coerenza; è molto difficile pensare ad un genere o una poetica o un’opera in cui manchi *qualsiasi* tipo di coerenza. L’idea delle soglie di credibilità non è facile da precisare, eppure mi sembra avere una tenuta intuitiva. Uno dei fattori che distingue le poetiche è proprio questo: verismo,

⁽⁷⁰⁾ Per approfondimenti, cfr. T. PAVEL, *Mondi di invenzione: realtà e immaginario narrativo*, ed. it. a cura di A. Carosso, Einaudi, Torino, 1992; M. BETTETINI, *Figure di verità*, Einaudi, Torino, 2004.

⁽⁷¹⁾ G. BASSANI, *Cinque storie ferraresi* (1956), Einaudi, Torino, 2003.

simbolismo, surrealismo — per citarne alcune — pongono una diversa soglia di credibilità. Per una poetica verista non sarà credibile quanto è credibile per un simbolista o per altri; eppure non è pensabile una poetica o un'opera completamente priva di coerenza⁽⁷²⁾.

Prendiamo di nuovo l'esempio di Ariosto e del *Furioso*. Non è certo un esempio di poetica realista o verista: è al contrario una poetica del fantastico, si dice, uno dei massimi esempi di tale poetica nella nostra letteratura. Ciò significa, vorrei chiedere, che nelle narrazioni del *Furioso* manchi la coerenza?

La tecnica narrativa di Ariosto, l'*entrelacement*, necessita a maggior ragione di coerenza. Si tratta della caratteristica forma compositiva del romanzo cavalleresco, che consiste nel "portare avanti contemporaneamente diverse vicende intrecciandole fra loro"⁽⁷³⁾. Dove la narrazione di una vicenda è interrotta dalla narrazione di un'altra, quindi ripresa, quindi nuovamente interrotta, è indispensabile che la vicenda abbia una riconoscibile coerenza. Dove la trama è costituita da vicende che si intrecciano le une alle altre, è indispensabile che fra queste e il loro sviluppo complessivo vi sia una riconoscibile coerenza. Un andirivieni narrativo richiede necessariamente una forte coerenza. Un fare senso senza il quale la finzione perderebbe credibilità; ne andrebbe del valore estetico dell'opera. Anche la celebre 'sequenza lunare' (*Orlando furioso* XXXIV, 70-92; XXXV, 1-30) si snoda secondo una narrazione coerente e oltretutto ricca di considerazioni morali⁽⁷⁴⁾. Qui non posso darne una dimostrazione dettagliata, ma credo si possa sostenere che la narrazione, pur fantastica, procede attraverso un disegno coerente da cui dipende in buona parte la credibilità della finzione. L'ascesa di Astolfo alla luna ha lo scopo di recuperare il senno di Orlando. Cosa penseremmo se una volta giunto alla meta Astolfo non si occupasse per nulla del senno di Orlando e facesse tutt'altro? L'ascesa avviene sul fantastico ippogrifo e con l'aiuto di un corno incantato. Cosa penseremmo se a un certo punto dell'ascesa Astolfo non fosse più rappresentato su un ippogrifo ma su una scopa e non venisse data alcuna ragione di ciò? Penseremmo che l'opera è incoerente e non credibile.

Se questo è vero, la coerenza è una condizione necessaria di una buona finzione letteraria. Vale lo stesso per le finzioni giuridiche?

⁽⁷²⁾ In G. TUZET, *How Fictions are Credible*, di prossima pubblicazione, ho cercato di dimostrare questa tesi anche rispetto alla poetica del *nonsense* di Edward Lear.

⁽⁷³⁾ C. DINI, *Ariosto: guida all'Orlando Furioso*, Carocci, Roma, 2001, p. 11. Cfr. fra gli altri L. CARETTI, *Ariosto e Tasso*, nuova ed., Einaudi, Torino, 1977; G. BARBERI SQUAROTTI, *Ludovico Ariosto*, in G. Barberi Squarotti e S. Zatti, *Ludovico Ariosto. Torquato Tasso*, Marzorati-Editalia, Roma, 2000.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. M. SANTORO, *L'anello di Angelica*, Federico & Ardia, Napoli, 1983, p. 114.

7. Finzioni giuridiche

Il tema delle finzioni giuridiche è una tema classico della giurisprudenza sul quale non posso avanzare — tantomeno in questa sede — alcuna pretesa di completezza. Mi preme tuttavia esporre alcune tracce ed idee, augurandomi di avere una futura occasione in cui rielaborare questi materiali.

In un senso molto generale, per finzioni giuridiche si intendono certi espedienti escogitati in vista di un fine pratico; più precisamente certe entità non fisiche ma poste dal diritto e certe assunzioni coscientemente false ma accettate per produrre una desiderabile conseguenza giuridica⁽⁷⁵⁾. Le società, le corporazioni, i parlamenti, sono esempi di entità fittizie. Che l'isola di Minorca fosse una parte della città di Londra, secondo un celebre caso del *common law* inglese⁽⁷⁶⁾, è un esempio di assunzione fittizia. Ovviamente si tratta di finzioni in sensi diversi. Ma ancora più precisamente vorrei proporre questa ipotesi di triplice classificazione:

- (A) *finzioni fondative* sono le finzioni che *giustificano* un'istituzione rappresentandone idealmente la fondazione;
- (B) *finzioni cognitive* sono le finzioni che *rappresentano* uno stato di cose non attualmente osservabile;
- (C) *finzioni costitutive* sono le finzioni che *costituiscono* un'entità giuridica.

Quanto alle finzioni *fondative*, si pensi al Contratto sociale nella tradizione di Hobbes, Locke, Rousseau⁽⁷⁷⁾. I tre autori rispondono in modi diversi al medesimo problema: la legittimazione dello stato moderno. Le tre riposte consistono nell'assolutismo, nel liberalismo, nella democrazia, ma hanno in comune l'idea che lo stato non possa non fondarsi in una convenzione stipulata da individui. Eppure non vi è una storia del patto sociale. Si tratta di un'ipotesi ideale, non di un fatto realmente avvenuto. Si tratta di un tipo di finzione. Certo vi sono delle circostanze storiche rilevanti e delle dinamiche che portano le società a svilupparsi in modi diversi. Ma quando si parla di patto sociale si parla piuttosto di circostanze ideali che legittimerebbero un ordine⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁵⁾ L.L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford University Press, 1967; F. TODESCAN, *Diritto e Realtà. Storia e teoria della fictio juris*, Cedam, Padova, 1979; P. CHIASSONI, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto 2001*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. P. CHIASSONI, *op. cit.*

⁽⁷⁷⁾ Cfr. ad es. G. ZACCARIA, *Contratto sociale*, voce in *Lessico della politica*, a cura di G. Zaccaria, Edizioni Lavoro, Roma, 1987.

⁽⁷⁸⁾ Si potrebbero inoltre distinguere delle finzioni *giustificative*: quelle che giustificano una pratica. Concettualmente, ritengo, le finzioni giustificative e fondative fanno parte dello stesso *genus*.

Quanto alle finzioni *cognitive*, si pensi alle simulazioni informatiche, alle ricostruzioni artificiali di eventi passati, alle rappresentazioni artificiali di eventi futuri⁽⁷⁹⁾. Mi sembra molto interessante in questo senso l'attuale utilizzo dell'informatica in ambito processuale, l'uso di simulazioni a computer per ricostruire gli eventi disputati. (Si noti peraltro che una simulazione può risultare vera — se ricostruisce correttamente gli eventi passati — mentre in senso stretto una finzione è l'assunzione di una falsità; ciò che fa di una simulazione una finzione è il carattere artificiale della rappresentazione: è una finzione in senso *fenomenologico*).

Quanto alle finzioni *costitutive*, si tratta degli atti da cui dipende l'esistenza di entità giuridiche e non fisiche, come le persone giuridiche, i parlamenti e tutte quelle entità che senza tali atti non esisterebbero. Questo è il senso tradizionale in cui viene intesa la *fictio juris*⁽⁸⁰⁾. Tradizionalmente, infatti, parlando di finzioni giuridiche ci si riferisce a tali entità, cioè ai risultati degli atti che in questa classificazione si chiamano *finzioni costitutive*. Ma la classificazione qui prospettata ritiene che tali finzioni non esauriscano l'ambito delle finzioni giuridiche e che si debbano considerare oltre ad esse le *finzioni fondative* e quelle *cognitive*.

Ora le domande principali che mi pongo sono queste: il criterio della coerenza vale anche per le finzioni giuridiche? una buona finzione giuridica deve avere una coerenza interna che la rende credibile? se sì, in quale misura e per quali tipi di finzioni giuridiche?

Filosoficamente si può notare che le finzioni di tipo (A) e (B) sono delle rappresentazioni, mentre le finzioni di tipo (C) sono degli atti da cui dipendono delle entità finzionali.

Si può ritenere che il criterio della coerenza valga per le finzioni fondative, che devono consistere in una narrazione coerente. Senza tale coerenza non sembrano in grado di svolgere la funzione fondativa che compete loro. Tuttavia si tratta di una condizione necessaria, non necessaria e sufficiente. Una finzione fondativa deve presentare un carattere ulteriore: quello dell'accettabilità morale dell'istituzione che intende fondare idealmente.

Quanto alle finzioni cognitive, anche per esse vale il criterio della coerenza come condizione necessaria, ma non come condizione necessaria e sufficiente. Una finzione cognitiva credibile, ad esempio una simulazione informatica, deve rappresentare coerentemente il proprio oggetto ma non può essere un'opera di pura immaginazione. Deve rappresentare uno stato di cose non attualmente osservabile ma deve essere elaborata a partire da elementi reali ed attualmente osservabili. Tali elementi sono supposti informare veridicamente

⁽⁷⁹⁾ T.M. OSTROM, *Computer Simulation: The Third Symbol System*, "Journal of Experimental Social Psychology", vol. 24, 1988, pp. 381-392; J. CASTI, *Would be Worlds: How Simulation is Changing the Frontiers of Science*, John Wiley, New York, 1997; D. PARISI, *Simulazioni*, Il Mulino, Bologna, 2001; G. TUZET, *Cognitive Fictions*, in corso di stampa.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. F. TODESCAN, *Diritto e Realtà*, cit.

sullo stato di cose rappresentato nella finzione cognitiva. Processualmente si tratta degli elementi di prova, a partire dai quali sono ricostruiti i fatti sconosciuti. Dunque, per essere credibile una finzione cognitiva deve essere coerente ma anche elaborata a partire da elementi reali ed attualmente osservabili. In breve, vi sono dei vincoli reali da cui dipende la sua credibilità.

Dunque, rispetto alle finzioni *fondative* e a quelle *cognitive*, la coerenza è un requisito necessario della loro credibilità. Lo stesso vale per le finzioni *costitutive*? La risposta mi sembra negativa, giacché in esse non si tratta della rappresentazione di una vicenda ideale o passata ma della costituzione di un'entità. La coerenza è una caratteristica di enunciati, di credenze, di giudizi, di azioni, non di un'entità. Non si dice di una società in quanto tale che è coerente. Lo si può dire delle sue scelte, della sua condotta. Dunque le finzioni costitutive rappresentano un'eccezione al criterio della coerenza come condizione necessaria della credibilità di una finzione. Anche se un'ultima cosa può essere notata: mettendo l'accento sull'atto della finzione costitutiva, si può forse dire che esso è coerente nella misura in cui non contraddice i principi e le regole dell'ordinamento in cui si iscrive. Dunque si potrebbe dire questo: affinché una finzione costitutiva sia una buona finzione, l'atto che la pone deve essere coerente con l'ordinamento cui appartiene.

Con ciò concludo. Queste osservazioni sulle finzioni e la loro credibilità, oltre ad essere abbozzate, sono senz'altro lacunose e in più punti incerte. Mi premeva tuttavia esporre queste tracce ed idee, nella speranza che presentino, pur nei margini di incertezza, degli interessanti spunti di discussione e possano costituire un originale contributo al confronto fra diritto e letteratura.

ABSTRACT

The paper presents and discusses the approaches known as *Law in Literature* and *Law as Literature*. As to the second, it is claimed that the different functions of law and literature constitute a serious limit to considering law as literature. Then a third approach is presented, consisting in the conceptual analysis of some notions common to law and literature, as for instance norm, judgment, interpretation, form. One of such notions is that of fiction. Legal and literary fictions are compared and the question is considered whether there are some common criteria for fiction credibility. Coherence at least seems to be such a criterion.

L'articolo presenta e discute gli approcci noti come *Law in Literature* e *Law as Literature*; rispetto al secondo, sostiene che le diverse funzioni di diritto e letteratura costituiscono un serio limite ai tentativi di concepire il diritto come letteratura. Quindi è presentato un terzo approccio consistente nell'analisi concettuale di certe nozioni comuni a diritto e letteratura, come ad esempio quelle di norma, giudizio, interpretazione, forma. Tale è anche la nozione di finzione. Vengono confrontate pertanto finzioni giuridiche e letterarie e infine viene posta la domanda se esistano dei comuni criteri in base ai quali una finzione può essere considerata credibile. La coerenza sembra essere un tale criterio.