CARTOGRAFIE SOCIALI
Rivista di sociologia e scienze umane
Anno III, n. 5, maggio 2018

Direzione scientifica
Lucio d'Alessandro e Antonello Petrillo

Direttore responsabile
Arturo Lando

Redazione
Elena Cennini, Anna D'Ascenzio, Marco De Biase, Giuseppina Della Sala, Eugenio Galioto, Emilio Gardini, Fabrizio Greco, Luca Manunza

Comitato di redazione
Marco Armiero (KTH Royal Institute of Technology, Stockholm), Tugba Basaran (Kent University), Nick Dines (Middlesex University of London), Stefania Ferraro (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli), Marcello Maneri (Università di Milano Bicocca), Önder Özhan (Università di Ankara), Domenico Perrotta (Università di Bergamo), Federico Rahola (Università di Genova), Pietro Saitta (Università di Messina), Anna Simone (Università Roma Tre), Ciro Tarantino (Università della Calabria)

Comitato scientifico
Fabienne Brion (Université Catholique de Louvain -la-Neuve), Alessandro Dal Lago (Università di Genova), Didier Fassin (Institute for Advanced Study School of Social Science, Princeton), Fernando Gil Villa (Universidad de Salamanca), Akhil Gupta (University of California), Michalis Lianos (Université de Rouen), Marco Martiniello (University of Liège), Laurent Mucchielli (CNRS - Centre national de la recherche scientifique), Salvatore Palidda (Università di Genova), Michel Peraldi (CADIS - Centre d'analyse et d'intervention sociologiques), Andrea Rea (Université libre de Bruxelles)

"Cartografie sociali" is a peer reviewed journal

ARTI, DIRITTO E MUTAMENTO SOCIALE

Una mappa tra passato, presente, futuro

A cura di Anna Simone e Alberto Vespaziani

MIMESIS

SUOR ORSOLA
UNIVERSITY PRESS

Pubblicazione semestrale: abbonamento annuale (due numeri): € 45,00

Per gli ordini e gli abbonamenti rivolgersi a:
ordini@mimesisedizioni.it
L'acquisto avviene per bonifico intestato a:
MIM Edizioni Srl, Via Monfalcone 17/19
20099 - Sesto San Giovanni (MI)
Unicredit Banca - Milano
IBAN: IT 59 B 02008 01634 000101289368
BIC/SWIFT: UNCRITM1234

Cartografie sociali è una rivista promossa da URiT, Unità di Ricerca sulle Topografie sociali.

Direzione e Redazione della rivista hanno sede
presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa
Via Suor Orsola 10 - 80132 Napoli (Italy)
www.unisob.na.it
cartografiesociali@unisob.na.it
cartografiesociali.rivista@gmail.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
SUOR ORSOLA
BENINCASA
FACOLTÀ DI
SCIENZE
DELLA FORMAZIONE



MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Isbn: 9788857553061
Issn: 2499-7641

© 2018 – MIM EDIZIONI SRL
Via Monfalcone, 17/19 – 20099
Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 24416383
Fax: +39 02 89403935

Registrazione Tribunale di Napoli n. 37 del 5 luglio 2012

INDICE

Editoriale: quali connessioni tra arti, diritto e mutamento sociale? Le arti come fonte empirica per raccontare le iterazioni tra diritto e società 9
di Anna Simone e Alberto Vespaziani

Arti, Diritto e Mutamento sociale. dialogo con Lucio d'Alessandro 19
di Anna Simone

MAPPE

I graffiti nel *lawscape* contemporaneo e il "*droit au respect*" nel diritto comparato 25
di Marcilio Franca e Alberto Vespaziani

Il governo dei poveri**.** Distopie e paradossi del presente in *Per ultimo il cuore* di Margaret Atwood 43
di Anna Simone e Natalina Lodato

Worse than fiction: imágenes y discurso de la tortura 67
di Jesús García Cívico

Nómoi a confronto. L'apporto della scienza comparatistica all'interpretazione giuridica e musicale 97
di Andrea Borroni e Giovanna Carugno

Diritto, letteratura, mutamento sociale. *Le terre del sacramento* di Francesco Jovine. 119
di Maria Ausilia Simonelli

ROTTE

Letteratura, vita e diritto. Note su *2666* di Bolano 137
di Carolina Correira Dos Santos e Luciano Nuzzo

Dio si fida del nostro buon senso. L'esperienza come critica all'autorità nel *Racconto della Comare di Bath* 159
di José Garcez Ghirardi

Qualidades femininas e masculinas e imagens da justiça 177
di Rafael Mancebo

De leviatanes y tortugas. Eirōneía, metaphora y alethé desde la imaginación visual en un grabado de Maarten van Heemskerl (1498-1574) 193
di José Calvo González

Science fiction literature as law. spunti per un superamento delle *Leggi della Robotica di Asimov* 207
di Antonio Iannì

RILIEVI

«A moderate amount of cacophony». la funzione "sovversiva" della comparazione tra diritto e musica nel giusrealismo statunitense 225
di Enrico Buono

A carnavalização do direito como chave de uma das portas de saída da casa verde 237
di Angela Araujo da Silveira Espindola e Miliane dos Santos Fantonelli

Ubi societas ibi ars et ludus 249
di Fabio dell'Aversana

WUNDERKAMMER

Il museo dell'immagine di Jean Carbonnier 265
A cura di Francesco Saverio Nisio

TRAVELOGUES

Il maschile, il femminile e il satirico nell'iconografia giuridica 279
di Ilaria Boiano

L'amministrazione del sapere e della memoria nella modernità 285
di Maria Pina Fersini

Enrico Buono

«A MODERATE AMOUNT OF CACOPHONY» La funzione "sovversiva" della comparazione tra diritto e musica nel giusrealismo statunitense

Abstract:

Music and law, both conceived as performing arts, share a common history of interpretative and improvisational practices, and have been studied comparatively in terms of their overlapping hermeneutical issues. The rift between creativity and work-fidelity in the interpretation of law and music has given rise to the ideologies of the *Werktreue* in musical performance and to the judicial doctrine of *Original Intent* in constitutional and statutory interpretation. The aim of this essay is to analyse the seminal contributions that American Legal Realism and one of its leading legal philosophers – Jerome Frank – have given to the everlasting debate over the role of the interpreter, through the employment of the musical metaphor. There's a "subversive" quality to this interdisciplinary line of research that can, after more than sixty years, still give us suggestions on the irreducible complexity of those psychological and social phenomena that affect the everyday work of the legal interpreter.

Keywords:

Law & Humanities, Law & Music, Legal Hermeneutics, Sociology of Law, American Legal Realism.

> In any event, the conscientious, intelligent judge will consider government a sort of orchestra, in which, in symphonies authorized by the people, the courts and the legislature each play their parts. The playing may sometimes be bad. There may, occasionally, be some disharmonies.
>
> But, after all, modern music has taught us that a *moderate amount of cacophony* need not be altogether unpleasant.
>
> (Frank 1947, p. 1272).

1. *Introduzione*

In una lettera indirizzata a Jerome Frank – «padre del realismo giuridico» statunitense (Kalman 1986, p. 164) – e dallo stesso riportata nel suo seminale articolo *Say It with Music*, il comparatista renano Max Rheinstein riassunse in questi termini la ritrosia di alcuni giuristi a riconoscere le «inquietanti incertezze dei processi», rinchiudendosi nella *turris eburnea* del dogmatismo giuridico:

> La causa sembrerebbe storicamente radicata. Nell'antica Roma le attività legali erano ripartite tra tre gruppi di persone; i giureconsulti; gli oratori; i politici e gli statisti. […] I giureconsulti s'occupavano esclusivamente delle norme di diritto; la concreta amministrazione della giustizia restava al di fuori del loro campo. Eppure, il loro lavoro divenne la base di tutta la scienza giuridica successiva, non solo negli ordinamenti del cosiddetto *Civil Law*, ma altresì nell'orbita di *Common Law*. […] da Pavia e Bologna fino ad Harvard, le facoltà di legge hanno considerato loro compito impartire agli studenti la conoscenza delle norme di diritto e null'altro. Ovviamente, per la concreta amministrazione della giustizia una simile istruzione è lungi dall'essere sufficiente. (Frank 1948, p. 957, traduzione nostra).

È nel successivo inciso che la proposta riformatrice di Jerome Frank viene a trovarsi sintetizzata in tutta la sua anticipatrice modernità: «Rheinstein […] dice che il mio progetto è volto allo sviluppo di una "scienza dell'amministrazione della giustizia". Sostituisse la parola "scienza" con la parola "arte", e mi troverà d'accordo». Di là dei suggestivi echi celsiani nel richiamo alla dimensione artistica della ricerca del «buono ed equo», quanto più sorprende del risalente – ma presbite e perciò tuttora attuale – contributo di Jerome Frank è l'impiego giuspolitico (Resta 2011, p. 451) della metafora musicale contro ogni dogmatismo giuridico. Anticipando una discussione che animerà il movimento di *Law & Humanities* soltanto molti decenni dopo (Balkin, Levinson 1999, pp. 1513 ss.; Manderson 2000; Balkin, Levinson 2006, pp. 155 ss.; Manderson 2010), Frank muove dall'emersione del problema ermeneutico nell'esecuzione musicale rapportandolo al concreto funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

La comparazione degli elementi testuali e performativi comuni alle due discipline diviene, in Frank, funzionale al disvelamento dell'attività creativa del giudice, «*delegation of law-making power*» (Ilbert 1914, pp. 19-23; Jaffe 1947, p. 360) che trascende l'attribuzione di significato ad un testo normativo. Le implicazioni giuspolitiche del suo discorso sono tutte

rinvenibili nella distinzione operata tra *legislative legislation* e *judicial legislation*:

> Le corti non dovrebbero nascondere il loro *potere sub-legislativo delegato* al pubblico, ma dovrebbero compiere ogni sforzo per informare la cittadinanza sulle modalità d'esercizio di tale potere. Se i giudici parlano sempre di "interpretazione", evitando sempre di parlare di "*judicial legislation*", si comportano in modo ingannevole, antidemocratico. […] è necessario dir loro della differenza tra "*legislative legislation*" e "*judicial legislation*". Non sarà facile rendere tale differenza comprensibile, ma sembrerà impossibile solo a chi diffida antidemocraticamente dei nostri concittadini. È, quindi, compito dei giuristi far comprendere al pubblico che i giudici, *come i violinisti e i pianisti*, sono interpreti creativi – perché *devono* esserlo. (Frank 1947, p. 1271, corsivo e traduzione nostri)

La preveggenza di Jerome Frank, nonché la carica "sovversiva" delle sue riflessioni sulla creatività interpretativa, sulla funzione giudiziaria e sulla formazione – necessariamente interdisciplinare – del giurista, richiedono una rilettura che il presente lavoro intende operare mediante un'incursione tra diritto e musica; in particolar modo, mediante la ricostruzione storica dell'impiego della metafora musicale nella cultura giuridica statunitense, geneticamente aperta alla comparazione trans-disciplinare e – non a caso – culla del movimento contemporaneo di *Law & Humanities*.

La lunga tradizione di studi di *Law & Literature – rectius Law & Humanities* – prende atto di quel «provincialismo intellettuale che mette capo ad un bizantinismo autosoddisfatto*» (*Ascarelli 1952, p. 43), e «riflette sull'interdisciplinarità come via necessaria per elaborare un'osservazione complessa dei fatti dell'uomo e delle sue relazioni» (Mittica 2015, p. 3). L'impiego intuitivo della metafora musicale da parte dei giuristi s'è articolato in una costellazione frammentaria di contributi per loro stessa natura insuscettibili di riduzione ad unità: sono ben note, in Italia, le riflessioni bettiane sull'interpretazione riproduttiva (Betti 1955, pp. 760 ss.), l'eclettismo delle pagine pugliattiane sull'interpretazione *ri-creativa* musicale (Pugliatti 1940) e – negli Stati Uniti – l'aperto dibattito sui limiti della libertà interpretativo-creativa del giudice, preconizzato dai menzionati articoli di Jerome Frank, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation* del 1947 e *Say It with Music* del 1948 (per la cui analisi si rimanda al paragrafo conclusivo del presente lavoro).

È, infatti, nell'ampio respiro disciplinare dell'*American Legal Realism* che attecchiscono le suggestioni dell'autore, sino alla comparsa dei primi studi di *Law & Music*, originariamente sorti come reazione evolutiva inter-

na al movimento di *Law & Literature* stesso: il paradigma musicale – s'è sostenuto (Balkin, Levinson 1999, pp. 1513 ss.; Balkin, Levinson 2006, pp. 155 ss.) – risulterebbe più adeguato alla migliore intelligenza del fenomeno giuridico del tradizionale modello giusletterario. La lettura meramente endofasica del testo letterario striderebbe con la dimensione performativa e collaborativa che accomuna maggiormente il diritto alle arti *à deux temps* (Gouhier 1992, p. 9; Nitrato Izzo 2007, pp. 116 ss.), come la musica o il teatro, dove l'esistenza stessa dell'opera implica due momenti, quello della creazione e quello della *ri-creazione* costituita dalla rappresentazione o dall'esecuzione.

Al superamento del modello letterario, la cui staticità osterebbe ad un'utile comparazione sul terreno dell'ermeneutica, è dedicato un lavoro del 1999 dei costituzionalisti Jack Balkin e Sanford Levinson – tra i più noti ed autorevoli esponenti del movimento statunitense di *Law & Humanities* – che esordisce denunciando:

> Ogni analogia ha i suoi limiti, e crediamo sia giunta l'ora di voltare pagina. Crediamo che la comparazione tra interpretazione giuridica e letteraria risulti superata sotto importanti aspetti. Crediamo che una migliore analogia sia ravvisabile nelle arti performative, la musica ed il teatro: in altre parole, crediamo sia ora di rimpiazzare lo studio del diritto come letteratura con lo studio del diritto come arte performativa. (Balkin, Levinson 1999, p. 1518, corsivo e traduzione nostri)

I due autori raccolgono l'eredità ideale e spirituale di Jerome Frank, riconoscendone i meriti nell'aver identificato, più acutamente e per primo (Balkin, Levinson 1991, p. 1609), il giudice come *performer* del diritto. In altro – più recente (Balkin, Levinson 2006, pp. 155 ss.) – contributo, Balkin e Levinson si dedicano alla compiuta disamina del potenziale di fecondazione interdisciplinare tra *Law* & *Humanities*, in una relazione definita mutualmente *uneasy*.

Per ragioni di brevità espositiva, nel corso della presente trattazione muoveremo a ritroso – come nel *canon cancrizans* bachiano – dalla lettura delle pagine di Balkin e Levinson – che possono agevolmente fornire la cartina al tornasole dello stato dell'arte della produzione di *Law & Music* – ai due seminali articoli di Frank, ricostruendone e verificandone, per questa via, l'impatto sulla cultura giuridica statunitense.

2. *Il modello performativo quale compiuta alternativa al modello giusletterario e la «uneasy relationship» tra «Law & Humanities».*

«Ogni analogia è, per sua natura, imperfetta» (Balkin, Levinson 1999, p. 1529, traduzione nostra): ciascuna è tesa ad illuminare alcuni aspetti dell'oggetto di comparazione a detrimento d'altri. Il modello letterario storicamente dominante nello studio comparato dell'ermeneutica giuridica (*Law as Literature*) ignora almeno tre importanti aspetti della *legal practice*.

In primo luogo – rilevano gli autori – il diritto è contraddistinto dalla presenza di una relazione triadica tra le istituzioni legiferanti, le istituzioni deputate all'interpretazione delle fonti e i destinatari dei risultati ermeneutici di tale procedimento interpretativo. Sebbene il legislatore e l'interprete possano talvolta confluire in un'unica figura – basti pensare alla nozione di *judicial legislation* menzionata da Frank (Frank 1947, p. 1271) – le due funzioni vanno, di norma, tenute distinte: nell'esperienza contemporanea del *regulatory state*, finanche il giudice di *common law* è tenuto all'applicazione ed all'interpretazione di un crescente numero di leggi e provvedimenti (Balkin, Levinson 1999, p. 1529).

Nelle arti performative è ravvisabile un'analoga relazione tra l'autore del testo, l'interprete o esecutore, ed il pubblico. La letteratura tende a dissimulare la forma triangolare di tale relazione: la lettura è, infatti, un'esperienza prevalentemente individuale – «esperienza estetica privata» (Balkin, Levinson 1999, p. 1529) – ed il ruolo del lettore comprende in sé le funzioni dell'interprete e dello spettatore, contrariamente a quanto si verifica nelle esperienze estetiche musicali e teatrali, per loro stessa vocazione *pubbliche*. La distinzione tra dimensione estetica pubblica e privata può senz'altro problematizzarsi, ma non può che affermarsi la centralità del pubblico nelle discipline performative: tale rilievo conferma ulteriormente la sostenibilità dell'analogia tra diritto e arti performative.

In secondo luogo, il diritto come pratica sociale non attiene tanto al dato testuale delle fonti giuridiche, quanto all'esecuzione e all'implementazione in concreto di tali testi. Il realismo giuridico ha affermato l'improduttività d'effetti giuridici *ex se* del testo normativo: «Non esiste giustificazione adeguata al nostro fallimento nello studiare il testo normativo al pari del precedente giurisprudenziale, come fonte e, al contempo, […] presupposto necessario al ragionamento giuridico». (Stone 1936, p. 13, traduzione nostra). Il testo normativo condivide con la partitura musicale ed il copione teatrale la necessità d'essere attuato, eseguito. L'esecuzione teatrale o musicale richiede lo sforzo congiunto di diversi soggetti: la *performance* è spesso condotta da un regista o da un direttore, che incardina la sua interpretazione dell'opera nei gesti esecutivi della compagnia o dell'orchestra.

Infine, l'interpretazione giuridica è un'attività sociale che conforma il pensiero e la condotta dei consociati condizionando, dunque, i suoi stessi destinatari (Balkin, Levinson 1999, p. 1530): tale esercizio comporta particolari responsabilità verso il pubblico, come esemplificato dalla duplice funzione performativa del giurista.

L'analogia tra diritto e letteratura opererebbe una riduzione delle responsabilità dell'interprete verso il suo pubblico: il *performer* del diritto, al contrario, si fa carico di responsabilità morali e giuridiche dovute alla discrezionalità ermeneutica di cui gode. L'idea della *performance*, già intuita da Frank, rimanda ad una concezione dinamica del diritto (Nitrato Izzo 2007, pp. 116 ss.): i realisti statunitensi, ricordano Balkin e Levinson, operano per primi la distinzione tra *law in the books* e *law in action* (Pound 1910), ma i due autori spingono ancora oltre tale distinzione. I testi normativi – osservano – non costituiscono di per sé la pratica sociale del diritto, analogamente ai segni grafici sulla partitura, cui non può ridursi la pratica sociale della musica.

Si potrebbe allora dire, con Balkin e Levinson, che «il diritto, come la musica o il teatro, può meglio comprendersi come *performance*, messa in opera del testo piuttosto che il testo stesso» (Balkin, Levinson 1999, p. 1518, traduzione nostra).

Gli *standards* di fedeltà interpretativa sono, infatti, di natura eminentemente sociale e s'evolvono nel tempo: la *performance* muove sempre da una tradizione, da pratiche sociali condivise.

Un insieme di differenti comunità contribuisce, nel complesso, alla formazione di tale tradizione, con pari apporto dei destinatari e degli interpreti privilegiati.

Il risultato ermeneutico è frutto della «negoziazione e della lotta tra esecutori e pubblico» (Balkin, Levinson 1999, p. 1519, traduzione nostra): questa considerazione trova riscontro tanto nell'applicazione concreta del diritto quanto nelle prassi esecutive musicali.

Evidenziato il ruolo svolto da Balkin e Levinson nella definizione di un'alternativa al modello giusletterario – verso il recupero della più penetrante metafora performativa già proposta da Frank – possiamo procedere alla ricostruzione della travagliata storia di interrelazioni tra discipline giuridiche ed umanistiche, dai due autori efficacemente definita *uneasy relationship* (Balkin, Levinson 2006, pp. 155 ss.).

Balkin e Levinson s'interrogano sull'autosufficienza del diritto, sulla natura monodisciplinare dello stesso, e sull'opportunità di una contiguità osmotica con altri ambiti disciplinari, scientifici ed umanistici. I due autori

individuano, dunque, due possibili approcci all'insegnamento del diritto: *internalistico* ed *esternalistico*.

Un approccio *internalistico* si limita a fornire quegli elementi tecnici necessari per discutere di diritto con cognizione di causa, per interpretare documenti e testi normativi e per risolvere questioni giuridiche (Balkin, Levinson 2006, p. 161).

Un approccio *esternalistico* al *canone disciplinare* sostiene, al contrario, la manifesta incompletezza di un discorso giuridico autoreferenziale, privato del confronto con altre discipline; in particolar modo, con le scienze naturali, le scienze sociali, le discipline umanistiche. Balkin e Levinson articolano tale approccio in una versione moderata – che promuove l'eterointegrazione di uno studio serio del diritto – ed una versione estremistica, che afferma l'autosufficienza, per il corretto intendimento dei fenomeni giuridici, del ricorso a discipline esterne al diritto (Balkin, Levinson 2006, p. 162).

Sebbene sia impossibile comprendere le teorie postmoderne del diritto ignorandone la vocazione trans-disciplinare, il diritto ha una relazione tormentata con l'interdisciplinarità: può, infatti, inglobare spunti di diverse discipline senza alterare le sequenze codificanti del suo DNA, mostrando una notevole resistenza ai tentativi di «colonizzazione» degli altri saperi (Balkin, Levinson 2006, p. 173).

Nell'approcciare criticamente la cultura giuridica dominante, il femminismo giuridico (*Feminist Legal Theory*), gli studi postcoloniali (*Critical Race Theory*) e la *LGBT Legal Theory* attingono a piene mani dalle discipline umanistiche: l'intento, comune a pressoché tutte queste correnti, è quello di smascherare la pretesa neutralità e universalità del diritto e degli strumenti concettuali che esso utilizza, fondendo lo studio del diritto con modelli letterari e sperimentando con la narrazione come metodo di critica sociale (*Law and Narrative*).

Balkin e Levinson riconoscono che il contenuto di tali studi è destinato a scontrarsi con la dimensione prescrittiva e professionale della scienza giuridica, e quando i giuristi meno ortodossi studiano il diritto come un oggetto culturale o – addirittura – estetico, i loro colleghi vogliono inevitabilmente conoscere i risvolti pratici delle loro elucubrazioni: «ora che mi hai parlato di Deleuze e Guattari, puoi illustrarmi che cosa ha a che fare *Millepiani* con il diritto delle telecomunicazioni?» (Balkin, Levinson 2006, p. 175). Non importa quanto un docente di diritto possa interessarsi a Derrida o ad Ornette Coleman, deve pur sempre tornare in classe ad insegnare agli studenti come essere professionisti del diritto.

Nell'invasione interdisciplinare degli anni Settanta può individuarsi la cifra del profondo stato di crisi dei canoni giuridici tradizionali, da cui trae origine l'attuale *trend* della *governance* statunitense, instauratosi con l'ascesa del *regulatory state*: le forme giuridiche tradizionali hanno palesato tutta la loro inadeguatezza nella comprensione di una realtà di crescente complessità, cui corrisponde la contestuale crisi di legittimazione politica degli apparati rappresentativi.

Il significato della promozione degli studi umanistici nelle *law schools* è profondamente mutato in meno di un secolo, e con esso l'influenza delle *humanities*, filtrata dal prescrittivismo; eppure il diritto mantiene una genuina – *if still uneasy* – relazione con le discipline umanistiche, nel solco della comune matrice retorica.

La metafora musicale possiede – ancor più del tradizionale modello giusletterario – un notevole potenziale euristico che, nel discorso di Frank, assume portata giuspolitica: porre in crisi l'idea stessa di certezza del diritto basata sulla raffigurazione sillogistica del ragionamento giudiziale, dimostrando l'esistenza di forze inconsce che condizionano l'interpretazione dei *facts* oggetto della causa.

3. *«Say It with Music»: Jerome Frank e l'interprete tra esecuzione musicale e applicazione giudiziale del diritto*

«*The jazz age produced its jazz jurisprudence*» (Wacks 2017, 174): a tale appellativo dispregiativo riservato dal britannico Sir Carleton Kemp Allen (Allen 1939, 45) al movimento giusrealista statunitense, Jerome Frank non poté che replicare – da fine polemista che «esibiva la forza e le debolezze di un giornalista di prim'ordine» (Twining 1973, 379) – che «perfino in Inghilterra il jazz sta influenzando i compositori più seri» (Frank 1948, 921). Con queste parole sferzanti esordisce l'articolo *Say It with Music*, nel quale l'autore ricorre alla metafora musicale con l'intento di pervenire alla enucleazione di una metodologia critica delle decisioni giudiziali non difforme dalla critica d'arte, letteraria o musicale (Frank 1948, p. 922).

«Pochi giuristi hanno sollevato una polemica pubblica tanto prolungata quanto Jerome Frank» (Verdun-Jones 1974, p. 181, traduzione nostra): Frank si è opposto con vigore alla tesi ortodossa dell'autonomia del *legal discourse* dall'influenza della politica, raffigurando le istituzioni giuridiche senza negarne o distorcerne le sottese conflittualità di natura sociale, politica e morale. La sua incursione nel campo dell'ermeneutica musicale non appare, dunque, del tutto casuale: a tale esercizio dedica – oltre al

menzionato *Say It with Music* del 1948, ed in misura maggiore rispetto a quest'ultimo – un discorso pubblicato nel precedente anno, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*.

In disaccordo con Karl Llewellyn – che definiva «[…] *a legal system* […] *cognate to architecture*» (Frank 1947, p. 1260), rigettando l'analogia musicale – Frank insiste nel suggerire una comparazione tra «l'interpretazione delle leggi da parte dei giudici e l'interpretazione delle composizioni musicali da parte dei musicisti».

La rinascita della prassi esecutiva "storicamente informata" – nel perseguimento dell'ideale di fedeltà interpretativa nei confronti dell'opera (*Werktreue*) – è stata ampiamente studiata tanto dal punto di vista giuridico quanto dal punto di vista musicale, e il discorso di Frank si incunea all'interno del dibattito sul recupero della dimensione valutativa dell'interpretazione giudiziale, levandosi come voce critica dello stile formalistico del modernismo giuridico. L'autore rivendica innanzitutto il vanto della priorità, perché primo nell'aver adoperato la metafora musicale, muovendo poi da alcune considerazioni del compositore boemo Ernst Krenek che – come ricorda Resta (Resta 2011, p. 452) – contribuì notevolmente allo sviluppo della musicologia negli Stati Uniti (dove fu costretto ad esiliare nel 1938 con l'appellativo di "artista degenerato").

In un articolo del 1944, intitolato *The Composer and the Interpreter*, Krenek mostra il suo forte scetticismo verso l'ideale della *Werktreue*, provando l'assurdità di ogni interpretazione musicale strettamente letterale, nel tentativo di servire le "intenzioni autentiche" del compositore: «La fedeltà interpretativa […] conduce ad un'insopportabile caricatura della composizione» (Krenek 1944). Con Krenek, Jerome Frank intratterrà una fitta corrispondenza tra il Dicembre del 1944 ed il Gennaio del 1945, che – evidenziando le affinità delle problematiche ermeneutiche comuni alle due discipline – ispirerà la proposta di comparazione qui indagata.

Krenek, alludendo a quei compositori che considerano gli interpreti «loro nemici naturali», non può che riferirsi alla *Poétique musicale* del celebre compositore Stravinskij, dove si legge:

> Il conflitto fra questi due principi, esecuzione e interpretazione, è alla radice di tutti gli errori, di tutti i peccati, di tutti i malintesi che si frappongono fra l'opera e l'uditorio, e che alterano la buona trasmissione del messaggio.
>
> […] La musica contiene sempre elementi segreti che si rifiutano di essere definiti in quanto la dialettica verbale è impotente a definire interamente la dialettica musicale. Questi elementi dipendono quindi dall'esperienza, dall'intuito, in una parola, dal talento di chi è chiamato a presentare la musica. Cosicché, il compositore corre una rischiosa avventura ogni qualvolta fa ascoltare la sua

> musica perché la buona presentazione della sua opera dipende ogni volta da quei fattori imprevedibili, imponderabili, che entrano a far parte della composizione, delle virtù di fedeltà e di simpatia, senza le quali l'opera sarà a volte irriconoscibile, a volte inerte, comunque in ogni caso *tradita*. (Stravinskij 1942, p. 90 ss., corsivo nostro)

Stravinskij corrobora ulteriormente la sostenuta analogia giusformalista, ricorrendo egli stesso – uno dei più apprezzati compositori del ventesimo secolo – ad una metafora giuridica: «Il segreto della perfezione sta dapprima nella consapevolezza della *legge* che impone l'opera» (Stravinskij 1942, p. 93, corsivo nostro). Il compositore Stravinskij – ricorda Frank – «richiede ai suoi interpreti di essere completamente privi d'immaginazione. Krenek sostiene che ciò sia possibile nel solo caso della musica altamente meccanicistica scritta da Stravinskij. Analogamente, il legislatore può scrivere norme altrettanto meccaniche» (Frank 1947, p. 1267).

Il legislatore può rendere quindi palese quando esige un'interpretazione letterale, così come quando autorizza il ricorso alla *judicial legislation*, l'interpretazione creativa del giudice: «Può effettivamente intimare al giudice, "suona questa norma con delicatezza", oppure "con determinazione". Può dare inequivoche direttive alle corti» (Frank 1947, p. 1267).

Il giudice prova, in buona fede, a discostarsi il meno possibile dai precetti legislativi, ma l'interpretazione giudiziale non può che costituire «inevitabilmente una forma di legislazione»: il testo normativo, decostruito e ricostruito mediante una prodromica operazione ermeneutica, dev'essere applicato ad una realtà fattuale bisognosa a sua volta di eterointegrazione.

Krenek scrive che «il numero di possibili interpretazioni di un'opera d'arte è indicativo della sua grandezza. Soltanto le cose piccole ed insignificanti hanno […] un'unica interpretazione», ed in tal senso l'esecuzione di una partitura permette «un gran numero di variazioni ugualmente valide e soddisfacenti», richiedendo un costante compromesso tra l'indifferenza all'intenzione del compositore ed un'intelligente libertà interpretativa. A parere di Frank, il *wise legislative composer* non può che incoraggiare il contributo immaginativo apportato dal giudice che – parafrasando Krenek – determina un «incremento di vitalità […] realmente necessario» al fine di trasmettere l'intenzione del legislatore, poiché soltanto il giudice può leggere il testo normativo con una «intuizione che ne trascenda il significato letterale». Dimostrando per questa via l'inevitabilità dell'elemento personale nell'interpretazione giudiziale, Frank afferma che la creatività del giudice è, entro limiti adeguati, un dono e non un male (Frank 1947, p. 1264).

Il giudice/esecutore deve porsi nei panni del legislatore/compositore, conciliando al meglio delle sue possibilità gli impulsi della sua immagi-

nazione con le prescrizioni legislative/compositive (Frank 1947, p. 1265); l'influenza della scuola psicologica della *Gestalt* appare particolarmente evidente nel lavoro di Frank quando, citando due decisioni dei giudici Learned Hand e Cardozo, ricorda che «il significato di una legge va individuato, non in una singola sezione, ma in tutte le sue parti e in relazione all'obiettivo prefissato» e che «il significato di una sentenza trascende le singole parole, così come una melodia trascende le singole note di cui è composta» (Frank 1947, p. 1267).

La rivendicazione *lato sensu* politica che traspare da queste pagine di Jerome Frank è, nell'*aftermath* del secondo conflitto mondiale, tutt'altro che sterile esercizio retorico. Come s'è inteso dimostrare, l'«eradicazione dell'elemento umano» dal circolo ermeneutico – nell'arte musicale come in quell'arte del buono e dell'equo che chiamiamo diritto – è sintomo di «cinismo e sfiducia dolorosi» che possono preludere alla «ascesa dei dittatori» (Frank 1947, p. 1268).

Nell'affermato senso di svelamento della funzione nomotetica devoluta ai giudici, il richiamo all'interpretazione musicale è metafora quanto mai calzante; Frank se ne serve brillantemente nella formulazione di una nozione di libertà interpretativa complessivamente rimeditata, destinata a trascendere l'epoca della sua produzione, conservando ancora oggi intatta la sua innegabile forza suggestiva e – occorre qui aggiungere – sovversiva.

Enrico Buono
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
buono.enrico@gmail.com

Riferimenti bibliografici

Balkin J.M., Levinson S., 1991, *Law, Music, and Other Performing Arts*, in «University of Pennsylvania Law Review», n. 139, pp. 1597-1658.
Id., 1999, *Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"*, in «Cardozo Law Review», n. 20, pp. 1-56.
Id., 2006, *Law and the Humanities: An Uneasy Relationship*, in «Yale Journal of Law & Humanities», n. 18, pp. 155-187.
Frank J., 1947, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in «Columbia Law Review», n. 8, pp. 1259-1278.
Id., 1948, *Say It with Music*, in «Harvard Law Review», n. 6, pp. 921-957.
Betti E., 1955, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè.
Gouhier H., 1992, *Le théâtre et les arts à deux temps*, Parigi, Flammarion.

Kalman L., 1986, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill and London, The University of North Carolina Press.

Krenek E., 1944, *Arnold Schoenberg at seventy; The composer and the Interpreter: two addresses given at Black Mountain College Summer Music institute*, Asheville, The Black Mountain Press.

Manderson D., 2000, *Songs without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Oakland, University of California Press.

Id., 2010, *Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music*, in «Critical Studies in Improvisation», n. 1, pp. 1-9.

Mittica M.P., 2015, *Cosa accade di là dell'oceano? Diritto e letteratura in Europa*, in «ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura», n. 1, pp. 3-36.

Nitrato Izzo V., 2007, *Interprétation, musique, droit: performance musicale et exécution de normes juridiques*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», n. 58, pp. 99-127.

Pound R., 1910, *Law in Books and Law in Action*, in «American Law Review», n. 12, Cambridge, pp. 12-38.

Pugliatti S., 1940, *L'interpretazione musicale*, Messina, Secolo Nostro.

Resta G., 2011, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema 'diritto e musica'*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 2, pp. 435-460.

Stravinskij I., 1942, *Poetica della musica*, trad. it. di Mirella Guerra (1987), Pordenone, Edizioni Studio Tesi.

Verdun-Jones S.N., 1974, *The Jurisprudence of Jerome N. Frank. A Study in American Legal Realism*, in *Sydney Law Review*, n. 3, pp. 181-210.