



# *ISLL Papers*

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

**Vol. 3 / 2010**

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



*ISLL Papers*

The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature

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

© ISLL - ISSN 2035-553X



---

**Vol. 3 /2010**

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

ISBN - 9788898010554

DOI – 10.6092/unibo/amsacta/5573

## Table of Contents

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

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

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

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

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

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

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

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

Maria Francisca Carneiro, **Law and Aesthetics**

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

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

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

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

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

## Reviews

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

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

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

Flora Di Donato e Raffaella Rosciano\*

1. Premessa

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

## 2. La comunità di interpretazione

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

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

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

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

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

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

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

### 3. La categorizzazione legale

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. *Come si costruiscono le categorie?*

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Nel ridefinire la categoria “famiglia”, il giudice, nell’analisi che Amsterdam e Bruner ne propongono, utilizza due criteri: la “ammissibilità di un solo padre” (per legge e per natura)<sup>3</sup> e la “unitarietà della famiglia”, considerata “sacra” per istituzione e per tradizione<sup>4</sup>.

---

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

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

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



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

La stessa dualità di rappresentazione emerge nella descrizione delle due coppie: l'una (quella legittima) riproduce la definizione giuridica, l'altra (quella adulterina) è descritta in maniera non conforme pur assumendo di fatto gli stessi atteggiamenti della prima<sup>5</sup>.

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

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

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

##### 5. Narrazione e diritto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

### 7. Attività giudiziaria e cultura

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Flora Di Donato  
Università Telematica Pegaso (Napoli)  
[flora.didonato@unipegaso.it](mailto:flora.didonato@unipegaso.it)

Raffaella Rosciano  
Università di Neuchâtel e Università degli Studi di Salerno  
[raffaella.rosciano@unine.ch](mailto:raffaella.rosciano@unine.ch)



*Bibliografia*

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