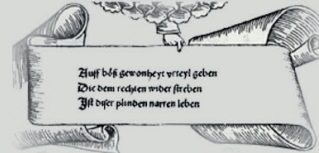




Iurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 7-2026 - VITA GIUDIZIARIA 1

ISSN 2724-2161

Livia Saporito

LA GIUSTIZIA NARRATA:
RIFLESSIONI INTORNO AD ERMENEUTICA
E LETTERATURA

Editoriale Scientifica

Livia Saporito

LA GIUSTIZIA NARRATA:
RIFLESSIONI INTORNO AD ERMENEUTICA
E LETTERATURA

Abstract

La giustizia si esprime mediante formule e sentenze. L'indissolubile legame tra diritto e letteratura consente di attribuire al testo letterario un ruolo di assoluta centralità nel discorso giuridico, in quanto strumento ermeneutico capace di penetrare le trame psicologiche degli individui, di riflettere sulla condizione umana, di svelare la dimensione etica del diritto e di purgare la giustizia dai difetti della giurisprudenza. In questa prospettiva, centrale è il ruolo del giudice, il quale deve farsi interprete dei tempi e del cambiamento, dismettendo una logica meramente esegetica per avvalersi di nuovi strumenti di osservazione e di interpretazione della realtà attraverso l'apporto di 'altre' scienze.

Parole chiave: giustizia, ermeneutica, letteratura,

Justice takes the form of formulas and rulings. The inextricable link between law and literature allows literary texts to be given a central role in legal discourse, as hermeneutic tools capable of penetrating the psychology of individuals, reflecting on the human condition, revealing the ethical dimension of law, and purging justice of the flaws of jurisprudence. From this perspective, the role of the judge is central, as he must interpret the times and change, abandoning a merely exegetical logic to make use of new tools for observing and interpreting reality through the contribution of 'other' sciences.

Keywords: justice, hermeneutics, literature

1. *Il diritto e il riconoscimento della sua verità*

Nella letteratura e nelle altre espressioni narrative si compie l'*ars combinatoria* dei processi ordinamentali quale rivelazione della composita dimensione umana. «[L]a narrazione è intesa come un processo che è intimo alla cultura e svolge una funzione collegata strettamente alla dimensione giuridica della convivenza umana»¹.

Partendo dall'osservazione della vita come 'vita del linguaggio'², e ricordando la lezione di James White, è un fatto che la letteratura rintraccia molte varietà testuali (di là da quelle meramente letterarie), accostandosi anche al campo delle scienze del testo, sì che il diritto è concepito come un testo culturale.

Nelle varie epoche e nelle plurime realtà sociali, il diritto, quale fenomeno storico, tende a mostrarsi in maniera differenziata sia con riguardo alla propria struttura, sia con riferimento alle contaminazioni con gli altri sottosistemi ordinamentali (moralì, religiosi, sociali). In questo tempo di transizione, le tradizionali categorie giuridiche sembrano inadeguate, ancorché le nuove stentino, talvolta, ad emergere. È per tale ragione che diventa importante – lo rammenta Tullio Ascarelli³ – il ruolo dell'interprete.

Oggi sono in crisi le vecchie certezze del positivismo; il diritto sembra appiattirsi sul presente⁴; la linea di confine fra i sottosistemi ordinamentali è incerta⁵; si moltiplicano, oltre gli Stati, i soggetti che producono norme giuridiche⁶.

Il processo in atto impone al giurista di individuare soluzioni ope-

¹ M.P. MITTICA, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 13.

² M.P. MITTICA, *Cosa accade di là dall'oceano? Diritto e letteratura in Europa*, in *Revista Internacional de Direito e Literatura*, (2015), 2015, p. 4.

³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, *passim*.

⁴ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, *passim*.

⁵ O. ROSELLI, *Diritto, letteratura e una più ampia comprensione del possibile*, in *ISSL Paper*, 11, 2018, p. 2.

⁶ Tra i tanti contributi sull'argomento, v. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, *passim*.

rative⁷ partendo dall'analisi dei fattori che hanno dato origine a tale processo. L'ordinamento giuridico è caratterizzato dalla presenza di un'aggregazione di organizzazioni la cui legittimazione non viene assicurata dal consenso di una collettività di base, ma dalla statuizione di regole giuridiche⁸. La dinamica giuridica del nuovo *global legal order* richiede che i criteri di giustizia che presiedono alla creazione del diritto debbano rimanere generali per poter essere specificati e tradotti contingentemente, secondo i diversi tempi e le diverse culture⁹, al fine di garantire un'effettività delle tutele¹⁰.

Al processo di differenziazione funzionale corrisponde una trasformazione della semantica del diritto¹¹. La *ri*-politicizzazione non si limita all'istituzione di agenzie regolatrici nell'ambito del diritto pubblico, ma comprende la politicizzazione della stessa *governance* privata e dei suoi meccanismi di autoregolazione e di risoluzione dei conflitti. La verità normativa diviene una strategia di aggregazione e di riconoscimento. Nelle sue prime riflessioni, Salvatore Satta, affascinato dall'idea capograssiana di uno Stato avvolto dal divenire della persona

⁷ Sul punto v. A. SHONFIELD, *Europe: Journey to an Unknown Destination*, Penguin Books, London, 1972, p. 11. La crescente necessità di politiche del diritto da parte degli Stati rispetto alla globalizzazione pone problemi quantitativi, procedurali e di accesso alla giustizia. Non è un problema di legittimità di tutela uniforme o di tutela difforme perché in gioco sono gli stessi interessi esistenziali della persona e del genere umano, che non possono regredire dinanzi alle esigenze del mercato.

⁸ Sulla necessità di verificare i presupposti del sistema legale nazionale ed internazionale alla luce di una comunità che risente del processo di globalizzazione, v. M. DELMAS-MARTY, *Towards a Truly Common Law*, Éditions du Seuil, Paris, 2002, p. 186 ss. Cfr. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit, p. 65, in cui l'a. evidenzia tra gli effetti della globalizzazione quello di produrre un "affollamento" di esigenze relative alla regolamentazione e alla coesistenza di vecchie e nuove fonti del diritto, di soggetti e di istituti giuridici.

⁹ F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.

¹⁰ L'effettività delle tutele è rimarcata da P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI, *Arbitrato e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 20. Tale esigenza si accompagna ad una patologia della giustizia statale inveterata soprattutto sotto il profilo della durata. In argomento, cfr. J. BENTHAM, *Justice and Codification, Petitions*, Sweet & Maxwell, London, 1829, p. 75, il quale osserva: «justice delayed is justice denied».

¹¹ N. LUHMANN, *Der Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt 1993.

umana, afferma che lo Stato non può limitarsi all'organizzazione della forza o all'applicazione di regole formali e di sanzioni; «lo Stato è la verità di tutto il mondo pratico e sociale in un momento storico, è l'essere di questo mondo della cui mutevolezza intimamente partecipa»¹².

La verità non può essere disgiunta dal diritto. Essa procede di pari passo nel processo di storicizzazione del discorso normativo¹³. Soltanto il giurista aduso alla dimensione pluralistica può tradurre in verità sensibili al traffico delle relazioni umane i linguaggi e svelare «l'arte combinatoria che tiene insieme la dispersa molteplicità del mondo»¹⁴. Non vi può essere contrasto assoluto tra autorità e ragione¹⁵; il buon legislatore è obbligato a coniugare il certo, che deriva dall'autorità, con il vero, che deriva dalla ragione¹⁶. Il rapporto diritto-verità evoca molteplici, suggestive, riflessioni¹⁷. Un significativo passo dei Salmi recita: «la tua legge è verità»¹⁸; «la verità germoglia dalla terra e la giustizia guarda dai cieli»¹⁹. Il fine del diritto è la giustizia²⁰. «La "verità", questo il primo assunto della filosofia antica e della sua esemplarità comportamentale, non può essere disgiunta dal diritto»²¹.

¹² S. SATTA, *Giuseppe Capograssi*, in AA.VV., cur. S. Satta, *Colloqui e soliloqui di un giurista*, Cedam, Padova 1968, p. 420.

¹³ A. RUFINO e G. TEUBNER, *Il diritto possibile. Funzioni e prospettive del medium giuridico*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 17.

¹⁴ C. MAGRIS, *Kircher, il complotto universale*, in *Corriere della sera*, 22 marzo 1992, p. 7.

¹⁵ G.B. VICO, *De uno universi iuris principio et fine uno*, cap. LXXXII.

¹⁶ P.V. MOLINARI, *La verità nell'ordinamento giuridico*, Conversazione tenuta il 29 ottobre 2004 in Cosenza nella sala dell'Accademia Cosentina.

¹⁷ Per una trattazione approfondita sull'argomento, soprattutto in riferimento al pensiero filosofico, si rinvia ad A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Torino, 1996.

¹⁸ SALMI, Cap. 119, v. 142.

¹⁹ SALMI, Cap. 85, v. 12.

²⁰ In questi termini, F. VIOLA, *Diritto vero e diritto giusto*, in *Persona y Derecho*, 24 (1991), p. 256.

²¹ Così, F. CASUCCI, *L'avvenire s'impiglia nell'origine. L'educazione del giurista plurale*, in AA.VV., cur. L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti, *Le nuove frontiere della comparazione*, Univ. Trento/Cedam, Trento, 2012. Cfr. sul punto, P.V. MOLINARI, *La verità nell'ordinamento giuridico*, in *Cass. pen.*, (2005), p. 2177.

V'è bisogno di una rinnovata scienza dell'educazione per i giuristi, capace di esaltare la dimensione storico-culturale propria del fenomeno giuridico e di porre a fondamento dell'attività ermeneutica il dato metagiuridico²².

2. *L'incontro tra il diritto e le arti letterarie*

L'analisi del rapporto tra le forme della conoscenza e la narrazione evidenzia una connotazione positiva che si estrinseca nell'arricchimento del tracciato del pensiero umano²³. Viene in rilievo la relazione tra la letteratura e il diritto che porta con sé la consapevolezza che la prima, in quanto espressione delle trame psicologiche degli individui, costituisce un congegno capace di posarsi sui «fatti più tipici che si riferiscono alla vita del diritto, illuminandolo di una luce nuova»²⁴. La letteratura svolge una funzione nevralgica nella costruzione del diritto. Rappresenta un modo per esaltare la componente estetica del diritto che rispecchia «il desiderio dei giuristi di fare cosa bella e armoniosa»²⁵. L'osmosi fra diritto e letteratura rappresenta un bene assai

²² N. LIPARI, *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4 2002, p. 1063 ss.

²³ M.C. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, trad. it. di R. Falcioni, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 111: «I cittadini non possono relazionarsi bene alla complessità del mondo che li circonda soltanto grazie alla logica e al sapere fattuale. La terza competenza del cittadino, strettamente correlata alle prime due, è ciò che chiamiamo immaginazione narrativa. Vale a dire la capacità di pensarsi nei panni di un'altra persona, di essere un lettore intelligente della sua storia, di comprenderne le emozioni, le aspettative e i desideri. La ricerca di tale empatia è parte essenziale delle migliori concezioni di educazione alla democrazia, sia nei paesi occidentali, sia in quelli orientali».

²⁴ A. D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 14.

²⁵ Ivi, p. 31: «Ogni qualvolta il diritto, anche normativo o costituito, è in piena armonia collo spirito generale dell'umanità e risponde al ritmo della conoscenza collettiva, la letteratura, lungi dal contraddirlo, lo segue nelle sue fasi; e ogni qualvolta temporeggia prima di evolversi e di affermarsi in una norma del vivere sociale, la letteratura riesce a precorrerlo, quasi termometro della sensibilità giuridica di un popolo. Ancora [...] la letteratura [...] può trovare nel fondo della coscienza la più larga base atta a preparare il diritto che sarà codificato dal legislatore: il diritto che sanzionerà quelle

prezioso²⁶. Per tentare di comprendere i problemi e al contempo individuare le soluzioni non basta interrogare soltanto la politica, la legislazione o l'economia; è necessario interpellare tutte le altre arti, ivi comprese quelle letterarie²⁷. Il giurista e lo scrittore possiedono le medesime armi epistemologiche²⁸. Lo strumento letterario è concepito come un antecedente del lavoro giudiziario²⁹. L'arte e la letteratura rappresentano il groviglio della conoscenza³⁰; esse non si limitano alle parole ma partecipano, così come la scienza, il diritto all'appuntamento con la vita, con il mondo. La letteratura è una forma di conoscenza tipicamente affettiva, empatica e identificativa³¹. Essa consente una comprensione del mondo più ricca e articolata di quella puramente logico-concettuale³².

aspirazioni là dove esse si impongono o ritoccherà gli istituti là dove non rispondono più a quell'*opinio necessitatis* che rispecchia le vere esigenze della vita sociale». Cfr., F. CASUCCI, *«Etica Letteratura Diritto»*, in AA.VV., curr. G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelboeck, *Studi in onore di Aldo Frignani*, Nuovi orizzonti del diritto europeo e transazionale, E.S.I., Napoli, 2011, p. 6.

²⁶ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, p. 19.

²⁷ F. GALGANO, *Il diritto e le arti*, Il Mulino, Bologna, 2009, *passim*.

²⁸ S. SMARGIASSI, *Il giudice e gli scrittori*, in *La Repubblica*, 7 settembre 2011, p. 41. L'a. afferma che «la parola è lo strumento, e il linguaggio è il terreno di gioco; la strada di entrambi è costellata di segni che devono trovare un senso. La sentenza di un processo è sempre una narrazione coerente, come un romanzo classico».

²⁹ Si veda a titolo esemplificativo l'opera di P. VOLPONI, *Memoriale*, Garzanti, Milano, 1962, che si ritiene possa aver contribuito alla creazione dello Statuto dei lavoratori.

³⁰ I. CALVINO, *Carlo Emilio Gadda, Il «Pasticciaccio» [1984]*, in ID., *Perché leggere i classici*, Mondadori, Milano, 1995.

³¹ M.C. NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile*, tr. it. di G. Bettini, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1996.

³² In questi termini Wilhelm Dilthey, il quale nella distinzione tra *Verstehen* (comprendere) e *Erklären* (spiegare), critica il dogmatismo scientifico della scuola positivista e afferma l'autonomia gnoseologica delle scienze dello spirito. V. M.P. VOLPONI, *Il dialogo possibile. Antropologia interpretativa e metodo storicistico*, Armando Editore, Roma 2008, p. 18. L'idea diltheyana pare derivi dal pensiero leopardiano. Sul Punto, v. G. LEOPARDI, *Zibaldone di pensieri*, a cura di Anna Maria Moroni, Milano, 1983, I, p. 229. «Non basta intendere una proposizion vera, bisogna sentirne la verità. C'è un senso della verità, come delle passioni, de' sentimenti, bellezze, ecc.: del vero, come del bello. Chi la intende, ma non la sente, intende ciò che significa quella verità,

La cultura giuridica e quella letteraria condividono una storia comune. Le interazioni tra letteratura e applicazione del diritto hanno spinto i giuristi ad avventurarsi nel campo della scrittura e della letteratura e molti letterati a investigare il territorio delle controversie giudiziarie. Ci occuperemo soltanto del primo aspetto. Come si dirà, l'attività interpretativa della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), della Corte Suprema statunitense e della Corte di giustizia dell'Unione europea, hanno seguito la 'strada letteraria' come campo di sperimentazione in vista di affermazioni etiche e come ambito di esercizio per benevolenti virtù democratiche capaci di guidare prudentialmente il giudizio e la deliberazione³³.

L'anelito alla giustizia, la prosa della legge e l'ufficio scritturale della sentenza rappresentano i varchi teorici e pratici esplorati dai protagonisti delle aule giudiziarie come metafora per discutere della condizione umana nel suo complesso. «Per un giurista non è meno importante coltivare le facoltà immaginative leggendo poesia, ammirando grandi quadri, ascoltando grande musica. [È necessario] rifornire la propria mente di tante buone letture, ampliando e approfondendo i propri sentimenti così da sperimentare indirettamente e il più possibile i magnifici misteri dell'universo dimenticandosi per un attimo della propria futura carriera»³⁴. La giustizia, in qualsiasi accezione la si intenda, finisce per elevarsi a formula letteraria, vale a dire ad artificio linguistico e narrativo che traspone una riflessione culturalmente connotata³⁵.

ma non intende che sia verità, perché non ne prova il senso, cioè la persuasione».

³³ P. RICŒUR, *Sé come un altro*, trad. it. di D. Iannotta, Jaka Book, Milano 1993; NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta*, cit.

³⁴ E. LONDON, *The Law As Literature*, Oxford University Press, New York, 1960. Espressione tratta dalla *Lettera al dodicenne Paul Claussen* del famoso giudice statunitense della Corte Suprema Felix Frankfurter (1882-1965). La traduzione della lettera si trova in B. POZZO, *Law & Literature e diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White*, vol. 1, 2010, fasc.1, p. 25.

³⁵ F. CASUCCI, *Justice Walk. Frammenti di giustizia letteraria nel tempo della globalizzazione*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2017, p. 174.

3. *La giustizia narrata. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la stilistica degli Avvocati generali*

La presenza della letteratura nella scienza giuridica funge da «antidoto permanente alla legge della giungla»³⁶; essa arricchisce il giurista con una nuova e diversa prospettiva. La relazione tra i due saperi può e deve tradursi nella reciproca integrazione delle sensibilità che muovono le discipline. È tramite questo completamento che il diritto può ambire a perseguire il più alto significato di giustizia servendosi della parola. Salvatore Satta, nel suo romanzo *Il giorno del giudizio*, evidenzia l'inscindibile nesso tra forma e sostanza con l'utilizzo di un linguaggio distillato dall'uso di parole rigorosamente necessarie. La giustizia, come noto, si esprime mediante formule e sentenze; è la parola che si traduce in pena.

Diritto e letteratura si incontrano a un crocevia, la verità. Non è dato ripercorrere, in questa sede, il denso percorso tracciato dagli studi dedicati al tema *Law and Literature*³⁷, limitandosi la presente indagine ad una, sia pur succinta, analisi della attività interpretativa delle Alte Corti – e precisamente Corte europea dei Diritti Umani (Corte EDU), Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte Suprema statunitense –, emblematica della illusorietà del carattere irreversibile del giudicato³⁸,

La Corte EDU fa ampio ricorso nelle proprie decisioni a testi letterari o dottrinali³⁹; talvolta la citazione avviene in maniera diretta (si

³⁶ I. BRODSKIJ, *Dall'esilio*, Adelphi, Milano, 1988.

³⁷ Per uno studio del binomio *Law and Music*, assai fecondo ai fini del dibattito giusletterario, si veda M.P. MITTICA, *Ritmo e trasformazione. Sulla via dell'estetica giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLVII, n. 1, 2017, p. 67 ss.

³⁸ Sul tema della «irrevocabilità» della sentenza, v. P. DE ANGELIS, *Catarsi e giudizio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015. CFR., sul procedimento illusorio di pervenire a una conclusione: K. R. POPPER, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, trad. it. A. Rossi, Armando Editore, Roma, 2002.

³⁹ C.L. POPESCU, *La place de la doctrine dans les argumentaires des requérants*, in AA.VV., cur. S. Touzé, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Doctrine. Actes du colloque des 10 et 11 mai 2012*, Paris, 2013, p. 33. Per la giurisprudenza più significativa v. *Anea et Nitescu c. Roumanie*, ricorso 45924/06, sez. III; *Rimantas Savickas v. Lithuania*, ricorso 66365/09, sez. I; *Veličković v. Serbia*, ricorso 36158/10, sez. II.

pensi al riferimento esplicito al titolo dell'opera), talaltra in maniera indiretta; per tanto meno immediatamente percepibile poiché espressione della sensibilità del giudice. Nel caso *Herrmann v. Germany*⁴⁰, ad esempio, con una *dissenting opinion*, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque assume come fondata la posizione del ricorrente, il quale si oppone alla caccia per «motivi di coscienza». Contrariamente a quanto affermato dal Governo tedesco, la coscienza non può costituire il parametro sulla base del quale misurare la democraticità di un sistema giuridico, egli afferma che l'obiezione di coscienza trova fondamento e legittimazione nella necessità di riconoscere dignità a tutte le creature. L'essere umano e l'animale condividono la stessa natura. Ed a conforto della sua opinione dissenziente richiama celebri opere quali, ad esempio⁴¹, l'*Apologia di Raymond Sebond*, di Michale de Montaigne: «Quando mi trastullo con la mia gatta, chi mi dice che essa non faccia di me il proprio passatempo più di quanto non faccia io con lei? Noi ci intratteniamo reciprocamente»; *Dizionario filosofico* di Voltaire: «Che meschinità affermare che le bestie sono macchine prive di conoscenza e di sentimento, che compiono i loro atti sempre nello stesso modo,

⁴⁰ Corte EDU, Grand Chambre, sentenza *Herrmann v. Germany*, 26 giugno 2012, ricorso 9300/07.

⁴¹ A. SCHOPENHAUER, *Il Fondamento della morale*, trad. E. Pocar, Laterza, Roma-Bari, 2005. L'a. afferma che «Un'altra prova che il motivo morale qui proposto è quello vero è che con lui anche gli animali sono protetti. In altri sistemi europei di moralità essi sono quasi dimenticati, il che non è scusabile. Si afferma che gli animali non abbiano diritti; si è a torto convinti che il nostro agire nei loro riguardi sia privo di significato morale o, come si dice nel linguaggio di quella morale, che verso gli animali non sussistano doveri [...]»; J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Utet, Torino, 1998, dove si legge che «Verrà il giorno in cui il resto degli esseri animali potrà acquisire quei diritti che non gli sono mai stati negati se non dalla mano della tirannia. I francesi hanno già scoperto che il colore nero della pelle non è un motivo per cui un essere umano debba essere abbandonato senza riparazione ai capricci di un torturatore. [...] Che altro dovrebbe tracciare la linea invalicabile? La facoltà di ragionare o forse quella del linguaggio? Ma un cavallo o un cane adulti sono senza paragone animali più razionali e più comunicativi, di un bambino di un giorno o di una settimana o persino di un mese. Ma anche ammesso che fosse altrimenti, cosa importerebbe? La domanda non è: "Possono ragionare?" né "Possono parlare?", ma "Possono soffrire?"».

senza imparare o perfezionare niente!»⁴²; *Mortal and others* di Bertand Russell: «There is no impersonal reason for regarding the interests of human beings as more important than those of animals. We can destroy animals more easily than they can destroy us; that is the only solid basis of our claim to superiority»⁴³. Le citazioni letterarie del giudice Pinto de Albuquerque valorizzano il richiamo all'obiezione di coscienza del ricorrente; quest'ultima riproduce anche la visione della Corte costituzionale tedesca che definisce la decisione di coscienza una decisione etica, fondata sulle categorie del bene e del male⁴⁴.

Il ragionamento⁴⁵ seguito dalla Corte EDU attesta che lo spazio nel quale il giudice⁴⁶ opera si disvela, secondo canoni argomentativi, in tutta la sua creatività. Anche i giudici di Lussemburgo sono inclini all'uso di citazioni nelle loro pronunce. A titolo esemplificativo, nella causa C-163/09 *Repertoire Culinaire Ltd*, avente ad oggetto la tassazione di alcune bevande alcoliche destinate all'impiego in cucina, l'Avvocato Generale Kokott, citando la *Storia Naturale* di Plinio il Vecchio, evoca la figura di Marcus Gavius Apicius, vissuto nel I secolo d.C, noto buongustaio, incline allo sperpero (*nepotum omnium altissimus gurgis*) ed al lusso (*ad omne luxus ingenium natus*) per rimarcare la millenaria tradizione dell'impiego del vino in cucina. Sulla scorta di questo dato, Kokott conclude osservando che «[i] liquori da cucina [...] devono essere esentati [dall'] imposta». Analogamente, nel caso *Tele2 Sverige e Watson*⁴⁷, le conclusioni dell'Avvocato Generale Hen-

⁴² VOLTAIRE, *Dizionario filosofico*, Ginevra, 1764, trad. Maurizio Grasso, Donzelli Editore, Roma, 2011.

⁴³ B. RUSSELL, *Mortal and others*, Allen & Unwin, San Diego, 1975, p. 121.

⁴⁴ V. BVerfGE 12, 45 – Kriegsdienstverweigerung I, 20 dicembre 1960.

⁴⁵ D. COUZENS, *Dworkin's Constructive Optimism v. Deconstructive Legal Nihilism*, in *Law and Philosophy*, 6 (1987), p. 321 ss.

⁴⁶ Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 71.

⁴⁷ Corte giust., 19 luglio 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15. Nel 1788, James Madison, uno degli autori della Costituzione degli Stati Uniti, scriveva: «If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself».

rick Saugmandsgaard fanno leva su una citazione di James Madison, Segretario di stato durante l'amministrazione del Presidente americano Jefferson, per rimarcare la «grande difficoltà» dell'opera di bilanciamento affidata ai giudici, specialmente delle Alte Corti. Le cause (riunite) oggetto dell'attenzione della Corte di Giustizia vertevano, nel caso di specie, sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di regimi nazionali che impongono ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico un obbligo di conservazione dei dati. A fronte della necessità del «governo di controllare i governati», mettendo a disposizione delle autorità competenti un mezzo di indagine che presenta un'utilità certa nel contrasto ai reati gravi, i dati per l'appunto, v'è l'esigenza «di obbligare il governo a controllare se stesso», assicurando sia la conservazione, sia l'accesso ai dati conservati, senza tralasciare le minacce per il diritto alla *privacy*, sempre più a 'trazione costituzionale' in ambito europeo⁴⁸.

L'Avvocato Generale, dopo aver sottolineato l'importanza di garantire una adeguata protezione dei dati personali contro il rischio di un uso illecito o di abusi, fa leva sul principio di stretta necessità per respingere qualsiasi misura inefficiente: non possono aver luogo, in tale contesto, «valutazioni complessive», «compensazioni» o «bilanciamenti», i quali intervengono soltanto nella fase della proporzionalità *stricto sensu*. Il ragionamento ermeneutico condotto trova la sua ispirazione nell'opera di Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*⁴⁹, il quale afferma: «The first three components of proportionality deal mainly with the relation between the limiting law's purpose and the means to fulfil that purpose. [...] Accordingly, those tests are referred to as means-end analysis. They are not based on balancing. The test of proportionality *stricto sensu* is different. [...] It focuses on the relation between the benefit in fulfilling the law's purpose and the harm caused by limiting the constitutional right. It is based on balancing».

⁴⁸ Così O. POLLICINO e M. BASSINI, *La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza di ordine pubblico*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹ A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 344.

La Corte, sollecitata dalle considerazioni dell'Avvocato Generale, statuisce che ogni misura che miri a conservare i dati di traffico prescritta dalle autorità nazionali può rinvenire nel diritto dell'Unione una sua giustificazione e non rappresenta una violazione dei diritti fondamentali (artt. 7, 8 e 11 della Carta di Nizza), se tale misura osserva le condizioni che consentono di limitarne, entro i limiti di 'stretta necessità', la sua applicazione. I casi analizzati attestano, ancora una volta, che il richiamo alla *literature* da parte dei giudici contribuisce a rafforzare le proprie posizioni interpretative ovvero a sollecitarne il ripensamento, in un dialogo che costruisce e dà forma a una cultura giuridica dai tratti originali⁵⁰.

4. *L'eugenetica e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America: un mancato caso di etica dell'essere*

Nella costruzione di una «società di giustizia»⁵¹ è utile rintracciare le linee dell'etica che concorrono a realizzarla. Il diritto sta perdendo il prestigio etico di cui ha bisogno per essere ampiamente rispettato⁵². L'etica dovrebbe essere di ausilio nell'interpretazione della legge, attraverso la costruzione della *ratio legis*, secondo il tradizionale dispositivo di argomentazione, che trova nella dottrina lo svolgimento del tessuto legislativo e nel processo giurisdizionale l'esito conclusivo della decisione dei singoli casi. Mediante tale processo, l'etica penetra il diritto. La qualità del processo determina la qualità della giurisdizione, e, dunque, dell'elaborazione giurisprudenziale che, costruita sulla *ratio*,

⁵⁰ Per una riflessione sulle relazioni tra scienza giuridica nazionale e costruzione di un'identità giuridica europea, v. A. VON BOGDANDY, *National Legal Scholarship in the European legal area – A manifesto*, in *Int. J. Con. L.*, 10, Oxford University Press, p. 614. Cfr., con riferimento alla Corte EDU, P. MAHONEY, *La consolidation du droit européen des droits de l'homme: le rôle des doctrines nationales – Le point de vue de Strasbourg*, in Aa.Vv., curr. S. Hennette-Vauchez e J.M. Sorel, Bruxelles, *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 177-192.

⁵¹ A. COLOMBO, *L'utopia. Rifondazione di un'idea e di una storia*, Laterza, Bari 1997.

⁵² P. MENGOZZI, *Superare l'eclissi di legalità in atto nel nostro Paese: un impegno etico e civile*, in *Iustitia*, 2, 1992, p. 436.

consente all'etica di incunearsi nel discorso giuridico⁵³. La giustizia implica il riconoscimento reciproco delle alterità; su di esso si sviluppano le relazioni. Dunque, giustizia come valore fondante dell'etica e delle decisioni pubbliche⁵⁴. In tale direzione, si ricorda la figura del giudice protagonista del romanzo *Gli Dei hanno sete* di Anatole France⁵⁵. Il giudice dispone di ampi poteri di vita o di morte. All'inizio della sua attività si mostra sensibile e tollerante, ma una volta consapevole di svolgere una funzione di giustizia salvifica, moltiplica le condanne capitali, convinto che nel suo giudicare coincidano etica, giustizia, interesse dello Stato, amore per l'umanità. E quando da giudice Egli diviene colpevole, si compiacerà della sua condanna a morte, proclamata in nome di quella giustizia da egli stesso perseguita.

Nei fatti, non sempre la giustizia è valore fondante dell'etica e delle decisioni pubbliche. Un caso emblematico è *Buck v. Bell*⁵⁶, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel lontano 1927, a tutti gli effetti un *leading case*. Carrie Buck, una giovane donna di Charlottesville (Virginia) la cui madre era rinchiusa in un centro per epilettici e ritardati (*feeble-minded*), rimase incinta senza essere sposata. Esami diagnostici dimostrarono che anche la figlia Vivian sarebbe stata, con elevate probabilità, una disadattata (*socially inadequate offspring*). Sulla base di tali presunzioni, il direttore della colonia, John Bell, ordinò la sterilizzazione sia della madre Carrie sia della figlia Vivian, di 7 mesi⁵⁷.

A seguito dell'azione promossa dalle due donne, la questione giunse sino alla Corte Suprema, adita per ragioni oggettive, e notamente per violazione del principio di eguaglianza (*equal protection clause*) e del principio secondo cui nessuno può essere privato della propria libertà senza un giusto processo (*due process clause*). Il giudice Oliver

⁵³ G. VISENTINI, *La disciplina del conflitto d'interessi nel mercato mobiliare*, Cedam, Padova 2002.

⁵⁴ G. PIANA, *Per un'etica della giustizia oggi*, Verbania Pallanza, 19 marzo 2005.

⁵⁵ A. FRANCE, *Gli dei hanno sete*, Einaudi, Torino, 1951.

⁵⁶ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927). L'unica *dissenting opinion* fu del giudice Butler. In <http://www.law.du.edu/russell/lh/alh/docs/buckvbell.html>. Per un commento, v. J. MENIKOFF, *Law and Bioethics. An Introduction*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2001, pp. 40-42.

⁵⁷ In <http://www.cfif.org>

Wendell Holmes, ritenuto un *leading progressive*, respinse le ragioni della difesa al fine di tutelare sia gli interessi delle ricorrenti, sia quelli della società, interrompendo la trasmissione di un patrimonio genetico 'difettoso'. La motivazione della *decision* recita: «Sarebbe meglio per tutto il mondo se, invece di aspettare di giustiziare per qualche crimine una prole degenerata o lasciarla morire di fame per la sua imbecillità, la società potesse impedire a coloro che sono chiaramente inadatti di continuare la loro specie [...] Tre generazioni di imbecilli sono abbastanza»⁵⁸. Sulla base di tale decisione le due donne vennero sterilizzate. Il giudice Holmes, noto per l'utilizzo di uno stile letterario, in tale sentenza non si è mostrato un giudice-spettatore letterato.

La sua decisione conferma l'assunto che è proprio l'immaginazione letteraria a fornire le coordinate ermeneutiche del discorso su di 'un'etica dell'essere in relazione'⁵⁹, legata a «una struttura della relazionalità fondata non più sul contratto, [...] ma su vincoli prepolitici, come la capacità di cogliere il vissuto dell'altro nella sua concretezza psicologica»⁶⁰. Il caso riportato conferma che il giudice, affinché la sua decisione sia eticamente giusta, deve essere un poeta-giudice⁶¹; ad esso si richiedono doti di equanimità e flessibilità di giudizio⁶², lungimiran-

⁵⁸ La versione originale americana recita: «Experience has shown that heredity plays an important part in the transmission of insanity, imbecility, etc. [...] We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind [...] Three generations of imbeciles are enough».

⁵⁹ M.C. NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta*, cit., p. 11.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Whitman nei versi raccolti in un'opera destinata a incarnare una delle espressioni più alte del processo di costruzione della democrazia americana, *Foglie d'erba*, individuava nel poeta il miglior giudice: «Non giudica come giudicano i giudici, ma come il sole che piove/ intorno a un oggetto inerte [...]». In G. VITIELLO, *Tutte le idiozie della lingua giustizialista*, in *Corriere della sera*, 7 ottobre 2012, in <http://www.cinquantamila.it>.

⁶² M.C. NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta*, cit., p. 126.

za ed equilibrio, senso della storia e riconoscimento dell'altrui umanità, obiettività e assenza di preconcetti⁶³.

5. La letteratura 'salva' la giustizia

L'individuazione di soluzioni in grado di ripristinare l'equilibrio che compone il disordine dell'esistenza collettiva⁶⁴ richiede un acculturamento umanistico di coloro che operano per e mediante il diritto⁶⁵. Nell'opera *Storia della Colonna Infame*, Alessandro Manzoni, dopo un attento studio degli atti processuali, ricostruì la vicenda giudiziaria che condannò a una morte atroce cinque cittadini milanesi (innocenti) con l'accusa di essere i responsabili dell'unzione pestifera. Altri indagati vennero assolti in quanto appartenenti ad un elevato ceto sociale elevato che il sistema giudiziario dell'epoca non poteva perseguire. Manzoni in questa opera, mediante una pagina di storia del diritto penale⁶⁶, evi-

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ «Noi abbiām cercato di metterla in luce, di far vedere che que' giudici condannaron degl'innocenti, che essi, con la più ferma persuasione dell'efficacia dell'unzioni, e con una legislazione che ammetteva la tortura, potevano riconoscere innocenti; e che anzi, per trovarli colpevoli, per respingere il vero che ricompariva ogni momento, in mille forme, e da mille parti, con caratteri chiari allora com'ora, come sempre, dovetero fare continui sforzi d'ingegno, e ricorrere a espedienti, de' quali non potevano ignorar l'ingiustizia. Non vogliamo certamente (e sarebbe un tristo assunto) togliere all'ignoranza e alla tortura la parte loro in quell'orribile fatto: ne furono, la prima un'occasione deplorabile, l'altra un mezzo crudele e attivo, quantunque non l'unico certamente, né il principale. Ma crediamo che importi il distinguerne le vere ed efficienti cagioni, che furono atti iniqui, prodotti da che, se non da passioni perverse? Dio solo ha potuto distinguere qual più, qual meno tra queste abbia dominato nel cuor di que' giudici, e soggiogate le loro volontà: se la rabbia contro pericoli oscuri, che, impaziente di trovare un oggetto, afferrava quello che le veniva messo», in www.liberliber.it

⁶⁵ M.C. NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta*, cit.

⁶⁶ Sulla concezione del processo penale quale vero strumento di controllo sociale, v. A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 839 s. Un «processo offensivo», utilizzando le parole di Cesare Beccaria, il quale metteva in guardia da quei procedimenti penali in cui il giudice «non cerca la verità del fatto ma cerca nel prigioniero

denza le usurpazioni dei giudici i quali, pressati dalla volontà e dal furore popolare, condussero le indagini in malafede, pur essendo rappresentanti terreni dell'equilibrio e della razionalità, dell'equità e della legge. La narrazione manzoniana travalica il territorio del diritto per pervenire a considerazioni di carattere etico. Il male viene incarnato dai giudici, meschini e poveri di ideali di giustizia, e dalla folla inferocita⁶⁷. «Quei giudici erano onesti e intelligenti quanto gli aguzzini di Rohmer erano buoni padri di famiglia, sentimentali, amanti della musica, rispettosi degli animali. Quei giudici furono *burocrati del Male*: e sapendo di farlo»⁶⁸.

Pare emerga da queste considerazioni la natura 'salvifica' della letteratura, la quale evidenziando i difetti della giustizia tenta di ristabilire la tradizione etica delle decisioni pubbliche. Soltanto i processi creativi della letteratura possono denunciare la dimensione etica del diritto. La filosofa Susan Sontag sostiene che «la letteratura aiuta a rendere più morale [...] il lavoro dei giuristi, [...]; siamo esseri morali quando prestiamo attenzione, e la letteratura ci insegna a farlo»⁶⁹. La giustizia, nell'accezione tecnica, si occupa di ciò di cui si occupa la letteratura; mediante l'utilizzo della tecnica emozionale dell'individuo la decisione pubblica finisce così con il fondarsi sul dato umano⁷⁰; ciò conduce ad

il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce». Così testualmente, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVII, p. 46, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 2007. Per un approccio empirico del concetto di giustizia illuminata, v. P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, a cura di Silvia Contarini, Franco Angeli, Milano, 2006, p. 3.

⁶⁷ «Dio solo ha potuto vedere se que' magistrati, trovando i colpevoli di un delitto che non c'era, ma che si voleva, furon più complici o ministri d'una moltitudine che, accecata, non dall'ignoranza, ma dalla malignità e dal furore, violava con quelle grida i precetti più positivi della legge divina, di cui si vantava seguace. Ma la menzogna, l'abuso del potere, la violazione delle leggi e delle regole più note e ricevute, l'adoprar doppio peso e doppia misura, sono cose che si possono riconoscere anche dagli uomini negli atti umani; e riconosciute, non si posson riferire ad altro che a passioni perverse della volontà». Così, A. MANZONI, *Storia della Colonna Infame*, in *I Promessi Sposi*, a cura di F. de Cristofaro, G. Alfano, M. Palumbo, M. Viscardi, Mondadori, Milano, 2014, p. 1125

⁶⁸ L. SCIASCIA, *Nota*, in *Storia della colonna infame*, Sellerio, Palermo, 1985, p. 177.

⁶⁹ In <http://centridiricerca.unicatt.it>

⁷⁰ B. TABAGI, *Come mi batte forte il tuo cuore*, Einaudi, Torino, 2009. L'a.

affermare che la letteratura, intesa come studio dell'etica applicata, consente alla giustizia di «purgarsi» dai difetti della giurisprudenza «che tornano in sommo pregiudizio del Pubblico»⁷¹.

La letteratura tende a riavvicinare il diritto al suo fondamento ontologico⁷². Lo induce a sfuggire dall'asetticità del linguaggio giuridico, lo 'salva' dal formalismo e mentre il diritto vorrebbe placarsi divenendo altro da sé, la letteratura lo induce a rinascere ogni volta⁷³.

Tanto palesa l'importanza di una rinnovata scienza dell'educazione per i giuristi, che sia capace di esaltare il senso dei fenomeni culturali e che sia in grado di far assumere ai medesimi la consapevolezza che esiste una dimensione storico-culturale del fenomeno giuridico e che inevitabili implicazioni metagiuridiche dei presupposti e dei concetti fondamentali stanno alla base della loro attività sia interpretativa sia sistematica⁷⁴. Vi è una questione epistemologica da affrontare che richiama il ruolo culturale del giurista al fine di evitare di «mummificare la sua identità e di attenuare il suo ruolo sociale»⁷⁵.

La scienza giuridica, quale attività razionale, è volta a comporre il diritto non soltanto sulla base di fonti normative ma anche di contesti sociali, i quali forniscono alle prime gli elementi storicamente mutevoli per poter operare. Per tale ragione, la complessità dell'odierno paesaggio giuridico globale obbliga il giurista ad individuare nuovi strumenti di osservazione. «Egli è portatore di un sapere incarnato, può permet-

nell'affrontare le vicende dell'assassinio di suo padre e la successiva vicenda processuale afferma che la giustizia è molto più di ciò che può uscire da un processo; quest'ultimo è una barca nel mare che lo scuote. Il bisogno di giustizia di una vittima è enorme e per esso non bastano i tribunali in quanto in questo complesso desiderio di giustizia sono presenti molti lati d'ombra. Da tale consapevolezza emerge che la letteratura può canalizzare gli impulsi in una direzione creativa in quanto genera la possibilità di un riconoscimento diverso, non solo del padre perduto, ma anche dei sentimenti provati.

⁷¹ L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, 1743.

⁷² V. VITALE, *Diritto e Letteratura. La giustizia narrata*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁷³ Ivi, p. 43.

⁷⁴ N. LIPARI, *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2002, p. 1063 ss.

⁷⁵ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 26.

tersi anche di filosofarvi sopra, ma non può permettersi il lusso di arcaismi ostacolanti la continua incarnazione»⁷⁶.

Bisogna abbandonare, dunque, quelle esercitazioni lessicali che identificano il diritto come strumento di potere; liberarsi dalla visione squisitamente potestativa del diritto che conduce a contenere il diritto nel novero degli *arcana imperii*. Il giurista quale «vivo e vigile interprete dei tempi, [...] tanto meglio sa adempiere alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane della storia e a tradurle in formule appropriate di ordinata convivenza».⁷⁷ Egli deve ristabilire l'armonia tra fatto e diritto, farsi interprete dei cambiamenti, dismettere una logica meramente esegetica e declinare i principi basilari del sistema servendosi di altre scienze.

Occorre, in definitiva, un ripensamento metodologico che vada a scuotere il giurista dal suo torpore⁷⁸. Il passato non può irretire il presente. «Chi conosce solo il diritto non conosce nemmeno il diritto», scriveva Francesco Carnelutti (che amava anche la musica classica e partecipò alla sceneggiatura di un film) giacché «Dai margini si vede meglio il centro»⁷⁹.

⁷⁶ Ivi, p. 46.

⁷⁷ Per tutti, in tal senso, P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente* (1955), in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965, p. 599.

⁷⁸ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it. L'a. sostiene che al fine di evitare che sia proprio l'interprete a contribuire «alla rottura della certezza» del diritto, si dovrebbe: a) «rifuggire dalla svalutazione del criterio dell'interpretazione letterale, che, pure, è diffusa e ha avuto modo di manifestarsi nella stessa giurisprudenza costituzionale»; b) «applicare con parsimonia il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, decidendosi a rimettere alla Corte costituzionale tutti i dubbi di legittimità costituzionale non risolvibili senza forzature del testo legislativo»; c) «rivalutare, nei limiti in cui è logico e possibile farlo, il canone dell'intenzione del legislatore, perché la legge [...] è fatta per durare e la durata è un elemento costitutivo della certezza».

⁷⁹ Le citazioni sono riportate in S. PRISCO, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi*, in *Il diritto incontra la letteratura*, a cura di S. Torre, Editore Scientifico, Napoli, 2017, p. 12.