

# Il Bigiavi

Taccuino multilingue della  
SIDL - Società Italiana di Diritto e Letteratura

A Multilingual Sketchbook  
of the ISLL - Italian Society for Law and  
Literature

Edited by Enrico Pattaro

Issue no. 1  
March 2010



This sketchbook has been named *Il Bigiavi*: This we did drawing inspiration from the column “Cose lette” (Things read), which the eminent Italian jurist and professor Walter Bigiavi maintained in *Rivista di diritto civile*, a journal he himself founded. The column distinguished itself for its acumen, brio, erudition, and irony. A portrait of Walter Bigiavi has been written for ISLL by Francesco Galgano and appears in the first issue of this sketchbook. *Il Bigiavi* collects commentary occasioned by publications, debates, and discussions, and it features as well contributions that have not been placed in the Papers section of this website. All the issues of *Il Bigiavi* may be freely downloaded, the idea being that in this way the material can more easily be disseminated. Contributions are accepted in English or Italian, or in any other language.



Il taccuino è stato denominato *Il Bigiavi* perché si ispira alla rubrica “Cose lette” che il Prof. Walter Bigiavi, eminente giurista italiano, teneva nella *Rivista di diritto civile* da lui fondata: una rubrica che si distingueva per competenza, acume, brio, erudizione ed ironia. Un ritratto di Walter Bigiavi è stato scritto per la SIDL da Francesco Galgano ed è pubblicato nel primo numero di questo taccuino. *Il Bigiavi* accoglie commenti a margine di pubblicazioni, dibattiti e discussioni, e in ogni caso contributi che non siano destinati alla sezione Papers del presente sito. I numeri de *Il Bigiavi* sono direttamente scaricabili dal sito per favorirne la divulgazione. Si accettano contributi in italiano, inglese ed altre lingue.

Issue no. 1: March 2010

# Contents

La giustizia a Bologna: gli strumenti, i luoghi, i simboli (Justice in Bologna: the Tools, Places, and Symbols)

*Antoine Garapon*.....p.4

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

*Angelo Abignente*.....p. 13

## **La giustizia a Bologna. Gli strumenti, i luoghi, i simboli (Justice in Bologna: The Tools, Places, and Symbols)**

**Antoine Garapon**

Je me trouve dans une situation très embarrassante devant me prononcer sur quelques impressions de touriste judiciaire, et le faire devant les principaux intéressés, et ce, de surcroît, dans un contexte de tension avec le pouvoir politique. Vous m'avouerez que je n'ai pas la tâche facile ! Mais l'amitié donne des droits que la simple bienséance interdit, aussi me risquerais-je de bonne grâce à cet exercice périlleux. C'est donc un regard de naïf que je vais vous livrer, nécessairement pénétré de ma propre culture judiciaire, à l'aune de laquelle je peux décrypter ce que je ressens ici en Italie.

Je vois dans ce choix et dans les débats que j'ai entendu ici ou là, un affrontement souterrain entre deux conceptions de la justice, que beaucoup de pays européens ou américains connaissent, tant ils sont liés à une dynamique démocratique. J'ai senti la justice tirillée ici entre deux modèles de justice : celui défendu par les professionnels du droit et de la justice, qui tentent de préserver ce qu'ils pensent être la qualité de la justice, d'une part, et de l'autre, celle du pouvoir politique, qui s'appuie sur un modèle néolibéral et propose des projets de réforme drastiques, radicaux, mais pas dénués néanmoins d'une certaine pertinence ; d'où le malaise.

### **UN RAPPORT MAJESTEUX OU FONCTIONNEL A L'ESPACE ?**

Commençons par l'espace : j'ai relevé une grande familiarité dans le décor des salles d'audience bolognaises qui montre que nous partageons une symbolique commune : le bois, l'idée de petit parc, la barrière qui sépare le public du chœur, qui porte le nom de *cancella* qui a donné le nom du greffier (*cancelliere*) ; mêmes costumes d'audience pour les premiers présidents, qui semble avoir la même symbolique royale, peut-être bien d'origine napoléonienne, tout cela est très familier à un juge français. Il y a néanmoins quelques différences : la salle d'audience italienne donne plus l'impression d'un

parc, sans la travée centrale, ce qui retire l'impression de symétrie que crée les deux séries de bords en France, et bien sûr le crucifix qui a disparu chez nous depuis la séparation de l'Eglise et de l'Etat en 1905. Et puis, il y a le problème de la cage : objet d'une grande protestation de la part des avocats français qui y voient une atteinte à la présomption d'innocence, et qui semble poser des problèmes identiques à Bologne.

Ayant eu le privilège de visiter le futur palais de justice, j'ai été impressionné par les choix qui avaient été faits, très significatifs : celui de la centralité urbaine au détriment de la décentralisation, de la réaffectation plutôt que de la création, de la monumentalité au détriment de la fonctionnalité, de la forme esthétique au détriment de la pureté de la ligne, des professionnels au détriment du public, et, enfin de l'italianité au détriment de l'anonymat mondialisé.

Le choix de la *centralité* au détriment de la décentralisation a été conquis, semble-t-il, de haute lutte. Les différents lieux de justice sont actuellement éclatés à Bologne et l'un des choix était de construire une cité judiciaire. Lorsqu'on parle de décentralisation, cela veut dire de créer un nouveau centre mais à la périphérie. Construire une cité judiciaire, qui regroupe les différents « services », va de pair avec l'idée de fonctionnalité. C'est la tendance en France, ce qui n'est pas du goût de tout le monde. Les avocats du barreau de Paris se sont farouchement opposés – plus que les juges d'ailleurs – au transfert du Palais de justice de Paris de l'île de la Cité dans le 13<sup>ème</sup> arrondissement. J'ai été frappé de voir les mêmes réactions des professionnels du droit et notamment des avocats devant le possible déplacement du tribunal du centre vers la périphérie.

Il y a une dimension à l'évidence somptueuse dans ce palais, qui traduit une conception profonde de la justice comme devant être incarnée par une certaine majesté. Cela se manifeste tout d'abord par un choix qui peut paraître *a priori* anti-économique : c'est en soi un événement à l'heure où l'impératif économique tend à coloniser tous les secteurs de la vie collective, y compris la justice. C'est donc un choix qui doit être analysé sous ses deux angles : pour ce qu'il affirme et pour ce à quoi il renonce. La sécurité n'a pas eu, par exemple, le dernier mot ; il y a quelque chose de très audacieux à faire un tel choix.

Témoigne de cette conception le terme de « palais de justice » qui se retrouve dans les langues latines et les cultures méditerranéennes mais pas dans le monde anglosaxon qui utilise le mot plus banalisé de *courthouse*, c'est-à-dire le

lieu de la cour. Cette majesté est confirmée par le choix des dorures, comme de mettre un liseret doré sur les portes. Cette majesté contient l'idée d'un excès, d'une dimension qui ne rentre pas précisément dans un échange économique. La majesté renvoie à une autre économie symbolique où l'importance de ce qui se passe ici est d'un autre ordre. Or précisément, la rationalisation administrative et comptable tend à gommer cette dimension symbolique. Ces bâtiments glorifient la fonction éminente de la justice, ils ne sont pas organisés, comme de plus en plus souvent aujourd'hui, autour de l'idée que la justice est avant tout un « service public ». Et dans l'expression, c'est « service » qui est important. La justice devient un service comme un autre, ou plus exactement toute activité doit être traitée comme un service (on parle de mondialisation des services judiciaires, et c'est la *Directive service* de Bruxelles qui organise le statut des avocats). La réaction néolibérale commence en substituant le critère de la performance à celui de la justice. En réalité tout est là, dans les prémisses du raisonnement qui ne sont jamais discutés.

Le choix architectural et immobilier est donc celui de la *réaffectation* plutôt que de la création, c'est-à-dire la construction d'un palais neuf sorti de terre. Le choix de se transporter dans un vieux palais du centre de Bologne est celui du réemploi d'un bâtiment existant au détriment de la création d'un nouveau palais de justice. Cela bride considérablement le geste architectural. Ce choix de la *continuité* n'est pas d'ailleurs sans signification : le destin de ces bâtiments manifeste dans un langage de pierre et de stucco toute l'évolution de notre modernité. Devoir convertir des couvents en universités ou en palais de justice, c'est pleinement assumer le processus de laïcisation qui est toute l'histoire de l'Occident et notamment de l'Europe continentale. Nous venons de vieux pays dans lesquels la religion a joué un rôle fondamental, et il n'est pas possible – ni d'ailleurs souhaitable – de faire table rase. Il est hautement significatif dans cet ordre d'idée de récupérer le mobilier des juges, ce qui nous ramène aux plus haut moyen-âge où l'on dressait le parc de justice dans la salle du château du seigneur.

La réaffectation prive l'architecte d'une grande partie de son langage créatif, et donc de la possibilité de s'adapter aux évolutions de la justice, d'intervenir durablement dans le processus, l'architecte pouvant aussi bien être le premier avocat des accusés ou au contraire l'allié objectif de l'accusation. Ainsi, les murs existants ne lui laissent pas beaucoup de possibilité de sortir de l'alternative entre la salle d'audience parfois très solennelle et très richement décorée, et le

bureau anonyme. Où trouver l'intermédiaire entre le décor peut-être trop pressant, et l'absence totale de décor ?

Cette option d'occuper un vieux palais a fait le choix de la *monumentalité* au détriment de la fonctionnalité. On offre à la justice une mise en scène de sa souveraineté, et l'on ne saurait s'en plaindre : mais cela va à l'encontre d'une tendance de l'architecture judiciaire, en France tout du moins, qui recherche la fonctionnalité. Dans le palais de justice de Grenoble, en France, on voit une justice totalement fonctionnelle aux formes épurées et s'organisant autour du *vide*. Dans ces bâtiments modernes, le pouvoir, comme l'a remarqué Foucault, n'est plus localisé : il est partout et nulle part - dans la taille, dans la dépense somptuaire d'espace, dans la beauté des matériaux - mais ne se niche plus dans un symbole précis. Le bâtiment de justice prend l'allure d'une usine à résolution des conflits : c'est une symbolique « machinique » comme le centre Beaubourg à Paris. Tout juste subsiste-t-il des colonnes et des marches, et encore. Le bâtiment répond à un nouveau vocabulaire dont les maîtres-mots sont transparence, ouverture sur la ville, accessibilité. Si nos palais modernes sont devenus muets, c'est peut-être parce que les périodes précédentes avaient été trop bavardes; c'est peut-être aussi pour mieux nous laisser habiter ces lieux par nos vies racontées, nos histoires enchevêtrées et nos ressentiments déversés : les justiciables sont devenus les symboles mobiles de ce nouveau palais. Ce que montre l'évolution de l'architecture judiciaire contemporaine, c'est que le lieu de justice passe insensiblement d'un monument qui manifeste la puissance de l'Etat à un espace qui se tait pour écouter la plainte de la victime. Non que ces deux dimensions s'excluent mutuellement: tout au contraire, le pouvoir de l'Etat s'affirme par son attention, sa diligence, sa compassion à l'égard des victimes.

La tentation est de résoudre la crise du symbolique par le silence symbolique : c'est évident dans les palais de justice français, et cela quelque chose à voir avec la mondialisation (les concours d'architectes sont globaux). En témoigne l'exemple du palais de Naples construit par un Japonais et qui est très impersonnel. Il y a dans le choix de ce palais au centre de Bologne, une volonté ferme de localisation de la justice, d'habiter sa ville, de marquer culturellement la justice quelque part, qui se trouve en Italie. Je suis frappé que nombre de palais de justice dans le monde se ressemblent comme les hôtels. Là, ce n'est pas le choix qui a été fait, et c'est notable. Si l'on songe que les populations qui sont appelées à fréquenter cet édifice, peuvent être étrangères, ce point n'est

pas anodin, au moment où l'on s'interroge un peu partout en Europe sur l'identité nationale.

### **UNE CONCEPTION « IMPERIALE » OU MANAGERIALE DU TEMPS?**

A propos du débat qui fait rage aujourd'hui dans votre pays à propos de l'opportunité d'enfermer le procès dans des délais très stricts, il me semble que c'est la même question du service et de la souveraineté sur la justice se retrouve à propos du temps. Le temps « impérial » est un temps fixé souverainement par les juges, et plus généralement par les avocats ou les experts qui peuvent ainsi en jouer au gré de leurs intérêts. *Fiat justitia pereat mundus*: rien ne doit contrarier ce travail de la justice. Il est l'équivalent temporel du palais majestueux. Jusqu'à présent, l'enquête s'arrête... lorsque le juge estime qu'il a fait le tour de la question, le procès civil arrive à l'audience lorsque les avocats en ont décidé ainsi. En d'autres termes, ce sont les professionnels qui ont l'entière maîtrise du temps.

Or, nous vivons une période d'accélération du temps, et nos concitoyens, en tous les cas en France, ne supportent plus les temps morts, c'est-à-dire le temps improductif. C'est le sens de la grande réforme de la procédure civile anglaise sous l'impulsion de Lord Woolf. Le système anglais, écrit-il en préambule, marche au mieux des intérêts ... des professions judiciaires! Mais c'est le peuple et les justiciables qu'il doit satisfaire. Il s'agit là d'une véritable révolution pour la justice qui doit se repenser du point de vue de son utilisateur, et non plus en fonction d'un idéal, approche toujours suspecte de cacher des protections corporatistes. La solution qu'a instituée l'Angleterre va dans ce sens-là, elle distingue entre plusieurs régimes : la voie rapide (*fast track*), la voie longue (*long track*) et le traitement spécial accordé à des affaires de faible importance mais qui ont un intérêt particulier (*special track*). La question n'est pas de faire des délais trop brefs ou trop stricts mais de distinguer selon le type d'affaires.

Ce changement d'attitude à l'égard de la justice (comme de toute institution) qui doit cesser d'apparaître comme la chose des professionnels, appelle de la part du pouvoir politique une réponse de type néolibérale. Celle-ci consiste à résoudre ces problèmes en supprimant toute spécificité à la justice qui est réduite à un service comme un autre. Toutes les activités du service public



subissent le même sort d'ailleurs qu'il s'agisse de l'université, de la santé voire du gouvernement lui-même (notation des ministres). Il ne suffit pas d'accélérer la procédure, il faut aussi changer les déterminants du temps. Il faut inverser la logique du temps en l'enfermant dans des délais très stricts : en décidant que la première audience au fond doit intervenir dans les 100 jours comme en Grande-Bretagne, ou dans les trois mois (comme dans nombre d'États américains). C'est un délai « sec » : le déterminant du temps est un chiffre, et non plus le fruit d'une délibération, d'une parole, d'une discussion, d'une tension éventuellement, mais d'un chiffre ; on a changé de registre. Le délai prend le sens d'une information sur le marché, d'un prix qui doit guider le choix des acteurs rationnels statut auquel sont ramenés les justiciables et les parties. Pour séduisante que soit cette solution, elle n'est pas sans présenter de gros inconvénients, comme celui d'exposer les poursuites complexes à des impasses ou d'accorder une prime indue aux comportements dilatoires. Dans ce nouveau modèle, le juge devient un *case manager* : son rôle est la mise en état, il doit contrôler les experts, il risque de ne s'intéresser plus qu'au temps.

Pour saisir ce changement de relation au temps, il faut le lier à d'autres phénomènes. La justice est pensée par les décideurs selon les flux et non plus selon les affaires : une justice du grand nombre. En France, la justice doit être pensée de plus en plus en termes de processus voire de *process* plutôt que de procès ; que l'on soit en matière familiale ou pénale, une part importante, voire l'essentiel se joue en amont de l'audience traditionnelle.

Ce changement à l'égard du temps est aussi fortement influencé par la technologie. L'informatique n'est pas qu'une facilité, une manière d'économiser de l'espace de stockage : elle induit un nouveau rapport à l'institution ; c'est aussi un changement de forme qui oriente vers le flux, ce qui circule. Le papier est par définition statique alors que l'électronique permet de tout mettre en circulation. La technologie change aussi notre rapport à la mémoire. L'encombrement par les archives est une préoccupation permanente qui est revenue souvent. L'archive est le lieu de rencontre entre le temps et l'espace : les dossiers convertissent du temps en espace encombré ; mais avec l'informatique, plus d'encombrement (mais peut-être aussi plus de mémoire!), ce qui reste, la question des archives qui revient sans cesse.

Comment sortir de cette tension ? Chacun prétend parler au nom du justiciable mais lui laisse rarement la parole. Ces enjeux manifestent une transformation et de la relation à la justice et des instruments du pouvoir. Je vois dans la

réforme qui se profile un nouveau mode de contrôle par la fonctionnalité. Le temps, réduire les coûts, améliorer les performances sont devenus autant de nouveaux moyens de contrôle sur la justice. Mais il n'empêche que l'on ne peut ignorer l'impératif de performance. Il faut trouver un juste milieu entre le superbe isolement aristocratique, qui recherche la justice en soi, sans se soucier de la praticabilité, et les mesures trop drastiques qui pive la justice de sa spécificité. Le juge est aussi le gardien d'un bien commun périssable et fini, même si l'aspiration à la justice est infinie.

### **UNE RELATION ARISTOCRATIQUE OU DEMOCRATIQUE DU JUSTICIABLE ?**

Continuons d'explorer la tension qui travaille la justice à Bologne et partout ailleurs : le rapport majestueux à l'espace, auquel fait pièce une conception impériale du temps, induit une relation aristocratique au justiciable. e nous méprenons pas sur ce terme qui a un sens exclusivement sociologique. Quelle part a occupé le public dans les choix architecturaux ? La justice à Bologne est certes au milieu de la ville

au cœur de la ville, mais qui sort rehaussé par cette dignité ? La beauté célèbre la justice, mais à qui profite cet honneur ? A qui appartient ce lieu ? Quels en sont les véritables maîtres ? Les professionnels du droit ou le justiciable? Cette majesté risque d'intimider le justiciable qui se sentira invité dans ces locaux plus que comme un citoyen qui vient y exercer sa plaine capacité et prendre ses responsabilités.

Une cour fédérale australienne de Melbourne a commencé avant de construire un palais de justice par se demander à qui appartenait les lieux ; ils en conclurent qu'ils appartenaient en indivision à trois catégories d'habitants temporaires : aux professionnels - juges et avocats -, aux fonctionnaires et autres travailleurs sociaux qui y travaillent et, enfin, aux justiciables qui venaient pour y être jugés. Il fallait donc réserver des espaces communs où ces trois catégories se rentrent mais aussi des espaces privés pour chacune de ces catégories. C'est ainsi qu'ils réservèrent un étage dans l'édifice pour les familles afin qu'ils puissent se retrouver, s'expliquer, se reposer (en aménageant des espaces de jeux pour les enfants).

A Bologne, il peut y avoir jusqu'à 5000 personnes par jour m'a confié le président. Qu'a-t-on prévu pour les guider mais aussi leur permettre de se soulager par exemple ? Une chose m'a frappé : très peu de place est réservée pour le public (notamment dans la cour d'assises de premier degré). En France, les cours d'assises offrent de nombreux bancs pour le public. Le couloir étroit pour le public dans le nouveau palais me semble là encore très symbolique : c'est la porte étroite, c'est le goulot d'étranglement.

Le pouvoir politique tire parti de notre évolution vers « une démocratie des individus ». Le corporatisme appelle une réponse facile du pouvoir politique néolibéral qui construit sa stratégie politique en prenant radicalement le parti des justiciables contre la corporation des juges, et plus encore celui des victimes, des plaignants. Cette désinstitutionnalisation du fait de la politique est le propre même du populisme ambiant. Le néolibéralisme est ainsi le signe d'une révolution silencieuse mais très profonde qui s'est manifestée ces dernières années mais qui n'est en réalité que la continuation du travail de la modernité. Si la justice se justifie comme un service, cela veut dire que sa légitimité de la justice est à chercher ailleurs qu'en elle-même mais dans la qualité de ses produits tels qu'évalués par le consommateur de justice. Elle se résume au critère de l'efficacité. Cette évolution marque une désymbolisation.

### **UN CHANGEMENT DU RAPPORT A LA FORME**

Je voudrais terminer en essayant de recomposer le tout. La forme du nouveau palais de justice encourage une certaine extériorité par sa décoration : les procès ont élu leur siège dans ce palais pour abriter leur déroulement comme une pièce se joue dans un décor de théâtre. Ce palais offre ses formes et sa majesté pour abriter le théâtre de la justice : il invite donc à jouer, ou plus exactement à un certain jeu, à la forme pour la forme.

Il y a un lien, me semble-t-il, entre la forme du palais et les formes du droit. La forme est très révélatrice d'une conception profonde du droit : ces nouveaux palais aux formes épurées, très silencieux d'un point de vue symbolique, tracent un tournant identique à celui qui s'est opéré entre l'art bénédictin et l'art cistercien : tout à coup, la forme ne devait plus glorifier Dieu par elle-même (comme ici, elle est censée magnifier la justice), mais devait être référée à l'intériorité du moine qui prie, en l'aidant à s'abstraire du monde. C'est sa

prière qui célébrait la gloire de Dieu et non plus la forme en elle-même. Il se passe quelque chose d'analogue aujourd'hui pour la justice. Il ne faut pas trop que les murs parlent pour écouter ce que les justiciables ont à dire ; je dis bien les justiciables et pas nécessairement les avocats. C'est bien un enjeu de représentation. Dans un tel lieu donc, la souveraineté est bien affichée : la justice est d'emblée sous contrôle des lieux, sous l'emprise du passé qui regarde cela d'un air peut-être un peu amusé. Les murs ne parlent pas ils ne nous entretiennent pas de la justice mais d'une autre vie, d'une vie d'opulence, d'une vie qui ne se soucie pas du crime à vrai dire. Les tableaux, le petit amour qui porte la balance : il y a quelque chose de frivole, une sorte de légèreté qui relativise la justice.

Comment comprendre cette coexistence entre la justice et la beauté ? La beauté a plus à voir avec la justice qu'on ne le croit, comme nous le rappelle Albert Camus. Camus, entraîné malgré lui dans une guerre et une résistance qu'il n'avait pas voulues, répète qu'«à travers les clameurs et la violence, nous tentions de garder au cœur le souvenir d'une mer heureuse, d'une colline jamais oubliée, le souvenir d'un cher visage. Aussi bien c'était notre meilleure arme, celle que nous n'abaisserions jamais». Les murs du palais de justice nous délivrent donc un double message : «vous qui fréquentez ces lieux, regardez ce que des hommes ont été capables de faire à d'autres hommes, que cela ne fasse pas oublier toutefois que le bonheur est possible, qu'il est la plus grande réponse à la misère de notre condition humaine». La réponse juridique cherche à combattre les crimes et des autres désordres de la société ; la réponse esthétique est d'un autre ordre : elle nous rappelle la possibilité du beau, elle cherche à racheter par le beau de la vilénie des hommes, elle lutte par le sublime contre la corruption du monde. L'esthétique nous introduit dans un nouvel échange de justice, plus cosmologique. La beauté parle en effet à nos sens ; elle réveille notre sensibilité au monde, indissociable de la sensibilité à autrui (tout crime n'est-il pas le fruit d'un défaut de sensibilité à l'autre?).

La beauté ne relativise pas la justice, elle la remet à sa place dans un monde plus grand : si elle est centrale dans la cité des hommes, elle demeure relative par rapport à l'absolu du beau. La beauté indique à la justice un horizon, un au-delà de la justice, elle accorde celle-ci à une vision poétique et non plus éthique du monde.

---

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

La relazione tra una concezione *mentalistica* della conoscenza e una concezione *costruttivistica* e, più propriamente, *narrativistica* della cultura è un passaggio importante della psicologia culturale di Jerome Bruner. Qui “mente” e “cultura” indicano il rapporto tra l'esterno e l'interno che investe anche la cultura giuridica, poiché “qualunque cultura si impone creando stabilizzazione, istituzioni durature”. I processi di *internalizzazione* delle istanze culturali non sono di per sé sufficienti perché devono essere accompagnati da quella legittimazione che può avvenire solo attraverso processi di “esternalizzazione in un istituzionalizzato superorganico mondo al di sopra di noi”<sup>1</sup>. È il rapporto che si ripropone nella diade diritto – cultura, come già poneva in evidenza Treves, nella sua opera *Diritto e cultura*, sulle orme di Arnold, Lask, Weber, Radbruch, Dilthey, Spranger, per aprirsi non solo alla considerazione del diritto come “componente” della cultura ma anche alla proiezione del diritto nel mondo della cultura<sup>2</sup>.

Dunque la domanda “come l'esterno diviene interno?” diventa *topica* per la filosofia del diritto, come testimonia da noi la filosofia dell'esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi, con il suo scorgere lo stesso metodo epistemico e oggettivizzante della *scientia juris* all'interno del fluire storico dell'esperienza sociale che, proprio grazie alle connessioni costruite dalla scienza, si fa esperienza giuridica, incrementando le potenzialità comunicative dell'agire e delle relazioni umane<sup>3</sup>. La stessa domanda riecheggia anche nella teoria giuridica, dall' istituzionalismo di Hauriou, dove l'interiorizzazione dell'istituzione è condizione necessaria per la sua continuazione, alla “pratica

---

\* Intervento all'Incontro interdisciplinare “*Liaisons dangereuses*. Filosofi, psicologi e teorici del diritto discutono di mente e cultura” (Sale rno, 20 giugno 2007).

<sup>1</sup> Le citazioni non seguite da richiami bibliografici sono tratte dal testo dattiloscritto della relazione di J. S. Bruner su “Mente e cultura” distribuito ai partecipanti.

<sup>2</sup> R. Treves, *Il diritto come componente della cultura*, in *Il diritto come relazione. Saggi critici di filosofia della cultura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 207.

<sup>3</sup> G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* [1937], in *Opere*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1959.

sociale” di Hart che, adottando il cd. *punto di vista interno*, nella distinzione tra regole primarie e (regole) secondarie, segna il momento in cui la regola diventa il parametro cui ciascun individuo deve conformarsi, per citare soltanto alcuni nodi problematici ricorrenti.

Più in generale in quella domanda è racchiusa la tensione, il *dilemma* che non va risolto, tra il farsi del diritto, il suo prodursi ed il suo implementarsi nella vita del soggetto e della comunità giuridica, nella cultura che “comincia a casa”, nella contestualità di qualsiasi esperienza giuridica, e non soltanto nelle isole Fiji, come afferma Bruner. Poiché la cultura giuridica, come ci insegna Ferrajoli, è l’insieme delle ideologie, dei modelli di giustizia e dei modi di pensare intorno al diritto propri degli operatori giuridici, siano essi legislatori, giudici o amministratori, ma anche il *sensu comune* intorno al diritto ed ai singoli istituti operante nella contestualità sociale<sup>4</sup>: la contestualità di una relazione culturale mediata nell’incontro con l’*altro* attraverso il *linguaggio*.

La categoria dell’*altro da sé* è fondativa dell’esperienza giuridica: penso certamente all’*altro* inteso come soggetto o come persona ma penso anche all’incontro con quell’*altro* che avviene nel momento interpretativo ed applicativo del diritto. Basti guardare in tal senso all’ermeneutica di Gadamer, alla scoperta della radicale *alterità*, nell’esperienza del *comprendere* del soggetto-interprete, del *sensu* racchiuso e oggettivato in un’opera o in un testo normativo e poi mediato dal linguaggio, dal porsi del circolo dialogico di *domanda* e *risposta* che conduce alla progressiva *fusione di orizzonti* fra testo e interprete<sup>5</sup>.

Quell’*altro* che, nella nostra esperienza giuridica continentale, è dato dal testo normativo, dal codice e dalle leggi positive e, nell’esperienza del *common law*, dal precedente. Anche in questo *incontro* problematico, mediato dal linguaggio, si ripropone la tensione *interiorità/esteriorità*: l’*altro* che mi viene posto di fronte è da accettare per assimilazione e conformazione o è un ente dialogante,

---

<sup>4</sup> L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 5 ss.

<sup>5</sup> È stato giustamente osservato che “se la pratica giuridica è un’incessante opera di mediazione tra mondi diversi, quello di coloro in cui il testo legale ha avuto origine e quello dei suoi attuali utenti, [...] ogni interpretazione si rivolge ad un materiale giuridico da cui trarre i significati delle regole, ma questo riceve il suo senso da qualcos’altro, sia esso una tradizione, una pratica sociale che perdura nel tempo, un modo consolidato d’intendere i rapporti e le situazioni sociali”: F. Viola, “Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto”, *Etica & politica*, 2006, 1, pp. 8 ss.

polo di un percorso comunicativo orientato ad una sintesi sempre nuova e superiore?

È a tutti nota, nel pensiero di Bruner, la riflessione sulla narrazione ed anche la distinzione che egli stabilisce tra la narrazione letteraria, impregnata di fantasia, immaginazione, possibilità, tendente al verosimile che sovverte la familiarità e la narrazione giuridica, limitata ai fatti, all'ordinario<sup>6</sup>. Nel rileggerla e meditarla si avverte una diffidenza del nostro autore verso la "mischia retorica dei racconti giudiziari", il "sospetto" diffuso nei loro confronti in quanto improntati dall'*agire strategico*, nei termini habermasiani, in vista del fine contingente da raggiungere. Gli antidoti che Bruner indica, al fine di recuperare il "confronto come mezzo per arrivare al fondo delle cose", sono, da un lato, la dialettica probatoria e, dall'altro, il precedente<sup>7</sup>. È su quest'ultimo aspetto che vorrei soffermarmi con la consapevolezza che il riferimento al precedente assume rilievo diverso nella tradizione di *civil law* e di *common law*.

L'incontro con questo *altro* costituito dal precedente può valere in chiave legittimante le narrazioni giuridiche, in ragione della conformità alla tradizione, secondo un uso prettamente *egoistico - retorico* che contribuisce al raggiungimento del fine della normalizzazione del racconto, della narrazione *familiare*, alla "banalità dell'abituale"<sup>8</sup>. Ma se la dinamica dell'incontro, il dilemma irresolubile, non implica assimilazione, anche l'incontro con il precedente, quando non diventa "trastullo della dialettica narrativa"<sup>9</sup>, chiama in causa la necessità di un confronto dialogico che fonda la legittimazione della narrazione sull'argomentazione critica, più che sul richiamo assimilante. Il precedente si iscrive in questa tensione *interiorità/esteriorità* rivelando un carattere tutt'altro che statico e svelandosi piuttosto come fenomeno dinamico e mutevole. La struttura stessa del precedente e la sua natura di prassi vincolante o, comunque, autorevole, dimostrano che lo *stare decisis* può essere letto in chiave di giuridicizzazione di un fenomeno culturale, colto nel suo momento storico di totale o, almeno, di elevata condivisione, tra i membri di una stessa collettività. Ma questa stabilizzazione è soltanto momentanea e transitoria in quanto nessun fenomeno culturale, politico, giuridico, sociale,

---

<sup>6</sup> J.S. Bruner, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 52 ss.

<sup>7</sup> *Ivi*, pp. 47 ss.

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 67.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 68.



può essere condiviso per sempre. Ecco dunque che subentra la rottura con il passato ed un nuovo processo di *interiorizzazione/esteriorizzazione* ricomincia. È chiaro che il precedente, come illustra ampiamente Alexy, tende a limitare nel tempo il discorrere pratico che, per sua natura, non perviene mai ad un risultato conclusivo. Eppure l'essere storicamente dato del precedente ne può determinare l'inadeguatezza ad una realtà contingente mutevole e perciò si manifesta la necessità di una ri-valutazione dello stesso precedente che non può ridursi a mera recezione ma richiede una giustificazione critica della sua applicazione e, perciò, di un'argomentazione. In questo incontro argomentato vi è una costitutiva originalità, una novità costante che può essere intesa come interiorizzazione nella produzione del diritto dell'esteriorità della cultura: l'argomentazione, intrisa della pretesa universalizzante di correttezza discorsiva che le consente di aprire il diritto alla razionalità pratica, oltre gli angusti confini del legalismo formalistico e giuspositivistico, è dunque la via che consente il confronto con la cultura contestuale.

L'incontro tra cultura e diritto avviene pertanto certamente attraverso l'influenza di una narrazione letteraria sulla narrazione giuridica, come Bruner dimostra nel riferire del caso *Brown vs. Board of Education*, ma anche attraverso il compito argomentativo che inesorabilmente è demandato all'interprete. Mi sembra che questo possa essere detto per valorizzare un approccio costruttivista teso a dimostrare che come la cultura si co-forma con il contesto, anche il diritto si forma nella interazione con la cultura contestuale mediata dall'argomentazione giuridica, con nuove "sintesi creative" tra *ordinario* e *inaspettato*, *quotidiano* ed *eccezionale*. Forse in questo senso può dirsi che gli opposti modelli di Kroeber e di Geertz, richiamati da Bruner, trovano una sintesi lì dove il diritto e le istituzioni giuridiche perdono il loro carattere prettamente "super-organico" per entrare nella organicità della vita reale. Mi sembra che anche il messaggio di Bruner vada in questo senso, quando sostiene che "il diritto deve necessariamente accordarsi con l'ordinario qualunque sia la sua fonte di autorità"; e lo *stare decisis* come fenomeno culturale, inserito nella tensione *interiorità/esteriorità*, diventa evidenza del *nuovo* diritto, inteso come un sistema permeabile a fattori sociali non squisitamente giuridici ma che partecipano alla soluzione di controversie e alla definizione dei rapporti sociali. Lungi dal considerare, perciò, il precedente come un'espressione giuridica fissa e statica, ormai acquisita dal sistema ed immune da cambiamenti, non si può non concordare con Bruner quando invita



gli studenti ad essere critici con lo *stare decisis*. Se è vero infatti che il diritto deve essere inteso come “*modalità d'azione sociale*”<sup>10</sup>, allora il precedente non potrà che essere un momento giuridico di questo diritto e come tale sottoposto ad un processo argomentativo che ne possa determinare il cambiamento in ragione di nuovi fenomeni culturali.

---

<sup>10</sup> V. Ferrari, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004.