

Introduzione

L'accostamento *'Diritto e letteratura'* rappresenta l'esempio di come l'interdisciplinarietà sia, oramai, un processo obbligato da compiere per poter restare al passo con l'insorgere delle nuove e sempre più complesse esigenze della modernità. Studiosi di diritto si avvalgono di opere letterarie per riuscire a calare la sacralità del diritto nella realtà vissuta; la letteratura riesce a fornire, infatti, una chiave di volta all'avanguardia per quelli che sono riferimenti giuridici conati in tempi troppo lontani per aderire a quello che è invece il quotidiano. "...nonostante le diffidenze manifestate da entrambe le parti, gli studi su diritto e letteratura registrano sensibili progressi di anno in anno, precisando le proprie tematiche e affinando i propri strumenti teorici. Ciò che legittima un approccio comparativo a questi due ambiti apparentemente eterogenei è il loro comune interesse per i problemi del linguaggio: struttura, retorica, ambiguità, interpretazione e ricerca del significato veicolato dai segni linguistici. Sia il diritto che la letteratura, inoltre, si basano su formulazioni astratte e su modelli di pensiero associativo per arrivare ad esprimere un giudizio umanistico. Sussiste quindi un'affinità tra i processi espressivi e concettuali di questi due ambiti, che formano naturalmente un sodalizio fornendosi sostegno reciproco"¹.

Il movimento di Law and Literature nasce in America nei primi del Novecento come reazione al formalismo giuridico e si sviluppa nei secoli, nel resto dei Paesi, come supporto ad un'unica ricerca individuale ed universale allo stesso tempo: la conoscenza della verità.

"...diritto e letteratura si incontrano ad un crocevia fondamentale, quello stesso della verità. E in questo crocevia si consuma il loro rapporto, ammesso che di rapporto si possa parlare, così come hanno fatto negli ultimi anni innumerevoli studi sull'argomento...la letteratura rappresenta, a suo modo, una dimensione costitutiva del diritto...Questa fondamentale importanza della letteratura per l'esistenza stessa del diritto e dei giuristi, e che ne promuove sempre la rinascita, si articola in tre specifiche funzioni. La prima è quella maieutica, in quanto la letteratura fa da levatrice al diritto,

1 WEISBERG R., *Diritto e letteratura* in Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani, 1993

inducendolo a portare alla luce la propria specifica verità, che null'altro è se non la giustizia, colei che ripartisce le ragioni dai torti. La seconda è quella rivelativa, in quanto rivela al diritto la sua propria verità, inducendolo a riorientarsi di continuo in direzione della vita degli uomini e della giustizia che la governa. La terza è quella rammemorativa, in quanto ricorda al diritto ciò che esso sa da tempo immemorabile – cioè che esso deve occuparsi della vita – ma che a volte esso sembra dimenticare”². Quanto detto ci porta ad insistere sul nesso e sul dialogo inevitabile che dev'esserci tra letterato e giurista per poter giungere alla conclusione che non esiste una giustizia perfetta così come i contorni di una storia raccontata necessitano, molto spesso, di certezze che nel diritto si possono ritrovare.

“Negli ultimi quindici anni gli studi su diritto e letteratura si sono suddivisi seguendo la tripartizione di Weisberg:

- studi sul diritto nella letteratura, che analizzano il modo in cui nella narrativa vengono descritti gli avvocati, le indagini giudiziarie, le leggi, nonché il rapporto tra il singolo individuo e la ricerca della giustizia;
- ermeneutica giuridica, ossia lo studio delle teorie del significato e del rapporto tra il lettore o la comunità interpretativa e i testi normativi che hanno per essi un valore vincolante;
- stilistica giuridica, ossia l'analisi sia delle norme che regolano il modo di esprimersi nei documenti giuridici, che degli elementi narrativi, strutturali e retorici della prosa giuridica”³.

2 VITALE V., *Diritto e letteratura – la giustizia narrata* cit. in *Il Dubbio.news*, 2019

3 WEISBERG R., *Diritto e letteratura* in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993

L'influenza sinallagmatica che le due discipline si scambiano è testimoniata sin dall'antichità: primo fra tutti, molto probabilmente, è il caso controverso ma sempre attuale di Antigone, la coraggiosa e controtendente protagonista dell'opera sofoclea.

Diritto e morale, positivismo ed etica si scontrano.

Il legame tra i due campi del sapere non staziona semplicemente nell'ambito dell'astrattezza teorica ma ha pregnanti applicazioni nella crescita dell'habitat sociale contemporaneo: lo scopo è quello di solidificare e rafforzare maggiormente le basi su cui edificare i rapporti umani e della comunità. La letteratura si mette al servizio del diritto, offre una strada privilegiata da seguire svolgendo una funzione palingenetica come sottolinea Vitale: "...la letteratura non deve addentrarsi nelle sabbie mobili della giurisprudenza, quasi 'andando a scuola' dai giuristi; basta che essa rimanga fedele a se stessa e alla propria vocazione originaria di apertura e di ascolto della verità, in ciò solo consistendo il miglior servizio da rendere al diritto, come una levatrice che si limiti a favorire una nascita. E, proprio come la levatrice, porterà alla luce chi le appartiene (perché lo fa nascere) e non le appartiene (perché non è lei ad averlo generato)"⁴.

Autorevoli menti della scena giuridico – culturale, come Zagrebelsky, si sono esposti per sottolineare la rigogliosa e necessaria interdipendenza tra il diritto e la cultura: "...I giuristi devono essere aiutati e l'aiuto deve venire dalla cultura. Senza un orizzonte culturale comune di riferimento, i giuristi sono lasciati alla sbando e la giurisprudenza, che dovrebbe essere un'attività di coesione sociale, diventa essa stessa fattore di conflitto, contrasto e lacerazione. È una pura illusione ritenere che il diritto basti a se stesso, che sia una scienza pura che può definire il suo oggetto separandolo dal contesto culturale in cui opera e di cui è parte, dipendente e costitutiva al tempo stesso. Per questo, i giuristi dovrebbero impegnarsi, innanzitutto tra di loro, oltre che alle proprie

4 VITALE V., op. cit. in Il quotidiano giuridico, 2017

specializzazioni che non possono mancare, nel definire le basi culturali della loro scienza e nello stabilire dei ponti con le altre scienze della cultura, da cui hanno molto da prendere e cui hanno molto da dare”⁵.

5 ZAGREBELSKY G., *La virtù del dubbio. Intervista su Etica e Diritto*, Bari, 2007, pag. 156

Capitolo I

1.1 Formalismo ed antiformalismo - Diritto e vita

Che rapporto c'è tra diritto e letteratura?

Si tratta di due macromondi destinati a non rimanere isole lontane anni luce l'uno dall'altro ma orientati verso obiettivi comuni, tra cui una visione più vicina al giusto e al reale del mondo che ci circonda; quindi non più due rette parallele, il diritto e la letteratura, la norma e la vita, ma realtà che si intersecano fino a raggiungere, affinandosi ed adattandosi, un punto di equilibrio.

Già a partire dagli anni '60, il concetto di 'diritto' non appare più come meta altissima ed irraggiungibile, posto sulla scranno della Verità, ma subisce in maniera sempre più accelerata ed invasiva contaminazioni derivanti da discipline appartenenti ad altre categorie del sapere: letteratura, economia, filosofia, antropologia, sociologia, per citarne alcune.

Si assiste perciò ad una galoppante frammentazione della teoria del diritto che porta ad una forte presa di coscienza, tra i giuristi e non, di come la realtà non possa essere spiegata e svelata solamente attraverso quella che sono le 'certezze' incrollabili del diritto, ma che necessita di componenti di differente origine per poter avere, o tentare di avere, una visione completa degli eventi e di come questi nascano e si sviluppino.

a) Formalismo giuridico

Prima di passare ad analizzare il processo di destrutturazione della teoria generale del diritto, sarà necessario affrontare il concetto di *formalismo giuridico*, il cui fautore ritroviamo in Friedrich Carl von Savigny, civilista contrario alla codificazione.

Nella sua opera **‘La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza’** (1814), Savigny attacca aspramente Thibaut, giusrazionalista e civilista-romanista, che premeva per la redazione di un codice civile tedesco; questo codice avrebbe preso il posto del diritto romano vigente favorendo l’unificazione politica della Germania, ma per Savigny si sarebbe comunque trattato di ‘una concezione ampollosa e assolutamente vuota’ della codificazione⁶.

Ciò che sostenevano i teorici generali può essere accostato al *positivismo giuridico teorico*, come diceva Norberto Bobbio, ed al formalismo giuridico, come lo appellavano i teorici antiformalisti.

Le tre denominazioni ‘teoria generale del diritto’, ‘formalismo giuridico’ e ‘positivismo giuridico teorico’ hanno la stessa denotazione ma diversa connotazione: cioè si applicano alle stesse tesi teoriche ma individuandole rispettivamente come buone, neutre e cattive.

Le caratteristiche principali delle tre suddette correnti giuridiche sono sette:

- attribuzione al diritto dei caratteri della positività;
- prescrittività;
- sanzionabilità o coattività;
- statualità;
- sistematicità;
- determinatezza interpretativa;
- scientificità dottrinale⁷.

6 BARBERIS M., *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, 2011, pag. 64/127-128

7 BARBERIS M., op. cit., pag. 132

La mentalità positivista si diffuse rapidamente nella cultura europea come una vera e propria mentalità, identificandosi con quello che venne indicato come *formalismo*; l'aspirazione dei giuristi del secondo Ottocento di far assurgere la giurisprudenza a vera e propria scienza risale già ai secoli precedenti e faceva perno, come diceva Austin, sulla comparazione di dati assimilabili per via empiristica⁸.

b) Antiformalismo giuridico

Di contro è opportuno fare un excursus di ciò che fu l'antiformalismo per comprendere al meglio la sua linea evolutiva individuando ben cinque movimenti antiformalisti:

- concettualismo;
- giurisprudenza degli interessi;
- movimento del diritto libero;
- sociologia del diritto;
- realismo giuridico scandinavo.

Il primo autore antiformalista fu Rudolf von Jhering (1818-1892) di cui possiamo individuare due periodi principali in cui è stato un pandettista ultraformalista e successivamente l'antiformalista per antonomasia⁹.

In una prima fase, Jhering, come dimostrano anche i suoi scritti '**Lo spirito del diritto romano**' o l'articolo '**Il nostro compito**', riconosce alla giurisprudenza una funzione di 'costruzione

⁸ FASSÒ G., op. cit., pag. 180

⁹ BARBERIS M., op. cit., pag. 136

giuridica', dando così la possibilità di mettere in luce i principi dell'ordinamento e di ricavarne nuove disposizioni normative.

In una fase successiva ritroviamo uno Jhering cambiato, che addirittura 'ride' delle sue vecchie convinzioni riguardo la giurisprudenza e l'assetto dell'ordinamento: il teorico ora considera la costruzione sistematica del diritto solamente una moda e non più 'lo scopo supremo e vanto del formalismo'¹⁰.

Di contro alle idee antiformaliste si sviluppano:

- l'*istituzionalismo*, secondo cui il diritto non è solo insieme di norme ma una vera e propria istituzione;
- il *decisionismo*, per il quale l'intero diritto si basa su di una decisione politica e non giudiziale¹¹.

Inequivocabile rifiuto, invece, rispetto ad istituzionalismo e decisionismo provenne da Hans Kelsen (1881-1973) e la sua *teoria pura del diritto*, in un itinerario che si divide in tre periodi:

- europeo;
- americano;
- 'l'ultimo Kelsen'.

10 FASSÒ G., op. cit., pag. 191-192

11 BARBERIS M., op. cit., pag. 137

Nella fase ‘europea’ Kelsen si presenta come un teorico del diritto formalista, per il quale “lo Stato è solo l’espressione dell’unità dell’ordinamento giuridico”.

Nel secondo periodo ‘americano’, si può notare in Kelsen un’apertura verso la cosiddetta depsicologizzazione del comando, restando comunque in essere la distinzione tra atto psicologico e norma.

Ne ‘l’ultimo Kelsen’ la teoria adottata è di tipo imperativista, perciò tutte le norme giuridiche e morali vengono intese come comandi¹².

Kelsen stesso definisce ‘pura’ la sua dottrina perché questa: “...vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutti ciò che non appartiene all’oggetto esattamente determinato come diritto”, cioè: “una dottrina depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico-naturalistico”.

La norma giuridica, secondo Kelsen, enuncia che ad un evento A (illecito) deve comunque seguire un evento B (l’effetto): per cui la differenza tra norma e legge naturale è da identificarsi nella distinzione tra imputazione e causalità.

Spostandoci in Italia, invece, la più importante testimonianza di costruzione sistematica del formalismo è ne **‘L’ordinamento giuridico’** (1917) di Santi Romano che si pone antitetivamente rispetto alla posizione di Kelsen.

“L’ordine sociale che è posto da diritto non è quello che è dato dall’esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante”, citando Romano¹³.

12 BARBERIS M., op. cit., pag. 150-187

13 FASSÒ G., op. cit., pag. 275-286