



Università degli Studi di Napoli « Federico II » – Facoltà di Giurisprudenza



Université de Neuchâtel – Faculté de Droit

Dottorato in “Filosofia del diritto, diritti dell’Uomo e della Libertà religiosa”-
XIX ciclo

Tesi in co-tutela

26 febbraio 2007

La « costruzione giudiziaria » del fatto

La « construction judiciaire » du fait juridique

Candidata

Flora Di Donato

Coordinatore del Dottorato

Prof. Antonio Punzi

Tutor

Prof. Angelo Abignente

Co-tutor

Prof. Pascal Mahon

Commissari

Prof. Vincenzo Ferrari

Prof. Robert Kolb

Anno accademico 2005-2006

Keywords:

IT: Fatto Giuridico, Caso Giurisprudenziale, Interpretazione e costruzione, Cultura e Diritto.

EN: Fact in Law, Case Law, Interpretation and Construction, Culture and Law.

*alle persone che ho “incontrato” lungo questo percorso
e a quelle che incontrerò*

[Talché per tutte queste cose] il Vico benedisse non aver lui avuto maestro nelle cui parole avesse egli giurato, e ringraziò quelle selve fralle quali dal suo buon genio guidato aveva fatto il maggior corso dei suoi studi senza niun affetto di setta, e non nella città nella quale, come mode di vesti, si cangiava ogni due o tre anni gusto di lettere...

da “Vita di Giambattista Vico scritta da sé medesimo”.

Vorrei poter dedicare pagine di ringraziamenti a tutte le persone che ho incontrato durante questo affascinante "percorso" di ricerca e di "esperienze umane".

Mi piacerebbe raccontare dell'emozione provata prima di ogni incontro, della gioia della scoperta e della sensazione successiva che si sarebbe trattato di incontri destinati a durare nel tempo.

Naturalmente non posso che limitarmi, in questa sede, a citare le persone che hanno "stimolato" e "creduto" in quest'idea di ricerca e soprattutto ne hanno reso più direttamente possibile la concreta realizzazione.

Innanzitutto un particolare ringraziamento va ai miei direttori di tesi, il prof. Angelo Abignente dell'Università di Napoli «Federico II» ed il prof. Pascal Mahon dell'Université de Neuchâtel. Senza il loro supporto non avrei potuto intraprendere questo percorso di dottorato italo-svizzero. In particolare sono in debito con il prof. Mahon per avermi consentito un'esperienza di piena integrazione presso l'Istituzione straniera che rappresenta.

Ringrazio poi, in ordine di "apparizione" nel mio percorso formativo, la prof.ssa Pina Boggi Cavallo dell'Università di Salerno, che per prima ha reso per me possibile il contatto con le "scienze sociali".

Ringrazio la prof.ssa Anne-Nelly Perret-Clermont dell'Université de Neuchâtel, che qualche anno fa ha adottato una "giurista" presso il suo Institut de Psychologie, facendola sentire "a casa". Alla prof.ssa Perret-Clermont sono particolarmente riconoscente per essere stata "levatrice socratica" in un percorso finalizzato a realizzare un connubio tra diritto e scienze sociali.

Analogo riconoscimento va al prof. Antonio Punzi dell'Università di Napoli, che sin dal principio mi ha aiutato a "tradurre" nel diritto un'idea che trova ispirazione altrove...

Ringrazio il prof. Robert Kolb dell'Université de Neuchâtel, che ha spontaneamente deciso di seguire questo progetto, al momento della sua approvazione in seno al Consiglio di Facoltà dell'Université de Neuchâtel. Lo

ringrazio inoltre per le critiche, talvolta severe, che hanno senz'altro stimolato il miglioramento del lavoro.

Ringrazio il prof. Michele Taruffo dell'Università di Pavia, che non ha esitato ad accettare di incontrare una "giovane" dottoranda, consigliandola e mettendola talvolta in guardia da "fascinazioni disciplinari extragiuridiche".

La mia profonda gratitudine va al prof. Ferrari, che ho incontrato nel bel mezzo di questo percorso. Gli sono grata per aver contribuito ad ampliare, coi suoi insegnamenti, le mie prospettive scientifiche di partenza. Lo ringrazio inoltre per aver messo a mia disposizione la sua esperienza di studioso, tutta l'"umanità" di cui è dotato e la sua enorme pazienza.

Ringrazio poi il prof. Jerome Bruner per avermi accolta alla NYU - School of Law, rendendo così possibile la realizzazione di un "sogno scientifico". Lo ringrazio per avermi aiutato a capire "che cos'è la realtà", per aver riempito la mia memoria di un "secolo di aneddoti", per avermi messo in contatto col suo interesse profondo per gli "Human Beings".

Ringrazio anche il prof. Antony Amsterdam, della stessa Università, per i preziosissimi suggerimenti bibliografici.

Ringrazio ancora il prof. Angelo Abignente, nella sua qualità di avvocato, per avermi permesso di analizzare un caso trattato presso il suo studio professionale e per avermi "illuminata" sul "ruolo" dell'avvocato.

Analogo ringraziamento va al prof. avv. Giorgio Fontana, dell'università di Reggio Calabria, che ha messo a disposizione del mio lavoro casi seguiti presso il suo studio legale consentendomi di incontrare ed intervistare i suoi "clienti". Lo ringrazio inoltre per l'attenzione prestata, sin dall'inizio, alla mia "ricerca".

Ringrazio i clienti intervistati: Marina, Nancy, Stefania, Franco, Luciano.

Uno speciale ringraziamento va al dott. PierFrancesco Savona, amico "paziente".

Introduzione

1. Per un'*esquisse* della “costruzione giudiziaria” del fatto

Da più parti, anche nella dottrina italiana, si proclama il superamento della concezione dell'autosufficienza del diritto come ordinamento e del modello sillogistico come forma “perfetta” di ragionamento giudiziario.

Si diffondono, in parziale alternativa, modelli ermeneutici di ragionamento: si parla di dimensione interpretativa del diritto, di “creatività del giudice”, di “comunità interpretativa”; si fa riferimento alla necessità di considerare i contesti di applicazione e produzione del diritto; si invocano criteri di “coerenza” tra le norme ed il sistema giuridico ai fini della decisione del caso, si ricorre ai modelli dell'interpretazione letteraria, paragonando, talvolta con metafore estreme, il giudice ad un “poeta”, etc. Per finire si annuncia, da qualche parte, la nascita di “nuovi paradigmi” che sostituirebbero all'idea di sistemi chiusi ed autosufficienti di produzione del diritto, a modelli c.d. piramidali, sistemi di comunicazione e di interazione tra poteri, tra sistemi normativi, parafrasando in parte quell'idea di realtà “socialmente costruita”, precedentemente messa a fuoco dalle correnti costruzioniste sia sociologiche che psicologiche.

Tuttavia, nonostante lo sforzo di elaborare modelli teorici maggiormente tesi a captare la complessità del fenomeno giuridico come espressione più ampia del fenomeno sociale o comunque con esso interagente, si è ancora piuttosto lontani dall'immaginare un *paradigma* di lettura che consenta sia ai teorici del diritto che ai giuristi di guardare al di là delle “mere norme” o della “mera prassi”, integrando al suo interno parametri di analisi che consentano di cogliere i meccanismi “fondamentali” della “costruzione della realtà giudiziaria”, nel caso specifico.

La tendenza è ancora, soprattutto nei sistemi continentali, al di là delle prassi in vigore nei singoli ordinamenti, nel senso di teorizzazioni o meta-teorizzazioni del diritto che talvolta tendono a prescindere dall'osservazione di fenomeni reali. Soltanto in area anglo-americana si registrano negli ultimi decenni, nel quadro di

correnti post-moderne del diritto, la nascita e la codifica di orientamenti dottrinali tesi ad integrare approcci filosofici, sociologici, psicologici, antropologici con l'osservazione delle prassi giudiziarie.

È proprio dall'esempio di questi approcci, relativamente nuovi, del fenomeno giuridico che muove il lavoro di tesi in oggetto. La pretesa non sarà senz'altro quella di pervenire all'elaborazione di un modello nuovo o compiuto di lettura della realtà giudiziaria ma lo sforzo è piuttosto quello di provare a costruire un ragionamento filosofico intorno a "prassi giudiziarie" con l'apporto e l'ausilio di discipline, quali la psicologia, la sociologia, la teoria del diritto.

Il tentativo è quello di andare al di là dei prodotti "dati", al di là della verifica di una corretta ed aggiornata operazione di interpretazione e di applicazione delle norme generali al caso particolare, secondo i canoni ermeneutici ed i parametri tipici dell'interpretazione giudiziale. Si tratterà in qualche modo di mettere a fuoco elementi "fondamentali" dei processi di "conoscenza" e "costruzione" della realtà giudiziaria che caratterizzano gli attori giudiziari in interazione tra loro.

Di qui il necessario ricorso a paradigmi psicologici oltre che sociologici per comprendere come si struttura la conoscenza degli individui – naturalmente il riferimento è solo ad alcuni degli attori giudiziari – che agiscono in relazione gli uni con gli altri in una data "cultura". Ed a questo scopo, altresì l'utilizzazione di "strumenti" di analisi, tipicamente diffusi nelle scienze sociali ma ancora poco o niente utilizzati dai teorici del diritto.

L'attenzione della ricerca è rivolta in particolare al momento *fattuale* della costruzione del caso, all'individuazione dei c.d. fatti della causa. A dispetto dell'enorme letteratura su come i giudici e gli avvocati interpretano la legge, molta poca attenzione infatti è stata dedicata, soprattutto nei contesti di *civil law*, alla letteratura giurisprudenziale rispetto a *come i giudici e gli avvocati interpretano i fatti*.

L'ipotesi scientifica di partenza è che il "fatto", individuato e qualificato giuridicamente all'esito del processo, sia il prodotto di una "costruzione giudiziaria", cui concorrono gli attori della "comunità processuale".

L'indagine empirica muove da "scontate quotidianità", elementi tipici delle prassi professionali, momenti tipici del procedimento giudiziario, con l'obiettivo di "rendere strano il familiare", nel tentativo di far emergere, attraverso l'analisi, caratteristiche tipiche delle *routines* professionali nelle quali gli operatori sono quotidianamente immersi e di cui raramente hanno coscienza.

Capita spesso, ad esempio, che si affermi che il giudice riproduca, nella decisione, la narrazione della parte vittoriosa, riprendendone tanto il ragionamento in fatto quanto in diritto. Affermazione "vera" e probabilmente non scontata, ma è di sicuro interesse chiedersi che cosa implichi una tale attitudine del giudice nell'economia della decisione. Potrebbe significare ad esempio che il giudice, oltre ad avvantaggiarsi della costruzione del caso, così come realizzata dall'avvocato ne ritenga "attendibile" la narrazione perché "culturalmente coerente"?

E ancora, sulla base di quale verificabile ragionamento il giudice sceglie tra più testimonianze, tutte apparentemente credibili, quella più idonea a giustificare la propria decisione?

Oppure, per far riferimento al ragionamento dell'avvocato, in che misura l'avvocato ha la possibilità di costruire, nella maniera più strumentale possibile alla difesa del suo cliente, nessi tra elementi comunemente definibili "oggettivi", quali date, luoghi, etc?

Infine, rispetto al ruolo del cliente, in che misura egli può essere *protagonista*, insieme all'avvocato, della costruzione del suo caso? A partire dalle *simmetrie/asimmetrie* che caratterizzano relazioni fondate sulle competenze tecniche di uno solo dei due interagenti, che possibilità ha il cliente di narrare la propria storia, senza correre il rischio che l'avvocato cerchi di far entrare il caso in una specifica *routine* professionale, senza correre il rischio che "quella" storia divenga la storia di un cliente qualunque convenzionalmente narrata in giudizio?

Questi sono solo alcuni degli interrogativi, concernenti le pratiche legali e giudiziarie in cui gli attori sono quotidianamente immersi e attorno ai quali è in parte costruita l'indagine in oggetto. L'analisi verterà sulle narrazioni scritte di cliente, avvocato e giudice (sentenze, atti ufficiali, scambi di corrispondenza, note redatte dai clienti, etc.) nonché sulle "storie" raccontate da clienti e avvocati nel

corso di un'intervista, secondo le metodologie di alcune delle correnti più recenti del movimento *Law & Literature*.

2. Piano del lavoro e stato dell'arte.

La ricerca è strutturata in tre parti, la prima a carattere prettamente teorico-ricostruttivo la seconda di tipo analitico-interpretativo, la terza propone una “prima lettura” dei risultati ottenuti.



La *prima parte* è articolata in tre capitoli:

1. Il primo capitolo delinea il passaggio dalla concezione “oggettiva” kantiana della conoscenza a quella intersoggettiva bruneriana, tenendo conto soprattutto del contributo fondamentale di alcune teorie epistemologiche sulla struttura delle c.d. rivoluzioni scientifiche degli inizi degli anni '70. Una parte specifica è dedicata alla ricostruzione della concezione bruneriana della “costruzione narrativa della realtà” con l'obiettivo fondamentale di un'analisi più o meno approfondita sulla genesi, la funzione e le caratteristiche della narrazione.

2. Il secondo capitolo mostra l'influenza della concezione bruneriana nel panorama delle correnti pluridisciplinari postmoderne, in particolare rispetto alla nascita del recente movimento di teoria del diritto, c.d. di *lawyering theory*. I *topics* di questo movimento hanno a che fare col rifiuto della concezione di una “realtà oggettiva fissa ed immutabile”, con il richiamo al contesto ed alle situazioni locali nell'applicazione del diritto, con l'affermazione che l'indagine fattuale merita tanta attenzione quanto quella legale.

3. Il terzo capitolo è dedicato alla letteratura scientifica in materia di “fatto giuridico” ed all'importanza ad esso accordato dalla dottrina nei differenti contesti di *civil law* e di *common law*. In particolare sono state ricostruite le principali posizioni della dottrina italiana sul problema del fatto nell'ambito del giudizio.

Tra queste, uno specifico riferimento alla concezione della “costruzione degli enunciati fattuali” di Michele Taruffo.



La *seconda parte* è articolata in capitoli aventi ad oggetto l'*analisi empirica*¹ di alcuni casi per i quali è stata pronunciata sentenza di primo grado².

Sono stati analizzati i documenti ufficiali del primo grado di giudizio. L'analisi dei documenti è affiancata da interviste ad un gruppo di clienti e avvocati sul “fatto”. L'interesse è quello di comprendere l'*agentività* sia del cliente che dell'avvocato nella costruzione del fatto.

L'obiettivo dell'analisi empirica è più specificamente quello di analizzare come si articola e che tipo di interdipendenza esiste tra questi attori giudiziari nella costruzione del fatto. I soggetti del procedimento presi in considerazione sono, come già accennato, il cliente, l'avvocato ed il giudice.

L'analisi è stata svolta proprio a partire dall'ipotesi che ciascun ruolo si costruisca nell'interdipendenza con gli altri. Si sono cercate dunque le tracce di questa interazione non solo nei prodotti, nei documenti ufficiali (atti dell'avvocato e del giudice), ma anche nelle trascrizioni delle interviste fatte a clienti e avvocati sul “fatto”, nonché in “note” scritte dello stesso cliente .

1. Il primo capitolo di questa seconda parte è dedicato innanzitutto alla *storia del cliente*. Il primo obiettivo è stato quello di analizzare la struttura della storia, raccolta attraverso l'intervista, allo scopo di comprendere da cosa ha origine il c.d. *trouble*. Quale particolare interazione tra gli elementi della *Pentade* (agente, azione, scena, scopo, ricevente), individuati al capitolo primo e costituenti elementi di ogni trama narrativa, determina l'insorgenza del *trouble* e come il fatto trova strutturazione all'interno della storia. Come il cliente rappresenta a se stesso l'insorgenza del *trouble* ed in che misura è necessario

¹ Ci si è avvalsi di un metodo di indagine c.d. qualitativa, consistente nell'analisi narrativa del contenuto degli atti ufficiali del giudizio e delle trascrizioni delle interviste fatte a clienti e avvocati sui casi.

² I casi analizzati sono tutti di diritto del lavoro.

l'intervento dell'avvocato affinché il cliente colleghi l'insorgenza del trouble all'*agentività* di un terzo (ad es. il proprio datore di lavoro).

La seconda parte del capitolo è dedicata all'analisi della relazione cliente-avvocato, a partire non solo da note scritte in cui il cliente narra "il fatto" ma anche da lettere, e-mails, scambi di corrispondenza in senso lato tra cliente e avvocato. In particolare l'analisi è stata condotta nella prospettiva delle c.d. iniziative del cliente (*contesting, alleging, correcting, explaining, giving information, stating*) a partire dalla letteratura psico-sociologica esistente, allo scopo di comprendere quale sia l'atteggiamento più frequente del cliente: attivo/passivo, cooperativo? (Quando si tratta di iniziative capaci di incidere sul modo in cui la disputa è stata discussa, suggerendo nuovi *topics* o mettendo fine a dei vecchi, si parla di *expanding, enlarging, questioning, restricting*).

2. Il secondo capitolo di questa seconda parte è dedicato alla descrizione dei *lawyers as storytellers*. Si ipotizza che il lavoro dell'avvocato consista nel "tradurre" una storia comune in una storia legale canonica.

La funzione dell'avvocato è di rendere infatti la storia "accettabile e convenzionalmente legale nonché difficilmente controvertibile dall'altra parte". Nel far ciò l'avvocato si avvale di mezzi di prova e di nessi causali e temporali, impiegati in modo strumentale per dar "significato" agli avvenimenti.

Si propone anche qui un'analisi della storia dell'avvocato non solo per analizzare in che modo gli elementi della *Pentade* vi trovano articolazione, ma soprattutto per comparare la storia dell'avvocato con quella del cliente con l'obiettivo finale di comprendere come il fatto è costruito nell'atto ufficiale introduttivo del giudizio, come gli *objective constraints* trovano articolazione nella narrazione, secondo quali nessi di causalità/temporalità, e che utilizzo viene fatto delle prove, soprattutto come sono interpretate le risultanze probatorie. Inoltre si è cercato di verificare, a partire dai documenti in nostro possesso, che ruolo occupa la retorica nella narrazione e se tende a prevalere nelle argomentazioni in fatto o piuttosto in quelle in diritto. Ci si è infine chiesto quali livelli di realtà consideri l'avvocato nella costruzione delle sue argomentazioni: la posizione individuale del cliente, la sua collocazione sociale, il contesto culturale

in cui il fatto è narrato? L'avvocato tiene conto anche del tipo di giudice che deciderà il caso?

3. L'ultimo capitolo è dedicato alla costruzione del fatto nel contesto della decisione. L'analisi teorico-ricostruttiva che si proporrà in questa sede verte sulla fisionomia della sentenza (italiana) ed in particolare sulla *motivazione*, considerata appunto come contesto del ragionamento del giudice. L'obiettivo di ricerca è la verifica delle seguenti ipotesi:

- a) la sentenza del giudice è leggibile anch'essa come una "storia", sia pur caratterizzata da una struttura normativamente definita;
- b) la sentenza del giudice tende a riprodurre la narrazione della parte che ha ragione;
- c) la decisione del giudice è fondata su un'interpretazione delle risultanze probatorie che risponde a criteri che più che essere ascrivibili alla categoria della "verità" sono riconducibili a categorie di "coerenza culturale".



La *terza parte* è articolata in un unico capitolo contenente *una prima proposta di riflessione sui risultati ottenuti e le conclusioni*.

Parte I

La *costruzione* narrativa della realtà giudiziaria

Capitolo I

**Dalla conoscenza *oggettiva* della realtà alla conoscenza
*narrativamente costruita***

1. Premessa. Il “fatto giuridico” e la “realtà”

La finalità principale di questa tesi di dottorato è quella di mettere in rilievo alcune modalità attraverso le quali gli attori coinvolti in un procedimento giudiziario definiscono il c.d. fatto.

Dal punto di vista delle scienze dell'uomo, il “fatto” oggetto di un processo giudiziario costituisce, a sua volta, un elemento che rimanda alla più ampia categoria della costruzione sociale della realtà. Questo lavoro dunque non può che prendere le mosse da un breve *excursus* delle prospettive epistemologiche che si sono occupate di *che cos'è la realtà*.

Naturalmente non è prerogativa di questa indagine immaginare di poter fornire un qualche tipo di risposta ad una questione tanto complessa da avere a che fare col “mistero” stesso dell'esistenza del “mondo” e tanto antica quanto la tradizione del pensiero filosofico, dai *pre-socratici* ai c.d. *postmoderni*. Si ritiene tuttavia che l'interrogarsi su che cosa sia la realtà possa essere più concretamente declinato nell'interrogarsi su *come si conosce la realtà*.

È in gran parte merito della ricerca condotta dalle scienze dell'uomo, nel corso del novecento, l'aver mostrato la straordinaria importanza di studiare le modalità attraverso le quali la realtà venga costruita, da quanti la abitano, in un processo che poco o nulla ha a che fare con la passiva acquisizione di informazioni. Secoli di filosofia sono stati necessari per sfatare quel *realismo ingenuo* che ci fa credere che la realtà sia indipendente dall'atto stesso del percepirla.

Quando poi si tratta di “fatti giuridici”, cioè elementi della realtà costituenti oggetto di accurata codifica e descrizione (almeno in apparenza), la sensazione di potervi accedere senza considerarne la natura socialmente costruita dà luogo a semplificazioni ancora più marcate.

In effetti la gran parte degli studiosi di diritto sarebbe disponibile ad attribuire al fatto giuridico, in varia misura, una dimensione *costruzionista*. In particolare i teorici che si occupano di sistemi caratterizzati da modalità operative più pragmatiche non dubitano che il fatto giuridico emerga dal confronto di

prospettive diverse ed argomentazioni divergenti. Tuttavia, anche in questi sistemi, questo dato apparentemente scontato è ben lungi dall’essere espressione di posizioni scientifiche e filosofiche adeguatamente codificate.

Senza una approfondita dimensione di indagine scientifica, un sistema pragmaticamente orientato, pur prestando ovviamente maggiore attenzione alle prassi rispetto a sistemi più formalizzati, può essere solo limitatamente consapevole della natura dei processi di costruzione che regolano l’emergere del “fatto giuridico”.

A tal fine si sceglie di condurre l’indagine a partire da alcune posizioni filosofiche classiche per poi giungere agli studi più recenti sulla mente, tenendo conto del contributo fondamentale delle teorie epistemologiche sulla struttura delle c.d. rivoluzioni scientifiche degli anni ‘70.

2. Che cos’è la “realtà”?

È senz’altro preliminare, rispetto allo svolgimento della ricerca più compiutamente descritta in premessa (*omissis*) ed ai fini della ricostruzione di un quadro teorico-concettuale in cui collocare l’indagine in senso più specifico, ricordare alcune delle posizioni fondamentali sul rapporto fra *soggetto* → *conoscenza* → *mondo*.

A voler tentare una minima “ rassegna”, un essenziale riferimento è a Descartes che si era posto il problema di come un soggetto isolato potesse raggiungere l’assoluta certezza del mondo. Descartes aveva sintetizzato il rapporto tra soggetto e mondo attraverso la pretesa *razionalistica* di cercare i principi della corretta ragione all’interno della struttura della mente stessa. L’assoluta certezza che esigeva Descartes aveva a che fare con ciò che Latour sintetizza con un’efficacissima massima: l’“esprit-dans-un-bocal”³. La rappresentazione è quella di una mente che si relaziona ad un mondo che gli è completamente “esterno”. Il mondo è “esterno” e “trovato” da qualche parte. È come se la mente immaginata da Descartes appartenesse ad un *habitat* artificiale:

³ “La mente in un boccale”. Cfr. B. Latour, *L’espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l’activité scientifique*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 7-31.

una mente che osserva il mondo esterno a partire dalla propria interiorità, legata all'esterno solo dalla fragile connessione del suo sguardo. Una mente con un legame “debole” col mondo che Descartes rende ragionevolmente certo col ricorso a Dio. Credere dunque alla realtà per Descartes significa credere in Dio. La realtà finisce per identificarsi dunque con Dio sia pure sotto la forma di “idee chiare e distinte” che sono *innate*: le idee derivano *logicamente* mediante il *dubbio metodico* sia pur ancorato alle idee chiare e distinte che sono innate ⁴.

Gli *empiristi*, a loro volta, cercheranno una via d'accesso al mondo più diretta rispetto a quella del ricorso a Dio: le idee provengono dall'*esperienza* che l'uomo fa del mondo. L'attenzione è concentrata sull'interazione della mente con un mondo naturale esterno, allo scopo di trovarne la chiave nell'associazione di sensazioni e di idee. Essi tenteranno di concepire questa mente come capace di riconoscere dei motivi e delle regolarità. Tuttavia anche questo tipo di mente risulterà “*déconnectée*” proprio come la mente concepita da Descartes: “bombardata da un mondo ridotto a stimoli privi di senso essa è supposta in grado di attingere tutto ciò di cui ha bisogno per ricomporre le forme e le storie” ⁵. In questo modo Dio è “fuori gioco” ma viene meno l'assoluta certezza di stampo cartesiano. Ad ogni modo le “connessioni sensoriali” con un mondo sbalzato sempre più verso l'esterno si rivelano troppo fragili e troppo limitate.

“Poiché le reti neurali associative degli empiristi si mostrano incapaci di rilasciare delle immagini nette del mondo perduto, questo prova, dicono, che la mente (sempre prigioniera del suo boccale) attinga essa stessa tutto ciò che è necessario a comporre forme e storie; tutto, tranne, certo, la realtà stessa” ⁶.

Sarà poi Kant, secondo Jerome Bruner ⁷, ad inaugurare e sviluppare una forma di “costruttivismo”, secondo cui ciò che esiste è un prodotto di ciò che si

⁴ A tal proposito cfr. A. Damasio, *L'errore di Cartesio*, Milano, Adelphi, 1995. Damasio dimostra l'indispensabilità della considerazione del rapporto mente-corpo nel processo di conoscenza. Lo scienziato infatti, a partire dall'osservazione di diversi casi clinici, ritiene che il cervello non possa essere studiato senza tener conto dell'organismo a cui appartiene e dei suoi rapporti con l'ambiente. Secondo Damasio lo studio delle funzioni cognitive e in particolare della coscienza è stato a lungo influenzato dalla tradizione filosofica risalente a Cartesio. La concezione cartesiana infatti proponeva una separazione netta tra mente e corpo, attribuendo alla mente addirittura un fondamento non materiale. *L'errore di Cartesio* è stato, secondo Damasio, quello di non capire che la natura ha costruito l'apparato della razionalità non solo al di sopra di quello della regolazione biologica ma anche a partire da esso e al suo stesso interno.

⁵ Traduzione nostra. B. Latour, *L'espoir...*, cit. , p. 11.

⁶ Traduzione nostra. *Ibidem*, p. 12.

⁷ J. Bruner, *La mente a più dimensioni*, Roma - Bari, Economica Laterza, 2005, p. 119.

pensa. Kant a sua volta aveva attribuito la propria intuizione alla scoperta di Hume che nel mondo certe relazioni – l’esempio prototipico è la relazione di causa-effetto – più che essere attribuibili agli eventi sono piuttosto “costruzioni mentali proiettate su un mondo oggettivo”. Hume aveva cioè visto nel rapporto di causa-effetto il prodotto di una costruzione mentale imposta ad una sequenza di eventi. Tuttavia nella concezione kantiana, secondo la critica che ne fa Latour, “la mente nel boccale” costruisce tutto “a partire da se stessa” sia pure prendendo in considerazione il necessario confronto con la realtà che, tuttavia, svolge nella concezione kantiana un ruolo passivo. Ciò che la mente apprende a partire da se stessa deve essere *universale* ma non può aspirare alla verità se non attraverso il contatto empirico con la realtà esterna, una realtà ridotta al minimo ma nondimeno presente.

Kant insomma, nell’obiettivo di scoprire “in che modo cogliamo la realtà”, media tra la tradizione razionalista e quella empirista del pensiero moderno proponendo la distinzione tra conoscenza *pura* e conoscenza *empirica* e precisando che “ogni nostra conoscenza incomincia con l’esperienza” ma non esclusivamente sull’esperienza⁸:

“[...] l’esperienza stessa è una specie di conoscenza, che rende necessario l’intelletto: la regola di questo debbo presupporla in me, prima ancora che mi siano dati degli oggetti, quindi a priori, e tale regola viene espressa in concetti a priori, ai quali dunque si conformano necessariamente tutti gli oggetti dell’esperienza, e con i quali essi debbono accordarsi. Riguardo agli oggetti, in quanto sono soltanto pensati, e invero necessariamente, dalla ragione, ma non possono affatto essere dati nella esperienza (almeno così come li pensa la ragione), certo i tentativi di pensarli (poiché debbono pure lasciarsi pensare) forniranno poi un prezioso banco di prova per ciò che noi adottiamo come una trasformazione del metodo di pensare, ossia per il fatto che delle cose conosciamo a priori soltanto ciò che noi stessi poniamo in esse”⁹.

L’esperienza dunque consente l’accesso a quei dati sensoriali senza cui non è possibile nessuna conoscenza, ma l’esperienza non è la sola fonte della conoscenza. La novità è l’introduzione di un altro elemento che consente la

⁸ F. Restaino, *Storia della filosofia*, Torino, Utet, 1999, p. 151.

⁹ I. Kant, *Critica della ragion pura*, Milano, Adelphi Edizioni, 1976, Edizione I Classici del Pensiero Fabbri Editore, Milano, 1996, pp. 24-25.

conoscenza: le c.d. *forme pure* o *a priori*, non derivanti dall’esperienza ed indipendenti da essa¹⁰:

“La conoscenza di un oggetto è possibile soltanto sotto due condizioni: anzitutto l’intuizione mediante cui l’oggetto è dato, soltanto però come apparenza, e in secondo luogo il concetto mediante cui viene pensato un oggetto, che corrisponde a questa intuizione delle categorie. [...] La validità oggettiva delle categorie come concetti a priori si fonderà per conseguenza sul fatto che l’esperienza (secondo la forma del pensiero) è possibile soltanto attraverso di esse. In effetti, le categorie si riferiranno allora necessariamente e a priori ad oggetti dell’esperienza, poiché solo mediante esse può essere pensato, in generale, qualsiasi oggetto dell’esperienza”¹¹.

Tuttavia, abbandonato l’ideale dell’assoluta certezza, Kant rivendicherà la possibilità di salvaguardare il concetto di *universalità* a condizione di restare nel dominio della *scienza*, un dominio al quale il mondo esterno dà un contributo minimo ma decisivo.

La *morale* costituisce un’altra certezza a priori che l’*io trascendentale* attinge da se stesso. Tuttavia in una fase successiva, come osserva Latour, Kant sostituirà all’*io trascendentale*, spirito mitico che definisce la realtà, la ritaglia e la ordina, la *società*. In tal modo sono i pregiudizi, le categorie ed i paradigmi di un gruppo di persone che vivono insieme a determinare le rappresentazioni che ciascuno possiede. Una concezione della società comunque considerata come una sorta di *somma* delle singole menti. “Se i prigionieri non erano più in celle isolate essi venivano così confinati nello stesso dormitorio e nella stessa mentalità collettiva”¹².

L’ideale della scienza quale *attività conoscitiva* per eccellenza, con il compito essenziale di indagare come è fatto il mondo, come è strutturato, oltre a caratterizzare il filone illuministico settecentesco e quello positivisticottocentesco continuerà ad essere oggetto di rivendicazione del movimento neopositivistico o neoempiristico del XX secolo.

¹⁰ Si ricorda che secondo gli empiristi i concetti di *spazio* e *tempo* erano derivati anch’essi all’esperienza.

¹¹ I. Kant, *Critica* ..., cit, p. 148.

¹² Traduzione nostra: “Si les prisonniers n’étaient plus dans des cellules isolées, ils étaient à présent confinés dans le même dortoir, dans la même mentalité collective”. B. Latour, *L’espoir*..., cit., p. 13.

È nei primi del ‘900 che si mette in crisi la concezione ottocentesca della scienza come organismo di sapere omogeneo, fondato su sistemi “oggettivi” di organizzazione e connessione di “dati” del conoscere. Infatti col principio di *indeterminazione* di Eisenberg e la *relatività* di Einstein concetti come il *tempo* e lo *spazio*, considerati fondanti delle scienze fisiche, sono dimostrati essere *relativi*.

Ad aprire una nuova era¹³ nel dibattito epistemologico sarà l’opera di Kuhn del 1962¹⁴, secondo cui la scienza non ha il compito di spiegare il mondo, di fornirci leggi sul suo funzionamento. La scienza è considerata come un’*attività* che si svolge nell’ambito di tradizioni e comunità, diretta a risolvere *rompicapi* e le teorie scientifiche non sono considerate dal punto di vista della maggiore o minore conoscenza fornita ma dal punto di vista della maggiore o minore efficacia nell’offerta di strumenti per risolvere rompicapi¹⁵. Grazie alle ricerche di Kuhn (ed in seguito in modo molto più radicale di Feyerabend)¹⁶ si capisce che l’*oggetto* della ricerca non è più un dato di fatto che il ricercatore *scopre* ma è *costruito* attraverso gli strumenti tecnologici che il ricercatore usa e per la mediazione delle sue particolari conoscenze¹⁷.

Kuhn dimostrerà, infatti, che i modelli scientifici stessi sono “interpretazioni parziali, basati sulle prospettive e le convenzioni disciplinari degli osservatori scientifici”. La scienza è “una ricerca stabilmente fondata su uno o più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore”¹⁸. Tali risultati che prendono il nome di *paradigma* sono condivisi da tutti i membri della comunità scientifica e sono essenziali alla genesi ed al mantenimento di una particolare tradizione di ricerca. Secondo Kuhn è la *persuasività* la condizione indispensabile perché una nuova teoria, in

¹³ Oggi invece il processo di “scientifizzazione” del sapere sembra non poter prescindere da una concezione *costruttivista* ed *interpretativa* della verità come processo di ricerca, col rifiuto sia del fondazionalismo sia del coerentismo, del convenzionalismo, del fisicalismo, dello scientismo positivista e neo-positivista otto-novecentesco, ancora legati ad una concezione “oggettivistica” della realtà e della conoscenza del reale.

¹⁴ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Tr. It, Torino, Einaudi, 1976.

¹⁵ F. Restaino, L’epistemologia post-positivistica, in *Storia della filosofia*, a cura di Nicola Abbagnano, Roma, Gruppo Editoriale l’Espresso, 2006, vol. VII, pp. 438-439.

¹⁶ P.K. Feyerabend, *Contro il metodo*, tr. it., Milano, Lampugnani Nigri Editore, 1973.

¹⁷ G. Mantovani, *Metodi qualitativi in psicologia*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 25.

¹⁸ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni...*, cit. , p. 29.

competizione con le altre, prevalga e divenga il nuovo paradigma di una nuova scienza normale:

“Per venire accettata come paradigma una teoria deve sembrare migliore delle altre in lizza, ma non deve necessariamente spiegare tutti i fatti con i quali ha a che fare e di fatto non li spiega mai tutti. [...] Sia la raccolta di fatti che l’articolazione della teoria diventarono attività altamente orientate, crebbe di conseguenza l’efficacia delle ricerche”¹⁹.

Il ricorso alle categorie della *persuasività* e del *consenso* contribuiscono senz’altro a segnare la distanza di Kuhn rispetto alla tradizione positivista e neopositivista e a delineare una posizione che nei termini delle scienze umane contemporanee potrebbe essere definita in un certo senso *culturalista* ed *ermeneutico-costruttivista*²⁰.

Il rifiuto è di una *teoria della conoscenza* intesa come *accumulazione* di dati e come raggiungimento della verità nel senso di *realtà vera*. Si chiede infatti Kuhn:

“Non è possibile render conto sia dell’esistenza della scienza che del suo successo in termini di evoluzione a partire dallo stato delle conoscenze possedute dalla comunità ad ogni dato periodo di tempo? È veramente d’aiuto immaginare che esista qualche completa, oggettiva, vera spiegazione della natura e che la misura appropriata della conquista scientifica è la misura in cui essa si avvicina a questo scopo finale?”²¹

Inoltre il filosofo della scienza dubiterà che gli scienziati “naturali” abbiano “risposte definitive” (su questioni concernenti la natura dei problemi e dei metodi scientifici) più degli scienziati “sociali”. Secondo Kuhn nessuna storia naturale può essere interpretata in assenza di un insieme anche implicito di credenze metodologiche e teoretiche intrecciate tra loro, che permetta la scelta, la valutazione e la critica.

“Se questo corpo di credenze non è già implicito nella raccolta di fatti – nel qual caso abbiamo a disposizione qualcosa di più di ‘meri fatti’ – esso deve essere fornito dall’esterno, forse da parte di una metafisica di moda, o da parte di un’altra scienza, oppure dai casi storici e personali. Non fa dunque meraviglia che, nelle prime fasi di sviluppo di ogni scienza, uomini

¹⁹ *Ibidem*, pp. 37-38.

²⁰ Le scienze sociali sono sempre più consapevoli della funzione di mediazione della cultura e comprendono che non è possibile studiare gli individui come atomi isolati dalle comunità di cui fanno parte né generalizzare a tutte le società umane i risultati di ricerche che si riferiscono ad individui e gruppi di una particolare cultura, in particolari luoghi e momenti. G. Mantovani, *Metodi...*, cit., 2003, p. 17.

²¹ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni...*, cit., p. 205.

diversi, trovandosi di fronte la stessa gamma di fenomeni, ma non di solito tutti gli stessi fenomeni particolari, li descrivano e li interpretino in maniere diverse”²².

Ciò che sorprende, a giudizio di Kuhn, e che forse si ritrova, in questa misura, soltanto nei campi c.d. scientifici è che tali divergenze iniziali debbano in gran parte scomparire. La conclusione è che esse scompaiono ma la loro scomparsa è di solito causata dal trionfo di una di quelle scuole già formatesi a causa delle credenze e dei preconcetti che le caratterizzavano.

Lo stesso Popper nell’opera del 1972 sulla “Conoscenza oggettiva” mette in discussione l’ideale positivistico della scienza come struttura “chiusa, definita, che non può crescere se non per accumulo, per giustapposizione”, sostenendo la concezione della scienza come “processo dinamico, cioè come struttura perennemente rivedibile, modificantesi”²³.

La teoria della *conoscenza scientifica* intesa da Popper come teoria della *conoscenza in generale* ha a che fare con un ideale congetturale e della *fallibilità* della conoscenza umana. Secondo Popper “noi siamo cercatori e non possessori della verità”²⁴. La teoria della *falsificabilità* (proposta da Popper nell’opera del 1959) contrapposta alla *verificabilità* dei positivisti mette bene in luce come

“la scienza così come viene codificata e divulgata, non assegna spazio di sorta al resoconto di come le ipotesi si sono formate, se non nella misura in cui tale processo può essere ridotto da un lato all’induzione e dall’altro al metodo ipotetico-deduttivo. Le riviste scientifiche non ospitano divagazioni nella metafora, né riferiscono i processi mediante i quali noi attingiamo idee degne di essere messe alla prova (ossia, che è lo stesso, degne di essere falsificate). Eppure gli scienziati spendono gran parte del loro tempo proprio in tali divagazioni”²⁵.

Come osserva del resto Jerome Bruner, la visione popperiana della scienza mette in luce non solo *la capacità di creare ipotesi* ma anche di “accettare per buone le nostre ipotesi, grazie alla selettività dei nostri sensi, della nostra mente e del nostro linguaggio. Noi abbiamo una propensione straordinaria a prestar fede a conclusioni tratte da un solo caso esemplificativo”²⁶.

²² *Ibidem*, pp. 36-37.

²³ A. Rossi, Introduzione in K. Popper, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evolutivistico*, Armando Editore, 2002, p. 9.

²⁴ N. Abbagnano, *Storia della filosofia*, vol. VII, p. 153.

²⁵ J. Bruner, *La mente...*, cit., p. 64.

²⁶ *Ibidem*, p. 65.

Si affaccia dunque una *concezione della mente* che costruisce di volta in volta teorie scientifiche, spiegazioni storiche, interpretazioni dell’esperienza mediante specifiche forme di *costruzione del mondo*. La discussione si sposta dal piano dei prodotti della ricerca scientifica ed umanistica al piano dei processi della ricerca stessa. Non è più netta la distinzione tra i dati oggettivi della ricerca “scientifica” ed i risultati delle scienze c.d. umane.

La visione della mente come strumento di costruzione del mondo sarà teorizzata dal noto filosofo di Harvard, Nelson Goodman. In *Vedere e costruire il mondo* e poi in *Of Mind and Other Matters* Goodman attribuisce alla mente un ruolo attivo nella creazione del mondo²⁷.

“Ciò che viene assunto come “dato” all’inizio della nostra costruzione non è né una realtà di base esterna a noi né una realtà a priori: è sempre un’altra versione di una costruzione del mondo che noi abbiamo assunto come dato in vista di certi obiettivi. Ogni versione del mondo precedentemente costruita può venire assunta come dato per costruzioni successive, così di fatto ogni costruzione del mondo comporta la trasformazione di mondi e di versioni del mondo precedentemente elaborate”²⁸.

Goodman ripartendo da Kant, con questa concezione, sostituisce dunque all’*a priori* un processo che vede elaborarsi *nuove versioni del mondo da versioni precedenti*. Egli propone un concetto di mente come *strumento* per la produzione di mondi. Non esiste un unico mondo reale che preesista e che sia indipendente dall’attività mentale e dal linguaggio simbolico umano. I mondi possono essere creati dall’attività cognitiva dell’artista (es. l’Ulisse di Joyce), da quella degli scienziati (es. le teorie geocentriche) o dalla vita di tutti i giorni (il senso comune, fatto di treni, di patate, etc.). Tutti questi mondi sono costruiti ma sulla scorta di dati che abbiamo accettato da altri²⁹.

Ciò rende la riflessione di Goodman estremamente interessante dal momento che lascia tramontare l’idea di un mondo immutabile e definitivo sostituendovi una concezione che egli definisce “stipulazione”, cioè un processo di elaborazione all’interno di un sistema simbolico. Ciò consentirà a Goodman di rendere conto

²⁷ N. Goodman, *Vedere e costruire il mondo*, tr. it., Bari, Laterza, 1988; Id., *Of Mind and Other Matters*, Cambridge, MA, Harvard UP, 1984.

²⁸ J. Bruner, *La mente*, ... cit., pp. 119-120.

²⁹ *Ibidem*, p. 118.

della straordinaria varietà di forme che la realtà può assumere, compresa quella offerta dalla scienza.

Più radicale la posizione dello psicologo Jerome Bruner, considerato uno dei “padri” della psicologia del ‘900. Bruner riconosce a Goodman il merito fondamentale di aver contribuito ad introdurre un concetto di “mente” intesa come strumento di produzione di mondi, “costringendo” in tal modo la stessa psicologia a studiare:

“come avviene che la mente ed i suoi processi trasformino il mondo fisico mediante operazioni sui propri input. Una volta tramontata l’idea che “il mondo” è là immutabilmente e definitivamente, per far posto all’idea che quello che noi consideriamo come tale è anch’esso, né più né meno, una “stipulazione” elaborata all’interno del sistema simbolico, il panorama della disciplina muta in modo radicale. E, finalmente, siamo in grado di affrontare la miriade di forme che la realtà può assumere e, tra queste, le realtà create dalla storia non meno che quelle create dalla scienza”³⁰.

Bruner tuttavia non crede in una realtà originaria con la quale confrontare i mondi possibili che creano gli esseri umani. Critica lo stesso Piaget³¹ che pur proponendo una teoria epistemologica di tipo costruzionistico, la teoria del c.d. sviluppo logico dell’intelligenza del bambino, riteneva che le costruzioni della mente fossero pur sempre “rappresentazioni di un mondo reale a sé stante a cui il bambino, crescendo, deve adattarsi o accomodarsi”. Piaget resterebbe legato, secondo la critica che ne propone Bruner, ad “un ingenuo realismo di fondo”.

Bruner ritiene invece che per comprendere la condizione umana è “scarsamente utile” lo studio ontologico dei “mondi prodotti”. Il problema è piuttosto di capire, attraverso la ricerca, *come gli esseri umani producono tali mondi e come fanno a sperimentarli come mondi reali* in domini straordinariamente diversi come la scienza, la storia, la letteratura, il diritto, etc.

³⁰ *Ibidem*, pp. 129-130.

³¹ J. Piaget, *L’epistemologia genetica*, tr. it., Roma-Bari, Laterza, 1983.

3. Mente, Realtà, Cultura

“La mente è lo strumento di costruzione della realtà: la realtà non è semplicemente là, da qualche parte, ma è cercata (searched for)”³².

Costruire la realtà per Bruner significa dunque che essa *non è conoscibile*, non esiste una realtà originaria *esterna* a noi: la realtà è creata come prodotto della trasformazione di una precedente realtà, assunta come dato. Si tratta di una realtà costruita sulla scorta di intenzioni diverse, sulla scorta di esperienze percettive diverse (ad es. la stessa esperienza sensoriale) oppure sulla scorta di forme di esperienza mediate, quelle tipiche dei rapporti sociali. È possibile inoltre immaginare anche un’esperienza attraverso la stessa lettura che costituisce una forma di mediazione ancora più complessa e astratta.

La concezione della costruzione del mondo così come immaginata anche da Goodman considera come punto di partenza la *versione* del mondo da cui inizia la nostra ricostruzione. Non si tratta di una concezione *relativista*: “se ci sono significati “incarnati” nel mondo, noi li trasformiamo nell’atto stesso di integrarli nel nostro mondo trasformato, il quale peraltro diviene poi il mondo da cui partono altre persone o il mondo che noi offriamo loro”³³.

Una filosofia costruttivista della mente

“non priva la persona del necessario riferimento ontologico o etico. Le interpretazioni, siano esse relative ad un testo o all’esperienza del mondo, possono essere giudicate in base alla loro correttezza. La loro correttezza, però, non si misura secondo il criterio della corrispondenza con un originario mondo “reale esterno”, perché tale “mondo reale” è non solo epistemologicamente indeterminato, ma anche inconsistente e vuoto come oggetto di un atto di fede. Piuttosto, il significato (o la “realtà”, dato che in fin dei conti le due cose non si possono distinguere l’una dall’altra) è il risultato di un’impresa che riflette l’intenzionalità umana, e la sua correttezza non può essere giudicata indipendentemente da tale intenzionalità”³⁴.

La concezione bruneriana si colloca dunque in posizione critica rispetto a quella psicologia di stampo positivistico (o scientifico) secondo cui “la mente è lo

³² J. Bruner, Seminario “Mind, Culture and Law”, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, Facoltà di Giurisprudenza, Dottorato di ricerca in Filosofia del Diritto, 10/07/2006.

³³ Bruner, *La mente...*, cit., p. 192.

³⁴ *Ibidem*.

specchio della natura”. Bruner è critico rispetto alla possibilità di ridurre i risultati delle osservazioni del comportamento umano a leggi generali sull’uomo considerato come organismo naturale. Lo scopo degli psicologi positivisti è dare un’aria di stabilità, di universalità alla concezione dell’uomo. Ogni scienza è senz’altro una sorta di paradigma, come lo definisce Kuhn, che ci aiuta a rendere le cose più chiare per certi fini. Tuttavia per molti fini una spiegazione scientifico-naturalistica è secondo Bruner insufficiente.

A partire dunque dalla centralità della considerazione che gli esseri umani vivono in una storia ³⁵ ed in una cultura e che essi agiscono sulla base di significati che attribuiscono agli eventi o alle azioni delle persone, l’attenzione dell’illustre studioso è piuttosto rivolta a come le persone costruiscono il mondo o su cosa esse credano che sia la realtà, è cioè rivolta alla c.d. *costruzione di significato*.

Bruner non nega l’esistenza della realtà, nega piuttosto la certezza di poter accedere alla conoscenza della realtà in modo oggettivo. I modi possibili per leggere la realtà sono svariati: il punto è scegliere una modalità che sia più efficace di un’altra ³⁶. Il che non ha a che fare con una concezione relativista, precisa l’Autore ³⁷.

La mente umana non può essere studiata “come se si trovasse in una bottiglia”. I nostri atti mentali sono situati in un mondo sociale. La natura del

³⁵ Bruner rinviene i prodromi del pensiero costruttivista in Vico: “Giambattista Vico ha iniziato noi tutti ad un patto interpretativo/costruttivista”. *Comunicazione personale* dell’Autore, 6/9/04. Ed ancora ne *La fabbrica delle storie* Bruner scrive: “Vico è stato forse il primo costruttivista radicale, sia pure protetto da un razionalismo che lo metteva al riparo dallo scetticismo che è di norma associato a tale posizione radicale”. Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 86.

Vico in effetti estende il criterio del *verum-factum* alla realtà storica, lo utilizza per comprendere quel mondo che è opera e costruzione dell’uomo. L’uomo non è spettatore passivo del mondo ma può conoscerlo dall’interno dal momento che egli stesso è attore e protagonista in questo mondo.

La posizione di Vico può in qualche modo considerarsi isolata: è l’unico filosofo che tra ‘600 e ‘700 critica sia gli empiristi che i razionalisti. Secondo il filosofo di Vatolla l’individuo è sempre dentro la storia, è la storia che produce la conoscenza. Vico critica l’isolamento di storia e conoscenza: anche le scienze naturali sono un prodotto della natura storica dell’uomo. G.B. Vico, *La scienza nuova*, Milano, Edizione Rizzoli, 1977; G.B. Vico, *Vita e Scienza Nuova*, Pagine scelte da Augusto Guzzo, Napoli, Loffredo, 1935. Cfr. K. Löwith, *Significato e fine della Storia*, Milano, Il Saggiatore, 1989; S. Otto, *Gian Battista Vico. Lineamenti della sua filosofia*, Milano, Guida, 1992.

³⁶ Che renda possibile l’adozione di una tale concezione nel codice civile o penale, ad esempio.

³⁷ J. Bruner, *Comunicazione personale*, Avellino, 12/07/06.

pensiero non può essere intesa se non comprendendo il modo in cui esso è formato e strutturato dal contesto di una cultura³⁸.

Ad una concezione della conoscenza intesa come “necessaria”, del tipo “una cosa non può essere A e non A”, a categorie considerate vie d’accesso necessarie al mondo, secondo la visione kantiana, si sostituiscono altri modi di dar senso al mondo. Alla domanda *da dove provengono le categorie?* la risposta costruttivista bruneriana è: dall’immaginazione umana, un’immaginazione culturalmente formata, attraverso teorie, storie o “normative” sulla realtà. È la cultura a fornirci le “regole” mediante le quali costruiamo la nostra conoscenza della realtà. Le *categorie*³⁹ sono il prodotto di una “costruzione culturale” ed a loro volta sono il principale strumento di costruzione della realtà: rappresentano il nostro modo di teorizzare sulla realtà in una modalità che risulti verificabile (lo stesso vale, come si vedrà più avanti per il processo di narrativizzazione)⁴⁰.

“Messa a confronto con la tenace tradizione del razionalismo illuminista il costruttivismo rappresenta una dottrina radicale. Il suo principio fondamentale è che la” realtà” non è semplicemente e fermamente collocata “là, in qualche mondo reale”, che gli esseri umani possono solo osservare sebbene in modo imperfetto. Piuttosto la realtà è un costruito, una concezione forgiata dal potere della mente umana (come Kant mise in risalto molto tempo fa), ma anche in conformità con le credenze trasmesse storicamente che sono alla base di qualsiasi cultura umana”⁴¹.

Alla domanda *che cos’è la realtà* più compiutamente Bruner risponde:

“La realtà, ora preferiamo dire, è il prodotto di un’immaginazione disciplinata, formata e guidata da convenzioni per selezionare, organizzare e testare l’esperienza contro criteri su cui ci si è accordati. Come nella scienza, la realtà è considerata ora come figlia di un’ipotesi probabile derivata da qualche concezione paradigmatica del mondo, l’ipotesi probabile (provabile) che accorda fiducia al paradigma dal quale è derivata”⁴².

³⁸ J. Bruner, *A Psychologist and the law*, N.Y.L. Sc. L. Rev., n. 37, pp. 173-174, 1992.

³⁹ Sulla costruzione delle categorie cfr. A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law. How Courts Rely on Storytelling, and How their Stories Change the Ways we Understand the Law - and ourselves*. Harvard: Harvard University Press, 2000, pp. 18-53; cfr. F. Di Donato, R. Rosciano, *La costruzione giudiziaria tra categorie legali e culturali*, pp. 240-242, in *Quaderni del Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell’Uomo e della Libertà di Religione*, Napoli, Jovene Editore, 2004.

⁴⁰ J. Bruner, Seminario “Mind, Culture”, cit.

⁴¹ J. Bruner, Introduzione, in Smorti, A., *La psicologia culturale*. Roma, Carocci, 2003, p. 13.

⁴² Traduzione nostra: “Reality, we now prefer to say, is a product of disciplined imagination, shaped and guided by conventions for selecting, organizing, and testing experience, against agreed-upon criteria. As in science, “reality”, is now taken to be a child of a provable hypothesis derived from some paradigmatic conception of the “world”, the provable hypothesis lending

Realtà e significato sono creati, entro l’orizzonte di sfondo storico-culturale, non scoperti. Attraverso la *negoiazione* gli individui creano *significati* nuovi, che regolano i loro reciproci rapporti. L’uomo non è “un’isola completa in se stessa” ma un membro della cultura che eredita e poi ricrea. Le menti, secondo Bruner, non possono operare in isolamento: necessariamente la mente riflette ed agisce in interazione con le altre menti. Ciò che è cruciale per ogni cultura è un certo grado di intersoggettività: il che è richiesto da una certa necessità di scambi (di informazioni, di servizi, di rispetto, etc.). Gli esseri umani non sono costruiti in sé ma in interazione con gli altri⁴³.

Le versioni della *realtà* che generiamo non sono soltanto versioni conformi alla cultura, canoniche e congruenti con credenze consolidate circa la realtà, ma versioni del mondo che potrebbero esistere, che forse esistono o che potremmo auspicare. La stessa cultura umana, come si vedrà, è il prodotto di una dialettica tra modi a volte contrastanti di “costruire la realtà”.

Nella prospettiva culturalista-interazionista il “mondo” dunque non è dato una volta per tutte, ma è costruito, o meglio, co-costruito dagli esseri umani nel corso delle loro relazioni. In tal senso viene definito mondo non la realtà *tout court*, ma il significato che gli esseri umani le attribuiscono. Si tratta di un processo non individuale che si realizza all’interno di una comunità i cui membri possono comunicare ed agire insieme presupponendo un terreno d’intesa comune che emerge dagli scambi sociali⁴⁴.

Anche nella prospettiva di Berger e Luckmann la percezione e la conoscenza di ciò che è “reale” variano da società a società e sono prodotte, trasmesse e conservate attraverso processi sociali: “Ciò che è “reale” per un medico tibetano può non esserlo per un uomo d’affari americano”⁴⁵.

credence to the paradigm from which it was derived”. J. Bruner, *The Reality of Fiction*, Comunicazione a *Le Monde Annual Forum*, Parigi, 10 Aprile 2004.

⁴³ Ma la cultura e l’intersoggettività consentono la richiesta di una concezione di base di “attività umana”, la sua natura, le sue componenti e le sue cause. E la forma universale di comprensione e rappresentazione dell’umana azione/interazione è, come si vedrà più avanti, la narrazione umana. Bruner, Seminario “Mind, Culture”, cit.

⁴⁴ Allo stesso tempo però, come puntualizza Matusov, la costruzione di intersoggettività non comporta né omogeneizzazione né annientamento dell’individualità e delle differenze. E. Matusov, *Intersubjectivity without Agreement. Mind, culture and activity*, 3 (1), 1996 .

⁴⁵ P. Berger, T. Luckmann, *The Social Construction of Reality*, Garden City, New York, Doubleday and Co., 1966, tr. it., *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, Il Mulino, 1969, p. 15. Berger e Luckmann hanno dato un contributo notevole alla sociologia della conoscenza. *La*

A partire allora da queste diverse visioni della “realtà come costruzione sociale”, il problema diventa quello di capire come gli individui riescano a condividere le visioni del mondo che hanno costruito e a vivere in una dimensione comune⁴⁶.

Nella prospettiva psicologica, individuo e società si strutturano reciprocamente e simultaneamente: l'individuo si forma a partire dalla partecipazione ad un mondo di pratiche sociali che gli preesistono, ma a loro volta tali pratiche vengono rinegoziate, ridefinite, ricreate, nell'atto stesso di tale partecipazione. L'attività cognitiva individuale è inseparabile dall'ambiente sociale nel quale si realizza⁴⁷. Ciò implica che l'unità minima di analisi dell'attività cognitiva non possa più essere l'individuo preso isolatamente, ma l'individuo in relazione: le numerose forme di incontri interpersonali all'interno dei quali egli costruisce gli elementi delle sue strutture concettuali ed i saperi trasmessi.

Nella prospettiva sociologica di Berger e Luckmann analogamente vi è un rapporto di circolarità tra individuo come “prodotto sociale” e società come “prodotto umano”. Ad “oggettivare” la realtà un ruolo determinante è tuttavia attribuito alle istituzioni⁴⁸. Le istituzioni nascono e sono precedute dalle consuetudini che cristallizzano le nostre azioni. Più specificamente le istituzioni nascono quando dei gruppi tipizzano reciprocamente delle azioni consuetudinarie⁴⁹.

Sia nella prospettiva psicologica che in quella sociologica, sopra illustrate, c'è dunque una sorta di rapporto circolare e dinamico tra “sociale” ed “attività

realtà come costruzione sociale è basato sull'argomentazione che i mondi in cui viviamo non sono là fuori, non sono fenomeni oggettivi, ma sono costruiti da un intero insieme di adattamenti e pratiche sociali. La stessa costruzione del fatto è uno degli punti topici di questo lavoro. Cfr. anche J. Potter, *Representing Reality. Discourse, Rhetoric and Social Construction*, London, Thousands Oaks, New Delhi, 1996.

⁴⁶ J. Bruner, “Introduzione”, cit., p. 13.

⁴⁷ A. Iannaccone, A.N. Perret-Clermont, Qu'est-ce que s'apprend? Qu'est-ce que se développe? In: J. Wassmann & P.R. Dasen (a cura di), *Les savoirs quotidiens*, Universitätsverlag, Freiburg (CH), 1993, pp. 235-260.

⁴⁸ “È importante tenere a mente che l'oggettività del mondo istituzionale, per quanto massiccia possa apparire all'individuo, è un'oggettività umanamente prodotta e costruita”. Cfr. P.L. Berger, T. Luckmann, *La realtà come costruzione...*, cit., p. 92.

⁴⁹ Perché si possa parlare di istituzione occorre inoltre che le tipizzazioni di comportamenti abbiano uno sviluppo storico e che forniscano dei modelli, in modo da consentire un controllo della condotta individuale. L'istituzionalizzazione è dunque incipiente in ogni durevole rapporto sociale. Cfr. *ibidem*, pp. 82-132.

cognitiva individuale”. Il sociale struttura l’attività cognitiva individuale, da una parte costituendo la dimensione del confronto tra punti di vista differenti e tra esperienze differenti; dall’altra, fornendo all’individuo una sorta di “repertorio di risposte sociali” che possono entrare in conflitto con le sue risposte cognitive. L’individuo, a sua volta, struttura il sociale “attribuendogli dei significati”⁵⁰: l’individuo contribuisce alla continua costruzione del sistema simbolico-culturale d’appartenenza attraverso l’interazione sociale con gli altri individui e la negoziazione di significati. Come sottolinea Rijsman⁵¹, nel ripercorrere le tappe storiche che hanno portato le scienze ad affermare la dimensione sociale della conoscenza in luogo di quella individuale⁵², questo rapporto tra individuo e società non va letto nei termini di un’influenza esterna, quanto piuttosto nel senso di “ontologia sociale del pensiero”. La tesi è che la condizione della conoscenza risieda nella sua dimensione sociale. Il rapporto tra individuo e società è d’intrinseca co-appartenenza al punto che l’uno modula l’altro, dall’interno, fornendogli la possibilità e la condizione di esistenza.

È la cultura a fornire gli strumenti necessari per l’interpretazione e la conoscenza del mondo. Cultura, qui intesa, come la rete di significati costruiti e condivisi in modo relativamente durevole da una società, l’insieme degli elementi che caratterizzano il modo di vivere di una comunità, trasmessi e rinnovati di generazione in generazione.

In conclusione, alla luce delle posizioni sopra esposte, la definizione di realtà per cui si opta, è di “costruzione mentale intersoggettiva, culturalmente negoziata”.

⁵⁰ A. Iannaccone, A.-N. Perret-Clermont, “Qu'est-ce que s'apprend? ”, cit.

⁵¹ J. Rijsman, Le panorama intellectuel et technologique de la scène piagétienne, in J.M. Barrelet et A.-N. Perret-Clermont, *Piaget et Neuchâtel. L'apprenti et le savant*, Lausanne: Editions Payot, 1996.

⁵² “Si opera una transizione da una dimensione individuale ad una dimensione sociale della conoscenza: tutto ciò che noi sappiamo sulle stelle (o su ogni altro oggetto) non è in definitiva che un racconto comune, una modalità di discorso collettivo che coordina i differenti punti di vista esposti”. Traduzione nostra. J. Rijsman, “Le panorama intellectuel”, cit. , p. 148.

4. Cultura come “conoscenza locale” ed “implicita”

Non esiste una mente al di fuori di una cultura. È questa la “massima” che la prospettiva costruttivo-culturalista fa propria a partire dall’insegnamento di Clifford Geertz. Secondo l’antropologo americano senza il ruolo formativo della cultura non saremmo che “mostri inservibili, animali incompleti o incompiuti che si completano e si compiono attraverso la cultura”⁵³. Ed ancora “non esiste qualcosa come una natura umana indipendente dalla cultura”⁵⁴.

Pur nella consapevolezza dell’impossibilità del compito, prima di introdurre questa concezione, appare preliminare chiedersi che cosa sia la cultura o, almeno, quale concezione della cultura possa essere posta a base di questo lavoro. Una prima immediata risposta è che, nel 1952, Kroeber e Kluckhohn ne hanno censito almeno centocinquanta diverse definizioni. Il che testimonia la *complessità* e la *polisemicità* del concetto⁵⁵.

A titolo esemplificativo ci si può naturalmente limitare a richiamare alcune rilevanti posizioni condivise da un certo numero di antropologi e di psicologi sociali. Camilleri, ad esempio, definisce la cultura come “l’insieme di quei significati maggiormente persistenti e condivisi, acquisiti dai membri di un gruppo, attraverso la loro affiliazione”⁵⁶.

Mead definisce la cultura come “l’insieme di forme acquisite di comportamenti di un gruppo di individui, uniti da una tradizione comune [...]”⁵⁷.

Gli stessi Kroeber e Kluckhohn ritengono che

“il nucleo essenziale della cultura consiste di idee tradizionali (ad esempio storicamente derivate e selezionate) e soprattutto dei valori ad essi connessi; i sistemi culturali possono da una parte essere considerati come prodotti di azioni, dall’altra come elementi condizionanti di successive azioni”⁵⁸.

⁵³ C. Geertz, *Local Knowledge*, Basic Books, USA, 1983.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Per una panoramica più ampia sulla definizione di cultura cfr. A. Iannaccone, F. Di Donato, *Educazione alla convivenza multiculturale*, in *Lineamenti di psicologia scolastica. Percorsi educativi dalla prescuola alla scuola dell’obbligo*, Milano, Franco Angeli, 2004, pp. 313-321.

⁵⁶ C. Camilleri, M. Cohen-Emerique, *Chocs de cultures: concepts e enjeux pratique de l’interculturel*, Paris, L’Harmattan, 1989.

⁵⁷ G.H. Mead, *Mind, self and society*, Chicago, University of Chicago Press, 1934.

⁵⁸ Traduzione nostra: “The essential core of culture consists of traditional (i.e. historically derived and selected) ideas and especially their attached values; culture systems may, on the one hand, be considered as products of action, on the other as conditioning elements of further actions”. A.L.

A voler tentare una sintesi, la definizione di cultura che emerge da queste posizioni potrebbe essere la seguente: “cultura come insieme di idee tradizionali, valori, significati condivisi in un gruppo sociale che provengono dagli stessi membri del gruppo che tende a trasmetterli per via non genetica”.

Si tratta di concezioni che segnano un forte mutamento di tendenza: si passa infatti da una concezione statica della cultura, come insieme di regole interconnesse da cui gli individui desumerebbero comportamenti particolari confacenti alle particolarità delle situazioni, ad una concezione della cultura intesa come “un insieme di conoscenze del mondo implicite e solo parzialmente interconnesse, a partire dalle quali le persone, per “negoziazione”, arrivano a mettere a punto soddisfacenti modi di agire nei vari contesti”⁵⁹.

Geertz enfatizzerà la dimensione “locale” dei significati, parlerà più esattamente di “*conoscenza locale*”⁶⁰. In particolare, l’antropologo culturale americano propone, in un modo che può definirsi rivoluzionario (soprattutto dal punto di vista dell’influenza che eserciterà nell’approccio allo studio del diritto⁶¹, come si vedrà), una concezione che descrive cultura e significato come processi di *apprendimento interpretativo* che si svolgono *in situ*. La *svolta interpretativa* è caratterizzata dallo sforzo di comprendere il particolare, di mettere in relazione astratto e conoscenza concreta, universale e particolare, con l’obiettivo della *contestualizzazione*. “Non esiste un’unica mente per tutte le culture”⁶². La diversità è la caratteristica inerente alla condizione umana. Non c’è un’essenza universale alla base della natura umana, che determina il comportamento umano. Anzi, dice Geertz, “abbiamo bisogno di qualcosa di più della conoscenza locale. Abbiamo bisogno di trasformare le sue varietà in commenti dell’una sull’altra, l’una illuminante ciò che l’altra rende oscuro”⁶³.

Kroeber, C. Kluchorn, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, New York, Vintage Books, 1952, p. 357.

⁵⁹ J. Bruner, *La mente...*, cit., p. 81.

⁶⁰ C. Geertz, *Local Knowledge...*, cit.

⁶¹ Cfr. il saggio “Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective”, in *Local Knowledge...*, cit., pp. 167-235.

⁶² C. Geertz, *Local Knowledge...*, cit., p. 197.

⁶³ *Ibidem*, p. 167, p. 233. Per una prospettiva di tipo comparativo sui sistemi giuridici cfr. O. Chase, *Law, Culture, and Ritual*, New York, New York University Press, 2005.

A partire dunque soprattutto dall’influenza di Geertz, lo stesso Bruner concluderà che “la cultura dà forma alle nostre menti”⁶⁴:

“le nostre menti sono modellate in una misura notevole dalle banalità completamente accettate dei mondi che ci circondano – le realtà degli scambi conversazionali, dei mass media, delle abitudini professionali, etc. Le nostre dinamiche psicologiche, infatti, sono probabilmente in agguato sullo sfondo – come qualche “necessità di conformarsi”. Ma il modellamento delle nostre “realtà psichiche”, per effetto di tutto ciò, sono largamente dall’esterno verso l’interno, in una dimensione pubblica, nonché culturale in origine e con un minimo di resistenza”⁶⁵.

Sono, dunque, le storie quotidiane che ascoltiamo, che narriamo e che leggiamo, vere o false, a formare le nostre menti. Diventiamo attivi partecipanti della nostra cultura solo attraverso le narrazioni che condividiamo rispetto a ciò che contribuisce a dare un senso agli accadimenti che si verificano intorno a noi, rispetto a ciò che è accaduto e che potrebbe accadere. Modelliamo dunque le nostre realtà sulla base di queste narrazioni. Si tratta di una sorta di attitudine, messa in pratica sin dalla nascita, secondo Bruner. Il nostro destino sembra essere quello di vivere la nostra vita in un universo narrativo⁶⁶.

Come veniamo in contatto con la cultura? Non apprendiamo la cultura semplicemente seguendo delle *routines*, sebbene questo sia parte della storia, né attraverso un metodo di tipo matematico, né, come vorrebbero gli antropologi, procedendo sempre per connessioni ed ipotizzando che ogni cosa sia presumibilmente collegata ad ogni altra.

Il problema è che i processi culturali sono molto più impliciti che espliciti; la metafora privilegiata da Bruner è che “conosciamo la nostra cultura proprio come il pesce conosce l’acqua”. Cosicché, se e quando finalmente diventiamo “consapevoli” in generale della nostra cultura, subiamo una sorta di “choc da riconoscimento”: è come se avessimo all’improvviso riconosciuto in modo più esplicito qualcosa che in realtà conosciamo da sempre. Probabilmente prima di conoscere la cultura in un modo più ideale ne veniamo a conoscenza, secondo

⁶⁴ J. Bruner, *La ricerca del significato. Per una psicologia culturale*, tr. it., Torino, Bollati Boringhieri, 1992.

⁶⁵ Traduzione nostra: “[...] Our minds are shaped in a remarkable degree by the widely accepted banalities of the worlds around us – the “realities” of conversational exchange, mass media, occupational habits, and the like. Our psychodynamics, indeed, probably lurk in the background - like some sort of “need to conform”. But then shaping of our “psychic realities”, for all that, are largely from the outside in, strikingly public, and cultural in origin and with minimum resistance”. J. Bruner, *Culture, Mind, and Narrative*, scritto non pubblicato, p. 2.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 3.

Bruner, con modalità ordinarie addirittura banali. Le culture ci coinvolgono facendo sembrare le realtà quotidiane come delle *routines*.

Ma le culture hanno anche la funzione di far sembrare le inevitabili ed occasionali violazioni delle aspettative culturali (*customary*) come ordinarie⁶⁷. La cultura è implicita proprio nel senso che è caratterizzata da aspettative canoniche: nel momento in cui tali aspettative vengono violate prendiamo coscienza della nostra cultura.

Bruner ritiene che sia la narrazione, come si vedrà più avanti, a svolgere questa funzione di rendere possibile la *coesione culturale*, attraverso l’addomesticamento delle violazioni, prima ancora del ricorso al diritto. La narrazione ha la funzione di rendere accettabile e familiare la violazione di forme canoniche.

Ed uno dei modi in cui la narrazione realizza questa funzione è proprio attraverso il ricorso alle “particolarità”. A partire dunque dalla nozione di “cultura locale” di Geertz e di *habitus* di Bourdieu, con regole e norme uniche, (l’*habitus* del cameriere, dell’avvocato, della madre, del newyorkese, etc.), si mette in luce la tensione esistente tra individualità e collettività. In ogni cultura c’è una dimensione di universalità e particolarità. Il problema allora è *come trattare tale tensione?*

In questo senso ci viene in aiuto la dimensione della *intersoggettività*, che Bruner definisce come “il dono di conoscersi gli uni gli altri”. La trasparenza interpersonale o almeno l’illusione di essa è realizzata piuttosto attraverso la condivisione di concezioni implicite culturalmente inculcate sulla realtà, una realtà che a sua volta è culturalmente costruita. Senza l’intersoggettività la cultura umana non avrebbe mai avuto luogo, non esistono altre specie al mondo che possano vantare lo stesso dono⁶⁸. Ed a rendere possibile l’intersoggettività è ancora una volta il linguaggio, che funge da elemento di coesione tra individuo e

⁶⁷ Bruner rileva che, secondo Malinowsky, gli esseri umani sono “pronti” a convivere con le sorprese, le rotture e le posizioni individuali confliggenti. È un modo questo per mantenere la loro apparente singolarità a dispetto della quotidianità delle loro pratiche. B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, New York, Harcourt Brace, 1932, cit. in Bruner, *Culture, Mind...*, cit.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 3-7.

cultura⁶⁹. Il linguaggio inteso come “forme narrative” che rendono possibile la condivisione di storie. Le forme narrative, sebbene dotate di strutture universali, sono a loro volta convenzionali e culturali, dotate dunque di personaggi riconoscibili, contesti riconoscibili, occasioni riconoscibili di narrazione.

Ogni cultura è dotata di proprie credenze (ad es. una propria concezione della biologia, del matrimonio, etc.) e propri sistemi che talvolta entrano in conflitto. È pertanto necessario conoscere quali siano le aspettative convenzionali per costruire narrazioni che siano conformi ad esse e che siano in grado di ricostituire la violazione di queste convenzioni.

In questo senso la narrazione svolge una funzione cruciale, che è dunque quella di snaturare i conflitti banalizzandoli e mettendoli in un genere accettabile. La narrativa fornisce i significati per banalizzare le discordanze che sono inerenti ai potenziali conflitti tra i modi differenti di scambio di una cultura.

In conclusione, secondo Bruner, sebbene l’attitudine alla narrazione sia universale ed innata le storie sono profondamente ancorate ad una realtà culturalmente “vincolante”.

5. Il linguaggio fa da *cerniera* tra individuo e cultura

La cultura dunque plasma l’individuo attraverso lo strumento del linguaggio: il linguaggio non si limita a trasmettere, esso crea o costituisce la conoscenza e la realtà:

“Il modo principale in cui le nostre menti, le nostre realtà sono formate dai modelli quotidiani di vita è rappresentato dalle storie che raccontiamo, che ascoltiamo e leggiamo-vere o false. Diventiamo attivi partecipanti della nostra cultura soprattutto attraverso le narrazioni che condividiamo, che assolvono alla funzione di dar senso a ciò che accade intorno a noi, a ciò che è accaduto, a ciò che potrebbe accadere. Modelliamo le nostre realtà sulla base di queste narrazioni

⁶⁹ “To be sure, we ‘know’ Other Minds locally by dint of speaking a shared language – though a common language can also divide. But as important as a shared language may be for achieving workable intersubjectivity, equally important is the the narrative gift, the ability to share stories. As with language, it is made possible by a universal, surprisingly complex gift. But just as the universal gift of language expresses itself in different ‘surface’ languages, so the narrative gift finds expression in different narrative conventions – ‘our’ conventions of story telling, with recognizable characters, recognizable settings, recognizable occasions for telling”. *Ibidem*, p. 7.

[...]”⁷⁰. Bruner considera il linguaggio come “il mezzo più potente di organizzazione dell’esperienza”. Esso ha una natura *costitutiva* nel senso di conferire “un’apparente realtà ontologica esterna” ai concetti racchiusi dalle parole: è il tipico caso del diritto⁷¹.

Bruner fa risalire a Vygostky⁷² ed alla scuola storico-culturale l’intuizione del nesso tra linguaggio, pensiero e socializzazione. Senza avere la pretesa di addentrarsi in questa concezione si può affermare che, per lo psicologo sovietico, il linguaggio non si limita a svolgere la funzione di trasmettere la storia culturale né a svolgere la funzione comunicativa che tradizionalmente gli viene attribuita. Il linguaggio è un modo per mettere ordine tra i propri pensieri riguardanti la realtà ed il pensiero, è un modo di organizzare la percezione e l’azione: “ il linguaggio ha il potere di modificare i poteri del pensiero dandogli i mezzi nuovi per spiegare il mondo. A sua volta, il linguaggio diviene il depositario dei nuovi pensieri via via che vengono messi a punto”⁷³. In sintesi, pensiero e linguaggio sono strumenti per programmare e per dar corso all’azione e, nel corso dello sviluppo ontogenetico, la forma specializzata del linguaggio precede e dà forma al pensiero, che ne rappresenta una sorta di interiorizzazione.

Il linguaggio, considerato come istituzione, funge, nella prospettiva di Berger e Luckmann, da fattore di mediazione culturale nella costruzione sociale della realtà. Il linguaggio infatti nasce nella vita quotidiana ma ha anche la capacità di trascenderla e rendere presenti realtà lontane. Esso opera dunque come sistema di rappresentazioni simboliche ed elemento di collegamento tra sfere di realtà differenti. Inoltre il linguaggio ha la funzione di orientare l’azione dell’individuo nel senso di restringerne in qualche modo le scelte aperte dinanzi a lui nella sua veste di decisore⁷⁴.

La dimensione sociale della comunicazione è anche l’approccio di J. Austin e dei teorici degli atti linguistici⁷⁵. La svolta determinata dai pragmatici del linguaggio è significativa in quanto si passa da una concezione del linguaggio

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 2-3.

⁷¹ J. Bruner, *La mente...*, cit., pp. 80-81.

⁷² L. S. Vygostky, *Pensiero e linguaggio*, tr. it., Roma-Bari, Laterza, 1990.

⁷³ J. Bruner, *La mente...*, cit., p.175.

⁷⁴ Cfr. P.L. Berger, T. Luckmann, *La realtà come costruzione...*, cit., pp. 57-71.

⁷⁵ J. L. Austin, *Come fare cose con le parole*, tr. it., Genova, Casa editrice Marietti S.p.A., 1987.

come neutrale ed avalutativo e soprattutto inteso come rappresentazione ad una concezione del linguaggio come azione. Secondo Austin *dire* è sempre anche *fare*⁷⁶. Le parole non hanno solo la funzione di descrivere il vero o il falso ma anche di promettere, minacciare, sposare, dichiarare guerra.

L'intuizione di base di Austin è cioè che la maggior parte delle cose che un soggetto comunica ad un altro sono incomprensibili alla luce delle sole regole di grammatica, definizioni di dizionari e codici di logica formale. La loro comprensione è piuttosto il prodotto di un'attività interpretativa condizionata dalla natura e dalle specifiche circostanze del *setting comunicativo*⁷⁷. Questa concezione nasce in posizione critica rispetto alle pretese del positivismo logico di specificare un set di condizioni cosicché ogni “pronuncia umana” potesse essere giudicata vera, falsa o senza senso. Secondo Austin in base a questi criteri una gran parte dei discorsi sarebbe senza senso.

Austin ed i teorici degli atti linguistici che seguiranno (in particolare Searle)⁷⁸ distingueranno tre dimensioni di ogni espressione. Secondo la prima di queste, ogni atto linguistico ha una dimensione *locutoria* (afferma il modo in cui stanno le cose -Tizio beve un gin al giorno) 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 (ad es. affermare che Tizio beve produce effetti differenti a seconda che l'uditore sia la moglie di Tizio o che invece si tratti di una confessione tra amici in pieno deserto). Infine, per la terza dimensione, *illocutoria*, 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.

⁷⁶ Cfr. C. Bianchi e N. Vassallo, *Filosofia della Comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 50 e ss.

⁷⁷ A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., p. 167.

⁷⁸ J. Searle, *Atti linguistici*, tr. it., Torino, Bollati Boringhieri, 1976.

Al centro degli interessi di Austin e Searle è l'atto *illocutorio*: l'espressione *ti spedirò una lettera* può avere effetti diversi a seconda che si tratti di una promessa, di una minaccia, o di una semplice affermazione. Non è semplice capire il tipo di atto illocutorio compiuto; esistono degli indicatori, ad esempio il tono di voce, il modo dei verbi, un lessico particolare, oppure nel caso di un testo scritto, come vedremo, conterranno la punteggiatura, l'ordine sequenziale delle parole. Importante inoltre il comportamento non verbale (gesti, posture, movimenti del capo o del corpo). Infine occorre tener conto del *contesto* in cui le frasi sono pronunciate, delle relazioni esistenti tra gli interlocutori (es. relazioni di potere), dei rapporti di potere, delle aspettative, della volontà⁷⁹.

Sotto la spinta dei teorici dell'atto linguistico gli studiosi della mente concentrano così il loro sforzo sul tentativo di riportare il contesto comunicativo all'interno della trattazione del concetto di significato. Il linguaggio non è più considerato indipendente da qualunque senso particolare o privato⁸⁰. Si passa da una concezione del linguaggio come trasparente e neutrale ad una concezione del linguaggio come *campo di azione*⁸¹.

È una vera e propria transizione da una concezione del linguaggio come *descrizione* della realtà e della conoscenza come “rispecchiamento” ad una concezione *costruttivista* appunto (post-analitica) che fa propria la tesi del linguaggio come *pratica sociale*. In questo caso la metafora è la mente non come specchio ma “riflettore”: ogni descrizione della realtà presuppone un'assunzione di carattere valutativo da parte dello studioso. Secondo Rorty la conoscenza riguarda sempre una “realtà per noi” e non una “realtà in sé”⁸².

Lo studioso deve scegliere sempre un angolo visuale dal quale descrivere la realtà ed il risultato di questa attività conoscitiva dipenderà da questa scelta iniziale.

⁷⁹ F. Emiliani, B. Zani, *Elementi di psicologia sociale*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 203 e ss.; A. Amsterdam e J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., p. 167 e ss.

⁸⁰ J. Bruner, *La ricerca del significato...*, cit.

⁸¹ James Boyd White, iniziatore della corrente americana “diritto e letteratura”, come si vedrà, considera il linguaggio non come trasparente e neutrale ma come una forza in sé di costruire il mondo. Il linguaggio contribuisce a formare sia il nostro modo di essere sia il modo in cui conosciamo e costruiamo il mondo. Il linguaggio non è un set di proposizioni ma un repertorio di forme di azione e di vita; le azioni, gli scopi non hanno una realtà pre-linguistica ma sono costruite nel linguaggio. J.B. White, *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

⁸² R. Rorty, *La filosofia e lo specchio della natura*, tr. it., Bompiani, Milano, 2004.

6. La narrazione come “costruzione di significato”

Il linguaggio è un *mezzo* di costruzione della realtà, è un mezzo di costruzione di “mondi possibili”. Il rapporto di conoscenza tra soggetto e oggetto, tra soggetto e mondo, è mediato dal linguaggio nel senso che la narrazione organizza l’esperienza, la struttura creando, attraverso il linguaggio, un nesso tra gli avvenimenti. “*Non è il linguaggio in sé che crea la realtà ma piuttosto un particolare potere che il linguaggio rende possibile, il potere della narrazione, il potere di creare e comprendere le storie*”⁸³. La narrativa dà forma al mondo reale: il racconto modella l’esperienza quotidiana, conferisce un titolo alla realtà. Eventi, persone, oggetti non sono collocati in un mondo “indifferente” ma in un mondo narrativo: eroi cui si conferisce qualche medaglia, contratti violati per la mancanza di buona fede di una delle parti, etc. L’idea più radicale è che la narrazione modelli non solo un mondo ma anche le menti che tentano di dargli i suoi significati, si pensi ad esempio all’avvocato che racconta *storie giudiziarie*⁸⁴.

La narrazione, insomma, sulla scorta degli studi bruneriani⁸⁵ è da considerare un principio organizzatore di esperienza e conoscenza: “Narrare una storia equivale non già ad essere come essa è, ma a vedere il mondo così come si incarna nella storia”⁸⁶. Del resto la stessa etimologia di narrare, evidenzia Bruner, proviene sia dal latino *narrare* sia da *gnarus* “chi sa in un particolare modo”, per dedurre che il raccontare implica sia un modo di conoscere sia un modo di narrare, “in una mescolanza inestricabile”⁸⁷.

⁸³ Traduzione nostra: “it is just not language per se that is “reality creating”, but rather one particular power that language makes possible – the power of narrative that, the power to create and comprehend stories [...]”. J. Bruner, “The reality”, cit., p. 56.

⁸⁴ J. Bruner, *La fabbrica ...*, cit., pp. 7 e 8.

⁸⁵ In una prospettiva analoga Hayden White aveva considerato la narrazione come un modo di conoscere deviante dall’azione. La narrazione potrebbe essere considerate secondo White la chiave del problema di come trasformare la conoscenza nel racconto: “Ogni narrativa verosimilmente completa è costruita sulla base di un set di eventi che potrebbero essere stati inclusi o lasciati fuori; e questo è vero tanto per la narrativa immaginaria quanto per quella realistica”. Traduzione nostra. H. White, *The Value of Narrativity in the Representation of Reality*, in W.J.T. Mitchell, *On Narrative*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980-1981, p. 10.

⁸⁶ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 29.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 31.

Bruner quindi non considera la narrazione come un modo di rispecchiare o rappresentare significati che già esistono, quanto un modo di costruire e far emergere significati inediti⁸⁸. Concetto basilare della psicologia umana è *la ricerca del significato*, inteso come principio strutturale dei processi e delle vicissitudini umane.

La concezione di psicologia culturale bruneriana

“non intende tuttavia sottovalutare la dimensione biologica della condizione umana e le sue implicazioni di ordine fisiologico, etologico e computazionale; esso mira soprattutto a porre in risalto una sinergia per cui la vita della mente rappresenta un’espressione non solo della condizione biologica ma anche e soprattutto delle vicissitudini storiche e culturali”⁸⁹.

Secondo la prospettiva culturalista bruneriana, cioè, qualunque spiegazione causale del comportamento umano non può essere sufficientemente plausibile se non risulti interpretabile nell’ambito dell’*orizzonte simbolico della cultura*. L’interesse principale dunque di questo tipo di psicologia è “la natura ed il modellamento culturale della costruzione di significato, e il ruolo centrale del significato nell’azione umana”⁹⁰. L’interesse è per il modo in cui l’uomo costruisce i suoi significati e le sue realtà, per il modo in cui la storia e la cultura contribuiscono a formare la mente⁹¹.

Si passa dunque da una concezione in cui i sistemi simbolici (intesi come insieme di strumenti di cui la comunità dispone) sono già “lì”, da una concezione innata del linguaggio ad una concezione in cui la cultura diviene il fattore principale “nel dar forma alla mente di coloro che vivono nell’ambito della sua influenza. La cultura, come prodotto della storia più che della natura, divenne

⁸⁸ È simile la posizione di Polkinghorne che definisce la *narrazione* come lo schema fondamentale per collegare gli eventi e le azioni umane in aspetti correlati di un tutto comprensibile ed il *significato* come l’operazione mentale di stabilire una connessione tra due cose rispetto ad un’altra. Cfr. D.P. Polkinghorne, *Narrative Knowing and the Human Sciences*, New York, State University of New York Press, 1998.

⁸⁹ G. Corradi Fiumara, Presentazione, in J. Bruner, *La ricerca...*, cit.

⁹⁰ J. Bruner, *La ricerca...*, cit., p.15.

⁹¹ A partire dall’interesse tipico della psicologia e delle scienze sociali per i bisogni della società e più specificamente per la ridefinizione dell’uomo e della sua mente alla luce di nuove esigenze sociali, Bruner ed i colleghi della Harvard University (Kluckhohn, Allport, Parsons, etc.) a partire dalla metà degli anni ’50 danno vita ad un programma scientifico a carattere pluridisciplinare sulla base del convincimento che “per conoscere l’uomo è necessario considerarlo sullo sfondo del regno animale dal quale ha avuto origine, nel contesto della cultura e del linguaggio che gli forniscono il mondo simbolico in cui vive, e alla luce dei processi di crescita che portano a un’integrazione di queste due potenti forze”. *Ibidem*, p. 17.

allora - precisa Bruner - il mondo a cui adattarsi, ma anche l’insieme degli strumenti per farlo”⁹².

Dunque è la cultura, attraverso i suoi sistemi simbolici, quali il linguaggio, la spiegazione narrativa e non la biologia “a plasmare la vita e la mente dell’uomo, a dare significato all’azione inserendo gli stati intenzionali profondi in un sistema interpretativo”⁹³.

Se dunque non è più possibile pensare in termini di *mente naturale* e di individuo isolato ma di individuo immerso in una cultura, a partire dal ruolo formativo che Geertz ascrive alla cultura, allora l’attenzione è incentrata su quei processi di formulazione e uso del significato che collegano l’individuo alla cultura. La partecipazione alla cultura non implica soggettivismo ma significato pubblico e condiviso:

“il nostro modo di vivere adattandoci alla cultura dipende da significati e da concetti condivisi, e nello stesso modo dipende dalle modalità del discorso, altrettanto condivise, che servono a negoziare le differenze di significato e di interpretazione [...] La nostra vita è una vita pubblica, basata su significati pubblici e procedure condivise di interpretazione e negoziazione”⁹⁴.

Prende dunque forma l’idea che le varie “realtà” siano il risultato di lunghi ed elaborati processi di costruzione e di negoziazione, profondamente radicati nella cultura e l’*assunto costruttivista* secondo cui “la conoscenza è giusta o errata, alla luce della prospettiva culturale che si è scelta”⁹⁵.

Il principale strumento di costruzione di significato è dunque la narrazione costruita attorno ad aspettative prefissate o canoniche di una cultura ed all’elaborazione mentale delle devianze da tali aspettative. La “validità” di una cultura consiste nella sua capacità di risolvere i conflitti, di comprendere le differenze, rinegoziare i significati sociali:

⁹² *Ibidem*, p. 28

⁹³ *Ibidem*, p. 47.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁵ In realtà ciò corrisponde a quella che i post-moderni definiscono nella giurisprudenza come “la svolta interpretativa”. Lo stesso Rorty dirà che l’approccio interpretativo fa parte di un profondo movimento per spogliare la filosofia del suo statuto “fondazionale”. R. Rorty, *Conseguenze del pragmatismo*, tr. it., Feltrinelli, Milano 1986.

“La negoziazione dei significati, che gli antropologi sociali o gli storici della cultura considerano essenziale per mantenere viva una cultura, può avvenire grazie alle strutture della narrazione deputate a trattare simultaneamente le categorie della canonicità e dell’eccezionalità”⁹⁶.

Secondo Bruner non è possibile sottovalutare la circostanza che il racconto dello storico ed il racconto del romanziere, i c.d. fatti ed i racconti di fantasia, condividano la stessa forma narrativa. Si chiede l’autore allora *in che modo la narrazione acquisisce la propria forma?*

Il rimando alla tradizione sull’esempio, tra gli altri, di Paul Ricoeur non convince del tutto Bruner, anche se riconosce che le varie forme della narrazione risultano essere “residui sedimentati di modi tradizionali di raccontare” e che la consuetudine e la tradizione hanno un ruolo importante nel fornire alla narrazione le sue strutture. Non condivide tuttavia le forme di “tradizionalismo intransigente”. Avanza piuttosto l’ipotesi di *un’attitudine o predisposizione a organizzare l’esperienza in forma narrativa*, in strutture di intrecci, etc., sia intesa in senso kantiano di “arte nascosta nell’anima umana”, sia come nostra capacità di linguaggio o capacità psicologica simile alla nostra attitudine a convertire il mondo dell’input visivo in “figura a sfondo”.

Bruner giustifica dunque la prospettiva narrativista nei termini seguenti:

“Il talento narrativo sembra che sia “il nostro modo “naturale” di usare il linguaggio per caratterizzare quelle onnipresenti deviazioni dallo stato di cose previsto che contraddistinguono la vita di una cultura umana. Nessuno di noi conosce la precisa storia evolutiva della sua origine e sopravvivenza. Ma quel che sappiamo di certo è che questo talento è irresistibile, in quanto mezzo per comprendere l’interazione fra gli uomini”⁹⁷.

Secondo lo psicologo americano dunque c’è una naturale tendenza⁹⁸ ad organizzare gli eventi narrativamente: “Senza quel dono della narrativa, senza qualche accesso virtualmente innato ad esso non c’è realtà della finzione”⁹⁹.

⁹⁶ Una cultura infatti, oltre a disporre di un insieme di norme, deve disporre di un sistema di procedure interpretative le quali, in caso di scostamenti dalle norme, possano assegnare loro dei significati secondo determinati canoni di credenze: “I racconti acquisiscono i loro significati in quanto spiegano in forma comprensibile le deviazioni dall’usuale”. J. Bruner, *La ricerca...*, cit., p. 58.

⁹⁷ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 98.

⁹⁹ Traduzione nostra: “Without that gift of narrative, without some virtually innate access for it for shaping the world, there is no reality of fiction”. J. Bruner, “The reality”, cit., p. 56.

Bruner proporrà addirittura una distinzione tra *pensiero paradigmatico* o scientifico e *pensiero narrativo*. Il primo, quello scientifico, tende a costituire l'ideale di un sistema di descrizione formale o matematico. Esso si fonda sulla logica e sostiene discipline come la matematica e le scienze. Il pensiero narrativo invece sarebbe focalizzato più sull'intuizione e meno sulla logica. Esso consiste nell'impiegare gli strumenti più sofisticati della narrazione, attraverso la costruzione di storie non necessariamente “logiche” ma coerenti con quanto si sta svolgendo, ad esempio, in una vicenda giudiziaria e con quanto gli attori coinvolti si attendono. Mentre la logica ragiona sulla base di un principio di causa-effetto, gli eventi umani sono caratterizzati da intenzioni e responsabilità non riconducibili ad un ragionamento “logico”.

Più precisamente, se in un primo momento¹⁰⁰ Bruner propone la distinzione tra i due tipi di pensiero ritenendo che il pensiero scientifico dovesse “domare” quello narrativo, facendone delle ipotesi verificabili e sottoponendole ad esame, successivamente riterrà che la distinzione fosse in qualche modo sbagliata.

“Sì, esiste un pensiero paradigmatico che si affida alla verifica di ipotesi ben formulate su come le cose sono. Sì ne esiste uno narrativo, diretto anch'esso verso il mondo, ma non su come le cose sono, bensì su come potrebbero essere o essere state. Il modo paradigmatico è esistenziale e indicativo: c'è un x che ha la proprietà y per cui la sua orbita ha la proprietà z. La narrativa è normativa, il suo modo è il congiuntivo: Creonte avrebbe dovuto permettere di dare sepoltura a Polinice, e la sua proibizione ha causato l'inenarrabile rovina di tutti, compresi i suoi più cari. Come possiamo tradurre l'un modo nell'altro?”¹⁰¹

7. Le caratteristiche del racconto: le storie si creano non si trovano nel mondo¹⁰²

In una serie di contributi successivi Bruner formalizzerà le caratteristiche della narrazione precisando in primo luogo che rispetto alla narrazione non si può parlare in termini di verità o falsità, ma solo di *verosimiglianza*¹⁰³. I racconti sono

¹⁰⁰ J. Bruner, *La mente...*, cit., pp. 15 e ss.

¹⁰¹ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 115.

¹⁰³ Per una sintesi critica delle caratteristiche della narrazione cfr. Smorti, *Il pensiero narrativo. Costruzione di storie e sviluppo della conoscenza sociale*, Firenze, Giunti, 1994.

una versione della realtà la cui accettabilità è governata dalla convenzione e dalla necessità narrativa anziché dalla verifica empirica e dalla correttezza logica.

In particolare ne “*La costruzione narrativa della realtà*” Bruner individua le seguenti dieci caratteristiche:

1. *Diacronicità narrativa*: il racconto è un’esposizione di eventi che ricorrono nel tempo ed ha per sua natura una durata¹⁰⁴. Il tempo del racconto non è il tempo astratto dell’orologio, è un tempo a cui danno significato gli eventi e la loro collocazione nella *trama*. Ogni storia ha un inizio (prima) uno sviluppo (durante) ed un epilogo (dopo). Che cosa rappresenta l’inizio, la parte centrale e la fine è definito dalla storia stessa¹⁰⁵. L’ordine dei fatti e degli eventi non esiste in natura ma è creato attraverso il racconto, è il risultato della nostra attività di ricostruzione di

¹⁰⁴ L’*evento* è considerato da Ricoeur come una componente narrativa. L’unità narrativa più rilevante è il c.d. *plot*: l’intelligibile tutto che governa gli eventi in una storia. “Una storia è fatta di eventi al punto che il plot crea gli eventi in una storia. Il plot dunque ci colloca al punto di incrocio tra temporalità e narrativa: per essere storico un evento deve essere qualcosa di più che una singola ricorrenza, un unico accadimento”. Cfr. P. Ricoeur, *Narrative Time*, in W.J.T. Mitchell, *On Narrative*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, 1981, pp. 164 e ss. Ricoeur aveva parlato di *tempo narrativo*. La *temporalità* è considerata come la struttura dell’esistenza che raccoglie il linguaggio nella narrativa e la narrativa è considerata come la struttura del linguaggio che ha la temporalità come ultimo referente. Secondo Ricoeur cioè il carattere comune dell’esperienza umana che è espresso mediante l’atto di raccontare è il suo carattere temporale. Non è spiegabile l’esperienza del tempo senza un riferimento alla narrativa. “Tutto ciò che viene raccontato accade nel tempo, occupa tempo, si svolge temporalmente; e ciò che si svolge temporalmente può essere raccontato. Si può forse dire che ogni processo temporale è riconosciuto come tale solo nella misura in cui è, in un modo o nell’altro, raccontabile. Questa supposta reciprocità tra narrativa e temporalità è il tema di *Tempo e Racconto*”. Cfr. P. Ricoeur, *Dell’interpretazione*, in *Dal testo all’azione. Saggi di ermeneutica*, trad. it., Jaca Book, p. 12, 1989; P. Ricoeur, *Il tempo raccontato*, vol. III, tr. it., Milano, Jaca Book, 1988.

¹⁰⁵ Ne *La ricerca del significato* Bruner individua la principale caratteristica della narrazione nella sua estrinseca *consequenzialità*: una narrazione è composta da una particolare sequenza di eventi, stati mentali, avvenimenti che coinvolgono gli esseri umani come personaggi o come attori. Queste sono le sue componenti. Ma tali componenti non hanno, beninteso, una vita o un significato propri. Il significato scaturisce dalla loro ubicazione nell’ambito generale dell’intera sequenza, la trama o la *fabula*. L’atto di comprendere una narrazione è quindi duplice: l’interprete deve coglierne la trama portante per poter capire il senso delle sue componenti, per metterlo poi in relazione con la trama. Ma la forma della trama deve, a sua volta, venire astratta dalla successione degli eventi. Paul Ricoeur (citato da Bruner) così sintetizza la questione: “Un racconto descrive una sequenza di azioni e di esperienze di un certo numero di personaggi, reali o immaginari. Questi personaggi vengono rappresentati in situazioni che cambiano [...] verso le quali essi reagiscono. Tali cambiamenti, a loro volta, rivelano aspetti nascosti delle situazioni e dei personaggi, dando origine a una nuova situazione che richiede l’intervento del pensiero, dell’azione o di entrambi. La risposta a questa questione conduce alla conclusione del racconto”. J. Bruner, *La ricerca...*, cit., pp. 56-57.

senso, adattato alle richieste del nostro racconto ¹⁰⁶. Il tempo della narrativa contrasta un modo di pensare del tipo “se p allora q”;

2. *Particolarità*: un racconto si costruisce calando un tipo nel particolare. La narrazione tratta di avvenimenti e questioni non generali o astratte ma specifiche, riguardanti le persone;
3. *Riferimento necessario a stati intenzionali*: questa caratteristica è connessa alla precedente. I racconti hanno a che fare con le azioni umane e quindi con le intenzioni delle persone che operano in una situazione; le cose che accadono loro devono essere pertinenti agli stati intenzionali che hanno nella situazione in cui operano, ossia alle loro credenze, ai loro desideri, alle loro teorie, ai loro valori;
4. *Componibilità ermeneutica*: gli eventi che compongono una storia possono essere compresi solo in rapporto al contesto. Protagonisti ed eventi che costituiscono un racconto sono selezionati e plasmati come ingredienti di una storia potenziale o di un intreccio che li contenga. Il tutto non può venir costruito senza le parti adatte in un rapporto di circolarità parti-tutto. È questa proprietà ermeneutica a rendere la narrativa suscettibile di interpretazione sia nella sua costruzione che nella sua comprensione. Le storie non esistono in qualche mondo reale in attesa di venire veridicamente rispecchiate in un testo. L’atto con cui si costruisce un racconto è qualcosa di più complesso della selezione di eventi e della loro collocazione in un ordine appropriato. La conseguenza è che ogni testo è suscettibile di interpretazione anche quando sembra non presentare caratteristiche di ambiguità.
5. *Canonicità e violazione*: non ogni sequenza di eventi dà luogo ad un testo narrativo. Occorre infatti che oggetto del racconto sia il modo in cui un copione canonico ¹⁰⁷ implicito è stato violato o deviato, il *c.d. trouble* o

¹⁰⁶ A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., 2000, pp. 124-127.

¹⁰⁷ L’altra caratteristica essenziale della narrazione è dunque la sua capacità di stabilire legami tra *l’eccezionale e l’ordinario*. L’ordinario è per Bruner ciò che le persone danno per scontato rispetto a ciò che accade attorno a loro. Per questa nozione egli rinvia a Barker secondo cui si tratta di una regola sociale in base alla quale ci si aspetta che le persone si comportino “secondo le situazioni” quali siano i loro ruoli, le loro opinioni politiche, etc. Quando una persona si reca all’ufficio postale tiene un comportamento “da ufficio postale”. R.G. Barker, *Habitats, Environments, and Human Behaviour*, San Francisco, Jossey-Bass, 1978.

evento precipitante. Si tratta di trasgressioni molto spesso a loro volta convenzionali: la moglie tradita, l’innocente spogliato di tutti i beni. Spesso tuttavia i copioni forniscono elementi di innovazione, es. il criminale in guanti bianchi, etc..

6. *Referenzialità*: nella narrazione il realismo va inteso come una convenzione letteraria. Nel giudicare la verità ci si basa, come già accennato, sulla *verosimiglianza* non sulla verificabilità: *la narrativa costruisce la realtà*.
7. *Appartenenza ad un genere*: il genere è sia una caratteristica che appartiene ad un testo sia un modo di intendere il racconto; il genere narrativo, oltre a rappresentare un modo di costruire situazioni umane, ci fornisce anche una guida per l’uso della mente e ciò in quanto l’uso della mente, come accennato, è guidato dall’uso del linguaggio che lo rende possibile.
8. *Normatività*: la narrativa è necessariamente normativa ¹⁰⁸. La raccontabilità come forma di discorso poggia sulla violazione di un’aspettativa convenzionale, ovvero sulla *violazione della legittimità*. Una violazione presuppone una norma. Nei termini della Pentade di Burke

La c.d. regola situazionale è valida sia per il comportamento verbale che per quello che si esplica nelle azioni. È adeguato in questo senso il c.d. principio della cooperazione, formulato da Grice. Questi individua quattro regole che dovrebbero caratterizzare la conversazione: qualità, quantità, forma e relazione. Cioè le risposte che ci indirizzano l’un l’altro dovrebbero essere brevi, chiare, pertinenti e veritiere. Se ci si allontana da tali modalità si incorre in un surplus di significato stimolando così la ricerca del significato nel campo dell’eccezionale, si verifica quella che Grice definisce “implicature conversazionali”. Quando il comportamento avviene secondo le modalità degli scambi conversazionali non ci si interroga su di esso, viene dato per scontato, è vissuto come canonico, autoesplicativo. E se ne chiedessimo spiegazione, ad es. chiedessimo perché all’ufficio postale si tiene un comportamento da ufficio postale riceveremmo delle risposte del tipo “tutti fanno così”. La spiegazione servirà a dare la dimensione dell’appropriatezza del contesto in cui è situata l’azione.

Se invece si tiene un comportamento eccezionale rispetto alla norma, ad es. nell’ufficio postale qualcuno comincia a sventolare una bandiera, allora si comincerà ad ipotizzare una serie di spiegazioni possibili. Una serie di versioni “fabbricate” apposta per conferire a quel comportamento eccezionale “che implichi sia uno stato intenzionale del protagonista (credenza o desiderio), sia alcuni elementi canonici della cultura (festa nazionale, sostenitore, nazionalismo, estremista). Cfr. H.P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989.

“La funzione del racconto è quella di trovare uno stato intenzionale che mitighi o almeno renda comprensibile una deviazione rispetto ad un modello culturale canonico”. È questo che conferisce *verosimiglianza* al racconto. J. Bruner, *La ricerca...*, cit. pp. 58-59.

¹⁰⁸ Il rapporto tra *nomos e narrative* sarà oggetto di specifico approfondimento nel Capitolo II.

¹⁰⁹ il motore del dramma è lo squilibrio tra uno degli elementi della Pentade stessa;

9. *Sensibilità al contesto e negoziabilità*: la narrazione è uno strumento di negoziazione nella vita di ogni giorno. Questo interagire di prospettive narrative induce Rorty, ad esempio, ad abbandonare concezioni verificazionistiche a favore di concezioni pragmatistiche;

10. *L'accumulazione narrativa*: l'accumulazione narrativa non è basilare secondo Bruner come lo è per la scienza. In ogni caso essa si verifica e prende il nome di “cultura”, “storia”, “tradizione”. Ad esempio il ricorso ai precedenti nel diritto. Tuttavia ci sono principi istituzionali come lo *stare decisis* che garantiscono una tradizione imponendo che una volta che un “caso” sia stato interpretato in un certo modo eventuali altri casi simili o uguali al primo vengano decisi allo stesso modo. Si potrebbe in questo caso dire che il sistema giuridico impone un processo di *accumulazione narrativa* regolare.

Se la finalità di questa catalogazione delle caratteristiche della narrazione ¹¹⁰ è di tratteggiare “la mappa delle realtà narrative”, la finalità successiva sarà, con Bruner, quella di tentare di descrivere come in situazioni particolari, come quella della *costruzione del diritto*, la narrativa organizzi la forma dell'esperienza umana e legale.

8. Una definizione “austera” di narrazione

Un ultimo passaggio resta ancora da compiere, per poter proseguire nelle tappe successive della ricerca: dare una definizione di narrazione. La domanda-chiave è *come si costruisce una storia?*

Secondo Amsterdam e Bruner, posto che

¹⁰⁹ La *Pentade* è costituita da agente, azione, scena, scopo, strumento. L'equilibrio appropriato di questi elementi è definito come una ratio determinata dalla convenzione culturale. Quando questa ratio viene squilibrata, l'aspettativa violata, si creano dei disordini. Bruner, *La costruzione narrativa...*, cit. , p. 32. V. *amplius* infra, par. 7.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 38.

“una narrativa può far riferimento sia ad una fiction che ad un racconto reale di eventi, senza necessità di specificazioni, essa necessita di un cast di personaggi umani, consapevoli delle proprie azioni, dotati di intenzioni, desideri, credenze, sentimenti. Essa necessita inoltre di una trama con un inizio, uno sviluppo ed una conclusione in cui personaggi particolari sono implicati in eventi precisi” ¹¹¹.

Una storia richiede dunque:

- I. una condizione iniziale stabile guadagnata nella più legittima normalità delle cose;
- II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore - *the trouble* - che consiste di circostanze attribuibili all’attività umana - *agency* - o suscettibile di cambiare per effetto di un intervento umano ¹¹²;
- III. a sua volta richiedente uno sforzo per riparare o trasformare, che può aver successo o meno;
- IV. cosicché il vecchio stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato;
- V. e la storia si conclude ricostruendo *l’allora e il là (then-and-there)* del fatto narrato a partire dell’*hic et nunc* del momento narrativo, attraverso un punto di vista (come la morale di una fiaba, ad esempio Esopo) definibile come *coda*.

La narrazione prende dunque avvio da qualche infrazione dell’ordine legittimo delle cose, cioè dalla rottura di qualche *script* con la funzione, a sua volta, di “addomesticare” le rotture ¹¹³.

¹¹¹ Traduzione nostra: “A narrative can purport to be either a fiction or a real account of events; it does not have to specify which. It needs a cast of human-like characters, beings capable of willing their own actions, forming intentions, holding beliefs, having feelings. It also needs a plot with a beginning, a middle, and an end, in which particular characters are involved in particular events”. Amsterdam e Bruner, *Minding the Law...*, cit., p. 113.

¹¹² È senz’altro di ispirazione aristotelica, a partire dalla Poetica, l’idea bruneriana di personaggi caratterizzanti la scena della commedia o della tragedia: “Forse come diceva Aristotele nella Poetica a proposito della tragedia, il dramma scaturisce dal personaggio che opera in una vicenda dominata di vincoli posti da una situazione particolare”. Bruner, *La mente...*, cit., p. 26.

¹¹³ Lo *script* (la trama) incarna le legittime aspettative e le pratiche ordinarie in una cultura; “cattura” i modi normali in cui le persone si comportano e ci si aspetta che si comportino nella loro vita quotidiana: es. come ordinare un pasto al ristorante, come patteggiare prima di arrivare in tribunale. Molto del nostro *background* di conoscenze è organizzato in termini di *script*, secondo Amsterdam e Bruner. Ci sono tuttavia situazioni ambigue dal punto di vista degli *script*, ad esempio, cosa si suppone che tu dica ad un ex-marito incontrato al funerale di un amico comune...Gli *script* -quelli consolidati- rappresentano secondo Amsterdam e Bruner lo sfondo nelle narrazioni, spesso sono taciti piuttosto che espliciti. La loro presenza rappresenta una pre-

A questo proposito Bruner richiama la *Pentade* di Burke¹¹⁴. Come si è già accennato la *Pentade* è costituita da una sorta di grammatica in cinque elementi (agente, azione, scopo, *agency*, scena): un *attore* compie delle *azioni* per perseguire uno *scopo*, servendosi di strumenti tipici in una situazione-contesto specifica. Una narrazione richiede dunque l'esistenza di un *attore*, di un'azione, di un *ricevente*, di uno *scopo*, di un *setting*, e per finire il verificarsi di un *trouble* – complicazione – (che tuttavia sia riconosciuto come significativo). Il verificarsi di un *trouble* determina uno squilibrio tra i cinque elementi elencati della *Pentade* dando così vita alla c.d. *peripeteia*. Un rapporto dialettico tra scopo ed ostacolo caratterizza l'articolazione tra tutti gli elementi della *Pentade*. Il cuore di ogni narrazione è l'insorgere di una complicazione – *trouble* – consistente in un ostacolo al raggiungimento dello scopo o in un disequilibrio proprio tra i cinque elementi costitutivi della narrazione che spiega la rottura nell'assetto canonico del mondo (come le cose dovrebbero essere). Il dramma secondo Burke nasce quando si verifica uno squilibrio nella *ratio* dei cinque elementi, ossia quando un personaggio si ritrova in un ambiente inadatto oppure quando un'azione si rivela

condizione per la narrazione. Gli script incorporano le norme della cui violazione la narrazione è preoccupata e la prima regola per chi vuole andare al di là della superficie della narrazione è cercare di capire quale norma lo *script* incorpora, quali vicende fanno deragliare lo *script*, e quali conseguenze seguono al suo deragliamento.

¹¹⁴ È senz'altro opportuno, sia pure a questo punto, ricapitolare qualche tappa della letteratura sulla narrazione. Bruner fa risalire alla *Poetica* di Aristotele l'avvio di una letteratura sulla narrazione. In particolare Aristotele era interessato a come le forme letterarie imitassero la vita, la c.d. *mimesis*. Più tardi il razionalismo del Rinascimento e dell'Illuminismo oscurò piuttosto l'interesse per la narrazione. Fu poi il sovietico Propp che, influenzato dal formalismo della linguistica russa, si rese conto che la struttura della narrativa non era solo questione di sintassi ma “rifletteva lo sforzo degli uomini di venire a capo delle cose spiacevoli e inaspettate della vita”. Burke, successivamente rinnovando il pensiero di Aristotele in *A grammar of Motives* (1945), vide riflessa nella drammaticità della narrativa l'abilità degli uomini nell'affrontare le difficoltà umane. Negli anni Cinquanta Claude Lévi-Strauss considera il mito ed il racconto come manifestazioni di una cultura “che viene a patti con le contrastanti esigenze della vita comunitaria”. Negli anni Sessanta, dominati dalla rivoluzione cognitiva e dall'intelligenza artificiale, non fiorirono studi sulla narrazione, ad eccezione di qualche linguista come Labov, interessato soprattutto al linguaggio della narrativa. Labov considerava il racconto come un mezzo per comprendere ciò che è inatteso. Negli ultimi due decenni è cresciuto l'interesse per la narrativa, considerata sempre più come forma per modellare i nostri concetti della realtà. Nell'area anglo-americana l'invito a tornare alla storia narrativa è venuto da studiosi come Hayden White; in Francia dagli storici della scuola delle *Annales*. Ma l'interesse per la narrativa finì per estendersi a molti altri campi. Gli antropologi americani (Mead, etc.), ad esempio, cominciarono ad interrogarsi su come gli esseri umani creano significato nel contesto della loro cultura. Con Geertz l'antropologia divenne interpretativa. Tra i testi che hanno fatto epoca sulla narrazione la raccolta di articoli di eminenti storici, psicoanalisti, filosofi, quale Ricoeur, critici letterari, interessati alla svolta. Lo studio sulla narrativa ha finito per diventare un ambito a sé stante con una sua natura, soprattutto è divenuto strumento per combattere l'élite dominante, il modo di narrare la propria storia di donna, di appartenere ad un gruppo etnico, etc. J. Bruner, *La fabbrica...*, cit. , pp. 123-126.

inadeguata ad assicurare il raggiungimento di uno scopo a cui tende il personaggio
115.

Naturalmente ci sono sempre due o più persone coinvolte nella narrazione, è il contrasto tra visioni che permette la costruzione di una storia, in particolare, come si vedrà, di una storia legale.

L’azione narrativa è finalizzata a restaurare lo stato canonico delle cose ed è costretta naturalmente dal genere, dalla cultura, dalla tradizione. Se l’azione restaura o rinnova lo stile canonico delle cose con cui la storia comincia o le ricolloca in un altro ordine si parla di risoluzione della storia e di nuovo essa può avere altre forme o comunque rimanere ambigua. Si avrà un nuovo assetto che crea una nuova ordinarietà su cui si fondano un nuovo ordine di *script* e di attese.

Alla fine una storia ben costruita ha un *coda*, sebbene fisso o complicato che ha portata normativa e che costituisce la morale della storia.

“La narrazione dunque può essere considerata la forma del pensiero che rende comprensibili contemporaneamente *stabilità* e *cambiamento* del vivere umano, che rende compatibili l’unicità delle vicissitudini umane ed il loro inserimento in una trama convenzionale, normativa, condivisa. La narrativa si occupa di come la cultura catturi mente ed azione, ma di come lo faccia in un modo così imperfetto e convenzionale, e giustifica i modi imperfetti in cui fa ciò: la cultura in questo modo finisce per diventare il veicolo di un possibile fallimento”¹¹⁶.

La narrativa mette in guardia dal pericolo della fragilità dell’ordinario ma al contempo lavora per rinforzare l’ordinario risolvendone le violazioni. Al contrario degli *script*, la narrazione non ammette un unico modo, quello che definisce chi fa cosa ed in quale situazione, né una sola soluzione, né un unico finale. Il suo scopo è esplorare la gamma di possibilità.

Le storie hanno sempre un fine, un *telos*. Se non c’è *telos* e non c’è ostacolo che impedisce loro di progredire non c’è una storia. Per creare una buona storia il *trouble* – l’elemento scompigliatore – ha bisogno della collisione di *telos* e ostacoli.



A partire dallo schema sopra analizzato si propone un esempio di storia.

¹¹⁵ J. Bruner, *La mente...*, cit. , p. 26.

¹¹⁶ J. Bruner, Seminario “Mind, Culture”, cit.

La storia di Stefania ¹¹⁷:

I. Una condizione iniziale stabile:

Finite le udienze, presi l'autobus che solitamente mi porta alla fermata della metropolitana, diciamo che da lì, da via xxx, [dove è successa la cosa] salgono varie linee e in particolare si fermò questo xxx che presi al volo per tornare a casa;

II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore – *the trouble* – attribuibile all'attività umana – *agency* –:

Scesi alla fermata del metrò “museo”, mentre ci accingevamo a scendere i gradini della fermata dalla porta centrale, lui, l'autista, [suppongo non avesse visto che c'ero anch'io che stavo scendendo, perché poi ero l'ultima, e stavo anche con una collega e] nel fare il movimento di sporgermi per scendere, ha tenuto la porta aperta, quindi l'autobus non è ripartito proprio ma si è mosso, si è mosso nel momento in cui stavo per scendere e quindi sono caduta su me stessa.

III. a sua volta richiedente uno sforzo per riparare o trasformare, con possibilità di successo o meno:

Sono andata al pronto soccorso e mi hanno trovato una brutta distorsione e quindi di lì ho fatto il referto e mi hanno fatto fare la denuncia al drappello, [perché in questi casi di incidente si fa anche la denuncia per la responsabilità della (vittima???) da lì poi ho fatto una raccomandata poiché mi è parso evidente che ci fosse una responsabilità dell'autista che incautamente aveva innestato la marcia senza verificare innanzitutto che le porte fossero chiuse e che non ci fosse nessuno che stava terminando il percorso.

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato:

il giudice ha disposto il risarcimento dei danni quantificati dal CTU.

V. e la storia si conclude con un c.d. *coda*:

le mie pretese sono state soddisfatte.

7. Una prospettiva narrativista per la lettura di *diritto, letteratura, vita*.

Questo processo di costruzione della realtà è così rapido e automatico che spesso non ci si accorge che il mondo dei racconti è governato da convenzioni narrative (ad esempio dire a qualcuno: sei un personaggio da *Odissea*). “Solo

¹¹⁷ La storia è tratta dall'*Intervista a Stefania*, Napoli, 12/6/2006.

quando sospettiamo di trovarci di fronte alla storia sbagliata cominciamo a chiederci in che modo il racconto strutturi (o distorca) la nostra visione del reale stato di cose”¹¹⁸. Cosicché si comincia ad interrogarsi in che modo un racconto strutturi la nostra esperienza del mondo.

I racconti hanno la funzione di aprirci a realtà nuove “rendendo strano il familiare”, esprimendo idee occultate dalla convenzionalità quotidiana nel pensare e parlare sulle cose.

La funzione della narrazione è dunque di *ridare stranezza al familiare*. Naturalmente, secondo Amsterdam e Bruner, la narrativa e le sue forme non sono descrivibili in astratto: esse sono *value-laden*, *multiscopo*, *mutevoli* e *sensibili al contesto*. Nessuna cultura, nessun gruppo linguistico è senza una storia.

A partire da una teoria della narrazione che coinvolge la cultura e l’interazione in modo più diretto e che prende spunto tra gli altri dalla concezione di Barthes¹¹⁹, secondo cui le forme narrative forniscono la soluzione al problema di tradurre la conoscenza in racconto, Amsterdam e Bruner giungono ad affermare che *i modi di conoscere e di narrare sono fusi*, l’esperienza confluisce nel linguaggio.

Questa teoria permette di argomentare che la narrativa ed i generi di narrativa servono a modellare le trame caratteristiche delle culture condivise dalle comunità umane. La narrazione non esplica semplicemente la funzione di rendere comunicabile l’esperienza ed accrescere la solidarietà culturale mutuando una visione condivisa della realtà, ma dà anche prevedibilità ad alcune complicazioni tipiche della vita quotidiana dirigendo (orientando) gli sforzi necessari per risolverle. La narrativa produce ad esempio conflitti interpretativi incorporati in una forma idealizzata rappresentata nel *corpus iuris* con l’obiettivo di minimizzare il disordine. Nozioni come *legittimazione*, *violazione*, *sforzo in buona fede* sono prescritti in una forma appropriata da regole legali e procedure piuttosto che lasciate al lavoro spontaneo¹²⁰. La capacità di tradurre l’esperienza

¹¹⁸ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 10. Ad esempio Bruner rimarca come gli stessi antropologi si siano resi conto che il loro modo di parlare di autonomia culturale ha finito per fornire una giustificazione all’apartheid del Sudafrica.

¹¹⁹ R. Barthes, *Images, Music, Text*, Hill & Wang, New York, 1977.

¹²⁰ A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., p. 114.

in termini narrativi rappresenta uno strumento di creazione di significato che domina gran parte della vita di una cultura ¹²¹.

La particolare rilevanza della narrativa per il diritto ha a che fare, secondo Bruner, con la sua “specializzazione” rispetto alla complicazione-trouble. La narrativa è finalizzata ad addomesticare il *trouble*, collocandolo in un genere: i generi sono gli strumenti utili a ridare una dimensione culturale alle violazioni delle aspettative canoniche, proprio come avviene nella tragedia, nella commedia ¹²². *Diritto, letteratura e vita*” sono dotati, secondo Bruner, della medesima struttura narrativa, 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. Il nostro senso delle norme trae linfa dalla narrazione, ma ciò vale anche per il nostro senso dell’infrazione e dell’eccezione. Tuttavia la “dialettica tra consolidato e possibile” 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 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 precluderne la possibilità di cambiamento ¹²³.

¹²¹ Non è un caso che Ronald Dworkin paragoni il processo dell’interpretazione giuridica a quello dell’interpretazione letteraria e che questa sia un’opinione molto diffusa presso gli studiosi di giurisprudenza (non solo di area anglo-americana). Cfr. R. Dworkin, *Law’s Empire*, tr. it. Milano, Il Saggiatore, 1989. Naturalmente la concezione bruneriana si colloca in opposizione rispetto alla posizione razionalistica di Dworkin. Bruner, *Comunicazione personale*, Avellino, 12/07/2006.

¹²² J. Bruner, Seminario “Mind, Culture”, cit.

¹²³ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit.; Cfr. amplius F. Di Donato, R. Rosciano, “La costruzione giudiziaria”, cit., pp. 244 e ss.

I processi giudiziari vengono decisi non solo in base al loro merito giuridico ma anche alle abilità narrative dell’avvocato. Dunque

“se la finzione letteraria tratta con reverenza ciò che è familiare se vuole conseguire la verosimiglianza, i racconti giudiziari debbono rispettare gli espedienti della grande narrativa se vogliono ottenere il massimo dal giudice e dalla giuria. In particolare il diritto cerca la sua legittimazione nel passato, la finzione letteraria nel possibile, entro i soli limiti della verosimiglianza”¹²⁴.

La funzione della narrazione è allora di *costruire-ricostruire-reinventare* il passato ed il presente. La mente umana, secondo Bruner, non potrà mai recuperare totalmente e fedelmente il passato ma “nemmeno può sfuggirli”. Il diritto sarebbe proprio caratterizzato da questa aspirazione a cercare nel passato e nella memoria per determinare se un caso presente sia o non sia un modello, un ricorso di ciò che è stato prescritto in passato”.

La finzione della narrazione è proprio finalizzata a creare mondi possibili, sia pur estrapolati dal mondo che conosciamo, tenendo conto della vita che conosciamo o alienandoci da essa per prospettarci alternative possibili che la trascendono. Ha il potere di modificare le nostre abitudini rispetto al concepire che cosa è reale e cosa è canonico.

¹²⁴ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit.

Capitolo II

**Dal *modernismo* al *post-modernismo*: l'emergenza di una
prospettiva di *lawyering theory***

1. La “svolta interpretativa”

Nel tentativo di delineare il passaggio da una concezione “oggettiva” della conoscenza ad una concezione “intersoggettivamente costruita” si è voluto ricordare, ad introduzione del capitolo precedente, come i filosofi illuministi, in particolare Kant, pensassero che l'emancipazione umana e l'autonomia del soggetto conoscente, potessero essere conseguite per mezzo della ragione¹²⁵. L'affermazione tipica è che la modernità fosse basata su un concetto c.d. fondazionale di ragione.

Analogamente, il progetto neo-illuminista del XX secolo sarebbe fondato sulla ricerca di una verità universale, basata sulla fiducia nella “capacità onnipotente e liberatoria della ragione e della scienza [...] di cogliere la verità essenziale delle condizioni fisiche e sociali, rendendole così soggette a controllo razionale”¹²⁶.

La modernità si “rifugia” dunque nella capacità dell'uomo di emanciparsi attraverso la conoscenza empirica, la conoscenza razionale e l'innovazione scientifica. Il progetto della modernità sarebbe di sottoporre ogni fenomeno sociale a critica (razionale) mediante il ricorso alla razionalità “calcolante” e strumentale della logica scienziata, a discapito dei nessi tra linguaggio, cultura e “forme di vita” storiche delle società umane.

I “modernisti” infatti, tentano di portare ordine e stabilità nel mondo attraverso la costruzione razionale di meta-teorie¹²⁷.

¹²⁵ “L'indifferenza verso la metafisica [...] è inoltre un incitamento alla ragione, perché assuma di nuovo la più gravosa di tutte le sue incombenze, ossia quella della conoscenza di sé, e perché istituisca un tribunale, che la garantisca nelle sue giuste pretese, ma possa per conto sbrigarsi di tutte le pretese senza fondamento non mediante sentenze d'autorità, bensì in base alle sue eterne ed immutabili leggi. E questo tribunale non è altro se non proprio la critica della ragion pura.

Con ciò peraltro io non intendo una critica dei libri e dei sistemi, bensì la critica della facoltà di ragione in generale, riguardo a tutte le conoscenze, cui la ragione può aspirare indipendentemente da ogni esperienza; intendo quindi la decisione della possibilità o impossibilità di una metafisica in generale, e la determinazione tanto delle fonti, quanto dell'ampiezza e dei limiti di essa, il tutto però stabilito sulla base dei principi”. I. Kant, *Critica della ragion...*, cit., p. 10.

¹²⁶ G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, tr. it., Bologna, Il Mulino, 2001, p. 15.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 368.

Rispetto alla teoria del diritto, la tendenza è a “secolarizzare” il pensiero dottrinale: i giuristi, a partire dal XVII secolo, ritengono possibile “sistematizzare” la conoscenza giuridica attraverso l’uso di proposizioni coerenti e verificabili sulla natura del diritto; ritengono possibile la creazione di un autonomo metodo giuridico capace di condurre alla scoperta delle verità ultime del diritto ¹²⁸.

In particolare, essi ritengono possibile dare “le risposte giuste” o la “corretta interpretazione” applicando un particolare metodo giuridico, basato sulla deduzione, l’analogia, il precedente, l’interpretazione, le politiche sociali, l’analisi istituzionale, la storia, la sociologia, l’economia e il metodo scientifico.

Il diritto è ridotto ad “oggetto di conoscenza empiricamente verificabile”: l’assunzione di un modello scientifico di tipo naturalistico, la trasformazione della scienza in fatti esattamente dimostrabili, verificabili e calcolabili “sopravvivono pressoché incontrastate e a lungo, anche dopo l’eclissi dell’egemonia positivista [...]” ¹²⁹. Le teorie giuridiche cadono nell’illusione di poter rappresentare realisticamente la realtà di norme, ordinamenti, istituzioni, di poter ricercare un metodo universale per risolvere problemi giuridici ¹³⁰.

Il giurista tende a scambiare il modello metaforico e convenzionale attraverso cui legge la realtà del diritto come la realtà effettiva, “finendo per attribuire dogmaticamente valore ‘reale’ al fattore normativistico presente nella sua, come in ogni altra costruzione logico-scientifica” ¹³¹.

Sarà dominante fino agli anni Sessanta/Settanta, soprattutto in Europa, con l’ideologia positivista e normativistica e, in America, col realismo, la credenza nell’esistenza di realtà descritte oggettivamente, nella fondazione oggettiva del discorso. In particolare sarà tipico dei giuristi e/o i teorici del diritto credere nell’esistenza di realtà o fatti giuridici, descritti veridicamente od oggettivamente da dottrina o *jurisprudence* ¹³².

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 367-368.

¹²⁹ G. Zaccaria, *L’arte dell’interpretazione*, Padova, Cedam, 1990, pp. 154.

¹³⁰ G. Minda, *Teorie postmoderne...*, cit., p. 15.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 155-156.

¹³² Lo stesso linguaggio è immaginato e concepito come capace di cogliere oggettivamente il significato degli eventi che il diritto tenta di descrivere e controllare. Il linguaggio professionale del diritto tende a servirsi di categorie astratte come oggetto/soggetto, diritto/società, sostanza/procedimento in modo da poter soddisfare i requisiti di oggettività e generalità, nella

A questa linea di pensiero si oppone in Europa, negli anni Quaranta, solo l'ermeneutica gadameriana e la ripresa di studi sulla "razionalità pratica" del linguaggio e dell'azione, che possano considerarsi anticipatori delle teorie post-moderne, avendo spostato la metodologia dell'indagine dalla logica astratta ed operativa alla logica del "concreto" e l'oggetto dell'indagine dal nesso verità/validità a quello verità/interpretazione. A partire da Gadamer, linguaggio e azione collocano il soggetto-interprete in una prospettiva di necessaria partecipazione e ridefinizione delle "forme di vita" entro un orizzonte di senso storico determinato, la cui verità non è garantita da procedure di verificabilità logico-scientifica, ma dall'esito sempre nuovo dei processi mediatori del linguaggio, di fusione tra l'orizzonte storico dato e quello dell'interprete¹³³. "La commensurabilità del caso singolare e concreto e della legge generale ed astratta non può essere assunta e dunque costruita che da un'arte dell'interpretazione (in breve, un'ermeneutica) [...]"¹³⁴. Nell'orizzonte epistemologico così delineato la "ragione" non è una facoltà uniforme in tutto il genere umano ma è piuttosto "socialmente costruita", situata sempre all'interno delle pratiche e dei discorsi. "L'oggettività si annuncia come un lavoro da effettuare, un orizzonte verso il quale tendere e non come un dato, un punto di partenza incontestato. L'esistenza stessa del processo nel diritto dimostra l'artificialità di quest'ultimo punto"¹³⁵.

I pensatori post-moderni, soprattutto a partire da Lyotard, negano l'esistenza di una facoltà di ragione "neutrale" ed "oggettiva" che possa essere usata per generare i principi della moralità e della legge¹³⁶. Lyotard si esprimerà criticamente nei termini di *incredulità post-moderna* nei confronti delle meta-narrazioni:

credenza che queste dicotomie permettano al sistema giuridico di elaborare decisioni neutrali, limitando la discrezionalità interpretativa dei giudici.

¹³³ H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, Bompiani, 1983. Cfr. inoltre M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Milano, Bompiani, 1986; F. Bianco, *Introduzione all'ermeneutica*, Roma-Bari, Laterza, 1998; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

¹³⁴ Traduzione nostra. Cfr. A. Papaux, *Introduction à la philosophie du "droit en situation"*, Shultess Médias Juridiques SA, Genève-Zurich-Bâle, 2006, p. 3.

¹³⁵ Traduzione nostra. "L'objectivité s'annonce alors comme un travail à effectuer, un horizon vers lequel tendre et aucunement comme un donné, un point de départ incontestable. L'existence même du procès en droit démontre l'artificialisme de ce dernier point". *Ibidem*, p. 166.

¹³⁶ D.E., Litowitz, *Rorty Nietzsche Lyotard Derrida Foucault*, University Press of Kansas, 1997, pp. 10-12.

“Originariamente la scienza è in conflitto con le narrazioni. Misurate col suo metro, la maggior parte di queste si rivelano favole. Tuttavia, dato che non si limita ad enunciare regolarità utili ma ricerca il vero, la scienza si trova nella necessità di legittimare le sue regole di gioco. È a tal fine che costruisce un discorso di legittimazione del proprio statuto che si è chiamato filosofia”¹³⁷.

In particolare Lyotard definisce Cartesio, Kant e Marx “grandi narratori”.

È tipico del post-modernismo lo scetticismo rispetto a realtà descritte oggettivamente, rispetto alle pretese di verità tipiche dei moderni. I giuristi post-moderni rifiutano teorie fondative, rifiutano interpretazioni basate sulla credenza in verità universali, rifiutano l'idea di un “governo delle leggi”, di una struttura fissa, di una concezione generalizzata della teoria del diritto. I critici postmoderni evidenziano polemicamente la valorizzazione eccessiva di una teoria astratta, privilegiata rispetto a forme pragmatiche di ragionamento¹³⁸. Graduale riconoscimento trova la funzione *interpretativo-creativa* del giudice. Si era infatti finito per mettere eccessivamente in ombra (soprattutto dal positivismo giuridico) che

“la lettura-interpretazione della realtà giuridica empirica, del diritto come fatto, non può che avvenire tramite il medium di categorie, di filtri ermeneutici, di orientamenti metodologici, che, pur muovendo dall'ordinamento vigente, ne debbono peraltro forzare la frammentarietà, l'eterogeneità e l'incoerenza; e che comunque non possono non dipendere dalle condizioni storico-sociali nel cui ambito il diritto si è venuto sviluppando”¹³⁹.

Si realizza una c.d. svolta interpretativa nella teoria del diritto, caratterizzata dal fiorire di un nuovo interesse per la possibilità di sostituire teorie fondative, valori trascendentali e concezioni giuridiche neutrali, con un discorso sul diritto (e le decisioni giuridiche) più pluralista, più contestuale, sviluppato per una società multiculturale¹⁴⁰.

Agli inizi degli anni '80, Fiss sosterrà che le scelte dei giudici possono essere fondate su “regole disciplinari” fissate dalla stessa *comunità interpretativa* del sistema giuridico: “la decisione giudiziale è interpretazione: si tratta del

¹³⁷ J.F. Lyotard, *La condizione post-moderna. Rapporto sul sapere*, Milano, Giacomino Feltrinelli Editore, 1981.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 10-13.

¹³⁹ G. Zaccaria, *L'arte...*, cit., pp. 155-156.

¹⁴⁰ G. Minda, *Teorie post-moderne...*, cit.

procedimento per mezzo del quale un giudice arriva ad intendere ed esprimere il significato di un testo giuridico autoritativo e dei valori contenuti in esso”¹⁴¹.

Fiss propone cioè che l'operato dei giudici sia limitato da “regole, consuetudini e convenzioni stabilite della cultura giuridica, riflesse nel linguaggio della costituzione, del *case law* e del patrimonio culturale prevalente della società”¹⁴², piuttosto che essere acriticamente considerato come il risultato di un procedimento sillogistico di applicazione della legge al caso.

La teoria delle regole disciplinari di Fiss corrisponde a ciò che Dworkin definisce l' “atteggiamento interpretativo” del giudice¹⁴³. Ne *L'Impero del Diritto* Dworkin sostiene che “[...] il ragionamento giuridico costituisce un esercizio di interpretazione costruttiva [...], il nostro diritto rappresenta la migliore giustificazione dell'insieme della nostra prassi giuridica e [...] esso può essere inteso come la narrazione di una vicenda il cui scopo è quello di far sì che questa prassi possa essere compresa ed applicata nel modo migliore possibile”¹⁴⁴. La pratica giuridica è sempre dunque un “esercizio di interpretazione”. In particolare Dworkin ritiene che la comprensione del diritto possa essere migliorata attraverso il ricorso all'interpretazione letteraria¹⁴⁵. Il tentativo è di dimostrare, attraverso il

¹⁴¹ O. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34, *Stanford Law Review*, 1982, pp. 739-763.

¹⁴² G. Minda, *Teorie post-moderne...*, cit., p.98.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ R. Dworkin, *L'impero del diritto*, tr. it., Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 3.

¹⁴⁵ Dworkin propone cioè l'interpretazione letteraria come modello per l'interpretazione giuridica. Egli in particolare paragona il giudice ad uno scrivano in una catena di autori in cui ciascuno deve assicurare a sua volta la continuazione della narrazione: “in questa impresa un gruppo di scrittori crea un romanzo seriatim; ogni scrittore della catena interpreta i capitoli che sono stati scritti da coloro che lo hanno preceduto e ne compone uno nuovo che viene aggiunto agli altri: lo scrittore successivo riceve il tutto, interpreta scrive e così via. Ognuno ha il compito di scrivere il proprio capitolo in modo tale che la struttura del romanzo risulti essere la migliore possibile”. *Ibidem*, p. 216. (Cfr. inoltre G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione...*, cit., pp. 121-142).

Così come lo scrivano non può creare senza interpretare, scrivere una sola parola senza prima aver deciso quel che sarà, il giudice dovrà inclinarsi sulle dichiarazioni dei suoi predecessori, non per cercare quale era il loro stato mentale, ma per determinare cosa è stato realizzato collettivamente nella storia di un diritto che assomiglia ad una catena tessuta di una moltitudine di decisioni. AA.VV., *Dworkin. Un débat*, Ousia, Bruxelles, Mentis Verlag, Paderborn, 1999, pp.137-138.

Dworkin come altri ha il merito di aver criticato la descrizione positivista del diritto come sistema ermeneuticamente chiuso, per mostrare che la discussione giuridica deve restare aperta ad argomenti derivati da altri universi, in particolare alle ragioni pragmatiche, etiche e morali che il processo legislativo sottende. Senza rinnegare la virtù del positivismo giuridico nella descrizione empirica delle norme giuridiche, Dworkin ne mette in luce le difficoltà di risolvere i casi difficili. In particolare, proprio a partire dall'esperienza dei casi difficili, anch'egli nega, tra gli altri, l'utilità del solo sillogismo consistente nel sussumere un caso sotto una regola, per sollecitare piuttosto un'operazione complessa, in cui l'interpretazione dei fatti e l'interpretazione delle norme

ricorso alla categoria della narrazione, come la norma giuridica si riveli essere l'espressione di una storia scritta da una società politica, l'espressione di un'attribuzione di senso ¹⁴⁶.

Anche Fish, con la sua teoria della critica letteraria "orientata al lettore", mostra, a sua volta, come il procedimento interpretativo del diritto fissi il significato in riferimento al potere costituito della comunità interpretativa. Preoccupato della "funzione politica" delle norme, Fish mette in luce come l'autorità del testo sia il prodotto della comunità interpretativa ¹⁴⁷: "il significato di un testo è creato dalla collettività di interpreti che condividono pratiche sociali ed estetiche". Ciò che è nel testo è una funzione delle tradizioni, delle pratiche e dei costumi di una comunità interpretativa. Le interpretazioni ufficiali del diritto sono considerate da Fish fissate entro il contesto del discorso giuridico ¹⁴⁸.

Anche in Italia, in una prospettiva di ermeneutica giuridica, Viola e Zaccaria sostengono che:

"il diritto è il frutto della comprensione e della prassi elaborate da una comunità interpretativa che, condividendo valori comuni, si dota di istituzioni fornite d'autorità – appunto per preservare la continuità e l'identità di senso della prassi giuridica – e di ruoli funzionalmente differenti, che considerati però nel loro insieme contribuiscono tutti a reggere e ad orientare la pratica interpretativa dei cittadini" ¹⁴⁹.

Si può insomma tentare di concludere che la direzione dei movimenti dottrinali si sposta, a partire dagli anni '70, dal tentativo di trovare un fondamento

si condizionano mutualmente, prima di condurre ad una qualificazione giuridica di un avvenimento di un mondo reale. *Ibidem*.

¹⁴⁶ F. Michaut, *Law's Empire* de Ronald Dworkin, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, n. 33, 1988

¹⁴⁷ S. Fish, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, USA, 1980.

¹⁴⁸ G. Minda, *Teorie postmoderne...*, cit., p. 261.

Naturalmente, come si è detto, notevole è stata l'influenza esercitata, ai fini dello sviluppo di questi movimenti, dalla filosofia di Gadamer che si esprime nei termini di una "fusione di orizzonti" tra il mondo del testo ed il mondo del lettore per sottolineare che la comprensione viene intesa come l'inserirsi nel vivo di un processo di trasmissione storica, involgendo perciò una mediazione di significato con la situazione dell'interprete, nel senso della partecipazione ad un senso (condiviso) comune". Cfr. Viola e Zaccaria, *Diritto e interpretazione...*, cit., 2000, p. 107.

¹⁴⁹ Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 137.

In una direzione analoga Pariotti sottolinea che l'interpretazione "non nasce dal nulla, non è il frutto di un'esperienza soltanto individuale: al contrario, essa pare costituirsi attraverso un dialogo tra testo (o precedenti decisioni) ed interprete, dialogo nel quale quest'ultimo si situa come attore all'interno di un contesto e di una tradizione". E. Pariotti, *La comunità interpretativa*, Torino, Giappichelli Editore, 2000, p. 21.

oggettivo al diritto all'opinione che il diritto dipenda in buona misura, dalla prospettiva dell'"analista", considerato quest'ultimo come "individuo concreto", inserito in una data società, dotata di idee e valori storicamente determinati. Si fa strada, nella teoria del diritto, una nuova forma di critica giuridica diretta a riportare entro la stessa analisi il soggetto ed il "contesto" degli oggetti analizzati.

La riscoperta del rapporto tra diritto e società, anche grazie al contributo della sociologia¹⁵⁰, suggerisce definitivamente ai teorici contemporanei che i problemi giuridici non possono essere "risolti" utilizzando "teorie" separate dal loro contesto¹⁵¹.

2. *Realismo americano e pluralismo nella teoria del diritto*

La c.d. svolta postmoderna, caratterizzata, tra l'altro, dal fenomeno dell'"incremento delle scienze sociali nel diritto", è considerabile, nel contesto anglo-americano, come la diretta evoluzione del movimento realista. La giurisprudenza realistica riconosce infatti un notevole significato, nel diritto, ai risultati empirici delle ricerche sul comportamento sociale e soprattutto ne "predice" l'influenza nel processo giudiziario¹⁵².

¹⁵⁰ P. Bourdieu, in particolare, critica i formalisti, Kelsen *in primis*, per la rivendicazione dell'autonomia assoluta del pensiero e dell'attività giuridica, totalmente affrancati dalla "gravità" sociale. Il tentativo di Kelsen di fondare una *dottrina pura* rappresenta, secondo Bourdieu il limite "ultra-consequente" dello sforzo di tutto il corpo dei giuristi di costruire un corpo di regole e di dottrine totalmente indipendenti dalle pressioni sociali e trovante in se stesso il proprio fondamento. In particolare, secondo Bourdieu, la regola di diritto estratta da un caso precedente non può mai essere applicata puramente e semplicemente al nuovo caso: non ci sono mai due casi perfettamente identici ed il giudice deve determinare se la regola applicata al primo caso può o meno essere estesa in modo da includere il nuovo caso. Il giudice dunque, lontano dall'essere un semplice esecutore che deduce dalla legge le soluzioni direttamente applicabili ai casi particolari, dispone di una parte di *autonomia*: i suoi giudizi, ispirati ad una logica ed a dei valori molto vicini a quelli dei testi sottomessi alla sua interpretazione, hanno una reale funzione di "invenzione". P. Bourdieu, *La force du droit. Pour une sociologie du champ juridique*. - Actes de la recherche en sciences sociales - n. 64, 1986-89, pp. 3-19.

V. Ferrari rileva, a tal proposito, che "anche Bourdieu non ha notato che anche Kelsen ritiene anche 'creativo' l'operato del giudice, al punto da terminare la sua produzione negando l'applicabilità della logica al diritto". *Comunicazione personale* dell'Autore, Courmayeur, 20-23 settembre 2006.

¹⁵¹ G. Minda, *Teorie post-moderne...*, cit. , p. 311.

¹⁵² Sulle dottrine nordamericane cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1980; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Roma- Bari, Laterza, 2001, pp. 255-274.

Alla credenza classica ¹⁵³ che l'applicazione della logica potrebbe determinare una corretta soluzione per ogni caso si sostituisce progressivamente la prospettiva che la risposta alle questioni giuridiche vari secondo il contesto sociale. Di qui l'interesse crescente della teoria del diritto per il funzionamento della società con una diminuzione dell'importanza del ruolo della dottrina dell'analisi razionale.

I tre giganti del diritto americano, d'inizio secolo, Holmes, Brandeis e Pound, svolgono un ruolo strumentale nel ridimensionare la prospettiva classica. Holmes e Pound, in particolare, argomentano che la vera natura del diritto sia profondamente differente da come rappresentata fino ad allora in quanto il diritto è profondamente legato alla società ¹⁵⁴.

Holmes ritiene addirittura che la logica giuridica sia sussidiaria rispetto alla ragione pratica ed a considerazioni di politica sociale: "la via del diritto non è la logica ma l'esperienza, l'esperienza giurisprudenziale" ¹⁵⁵.

Llewellyn, l'esponente più autorevole ed originale di questo gruppo, sostiene decisamente la prospettiva che il diritto sia "dinamico", fortemente rispondente alle condizioni di cambiamento sociale. In particolare egli rifiuta il formalismo alla luce dell'osservazione che le regole di diritto rilevanti ai fini di una particolare decisione, possono essere interpretate secondo un numero di

¹⁵³ Nella prospettiva formalista, il diritto è concepito come un sistema di regole: le regole determinano il modo in cui le norme e le procedure operano ed il modo in cui le decisioni giudiziarie vengono prese. Gli stessi attori giudiziari sono "costretti" da un tale sistema di regole chiaramente articolato. La discrezionalità giudiziaria è ridotta al minimo. Secondo questa prospettiva gli stessi avvocati sarebbero neutrali: i loro valori e i loro punti di vista non influenzerebbero il modo di consigliare i clienti e presentare il caso. I giudici si sforzano costantemente di accertare e verificare i c.d. principi immutabili del diritto, la decisione di un caso particolare è vista come incidentale rispetto all'applicazione di una dottrina consolidata.

I risultati del procedimento sono considerati apparentemente "inevitabili". Un esempio di questo tipo di ragionamento è rappresentato nella decisione *Green v. Hudson River Rwy. Co.*, 28 Barb. 8 (N.Y. App. Div., 1858), *aff'd*, 41 N.Y. 294, 1866, nella quale una corte di NY rifiuta ad un cittadino, la cui moglie era rimasta vittima di un incidente stradale, di riconoscere i danni per la perdita dell'indennità del coniuge ed il riconoscimento di una forma di assistenza. La Corte, citando precedenti datati 1600, scrive: "Sarei stato contento di poter arrivare in questo caso a conclusioni differenti, ma il diritto non si piega a favorire le nostre prospettive private o a gratificare i nostri desideri personali. Non ho alternative ad amministrare il diritto così come lo trovo - nessuna dispensa dalle sue ingiunzioni di stare ai suoi antichi punti di riferimento". Traduzione nostra. J. N. Levi, A. G. Walker, *Language in the Judicial Process*, Plenum Press, New York and London, 1990, p. VIII.

¹⁵⁴ Sul contributo dei teorici realisti cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000; A. Catania, *Filosofia del diritto. Temi e Problemi*, Salerno, Gentile Editore, 1999.

¹⁵⁵ R. Treves, *Sociologia del diritto*, Torino, G. Einaudi Editore, 1987, p. 132.

canoni opposti di costruzione¹⁵⁶. Llewellyn mette soprattutto in evidenza il legame che unisce il diritto agli operatori giuridici: legislatori, giudici, avvocati, funzionari della pubblica amministrazione. Il diritto è la risultante dell'interazione tra norme giuridiche e produzione pratica ed è attuazione delle stesse da parte degli operatori del diritto. Infine Llewellyn considera il diritto come un mezzo di controllo sociale, che svolge una funzione non solo repressiva ma anche organizzativa allo "scopo di produrre e mantenere la coesione del gruppo"¹⁵⁷. Il giudice è considerato come "costruttore di diritto" ed il diritto va concepito a partire dalle pratiche della vita sociale, piuttosto che da regole astratte espresse in opinioni giudiziarie¹⁵⁸.

"I realisti americani si battono contro la concezione meccanicistica dell'interpretazione, che chiamano 'teoria fotografica della funzione giudiziaria': i giudici creano diritto, non si limitano ad applicarlo. [...] E i giudici decidono interpretando le leggi e i precedenti nel modo più adatto per raggiungere quella che secondo loro è la decisione più consona alle esigenze sociali"¹⁵⁹.

I realisti, in sintesi, sono convinti che le regole di diritto non siano gli unici elementi ad influenzare le decisioni, in quanto tengono conto dell'onnipresenza dell'elemento discrezionale. Soprattutto ritengono che le decisioni giudiziarie siano *judge-centered* e siano pertanto esercizio di potere giudiziario.

In particolare sarà Frank, con la sua teoria estrema del *fact-skepticism*, a respingere il principio della certezza del diritto valorizzando piuttosto il ruolo del giudice come interprete e creatore del diritto¹⁶⁰.

In conclusione, grazie soprattutto all'influenza del realismo, si passa da un modello di *jurisprudence*, in cui si tenta di spiegare la natura del diritto e l'interpretazione giudiziale nei termini di una teoria oggettiva distinta dalla filosofia politica e morale, ad una *jurisprudence* caratterizzata da "aperture interdisciplinari": sociologia, filosofia, psicologia, antropologia, critica letteraria

¹⁵⁶ K. Llewellyn, Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed, 3 *VAND.L. REV.* 395,1950. Dello stesso autore cfr. *The Case Law System in America*, The University of Chicago Press, 1989.

¹⁵⁷ R. Treves, *Sociologia...*, cit., p. 134.

¹⁵⁸ G. Minda, *Teorie post-moderne...*, cit., p. 37.

¹⁵⁹ S. Castignone, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, p. 109.

¹⁶⁰ J.N. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, 1930.

influenzano profondamente le recenti correnti accademiche sull'interpretazione giudiziale ¹⁶¹.

3. La nascita del movimento “diritto e letteratura”

La nascita del movimento di “diritto e letteratura” favorirà la comprensione che il diritto non è “un blocco” indipendente dalla società: sia diritto che letteratura enfatizzano gli aspetti “drammatici” dell'esistenza degli individui.

La nascita di questo movimento è convenzionalmente fatta risalire alla pubblicazione di James Boyd White, *The Legal Imagination*, del 1973. In esso si avanza la tesi che lo studio della letteratura dovrebbe far parte dell'istruzione giuridica: lo scopo è quello di provare a dare ai giuristi una sensibilità letteraria ¹⁶².

Cover e White sono i primi ad introdurre l'uso della narrativa nell'“arena legale”.

¹⁶¹ G. Minda, *Teorie postmoderne...*, cit., p. 9.

¹⁶² Tuttavia all'inizio questo movimento, considerato come la prosecuzione dell'ermeneutica giuridica, ha avuto un'importanza marginale e connessa allo studio di temi presenti nelle grandi opere della letteratura classica. In una fase successiva ne verranno classificati due approcci. In particolare:

- Il “diritto nella letteratura”: la letteratura offrirebbe importanti lezioni sul diritto (si pensi ad esempio a *Il processo* di Kafka). In questa prospettiva cfr. F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004.

- Il “diritto come letteratura”. Questo approccio si avvale di metodi e pratiche teoriche di critica letteraria come strumenti di analisi di testi giuridici allo scopo di mettere in dubbio i canoni tradizionali dell'interpretazione giuridica, soprattutto mettendo in luce la dimensione retorica del diritto.

- Un altro approccio del “diritto come letteratura” si avvale degli strumenti propri della critica ermeneutica per esaminare il diritto come un processo di interpretazione. Il riferimento è, per esempio, ai già citati contributi di Fish e Fiss. Ad ogni modo il *trait d'union* dei diversi movimenti è rappresentato dal convincimento che “il diritto è una storia” da interpretare come qualsiasi altra storia letteraria.

Per un *excursus* critico sulla nascita, le caratteristiche e la distinzione interna al movimento cfr. Ost, *Raconter...*, cit., pp. 34-49. Per una panoramica sugli autori di *L&L* di area anglo-americana cfr. R. M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, 97, *Harv. L. Rev.*, 4, 1983; Id, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, 1975, Yale University Press; M. Minow, M. Ryan, A. Sarat, *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Michigan University Press, 1995.

Per una panoramica su *L&L*, estesa anche al contesto europeo ed italiano cfr. M.P. Mittica, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 7-11.

Il merito di White in particolare è stato quello di dimostrare come lo studio della letteratura sia molto simile all'attività interpretativa giuridica¹⁶³: il giudice è paragonato ad un lettore che, attraverso la lettura di un classico, attualizza il testo¹⁶⁴.

Nel 1992 l'importanza dell'impiego delle teorie narrative nel diritto è messa in luce dal *New York Times*, dopo che nel 1989 c'era stato un Symposium sul *Legal Storytelling*¹⁶⁵ pubblicizzato a sua volta su *The Michigan Law Review*.

L'organizzazione di un simposio sulla narrativa è ritenuto come il segno dell'apertura delle scuole di diritto verso un differente approccio al diritto¹⁶⁶, soprattutto un modo di rappresentare le "diversità" (si pensi alle teorie giuridiche femministe, ai problemi legati alla razza, alla differenza sessuale), trascurate nelle storie tradizionali di diritto¹⁶⁷. La lezione che emerge dal Simposio è che la narrativa è un modo di organizzare, di far fronte, nonché di vivere gli eventi: le storie hanno il potere di comunicare la "verità", sebbene esse rappresentino solo uno dei possibili modi di osservare il mondo. Le storie infatti sono sempre descrizioni provenienti da diversi punti di vista, informate da diversi *backgrounds* "culturali". Non esiste il punto di vista di un osservatore idealmente "neutrale".

¹⁶³ Anche secondo Geewirtz le analogie più evidenti nel rapporto tra diritto e letteratura riguardano questioni tipiche e comuni sia all'interpretazione dei testi giudiziari che dei testi letterari: ad esempio la necessità di riflettere sull'intento originale dell'autore, sulla dimensione di significato di un testo, sulla necessità di comprendere se e come i testi cambino significato col passare del tempo. P. Brooks, P. Geewirtz, *Law's stories*, New Haven, Yale University Press, 1996.

¹⁶⁴ Uno degli aspetti di connessione tra diritto e letteratura ha a che fare con la loro dipendenza dal linguaggio, soprattutto inteso quest'ultimo come "comunità di discorso". G. Minda, *Teorie post-moderne...*, cit., pp. 248-249.

¹⁶⁵ Il Simposio raccoglie diversi contributi, portatori di messaggi "non convenzionali" e per lo più prodotto dell'esperienza degli autori. Alcuni autori come Mari Matsuda, David Luban e Milner Ball riportano la versione ufficiale di storie che sono state oggetto di decisione, mostrando come le storie selezionate da parte delle Corti abbiano il "potere della verità" sebbene potessero esserci altre versioni idonee a condurre ad altre conclusioni. Si vedano gli atti del *Legal Storytelling Symposium in Michigan Law Review*, 87, 1988-1989; in particolare cfr. C.D. Cunningham, *A Tale of Two Clients: thinking about Law as Language*; R. Delgado, *Storytelling for Oppositionist and Others: A Plea for Narrative*; D. Luban, *Difference Made Legal: the Court and Dr. King*; T.M. Massaro, *Empathy, Legal Storytelling, and The Rule of Law: New Words, Old Wounds?*; K.L. Scheppele, *Foreward: Telling stories*; S.L. Winter, *The Cognitive Dimension of the Agon Between Legal Power and Narrative Meaning*.

¹⁶⁶ K.L. Scheppele, "Foreward", cit., p. 2073.

¹⁶⁷ Anche Brooks & Geewirtz ritengono che la svolta narrativa sia di tipo "politicamente riformista". La svolta narrativa testimonierebbe "la presa di coscienza" che i modelli tradizionali dell'analisi giudiziaria siano in qualche modo collegati alla preservazione dello status quo e rispondono in modo insufficiente agli interessi di certi gruppi locali e sociali (come minoranze e donne). Il che testimonierebbe tra l'altro un maggior interesse pubblico rispetto al diritto. P. Brooks, P. Geewirtz, *Law's Stories...*, cit.

Scheppele nota che, a dispetto di ogni variazione nel contenuto, nello stile e nel tono, le strutture di fondo delle storie riemergono sempre. La narrativa giuridica non è meno strutturata di ogni altro genere narrativo, in quanto è incorporata in una più ampia struttura istituzionale che "routinizza" le soluzioni e valorizza le "regolarità"¹⁶⁸.

Nell'ambito dello stesso Simposio, Delgado evidenzierà la funzione di "community building" tipica delle storie, la funzione cioè di costruire "comunità" nel senso di creare consenso, creare una comune cultura di significati condivisi. Il merito degli *storytellers* è, secondo Delgado, quello di aprirci a nuove prospettive rispetto alla realtà, mostrandoci che ci sono altre possibilità di "vita". La funzione delle storie e degli *storytellers* può anche essere "distruttiva": l'invito è a vedere oltre, a considerare delle esclusioni come "ingiustificate", sia pure con una modalità non diretta, "insinuativa", rompendo il discorso lineare, coercitivo che caratterizza la maggior parte degli scrittori di diritto¹⁶⁹.

Dal punto di vista degli orientamenti accademici, poi, l'interesse per il rapporto tra diritto e letteratura avrebbe appunto a che fare, secondo Brooks e Gewirtz, col superamento dell'idea di verità oggettiva e l'accoglimento piuttosto dell'idea che "la realtà è socialmente costruita".

Lo *storytelling* è così parte di un più complessivo "richiamo al contesto" che è diretto a fini giurisprudenziali e normativi: le storie sono un modo per condurci alla vita, alle persone, alla cultura¹⁷⁰.

In sintesi rispetto alla neutralità e all'oggettività delle analisi giuridiche standard, la svolta degli studiosi è verso una direzione più concreta, rappresentata, per le ragioni descritte, da un interesse crescente per l'uso della narrazione nel diritto¹⁷¹.

Si potrebbe allora concludere che, a partire dal tentativo di recuperare la dimensione umana del diritto, in particolare attraverso lo studio delle grandi opere letterarie, il movimento di "diritto e letteratura" "proseguiva il progetto moderno dell'Illuminismo offrendo un fondamento unico ed umanistico al diritto:

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 2073-2075.

¹⁶⁹ R. Delgado, "Storytelling", cit.

¹⁷⁰ T.M. Massaro, "Empathy, Legal Storytelling", cit.

¹⁷¹ S. L. Winter, *The Cognitive Dimension of the Agon Between Legal Power and Narrative Meaning*, 87, *Michigan Law Review*, 2225, 1988-1989.

considerare seriamente l'«umanità» sottostante al diritto e all'interpretazione giudiziale”¹⁷², pur prendendone le distanze dal punto di vista della concezione della razionalità umana e degli strumenti di indagine. Il movimento “diritto e letteratura” deve essere considerato come “un’arte creativa” che “sviluppa la comprensione di ognuno, arricchisce la conoscenza di se stessi e del mondo, ridimensiona le forme di razionalità strumentale e calcolatrice dominanti nella nostra cultura (dimostrando la loro dipendenza da altre forme di pensiero e di espressione)”¹⁷³.

4. Costruttivismo giuridico e *lawyering theory*: prospettive teoriche emergenti

La svolta verso la narrativa indirizza verso forme nuove di conoscenza. In particolare l’approccio de “la costruzione narrativa della realtà” ci suggerisce che “non esiste un ordine nella realtà ma siamo noi a costruirlo”, le conoscenze e le pratiche quotidiane acquistano e conservano la propria forma per effetto di modelli culturali sottostanti che sono il prodotto di un accordo sociale.

Il movimento di *lawyering theory* fa dunque propria la lezione bruneriana¹⁷⁴ considerando la costruzione narrativa della realtà come “pervasiva” e come parte di un processo di *lawyering* (di pratica legale)¹⁷⁵. In contrasto con la prospettiva moderna secondo cui la mente umana consiste di categorie razionali “naturali”, la *lawyering theory* fa propria la tesi bruneriana che realtà e “significato” sono *narrativamente costruiti*¹⁷⁶. Il *diritto* stesso costituisce *un esempio di realtà socialmente costruita*^{177 178}.

¹⁷² G. Minda, *Teorie postmoderne...*, cit., p. 264.

¹⁷³ J.B. White, Law and Literature: “No Manifesto”, 39, *Mercer Law Review*, 739, 1987-1988.

¹⁷⁴ Il movimento di *lawyering theory* trova infatti la propria legittimazione nell’applicazione del paradigma bruneriano di costruzione narrativa della realtà al diritto. *Comunicazione personale* dell’Autore, Reenogrena-Irl., 25/07/06.

¹⁷⁵ R. K. Sherwin, “Preface”, cit.

¹⁷⁶ Il diritto è definito da Bruner come “l’arena ideale” di sperimentazione di una realtà socialmente costruita. *Comunicazione personale* dell’Autore, New York, aprile-maggio 2006.

¹⁷⁷ Cfr. R.K. Sherwin, *The Narrative Construction of Legal Reality*, 18, *Vt. L. Rev.* 681, 1994.

Come già peraltro illustrato nel capitolo I, Bruner, come esponente massimo di quella prospettiva psicologica che considera la *costruzione di significato* come sua preoccupazione principale, sostiene che la mente umana non possa essere studiata “come se si trovasse in bottiglia” I nostri

Il movimento della *lawyering theory* che sigla la propria nascita con l'organizzazione di un importante Symposium¹⁷⁹, agli inizi degli anni '90, trova così la sua migliore espressione con la pubblicazione di un importante volume *Minding the Law. How Courts Rely on Storytelling, and How their Stories change the Ways we understand the Law- and Ourselves*¹⁸⁰.

Amsterdam, importante giurista americano, esperto di diritti civili e Bruner invitano, in *Minding the Law*, a riflettere sulla dimensione sociale e culturale della pratica giudiziaria ed al tempo stesso sulla necessità della contestualizzazione dell'attività legale¹⁸¹.

Doing law – il fare legge¹⁸² – è considerato un modo di “vivere” e “costruire” il mondo, a dispetto dello sforzo di isolarne la “specificità”; si tratta di

atti mentali sono situati in un mondo sociale. La natura del pensiero non può essere compresa se non comprendendo il modo in cui è fissato e strutturato dal contesto di una cultura. Le pratiche sociali e le istituzioni, incluse le pratiche e le istituzioni legali pertanto non possono essere analizzate a prescindere dai modelli culturali sottostanti che li creano e li supportano. J. Bruner, “A Psychologist”, cit., pp. 173-174.

¹⁷⁸ Merry suggerisce un approccio sociologico allo studio del diritto che possa essere complementare e dare un contributo significativo alla *lawyering theory*.

Il *focus* di questo approccio riguarderebbe il modo in cui diritto e società si definiscono mutualmente e sono inseparabili. Uno dei punti nodali è che la legge è intimamente implicata nella costituzione delle relazioni sociali e la legge stessa è costituita attraverso le relazioni sociali. La gente “comune” contribuirebbe a definire ciò che è o non è la legge. La “gente comune” condivide la comprensione del diritto ed il modo in cui esso coinvolge le loro vite e definisce le loro relazioni. Questa comprensione che può essere definita “presa di coscienza del diritto” (*legal consciousness*) include le aspettative delle persone nei confronti del diritto, il loro senso della giustizia. S.E. Merry, *Culture, Power, and the Discourse of Law*, 37, *N.Y.L.S.L.R.*, 1992.

In un significato più generale anche Savona si esprime nei termini di “coscienza giuridica”: il diritto è considerato veicolo del senso storico di una determinata comunità attraverso l'oggettivazione dei suoi valori. P.F. Savona, *In limine iuris*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

¹⁷⁹ Il Symposium, a carattere interdisciplinare, nasce tra l'altro con la collaborazione sia di studiosi che di studenti interessati nell'analisi della *lawyering*, intesa come insieme di significati per una più profonda comprensione del diritto. Esso implica lo sforzo di sviluppare metodologie più formali per esporre i processi attraverso cui i problemi e le aspirazioni tipiche delle persone si realizzano o falliscono nel divenire “casi” e passano da una soluzione formale ad una informale attraverso la pratica professionale (*lawyering*) o attraverso il giudizio (*judging*). P.C. Davis, *Law and Lawyering: Legal Studies with an Interactive Focus*, 37, *N.Y. Sch. L. Rev.*, 185, 1992, p. 187.

¹⁸⁰ A.G. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., pp. 453.

¹⁸¹ 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, 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. Cfr. F. Di Donato, R. Rosciano, “La *costruzione* giudiziaria”, cit., pp. 237-254.

¹⁸² In particolare è centrale l'idea che le decisioni giudiziarie siano necessariamente prodotte di attività *interpretativa*. Le soluzioni dei casi non possono derivare interamente dal ragionamento

una pratica non disconnessa dagli altri modi di vivere. Cosicché l'interesse è quello di restituire la dimensione degli uomini (*human beings*) al diritto¹⁸³: 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 comune¹⁸⁴.

L'approccio di *lawyering theory* invita a studiare le "particolarità" concrete attraverso una sorta di inversione metodologica: viene messo da parte lo sforzo di costruire modelli astratti come punto di partenza per poi analizzare "cosa dovrebbe essere il diritto"¹⁸⁵. Nel percorso interpretativo che caratterizza l'applicazione del diritto, un *lawyering theorist* tende a "guardare prima di tutto cosa succede nella pratica"¹⁸⁶. L'attenzione è rivolta alle "situazioni locali", alle pratiche in vigore in una data comunità, alla "dimensione locale" dei "conflitti", in uno sforzo di armonizzazione della generalità della legge con le particolarità delle situazioni concrete¹⁸⁷.

deduttivo ed analitico né dalle regole di induzione, sebbene esse vi trovino un loro posto. *Ibidem*, p. 239.

¹⁸³ J. Bruner, *Comunicazione personale*, Reenogrena-Irl, 25/07/2006.

¹⁸⁴ F. Di Donato, R. Rosciano, "La costruzione giudiziaria", cit., pp. 238-239.

¹⁸⁵ R.K. Sherwin, "Preface", cit.

¹⁸⁶ Il contributo di Bobbio, nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano, finalizzato tra l'altro a ridurre la profonda divaricazione che da sempre ha caratterizzato, nel nostro sistema, teorici del diritto e giuristi, ne fa senz'altro un precursore dei *lawyering theorists*. Bobbio infatti, dichiarando apertamente la sua preferenza per la "filosofia del diritto dei giuristi", piuttosto che "per la filosofia del diritto dei filosofi", esortava i teorici e i filosofi del diritto a non perdere di vista l'oggetto "reale" delle loro riflessioni e a non fare teorie in vacuo. Il rischio paventato da Bobbio era la costruzione di un diritto che si adattasse alla propria teoria in luogo di teorie che invece facessero "i conti in modo serio con la pratica giuridica reale". Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 40-46.

La distinzione di Bobbio nasceva in particolare con riferimento alla situazione dell'Italia e della Germania nella prima metà del secolo, paesi con una forte tradizione di filosofia speculativa, dove la ricerca filosofica è stata spesso contrapposta alla ricerca teorico-scientifica, a differenza dei paesi anglosassoni dove la distinzione non era così netta. Le due tendenze sono rintracciabili, secondo Faralli, sin dalla nascita della filosofia del diritto come disciplina in senso stretto, tra la fine del '700 e l'inizio dell' '800. Dalla crisi del giusnaturalismo che ha avuto il suo apice in Kant e nelle codificazioni, si sviluppano una tradizione filosofica che fa capo a Hegel e una tradizione giuridica che fa capo all'*analytical jurisprudence* e al positivismo continentale, attraverso la scuola dell'Esegesi, i giuristi post-kantiani e la Pandettistica. Oggi, secondo quanto sostiene la stessa Faralli, la distinzione sarebbe andata attenuandosi ovunque. Secondo la studiosa infatti, premesso che gran parte della filosofia del diritto contemporanea è filosofia del diritto per giuristi, questi hanno piena consapevolezza dei problemi filosofici che la loro ricerca implica e d'altra parte i filosofi che si occupano di diritto non lo fanno attraverso una semplice trasposizione alle problematiche giuridiche di principi elaborati in ambito ontologico e gnoseologico. C. Faralli, Introduzione, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di G. Zanetti, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999, pp. XV-XVI. Per una rivisitazione critica del problema cfr. A. Punzi, voce "Filosofia del diritto", in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento VI, Giuffrè Editore, 2002, pp. 1163-1176.

¹⁸⁷ J. Bruner, *Comunicazione personale*, Reenogrena-Irl., 25/07/2006.

A partire dunque dalla profonda insoddisfazione rispetto all'astrattezza del diritto e del discorso legale e da una sorta di "richiamo al contesto"¹⁸⁸ si recupera la consapevolezza che il diritto potrebbe riguardare molto più concretamente la vita delle persone cui è diretto, anche "nel senso della continua incidenza dell'azione individuale sul sistema giuridico"¹⁸⁹.

A partire dalla rottura della "separazione" tra diritto e società, il punto nodale dell'indagine riguarda la comprensione di come i problemi quotidiani vengano tradotti nel discorso giuridico. Gli avvocati sono incoraggiati a personalizzare la storia dei clienti, a raccontare la loro storia. I giudici e gli altri *decision-makers* sono ammoniti a considerare il contesto e a riconoscere la storia che ogni parte presenta come "unica". La regola di diritto-tipo non deve impedire la comprensione da parte del giudice legata all'esperienza, la sua ragion pratica. Gli studiosi di diritto sono invitati ad usare storie per provocare i cambiamenti nell'insegnamento del diritto¹⁹⁰.

Uno dei modi infatti di realizzare concretamente questo tipo di indagine è chiedersi che genere di storie e che tipi di narrazioni sono state usate dagli avvocati, dai giudici, e da tutti coloro i quali all'interno del sistema legale "costruiscono" e "danno significato". A partire dal motto di "rendere implicito l'esplicito ed il familiare strano", e a partire da una prospettiva di "osservatore-partecipante", i *lawyering theorists* guardano al di là della struttura logica dei testi giuridici per esporre la possibilità di strutturazione alternative dei discorsi giudiziari¹⁹¹. L'attenzione è rivolta alle strategie retoriche e narrative, sulla base dell'assunto che il *legal storytelling* possa essere utilizzato come strumento per dar senso agli individui e agli eventi in un dato set di circostanze.

¹⁸⁸ Oggetto tipico di queste ricerche sono, ad esempio, le pratiche che caratterizzano quotidianamente le aule dei tribunali, le manifestazioni culturali di gruppi etnici nei diversi ordinamenti, le rivendicazioni femminili.

¹⁸⁹ V. Ferrari, *Comunicazione personale*, 9/9/2006.

¹⁹⁰ L'applicazione del diritto non consiste in un'operazione di semplice deduzione, piuttosto il diritto è creato dalle persone che interagiscono con una cultura, a partire da una certa prospettiva e da una certa sensibilità. La legge, secondo Peggy Davis, è prodotta dalla cultura, da prospettive, e dalla sensibilità, oltre che dalla logica (il sillogismo deduttivo, di tipo fondativo, non sarebbe più sufficiente a comprendere l'evoluzione del diritto). Uno studioso "cosciente" non guarda solo alla logica dei principi che noi chiamiamo diritto ma anche alle caratteristiche dei processi interattivi, culturali, che comprende la stessa "pratica del diritto" ed il giudicare.

¹⁹¹ In particolare nell'esaminare le sentenze della Corte Suprema i *Lawyering Theorists* fanno mergere categorie che incorporate nel linguaggio delle pronunce, "erroneamente implicano un naturale aggiustamento con il mondo" P.C. Davis, "Contextual legal criticism", cit.

L'analisi costruttivista della creazione di significati ha dunque ad oggetto le pratiche ed i "contesti di produzione"¹⁹² del diritto: l'idea è che la c.d. creazione di significato non avvenga solo nelle sentenze dei giudici ma nelle attività che precedono o che comunque stanno fuori dai contesti istituzionali, come lo studio dell'avvocato. È preso in considerazione, ad esempio, il ruolo svolto dal cliente nella costruzione del caso. "Il cliente diventa parte della costruzione della storia"¹⁹³.

Naturalmente anche l'attività del giudice è al centro dell'interesse di questo movimento emergente. L'interesse è a comprendere come i giudici prendano le loro decisioni a partire dall'assunzione fondamentale che una decisione giudiziaria non sia fondata solo sulle prove.

Molti interrogativi concernono dunque gli effetti della decisione: *se ed in che misura i giudici sono consapevoli degli effetti che le loro decisioni producono nella vita dei cittadini? Qual è il risultato che si produce nella società a seguito di una sentenza della Corte? Come facciamo a sapere che il risultato si è effettivamente assimilato nelle pratiche di particolari individui ad un livello locale e nelle pratiche di altri giudici, legislatori o amministratori incaricati di interpretare le decisioni della Corte? Gli avvocati procedono a dare consigli diversi ai loro clienti, all'esito delle decisioni?*

4.1. La dialettica della cultura legale: narratività e normatività

L'indagine di *Lawyering Theory* è focalizzata sui modelli scontati, i prototipi, gli schemi, l'immagine delle istituzioni sociali che caratterizzano particolari domini e pratiche legali. Si tentano di individuare gli *scripts* che i partecipanti usano per spiegare come funziona il mondo e come ci si aspetta che le persone si comportino nelle differenti situazioni sociali.

¹⁹² A considerare i *contesti* di produzione delle decisioni è, nel panorama degli studi giuridici italiani, Michele Taruffo con la tesi della "costruzione degli enunciati fattuali" riferita, in particolare, al contesto delle decisioni giudiziarie. Taruffo tiene infatti conto delle dimensioni culturali e sociali-istituzionali del processo c.d. di selezione degli enunciati. La considerazione degli aspetti linguistici e narrativistici della costruzione del fatto fanno probabilmente dello stesso Taruffo un *lawyering theorist*. Cfr. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992.

¹⁹³ J. Bruner, *Comunicazione personale*, Reenogrena-Irl, 25/07/2006.

Il tipo di indagine che questa corrente teorica propone è finalizzata a comprendere i modi in cui significati condivisi creano e mantengono un regime giuridico dominante attraverso pratiche discorsive convenzionali ¹⁹⁴.

Se realtà e significato sono costruite ed emergono all'interno di contesti e strutture specifici sarà allora fondamentale capire come le strutture interpretative operino negli specifici contesti giudiziari ¹⁹⁵.

Come opera la cultura giuridica, all'interno di specifici contesti, ed attraverso quali strumenti? Come sono creati i significati nelle pratiche di tutti i giorni nei tribunali, negli studi legali, nelle agenzie governative, ovunque. Come sono trasmessi i significati da una generazione all'altra, da un contesto legale ad un altro nel nostro tempo?

Amsterdam e Bruner, in particolare, partono da una definizione generica di cultura ¹⁹⁶, 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. Soprattutto propongono una prospettiva dialettica della cultura, intesa "come un sistema in tensione unico per un popolo considerato non in perpetuo ma nella dimensione di tempo e di luogo"¹⁹⁷. A loro parere, alla molteplicità di attività e manifestazioni culturali non sottostà una regolarità individuabile in una sorta di norma di coerenza.

¹⁹⁴ A questo fine lo studio dell'antropologia, con l'aiuto della linguistica, della psicologia e di altre discipline, mette in luce non solo come le persone usano il linguaggio per formulare argomenti persuasivi e per raccontare storie descrivendo individui ed eventi in *settings* particolari, ma anche come individuare i diversi modelli di significato che il loro linguaggio incorpora e a vari gradi trasporta ad altri.

¹⁹⁵ R. Sherwin, "The Narrative Construction", cit.

¹⁹⁶ Cfr. amplius F. Di Donato, R. Rosciano, "La *costruzione* giudiziaria", cit., pp. 250-253.

¹⁹⁷ A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., pp. 231 e ss. In particolare i due studiosi si avvalgono come poli di questa dialettica, oltre che della concezione *interpretativo-costruttivista*, anche di una concezione *sociale- istituzionale* della cultura.

La 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. Questa prospettiva 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 prospettiva è detta "interpretativo-costruttivista". Per i costruttivisti, come già detto, 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. Questa prospettiva considera la società come il prodotto dell'interazione delle menti, delle loro negoziazioni sui significati della vita comune. Legittimare una sola di queste prospettive significherebbe infatti, secondo Amsterdam e Bruner, imporre un modo univoco di interpretare la realtà, una sorta di visione egemonica.

Ci si aspetta ad esempio, nel caso del sistema giuridico, che esso 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"¹⁹⁸.

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 azione istituzionale: "La legge attraverso il tempo e lo spazio si restringe e si amplia e si riconnette di nuovo al corpo vivente della società"¹⁹⁹.

La cultura, a sua volta, 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, così come l'intero *corpus iuris*, sono culturalmente costruiti, nel senso che rappresentano, secondo Amsterdam e Bruner, il prodotto e la

¹⁹⁸ Traduzione nostra: "All cultures are, inherently, negotiated compromises between the already established and the imaginatively possible". *Ibidem*, p. 231.

¹⁹⁹ Traduzione nostra: "[...] The law stretches and tears, across time and place, and then connects itself again to the living body of the society". *Ibidem*, p. 53.

crystallizzazione, in un dato momento storico, delle negoziazioni interpretative sulla realtà ad opera dei soggetti che la vivono²⁰⁰.

Nello stesso tempo, il diritto è uno dei modi escogitati da un particolare tipo di società per consentire la coesione culturale:

“La cultura umana, di qualunque tipo, è per sua natura una soluzione data alla vita in comune non meno che, più nascostamente, una minaccia e una sfida a coloro che vivono nel suo ambito. Per sopravvivere, una cultura ha bisogno di mezzi per risolvere i conflitti di interessi inerenti alla vita in comune. Uno di questi mezzi sono i sistemi di scambio (per usare il vecchio termine di Lévi-Strauss): i miei servizi per i tuoi beni o per il tuo rispetto o che altro. Un altro è il “gioco serio” (prendo a prestito la felice espressione di Clifford Geertz): modi di rappresentare e rimuovere micidiali conflitti di desideri in un elaborato rituale, come nel famoso combattimento di galli a Giava, così vivacemente descritto da Geertz. O in mancanza di ogni altra cosa, inventiamo un sistema giuridico e diamo presumibilmente a ciascuno il suo giorno di giustizia in tribunale”²⁰¹.

Al processo di giuridicizzazione culturale contribuisce la narrazione, attraverso una sorta di funzione di *domesticazione*, che è funzionale a mantenere la coerenza di una cultura²⁰². A tal proposito Maria Paola Mittica, parafrasando Bruner, sostiene che il diritto sia un fenomeno culturale e lo definisce efficacemente come “pratica compositiva che si risolve in pratica narrativa”²⁰³.

“Raccontare storie è il nostro strumento per venire a patto con le sorprese e le stranezze della condizione umana, come pure con la nostra imperfetta comprensione di questa condizione. Le storie rendono l'inaspettato meno sorprendente, meno arcano: addomesticano l'imprevisto, gli danno un'aura di ordinarietà”²⁰⁴.

“Addomesticate” infatti le trasgressioni dall'ordinario, tramite la narrativa, esse recano l'impronta della cultura, vengono legittimate e sono interpretabili come “trasgressioni” o “infortuni” o “errori di giudizio” umano: il figlio ingrato, il coniuge infedele, il servitore ladro. Le trasgressioni attraverso

²⁰⁰ “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*”. J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 29.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 105

²⁰² “La cultura prescrive le nostre idee dell'ordinario. Ma non sempre prevale ciò che è atteso: truffiamo, seduciamo, non rispettiamo i nostri impegni. Le infrazioni tuttavia non sono inaspettate a partire dalla precarietà della condizione umana, considerata su piccola scala. Le storie riguardano proprio le cose su piccola scala. Non affermano alcuna morale esplicita si limitano a implicarla-finché un avvocato non dimostra che in base alla norma x ed al precedente y, essa viola l'art. x sez.”. J. Bruner, *Comunicazione personale*.

²⁰³ M. P. Mittica, *Narrando...*, cit., p. 13.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 102.

l'“addomesticamento narrativo” divengono un imprevisto c.d. di repertorio (le nostre infrazioni, i mandati del tribunale di Napoli, etc.).

Secondo Bruner, non è allora possibile prescindere da un apparato normativo finalizzato a stabilizzare le convenzioni sociali e culturali della realtà, sanzionandone all'occorrenza le violazioni. La funzione delle norme è quella di stabilizzare una realtà socialmente costruita, che è “universale” ma al tempo stesso caratterizzata da criteri particolari all'interno di una data comunità²⁰⁵.

Dunque *narratività* e *normatività* sono imprescindibili. È questa la tesi di Robert Cover. Secondo Robert Cover non esiste un set di istituzioni legali o prescrizioni a prescindere da una narrativa che vi dia una collocazione ed un significato²⁰⁶. Non esiste un complesso di istituzioni o prescrizioni legali indipendentemente dalle narrazioni che lo collocano e gli conferiscono significato: “per ogni costituzione c'è un'epopea, per ogni decalogo una Scrittura. Una volta che lo si intenda nel contesto delle narrazioni che gli conferiscono significato, il diritto diventa non soltanto un sistema di norme da osservare, ma un mondo in cui vivere”. Il *nomos* rappresenta il nostro mondo proprio come il mondo fisico fatto di massa ed energia. Ogni prescrizione richiede di essere collocata in un discorso. Ed ogni narrativa richiede a sua volta elementi di prescrizione²⁰⁷. Così come il significato del diritto è determinato dalle nostre interpretazioni, dai nostri impegni, allo stesso modo, molte delle nostre azioni possono essere comprese solo in relazione alle norme. I precetti legali ed i principi non sono solo domande che ci vengono poste dalla società, ma segni attraverso cui comunichiamo tra noi (c'è una differenza tra il rifiuto dei sacramenti e lo svegliarsi tardi la domenica). Un atto significa qualcosa di nuovo e di potente quando si riferisce ad una norma.

Cover usa la metafora del *nomos* per identificare un mondo presente costituito da un sistema di tensioni tra la realtà e la visione: i codici, ad esempio, collegano il nostro sistema normativo alla nostra costruzione sociale della realtà, alla nostra visione di ciò che il mondo è. Più specificamente, Cover concepisce il

²⁰⁵ *Comunicazione personale* dell'Autore, Reenogrena-IRL, 17/07/2006.

²⁰⁶ La tesi è che la creazione di significato legale – la *iurisgenesis* – avvenga attraverso un medium essenzialmente culturale. La Bibbia, la Costituzione sono esempi di *corpus iuris* non vincolanti giuridicamente, cui si sceglie tuttavia di dare significato legale e l'interpretazione che della Bibbia e della Costituzione si dà è diversa da cultura a cultura e di epoca in epoca.

²⁰⁷ A loro volta storia e letteratura non possono evitare la loro collocazione in un universo normativo.

diritto come ponte, “il diritto come sistema di tensione, un ponte che collega un concetto di realtà ed uno immaginato come alternativo”, per poi concludere che noi viviamo in un universo normativo, fatto di istituzioni legali, convenzioni sociali, regole e principi. Una volta compreso nel contesto della narrativa che vi dà significato, il diritto non è più solo un sistema di regole che deve essere osservato ma un mondo in cui viviamo. In questo mondo normativo diritto e narrativa sono inseparabilmente collegati.

La narrativa giudiziaria in questo senso svolgerebbe un ruolo centrale nella procedura legale²⁰⁸.

Il processo senza fine di narrazione e rinarrazione è tipico del procedimento legale ed essenziale. 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. Questo processo costituisce il modo tipico attraverso 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 sostiene²⁰⁹.

4.2. Il conflitto al centro della “storia” legale. Un esempio

La cultura dunque non è caratterizzata da un atteggiamento unitario al suo interno: la sua vitalità risiede nella dialettica, nell'esigenza di mediare tra opinioni opposte, espresse in forme narrative conflittuali, cosicché il sistema giudiziario si configurerebbe come “un contesto di narrative avversarie giudicate in termini di criteri presuntivamente legittimi di impermissibilità”²¹⁰.

²⁰⁸ Cfr. R. Rubinson, Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution, *Clinical Law Review*, 833, 2004.

²⁰⁹ A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding The Law...*, cit., pp. 245-246.

²¹⁰ J. Bruner, “Mind, Culture”, cit.

Secondo Cover e Bruner, il ricorso al sistema giuridico sarebbe richiesto solo nel caso di una disputa “faccia-a faccia”: la funzione di un sistema giuridico sarebbe quella di eliminare il circolo distruttivo dovuto all'insorgenza di un *trouble* che innesca un conflitto “faccia-a-faccia” all'interno di una comunità²¹¹. Il sistema giuridico si caratterizza dunque come un sistema “evoluto” che ha come fine quello di pronunciare un verdetto equo e legittimo tra due parti contrapposte. Le narrazioni legali sono versioni contendenti di una storia proposta per essere giudicata²¹²: il “racconto giudiziario” ha ad oggetto qualche azione che, secondo una parte in causa, è stata commessa dall'altra. Si tratta di un'azione che ha danneggiato l'accusatore ed ha violato la legge. La parte avversa, a sua volta, attraverso il racconto cerca di respingere l'accusa presentando un'altra versione dell'accaduto, oppure affermando che l'azione non ha né danneggiato l'accusatore né violato la legge in questione²¹³.

La dialettica legale, nelle forme della retorica, si caratterizza come lo strumento specializzato nella negoziazione delle controversie e nell'ottenimento dell'effetto desiderato attraverso la contestazione, l'avanzamento di visioni alternative e la persuasione²¹⁴.

Nessuna delle due parti è in grado di sapere in anticipo su quale elemento verterà la disputa, 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 avversaria²¹⁵.



²¹¹ Ci sono infatti società in cui non si ricorre affatto al sistema giuridico per risolvere i conflitti.

²¹² J. Bruner, “A Psychologist”, cit., p. 175-177.

²¹³ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 41.

²¹⁴ Amsterdam e Bruner individuano tre tecniche di contestazione: 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. Cfr. più ampiamente F. Di Donato, R. Rosciano, “La *costruzione giudiziaria*” ..., cit., pp. 246-249.

²¹⁵ Il tema del processo come contesto di narrative conflittuali sarà oggetto di specifico approfondimento nel cap. IV, al quale si rinvia soprattutto per il riferimento alle teorie sociologico-giuridiche sul conflitto.

Illustro qui un esempio di storia legale *conflittuale*, sulla base della struttura narrativa illustrata del paragrafo 7.1 del capitolo I e riprendendo l'esempio ivi commentato.

La storia di Stefania – attore ²¹⁶:

I. la condizione iniziale stabile di Stefania (nella descrizione ufficiale del legale-atto di citazione):

l'istante in data xxx si trovava in Napoli, e intorno alle ore xxx circa, munita di regolare titolo di viaggio, saliva a bordo dell'automezzo xxx linea xxx, alla fermata di via xxx, altezza Ufficio xxx;

II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore – *the trouble* – attribuibile all'attività umana – *agency* – :

che la stessa, intorno alle ore xxx-xxx, giunta alla fermata di via xxx, altezza fermata xxx, nello scendere perdeva l'equilibrio, a causa di un'improvvisa partenza del mezzo con le porte ancora aperte e cadeva rovinosamente a terra; [...] che successivamente, a causa del forte dolore accusato al piede destro, si recava all'ospedale xxx, ove veniva diagnosticato “trauma distorsivo collo piede dx” con prognosi di 10 giorni;

III. a sua volta richiedente uno sforzo per riparare o trasformare, con possibilità di successo o meno:

l'istante cita l'xxx in persona del l.r.p.t. con sede in xxx via xxx, a comparire innanzi al giudice xxx [...] per sentir così provvedere: dichiarare l'esclusiva responsabilità dell'xxx nella produzione dell'evento dannoso e, per l'effetto, condannare la stessa, al risarcimento dei danni tutti patiti dall'istante per inabilità assoluta e temporanea, danno biologico, danno morale, postumi, danno emergente, spese mediche e fisioterapiche e lucro cessante; danni che saranno meglio processati in corso di causa anche a mezzo di CTU che sin d'ora si richiede, e comunque nei limiti di Euro xxx,xx comprensivi di interessi e rivalutazione;

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato (che dovrebbe verificarsi):

xxx risarcisce i danni a Stefania.

²¹⁶ La “storia legale” di Stefania è tratta dall'*atto di citazione* con cui l'avvocato di Stefania chiede il risarcimento alla società di trasporti.

V. la storia si conclude con una c.d. *coda* (che dovrebbe verificarsi):

giustizia è fatta.



La storia della Società di Trasporti – convenuta ²¹⁷:

I. la condizione iniziale stabile della Società di Trasporti xxx (nella descrizione ufficiale del legale - *comparsa di costituzione e risposta*):

Con atto di citazione notificato, l'istante conveniva innanzi al Giudice xxx la xxx, in qualità di proprietaria dell'autobus di linea xxx al fine di sentirla condannare, previa declaratoria di responsabilità, al risarcimento delle lesioni personali che l'attrice avrebbe riportato in occasione del presunto sinistro verificatosi il giorno xxx, in xxx, alla via xxx, verso le ore 12.35 circa.

II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore – *the trouble* – attribuibile all'attività umana – *agency* –:

l'istante assumeva a tal fine che nelle circostanze di tempo e di luogo indicate, giunta alla fermata di via xxx, nello scendere dal citato autobus di linea xxx, avrebbe perso l'equilibrio a causa di un'improvvisa ripartenza del mezzo con le porte ancora aperte e sarebbe caduta rovinosamente in terra. A seguito del sinistro, l'istante avrebbe riportato lesioni personali tali da recarsi, solo successivamente, al presidio di pronto soccorso dell'ospedale xxx ove gli diagnosticavano "trauma discorsivo collo piede dx" quantificate nei limiti di xxx;

III. a sua volta richiedente uno sforzo per riparare o trasformare, con possibilità di successo o meno:

a) si eccepisce la carenza di legittimazione passiva in quanto insufficienti sono i dati forniti per l'identificazione del veicolo di proprietà della convenuta responsabile civile; [...] b) "non solo, pertanto, sarà necessario ed indispensabile provare il nesso di causalità tra il comportamento antigiuridico imputato all'unità garantita e l'evento lesivo, ma sarà essenziale individuare esattamente l'effettivo autobus dell'Anm n.184 sul quale l'istante viaggiava; c) [...]d'altronde anche l'eventuale produzione del titolo di viaggio, non costituisce valida documentazione probatoria in quanto è un titolo di credito non nominativo e quindi cedibile! [...]; [...] d)da quanto sin qui evidenziato si chiede di rigettare l'avversa domanda poiché del tutto assente la responsabilità dell'xxx, convenuta responsabile civile, nella causazione dell'accaduto de quo;

²¹⁷ La "storia legale" della Società di trasporti è tratta dall'*atto di costituzione e risposta* del legale della Società.

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato (che dovrebbe verificarsi):

il giudice respinge la domanda attorea non riconoscendo il risarcimento dei danni....

V. e la storia si conclude con una c.d. *coda* (che dovrebbe verificarsi):

giustizia è fatta.



A partire dalla lettura degli elementi estrapolati, *ut supra*, dagli atti prodotti in giudizio dalle due parti contrapposte, Stefania e la Società di Trasporti, è semplicemente possibile osservare che il conflitto tra le due storie si articola, in primo luogo, attorno alla difficoltà di definire la legittimità della c.d. *condizione iniziale*.

Stefania asserisce che l'autista della Società di Trasporti abbia operato violando i criteri di diligenza richiesti nella specifica situazione e quindi nell'esecuzione del contratto di trasporto: l'omissione del controllo che i passeggeri fossero tutti scesi prima di richiudere le porte e prima della partenza.

La Società, a sua volta, mette in dubbio la legittimità del possesso del titolo di trasporto da parte di Stefania, trattandosi di un titolo nominativo, quindi non comprovante la qualità di "passeggero" con conseguente legittimazione attiva nei confronti della Società. Soprattutto la Società contesta la difficoltà di attribuire l'insorgenza del *trouble* – la caduta rovinosa per Stefania – all'*agency*- del conducente di un determinato autobus di linea a causa della mancata identificazione della targa e del numero dell'autobus di linea, con conseguente asserito difetto di legittimazione passiva della Società. Cosicché è conseguentemente messa in dubbio la stessa possibilità di accertare il nesso di causalità tra la condotta del presunto agente – autobus di linea – e la caduta di Stefania con il danno biologico che ne è derivato.

A partire dal conflitto tra le due storie, il lavoro del giudice²¹⁸ sarà allora finalizzato a completare la narrazione legale nel modo “giusto” o a crearne una nuova perché la storia di una delle parti abbia un senso con attribuzione di torto e ragione.

²¹⁸ La “decisione” del giudice sarà finalizzata a separare il torto dalla ragione. V. Ferrari, *La struttura del conflitto giudiziario*, Seminario, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 3/3/06.

Capitolo III

La costruzione giudiziaria del fatto

1. Dalla costruzione del “fatto scientifico” alla “costruzione giudiziaria” del fatto

Nel capitolo II si è tentato di evidenziare come le correnti post-moderne facciano propria la messa in discussione della presunta “oggettività” dei metodi delle scienze sociali, concezione adottata dalle correnti teoriche illuministe e neo-illuministe²¹⁹. Sembrerebbe ormai acquisita la consapevolezza che non esistono dei “dati” indipendenti dagli interessi del ricercatore e dall’ambiente sociale e culturale in cui la ricerca si svolge: la ricerca “costruisce”, attraverso le domande che pone e le metodologie che usa, il suo oggetto²²⁰.

Come già accennato (nel capitolo I), furono Kuhn e Feyerabend, nei primi anni ‘70, a rimettere in questione la credenza secondo cui una teoria scientifica si sviluppa sulla base di una descrizione oggettiva dei fatti.

In particolare secondo Kuhn, in assenza di un paradigma²²¹, tutti i fatti che possono interessare lo sviluppo di una data scienza possono sembrare ugualmente rilevanti:

“La raccolta iniziale di fatti è un’attività molto più casuale di quella resa familiare dal successivo sviluppo scientifico. Inoltre in mancanza di una ragione che spinga a cercare qualche particolare informazione più recondita, la raccolta iniziale di fatti è di solito ristretta a quei dati che si trovano già a portata di mano. L’insieme di fatti in tal modo raccolti comprende quelli che sono accessibili all’osservazione casuale ed all’esperimento casuale insieme ad alcuni dati più esoterici che si possono ricavare per merito delle pratiche professionali consolidate quali la medicina, la redazione di almanacchi e la metallurgia. Poiché le tecniche professionali rendono facilmente accessibili fatti che non avrebbero potuto essere scoperti casualmente, la tecnologia ha spesso giocato un ruolo vitale nella genesi di una nuova scienza”²²².

²¹⁹ Cfr. G. Minda, *Teorie post-moderne...*, cit.

²²⁰ G. Mantovani, *I metodi qualitativi...*, cit., pp. 25-26.

²²¹ T. Kuhn intende con questo termine “le conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali per un certo periodo forniscono problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca”. T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni...*, cit.

²²² *Ibidem*, p. 35.

La scelta dei fatti da indagare e degli obiettivi scientifici da raggiungere non può che essere storicamente condizionata: nei diversi periodici storici paradigmi diversi definiscono la pratica scientifica degli scienziati.

Analogamente, Feyerabend sosterrà che “i nudi fatti” non esistono mai in quanto tali: “I fatti che entrano a far parte della nostra conoscenza sono già stati inquadrati in una determinata prospettiva e sono quindi essenzialmente ideativi”²²³.

Successivamente, in una prospettiva di antropologia della scienza, Latour e Woolgar indagheranno come vengono prodotti i fatti scientifici in laboratorio²²⁴. La tesi centrale è che il fatto è ciò che viene “formalizzato” in un contributo scientifico. Il fatto sarebbe costruito attraverso la redazione di un articolo, tramite un lavoro collettivo di citazione di articoli precedenti della stessa disciplina o di una disciplina di confine, che possano giustificare la scoperta inquadrandola in una linea di precedenti.

Il laboratorio è considerato un sistema di iscrizione letteraria, la cui finalità è di “convincere” che un enunciato è un fatto. Latour e Woolgar distinguono infatti tra *affermazione*, *enunciato* e *fatto* dimostrando come un enunciato, attraverso tappe successive, divenga fatto. Sono i c.d. *processi di iscrizione letteraria* a rendere possibile l’esistenza di un fatto²²⁵.

Ed è solo dopo che un enunciato diviene fatto che si può parlare di “realtà”: l’esteriorità è la conseguenza del lavoro scientifico e non la sua causa. Il carattere “oggettivo” di un fatto è conseguenza del lavoro di laboratorio²²⁶.

²²³ P.K. Feyerabend, *Contro il metodo...*, cit., pp. 12.

²²⁴ B. Latour, S. Woolgar, *La vie de laboratoire. La production de faits scientifiques*, Paris, Editions La Découverte, 1988.

²²⁵ Per Latour il fatto scientifico è per definizione una “costruzione collettiva” poiché è sufficiente che, da qualche parte le modalità di indagine siano completamente rovesciate affinché il percorso di fatto sia rovesciato. Cfr. B. Latour, *La rhétorique scientifique: qu’est-ce que la force d’un argument?* in BAILLY F. (ed.), *Sens et place des connaissances dans la société*, Paris, Editions du CNRS, p. 251-287, 1986.

²²⁶ Latour e Woolgar giungono a queste conclusioni tramite l’osservazione di una ricerca di neuro-endocrinologia condotta dal professor Roger Guillemin, presso l’Istituto Salk di San Diego. (La ricerca porterà Guillemin ad ottenere il Premio Nobel nel 1979). Oggetto della specifica osservazione da parte dei due antropologi, nel laboratorio, è la costruzione del TRF. Affermare che il TRF è una *costruzione* non significa, secondo Latour, che bisogna metterne in discussione la solidità come fatto scientifico quanto piuttosto che bisogna tener conto della procedura, del luogo e della motivazione che hanno contribuito alla sua costruzione. La costruzione del TRF si fonda sull’accumulo di iscrizioni a partire dagli strumenti assemblati nel laboratorio. In un grafico presentato nel testo si vede come il numero di citazioni degli articoli diminuisca a mano a mano

Analoghi mutamenti di consapevolezza cominciano a registrarsi anche nella teoria del diritto. Emerge infatti sempre più la coscienza che, sia la riflessione teorica sia l'interpretazione con fini pratici, "non possono collegarsi ai fatti se non passando attraverso la mediazione di teorie e categorie concettuali" per il tramite di un giurista-interprete, considerato come uomo concreto calato in un preciso orizzonte storico-culturale. In particolare l'analogia tra scienza e diritto va ravvisata, secondo Zaccaria, nella consapevolezza del ruolo che giocano, tanto nella scienza quanto nell'esperienza e nella prassi giuridica, il complesso di credenze, di tecniche, di rappresentazioni in vigore in una determinata comunità in un dato momento storico²²⁷.

In una visione "radicale" di filosofia della scienza, Samuel ritiene che i fatti di una causa non siano fatti reali bensì virtuali. Prima che siano formalmente assegnati ad una categoria giuridica "stabile" i c.d. fatti sono oggetto di costruzione e ricostruzione. Del resto la scienza stessa non prenderebbe in considerazione i fatti come "reali". L'oggetto della scienza consisterebbe infatti nella costruzione di modelli del mondo reale, modelli di cui essa si avvarrebbe per spiegare e prevedere il fenomeno modellato.

Questa tesi sarebbe, secondo l'autore, direttamente applicabile al diritto: il diritto non opera direttamente sui fatti. Cosicché una tesi *rule-model epistemological*, fondata tendenzialmente sulla conoscenza delle regole, è destinata piuttosto a fallire. Sarebbero inoltre gli avvocati a costruire un modello di mondo sociale ed è questo modello a fare da ponte col mondo sociale e legale²²⁸.

che il TRF diviene un fatto stabilito. D'altra parte la solidità di questo oggetto è data dalla mobilitazione regolare di tecniche, che è garanzia perché non lo si consideri né come un prodotto della soggettività né come un artefatto. L'indagine di Latour e Woolgar è finalizzata a scoprire gli aspetti più nascosti della costruzione del fatto. L'interesse è rivolto agli scambi tra ricercatori, ai gesti della loro vita quotidiana, a come nasce un argomento logico, a come essi ottengono quelle che si definiscono prove e come opera il processo di pensiero. Latour e Woolgar analizzano tra l'altro come le differenze tra pratiche interpretative scientifiche e non scientifiche si creano e si mantengono in seno al laboratorio. Il TRF in conclusione è considerato interamente una "costruzione sociale".

²²⁷ Cfr. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione...*, cit. , p. 167-172.

²²⁸ G. Samuel, *Epistemology and Method in Law*, Burlington, VT, Ashgate Publishing, 2003.

2. Taking Facts Seriously ²²⁹

Uno dei segnali del cambiamento del modo di guardare al fenomeno giuridico, alla recuperata interdipendenza del rapporto tra diritto e società, alla relazione tra teoria e prassi, è rappresentato dunque proprio da un rinnovato ed accentuato interesse per la dimensione “fattuale” del diritto. L’influenza del movimento realista americano, contrassegnato da un ben noto scetticismo rispetto alla possibilità di “accertare” i fatti in giudizio si traduce, presso alcuni movimenti teorici contemporanei, nel recupero della consapevolezza che l’esito della decisione sia fortemente condizionato dalla modalità e dalla possibilità di accertare il fatto in giudizio più che dalle capacità logiche del giudice e delle parti di sussumere fatti “oggettivi” sotto una norma astratta di sicura applicabilità.

A stimolare l’emergere di una nuova concezione del fatto contribuisce senz’altro il movimento anglo-americano c.d. *lawyering theory*. I *lawyering theorists* denunciano, infatti, in primo luogo la scarsa attenzione dedicata dalla letteratura giurisprudenziale e dalla stessa teoria del diritto tradizionali a come giudici e avvocati *interpretano - costruiscono* i fatti, a dispetto dell’enorme letteratura su come giudici e avvocati interpretano il diritto. Il processo di individuazione dei fatti della causa è infatti, secondo Scheppele, limitatamente disciplinato da regole legali, è piuttosto il prodotto della “pratica legale” ²³⁰.

Anche William Twining, in una prospettiva di teoria del diritto e a partire da una visione che egli stesso definisce *contestualista* o *realista*, secondo cui la realtà è una costruzione sociale e non “qualcosa di esterno che attende di essere trovato da qualche parte”, attira l’attenzione sul fatto che le regole, le istituzioni, i processi, i soggetti, le tecniche giuridiche possono essere compresi solo se collocati in un contesto più ampio invece che considerati isolatamente. In particolare l’idea è che a fini sia pratici che accademici lo studio delle sole regole di diritto non sia sufficiente.

²²⁹ Il titolo del paragrafo è mutuato dal saggio “Taking Facts Seriously” di W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Evanston, Illinois, Northwestern University Press, 1990, pp.12-31.

²³⁰ K.L. Scheppele, “Foreward”, cit.. Scheppele è titolare di un corso di “Narrativa e costruzione legale” presso la School of Law della Michigan University.

La tesi centrale del saggio “Taking Facts Seriously“ è dunque che le *questioni di fatto* meritano tanta attenzione quanto le *questioni di diritto*.

Come sottolinea lo stesso Twining, in realtà fin dal tempo di Jerome Frank si è preso atto di uno squilibrio tra la quantità di attenzione dedicata alle questioni di diritto nelle corti superiori e la quantità di attenzione dedicata alle questioni di fatto nei processi di primo grado, negli altri tribunali e nei procedimenti legali in generale.

Frank riteneva che solo in parte l'incertezza legale fosse dovuta all'indefinitezza delle norme in una società come quella contemporanea. Si chiedeva infatti, in una prospettiva di *fact-skepticism*, come potesse un giudice giudicare su fatti avvenuti nel passato. Già nel 1950, Frank aveva argomentato - probabilmente in modo rivoluzionario - che i “fatti sono supposti” e che è ingannevole parlare di “trovare” il fatto: “i fatti giudiziari non sono dati, non stanno da qualche parte in attesa di essere scoperti. Essi sono creati dal processo sulla base di reazioni soggettive alle storie dei testimoni”²³¹.

I fatti non entrano nella corte. La corte apprende di “questi reali, obiettivi fatti passati” solo attraverso la testimonianza orale di “fallibili” testimoni. La corte deve “dedurre” nell'attualità fatti passati (*facts are guesses*). Non c'è nessuna garanzia che i fatti passati coincideranno con quelli “indovinati” nel presente. Frank, in particolare, mette in luce due passaggi fondamentali: i fatti così come appaiono nel colloquio tra cliente e avvocato non saranno probabilmente gli stessi che verranno rappresentati in giudizio. In secondo luogo i testimoni potrebbero ricordare in modo inesatto o addirittura aver percepito in modo inesatto, come è dimostrato dai risultati degli esperimenti aventi ad oggetto percezioni differenti dello stesso evento da parte di due osservatori. Inoltre, ammesso che il testimone non si sbaglia, potrebbe egualmente aver dimenticato qualche elemento o “fabbricato il fatto mancante o dimenticato”. Né si può trascurare il ruolo “fiduciario” di cui i testimoni si sentono investiti nei confronti delle parti. In più le corti superiori raramente possono fare qualcosa per correggere gli errori delle corti inferiori rispetto ai fatti. Le testimonianze sono orali, quindi la corte non può che

²³¹ J. Frank, *Courts on Trial. Myth an Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1950, pp. 14-36. Di Frank cfr. inoltre What Courts do in fact, Part One e Part Two, 26, *Ill. L. Rev.*, 645, 1931-1932.

adottare le determinazioni di fatto della corte inferiore. Considerato allora come in un processo si raccolgono le prove, sarebbe più appropriato parlare di giudizio per “trovare” i fatti (*a trial court finding facts*). I giudizi di fatto non sono “data”, non si tratta di qualcosa che è “dato”, non stanno aspettando da qualche parte, pronti per essere scoperti dalla corte. Più appropriatamente essi sono *processed* dalla corte, sono “fatti” dalla corte e “dati” alla corte superiore dal giudizio di merito²³². In sintesi, secondo la visione scettica di Frank sarebbe più appropriato dire che i fatti così come “trovati” da una corte sono “soggettivi”²³³. Nella migliore delle ipotesi un giudizio sui fatti sarebbe un’opinione sulle opinioni o credenze di qualcuno.

Nonostante le “sollecitazioni” di Frank e del movimento realista, *Evidence, Proof e Fact-finding*, non sembrano essere generalmente accettati come parte integrante e centrale del nucleo dei curricula né in generale dei discorsi legali²³⁴.

È soprattutto a partire dagli anni ‘60 che negli Stati Uniti ci sono stati una serie di tentativi da parte di Frank, Michael, Wigmore, di sviluppare specifici corsi su *facts-finding*. Si è trattato più che altro di contributi individuali e non di corsi istituzionalizzati²³⁵.

²³² Traduzione nostra: “Considering how a trial court reaches its determination as to the facts, it is most misleading to talk, as we lawyers do, of a trial court “finding” the facts. The trial court’s facts are not “data”, not something that is “given”; they are not waiting somewhere, ready made, for the court to discover, to “find”. More accurately, they are processed by the trial court- are, so to speak, “made” by it. On the basis of its subjective reactions to the witnesses’ stories”. *Ibidem*, pp. 23-24.

²³³ La prospettiva di Frank non viene qui richiamata con la stessa finalità “scettica”, né è rilevante ai fini della nostra indagine dimostrare che i fatti siano soggettivi/veri /falsi e che “Most legal rights turn on the facts as ‘proved’ in a future lawsuit, and proof of those facts, in contested cases, is at the mercy of such matters as mistaken witnesses, perjured witnesses, missing or dead witnesses, mistaken judges, inattentive judges, biased judges, inattentive juries, and biased juries. In short a legal rights is usually a bet, a wager, on the chancy outcome of a possible future lawsuit”. *Ibidem*, p. 27.

Ciò che qui rileva è l’intuizione di Frank che i fatti non sono “data”, intuizione senz’altro in linea con la prospettiva *costruzionista* e precorritrice dei successivi sviluppi delle teorie post-moderne.

²³⁴ La “crociata” di Frank non è ad ogni modo l’unica: Twining ricorda, tra le altre, la proposta di Albert Osborn del 1922 di istituire una *Cattedra di Fatti* e numerose difese da parte di giudici, avvocati e operatori pratici. L’*Ormrod Committee on Legal Education* in Inghilterra ha esplicitamente incluso come uno dei principali obiettivi di un primo stage accademico “*the intellectual training necessities to enable (the student) to hundle facts and apply abstract concept to them*”. W. Twining, *Rethinking Evidence...*, cit., p. 14.

²³⁵ Twining individua l’obiezione più rilevante rispetto all’insegnamento specifico del “facts-handling” nelle scuole di diritto nella circostanza che si tratta di un insegnamento superfluo perché si apprenderebbe dalla pratica come costruire un fatto.

Uno dei pionieri è stato senz'altro Wigmore, la cui specialità è stata quella di sviluppare “skill in thinking about evidence”. Nel 1913 aveva introdotto *the chart method* come aiuto tra l'altro agli avvocati per agire in giudizio ²³⁶.

Il metodo utilizzato da Wigmore, nei corsi agli studenti, si basava sulla logica induttiva e si realizzava attraverso due fasi: nella prima ogni prova considerata rilevante per il caso veniva espressa attraverso una proposizione di fatto alla quale veniva attribuito un numero d'ordine (relativo al rilievo che gli studenti le attribuivano). In una seconda fase venivano analizzate tutte le relazioni significative fra le diverse proposizioni mettendo anche in evidenza il valore di credibilità che veniva attribuito alle affermazioni da parte dei proponenti. Ciò consentiva la elaborazione di una mappa (la c.d. carta) che Wigmore considerava una vera e propria ricostruzione razionale degli elementi di prova e del loro peso sulla determinazione del caso. In una sorta di *key-list* vengono inserite proposizioni note o sconosciute. Queste sono rappresentate come nodi di un *network grafico* e collegati da frecce che descrivono, in una prospettiva qualitativa, le forze di evidenti relazioni tra loro.

L'idea di costruire rappresentazioni grafiche per semplificare e strutturare problemi complessi attinenti alle prove e dunque ai fatti influenzerà successivamente lo sviluppo di discipline come “statistica e diritto” ²³⁷.

Dawid, ad esempio, ha rilevato le somiglianze tra la moderna tecnologia dei *probabilistic expert system* (PES - conosciuti anche come *Bayesian networks*) ²³⁸ e *chart method*. L'approccio di Wigmore mirava a rappresentare specificamente il

²³⁶ Il volume *The Principle of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology and General Experience* fu pubblicato la prima volta a Boston nel 1913.

²³⁷ L'impiego della statistica nel diritto riguarda principalmente l'interpretazione dell'identificazione della prova. Ad es. nel processo penale il problema non è stabilire solo la commissione del crimine ma anche la colpevolezza o meno dell'imputato. Nel processo civile analoghi problemi si pongono per esempio nei casi di accertamento della paternità: la stessa prova del DNA non è del tutto incontrovertibile. Tutti sanno che non esistono due individui che hanno esattamente lo stesso genoma (ad eccezione di cloni o di persone che hanno almeno un genitore in comune) mentre due differenti esemplari prodotti dallo stesso individuo saranno geneticamente identici di fonti. P. Dawid, *Statistics and the Law*, Research Report No. 244, Department of Statistical Science, University College London, 2004.

²³⁸ La moderna tecnologia dei *probabilistic expert system* (PES) si è rivelata preziosa per risolvere alcuni problemi. Un PES è un *software* che fa da supporto nel costruire la rappresentazione grafica di un problema, descrive le relazioni probabilistiche tra le variabili coinvolte, tra queste inserisce la prova e la riproduce per ottenere probabilità rivisitate per altre variabili. Il PES può essere utilizzato inoltre ad un livello qualitativo, aiutando ad organizzare e comprendere complessi reti (*webs*) di relazione tra multipli elementi di prova derivanti da una varietà. *Ibidem*.

punto di vista di un individuo piuttosto che la verità oggettiva, il PES ²³⁹ può servire allo stesso scopo. Entrambi gli approcci organizzano elementi di prova molto disparati e li mettono in relazione focalizzando l'attenzione su specifici *inputs* e consentendo una narrazione ed un'argomentazione coerenti. Il tentativo di Dawid è di esplorare la possibilità di combinare le caratteristiche migliori di entrambi gli approcci.

I sistemi probabilistici sono stati quindi rivalutati dai filoni di ricerca più recenti, intenti ad indagare sulla verità dei fatti soprattutto in termini di probabilità quantitativa.

L'impiego del teorema di Bayes, per esempio, utile ad eliminare abusi ed errori negli argomenti statistici, è ritenuto utile a determinare il *quantum* di probabilità riconoscibile ad un'affermazione di fatto ²⁴⁰.

3. Lo schema classico di individuazione del fatto nel sistema continentale

Per quanto riguarda i modelli di decisione sul fatto, posto che essi variano a seconda dei diversi contesti storici, culturali e sociali, tradizionalmente si tende ad operare la distinzione tra sistemi *continentali* e sistemi *anglo-americani*. Nell'area continentale, di interesse ai fini della ricerca in oggetto, il formarsi di un apparato giudiziario fortemente gerarchizzato, sin da un'epoca precedente la Rivoluzione Francese, determinerà il diffondersi di un atteggiamento di tendenziale attaccamento alle norme, al punto che lo stesso "precedente" verrà considerato come una pronuncia dell'attività superiore avente funzioni di norma mentre "i fatti

²³⁹ Un PES lavora con variabili e domande, distingue tra causali e relazioni inferenziali, risponde a questioni rilevanti, supporta la possibilità di un calcolo efficiente e semplifica espressioni di calcolo delle probabilità. La carta di Wigmore lavora con proposizioni, focalizza sulle inferenze verso qualche ultimo *probandum*, enfatizza la distinzione tra occorrenze e *reports* di un evento, presta particolare attenzione ai molti collegamenti in una catena di ragionamenti e supporta analisi qualitative e sintesi. *Ibidem*.

²⁴⁰ Per una panoramica recente delle prospettive concernenti l'applicazione delle teorie *bayesiane* ai problemi della prova giuridica si rinvia a M. Taruffo, *Evidence and Truth in Civil Litigation*, scritto non pubblicato, p. 15. Si rinvia allo stesso testo per la critica ad una probabilità di tipo quantitativo in luogo di una di tipo qualitativo.

del caso” finiranno per diventare irrilevanti²⁴¹. Dunque nella tipica sentenza di *civil law* la questione giuridica viene formulata nei termini in cui la vede la corte: spesso i fatti non sono neppure definiti oppure sono soltanto riassunti, non hanno alcuna importanza salvo che per le parti, per cui d’altra parte si suppongono noti²⁴².

Montesquieu definirà questa tendenza come “logico-legalistica”. La stessa dottrina giuridica continentale, la c.d. scienza giuridica, già da prima della Codificazione si sforzerà di fornire uno schema di categorie per semplificare e organizzare le norme consuetudinarie in modo tale da facilitare il lavoro degli avvocati nella soluzione dei casi. È la concezione di una società governata da pochi principi inalterabili, da cui possano dedursi norme chiare tali da rendere il diritto “facilmente riconoscibile”, cosicché le decisioni giudiziarie sono immaginate come “un processo consistente nel collegare norme isolate a fatti chiari”. I successivi cambiamenti storici che porteranno dopo la Rivoluzione alla separazione dei poteri ed alla considerazione del giudice come “bocca della legge” inibiranno al giudice anche quella minima funzione di interpretazione della legge oltre che di creazione.

Nonostante l’indebolimento del c.d. legalismo logico, ancora oggi “l’apparato giudiziario del Continente ha mantenuto un’inclinazione gerarchica molto pronunciata” soprattutto a confronto coi sistemi di *common law*²⁴³ e

²⁴¹ Per una dettagliata ricostruzione in senso storico-culturale dell’organizzazione della giustizia continentale cfr. M.R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, tr. it., Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 69-83.

²⁴² Su “La sentenza nella tradizione giuridica europea”, cfr. P. Stein in AA. VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile, Atti del Convegno internazionale*, Padova, Cedam, 1988, pp. 485-497.

²⁴³ Caratteristiche diverse riguardano infatti i c.d. sistemi di *common law*, in primo luogo una propensione per gli organi decisionali c.d. laici. A partire dal XII secolo, i re Normanni infatti lasciarono un ampio potere nelle mani della nobiltà locale cosicché la giustizia era amministrata in modo indipendente dal controllo e dall’interferenza della Corona. I giudici agivano in collaborazione con giurie locali composte da membri della classe dei proprietari terrieri. L’essenza dell’attività giurisdizionale fu identificata durante il XIII secolo: “nel processo di collegamento della legge a fatti accertati, e l’accurata determinazione del fatto (*ventilatio veritatis*) divenne un aspetto indispensabile della funzione del giudice (*officium iudicis*)”. Soprattutto “Il carattere laico delle giurie ha evitato lo svilupparsi delle caratteristiche tipiche di un sistema giudiziario gerarchizzato e burocratizzato. Inoltre l’attività dei giudici locali era fortemente influenzata da regole dominanti nella comunità piuttosto che da norme giuridiche tecniche “scisse dalla loro matrice sociale”. Naturalmente non può negarsi la presenza di un certo tecnicismo, solo che gli aspetti tecnici della *common law* erano profondamente immersi nel pragmatismo del processo e sensibili ai particolari specifici dei casi. Damaška parla a tal proposito di “legalismo pragmatico” più che logico. M.R. Damaška, *I volti della giustizia...*, cit., pp. 84-96.

nonostante le differenze tra i due sistemi, nell'ultimo secolo, siano divenute, almeno nella prassi, meno marcate di quanto non lo fossero in precedenza. Secondo Damaška dunque da prima della Rivoluzione è diffusa tra le autorità giudiziarie di quest'area "l'opinione che i criteri normativi potessero essere elaborati con tale chiarezza e precisione, che la loro applicazione ai casi individuali avrebbe richiesto una semplice sussunzione dei fatti nelle norme, senza bisogno di alcuna ulteriore elaborazione (interpretazione) da parte del giudice"²⁴⁴.

Il modello di decisione c.d. *sillogistico* ha finito per dominare la cultura europea nel tentativo di vincolare la decisione del giudice a criteri razionali, secondo norme chiare e regole riconoscibili di ragionamento.

A lungo è stata dominante la convinzione che il sillogismo rappresentasse "la forma più perfetta di dimostrazione logica" e che "una deduzione meccanica della decisione da premesse date escludesse la discrezionalità e quindi l'arbitrio del giudice". In particolare la deduzione di tipo sillogistico fornirebbe una risposta al problema fondamentale di "come fondare l'applicazione della norma generale al caso particolare in modo razionalmente valido"²⁴⁵. Secondo questo modello, infatti, da premesse

"già interamente date ed indiscusse si giunge alla soluzione del caso di specie applicando in maniera deduttiva la 'norma' al 'fatto', ovvero sussumendo la fattispecie concreta alla fattispecie astratta. Entro la struttura logico-dimostrativa sillogistica si tratta di "accertare se un determinato fatto, 'scientificamente' analizzato di per sé, sia sussumibile ad una norma stabilita, fungente da principio 'certo' ritrovando la similitudine tra il fatto indagato, avente una sua assoluta autonomia ed obiettività, ed il fatto ipotizzato dalla norma"²⁴⁶.

La dottrina del sillogismo pretende così di ricondurre ogni ragionamento giudiziario, ridotto ad una mera attività *dichiarativo-conoscitiva*, all'interno di una struttura logico-dimostrativa su un oggetto perfettamente definito, il fatto. La pretesa è quella di ridurre il giudizio alla sola verifica della sussistenza o insussistenza del fatto, con l'esclusione della considerazione delle specifiche

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 81.

²⁴⁵ M. Taruffo, Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, in *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino, p. 143, 1997.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 73-74.

circostanze, delle specifiche pretese, delle specifiche tesi. Il ragionamento sillogistico sul fatto è fortemente legato ad una sorta di

“convinzione della sostanziale aporeticità della conoscenza relativa ai ‘fatti’ nel processo, derivante da una concezione che pretende di ritrovare nelle scienze empiriche la riproduzione certa della realtà fenomenica (poiché esse costituiscono l’unico luogo in cui si trovano proposizioni che possono dirsi vere o false) e di ravvisare nella formalità normativa la garanzia di una verità incontestabile”²⁴⁷.

Ancora una volta dunque il ricorso è ad una “teoria della conoscenza del fatto” di impronta “oggettivistica”, collegata alle pretese di razionalità di stampo illuministico.

Senza qui voler ripercorrere le tappe²⁴⁸ della perdita di credibilità e di attendibilità di questo modello di ragionamento, preme, se non altro, rimarcare che il limite di questo criterio è che esso dà per scontato proprio ciò che dovrebbe spiegare. Lo schema sillogistico non fornisce alcuna risposta circa la fissazione delle *premesse*, e cioè non solo rispetto all’interpretazione della norma ma anche all’interpretazione o ancora meglio alla *conoscenza del fatto*. L’operazione sillogistica, secondo Taruffo, non si limiterebbe ad *individuare* una corrispondenza ma mirerebbe a *costituire* una corrispondenza tra fatto e norma, tale per cui si possa dire che quella norma, attraverso un processo di interpretazione, qualifichi giuridicamente quel fatto. Rispetto all’utilizzo di un modello così descritto l’obiezione è, con Taruffo, che un’attività complessa come quella di *costruzione del fatto* non possa essere limitata ad una procedura di tipo

²⁴⁷ *Ibidem*, pp.76-77.

²⁴⁸ A tal proposito Taruffo ricostruisce alcune posizioni critiche che si intendono qui richiamate a titolo esemplificativo. In primo luogo recuperando il contributo della filosofia *ermeneutico-gadameriana*, l’autore sottolinea che oggetto privilegiato di indagine per questa corrente di pensiero, ad esempio, è proprio la formulazione delle premesse della decisione. English soprattutto parla di un rapporto di progressivo avvicinamento tra la definizione del fatto e l’interpretazione concretizzatrice della norma. Questo rapporto dinamico tra norma e fatto in sede di decisione è alla base dell’orientamento più diffuso della dottrina tedesca come conferma anche Larenz. L’idea del circolo ermeneutico esprime bene come i fatti grezzi solo attraverso il riferimento alla norma astratta acquistino significato giuridico; la norma a sua volta può essere scelta per regolare il caso solo attraverso i fatti. Le teorie c.d. scettiche, inoltre, mettono in discussione la possibilità di configurare un accertamento razionale della “verità” dei fatti: dal *facts skepticism* dei realisti americani alle recenti teorie dello *storytelling*, dalle teorie irrazionalistiche a quelle *decostruttiviste* della decisione. Così come tra i giuristi stessi sono molto diffusi orientamenti peraltro avallati dalle corti, secondo cui è impossibile stabilire una verità razionale dei fatti di causa. Cfr. M. Taruffo, *La prova...*, cit., p. 144.

Per un’accurata bibliografia in materia di critiche alla concezione sillogistica, nella letteratura recente, cfr. B. Pastore, *Giudizio, Prova, Ragion Pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, p.75.

sillogistico: “il giudizio, infatti, si caratterizza come un procedimento discorsivo che inizia con tesi opinabili e contestate e che non può concludersi con deduzioni da premesse indiscusse poiché sono passibili di molte interpretazioni”²⁴⁹.

4. La dottrina italiana: il *factum* come primo elemento del giudizio di fatto

Nello specifico panorama della dottrina italiana, nel quale è specificamente situata la nostra indagine, il “fatto” è tradizionalmente oggetto di studio innanzitutto in quanto elemento del c.d. *giudizio di fatto*²⁵⁰. Con l’espressione *giudizio di fatto* “la scienza del processo civile designa l’operazione che il giudice compie per giungere all’accertamento del fatto che ha originato la controversia tra le parti e del quale è chiamato a dare, secondo la terminologia tradizionale, la qualificazione giuridica con le conseguenze relative”²⁵¹. L’attività giudiziale si caratterizza dunque come attività “orientata al fatto”, nel senso che il suo punto di partenza è il caso particolare, una situazione controversa rispetto ad un accadimento per la quale si cerca di addivenire ad una soluzione²⁵². Il primo momento fondamentale del procedimento relativo al giudizio di fatto consiste dunque nella determinazione di ciò che ne rappresenta l’oggetto: i c.d. *fatti della causa*²⁵³.

Dal punto di vista del gergo processuale il fatto è qui inteso come *Tatbestand*²⁵⁴, come sinonimo di *fatto giuridico*, come ciò che è causa di effetti giuridici²⁵⁵.

²⁴⁹ M. Taruffo, *Lezione di dottorato ...*, cit.

²⁵⁰ Per una completa trattazione del fatto nel giudizio e per la ricostruzione della letteratura in tema di rapporto tra giudizio di fatto e di diritto. Cfr. M. Taruffo, *La prova...*, cit., pp. 48 e ss. Si vedano inoltre AA. VV., *Le fait et le droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Etablissements Emile Bruylant, 1961; T. Ivainer, *L’interprétation de faits en droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. Inoltre sul problema della *qualificazione giuridica* cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.

²⁵¹ A. Nasi, voce “Giudizio di fatto”, in *Enciclopedia del Diritto*, pp. 967-988, Giuffrè Editore, 1958.

²⁵² B. Pastore, *Giudizio, Prova...*, cit., p. 49.

²⁵³ M. Taruffo, *La prova...*, cit., 2002.

²⁵⁴ Per la distinzione tra *fatto giuridico* e *fattispecie* cfr. Maiorca, voce “Fatto giuridico e Fattispecie”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1957.

A sottolineare ciò che sarebbe stato definito in futuro “la sintesi tra elemento formale e elemento sostanziale, tra legittimazione giuridica, promanante dalla norma, e concreta materia di interessi e volontà umane”²⁵⁶, Pugliatti si esprimeva in questi termini:

“La fonte di ogni effetto giuridico è la norma, la quale però non è tutto il fenomeno giuridico. I presupposti di fatto e le condizioni alle quali l’applicazione della norma è subordinata, costituiscono elementi del fenomeno giuridico, considerato nel suo complesso integrale. Il fenomeno giuridico è un fatto storico – sociale giuridicamente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale) sta nel fatto, l’elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma. Anche da un punto di vista strettamente scientifico, non filosofico, se può essere concesso analizzare contenuto e forma, non si può certo prescindere per la comprensione piena del fenomeno, dal considerare gli elementi costitutivi nella loro sintesi”²⁵⁷.

Ancora più marcatamente, per Paresce quel che nella decisione viene in primo piano è proprio “l’esame minuto del fatto”:

“La sua interpretazione precede, così come la precede nella sentenza, cioè nel documento che la motiva, la decisione e, perciò, anche l’interpretazione della norma e la sua applicazione. [...] È vero che, sotto l’aspetto processuale, questo iter che sarebbe intuitivo, viene in certo qual modo falsato dal fatto che la pretesa dell’attore si richiama ad una norma che limita, unitamente all’obbligo di rendere giustizia entro l’ambito della documentazione offerta dalle parti, i poteri del decidente sull’accertamento del fatto, dando un’apparente preminenza all’interpretazione della norma. Ma in realtà è, invece, il “fatto” (anche se reso mutilo nei procedimenti civili, dalle ricordate limitazioni di legge e dal regolamento dell’onere della prova e, sia nei procedimenti civili che in quelli penali, dalle formalità alle quali la prova è sottoposta) a porsi nel momento della decisione come punto di partenza di questa specifica attività del giudice. [...] Ma, in ultima analisi, sia l’interpretazione, sia l’applicazione si fondono nell’atto decisionale, che è, nel contempo, dominato dalle irrefrenabili esigenze del fatto, sia pure entro i vincoli di disposizioni, che vogliono contenerlo nel letto di Procuste della fattispecie astratta, per modo che essa costituisce un

Si vedano inoltre R. Moschella, voce “Fatto Giuridico”, e R. Scognamiglio, voce Fattispecie, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani.

²⁵⁵ A. Cataudella, voce “Fattispecie” in *Enciclopedia del Diritto*, pp. 928-941, Milano, Giuffrè Editore, 1958.

²⁵⁶ N. Irti, Prefazione, in S. Pugliatti, *I fatti giuridici*. Revisione e aggiornamento di A. Falzea, Milano, Giuffrè Editore, 1996, p. VIII.

²⁵⁷ S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, pp. 63-64, 1935.

compromesso fra queste contrastanti tensioni e finisce sempre per avere un aspetto teleologico”
258 .

5. Il fatto nella prospettiva di Taruffo ²⁵⁹

Secondo la tradizionale ricostruzione dogmatica, *giudizio di fatto* e *giudizio di diritto* rappresentano i due momenti di articolazione del ragionamento del giudice ai fini della soluzione della controversia. Le due locuzioni indicano tradizionalmente “le attività con le quali si definiscono i “fatti”, ossia le circostanze relative alla controversia che vanno stabilite per risolvere il caso (si tratta della *quaestio facti* o della premessa fattuale), e le “norme” da applicare per decidere il caso stesso (si tratta della *quaestio iuris* o della premessa giuridica)” ²⁶⁰ .

A partire dunque dal rapporto tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, nel processo il fatto si accerta non in sé ma in quanto presupposto per l’applicazione di norme nel caso concreto: il fatto non è allora separabile completamente dal diritto o comunque non è possibile dimenticarne le implicazioni giuridiche. Questa è la premessa teorica di Michele Taruffo: “il diritto definisce e determina ciò che nel processo costituisce il fatto”.

Nella prospettiva della “rilevanza giuridica” del fatto dunque,

“tutti e solo i fatti che vanno accertati sono quelli a cui si applica la norma impiegata come criterio giuridico di decisione. [...] Oggetto della decisione è il fatto che la norma definisce e qualifica come rilevante, ossia come punto di riferimento degli effetti che la norma stessa prevede. È la norma, in altri termini, che funziona come criterio di selezione nel senso di individuare, tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono rilevanza specifica per la sua applicazione” ²⁶¹ .

Il riferimento alla fattispecie normativa serve a stabilire quali fatti debbano essere accertati ai fini della decisione e quindi qual è l’oggetto del giudizio di

²⁵⁸ E. Paresce, voce “Interpretazione”, in *Enciclopedia del Diritto*, pp. 152-238, Milano, Giuffrè Editore, pp. 203-204, 1972.

²⁵⁹ Si utilizzano come fondamentale punto di riferimento i contributi di Taruffo che nel panorama recente degli studi giuridici italiani in tema di fatto sono senz’altro i più rilevanti. Cfr. *La prova...*, cit.; *Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002; *Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence*, in *The Eyes of Justice*, ed. by R. Kevelson, Peter Lang, Ney York et al. 1994.

²⁶⁰ B. Pastore, *Giudizio, Prova, Ragion Pratica...*, cit. , p. 56.

²⁶¹ M. Taruffo, *La prova...*, cit. , p. 75.

fatto, quali sono i fatti che costituiscono l'oggetto delle prove da acquisire in quel processo.

Se l'individuazione del fatto assume rilevanza ai fini dell'applicazione della norma, il *contesto di costruzione del fatto*, nella prospettiva di Taruffo, è allora quello della decisione. L'ipotesi di partenza dello studioso è che l'accertamento del fatto si collochi all'interno della decisione e che la prova sia finalizzata all'accertamento del fatto. Quindi oggetto della prova è il fatto che deve essere accertato²⁶², il fatto oggetto della decisione. Si tratta insomma pur sempre di stabilire *l'esistenza di un fatto*.

Ad ogni modo la "dimensione fattuale" è considerata centrale, dallo studioso, nella costruzione del giudizio, al punto da considerare il processo giudiziario come un "macchinario"²⁶³ finalizzato anche a costruire un giudizio attendibile circa i fatti della causa, come necessaria condizione per una corretta decisione del caso stesso²⁶⁴.

Più compiutamente la *costruzione del caso* è un'operazione complessa in cui il giudice formula problemi e cerca risposte procedendo per gradi, per ipotesi e controllo nell'analisi dei fatti, delle norme e delle loro possibili connessioni. Il problema è allora, secondo Taruffo, quello delle scelte del giudice per fondare le premesse della decisione, scelte che sono complesse ed interrelate²⁶⁵. Si tratta dunque di una definizione che risulta da un giudizio (un insieme di scelte) formulato *ad hoc* sulla misura della singola controversia ma non perciò soggettivo ed irrazionale poiché il metro di giudizio è pur sempre la norma, che viene concretizzata nel singolo caso ma rimane criterio di decisione di ordine generale. Naturalmente la determinazione del fatto è il frutto di scelte che contengono pur sempre "elementi valutativi" ed è sempre "relativa". È il risultato di un procedimento di ipotesi/controllo. In conclusione, secondo Taruffo:

²⁶² Nella prospettiva del rapporto tra fatto e prove, la posizione di Taruffo è piuttosto vicina a quella di Twining. Cfr. *Rethinking Evidence...*, cit.

²⁶³ Cfr. J. Goulet, *La machine à faire le droit*, Presses de l'Université du Québec, 1997.

²⁶⁴ Traduzione nostra: "[...] the legal process as a machinery aimed also at building up a reliable judgment concerning the facts of the case, as a necessary condition for a correct decision of the case itself." Da "Involvement and Detachment", cit., p.270.

²⁶⁵ Il termine è mutuato da (Hruschka), come Taruffo stesso precisa. *Comunicazione personale dell'Autore*, 3.12.2004.

“l’individuazione del fatto giuridicamente rilevante rientra evidentemente nella ‘preparazione delle premesse’ della decisione, e non deriva da un semplice gioco deduttivo ma da una complessa operazione che porta alla ‘costruzione del caso’, ossia all’individuazione della fattispecie che costituisce l’oggetto specifico della decisione”²⁶⁶.

5.1. La teoria della “costruzione degli enunciati fattuali”

A voler tentare di ricostruire gli elementi centrali della concezione di Taruffo, a proposito della “costruzione del caso”, sarà preliminare chiarire la prospettiva dello studioso rispetto a ciò che costituisce un “fatto”.

A partire dalla distinzione classica proposta da Searle

“si potrebbe dire – secondo Taruffo – che il processo legale non abbia mai a che fare con fatti bruti poiché nel processo giudiziario sono presi in considerazione solo fatti istituzionali o legali. Qualcuno addirittura nega ogni possibilità di “fatti” in ogni senso della parola poiché il processo giudiziario avrebbe a che fare solo con regole e storie ma mai con fatti”²⁶⁷.

In realtà, come già visto, se la legge determina quali siano i fatti legalmente rilevanti per il caso, se i fatti della causa sono determinati necessariamente sulla base delle previsioni legali è indubitabile, secondo Taruffo, che essi abbiano anche una “dimensione empirica”. I fatti esistono come base del caso giudiziario solo quando esistono nel mondo empirico (ad esempio un incidente di traffico è un fatto empirico prima ancora di dar luogo ad un’istanza di risarcimento per danni, un uomo “muore” nel mondo reale prima ancora di essere “la vittima di un omicidio”). Lo stesso discorso varrebbe per i c.d. fatti valutativamente determinati: il valore economico di un bene può essere “grande” ed un comportamento “morale/immorale” ma prima ancora il bene ed il comportamento debbono esistere²⁶⁸.

Naturalmente i fatti non giungono alla diretta conoscenza del giudice, debbono piuttosto essere ricostruiti sulla base di valide prove che servono a stabilirne la verità.

²⁶⁶ M. Taruffo, *La prova...*, cit., pp. 69 e ss.; cfr. J.R. Searle, *Atti linguistici...*, cit.

²⁶⁷ Traduzione nostra. M. Taruffo, *Involvement and detachment ...*, cit., p. 269.

²⁶⁸ M. Taruffo, *Evidence and Truth ...*, cit.

Benché ritenga possibile un accesso diretto al fatto, in una prospettiva che egli stesso definisce di “realismo moderato”²⁶⁹, lo studioso sostiene in ogni caso che il fatto non entra nel processo come fatto empirico o materiale del mondo reale, come oggetto di percezione. I fatti vengono piuttosto in considerazione nel processo nella forma di asserzioni concernenti gli accadimenti fattuali, i c.d. enunciati fattuali. Il fatto nel processo non viene percepito ma raccontato. La verità o la falsità del fatto riguardano la verità o la falsità delle asserzioni concernenti il fatto in questione.

Si tratta di asserzioni non “date” a priori né oggettivamente determinate da qualcuno: “gli enunciati fattuali sono costrutti linguistici forgiati dalle parti e dal giudice”. Gli enunciati fattuali sono determinati dagli autori sulla base di differenti *standard* come regole del linguaggio, fattori istituzionali, categorie di pensiero, valori etici e sociali, etc.²⁷⁰.

“Da questo punto di vista la costruzione delle asserzioni fattuali è una questione di scelta: delineare un enunciato circa un fatto significa scegliere una descrizione di quel fatto tra i numeri infiniti delle possibili descrizioni”²⁷¹.

Lo studioso individua almeno cinque tipi di fattori che incidono nella *costruzione*²⁷² degli enunciati fattuali.

In primo luogo si tratterebbe di una *costruzione selettiva*: tra le infinite possibilità di descrivere un fatto come vero o falso, tra le versioni possibili di un fatto, se ne selezionano soltanto alcune. Ovvero si seleziona un enunciato o un gruppo di

²⁶⁹ M. Taruffo, Lezioni di dottorato “Profili della decisione sul fatto”, Napoli, S. Orsola Benincasa, 5/06/2006.

²⁷⁰ Cfr. B. Pastore, *Giudizio, prova...*, cit., pp. 62-63, secondo cui “Il ‘fatto’, dunque, non esiste ‘in sé’. Rappresenta piuttosto l’esito di un processo interpretativo. Affinché si possa dare un fatto bisogna prima introdurre un senso. Il modo in cui riconosciamo e attribuiamo senso dipende da quadri concettuali e teorici interni ad una pratica sociale e condivisi da una comunità interpretativa. I fatti sono, allora, (non l’immediata riproduzione – l’immediato rispecchiamento – di ciò che è avvenuto ma) il risultato di un’attività interpretativa che ha come medium il linguaggio”. Ed ancora, “il fatto nel processo non è un ‘dato’, bensì un ‘costruito’, ossia il risultato dell’attività probatoria svolta dalle parti e della valutazione delle prove operata dal giudice”. *Ibidem*, p. 69.

²⁷¹ M. Taruffo, *Evidence and Truth...*, cit., p. 5.

²⁷² Per *costruzione* Taruffo intende un’attività complessa, pragmatica e relativa, finalizzata ad uno scopo non deterministico ma dipendente dalle scelte e dagli orientamenti dei vari soggetti che li pongono in essere. Cfr. *Fatti e prove*, scritto non pubblicato, p. 4.

enunciati che sono “utili” alla descrizione del fatto e che naturalmente possono variare a seconda dei diversi momenti processuali ²⁷³:

“ogni versione del fatto è costituita dalla combinazione di alcuni (o molti) elementi che si integrano formando una descrizione di alcuni aspetti del fatto; quindi l’adozione di una versione del fatto implica che un’infinità di ‘altri’ aspetti di quel fatto vengano trascurati ed esclusi dalla descrizione” ²⁷⁴.

Ma in base a quali *criteri* avviene la selezione? Se il contesto è quello del processo e l’individuazione del fatto è finalizzata all’applicazione della norma, il primo criterio di selezione è, come già accennato, rappresentato dal ricorso alla norma che si presume applicabile a quel fatto e che opera da filtro. Il riferimento è al c.d. *abstrakter Tatbestand*, la parte descrittiva della norma in cui viene definito il tipo di fatto, al cui verificarsi, la norma collega determinate conseguenze giuridiche. È la norma ad indicare quale versione del fatto è giuridicamente rilevante.

“È quindi il riferimento alla fattispecie astratta che consente di stabilire quali sono le circostanze che vanno indicate in modo tale da costruire una descrizione del fatto specifico (il *konkreter Tatbestand*) che corrisponda alla previsione normativa. Non solo, dunque, la norma indica quale fatto l’attore deve allegare, ma anche quali aspetti dell’accadimento concreto vanno descritti, e quali vanno invece tralasciati” ²⁷⁵.

La norma opererebbe, secondo Taruffo, come criterio sia di *inclusione* che di *esclusione*: oltre ad indicare quali fatti vanno allegati, quali aspetti dell’accadimento concreto vanno descritti, la norma indica anche quali aspetti vanno tralasciati. Tutto ciò che non è indicato dalla norma non è giuridicamente rilevante. Vengono in tal modo individuati i c.d. fatti principali della causa, che fonderanno l’applicazione della norma ²⁷⁶.

²⁷³ “Il flusso di informazioni sui fatti che via via entrano nel procedimento può modificare ripetutamente il quadro dei fatti della causa e delle informazioni che li riguardano”. *Ibidem*, p. 5.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 6.

²⁷⁶ Si tralascia il discorso sui fatti secondari o indiziari, che pure formano oggetto di enunciati che a loro volta debbono essere costruiti e che “entrano nel processo non in base alla loro idoneità a produrre effetti giuridici, ma in funzione della loro capacità di fungere da premessa per inferenze logiche che il giudice può formulare per trarne conclusioni circa la verità o la falsità di enunciati relativi a fatti principali”. Si tratta di circostanze dotate di rilevanza logica più che giuridica: è l’ipotizzabilità dell’inferenza del fatto principale dal fatto secondario che determina la rilevanza logica del fatto secondario. *Ibidem*, p. 7.

La costruzione degli enunciati è realizzata attraverso il ricorso alle c.d. categorie. Taruffo conviene con Amsterdam e Bruner²⁷⁷ che sono le categorie a fornire strumenti concettuali di interpretazione della realtà, che consentono di collocare un enunciato in un particolare contesto di idee. Le categorie, a partire dall'orientamento individuale-culturale del soggetto che le usa,

“determinano la costruzione degli enunciati di fatto nella prospettiva di colui che li formula. In sostanza, esse servono ad interpretare i singoli dati empirici che entrano a comporre l'evento o la situazione alla quale l'enunciato si riferisce, consentendo l'instaurazione di connessioni tra i vari dati, tali da determinare la narrazione dell'evento che il narratore costruisce”²⁷⁸.

Il riferimento è in primo luogo al nesso di causalità²⁷⁹, che consente di mettere in connessione due o più eventi: si pensi, ad esempio, al nesso di causa-effetto. Naturalmente “non tutte le connessioni tra eventi hanno carattere causale, e non tutte le connessioni causali hanno lo stesso significato”²⁸⁰ né bisogna confondere causalità e probabilità²⁸¹. Taruffo sottolinea inoltre la distinzione tra *causalità naturale* e *causalità giuridica*: il modo in cui il legislatore costruisce la responsabilità per le conseguenze di un determinato atto diverge dai risultati dell'analisi della causalità naturale. Le norme cioè si sovrappongono alla causalità naturale²⁸².

²⁷⁷ Amsterdam e Bruner, *Minding the Law...*, cit.

²⁷⁸ Taruffo, *Fatto e prova*, cit., p. 7.

²⁷⁹ Si tralascia in questa sede il riferimento all'infinita letteratura sviluppatasi da Aristotele in poi sul concetto di “causa”.

²⁸⁰ Taruffo distingue inoltre tra causalità generale e causalità specifica o individuale. La distinzione ha notevoli effetti pratici non solo nel processo penale ma anche in quello civile. La causalità generale rappresenta, secondo Taruffo “il nesso in funzione del quale nell'ambito di una popolazione data si stabilisce sulla base di ricerche empiriche che il verificarsi di un evento di un certo tipo incrementa in qualche misura la probabilità del verificarsi di un altro evento”: è la causalità degli statistici. La causalità individuale sarebbe invece “il nesso di causalità diretta tra un fatto che riguarda un individuo ed un altro fatto che riguarda lo stesso individuo”. Da nessun frequenza statistica è possibile derivare una conclusione relativa al singolo caso: gli stessi statistici riconoscono che la funzione dei calcoli è fare previsioni piuttosto che ricostruzioni. La conclusione è che tra causalità generale e causalità specifica non v'è alcun nesso (l'esempio tipico è quello della condanna di case produttrici di tabacco per la morte del singolo). Taruffo, “Profili della decisione”, cit.; *Fatti e prova...*, cit., p. 8.

²⁸¹ La probabilità si esprime piuttosto in questi termini: *è molto probabile che la condotta x abbia provocato il fatto y*. Il nesso di causalità è infatti un concetto assoluto: se non ricorre non può essere ridotto a mera probabilità.

²⁸² Posto che se esistono differenti tipi di causalità giuridica esiste invece un solo tipo di causalità naturale (si pensi al rapporto che intercorre tra il colpo di pistola e la morte) Taruffo precisa che, naturalmente, quando si parla di “fatti” la categoria cui far ricorso è quello della causalità naturale.

Altra categoria cui si ricorre ai fini della costruzione degli enunciati fattuali è quella del *tempo*. A differenza della concezione proposta da Amsterdam e Bruner, che si riferiscono ad una dimensione narrativa del tempo, nel senso che gli eventi trovano nella narrazione una “significativa” organizzazione, Taruffo ritiene che il tempo lineare continuo (misurato in secondi, minuti, ore) sia essenziale per stabilire un ordine cronologico tra gli eventi, onde stabilire un prima e un dopo. Tiene altresì conto della distinzione tra *tempo oggettivo* e *tempo soggettivo* che ha a che fare con la percezione differente da parte dei diversi soggetti coinvolti (si pensi, ad esempio, ad una testimonianza)²⁸³. Le categorie di *causa* e *tempo* naturalmente possono essere utilizzate in modo “incrociato”²⁸⁴.

La dimensione *culturale* rappresenta anch’essa un ulteriore criterio di selezione degli enunciati fattuali. Taruffo propone una prospettiva della cultura intesa come insieme differenti di punti di vista etici, religiosi, etnici e di costume differenti, che condizionano le modalità in cui il fatto viene rappresentato, selezionato, descritto, tenendo presente, tra l’altro, della dimensione multiculturale²⁸⁵ della società contemporanea: “lo stesso fatto può essere narrato in maniere molto diverse a seconda della cultura del soggetto che pone in essere la narrazione e del contesto etnico, sociale e culturale in cui essa viene compiuta”²⁸⁶.

Diversa è poi la considerazione della dimensione *sociale-istituzionale* della costruzione degli enunciati, in parte già richiamata: molti dei fatti che vanno provati in giudizio non consistono in accadimenti empirici ma in c.d. fatti istituzionali, secondo la prospettiva della costruzione sociale della realtà proposta da Searle. Il denaro, la maggiore età, il matrimonio, l’adulterio, esistono in virtù di convenzioni giuridiche, politiche, sociali, istituzionali che conferiscono una

²⁸³ Sull’aspetto della *costruzione categoriale* cfr. M. Taruffo, *Fatti e prova...*, cit., pp. 7-10.

²⁸⁴ Ad esempio nel caso di un conflitto a fuoco tra due persone si ricorre alla categoria temporale per stabilire chi abbia sparato per primo. Naturalmente la valutazione del nesso causa-tempo è anch’esso soggetto a valutazioni suscettibili di variazioni culturali (la morte di una donna per violenza sessuale, avvenuta molto tempo dopo il verificarsi della violenza, è oggi ritenuta possibile sulla base di parametri di indagine che provengono dalla psicologia e sulla base di una perizia giurata in grado di connettere l’evento della morte al verificarsi di un trauma).

²⁸⁵ Si pensi alla testimonianza di un cittadino straniero, dotato di categorie culturali differenti rispetto a quelle del luogo in cui si svolge il processo.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 10. L’autore propone a tal proposito l’esempio del “divorzio all’italiana”. Id., “Profili della decisione”, cit.

qualificazione istituzionalmente significativa ad accadimenti altrimenti irrilevanti sul piano giuridico²⁸⁷.

Il quinto elemento necessario alla costruzione degli enunciati è il *linguaggio*, inteso non solo come corretto impiego di categorie grammaticali, sintattiche, nel processo, e quindi dal punto di vista della funzione espressivo-descrittiva che esso svolge, ma anche dal punto di vista dell'impiego di termini rigorosamente tecnici, trattandosi di un contesto specialistico, quale quello processuale²⁸⁸.

I singoli enunciati fattuali, relativi alla singola circostanza di fatto, costruiti sulla base degli elementi sopradescritti ed in relazione alla previsione legale astratta, non trovano una collocazione di tipo atomistico nel processo ma danno vita ad una composizione che Taruffo paragona ad un *mosaico*²⁸⁹. Il fatto è rappresentato da una vicenda, da un insieme di circostanze, di comportamenti. Si tratta di una "storia" (ad esempio la storia della separazione tra due persone).

Si tratta dunque della costruzione di una storia e non della combinazione casuale di enunciati. Gli enunciati vengono cioè organizzati in un contesto narrativo che dà loro un significato complessivo²⁹⁰ sulla base di *background*, *scripts* o *stereotipi*²⁹¹ che danno un senso alla narrazione:

"modelli di comportamento, tipi di situazione, trame di eventi, che costituiscono le conoscenze di fondo caratteristiche della cultura del soggetto che pone in essere la descrizione. In sostanza, sono la cultura media e l'esperienza individuale e collettiva a costituire un insieme di "nozioni" di cui ogni soggetto si serve per comprendere, interpretare e organizzare la sua

²⁸⁷ I fatti esemplificativamente enunciati sarebbero irrilevanti soprattutto in una prospettiva culturalista (si pensi alla poligamia, che non dà luogo ad adulterio nella cultura islamica, etc.).

²⁸⁸ In contrapposizione alla funzione descrittiva del linguaggio è considerata quella valutativa. Accade spesso che accanto a descrizioni siano presenti valutazioni (ad esempio la qualifica di intollerabilità della convivenza). Apprezzamenti individuali sono naturalmente irrilevanti se non si accompagnano alla costruzione descrittiva di fatti (quei fatti appunto che integrano gli estremi di una convivenza intollerabile).

²⁸⁹ La figura del mosaico rinvia ad una struttura aperta, a differenza del puzzle, che implica un disegno.

²⁹⁰ È in questo senso che Taruffo interpreta l'affermazione di Amsterdam e Bruner secondo cui "stories constructs the facts that comprise them".

²⁹¹ Taruffo propone una distinzione tra *script* e *stereotipi*, mutuando quest'ultima immagine da F. Shaker, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Massachusetts-London, 2003. Se gli *scripts* rappresentano, con Amsterdam e Bruner, la *trama* della narrazione, ad es. lo script del poliziotto buono/cattivo, gli stereotipi invece rappresentano lo schema di comportamento tipico, hanno a che fare con la costruzione di personaggi nell'ambiente specifico, ad es. lo stereotipo del terrorista islamico. Gli stereotipi sono elementi culturali variabili, entrano o meno in gioco a seconda delle situazioni. Sia *scripts* che stereotipi costituiscono, secondo Taruffo, strumenti per costruire il *mosaico* della narrazione. "Profili della decisione", cit.

conoscenza della realtà che lo circonda. Questa esperienza tende ad organizzarsi in archetipi o in stereotipi che vengono usati come tipi ideali di riferimento e come schemi per “dare forma” complessiva a fatti empirici, ed in particolare per descrivere situazioni di fatto complesse”²⁹².

Naturalmente sono molte le combinazioni possibili degli enunciati, ma non infinite né casuali: combinazioni casuali di enunciati non consentirebbero una narrazione. Una storia non è un insieme casuale di fatti.

Il modello che Taruffo propone dunque è quello della *narrazione realistica*: “si narrano fatti collocati in un certo ordine spazio-temporale con il criterio della coerenza narrativa”²⁹³. Naturalmente i criteri con cui si costruisce la narrazione sono relativi allo spazio, al luogo, al tempo, alla cultura di chi narra. Ad un unico oggetto possono corrispondere descrizioni diverse, pur sempre guidate da uno *script* e tuttavia non infinite. Una costruzione narrativa del fatto, sulla base dei criteri elencati, può fondare una c.d. domanda in giudizio, si crea così un’ipotesi di lavoro su cui si può impiantare un processo.

5.2. Fatto-prova-verità-probabilità.

Posto che le narrazioni siano costruite dalle parti, all’interno del processo, con pretese di verità, ogni narrazione può sempre essere riconosciuta come *vera* o *falsa*. Decidere sui fatti significa dunque scegliere tra enunciati veri o falsi. Taruffo preferisce allora esprimersi nel senso di “*ipotesi il cui statuto epistemico è incerto*”, precisando che a partire da un’esposizione analitica degli enunciati, del tipo “*vero che...*”, la pretesa di verità dei soggetti processuali è differente in relazione ai ruoli svolti nel processo (come si vedrà più avanti). Si parlerà, ad esempio, di pretesa di verità “semplice” nel caso dell’attore e pretesa di verità “rafforzata” nel caso del testimone e posto che gli enunciati fattuali vengano riconosciuti come veri dal giudice²⁹⁴, sulla base di una prova testimoniale, ad

²⁹² M. Taruffo, *Fatti e prova...*, cit. , p. 13.

²⁹³ M. Taruffo, “Profili della decisione”, cit.

²⁹⁴ In questo modo la narrazione realizza, secondo Taruffo, una funzione *perlocutoria*.

esempio, proprio su questa “affermazione fattuale vera”, pronunciata nel contesto del processo, il giudice fonderà la propria decisione²⁹⁵.

Il problema è dunque quello della scelta tra le diverse narrazioni all'interno del processo, a partire dalle categorie della *verità* piuttosto che della *verosimiglianza*²⁹⁶.

Ciò che appare verosimile²⁹⁷ nella narrazione, poiché potrebbe essere vero o falso a seconda dei casi, va verificato nel processo: la decisione non può fondarsi solo su ciò che è verosimile, nel processo è vero ciò che è provato.

Ogni enunciato di fatto va dunque provato sia che si tratti di un fatto principale sia che si tratti di un fatto c.d. secondario (funzionale a dimostrare il fatto principale). L'enunciato di fatto che dovesse rimanere incerto o di cui si dimostrasse la falsità va espunto dal contesto della narrazione. Verificati i singoli enunciati occorrerà poi dimostrare che essi siano legati dal nesso di causalità²⁹⁸. Questa concezione, secondo cui ad essere costruiti sono i singoli enunciati, collegati da connessione causale e verificati a mezzo di prove, è definita da Taruffo “analitica”²⁹⁹. Posto che esistono teorie del processo³⁰⁰ secondo cui lo scopo del processo stesso non è quello di stabilire la verità dei fatti quanto piuttosto quello di risolvere il conflitto tra le parti, Taruffo è rigoroso nell'affermare che “se non si raggiunge una ragionevole certezza il fatto non è provato”³⁰¹. Secondo lo studioso, infatti, se è vero che è possibile discutere il concetto di verità giudiziaria, a partire dalle differenti prospettive teoriche sulla funzione del processo, non è altrettanto vero

²⁹⁵ Secondo Taruffo la decisione finale consiste in una scelta da parte del giudice tra narrazioni configgenti (questo aspetto sarà oggetto di specifico approfondimento nel capitolo VI).

²⁹⁶ Secondo Taruffo la *verosimiglianza* è piuttosto tipica dell'opera letteraria, ricalcata tendenzialmente in un modo che sia il più possibile vicino alla verità per consentire al lettore di immaginare la vicenda come vera. *Ibidem*.

²⁹⁷ Taruffo propone due possibili significati del termine *verosimile*: verosimile inteso come *probabile* e verosimile nel senso di simile a ciò che di regola accade, *l'id quod plerumque accidit*. “Profili della decisione”, cit.

²⁹⁸ Posto che per accertare il nesso causale non sia possibile ricorrere ad un modello generale del tipo “tutte le volte che accade x si verifica y”, non è chiaro con quale percentuale si possa accettare una certezza di tipo statistico, quale sia il livello di maggior frequenza statistica a partire dal quale si verifica un nesso di un certo tipo. *Ibidem*.

²⁹⁹ Contrapposta a questa è la prospettiva c.d. *olistica*. Secondo quest'ultima concezione infatti non rileva la dimostrazione probatoria specifica della singola circostanza. Ciò che conta è l'insieme della narrazione, ciò che è rilevante è il disegno complessivo del mosaico. Il criterio di scelta della narrazione non sarebbe dunque la verità dei singoli enunciati ma la coerenza complessiva della narrazione.

³⁰⁰ Le teorie del conflitto saranno oggetto di specifico approfondimento nel capitolo IV.

³⁰¹ *Ibidem*.

che la soluzione del conflitto sia una “buona soluzione” soltanto perché essa determina la fine del conflitto: la verità dei fatti, assunta come obiettivo del processo, è caratteristica necessaria delle decisioni giudiziarie. Una “corretta e giusta decisione” del caso non può avvenire senza un “giudizio vero” sui fatti del caso. In un sistema che sia basato sul principio di legalità, una buona soluzione non può che essere di tipo legale. “Una decisione comunque non è legale se le regole legali che governano il caso non sono appropriatamente applicate ai fatti cui dovrebbero essere applicati. In questo modo i fatti del caso dovrebbero essere stabiliti in modo corrispondente al vero. Nessuna vera e giusta decisione può essere basata su fatti errati”³⁰². La verità dei fatti processuali non è assunta allora semplicemente come obiettivo in sé né come lo scopo finale di un procedimento civile, ma piuttosto come necessaria condizione di ogni giusta e legale decisione e corrispondentemente di ogni appropriata e corretta soluzione della disputa tra le parti. La conclusione è dunque che la verità è una condizione giusta e necessaria per un’accurata, legale e giusta decisione ed il processo è orientato a risolvere conflitti a partire da giuste soluzioni³⁰³: “Il giusto processo è il processo orientato in modo tale da emettere decisioni giuste”³⁰⁴.

Posto allora che la questione della verità, nella prospettiva di Taruffo, sia alla base del giudizio di fatto, resta da affrontare la questione centrale di come si pervenga alla verità nel contesto del processo. Tralasciando una possibile digressione sulle teorie della verità³⁰⁵, strettamente collegate alla prospettiva processuale per la quale si opta ed assumendo la prospettiva dello stesso Taruffo, secondo cui nel contesto processuale non può essere raggiunto un tipo di verità che sia *assoluto*³⁰⁶ e che l’unico scopo perseguibile è quello di una *verità relativa* si sostiene che la verità sia relativa al *contesto*: al modificarsi del contesto la stessa affermazione non diventa falsa ma perde di significato³⁰⁷. Il processo in

³⁰² Traduzione nostra. M. Taruffo, *Evidence and Truth...*, cit.

³⁰³ *Ibidem*

³⁰⁴ Cfr. M. Taruffo, “Profili della decisione”, cit. Secondo Taruffo a fare un “giusto processo” concorrono tre condizioni: a) una corretta gestione del procedimento, b) l’applicazione corretta della legge da parte del giudice, c) l’accertamento della verità dei fatti.

³⁰⁵ Si rinvia sul punto a Taruffo, *La prova...*, cit.; *Evidence and Truth...*, cit., pp. 8-13.

³⁰⁶ Sarebbe riduttivo, secondo l’autore, pensare in termini di verità assoluta per poi concludere che, verificata l’impossibilità di raggiungere un tal tipo di verità, si dovrebbe rinunciare del tutto a cercarla nel processo.

³⁰⁷ È anche il caso delle teorie scientifiche di cui si è detto nel capitolo I.

questo caso si può definire come un contesto all'interno del quale si pone o meno il problema della verità³⁰⁸ nel senso di maggiore o minore adeguatezza funzionale di uno specifico tipo di processo rispetto all'accertamento della verità (naturalmente esistono differenti tipi di processo: penale, civile).

È in funzione delle informazioni che si acquisiscono che si conclude che un certo enunciato è vero o no (ad es. le conoscenze di un testimone rispetto ad un fatto oppure le informazioni contenute in un documento). Ancora una volta l'accertamento della verità degli enunciati è una funzione delle prove. Il giudice mette insieme informazioni assunte sulla base delle prove. Naturalmente questo tipo di verità non può considerarsi "finale", si è di fronte ad un "grado di conferma" dell'attendibilità di un certo enunciato. Taruffo parla di "gradi di approssimazione alla verità". La verità non è dunque intesa come obiettivo da conseguire praticamente ma come "ideale regolativo".

Ragionare sulla verità in termini di "approssimazione" significa determinare uno slittamento semantico dal linguaggio della verità al linguaggio della *probabilità*³⁰⁹. A partire dalla nozione di probabilità statistica che si esprime in termini di percentuali, Taruffo ritiene che, qualora si fosse in grado di quantificare dati in maniera precisa, vi si potrebbe ricorrere solo in determinati casi. Il concetto di probabilità cui si ricorrerà è allora quello della probabilità logica: si tratta del rapporto di conferma logica tra proposizioni. La probabilità logica può essere intesa come grado di conferma di un enunciato sulla base di altri enunciati che esprimono le informazioni di cui si dispone in un determinato contesto, è la probabilità di cui si può parlare nell'ambito del processo. Si parla di "gradi di conferma logica": l'approssimazione ai fatti sulla base delle informazioni possedute allora si trasforma nel grado di conferma che le informazioni disponibili attribuiscono all'enunciato e di cui interessa stabilire l'attendibilità. Il singolo enunciato può ricevere maggiore o minore conferma a seconda delle informazioni di cui si dispone in quel determinato contesto³¹⁰.

³⁰⁸ Taruffo precisa che non c'è differenza epistemica tra verità giudiziale e non: i modi di acquisizione delle informazioni sono gli stessi (testimonianze, documenti, registrazioni, argomenti inferenziali).

³⁰⁹ Il riferimento è al teorema di Bayes, di cui si è accennato nel par. 1.

³¹⁰ M. Taruffo, *Evidence and Truth* ..., cit.; "Profili della decisione", cit.

6. La costruzione giudiziaria del fatto

La concezione di Taruffo, influente nel panorama contemporaneo della dottrina italiana ed in linea con le correnti teoriche più recenti soprattutto di matrice anglo-americana, tende dunque fortemente a rivalutare il momento *fattuale* dell'interpretazione ed applicazione del diritto ed a considerare l'apporto positivo delle recenti teorie narrative e culturaliste per un modello di "costruzione degli enunciati fattuali". Essa tuttavia rimane ancorata al ruolo della prova e dell'inferenza logica nella selezione e "conferma" degli enunciati, oggetto della decisione giudiziale, tesa a stabilire la "verità" in nome di un principio di "civiltà giuridica".

Se gli elementi condivisibili del modello teorico di Taruffo sono numerosi, primo fra tutti il rifiuto di una concezione classica ed esemplificativa della decisione giudiziaria di derivazione giuspositivistica³¹¹, la tesi in favore della "costruzione giudiziaria del fatto" muove, come illustrato nei capitoli I e II, da una concezione della conoscenza della realtà e quindi dei fatti che trova nella narrazione le sue forme strutturanti. Interrogarsi su che cosa sia la realtà, che cosa sia un fatto e soprattutto sulle modalità di accesso ad esso, è considerato un elemento indispensabile per una possibile ricerca della "verità" nel giudizio. Si ritiene cioè preliminare rispetto alla possibilità di accertare un fatto come "vero" o "falso" chiedersi se il fatto sia "conoscibile" o meno e con quali modalità.

1. Il riferimento alle teorie della "costruzione culturale della mente" (Kant, Bruner, Goodman, Geertz) hanno condotto alla conclusione che non esiste una realtà esterna all'individuo, "trovata da qualche parte" ma è l'individuo stesso che la "costruisce" in un contesto di costante interazione sociale e culturale con gli altri individui. In tal modo non è verosimile un accesso diretto alla realtà benché non se ne metta in discussione la dimensione empirica. A mediare l'accesso dell'individuo alla realtà è il linguaggio: la conoscenza si esprime attraverso il linguaggio, nelle forme strutturanti della narrazione. È nella narrazione che

³¹¹ Cfr. M. Taruffo, "Il controllo di razionalità della decisione", cit.

trovano “significato” gli accadimenti del mondo. Le storie non sono semplicemente contenitori di fatti, sono forme strutturanti che organizzano gli eventi offrendone una descrizione ben precisa: “le storie costruiscono il fatto che le comprende”³¹². Ad essere “costruiti” non sono gli *enunciati fattuali* ma i fatti stessi attraverso e con le caratteristiche che sono proprie della narrazione (normatività, temporalità, etc.).

2. La costruzione del fatto è di natura *interattiva*: sono le parti a costruirlo a partire dalle prospettive “culturali” di cui sono portatrici e dai ruoli ricoperti e “negoziati” nelle specifiche situazioni. Certo le diverse interpretazioni di uno stesso fatto o evento non sono sempre incompatibili tra loro ma “il fatto di presentarne una respinge le altre nell’ombra”³¹³. Naturalmente la rilevanza dei fatti accertati varia a seconda delle categorie in cui essi sono inquadrati. Una pacca sulla spalla (data, ad esempio, dal capoufficio alla segretaria), per quanto data con intenzione amichevole, potrebbe non essere un innocente fatto a sé alla luce della legge sulle molestie sessuali³¹⁴. Bisogna tener conto delle pratiche sociali in vigore in una determinata comunità: esse sono specifiche di un tempo, di un luogo e soprattutto incorporate nella vita di un popolo³¹⁵.

3. Nel processo di accesso alla realtà, a giocare un ruolo decisivo nella selezione dei dati fattuali sono senz’altro l’argomentazione e la retorica: “Ogni argomentazione presuppone dunque una scelta consistente non solo degli elementi dei quali si fa uso, ma anche della tecnica con cui vengono presentati[...]”³¹⁶. Il fatto non sta “da qualche parte” in attesa di essere scoperto: l’attività delle parti è

³¹² Il riferimento è a J. Bruner. Cfr. *La fabbrica...*, cit.

³¹³ C. Perelman, *Il dominio retorico*, trad. it., Torino, Einaudi, 1981, pp. 53-54. Cfr. K.L. Scheppele, “Foreward”, cit. Secondo Scheppele lo stesso evento può essere descritto in molti modi, ognuno “vero” nel senso che descrive le esperienze del narratore e fornisce una versione diversa di ciò che è accaduto, con differenti conseguenze giuridiche. Ad esempio, stringere le mani attorno al collo di una donna può essere interpretato come “accarezzare pesantemente” o anche come un “leggero soffocamento”. Nessuna versione è “falsa”, dipende dalla prospettiva di chi subisce il gesto e di chi vi assiste. Così come l’ “obiettività” della descrizione non dipende dall’obiettività degli osservatori: gli osservatori coinvolti in un giudizio sono sempre dotati di script, di schemi concettuali e culturali già formati.

³¹⁴ Cfr. Bruner, *La fabbrica...*, cit.

³¹⁵ Cfr. K.L. Scheppele, “Foreward”, cit.; K.L. Scheppele, *Just the facts, Ma’am; sexualized violence, evidentiary habits, and the revision of truth*, 37, *N.Y.L.S.C.L.R.*

³¹⁶ C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell’argomentazione*, tr. it., Torino, Einaudi, 1966, p.127. Cfr. inoltre J. Potter, *Representing Reality...* cit. .

tesa a conoscere e a rendere “conoscibile” il fatto, persuadendo, in senso perelmaniano, il giudice dell'accadimento³¹⁷.

4. Il fatto “giuridicamente rilevante” è selezionato in virtù di una norma, secondo quanto è unanimemente riconosciuto in dottrina: è la norma ad indicarci quali sono gli elementi rilevanti o meno ai fini dell'individuazione della c.d. fattispecie concreta. Le norme tuttavia non indicano come selezionare i c.d. elementi giuridicamente rilevanti; inoltre è spesso possibile per l'interprete scegliere tra più fattispecie (ad esempio, *mobbing/dequalificazione*), a seconda del risultato che le parti mirano a conseguire e della possibilità di successo o meno.

³¹⁷ Un esempio tipico di costruzione del fatto è indicato da V. Ferrari, *Comunicazione personale*, 8/3/06:

Le acque minerali X pubblicizzano il loro prodotto dicendo che la loro fonte è la più alta d'Italia. Le acque minerali Y convengono X davanti al Giurì dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria sostenendo e dimostrando che la loro acqua proviene da 17 fonti, di cui la maggioranza è situata più in basso della sua fonte. Il messaggio pubblicitario di X, che nella comparazione si avvale dell'etichetta di Y in cui non compare l'altitudine della fonte è giudicato dal Giurì, con decisione del 7/3/06, come una forma di pubblicità ingannevole.

Si tratta in questo caso di un fatto costruito attorno ad un dato numerico, teoricamente oggettivo quale l'altitudine.

Un altro esempio di tentativo di costruzione del fatto, giocato attorno all'elemento temporale, è oggetto di una procedura ex art. 700 c.p.c.: Tizio lamenta la nocività di un palo del telefono presuntivamente installato in sua assenza e senza previa autorizzazione, nelle vicinanze della sua casa, da una società di telecomunicazioni, convenendola in giudizio. La società contesta la fondatezza del ricorso dimostrando non solo che l'installazione sarebbe avvenuta almeno 16 anni prima e quindi con tecniche non più in uso presso la stessa – con conseguente mancanza di ogni *periculum in mora* – ma anche che il ricorrente avrebbe edificato un garage inglobante lo stesso palo - con conseguente insussistenza del *fumus boni iuris*. Il giudice rigetta il ricorso per difetto del *periculum in mora*, sulla base delle testimonianze di dipendenti dell'azienda che dichiarano che l'affissione del palo risale al decennio precedente in cui l'azienda procedeva all'affissione di pali dello stesso tipo. La pronuncia del Tribunale di Avellino è del 12/12/2005.

5. Né le regole in materia di *prova*³¹⁸ contengono indicazioni rispetto alla modalità di selezione delle informazioni da provare. Le stesse risultanze probatorie, acquisite in virtù degli elementi selezionati dalle parti, trovano una collocazione narrativa che vi dà un senso: “non esiste complesso di istituzioni e prescrizioni legali indipendentemente dalle narrazioni che lo collocano e gli conferiscono significato”³¹⁹. Le stesse risultanze sono suscettibili di interpretazione ad opera delle parti e del giudice.

6. Sono inoltre i contesti istituzionali, le regole di procedura, ad indirizzare l'azione delle parti e a limitare le possibilità di scelta del decisore: prescrizione, decadenza, presunzione assoluta, giuramento decisorio, sono meccanismi che contribuiscono in maniera “rigida” o “elastica” (nel caso della testimonianza) a costruire il fatto³²⁰.

7. La realtà/i fatti che il giudice accerta sono la realtà/i fatti su cui le parti e le persone coinvolte nel processo, tramite un processo di selezione-negoziazione

³¹⁸ Bennett e Feldman, in una posizione piuttosto radicale, sembrano subordinare la teoria e anche la prova alla funzione assolta dalla storia nella *ricostruzione* della realtà e dei fatti nei tribunali. Il tentativo di costruzione del fatto – sulla base dell'alterazione del momento temporale – è rigettato dal giudice

Secondo la loro prospettiva le regole formali sono “un rituale che facilita la presentazione di un caso ma non detta la sua interpretazione. In altre parole, le procedure formali limitano l'informazione che sarà percepita come rilevante per una storia, ma all'interno della gamma di informazioni ammissibili, l'attuale presentazione ed interpretazione del caso dipende primariamente dalle abilità di storytelling e storyhearing degli attori processuali [...]”.

Secondo i due autori l'impiego della narrazione nella costruzione della prova mette in dubbio la comune credenza della giustizia come processo meccanico ed oggettivo. Essi non negano validità agli standards empirici di valutazione delle prove ma piuttosto argomentano che le storie assolvono ad una funzione selettiva e di completamento dell'informazione. La struttura della storia domina i fatti nel giudizio. Bennett e Feldman argomentano in maniera esplicita che gli avvocati ed i giurati tipicamente usano le storie per organizzare gli elementi di prova che sono loro presentati, selezionando, interpretando e valutando ciò che invece sarebbe una confusa ed ingestibile massa di dati. Soprattutto evidenziano come le regole procedurali variabili da società a società impongano la selezione dei materiali. Nella loro prospettiva le storie svolgono specificamente le seguenti funzioni:

- servono a selezionare tra una superfluità di informazioni e completare l'informazione;
- sono un veicolo per introdurre giudizi di valore
- soprattutto forniscono essenziali cornici di riferimento (*frames of reference*) per organizzare, valutare e interpretare la prova.

In questa prospettiva la prova empirica e l'analisi logica svolgono un ruolo secondario per testare la completezza e la solidità. W.L. Bennett and M. Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, Rutgers University Press/New Brunswick, IX, 1981.

³¹⁹ È la tesi di R. Cover. Cfr. Capitolo II.

³²⁰ È la tesi di V. Ferrari, *Comunicazione personale*, 9/9/2006.

posto in essere nel rispetto e nei limiti di vincoli legali ed istituzionali, hanno convenuto che il giudice decidesse³²¹.

8. Il contesto di costruzione del fatto non è solo quello della decisione ma quello più ampio del “processo”³²². La costruzione del fatto si realizza attraverso “stadi evolutivi”, di cui il primo è rappresentato, come si vedrà, dalla rappresentazione del cliente rispetto a quanto gli è accaduto.

7. Il ruolo delle parti nella costruzione del fatto

La tesi principale è allora che l’attività di “costruzione del fatto” dipende dalle prospettive di cui sono portatori i soggetti coinvolti nel procedimento, in relazione ai loro diversi *ruoli* – di volta in volta rinegoziati e modulati nell’interazione – ed alla loro appartenenza ad una specifica “comunità interpretativa”.

A partire dalla rilevanza che lo stesso Taruffo³²³ attribuisce ai soggetti del procedimento e alla prospettiva secondo cui la *costruzione* del fatto origina da posizioni “confliggenti” all’interno del processo si è scelto di indagare il ruolo svolto da *cliente*, *avvocato* e *giudice* in questa complessa attività³²⁴.

Normalmente la letteratura processualista tende ad assimilare la posizione di cliente ed avvocato ed a limitare l’analisi ai ruoli di *attore* e *convenuto* oltre che

³²¹ O.G. Chase suggerisce che la fiducia nelle prove e nella verità come elementi imprescindibili dell’accertamento del fatto non sono niente di più che un prodotto culturale, non dissimile dal ricorso al benge per gli Azande. Il ricorso a queste modalità nelle culture occidentali è considerata come “naturale” o “logica”. In realtà ciò che è paradossale secondo Chase è che questa esigenza è profondamente culturale e contingente. Cfr. *Law, Culture...*, cit.

³²² Si anticipa qui che per “processo” si intende, con Ferrari, “la totalità delle azioni sociali indirizzate a trattare la disputa, sino alla decisione o alle decisioni che la dirimeranno in forma più o meno contingente o definitiva”. Cfr. V. Ferrari, *Teorie e metodo nell’analisi sociologica della litigiosità*, Contratto e Impresa, Milano, Cedam, 1993, p. 345.

³²³ M. Taruffo, *La prova...*, cit. ; “Involvement and Detachment”, cit. ; *Sui confini...*, cit.

³²⁴ In una prospettiva *contestualista - costruttivista* il contributo di ciascun partecipante al procedimento (testimoni, pubblico, cancelliere, etc.) rientra nella complessa attività di costruzione del fatto. Così come rientra in questa attività anche l’aspetto materiale, ad es. l’utilizzo del computer, la condizione di particolari ambiente fisici, (ad es. l’utilizzo di un’aula molto affollata), i tempi del procedimento. È tutto l’apparato entro il quale giudice e parti interagiscono che contribuisce alla costruzione del fatto. Cfr. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d’Etat*. Paris, La Découverte, 2002; E. Hertz, *Leçon inaugurale*, Université de Neuchâtel, 2004; P. Pescatore, L’influence de l’ordinateur sur le jugement, in AA. VV., *La sentenza in Europa*, cit.

di giudice. Questi ruoli classicamente individuati naturalmente vengono e possono essere descritti in un numero illimitato di modi ³²⁵. Uno dei punti sui quali convergono le diverse prospettive è che il procedimento giudiziario è sempre finalizzato a costruire e pronunciare un giudizio su un caso: un processo deve essere strutturato di modo che un soggetto neutrale (corte, giudice, giuria) che considera il caso, individui il problema, conosca i fatti del caso e le rilevanti regole di diritto e quindi pronunci il suo giudizio sul caso. Inoltre caratteristica importante dei sistemi moderni è che le parti confliggenti devono essere autorizzate a presentare le proprie versioni contrapposte del caso in un procedimento dialettico ed avversario, cosicché il giudizio finale origini anche da questa presentazione contrapposta ³²⁶.

L'attività del giudice è indagata da Taruffo in correlazione con quella delle parti, secondo uno schema di questo tipo ³²⁷:

+ A → +C

e

+ C → +A

Attore (A) e Convenuto (C) presentano ognuno una versione dei fatti, finalizzata a contrastare reciprocamente quella dell'avversario.

+ A C → -G

+ G → + AC

Più le parti (AC) allegano fatti meno ne dovrà individuare il Giudice (G).



³²⁵ Taruffo propone di analizzare, ad esempio, gli atteggiamenti di coinvolgimento (*involvement*) e distacco (*detachment*) che caratterizzano rispettivamente parti e giudice. Cfr. "Involvement and Detachment", cit.

³²⁶ M. Taruffo, *Ibidem*, p. 269.

³²⁷ Cfr. M. Taruffo, *Sui confini...*, cit., p. 242.

Nell'indagine in oggetto, a partire dalla esigenza di considerare il ruolo stesso del cliente, in maniera distinta da quello dell'avvocato, si propone di ampliare lo schema proposto con la seguente modalità:

+ CL → - AVV

+ AVV → + CTR

+ AVV CTR → -G

+ G → + AVV CTR

Il cliente (CL) “racconta” all'avvocato (AVV) il fatto, l'avvocato lo “traduce” in un atto che viene proposto all'altra parte (CTR)³²⁸.

Le due versioni contrapposte (AVV e CTR) vengono proposte al giudice (G). Quest'ultimo, (escluso che possa formulare ipotesi sui fatti principali diversi da quelli indicati dalle parti, a meno che non si tratti di eccezioni rilevabili d'ufficio), può a sua volta formulare ipotesi sui fatti allegati dalle parti che siano tuttavia diverse da quelle formulate dalle stesse parti³²⁹. Il giudice sceglie tra le due narrazioni contrapposte o ne costruisce una terza.

³²⁸ Come osserva Ferrari, questo processo sociale può ridurre ma anche accrescere la *complessità*.

³²⁹ M. Taruffo, *La prova...*, cit.

Parte II

Il ruolo delle parti nella *costruzione* del fatto. Analisi di casi

Capitolo IV
Il ruolo del cliente

1. Il contesto di “costruzione” del fatto: il “processo”

1.1 Premessa metodologica

La ricerca che qui si propone è situata in un contesto di *civil law*, quello dell’ordinamento giuridico italiano. Essa si fonda sulla *micro-analisi* di casi, oggetto di un primo grado di giudizio, curati da due studi specializzati in diritto del lavoro. La scelta del processo civile, come ambito di indagine, è giustificata dalla scarsa attenzione prestata sino ad ora alla *law in action* e dalla esistenza di studi dottrinali, in questo specifico ambito del diritto.

Sono stati esaminati *documenti ufficiali* del processo (atto introduttivo, memoria di costituzione e difesa, note difensive, sentenza, verbali di udienza, documentazione allegata dalle parti o disposta d’ufficio). Lo studio degli atti ufficiali del processo è affiancato dall’analisi del contenuto³³⁰ di *interviste* “non strutturate” sul “fatto”, proposte separatamente a clienti e avvocati, a seguito dell’introduzione del primo grado di giudizio e dall’analisi di *note* redatte dagli stessi clienti, su richiesta del legale, contenenti la “narrazione” del fatto. Si è inoltre tenuto conto, in uno dei casi analizzati, dello scambio di corrispondenza tra cliente e avvocato.

³³⁰ Il metodo di analisi adottato è, in senso lato, l’analisi del contenuto (*content analysis*), nella versione qualitativa. Il metodo di analisi del contenuto dei documenti è tipicamente utilizzato nelle scienze umane allo scopo di realizzare indagini sociologico-politiche. Essa consiste in un metodo di indagine che permette di scomporre il testo in più elementi costitutivi, in modo da metterne in evidenza la struttura e ricostruirne per quanto possibile i significati palesi e sottostanti. Consiste nell’identificazione, nel calcolo (soprattutto nel caso di analisi quantitativa), e nell’interpretazione di aspetti del contenuto che il ricercatore ritiene essere significativi. Ci sono diversi modi di condurre l’analisi del contenuto, secondo approcci quantitativi o qualitativi: il più tradizionale consiste nel calcolare le *occorrenze* degli aspetti del contenuto mentre il più recente è maggiormente interessato all’*interpretazione del significato*. Cfr. K. Krippendorf, *Content Analysis. An Introduction to its Methodology*, Beverly Hills, Sage Publ., 1980; G. Losito, *L’analisi del contenuto nella ricerca sociale*, Milano, Franco Angeli, 1993; P. Canan, G. P. Pring, *Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches*, *Law & Society Review*, vol. 22, n. 2, 1988.

Sull’impiego dell’analisi del contenuto nelle due varianti, qualitativa e quantitativa, per la lettura delle sentenze delle Corti cfr. M.C. Reale, *Il tribunale di primo grado e la litigiosità comunitaria. Un’indagine sociologico-giuridica*, Milano, Giuffrè, 2000; F. Di Donato, *Analisi qualitativa e quantitativa delle sentenze in una prospettiva di lawyering theory in I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, a cura di R. De Luca Tamajo e F. Bianchi D’Urso, Giuffrè, Milano, 2006.

La finalità è quella di uno studio di tipo *micro-sociologico ed empirico* dei ruoli svolti dalle parti (cliente, avvocato, giudice) nella “costruzione” del fatto. Si precisa che, dal punto di vista dell’indagine empirica, il significato del “fatto” che si assumerà qui è di fatto come *facere*, come *factum* ³³¹. Per “indagine empirica” inoltre non si intende il ricorso a dati quantitativi ma ad *una analisi di casi* focalizzata sulla “costruzione cognitiva” degli attori.



1.2. La nozione di “contesto” in una prospettiva pluridisciplinare

Alla base di questo lavoro un’attenzione specifica viene rivolta alla nozione di contesto, così come è stata formulata dalle scienze dell’uomo in questi ultimi decenni.

La “svolta interpretativa” che tende a caratterizzare i movimenti teorici contemporanei, accentuando lo spazio e l’importanza del momento interpretativo così come il riconoscimento di “pratica sociale” proprio dell’esperienza giuridica, ha inevitabilmente accresciuto la centralità del *contesto* al cui interno viene a formarsi il diritto” ³³².

Genericamente si evoca la nozione di contesto per indicare che “una certa azione o un certo evento non possono essere compresi in modo appropriato se non si prende in considerazione anche qualche altro aspetto dell’ambiente, della situazione in cui l’evento è inserito” ³³³.

³³¹ Secondo Latour e Woolgar, infatti, il termine fatto ha due significati contraddittori. Dal punto di vista antropologico va inteso come *facere, factum* (fare). In un altro significato, il fatto è considerato come prodotto di un’entità oggettiva esteriore, che in ragione della sua esteriorità non è suscettibile di essere modificato per volontà o per effetto di qualche circostanza. Cfr. Id., *La vie de laboratoire...*, cit.

³³² Gli stessi recenti sviluppi della teoria ermeneutica, nel sottolineare il nesso tra l’interpretazione e l’applicazione-produzione del diritto e soprattutto nel considerare la circostanza che il significato dei testi normativi viene determinato in stretto rapporto con la specificità del caso concreto, tendono sempre più a considerare il rapporto tra l’attività dei giudici ed i contesti in cui essa si svolge. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni...*, cit. Cfr. anche E. Pariotti, *La comunità...*, cit., p.18.

La tendenza è a parlare di “comunità interpretativa” per enfatizzare proprio la centralità della funzione interpretativa ai fini non solo della creazione del *corpus iuris* ma anche della coesione culturale, resa possibile attraverso la condivisione di storie comuni. Cfr. J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 29.

³³³ Lo studio del contesto è, secondo Mantovani, strettamente allacciato allo studio del *significato* che, come sappiamo, ha ricevuto impulso dalle ricerche di Bruner e dallo studio delle narrazioni

Lo studio del contesto ha finito per occupare, negli ultimi anni, una parte non trascurabile anche nelle scienze sociali. Soprattutto la questione del contesto è stata affrontata, negli ultimi decenni, in un'ottica eminentemente pluridisciplinare: la psicologia, la sociologia, l'etnologia e la linguistica hanno fornito contributi specifici alla comprensione dello svolgimento di attività all'interno dei contesti giuridici.

In particolare, in una prospettiva di *costruzionismo* sociale, considerare le attività all'interno del contesto in cui si realizzano significa, secondo Perret-Clermont, considerare che gli avvenimenti con i quali gli individui si confrontano hanno un carattere allo stesso tempo *oggettivo*, *soggettivo* ed *intersoggettivo*; che gli avvenimenti raramente sono completamente nuovi, piuttosto presentano dei punti in comune con degli avvenimenti conosciuti, si organizzano secondo certe regole o prassi che permettono all'individuo di dar senso a ciò che vive. L'attività intellettuale si iscrive sempre in un contesto di intenzioni e di interpretazioni. Ogni attività, compresa quella giuridica, non è solo applicazione di una procedura ma è accompagnata da un'attività parallela di interpretazione

“del senso della situazione, del compito, dei ruoli e delle responsabilità dei partner, delle loro intenzioni, della validità delle risposte, della natura delle conoscenze, del loro passato e della loro pertinenza al momento. [...] Tali interpretazioni non riguardano solo l'aspetto cognitivo ma anche il senso che il contenuto riveste per la persona, come dei suoi significati sociali ed identitari”³³⁴.

Perret-Clermont in particolare individua quattro livelli di ciò che definisce contesto: usa la metafora del “quadro” per far riferimento in primo luogo al *setting*, alla situazione specifica, ad esempio all'incontro tra un cliente e l'avvocato all'interno dello studio legale. In questo caso la cornice di riferimento è data dai limiti di tempo, di luogo e dalle regole che definiscono l'interazione,

come “privilegiate attività di produzione di significato”. G. Mantovani, *Metodi qualitativi...*, cit., pp. 21-22.

³³⁴ Traduzione nostra: “du sens de la situation et de la tâche, des rôles et responsabilités des partenaires et de leurs intention, de la validité des réponses, de la nature des connaissances, de leur passé et de leur pertinence présente et pour l'avenir. [...] Elles se renégocient tout au long de la relation. Elles ne concernent donc pas seulement la tâche cognitive, mais aussi le sens que revêt pour la personne le contenu de la connaissance aussi bien que ses significations sociales et identitaires”. A.-N. Perret-Clermont, *Psychologie sociale de la construction de l'espace de pensée, Actes du colloque. Constructivisme: usages et perspectives en éducation*, J.J. Ducret, Genève, Département de l'Instruction Publique: Service de la recherche en éducation, 2001, I, 65-82.

con un effetto strutturante della stessa relazione. Il secondo livello è rappresentato dalla “cornice” (c.d. quadro del quadro) intesa come contesto in senso stretto. Si tratta dell’istituzione, ad es. il tribunale, che definisce le regole ed in particolare le caratteristiche dei ruoli professionali nella specifica situazione, nonché i compiti di ciascuno e le modalità di incontro. Un terzo livello è rappresentato dalla “tradizione culturale”: il sistema di credenza, i miti, i linguaggi, le rappresentazioni sociali, le pratiche del gruppo ed i modelli teorici. Si pensi agli avvocato o agli stessi giudici, intesi come categorie professionali³³⁵.

Questi tre livelli a loro volta si collocano ovviamente all’interno di una dimensione sociale-culturale più ampia³³⁶.

Naturalmente il “quadro” non impone in maniera definitiva certe “definizioni della situazione”, ma cambia e si costruisce nel corso dell’interazione: gli avvenimenti non sono mai oggetto di un’interpretazione univoca ma rimandano sempre ad una molteplicità di quadri che influiscono sull’impegno e la posizione dei partecipanti³³⁷.

In una prospettiva più specificamente giuridico-sociologica Ferrari intende per contesto “la totalità dei fattori che influiscono sulla disputa e contribuiscono a definirla nell’interazione sociale”. Posto che la nozione di contesto è estremamente complessa, concorrerebbero a definirla, secondo il sociologo, l’organizzazione economica di una società, il suo diritto sostanziale e la sua “cultura giuridica”, le sue forme di organizzazione del potere, il suo grado di integrazione sociale, la relazione fra le parti, nonché fra esse ed il pubblico, il tipo di interesse o di questione che divide i contendenti³³⁸.

³³⁵ A.-N. Perret-Clermont, “Psychologie sociale”, cit. , pp. 73-74.

³³⁶ Nel caso del diritto, esiste secondo Ferrari, una tensione costante, latente o manifesta, tra il contesto giudiziario e quello sociale che interagisce con esso anche silenziosamente ma in maniera costante e parallela. Si pensi, ad esempio, ai processi politici o alle dispute in sede di contrattazione collettiva. Inoltre le dispute saranno diverse a seconda che si svolgano, per esempio, in una società rurale o pastorale. V. Ferrari, *La struttura del conflitto...*, cit.

³³⁷ M. Grossen, La notion de contexte: quelle définition pour quelle psychologie? un essai de mise au point, in J.-P. Bernié, *Apprentissage, développement et significations*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2001, p. 62.

³³⁸ V. Ferrari, *Teorie e metodo nell’analisi sociologica...*, cit.

1.3. Il processo come contesto “conflittuale” o meglio “il conflitto come processo”³³⁹

Ferrari, come già anticipato, definisce il *processo* come “la totalità delle azioni sociali indirizzate a trattare la disputa, sino alla decisione o alle decisioni che la dirimeranno in forma più o meno contingente o definitiva”³⁴⁰.

Sull’esempio del sociologo del diritto, si può dunque scegliere di connotare il contesto del processo come un contesto *conflittuale*³⁴¹. Diritto e conflitto³⁴², sono coesenziali, senza l’uno non esisterebbe l’altro. La funzione del diritto è appunto quella di “trattare”³⁴³ i “conflitti”, definendo e regolando i rapporti tra i contendenti³⁴⁴.

Si tratta di conflitti “dichiarati”, “pubblici”³⁴⁵, articolati “attraverso la rappresentazione di almeno una pretesa pubblicamente espressa in termini normativi, dove per “normativo” si intende (nell’accezione proposta da Galtung e adottata estesamente da Luhmann) l’atteggiamento di colui che insiste nella

³³⁹ Il titolo del paragrafo è mutuato da V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1991, pp.153-188.

³⁴⁰ Concorrono a definirlo, secondo Ferrari, le strategie dichiarate o meno dei contendenti, il rapporto tra queste e l’uditorio, l’intervento possibile del terzo e la tipologia dei terzi intervenuti, l’elasticità o rigidità delle forme di contesa. V. Ferrari, “Teorie e metodo”, cit., p. 345, 1993; cfr. inoltre *Funzioni del diritto...*, cit.

³⁴² Gli studi sociologico-giuridici sul tema della litigiosità si sono sviluppati in gran parte in America. La letteratura in materia ha ad oggetto soprattutto le dispute. In particolare il *Civil Litigation Research Project* sviluppato nella Wisconsin University è uno dei più ambiziosi programmi di ricerca sul processo civile che abbia cercato di spiegare i motivi che inducono i soggetti ad investire grandi quantità di denaro in *disputes* processuali. Al centro del programma di ricerca dunque la *disputa* ed “il ruolo-chiave svolto dalle *asimmetrie* del potere e dalle strategie di conflitto prescelte dalle parti nell’instaurazione del giudizio”. La ricerca, realizzata con metodi empirici, fu svolta attraverso interviste condotte con cinque campioni di avvocati e litiganti, rappresentanti di soggetti od organizzazioni coinvolte in processi civili, controversie o arbitrati. L’approccio utilizzato dai ricercatori si proponeva di analizzare le modalità di partecipazione ai processi civili, allo scopo di acquisire informazioni su chi utilizza i tribunali, sui motivi per i quali i litiganti si rivolgono alla giustizia e sui metodi di composizione delle dispute, cui ricorrono avvocati e giudici. Cfr. S. Pellegrini, *La litigiosità in Italia*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 6-7.

³⁴³ Su suggerimento di Ferrari si utilizza “trattare” in luogo di “risolvere” dal momento che il diritto interviene nei conflitti senza necessariamente risolverli, anzi contribuendo spesso ad acuirli (il diritto invocato dal vincitore è spesso percepito come arbitrario da chi soccombe). *Comunicazione personale dell’Autore*, marzo 2006.

³⁴⁴ Il riferimento è, nella prospettiva di Ferrari, sia alle teorie sociologiche di carattere integrazionista (da Durkheim a Luhmann passando per Parsons) sia a quelle di carattere conflittualistico (da Marx a Dahrendorf attraverso Weber). V. Ferrari, “Teorie e metodo”..., cit., pp. 343 e ss.

³⁴⁵ V. Ferrari, *Funzioni...*, cit., p.157. Cfr. inoltre V. Ferrari, *Diritto e Società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.77.

propria pretesa a dispetto dell'altrui opposizione, in genere esibendo una norma (a qualsiasi sistema appartenga, anche alternativo rispetto all'ordinamento riconosciuto come vigente) che la giustifica, la "legittima"³⁴⁶.

L'intervento del diritto è dunque finalizzato a trattare *ex post* conflitti che si sono già manifestati, nella forma di pretese incompatibili. "Il conflitto originerebbe dalla circostanza che il meccanismo normativo non ha operato immediatamente, nel senso che la regola invocata dal soggetto nei confronti di un altro non ha realizzato la sua funzione persuasiva ed il soggetto, deluso nelle sue aspettative, non ha desistito dalla sua pretesa"³⁴⁷. L'interazione che si sviluppa può essere descritta come un processo "rivolto — secondo Ferrari — alla graduale concretizzazione della sanzione", graduale nel senso che la sanzione non necessariamente rappresenterà l'esito del conflitto. Il processo dunque è rappresentato da Ferrari come "una successione di azioni, strategicamente orientate e provviste di un certo grado di collegamento tattico"³⁴⁸.

Anche Pellegrini rimarca che, nella definizione sociologica corrente, la disputa³⁴⁹ "non è altro che una forma di interazione sociale, uno stadio evolutivo attraverso il quale qualsiasi interazione può passare"³⁵⁰.

Cosicché studiare il processo in senso interattivo e nel suo contesto significa, con Ferrari, non solo esaminare la disputa in sé, ma "le sue origini, i suoi rapporti interindividuali e sociali nei quali si è sprigionata" al punto che il processo è considerabile una variabile del contesto³⁵¹.

³⁴⁶ V. Ferrari, "Teorie e metodo"..., cit., pp. 344.

³⁴⁷ Secondo Friedman perché si parli di litigiosità sono necessari almeno tre elementi fondamentali: una rivendicazione, una disputa o un conflitto, il ricorso ad una specifica istituzione che lo risolva, il tribunale. Le dispute che possono considerarsi oggetto di litigiosità sono solo quelle *contested in court*. L.M. Friedman, *Litigation and Society*, in *Annu. Rev. Sociol.*, vol.15, 1989, p.18.

³⁴⁸ V. Ferrari, *Funzioni...*, cit., p. 160.

³⁴⁹ Ferrari ritiene riduttivo parlare di dispute. Il termine "disputa" è, a giudizio dello studioso, troppo connotato in termini minimalistici ed individualistici. I conflitti dichiarati, al cui trattamento contribuisce il diritto, non sono solo quelli tra singoli soggetti. Ogni tipo di conflitto, purché dichiarato, può essere canalizzato nelle vie giuridiche, essere rapportato a modelli normativi.

³⁵⁰ Cfr. R.L. Abel, *A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society*, in *Law & society Review*, vol. 8, n.1, pp. 217-347, 1974, cit. in S. Pellegrini, *La litigiosità...*, cit., p. 6.

³⁵¹ Cfr. *amplius* V. Ferrari, *Funzioni...*, cit., p.162 e ss.

1.4. Il ruolo delle parti nel “conflitto”

Il carattere pubblico del conflitto fa sì che le parti assumano ruoli formali incanalando la loro azione entro binari precostituiti: “attore” e “convenuto”, “*plaintiff*” e “*defendant*”³⁵². L’interazione conflittuale giuridica coinvolge tuttavia soggetti anche non necessariamente partecipanti alla disputa come il contumace (o ancora, ad esempio, in senso più ampio, tutti i lavoratori destinatari dell’interpretazione di una norma in materia di contratti collettivi, etc.). Né si tratta di soggetti che necessariamente rivestono il ruolo di “parte” o di “giudice”³⁵³.

Vi sono inoltre soggetti che partecipano in maniera del tutto passiva, come uditori ad esempio, ma che possono sortire l’effetto di influenzare l’azione orientando in qualche modo il comportamento dei protagonisti³⁵⁴.

Naturalmente “rientrano a pieno titolo coloro che affiancano le parti nel conflitto cioè, nella disputa giudiziaria tipica, gli avvocati o gli altri consiglieri” che traducono le domande delle parti “nel linguaggio curiale”, le “trattano” per renderle compatibili con le regole del gioco”³⁵⁵.

È decisivo, secondo Ferrari, che i soggetti non interagiscano quasi mai direttamente ma attraverso l’intervento di altri soggetti, che si interpongono con funzioni rilevanti per la comunicazione processuale. L’avvocato, come più ampiamente si dirà nel capitolo successivo, traduce in chiave giuridica le pretese del cliente sulla base di un modello che abbia un’apparenza normativa. Si tratta tuttavia di un ruolo variabile, talvolta scomparendo dietro il cliente, talaltra modificandone la versione nell’interesse di questi o dello Stato o nel suo stesso interesse³⁵⁶.

³⁵² V. Ferrari, *Diritto e Società* ..., cit., p.77.

³⁵³ Vi sono parti che, in prospettiva sociologica, “confliggono *de facto* per conto di altre e quindi soggetti che, dall’esterno, cercano di influire sulla disputa perché sono interessati alla sua soluzione”. Ferrari fa proprio l’esempio del ruolo del sindacato e dell’unità sindacale aziendale nella procedura ex art. 28 Stat. Lav.

³⁵⁴ V. Ferrari, *Funzioni...*, cit., p. 162 .

³⁵⁵ V. Ferrari, *Diritto e società...*, cit., p. 78.

³⁵⁶ Cfr. M. Cain, *The General Practice of the Lawyer and the Client: Towards a Radical Conception*, in *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979.

Lo stesso ruolo del giudice nel conflitto è variabile, né tutti i conflitti culminano con una decisione giudiziale ³⁵⁷. È proprio la legge processuale, osserva Ferrari, ad attribuire al giudice una possibilità di intervento graduale e incostante: “vi sono fasi iniziali e fasi intermedie, in cui anche il giudice del processo civile contemporaneo esiste solo sullo sfondo del conflitto, come un teste qualificato, muto e perfino inconsapevole, mentre la relazione si sviluppa in modo *diadico* tra le parti che ‘dispongono’ del processo”. È la distinzione classica tra processi a struttura *diadica* e processi a struttura *triadica* ³⁵⁸.

Infine non si può non ricordare che il giudice non è scelto dai contendenti, ma è assegnato dal sistema giuridico; procede secondo un metodo predefinito in gran parte dal sistema stesso, non suggerisce ai contendenti una regola con cui risolvere la contesa ma la impone rendendola vincolante non solo per le parti ma anche per se stesso ³⁵⁹.

1.5. Il ruolo delle parti nella “trasformazione della disputa”

Abel indaga i modi in cui le dispute sono trasformate (*handled*) attraverso il ruolo svolto delle parti. A partire dallo studio del 1973 di un particolare sistema giuridico, quello del Kenya, Abel conclude che sono proprio i ruoli rivestiti dalle persone che intervengono in una disputa a caratterizzare le differenze strutturali delle dispute da sistema a sistema ³⁶⁰.

³⁵⁷ Può accadere, infatti, che le parti abbandonino la contesa, o che si giunga ad una conciliazione attraverso la procedura legale o la semplice mediazione di un terzo o rimettendo la decisione ad un arbitro. Si tratta di una scelta libera almeno per quanto riguarda il processo civile.

³⁵⁸ Aubert classifica inoltre le questioni oggetto di lite in “dispute di valore” e “dispute di interesse”; le prime tese alla ricostruzioni di torti e ragioni, tese a comprendere che cos’è accaduto, le seconde tese alla regolamentazione del rapporto nel futuro, finalizzate a stabilire che cosa dovrà accadere. Le prime tendono proprio a caratterizzarsi secondo una struttura *diadica*, le seconde con una struttura *triadica*. V. Aubert, Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution, in *The Journal of Conflict Resolution*, vol. VII, num, 1, 1963; Ferrari, “Teoria e metodo”, cit., p. 349.

³⁵⁹ V. Ferrari, *Diritto e società...*, cit., p150.

³⁶⁰ Lo scopo del suo studio è proprio quello di avvalersi del concetto di disputa come *concetto-chiave* per comprendere i modi in cui le dispute sono trasformate all’interno di ogni società e attraverso differenti società. Ritiene infatti Abel che il concetto di diritto, altamente problematico a partire da tutti i tentativi di definizione che ne sono stati fatti da Weber in poi, sarebbe al contrario meno adatto al tentativo di una lettura trasversale delle caratteristiche dei diversi sistemi legali nelle diverse società. Tutte le definizioni sono stipulative, un accordo sulla definizione di diritto è

La definizione di partenza per Abel è, come già anticipato, della disputa come *forma di interazione sociale*, uno stadio evolutivo attraverso il quale ogni relazione può passare.

“Per dar vita ad una disputa i partecipanti debbono in primo luogo entrare in contatto fisico tra loro e questo contatto deve portare ad una significativa interazione. Tale interazione deve contenere un elemento di conflitto — le parti devono sviluppare infondate pretese rispetto a risorse³⁶¹. Il disaccordo circa una questione di fatto (ad esempio il nome del diciassettesimo presidente degli Stati Uniti) non è un conflitto; esso potrebbe diventare conflitto se i partecipanti hanno rappresentato non solo rivendicazioni di fatto ma anche un riconoscimento di superiorità intellettuale. [...] cose intangibili come la reputazione possono anche essere l’oggetto di una disputa”³⁶².

La caratterizzazione di un conflitto come un comune stadio evolutivo in ogni relazione significa enfatizzare, nella prospettiva di Abel, che non si è in presenza di un esempio di devianza.

Il conflitto può trasformarsi in una disputa se le pretese sono sostenute pubblicamente, se la loro incompatibilità è comunicata a qualcuno e se esse sono giustificate nei termini di una norma che potrebbe soddisfarla.

Le dispute inoltre, come accennato, sono classificate a struttura *diadica* o *triadica*, a seconda che le parti si rivolgano o meno ad un terzo (*intervenor*). In questo caso si parla di *case* o *controversy*. Naturalmente, precisa Abel, sebbene una disputa presupponga un conflitto ed un conflitto un’interazione, la sequenza cronologica non è inevitabile o irreversibile: il contatto può non portare ad un’*interazione* significativa (ad es. urtare contro un passeggero in autobus); l’interazione può non portare ad un *conflitto* (una parte potrebbe immediatamente porgere le scuse); ed il conflitto può non evolvere mai in una *disputa*.

Ovviamente la sequenza di sviluppo può essere rovesciata: una disputa può *ridimensionarsi* a mero conflitto se una delle parti cessa di asserire la propria

difficile da raggiungere. Cosicché lo studioso aderisce ad una prospettiva realistica (il riferimento è soprattutto a Llewellyn), secondo cui la chiave di accesso al diritto risiede nella sua applicazione, che non può essere adeguatamente spiegata dalle sole norme giuridiche. Le scienze sociali inoltre offrirebbero una comprensione più completa dei processi di applicazione e di presa di decisione (*the legal decision making*). La conclusione cui giunge Abel è la stessa cui era pervenuta Weber: “Tutte le autorità si confrontano con l’inevitabile conflitto tra il formalismo astratto della certezza legale ed il desiderio di raggiungere scopi sostanziali”. Cfr. R.L. Abel, “A Comparative Theory”, cit., pp. 221-224, 226, 303.

³⁶¹ Il riferimento è alla distinzione tra conflitto di interesse e conflitto di valore che aveva già proposto V. Aubert, *Competition and dissensus...*, cit.

³⁶² R.L. Abel, “A Comparative Theory”, cit., p. 227.

pretesa pubblicamente; il conflitto può *sparire* dall'interazione se la parte cessa di credere di avere un diritto; un'interazione significativa può *limitarsi* al mero contatto fisico ed il contatto stesso può cessare.

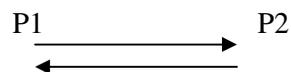
Si parla inoltre di *decisione* per indicare una scelta tra alternative; una decisione può anche risultare da un accordo tra le parti.

Naturalmente ogni società sarà caratterizzata da un numero relativamente limitato di modelli (*patterns*), che in quanto modelli ricorrenti di dispute sono istituzionalizzati. Il che significa che il partecipante occupa un ruolo all'interno delle istituzioni che gestiscono la disputa e questi ruoli definiscono le relazioni tra tutti i partecipanti nella disputa e tra ogni partecipante ed il mondo esterno. È questa la c.d. *struttura* della disputa o *istituzione* della disputa. La definizione dei ruoli all'interno della disputa coinvolge il modo in cui i titolari di questi ruoli agiscono. Il loro comportamento è chiamato da Abel *processo, disputa* o *istituzione*. Sebbene si parli di struttura con riferimento a qualche causale, cronologica priorità rispetto al processo, il processo è visto come azione che ricorre all'interno di un ambiente strutturato. Questi concetti sono ovviamente relativi e la loro interazione è reciproca. Per finire, la misura in cui un modello di disputa è istituzionalizzato rappresenta esso stesso una variabile: il litigio in una corte giudiziaria è altamente istituzionalizzato, le liti coniugali non lo sono ³⁶³.

1.6. La struttura elementare della disputa

La struttura più semplice, in termini di numeri di elementi, è quella in cui ogni parte svolge il ruolo di *audience* rispetto alle pretese dell'altra.

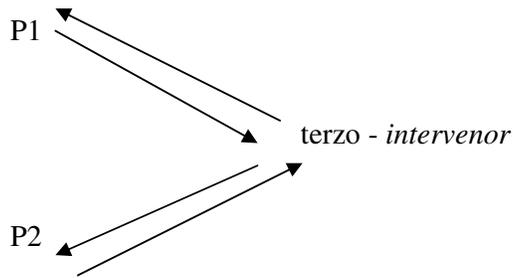
Abel propone uno schema di questo tipo:



³⁶³ *Ibidem*, pp. 227-229.

Lo studio in questo caso è limitato ai ruoli dei *disputanti* ad alle loro reciproche relazioni ³⁶⁴.

Una disputa a struttura più complessa è quella in cui interviene un *terzo*:



Le caratteristiche aggiuntive che potrebbero definire questa situazione sono:

la presenza di una *audience* che recepisca le richieste delle parti oltre che le parti stesse, che ascoltano le proprie reciproche pretese ed intervengono nella disputa in qualche modo.

I disputanti comunemente portano le proprie pretese innanzi ad un terzo e la sua risposta raramente è interamente passiva (per indicare il terzo Abel si avvale del termine di *intervenor* piuttosto che di giudice, mediatore o altro) ³⁶⁵.

Come accennato, ci sono delle variabili rispetto al modo in cui un conflitto diviene disputa: una di questa riguarda il pretendente (*claimant*) che asserisce una pretesa, se lo fa personalmente o attraverso un rappresentante, a chi rivolge la pretesa e in quale foro soprattutto. Iniziata la disputa, la sua ampiezza si definisce lungo tre dimensioni: il numero e la portata delle doglianze, il numero e l'identità delle parti coinvolte e la profondità storica in cui la controversia sarà esplorata ³⁶⁶.

Le dispute differiscono inoltre a seconda dei risultati cui esse tendono: alcune non si attendono un risultato fisso, altre premono verso un risultato specifico. Il risultato può essere imposto unilateralmente su una parte o può venir fatto uno sforzo più o meno importante per ottenere il loro accordo attraverso una

³⁶⁴ A questo proposito Abel ricorda che Evans Pritchard nel suo studio sui Nuer dimostra che la distanza strutturale tra particolari disputanti incide significativamente sull'evoluzione della disputa. *Ibidem*, p. 246.

³⁶⁵ In effetti Abel si avvale proprio del ruolo del terzo per spiegare le caratteristiche del processo (ad esempio a seconda che si tratti di un giudice o di una giuria). *Ibidem*, pp. 244-251.

varietà di “significati”. Il rimedio può essere espresso in sanzioni che sono repressive o restitutive, positive o negative, diffuse o organizzate. Il giudizio può essere pronunciato come finale o la finalità può essere coscientemente evitata; in entrambi i casi possono esservi opportunità di revisione o reinterpretazione. E naturalmente ci saranno variazioni nel modo in cui il comportamento successivo sarà inciso dalla decisione ³⁶⁷.

È bene qui precisare, con Ferrari, che il termine “struttura” è utilizzabile per far riferimento all’intelaiatura normativa che incanala il conflitto sia *a priori* che *a posteriori*, anche se da taluni – da Friedman ad esempio – è utilizzata con riferimento solo ad una parte del sistema giuridico, la struttura giudiziaria.

Cosicché si adotterà il termine di struttura nel significato di normativa sostanziale e procedurale entro il quale vengono incanalati non solo i conflitti giudiziari ma anche le azioni e le aspettative sociali in senso lato. La struttura giuridica, infatti, incanala il conflitto sia *a priori* attraverso una serie di minacce, promesse, incentivi e disincentivi che caratterizzano la normativa sostanziale sia *a posteriori* quando il conflitto insorge, nonostante la minaccia. È lo stesso diritto a mettere a disposizione i mezzi di risoluzione del conflitto attraverso canali e forme prestabiliti ³⁶⁸.

1.7. La trasformazione delle dispute attraverso la “negoziiazione”

Il *disputing* può essere visto come un processo di “contrattazione” in cui l’oggetto della disputa e la cornice normativa da applicare sono negoziati a mano a mano che la disputa procede.

L’approccio di Mather e Yngvesson enfatizza il modo in cui le dispute sono trasformate attraverso la negoziazione ³⁶⁹. Secondo le due studiose, le dispute si modificano in risposta agli interessi dei partecipanti (ad es. la

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 229-232.

³⁶⁸ Naturalmente ci possono altri canali di soluzione del conflitto, come abbandonarlo oppure rivolgersi ad un arbitro.

³⁶⁹ L. Mather, B. Yngvesson, Language, Audience, and The Transformation of Disputes, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3-4, pp. 775-821, 1980-81.

presentazione dei fatti in base al risultato sperato). Questi tendono a imporre categorie prestabilite (*narrowing*). Il *narrowing* è particolarmente marcato quando una disputa è trattata, ad esempio, dai funzionari di un tribunale specializzato come una corte con modi altamente *routinizzati* di trattare i casi, per classificare eventi o relazioni o sviluppare una struttura che sfida categorie prestabilite (*expansion*). Le dispute possono infatti espandersi aggiungendo nuovi temi, ampliando l'arena della discussione o incrementando il numero ed il tipo di partecipanti attivi. La disputa non è un evento statico, i soggetti hanno interessi diversi e diverse prospettive.

In questo senso è fondamentale il c.d. agente di trasformazione, ad esempio la partecipazione dell'*audience* o l'intervento di un terzo, il giudice, così come è rilevante la presenza dei sostenitori delle parti (avvocati ed altri parlanti). La disputa è inoltre definita attraverso il linguaggio ed attraverso i ruoli giocati dai vari partecipanti. La stessa formulazione della disputa (*phrasing and rephrasing*) in una pubblica udienza, ad esempio, può pregiudicare se non addirittura colpire il risultato. Il *linguaggio* è di fondamentale importanza nella misura in cui richiede regole di sintassi e semantica "a cui i pensieri individuali devono essere sottomessi se essi cercano espressione"³⁷⁰.

In più è cruciale il *contesto sociale* del *disputing*. Dal punto di vista della letteratura etnografica e delle scienze politiche, ognuno di questi partecipanti potrebbe giocare un ruolo centrale nella trasformazione della disputa. Invocare il supporto di un ampio pubblico può senz'altro essere un modo per sfidare l'ordine normativo convenzionale. La complessità dell'organizzazione è un'altra variabile che influenza la strategia di espansione. Naturalmente non sono le regole a determinare il comportamento ma è l'abilità degli uomini a manipolare le regole, secondo la prospettiva *costruttivista*, condivisa peraltro da Geertz, secondo cui sono gli uomini ad imporre un ordine culturalmente costruito al mondo sociale e fisico³⁷¹.

³⁷⁰ La citazione è di de Saussure, *ibidem*, p. 821.

³⁷¹ *Ibidem*, pp. 775-821.

2. Il ruolo del cliente

2.1. Le narrazioni processuali

Nell'aspirazione alla realizzazione di una ricerca interdisciplinare lo sforzo è di coniugare le teorie del *disputing*, sopra illustrate, con le tecniche analitiche derivate dalla psicologia cognitiva e culturale, dalla linguistica e dalle prospettive narrative nonché, in qualche misura, dalla stessa etnometodologia, secondo gli orientamenti metodologici della *Lawyering Theory*, ed a partire dal quadro teorico-filosofico delineato nei capitoli I e II.

Esaminata infatti la c.d. struttura della disputa ed analizzati i ruoli che le parti possono rivestire al suo interno, la teoria narrativa può costituire un utile strumento per la comprensione di come avvocati e giudici agiscono all'interno del processo ed in primo luogo per analizzare il ruolo che svolge il cliente nella costruzione del fatto.

In particolare Antony Amsterdam et al.³⁷² ritengono che i *litigators* siano inestricabilmente immersi nella narrativa sia pure in maniera inconscia. Propongono pertanto una sorta di inventario degli usi possibili della narrazione nel processo affinché le parti possano usare la *costruzione narrativa* come parte integrante del loro lavoro, sfruttando le possibilità che la narrativa fornisce di costruire "mondi possibili", di fare scelte strategiche tra le possibili alternative proprio sulla base della comprensione degli elementi della costruzione narrativa e di come questi elementi possano accordarsi tra loro³⁷³.

Amsterdam et al. propongono così una sorta di inventario degli usi pratici che un *litigator* può fare della narrativa in ogni caso particolare. Ne viene fuori un profilo della struttura-base e dei processi narrativi, una specificazione delle caratteristiche, delle condizioni e degli elementi della narrativa nel *setting* processuale³⁷⁴.

³⁷² T. Alper, A. Amsterdam et al., *Stories Told and Untold: Lawyering Theory Analyses of the First Rodney King Assault Trial*, in *Clinical Law Review*, vol. 12:1, 2005.

³⁷³ L'inventario è concepito per un processo con giuria, si ometteranno pertanto quegli usi che sono adatti esclusivamente a quel tipo di processo.

³⁷⁴ Sugli usi della narrazione nel processo Cfr. inoltre W.L. Bennett e M.S. Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom...*, cit. ; N. Pennington e R. Hastie, *A Cognitive Theory*

Sono così elencati otto possibili usi della narrazione nel processo:

1. *L'uso della narrazione per generare ipotesi che guidino l'indagine e che evitino la chiusura dell'indagine con giudizi prematuri.* L'indagine fattuale deve essere condotta attraverso la formulazione di ipotesi di ciò che è accaduto e perché. Le ipotesi sono costruite in una forma narrativa, con una scena, dei personaggi, delle azioni, degli strumenti e dei motivi, secondo la struttura proposta da Burke. La trama delle storie è in genere costruita, secondo Amsterdam e Bruner, sulla base di questi elementi che guidano l'immaginazione del *litigator*³⁷⁵. A loro volta naturalmente questi "dettagli" ne suggeriscono altri che potrebbero coesistere o meno fornendo uno specifico *focus* per l'indagine. La possibilità di esplorare più ipotesi da proporre potrebbe essere garanzia di successo per un *litigator* e questa funzione di esplorare possibilità alternative è assolta proprio dalla narrativa.

2. *L'uso della narrativa può essere funzionale a sviluppare una teoria del caso.* L'efficacia di una narrativa processuale sta nel mediare fatti e norme, nella costruzione del caso, per cui l'intera teoria del caso di un *litigator* prende la forma della narrativa che invoca una decisione favorevole con i fatti organizzati in modo tale da invocare l'applicazione di regole di diritto, regole di procedura, il riferimento ad elementi di prova, considerazione dell'equità, etc. Normalmente se il *litigator*, nel costruire il caso, si avvale di categorie tipiche della cultura corrente, indurrà una più favorevole reazione in chi decide facendo riferimento ad elementi fattuali (scene, trame e personaggi) di storie tipiche correntemente accettate.

3. *La narrativa è funzionale a (sondare) o influenzare il pensiero di testimoni o altre fonti di informazione (giurati ed altri partecipanti al processo).* I *litigators* devono costantemente prendere decisioni strategiche in funzione di come le persone pensano e di come reagiranno rispetto all'azione degli avvocati.

4. *L'uso della narrativa per consentire alla giuria di familiarizzare con linee di pensiero che sono funzionali a far emergere il caso del litigator o a far passare in secondo piano il caso della parte opposta.* La narrativa è senz'altro un

of Juror Decision Making: The Story Model, *Cardozo Law Review*, 13, 519-557, 1991; N. Feigenson, *Legal Blame: How Jurors Think and Talk About Accident*, Softcover, 2001.

³⁷⁵ Cfr. *amplius* cap. I, par.7.

modo speciale di pensare, di processare informazioni, di procedere da premesse a conclusioni, finalizzato a consentire ai giurati di ricostruire la storia. Tra le importanti qualità del pensiero narrativo (elencate nel cap. I, § 6) si richiamano innanzitutto la sua *ermeneuticità*: il significato del tutto deriva dalle parti proprio come il significato delle parti è derivato dal tutto. L'altra importante caratteristica è che essa genera aspettative attraverso presunzioni di "rilevanza". Infine le storie traducono il tempo in una sequenza di eventi. Far emergere queste distinte qualità della narrazione dà la possibilità ad un *litigator* di indurre i giurati a "processare" ciò che ascoltano e ciò che vedono nel processo in modo da far prevalere questo caso rispetto a quello della controparte.

5. *L'uso di particolari narrazioni per accreditare, screditare o configurare o mettere in codice elementi di prova o di informazione.* Le storie sono utili al *coding* di elementi di prova o altri pezzi del caso. Il *coding* è il processo attraverso cui parole, immagini, oggetti e idee vengono associati ad altre così che il passato porti alla mente l'attualità. La costruzione narrativa implica un considerevole *coding* che contribuisce a rendere verosimile le buone storie ³⁷⁶.

A partire dalle caratteristiche della narrativa processuale così individuate, è senz'altro scontato precisare che sebbene le storie abbiano caratteristiche comuni esse differiscono a seconda degli scopi per cui sono raccontate, a seconda del *setting*, delle convenzioni e delle regole tipiche dello specifico *setting* (ad es. processo con o senza giuria).

Posto che i processi non sono entità già date ma eventi contingenti, culturalmente definiti, il processo si caratterizza senz'altro come un contesto che influenza profondamente il modo in cui le storie vengono raccontate.

Nello specifico contesto del processo ogni parte contrasta la storia dell'altra per convincere un decisore della verità di ciò che è accaduto con lo scopo di ripristinare il proprio c.d. stato iniziale o ricostituirne un altro, ripristinando lo stesso ordine sociale, attraverso la decisione finale del giudice. Ogni processo civile, penale, etc., si caratterizza come un contesto in cui la storia di una parte riflette in qualche modo la verità di ciò che è accaduto cosicché

³⁷⁶ Si omettono i nn. 6-7-8 che riguardano più strettamente i processi con giuria.

stabilire la verità di una parte significa disconfermare la verità della storia avversaria.

La norma condivisa tra tutti i partecipanti al processo è infatti che solo uno dei litiganti ha ragione su ciò che è accaduto. Tutto lo sforzo dei litiganti è concentrato in questa direzione.

Le storie a cui i *litigators* chiedono al giudice di prestar fede sono “i fatti del caso” che debbono apparire veri (non solo dal punto di vista della verosimiglianza ma della referenzialità esterna).

Il *litigator* deve essere in grado di proporre storie che siano immuni da possibili sfide dell'altra parte: il che vuol dire che i pezzi fragili di storia vanno eliminati perché la difesa non sia resa vulnerabile³⁷⁷.

Infine la storia raccontata da un *litigator* al giudice è una storia senza il capitolo finale, quello della decisione che sarà scritta. Naturalmente l'ultimo capitolo dovrà essere un verdetto a favore del cliente.

2.2. Le storie dei clienti

In questa parte della ricerca si cercherà di analizzare, in particolare, le storie dei clienti, raccolte mediante interviste non strutturate sui fatti oggetto del conflitto. Ci si avvarrà, sull'esempio di Amsterdam e Bruner della *Pentade* di Burke, la c.d. grammatica degli elementi allo scopo di rispondere agli interrogativi del “*dove, chi, cosa, quando, perché*” del nascere di una storia³⁷⁸. Ogni storia sarebbe cioè caratterizzata da una *trama-plot* i cui elementi costitutivi sono rappresentati da quelli individuati da Burke nella c.d. *Pentade*.

Nonostante l'intercambiabilità degli elementi della *Pentade* renda la narrativa un *medium* flessibile e variabile, Amsterdam et al. ritengono che ci sia una certa costanza nel modo in cui gli *agenti* della *Pentade* agiscono per

³⁷⁷ R. Rubinson, “Client Counseling”, cit.. È anche la tesi di Taruffo, “Profili della decisione”...., cit.

³⁷⁸ Secondo Burke “any complete statement about motives will offer some kind of answers to these five questions: what was done (act), when or where it was done (scene), who did it (agent), how he did it (agency) and why (purpose)”. Citato in T. Alper, A. Amsterdam et al., “Stories Told and Untold”, cit.

perseguire i loro *scopi* all'interno della *cornice temporale* della *scena*. Questa costanza è appunto quel che si definisce *trama*. La maggior parte delle storie hanno dunque una struttura comune cosicché il dispiegarsi della trama può ricondursi implicitamente o esplicitamente alla struttura indicata nel par. 7 del capitolo I, che funge da "sintassi" degli elementi. La definizione di narrazione, coniata da Amsterdam e Bruner, è cioè concepita dagli autori come una sorta di "semantica" e "pragmatica" degli elementi della Pentade (*agente, ricevente, scena, azione, scopo*).

Come si leggerà, a determinare l'origine di una storia è l'insorgenza di un c.d. *trouble* che viola un'iniziale condizione di legittimità in cui si trovano i protagonisti. Il nucleo centrale della storia ruota dunque attorno al tentativo di individuare e definire il *trouble*.

Emergerà che è a partire da una *norma* o *da condizioni legittime*, in senso lato e tenendo conto delle specifiche circostanze del caso che può essere verificato che cosa costituisca o meno un *trouble*: "perché si verifichi un *trouble* deve verificarsi la violazione della norma"³⁷⁹. La norma funge da dunque criterio di selezione rispetto al *trouble*, coerentemente con l'impostazione dottrinale tradizionale. Il primo elemento da verificare allora in una "storia legale" è che lo stato iniziale sia "legittimo".

Si propongono a questo fine le *storie* di tre *clienti*.



La storia di Marina: "da capoprogetto a tappabuchi".

Sintesi della storia³⁸⁰:

³⁷⁹ J. Bruner, *Comunicazione personale*, 25/7/2006.

³⁸⁰ La storia di Marina e le altre che seguiranno sono raccontate in maniera anonima (con omissione, ad esempio, delle specificità del datore di lavoro, di nomi, di luoghi, di date, etc.), nel rispetto della privacy del cliente e dello stesso avvocato, pur trattandosi nella maggior parte dei casi di vicende "pubblicamente" definite. Per la stessa ragione non è stato possibile allegare in visione gli atti del procedimento né la documentazione ufficiosa concernente i clienti o gli avvocati.

Marina, per effetto di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, è impiegata, con la qualifica di “capoprogetto”, presso un’azienda multinazionale avente sede, tra le altre, in una città italiana. Dopo qualche anno di “felice collaborazione”, al mutamento del direttivo aziendale, Marina si ritrova alle prese con una serie di modifiche concernenti l’assetto aziendale. Il nuovo capo le rifiuta il riconoscimento di una qualifica professionale superiore che, per gli anni di formazione e di esperienza presso l’azienda, Marina ritiene di aver maturato. Nel contempo, Marina è costretta a chiedere giorni di permesso per sottoporsi a cicli di terapia contro l’infertilità. I dirigenti interpreteranno le assenze della dipendente come una “diminuzione di efficacia” lavorativa, al punto che Marina sarà invitata a dimettersi. Marina non accetterà la richiesta di dimissioni, si rivolgerà ad un legale, che dapprima la orienterà in una trattativa privata con i suoi capi poi interverrà direttamente nella vicenda.

L’avvocato “diffiderà” innanzitutto i dirigenti dal continuare a tenere in uno stato di “inattività” la sua cliente, così come li inviterà a riconoscere la qualifica professionale superiore maturata dalla stessa. Successivamente, a seguito dell’iniziativa dell’azienda di assegnare Marina ad un incarico trasferendola in un’altra città, l’avvocato ricorrerà ad un c.d. provvedimento d’urgenza, disciplinato ex art. 700 c.p.c.³⁸¹, allo scopo di impedire il trasferimento. Il legale ritiene infatti che il provvedimento sia “illegittimo” per carenza o irragionevolezza della motivazione, ai sensi dell’art. 2103 c.c.³⁸². Non ci sarebbero ragioni, secondo l’avvocato, per cui Marina debba essere trasferita in un’altra città; ritiene inoltre che il comportamento dell’azienda sia di tipo “ritorsivo”, conseguente alla richiesta della dipendente di giorni di permesso

La Banca, per mezzo del suo legale rappresentante, si difende dichiarando che il provvedimento contestato non è un “trasferimento” bensì una “trasferta” temporanea in un’altra città.

La decisione del giudice sarà negativa, non riconoscendo quest’ultimo i presupposti dell’urgenza (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), richiesti dal *giudizio cautelare*; accoglie pertanto la tesi dell’azienda, ritenendo che la “trasferta” sia “contemplata come ipotesi normale del contratto di lavoro [...]”

³⁸¹ Art. 700 c.p.c. “Condizioni per la concessione”. *Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice (669 ter, 669 quater, 669 quinquies) i provvedimenti d’urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*

³⁸² Art. 2103 c.c. “Prestazione del lavoro”. *Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto (96 att.) o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. [...].* A tal proposito inoltre la Corte di Cassazione (sez. Lav. N.1530 del ’98) ha precisato che *il datore di lavoro ha l’obbligo non soltanto di non assegnarlo a mansioni inferiori (art.2103 c.c.) ma anche di non tenerlo in forzata inattività senza assegnazione di concrete funzioni, poichè il lavoro costituisce un mezzo non solo di guadagno ma anche di estrinsecazione della personalità.*

Nel successivo *reclamo*, proposto ex art. 669 terdecies c.p.c.³⁸³, *l'avvocato di Marina* lamenta che la sua cliente sia stata inquadrata formalmente come *Project Manager* ma che di fatto sia stata adibita a mansioni inferiori, con conseguente violazione degli obblighi scaturenti dal contratto di lavoro nonché dei principi di “correttezza” e “buona fede”, art.2103 c.c. e art. 2087 c.c.³⁸⁴.

L'avvocato della Società smentisce che Marina sia stata adibita a mansioni inferiori, rispetto a quelle per cui era stata inquadrata, lamentandone addirittura la “negligenza” nell’esecuzione dei precedenti progetti.

Alla vigilia della discussione del reclamo, *l'azienda* proporrà al legale di Marina il ricorso ad una “transazione”, in luogo della definizione giudiziale della vicenda, triplicando l’offerta economica iniziale, collegata alla proposta di dimissioni volontarie.



La storia di Marina secondo l’articolazione della *Pentade*³⁸⁵.

In uno *stato iniziale* che può definirsi *legittimo*, per effetto di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa in virtù del quale Marina opera come “capoprogetto” all’interno di un’azienda multinazionale, con un ottimo *budget* annuo ed una serie di *benefits* (come l’utilizzo di una macchina aziendale, etc.) e di pubblici riconoscimenti, si verifica l’insorgenza di un *trouble*.

Al mutamento del direttivo aziendale finisce per snaturarsi progressivamente il rapporto fiduciario tra Marina e la sua azienda. Il *trouble* che trova il suo epilogo nell’invito rivolto a Marina ad un dimissionamento volontario si verifica a causa di una tensione tra il direttivo aziendale – *agente* – e Marina – *ricevente*. La tensione si sostanzia in una sorta di *conflitto* tra le aspettative di Marina ad essere tutelata e riconosciuta nel proprio ruolo o addirittura in un ruolo superiore e le modificate esigenze/intenti di riorganizzazione aziendale che fanno seguito al cambio di direttivo.

³⁸³ Art. 669 terdecies “Reclamo contro i provvedimenti cautelari”. *Contro l’ordinanza con la quale, prima dell’inizio o nel corso della causa di merito, sia stato concesso un provvedimento cautelare è ammesso reclamo nei termini previsti dall’art.739, secondo comma.[...]*.

³⁸⁴ Art. 2087 c.c. “Tutela delle condizioni di lavoro”. *L’imprenditore è tenuto ad adottare nell’esercizio dell’impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro (37 Cost.)*.

³⁸⁵ Il ricorso è alla definizione di *Pentade* e di “storia”, illustrate nel capitolo I.

Il conflitto insorge tra l'*intenzione* di Marina a tutelare il proprio status professionale e personale, con la richiesta, per esempio, di giorni per sottoporsi a visite mediche, e la sottesa intenzione dell'azienda di "liberarsi" della dipendente. Il venir meno di un rapporto fiduciario evolve pertanto in un graduale svuotamento di funzioni/dequalificazione ed il conseguente maturare di una strategia aziendale – *azione* – che mira – *finalità* – ad escludere Marina dall'azienda – *setting* – (prima nelle forme di un invito alle dimissioni e poi nella richiesta di trasferimento). È questa particolare interazione tra gli elementi della Pentade che determina la violazione di una condizione iniziale stabile provocando l'insorgenza del c.d. *trouble*.

Dal punto di vista dell'evoluzione della *disputa*³⁸⁶, la storia di Marina, dopo un'iniziale fase di trattative interne, gestite prima in autonomia e poi con l'aiuto del legale, evolverà in un *case*, con l'instaurazione di un vero e proprio giudizio pubblico, nella forma di un *ricorso* ex art. 700 c.p.c. prima ed un successivo *reclamo* poi. Il *conflitto* iniziale si tradurrà quindi in una *disputa* per poi ridimensionarsi di nuovo a conflitto, a seguito della proposta transattiva dell'azienda che verrà accolta.

I. Una condizione iniziale stabile

Lavoro al xxx dal xxx, i primi due anni ho lavorato in un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa quindi ero libera professionista e poi dal xxx sono stata assunta come dipendente. Fino al xxx è andato tutto benissimo, è un'azienda che lavora nel campo del xxx, è una multinazionale x cui frequenti viaggi di aggiornamento, spostamenti progetti impegnativi, rischiosi...quindi un contesto molto dinamico però anche molto stimolante, insomma mi sono trovata sempre molto molto bene.

II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore – *the trouble* – attribuibile all'attività umana – *agency* – :

a. Più o meno diciamo improvvisamente dal xxx con il cambio del mio diretto superiore c'è stata una vera e propria riorganizzazione per cui è cambiata proprio tutta la struttura dirigenziale quindi la vecchia guardia è stata pian piano smantellata. Per quanto mi riguarda il mio diretto superiore è cambiato e dal quel momento diciamo che ho cominciato ad avere i primi problemi sul lavoro. In un primo momento ho avuto riduzioni di vario tipo, cioè prima ero capoprogetto quindi gestivo i progetti nella loro interezza, quindi vedevo tutti gli aspetti nella gestione di un progetto, dall'inizio alla fine.

³⁸⁶ Il riferimento è alla letteratura sociologica sul *disputing* illustrata nella sezione I del capitolo.

Improvvisamente mi sono trovata a fare oltre a questo un po' da tappabuchi, cioè facevo praticamente qualunque mansione avesse bisogno di essere coperta da qualcuno. Quindi anche compiti un pò operativi ed è andata avanti un pò così per tutto il xxx. Dopo di che ho cominciato ad essere assegnata a progetti, diciamo così, soltanto sulla carta, in realtà non erano dei progetti ma semplicemente si trattava di clienti dove io andavo a fare o recupero crediti o attività puramente amministrative. Ricoprivo anche ruoli superiori, in realtà avevo delle mansioni anche tipiche di un commerciale, di ruoli superiori rispetto al mio senza però che mi venisse riconosciuto questo ruolo. Oltre subire il mobbing sotto forma di vessazioni avevo proprio svuotamento di funzioni.

b. *A metà anno quindi si poteva ancora cambiare tutto, potevo essere assegnata a qualcos'altro invece il mio diretto superiore insieme a quello che poi stava già andando a sostituirlo e che era già presente nel feedback di metà anno, hanno pensato bene di dirmi: va bene Marina qui c'è un problema ti sentiamo abbastanza polemica e forse è il caso di parlare con il personale e vediamo se riusciamo a trovare un nuovo ruolo per te. [...] In realtà questa persona viene a XXX e mi propone un dimissionamento volontario e mi dice: Marina noi non ti vediamo più...anzi testualmente è venuto meno il rapporto fiduciario tra l'azienda e te quindi a questo punto non ha senso parlare di un cambio di ruolo, tu puoi soltanto uscire. Ovviamente ti proponiamo una cifra, un incentivo all'esodo di xxx lordi, per cui se tu firmi anche da domani puoi sentirti dispensata dal venire in ufficio anzi oggi stesso se vuoi puoi lasciare la tua scrivania, quella non è più la tua scrivania, se vuoi vai tranquillamente a casa, anzi lo preferiremmo perché vorremmo che la cosa rimanesse tra di noi non vorremmo che tu ne parlassi con altri.*

III. a sua volta richiedente uno sforzo per riparare o trasformare, con possibilità di successo o meno:

a. *Da quel momento ho cominciato a contestare tutto quello che loro che mi dicevano che mi sembrava contestualizzato su dei progetti specifici etc...siamo andati un pò avanti così per un pò di tempo [...];*

b. *quando ne ho parlato con l'avv. xxx abbiamo deciso che la prima mossa da fare era rimuovere completamente questa richiesta di dimissionamento e quindi mandare una mail al capo del personale come se non ci fossimo mai visti...*

c. *[...] Abbiamo deciso di mandare questa mail in cui dicevo ufficialmente al capo del personale e all'amministratore delegato che erano due anni che venivo sottoutilizzata, che avevo fatto presente questa cosa ai miei diretti superiori e che non era cambiato nulla;*

d. *[...] A questo punto facciamo ricorso ex art. 700 c.p.c. contro questo che noi chiamiamo trasferimento a xxx perché poi abbiamo rappresentato il tutto come un trasferimento illegittimo non c'erano delle motivazioni reali perché proprio io doversi andare a xxx e perché proprio a xxx, dato che i miei colleghi erano impegnati tutti a Roma e io ero l'unica che dovevo andare a xxx. Illegittimo, illecito perché ritorsivo...quindi qui abbiamo rappresentato tutto come un rapporto di causa-effetto, quindi di atteggiamenti ritorsivi.... L'abbiamo rappresentata in questo modo: richiedo dei giorni di assenza per terapia loro mi propongono di dimettermi.*

e. *[...] Abbiamo svelato tutto come una serie di ritorsioni a qualunque mia richiesta che l'azienda ha sempre fatto nei miei confronti e quindi uno di questi è il trasferimento...infatti avevo fatto richiesta di conciliazione e loro per tutta risposta mi trasferiscono a XXX...quindi di per sé era un atto ritorsivo. Non ultimo anche il fatto che avevo chiesto chiarimenti su questo trasferimento e la risposta è arrivata al di là dei termini previsti dalla legge...*

f. *[...] a questo punto dopo questa sentenza negativa pensavo di non andare avanti. L'avvocato X con molta serenità mi ha fatto capire che non potevamo non andare avanti a maggior ragione che c'era quella sentenza e che comunque sarebbe rimasto agli atti un pronunciamento di un giudice a mio sfavore...potevamo fermarci dopo; però comunque il reclamo andava fatto...anche su questo mi ha dato forza perché anche sul reclamo ho*

cominciato a crederci meno...abbiamo fatto il reclamo per la serie: "lo dobbiamo fare poi anche se non va bene comunque l'importante è che vengano chiarite le posizioni, quella non può essere l'ultima parola".

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato:

[...] questa strategia è stata vincente perché alla fine hanno avuto paura che questo reclamo potesse andar bene ed è stato proprio a quel punto che sono usciti loro allo scoperto e hanno voluto trattare purché questa storia si chiudesse...quanto potrebbe essere una cifra soddisfacente per chiudere questo discorso...il giorno prima della discussione del reclamo siamo venuti a questo accordo e abbiamo chiuso la cosa.

V. la storia si conclude con una c.d. coda:

Sono assolutamente sollevata...tutto quello che si doveva dire è stato detto...resta agli atti che non sono stata lì a firmare la prima cosa che mi hanno sottoposto, ho cercato di reagire di metterli in difficoltà questa è la cosa che mi dà più soddisfazione... comunque ci sono riuscita perché quell'accordo non si sarebbe mai raggiunto se non avessimo fatto insieme all'avv. XXX tutto questo percorso.



La storia di Luciano: “prigioniero in una gabbia dorata”.

Sintesi della storia.

Luciano, funzionario di massimo livello di una Banca locale, viene invitato ad assumere la responsabilità di una società di servizi che la stessa Banca sta per costituire. La futura società sarà dotata di meno di 15 dipendenti e la sua costituzione rientra in una dichiarata strategia della Banca di espansione commerciale. Di fatto, dopo che Luciano lascia l'incarico di funzionario della Banca per assumere quello di direttore generale della costituenda società, il progetto della Banca si snatura nell'arco di pochi mesi, con un totale svuotamento di funzioni del ruolo di Luciano e l'impossibilità per l'ex funzionario di rinegoziare il trasferimento nella Banca in cui sino ad allora aveva lavorato. Ne nasce “un dramma di natura umana”, dovuto al venire meno del rapporto fiduciario con la propria azienda datrice di lavoro, alla dequalificazione ed alla progressiva inattività. Luciano, per conservare la sua “dignità” di persona, decide di dare le dimissioni. Rivoltosi ad un legale, quest'ultimo non potrà far altro che aiutarlo a rivendicare un ristoro di natura contrattuale (riconoscimento della qualifica rivestita in Banca prima del trasferimento anche con effetto retroattivo) e ad avanzare una richiesta di risarcimento del danno.

Dal punto di vista della qualificazione giuridica del “fatto”, *l’avvocato di Luciano* ritiene che si tratti di una vicenda inquadrabile nella fattispecie della c.d. interposizione fittizia, vietata dall’art. 1 della lg. 1369/60³⁸⁷.

L’avvocato sostiene cioè che la costituzione della società di servizi, presso la quale Luciano è impiegato sia “fittizia” e che in realtà il rapporto di lavoro tra Luciano e la stessa società sia “nullo”, in quanto imputabile alla Banca. Cosicché sussisterebbe un obbligo solidale tra la Banca e la società di servizi, conseguente alla “illegittima” revoca dell’incarico di Direttore generale, rispetto al risarcimento del danno, al pagamento delle differenze stipendiali, etc.

La Banca si difende in giudizio motivando la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, inclusa la revoca della qualifica di Direttore generale, con l’affermazione che quella di Luciano non era una qualifica contrattualmente definita quanto piuttosto una “delega di funzioni” da parte del C.d.A. della Banca. Ricorre poi alla tesi della “discrezionalità” datoriale per giustificare la modifica dell’assetto aziendale a seguito di un periodo di “crisi”³⁸⁸.

Il giudizio di primo grado si conclude dunque con una pronuncia sfavorevole a Luciano. *Il giudice*, infatti, giustifica le scelte della Banca nei riguardi del dipendente e la modifica della stessa natura delle attività della società di servizi accogliendo la tesi della “crisi aziendale”.



La storia di Luciano secondo l’articolazione della Pentade.

In una *condizione iniziale legittima* (la posizione professionale di Luciano – funzionario di massimo livello – è contrattualmente definita) la Banca – *agente* – mette in atto una strategia commerciale che porta ad esternalizzare – *agency* – la figura del dipendente – *ricevente*. Il *fine* – secondo quanto dichiarato da Luciano nell’intervista – è di isolare la sua figura, probabilmente non più rispondente alle esigenze della Banca, collocandola in una società esterna – *setting*.

³⁸⁷ L’art. 1 lg. 1369/60, co.1, vieta affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l’esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l’impiego di manodopera assunta e retribuita dall’appaltatore o dall’intermediario, qualunque sia la natura dell’opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono.

³⁸⁸ “Tutte le scelte successive modificazioni sono dipese da scelte datoriali di ristrutturazione complessiva della organizzazione della società (nomina dell’amministratore unico, ridimensionamento delle finalità iniziali, giudizio non positivo sulle proposte elaborate) che hanno investito la intera vita della società [...]. Non dunque provvedimenti ad personam bensì un congiunto riassetto dell’intero organico della società”.

Il conflitto tra l'azienda ed il dipendente nasce dalla collisione tra il *telos* di Luciano – raggiungimento della posizione professionale per cui era stato assunto – e gli *ostacoli* frapposti dalla Banca fino a costringerlo alle dimissioni.

Dal punto di vista dell'evoluzione processuale si tratta anche qui di un conflitto “pubblico”, nelle caratteristiche di una disputa a struttura *triadica*. A differenza della prima storia, qui l'esercizio della c.d. aspettativa in senso normativo, che dà luogo al conflitto giudiziario, avverrà solo dopo la cessazione del rapporto di lavoro ³⁸⁹.

I. Una condizione iniziale stabile:

[...] ero funzionario di massimo livello nella banca xxx...ritornavo da un'esperienza operativa (sono laureato in xxx) e negli ultimi 12-13 anni avevo svolto attività sindacale sia come responsabile territoriale...sia come segretario aziendale. Questa esperienza sindacale l'avevo fatta fuori dall'orario di lavoro, e l'avevo svolta quindi in un dualismo di natura professionale”.

II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore – *the trouble* – attribuibile all'attività umana – *agency* – :

a. La banca all'epoca si organizzava come gruppo creditizio quindi aveva due società strumentali di servizio rispetto alle quali c'è stato un momento storico che ha visto il mio passaggio come direttore generale di un'altra società della banca, inaugurando iniziative di natura commerciale.

b. Di fatto questo progetto si è improvvisamente snaturato dopo il mio trasferimento quindi è emersa più una strategia dell'azienda di isolamento della mia persona, della mia posizione all'esterno della banca, quindi imprigionandomi in una gabbia dorata che era questa società con tre o quattro dipendenti.

Quindi a distanza di poco tempo, non conosco tutte le motivazioni dall'altra parte, mi sono trovato con un trasferimento, con l'impossibilità di rinegoziarlo dopo sei mesi e alla luce di uno svuotamento dei poteri dopo due mesi. Quindi tutto ciò che era stato concertato per realizzare un forte, interessato business di tipo aziendale che questa società strumentale doveva sviluppare si è immediatamente svuotato perché la banca non aveva alcun interesse.

c. La mia posizione contrattuale è stata manomessa unilateralmente, per cui l'azienda poiché aveva fatto con me un contratto ad personam per la mia posizione ritenne di adeguare la mia contrattazione in misura riduttiva per cui ci sono alterazioni economiche e inseriti anche altre elementi di ordine contrattuale.

III. a sua volta richiedente uno sforzo per riparare o trasformare, con possibilità di successo o meno:

³⁸⁹ Si ricorda che, secondo Ferrari, l'origine del conflitto processuale è legata alla violazione di un'aspettativa: la regola invocata dal soggetto non ha realizzato la sua funzione persuasiva.

- a. Da questo punto di vista partirono anche le motivazioni alle mie dimissioni perché **più di una volta tentai di rientrare in banca ma non mi era stato possibile. Non volendo svilire la mia professionalità guardai sia pure a malincuore all'idea di ritirarmi in pensione.***
- b. la mia è stata rappresentata come una causa difficile, quindi farla interpretare dal giudice con serenità d'animo tale da coinvolgerlo in un giudizio positivo e valido nei miei confronti significava rappresentargli bene **l'ingiustizia di ordine contrattuale ricevuta nel periodo, l'isolamento di ordine professionale e poi anche la discriminazione sindacale e l'assenza di (tutela) che io nella nuova società di fatto non vedevo.** Perché intanto mi ero spogliato anche degli incarichi sindacali quindi non ero sotto tutela...e la società che mi aveva ricevuto era una società con numero di dipendenti inferiori a 15.*

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato:

L'esito nel primo grado non ha riconosciuto rilevante la responsabilità della banca rispetto agli atteggiamenti di isolamento, di rientro, etc....per cui il giudice poi ha compensato le spese.

V. la storia si conclude con una c.d. coda:

- a. Il risultato della causa ha meravigliato un pò tutti: me, l'avvocato e forse anche lo stesso avvocato di controparte...lo dico perché l'avvocato di controparte in tale giudizio è stato molto meravigliato dell'esito positivo.*
- b. [...] pur rimanendo fedele al cosiddetto libero convincimenti del giudice [...] **ritengo che il giudice sia stato superficiale...credo che abbia snaturato l'elemento professionale, umano, politico sindacale, immaginando che volessi fare una strumentalizzazione.** [...]. Credo che si sia fatto condizionare più da questa cosa nei miei riguardi **perché ha fornito una motivazione "irrelevante"**.*
- c. sapevo bene che era un giudizio sostanzialmente un po' forzato che andava rivisitato e seguito con attenzione anche perché **non avevo lasciato la banca x guadagnare di più ma avevo lasciato la banca guadagnando di meno** per cui il giudice sotto questo aspetto **non ha voluto tenere conto anche del dramma psicologico, umano** [...]. **Credo che il giudice abbia assunto con una pregiudiziale mentale la mia posizione, perché l'esito delle motivazioni lo denuncia, non ha negato i fatti ma ha negato le conclusioni.***
- d. Spero che si possa rendere maggiore giustizia. **Sono fiducioso, molto fiducioso** perché proprio questa considerazione che faccio è il sottofondo del mio ottimismo. **Sono ottimista proprio perché so che il lavoro fatto fino ad oggi è stato fatto molto bene....quindi la mia speranza è questa: che tutto quello che è stato fatto possa essere riesaminato con serenità di giudizio da chi non ha pregiudizi.***
- e. L'aspetto di ordine tecnico giuridico processuale.... mi rende ancora più ottimista sul piano dell'appello....**la mia speranza è che trovi un giudice che legga le carte con attenzione e non con pregiudiziale di ordine, oserei dire, più culturale che....***



La storia di Nancy: "accademica per passione".

Sintesi della storia.

Nancy è docente a contratto presso un'Università italiana. Da diversi anni le viene affidato un insegnamento come "supplente" presso una cattedra dell'ateneo. Il trattamento economico da parte dell'Università si è leggermente differenziato negli anni, nel senso di una graduale diminuzione. Quest'ultima volta inoltre la procedura di affidamento dell'incarico da parte dell'Università è piuttosto anomala: Nancy dà inizio alla sua prestazione prima ancora che l'Università l'abbia convocata per la stipula del contratto. A metà dell'esecuzione della prestazione, Nancy si insospettisce per via del ritardo e si rivolge alla Presidenza di Facoltà. A quel punto apprende che l'importo del contratto è dimezzato rispetto all'anno precedente. Naturalmente il rapporto di lavoro tra Nancy ed il suo ateneo si atteggia, in questa situazione specifica, con caratteristiche analoghe ai casi di molti altri contrattisti, trentotto per l'esattezza. Nancy sarà tuttavia la sola a ribellarsi alla pretesa di un trattamento economico peggiorativo rispetto a quelli praticati precedentemente dall'Università e a dar corso ad una vicenda legale.

L'avvocato di Nancy impugna la modifica unilaterale delle condizioni economiche operata ai danni della cliente oltre che l'inadeguatezza della retribuzione, con denuncia di un arricchimento ingiustificato da parte dell'Università (art. 2041 c.c.)³⁹⁰. L'avvocato chiede cioè il riconoscimento di un trattamento economico che non solo non sia inferiore a quello dell'anno precedente ma che, per le prestazioni effettuate, sia addirittura equiparabile allo stipendio di un professore associato.

L'Università, per il tramite del suo legale rappresentante, si difende invocando i principi di autoregolamentazione, riconosciuti dal D.M. 242/98, alle Università ed agli Istituti di Istruzione Superiore. In particolare l'art. 2 del suddetto decreto autorizzerebbe le Università ad autoregolamentarsi mediante l'adozione di disposizioni interne che disciplinano le modalità ed i criteri per la procedura di selezione e la successiva fase di stipula dei relativi contratti nel rispetto dei principi di carattere generale dettati dal D.M. medesimo. Cosicché per effetto dell'autonomia prevista dal decreto ministeriale ed a causa dei tagli economici operati dal Ministero, l'Università in questione avrebbe deliberato una riduzione del 30% della spesa prevista per la programmazione didattica³⁹¹.



La storia di Nancy secondo l'articolazione della Pentade.

³⁹⁰ Art. 2041 c.c. "Azione generale di arricchimento". *Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.*

³⁹¹ La storia di Nancy che non potrà essere qui analizzata in tutto il suo sviluppo processuale, dal momento che il primo grado di giudizio non è allo stato ancora esaurito, viene raccontata per la *genesis* differente che la caratterizza rispetto alle prime due storie narrate. Il "conflitto" infatti sorge tra una "docente a contratto", quale era Nancy, ed un ente pubblico, quale è l'Università di XXX.

Nei termini della Pentade il conflitto origina da una “proposta” – azione – di modifica unilaterale di trattamento economico da parte dell’Ente – agente – nei confronti di un gruppo di docenti a contratto – riceventi – con la – finalità – di aumentare il numero dei contratti di insegnamento disponibili presso l’Università – setting – per quell’anno accademico – quando. Il conflitto si articola specificamente tra – l’intenzione di Nancy di tutelare il proprio statuto economico e professionale – e l’interesse economico dell’Università a ridurre i costi aumentando le prestazioni. Il conflitto evolverà, per iniziativa di Nancy, in una disputa a struttura *triadica*.

I. Una condizione iniziale stabile:

Al terzo anno di contratto sostitutivo all’xxx di lingua xxx, iniziai il corso regolarmente ad ottobre.

II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore – the trouble – attribuibile all’attività umana – agency – :

a. a differenza degli altri due anni però non ci chiamarono dalla presidenza per farci andare a firmare il contratto: erano stati sempre piuttosto regolari, cioè iniziavano i corsi e contestualmente c’era la firma del contratto.

Quell’anno, io chiamai in presidenza un paio di volte perché questa cosa mi meravigliava, arrivammo a fine marzo che ancora non avevamo firmato il contratto, per cui, come capirai io avevo già reso oltre i due terzi della prestazione.

b. Quando mi mandarono a chiamare mi trovai di fronte ad un contratto cambiato sostanzialmente nell’onorario, cioè mi volevano dare dei soldi in meno, tipo un terzo dell’intero importo e lì io non mi sentii a mio agio...

III. a sua volta richiedente uno sforzo per riparare o trasformare, con possibilità di successo o meno:

a. A quel punto dissi “guardate, voi, come minimo siete tenuti a rispettare, essendo un rinnovo di contratto, le condizioni del contratto dell’anno precedente. Farmi trovare ora a due terzi della mia prestazione resa con un contratto che non è quello che io conosco non credo che sia né giusto e neanche legale. Per cui vi prego di ripristinare quantomeno le condizioni preesistenti se no io il contratto non lo firmo”.

b. Quindi non ho firmato il contratto e naturalmente non ho potuto consegnare il registro, il registro si consegna dopo aver firmato il contratto. E quindi ho iniziato questa azione legale.

c. Le richieste fatte mi sembrano siano tre. La prima che mi paghino quello che mi devono, la seconda che mi paghino secondo quanto prestabilito dal contratto precedente trattandosi di un rinnovo. La terza è equiparazione della mia attività resa a quella della attività di un professore associato, e quindi quando guadagna un associato in un anno equipararlo al mio lavoro ove, capirai, che salirebbe la cosa...schizzerebbe ed è l'importo proprio che mi dovrebbero.

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato:

omissis.

V. la storia si conclude con una c.d. coda:

omissis.



2.3. “Naming, blaming, claiming the trouble”

A determinare l'origine di una storia legale dunque è l'insorgenza di un *trouble* che nasce dalla violazione di uno stato legittimo di cose (Bruner, Taruffo), cosicché dalla delusione di aspettative “normative” tra le parti ha origine il conflitto (Ferrari). L'intero “processo” ruota attorno alla definizione del *trouble*. Il nucleo centrale delle storie legali ruota attorno a ciò che costituisce un *trouble* per ciascuna parte ³⁹².

Naturalmente sarà diversa la definizione del *trouble* nella storia del cliente, dell'avvocato e del giudice.

In una prospettiva “costruzionista” ³⁹³, secondo cui le dispute non sono “cose” ma sono “socialmente costruite”, Abel, Sarat e Felstiner dimostreranno

³⁹² Si ricorda che Abel definisce la disputa proprio come la *rivendicazione di pretese configgenti tra due o più individui* presupponendo una persona che asserisca un *claim* ed un'altra che asserisca un *claim configgente*. Cfr. “A Comparative Theory”, cit.

³⁹³ Anche gli studi di Conley e O'Barr hanno evidenziato come le dispute siano costantemente trasformate nell'interazione: non si tratta di entità già pronte al di fuori del processo. L'esito del processo è il prodotto congiunto dell'interazione tra l'attività delle parti, le regole di diritto, il contesto istituzionale, sociale e culturale.

Cfr. J.M. Conley, W.M. O'Barr, *Rules versus Relationships: The Ethnography of Legal Discourse*, Chicago: University of Chicago Press, 1990. J.M. Conley, W.M. O' Barr, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago: University of Chicago Press, 1998.

proprio come le dispute evolvano attraverso stati dinamici (*naming, blaming and claiming*)³⁹⁴. In particolare gli autori nell'analizzare l'emergenza e la trasformazione delle dispute prima che vengano introdotte in un'istituzione legale, forniscono una cornice per studiare i processi attraverso i quali "esperienze ingiuriose" vengono o meno percepite³⁹⁵. In particolare il *naming* rappresenterebbe il primo stadio di trasformazione: dire a se stessi che una particolare esperienza è stata ingiuriosa. Percepita e "nominata", l'esperienza ingiuriosa può essere trasformata in *blaming*. Il *blaming* è appunto la trasformazione dall'esperienza percepita come ingiuriosa in doglianza: una persona attribuisce un'ingiuria ad un'altra persona o ad un'entità sociale. Si parla invece di *claiming* quando ci si rivolge alla persona o all'ente ritenuto responsabile e si invoca un rimedio. Un *claim* è trasformato in una disputa quando è rifiutato in tutto o in parte. Secondo questa letteratura l'avvocato entra in scena al momento del *claiming* o del *disputing*.

A partire dalle interviste raccolte e riproponendo le tre storie esaminate l'analisi è finalizzata a verificare, in questa fase, come il cliente *name* e *blame* il *trouble*, concorrendo alla "costruzione" del fatto.



Nella storia di Marina:

A. Naming: il *trouble* come percezione di un disagio "umano" da parte di Marina.

Marina rappresenta a se stessa la violazione subita sul luogo di lavoro, *naming*, nella forma di un "disagio personale" prima ancora che legale. Si tratta di una percezione principalmente "umana". L'intuizione di una possibile violazione di diritti tale da richiedere una tutela legale è subordinata alla sensazione di aver

³⁹⁴ W.L.F. Felstiner, R.L. Abel, A. Sarat, The Emergence and Transformation of Disputes: naming, blaming, claiming..., in *Law and Society Review*, vol.15, n. 3-4, 1980-81.

³⁹⁵ Secondo i due studiosi infatti questo sarebbe un aspetto trascurato dai sociologi del diritto.

subito un “trauma”/di aver ascoltato cose di una “terribile ed inimmaginabile gravità”/fino alla comprensione che si tratta di “una persecuzione”/“una strategia”:

[...] Cioè proprio mi hanno fatto sentire...improvvisamente quello non era più il mio ufficio ma anzi dovevo nascondermi perché il solo fatto che si vedeva sul mio viso che c'era qualcosa di traumatico, che avevo parlato con il capo del personale e ne uscivo nervosa...poteva dar fastidio insomma. Quindi me ne sono tornata a casa...mi sono pentita di non aver portato un registratore durante questo colloquio perché già questa persona mi aveva detto delle cose di una gravità incredibile, però chi poteva immaginare...non l'avrei mai immaginato. Così durante il colloquio mi sono mantenuta molto fredda, ho cercato di prendere appunti su quello che mi diceva in dettaglio, sulle condizioni di questo accordo e poi ne ho parlato con mio marito e abbiamo concordato che io avrei sentito un avvocato perché chiaramente da quel momento avevo bisogno di una tutela.

[...] Poi ho realizzato tutto dopo, perché finché ci stai dentro si capisci che stai male però in realtà non hai molto chiaro che sei proprio oggetto di una persecuzione, che rientra anche in una strategia, ecco questo non lo avrei mai immaginato.

B1. Il *blaming*: con l'aiuto dell'avvocato il disagio di Marina svela una strategia aziendale.

L'attribuzione della violazione subita all'umana *agency* – *blaming* –, in questo caso ad una precisa strategia aziendale, avviene, nel caso di Marina, con l'aiuto dell'avvocato, definito nel corso dell'intervista come “un segnatore di percorso”. Il legale aiuta Marina anche nella comprensione che le “vessazioni subite” ed il “demansionamento” corrispondono ad un fenomeno abbastanza diffuso in ambito professionale, al confine tra un tentativo di *dequalificazione* ed il c.d. *mobbing*:

[...] Non sapevo proprio cosa fare, l'unica cosa che sapevo con certezza è che non avrei mai firmato quella cosa, questo è poco ma sicuro...però volevo capire quali erano i miei diritti, fin dove potevo spingermi. Così mi rivolsi a xxx che da subito mi ha dato nettamente l'impressione che la rappresentazione delle cose doveva essere completamente rivista, cioè lui mi ha dato da subito l'impressione che c'era una strategia, che era evidente...che tutto quello che loro mi dicevano non era ciò che pensavano ma era frutto di una strategia perché sono le solite cose che si dicono in questi contesti quando si vuole mettere una persona all'angolo e obbligarla alle dimissioni. Questo per me è stato molto importante perché io comunque ero molto condizionata da quello che loro mi dicevano, mi sembrava assurdo.

[...] poi quando ne ho parlato con xxx, innanzitutto mi sono resa conto che questo che era un mio problema relativamente era un mio problema ma è un problema generalizzato perché ci sono tantissimi casi ed il mio non era uno dei più gravi. Ci sono persone che subiscono qualunque cosa.

[...] lui ha fatto invece in questo modo qui: ...cioè con degli occhiali particolari per leggere la vicenda...un segnatore di percorso sulla base delle nostre indicazioni.

B2. Il *blaming* con l'aiuto di "specialisti": le certificazioni *mobbing*.

Il disagio lavorativo è confermato anche dalle certificazioni dei centri anti-mobbing:

[...] ho cominciato a fare certificazioni mobbing, siamo andati a xxx, xxx, xxx...mi sono sottoposta ad una serie di colloqui psicologici, psichiatrici e anche su questo ho avuto degli esiti positivi. Anche dalla documentazione che avevo portato lavorativa è emerso che c'era una situazione di disagio lavorativa già da anni ed aveva avuto anche degli effetti su di me dal punto di vista psicologico.

C. Il *claiming*: l'intervento dell'avvocato.

È in questa fase di richiesta di un rimedio all'azienda – *claim* – che le strategie di Marina sono strettamente concordate col legale. Si noti la scelta del legale di utilizzare le certificazioni mobbing – quali elementi di qualificazione del fatto – in una fase del processo piuttosto che in un'altra:

1. *[...] la richiesta era l'interruzione di questi atti vessatori: di riconoscimento di due anni di contribuzione per i due anni da libero professionista, comunque avevo lavorato per loro ma non gli avevo chiesto nulla ma a quel punto l'avv. xxx disse "mettiamoci tutto insieme così capiscono che facciamo sul serio...tutta una serie di diritti da far valere".*

2. *Nel reclamo scopriamo un'altra carta che è quella delle certificazioni mobbing che fino ad allora non avevamo mai nominato. Anche su questo ho scoperto che xxx mi ha fatto scoprire la carte a poco a poco...cioè noi avevamo il quadro tutto chiaro fin dall'inizio però la rappresentazione che facevamo è stata molto graduale perché lui ha sempre avuto l'obiettivo principale della transazione...questo l'ho capito dopo...quindi quello che contava per lui era far capire alla controparte che noi avevamo molte cose in mano senza dargli però informazione su quello che avevamo in mano. Pian piano gli facevamo capire che gli sarebbe convenuto trattare perché avevamo tutto l'interesse di andare avanti, mettere le carte a disposizione...non avevamo nulla da perdere...*



Nella storia di Luciano

A. Il *naming*: "un dramma di natura umana".

Proprio come nel caso di Marina, Luciano vive l'insorgenza del *trouble*, nella sua vita professionale, come un disagio di natura umana, un "dramma". Anche in questo caso in una prima fase il cliente attribuisce a proprie incapacità la crisi lavorativa, col conseguente interrogarsi sulla natura del proprio ruolo professionale e la effettiva capacità a svolgerlo. Ad aggravare la crisi è la constatazione della mancanza di crescita professionale in seno all'azienda:

È venuto fuori un dramma di natura umana che nasceva dalla attività e quindi dalla capacità quotidianamente di ritrovarsi sul profilo strategico che la Banca già aveva dopo tre mesi messo da parte. Quindi c'era un'incapacità di ruolo: chi sono io oggi? Non mi identificavo più...non era un processo di autorealizzazione né di crescita professionale. Poi ancor più inaridito e incattivito dal fatto che la banca informalmente non mi ha mai più consentito di tornare in banca.

B. **Naming/blaming:**

Finalmente la comprensione da parte di Luciano che quella messa in atto dall'azienda corrisponde ad una precisa strategia ai danni di valorosi dipendenti:

Qui ci sono logiche subdole...diciamo che tra isolamento e forme di questo tipo ben elencate: dal demansionamento allo svuotamento di funzioni, revoca dei poteri di direttore generale senza motivazione a quella di segretario del consiglio di amministrazione senza motivazione. C'era necessità sia di neutralizzare la figura, sia di svuotare il progetto perché non aveva alcun senso ma era stato precostituito in funzione politica e coincideva, ecco il momento, con la strategia di accorpamento che la banca voleva avviare con la banca popolare di xxx che poi successivamente è stata sostituita dall'attuale partner di riferimento, che poi l'ha incorporata. Quindi, questo disegno, il vecchio gruppo di controllo della banca lo aveva già sviluppato. All'interno di questo contesto al di là della mia esperienza professionale che sul territorio si era conclusa più che positivamente con incarico di direzione sul polo industriale ad xxx la ricerca di un profilo più elevato in termini professionali perché significava aprire nuovi business alla banca, si è scontrato con questi obiettivi peraltro del book dirigente di allora. Quindi in questo momento di scelta di strategia aziendale difendere la banca, con radici sul territorio, voleva dire pregiudicare anche il forte interesse economico patrimoniale di persone singole.

C. **L'aiuto del legale nel claiming:**

Dalle richieste inutili di riassunzione in seno alla Banca, avanzate da Luciano di propria iniziativa, al ricorso all'avvocato che darà un inquadramento legale alla vicenda:

Il legale mi chiese di costruire (un memo) sulla vicenda: è stato fatto una cosa molto attenta e accurata di tutto ciò che era l'elemento probatorio complessivo della vicenda quindi gli ho dato le carte, le lettere, le istanze anche diciamo atti interni aziendali che facevano bene evidenziare la contraddizione aziendale rispetto alle scelte strategiche. [...] Chiedevo il riconoscimento della qualifica anche con effetto retroattivo ed il risarcimento del danno.



Nella storia di Nancy.

A. Il naming: la percezione di un “maltrattamento”:

Anche l'intervista di Nancy conferma che l'insorgenza del *trouble* è percepita come un disagio, un “maltrattamento”, un’ “umiliazione”, proprio come nel caso di Marina:

“e lì io non mi sentii a mio agio, cioè mi sentii maltrattata proprio perché gli studenti nel frattempo erano aumentati, io avevo reso un lavoro a quell'università che era andato crescendo di anno in anno...cioè 200 studenti in spagnolo, perché ci fu un boom qualche anno fa di lingua spagnola”.

B. Il blaming: l'attribuzione immediata ad una “strategia aziendale”:

Nancy realizza immediatamente che il disagio provato è collegabile al “maltrattamento economico” che l'Università intende realizzare per quell'anno proponendole di firmare un contratto con un importo dimezzato. Vi è anche la consapevolezza che non si tratta di un maltrattamento *ad personam*: Nancy è consapevole che la crescita del numero di studenti, presso la cattedra ove svolge funzioni di supplenza, è in gran parte un suo personale merito ma al tempo stesso sa che l'Università sta mettendo in atto una vera e propria più generale “manovra” politico-economica:

quell'anno ci fu un po' una manovra...alla fine servivano dei soldi per regalare altri due o tre contratti e quindi li sottrassero al budget.

C. Il *claiming*: prima tenta da sola, poi il ricorso all'avvocato.

la richiesta di un rimedio, in una prima fase, è fatta da Nancy in prima persona nella forma di un ripristino delle condizioni preesistenti ma sarà poi il suo avvocato ad esercitare pretese giuridiche nei confronti dell'Università.



A partire dalle interviste sopra analizzate, è evidente che la rappresentazione dell'ingiuria – *name* – da parte del cliente, in tutte e tre le storie illustrate, è di natura tendenzialmente “umana” accompagnata solo dall'intuizione, talvolta tardiva, che si stia subendo una violazione di diritti. In una fase iniziale, cioè, il cliente ha la percezione di un disagio (*maltrattamento, umiliazione, trauma, dramma*) che non collega immediatamente alla possibilità di un rimedio legale. Ad esempio, se nella storia di Marina la percezione dell'ingiuria fa sì che Marina non aderisca alla richiesta di dimissioni, nella storia di Luciano l'ingiuria è percepita solo quando il dirigente è ormai messo di fronte al totale isolamento ed esaurimento del suo ruolo, con impossibilità di ripristinare lo stato iniziale.

La manifestazione della doglianza – *blame* – avviene in prima persona nei casi di Nancy e di Luciano; nel caso di Marina sarà invece determinante il ruolo del legale, che aiuta la cliente a collegare la situazione di disagio professionale non ad una sua incapacità ma ad una sottesa strategia aziendale. Costante, nelle tre storie, è l'intervento dell'avvocato nella richiesta di un rimedio – *claim* – nei confronti di chi ha determinato l'insorgenza della disputa (l'Azienda, la Banca, l'Università).

3. La relazione cliente-avvocato in una prospettiva di simmetria/asimmetria?

3.1. Premessa

Gli studi sulle *asimmetrie* hanno ad oggetto le *interazioni*, considerate come forme di azioni sociali, interazioni che risultano asimmetriche in termini di potere e distribuzione dello spazio. In particolare indagano, attraverso l'analisi delle conversazioni, l'uso del linguaggio nelle realtà istituzionali, il modo in cui avviene la "costruzione del mondo" da parte dei partecipanti al dialogo³⁹⁶. La ragione di tale interesse è capire il ruolo che le istituzioni giocano nelle dinamiche culturali delle complesse società³⁹⁷. In genere le indagini sono effettuate nei contesti istituzionali, come nel caso dell'interrogatorio di polizia di cui si sono occupati Saljö, Johnson e Linnell³⁹⁸.

In Svezia infatti gli psicologi sociali esaminano trenta interrogatori di polizia da cui emergono le asimmetrie nel dialogo per effetto dei differenti ruoli esercitati dagli interlocutori. Da una parte un rappresentante della giustizia, il poliziotto, dall'altra individui su cui incombe il sospetto se non la certezza che abbiano commesso il delitto. Il processo finalizzato a far emergere il ricordo dell'accaduto è strettamente guidato da chi interroga, attraverso domande di chiarimento e di informazione. Il ricordo non è spontaneo nell'indiziato. A volte l'ufficiale di polizia giudiziaria suggerisce direttamente ciò che potrebbe essere accaduto per aiutare a costruire una storia più dettagliata e coerente. In questo caso il ricordo

³⁹⁶ Sia le *simmetrie* che le *asimmetrie* sono mutualmente costruite dagli interagenti. Tuttavia, nel caso delle asimmetrie, uno dei parlanti tenta di imporre la sua prospettiva sull'altro, allo scopo di persuadere o imporre il proprio potere. In ogni caso secondo Markovà esiste la necessità di alcuni parametri condivisi, come un linguaggio comune, la cultura in cui entrambi gli interagenti convivono e qualche assunzione di base sull'altro interagente. La tesi di Markovà è che l'asimmetria stessa non possa che nascere dalla *mutualità* intesa come elemento di base della comunicazione. I. Markovà, C. Graumann and K. Foppa, *Mutualities in Dialogue*, Cambridge University Press, 1995.

³⁹⁷ I primi studi di questo genere nascono in ambito medico-legale, per indagare ad esempio la relazione medico-paziente. Cfr. U.S. Aronsson, K. Larsson, R. Saljö, *Medical diagnosis and the micropolitics of care*, Linköping University, 1990.

³⁹⁸ I. Markovà and K. Foppa, *Asymmetries in Dialogue*, Harvester Wheatsheaf, Barnes & Noble Books, 1991.

non è considerabile come un prodotto interno e “privato” ma si tratta piuttosto di un perfetto prodotto dell’interazione tra il rappresentante dell’istituzione ed il sospetto.

La funzione di chi interroga è di ottenere una versione dell’incidente dal punto di vista del sospetto. Tuttavia l’intera ricostruzione dell’incidente, a partire dalla versione proposta dal “sospetto”, viene fatta secondo una terminologia giuridica e secondo le regole in vigore nel tipo di istituzione. Il poliziotto possiede una sorta di “schema operativo” acquisito attraverso la pratica, a cui egli cerca di far corrispondere “i fatti”. L’interrogatorio dunque, nel modo stesso in cui è impostato, risulta conforme agli obiettivi, alle procedure e alle pratiche dell’istituzione. La versione finale, redatta durante l’interazione verbale, è il prodotto di una sorta di “negoziazione” tra il racconto prodotto da qualcuno che può aver violato le regole ed il poliziotto.

Chi gestisce l’interrogatorio riveste il ruolo di “rappresentante” dell’istituzione che veicola delle regole e definisce le condizioni di attività che si svolgono in tale contesto. È ciò che Perret-Clermont definisce con l’espressione di “guardiano del quadro”³⁹⁹.

Uno studio analogo è condotto negli Stati Uniti dal prof. Troutt che, nel caso “*Kuun vs. United States*”, dimostra il prevalere di modelli culturali di narrativa nelle prassi poliziesche, attraverso l’analogia tra il modo in cui il caso Kuun è ritratto dal governo e percepito dal pubblico rispetto ad un altro caso analogo (Screws). In genere i casi di brutalità poliziesca hanno a che fare con discriminazioni razziali. La vittima di colore di persecuzioni poliziesche sa bene del resto che il degrado razziale è in parte proprio il prodotto di queste pratiche. La spiegazione che si dà una persona di colore del fatto di essere stata picchiata dalla polizia non è di essere stata punita perché sia “un cattivo ragazzo” (cosa che egli potrebbe contestare) ma perché è una persona di colore (cosa che non può modificare)⁴⁰⁰.

³⁹⁹ A.-N. Perret-Clermont, “Psychologie sociale”..., cit.

⁴⁰⁰ “Because now he is not necessarily being beaten “as a bad guy” (which he can contest), but because he is despised on a person of colour (which he cannot change)”. D. Troutt, *Screws, Koon and Routine Aberrations: The Use of Fictional Narratives in Federal Police Brutality Prosecutions*, 74, *N.Y.U. L.Rev.*18,1999, p.102.

La prevalenza di modelli culturali di persecuzione del crimine è dunque “camuffata” da strategie narrative che tendono a mascherare forme “istituzionali” di razzismo

3.2. Le asimmetrie narrative nei rapporti tra cliente e avvocato

Una sostanziale parte delle ricerche sulle interazioni è stata inoltre concentrata, nell’ultimo ventennio, proprio sulle asimmetrie nei dialoghi nelle udienze, nelle interazioni tra cliente e avvocato⁴⁰¹, sulle restrizioni o proibizioni dei contributi degli imputati o dei testimoni. In particolare l’attenzione è stata focalizzata su come le domande costruite in un certo modo inducano un certo tipo di risposta, sul controllo dei turni conversazionali⁴⁰², la distribuzione degli spazi interattivi e dell’argomentazione⁴⁰³ così come sulle tecniche di *story-telling* e di stile linguistico⁴⁰⁴.

Ciò che è emerso prevalentemente è che molte caratteristiche linguistiche del discorso nei tribunali, le domande poste dai giudici o dagli avvocati, le risposte date dagli imputati o dai testimoni, il sistema di turni conversazionali controllati dai giudici, sono gli strumenti principali attraverso i quali le Corti svolgono il proprio compito istituzionale. Allo stesso modo esistono *strategie linguistiche* attraverso cui si realizza il potere dell’avvocato sul cliente nelle pratiche quotidiane. Conley e O’Barr indagano come la forma delle domande sia utilizzata per restringere le possibilità di risposta e come l’avvocato diriga i *topics* nella direzione che preferisce.

⁴⁰¹ A.W. Sarat, L. Felstiner, Law and Strategy in The Divorce Lawyer’s Office, 20, *Law & Society Review*, 93, 1986.

⁴⁰² Gli studi sulle asimmetrie in ambito giuridico, condotti in particolare dai sociologi del diritto, arrivano piuttosto tardi rispetto all’ ambito medico-legale. Possono citarsi in proposito gli studi condotti negli USA da Hosticka (1979), in Olanda da Berends (1981), in Israele da Bogoch e Danet (1984), in Germania da Caesar-Wolf, (1984), in Inghilterra da Cain (1979). Secondo Sarat e Felstiner, le ricerche in questo specifico ambito sono state “frustrate” dalle routines di professionisti troppo occupati e dalla difficoltà a convincere gli avvocati del bisogno di ricerche sulle conversazioni cliente-avvocato. A tal proposito si veda lo studio di B. Danet, Obstacles to the study of Lawyer-Client Interaction: the Biography of a Failure, in *Law and Society Review*, 14, 4, pp. 905-922. Tra gli ostacoli principali incontrati, la concezione “dottrinale” del rapporto privilegiato cliente-avvocato.

⁴⁰³ J. M. Atkinson and P. Drew, *Order in Court*, Oxford Socio-Legal Studies, Atlantic Highlands, NJ, Humanities, 1979.

⁴⁰⁴ J.M. Conley, W.M. O’Barr, *Rules versus Relationships...*, cit.

I punti centrali di questi studi sembrano essere la “soppressione” del ruolo del cliente e la sopraffazione di questo da parte del professionista legale⁴⁰⁵.

Il modo in cui tra avvocato e cliente viene costruita la relazione finalizzata ad ottenere un supporto tecnico-legale è stato studiato da Hosticka⁴⁰⁶ nei termini delle dinamiche di controllo messe in atto dai due interlocutori nel corso delle interazioni.

L’analisi dell’interazione (si tratta in questo caso di conversazioni) mostra che i colloqui, dopo la richiesta iniziale dei dati anagrafici, sono caratterizzati da una fase in cui la generica prospettiva di illustrare i fatti – *che cosa è accaduto* – si trasforma nella prospettiva del cliente – *che cosa è accaduto a te* –, cioè quella che l’avvocato è interessato a conoscere.

La posizione dominante dell’avvocato sul cliente è stata messa in luce, sul piano conversazionale, dalla percentuale elevata di interruzioni che egli compie sul discorso dell’interlocutore e dall’elevata percentuale di domande e richieste di spiegazioni che suggeriscono la risposta già nella formulazione.

Da parte del cliente, il comportamento più comune sembra essere quello dell’*acquiescenza* nei confronti dell’avvocato, manifestata con risposte brevi, di conferma di quanto suggerito dall’avvocato con domande, con bassissima percentuale di domande spontanee e di richieste di spiegazione su ciò che l’avvocato ha detto.

L’altro atteggiamento classificato è quello del cliente c.d. *ostile*, tendente a sua volta a controllare il discorso dell’avvocato, attraverso interruzioni, cambiamento dell’argomento di cui si sta discutendo⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ J.M. Conley, W.M. O’Barr, 1998. *Just words: Law, Language and Power...*, cit.

⁴⁰⁶ La ricerca è condotta negli USA, in una città del Nord America. Un gruppo di avvocati presta assistenza legale gratuita a cittadini indigenti. Vengono in questo studio esaminati 50 incontri iniziali tra avvocato e cliente; sono utilizzati come indici dell’azione di controllo, esercitata da ogni soggetto, le interruzioni operate da un interlocutore sul discorso dell’altro. C.J. Hosticka, *We Don’t Care About What Happened, We Only Care About What is Going to Happen: Lawyer-Client Negotiations of Reality*, 26, *Social Problems*, pp. 599-610, 1979.

⁴⁰⁷ Un interessante esempio di asimmetrie è inquadrato nell’ambito degli studi sul “genere” in un esperimento condotto alla NYU da Peggy Davis. La studiosa dimostra il ruolo che gioca la differenza di genere uomo/donna rispetto alle asimmetrie cliente/avvocato. Emerge, tra l’altro, che il ruolo della donna-avvocato nell’interazione col cliente non è *powerless*, per usare una terminologia cara a Conley e O’Barr, ma al contrario è caratterizzato da una serie di potenzialità rispetto al futuro della rappresentanza legale. In particolare dall’analisi di interazioni cliente-avvocato uomini e cliente-avvocato donne, emerge che il cliente ha maggior spazio nel rapporto con l’avvocato-donna che non col legale-uomo. In particolare nel team A (avvocato-uomo/cliente-

Generalmente, secondo queste ricerche, la definizione del problema legale è realizzata principalmente dall'avvocato che tende a far rientrare ogni nuovo caso in una specifica categoria giuridico-legale, a cui corrisponde una *routine* di comportamenti professionali, frutto dell'esperienza⁴⁰⁸ o che consiste in ciò che Engeström definisce *expertise* dell'avvocato⁴⁰⁹.

Lo studio di Sarat e Felstiner sulle interazioni cliente–avvocato, in materia di divorzio, si colloca senz'altro in rottura con i tradizionali studi sociologici sulle professioni legali, secondo cui gli avvocati svolgono un ruolo di intermediari tra clienti e sistema legale, sarebbero una fonte importante di informazione rispetto ai loro diritti, aiuterebbero i clienti a collegare le regole legali ai loro problemi personali e ad introdurre i clienti al modo di operare del processo giudiziario⁴¹⁰.

In questo studio, Sarat e Felstiner esplorano infatti i modi in cui cliente e avvocato “negozano” le loro differenti prospettive del diritto e del processo legale e come la negoziazione influenzi le decisioni sui percorsi da privilegiare rispetto all'ottenimento della pronuncia invocata. Il cliente viene introdotto, contrariamente alle proprie attese di un sistema che prenda seriamente in considerazione i suoi problemi e ad una concezione di un processo di tipo deduttivo di raggiungimento della verità, ad un sistema routinizzato,

uomo) si registrano 6 nuovi topics di *iniziative* da parte del cliente rispetto ad una sola iniziativa registrata nel team B (avvocato-donna/cliente-donna) e tre *ampliamenti* di prospettive (*expansions*) contro uno. Lo stesso vale per le interruzioni: l'avvocato-donna non interrompe il cliente neanche una volta ma viene piuttosto interrotto per iniziative o chiarimenti. I membri del gruppo B si interrompono gli uni gli altri e frequentemente. In generale il team B sembra più strettamente diretto dall'avvocato del team A. In termini di percentuali, calcolate con un programma di analisi quantitativa, nel team A l'avvocato parla il 90% del tempo, nel team B l'85,4%. Così come maggiori segni di esitazione si sono registrati nel team B. In sostanza i maggiori segni di asimmetria si registrano nel *team* avvocato-uomo/cliente-uomo nonostante l'uso di verbi *mentali* (penso, credo, etc.) sia maggiore nel *team* A, anzi proprio l'uso dei verbi mentali dimostra, secondo Peggy Davis, che l'indagine del team A è più concentrata sulle opinioni che non sui fatti, a differenza del *team* B focalizzato più strettamente sui fatti. Il *team* A presta attenzione ad una più ampia gamma di preoccupazioni del cliente, alla partecipazione del cliente alla soluzione del problema, in senso ampio, ma fa meno ricorso a cornici concettuali associate ad *expertise*. Il *team* B è caratterizzato prima di tutto da un rapporto di fiducia basata su una cornice concettuale associata ad *expertise*; l'attenzione ai fatti è resa rilevante dal riferimento a quella cornice e ad una interpretazione relativamente ristretta del ruolo dell'esperto nel *problem solving*. Peggy C. Davis, “Contextual Legal Criticism”, cit.

⁴⁰⁸ B. Zani, P. Sella, D. David, *La comunicazione*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994, pp. 218-220.

⁴⁰⁹ Cfr. Y. Engeström, *The Tensions of Judging: Handling Cases of Driving Under the Influence of Alcohol in Finland and California*, in Y. Engeström and D. Middleton, *Cognition and Communication at Work*. Cambridge, New York, Melbourne, Cambridge University Press, 1996, p.1999-2032.

⁴¹⁰ A. W. Sarat, L. Felstiner, “Law and Strategy”, cit.

personalistico e casualistico. La funzione dell'avvocato è soprattutto quella di legittimare alcune parti dell'esperienza umana e privare di rilevanza le altre. Il modello più diffuso è quello in cui l'avvocato cerca di persuadere il cliente ad ottenere un risultato negoziato. Nel caso dei divorzi l'avvocato in particolare invita il cliente a non confondere le emozioni ed i problemi finanziari rispetto a quelli giudiziari. Si tratta di negoziazioni in cui le parti posseggono differenti conoscenze, differenti modelli, differenti aspettative e differenti esigenze. In sintesi l'avvocato insegna al cliente a socializzare con il suo ruolo e con le caratteristiche del processo legale. Gli autori parlano di "legal construction of the client".

Si potrebbe forse immaginare con Shapiro che le scienze sociali comincino a "studiare il diritto con la prospettiva che il diritto non è ciò che i giudici dicono nei *reports* ma ciò che gli avvocati dicono – tra loro ed al cliente – nei loro uffici"?⁴¹¹

3.3. Le "iniziative" del cliente

Da altro genere di studi è emerso che l'aspettativa maggiore del cliente non è quella di controllare la decisione finale ma di partecipare alla "costruzione del caso".

Dallo studio di Sarat e Felstiner del '95 emerge che i rapporti di potere tra cliente e avvocato non sono così schiacciati e statici perché il potere non è qualcosa che può essere "posseduto" una volta per tutte: è continuamente esercitato e riesercitato, costituito e ricostituito. La negoziazione del "significato" è raramente chiara e ordinata ⁴¹².

Ricerche ancora più recenti, condotte con metodo etnografico e di tipo longitudinale, finalizzate a "misurare" il cambiamento interno e lo sviluppo di pratiche in un distretto di tribunale finlandese, mostrano il ruolo "attivo" del

⁴¹¹ Traduzione nostra. Cfr. Shapiro, 1981, cit. in A.W. Sarat, L. Felstiner, "Law and Strategy", cit.

⁴¹² A. Sarat, W.L. Felstiner, *Divorce Lawyers and Their Clients. Power and Meaning in The Legal Process*, London, Oxford University Press, pp. 19-20, 1995.

cliente nella “costruzione del caso” e la tendenziale “espansione” delle sue iniziative ⁴¹³.

La concezione tradizionale, prima della riforma processuale finlandese, considerava le parti come “attori giudiziali” e non come “attori principali”: l’assunto principale era che le parti fossero soprattutto rappresentate dai loro difensori. Nel diritto processuale il cliente era definito dal suo ruolo giudiziale come un attore (*plaintiff*) o un convenuto (*defendant*), attraverso i suoi diritti ed obblighi nel processo. Dal punto di vista dell’interazione era descritto dalla legge come un importante “fornitore di informazioni” ⁴¹⁴.

Ma nel dibattito relativo alla riforma si è evidenziato come il ruolo del cliente potesse essere maggiormente attivo e andasse oltre il limite della fonte di informazione.

La ricerca di Vaula Haavisto è focalizzata in particolare sul contributo del cliente nella costruzione del caso ⁴¹⁵.

Una delle domande chiave è qual è il “compito” del cliente nella *negoziazione*?

Il risultato della ricerca è che il cliente è un attore in cui il caso giudiziario è costruito, nel processo, attraverso la negoziazione: il cliente non è uno degli attori giudiziari ma qualcuno che può prendere parte alla trasformazione della disputa.

Le principali “iniziative” del cliente vengono individuate nella “spiegazione” che insieme alla “conferma” caratterizzano prevalentemente la sua azione in udienza.

I risultati di queste ricerche sono dunque lontani dalla tradizionale concezione della posizione del cliente come marginale e dalle previsioni codicistiche che considerano il cliente come un mero informatore: le iniziative del cliente hanno un effetto sul procedimento e gli stessi rapporti tra cliente ed avvocato hanno subito un mutamento.

⁴¹³ Si tratta della tesi di dottorato di V. Haavisto, *Court Work in Transition. An Activity-Theoretical Study of Changing Work Practices in a Finnish District Court*, University of Helsinki, Department of Education, Helsinki, Helsinki University Press, 2002. I dati raccolti consistono in videotape e trascrizioni di interazioni in tribunale. Vengono analizzati gli interventi dei clienti, il numero delle domande e risposte, le interruzioni.

⁴¹⁴ Government Bill 15/90, pp. 13, 28, 35.

⁴¹⁵ V. Haavisto, *Breaking the Courtroom Code: Client Initiatives in Finish Civil Hearings*, *International Journal for the Semiotics of Law*, pp. 399-409, 2002.

Si potrebbe dunque dire realizzato l'auspicio di Munger di un "attore orientato" che affronta il tribunale cosciente del "tempo, dello spazio, di ciò che comporta"⁴¹⁶?

3.4. A partire dalle iniziative del cliente: l'analisi di qualche caso.

Nell'indagine in oggetto si cercherà di far emergere le iniziative del cliente a partire dall'analisi di testi scritti. L'ipotesi è che le più salienti caratteristiche delle iniziative del cliente emergano nella *narrazione*.

Si tratta, nello specifico, di *note*⁴¹⁷ redatte dai clienti su richiesta dell'avvocato allo scopo di ottenere, secondo le dichiarazioni degli avvocati che hanno reso possibile la raccolta dei dati in questione, una versione, più dettagliata e probabilmente più "matura" possibile del "fatto" per il quale si richiede l'intervento del legale. A partire dal contributo di Haavisto, l'*iniziativa* è considerata come strumento-chiave per analizzare i tentativi del cliente di partecipare alla negoziazione e "trasformare" la disputa. Non vengono, in questa sede, offerte valutazioni statistiche ma soltanto qualche elemento di analisi del contenuto tratto dalle *note*. Sul piano linguistico per iniziativa si intende qui, sull'esempio di Haavisto ed a partire dalle note analizzate, le seguenti distinzioni: contestazioni (*contesting*), affermazioni-presunzioni (*alleging*), correzioni (*correcting*), spiegazioni (*explaining*), conferme (*confirming*), affermazioni-richieste (*stating*). Le iniziative si distinguono tra loro a seconda di come il cliente voglia incidere sulla disputa. Quando si tratta di iniziative capaci di incidere sul modo in cui la disputa è stata discussa, suggerendo nuovi *topics* (o mettendo fine a dei vecchi) si parlerà di *expanding*, *enlarging*, *questioning*, *restricting*. Ogni categoria di iniziativa tende a ricorrere più volte.

Nel tentare di mettere a fuoco il contributo del cliente nella "costruzione del caso" si propone, nell'ottica ora illustrata, l'analisi dei casi esaminati nella prima parte, da cui emerge senz'altro che il cliente non si limita semplicemente a fornire

⁴¹⁶ Citato in S. Pellegrini, *La litigiosità...*, cit. , p. 8.

⁴¹⁷ Si tratta di note molto articolate. In alcuni casi sono addirittura dotate di un titolo che ne indica la strutturazione interna, es. *Quadro normativo*, oppure *Situazione giuridica*, opp. *Situazione scolastica*.

informazioni su date, luoghi o circostanze, ma contribuisce attivamente alla “costruzione” della disputa.



Il caso di Marina

Il primo caso, quello di Marina, è un caso che per semplicità si definirà di *mobbing*, a partire dalla qualificazione che Marina stessa ne dà.

L’iniziativa principale del cliente, in questo caso, è quella di fornire informazioni (*giving information*) allo scopo di illustrare in modo particolareggiato non solo il proprio percorso formativo, attestante la professionalità maturata negli anni, il tipo di ruolo rivestito nell’azienda ma anche la condizione di sottoutilizzazione-oppressione a cui è costretta all’interno del contesto aziendale.

È molto dettagliata la documentazione fornita sia dal punto di vista delle mansioni espletate sia dal punto di vista dei compensi e dei *benefits* percepiti (*enlarging*). Soprattutto, dall’esame del fascicolo, emerge un notevole scambio di corrispondenza con l’avvocato, che la stessa definisce “mail bombing”.

L’altra iniziativa, altrettanto ricorrente, è rappresentata dalle contestazioni (*contesting*), quasi sempre relative ai propri colleghi e/o superiori ed alle disposizioni “peggiorative” del suo status, come quella del trasferimento in un’altra città.

Numerose le iniziative di ***alleging*** (affermazioni-presunzioni):

a me l'intento persecutorio di XXX appare non soltanto dalle due visite fiscali consecutive su quattro giorni di malattia [...], non solo dal giorno e dall'orario d'invio di questa comunicazione, ma anche e soprattutto dal fatto che nella mail non si dice che sarò Project Manager ma si elencano solo tre mansioni per un ruolo del tutto indefinito di "responsabile Project Office"....

è evidente che la mail di XXX è quasi una mossa per pararsi [...]; è evidente che la loro linea è e sarà sempre più quella di dimostrare che le assenze per malattia sono state e sono la causa dei problemi professionali lamentati, e non come invece è, la conseguenza [...]; la mail dice il falso a proposito di un punto centrale...

Così come sono notevoli le iniziative di ***espansione*** (*expanding*):

bisogna sfruttare l'occasione per "inchiodare" la XXX [...] Sottolineare cioè che la Responsabile XX afferma che la procedura non serve a niente...

L'altra iniziativa interessante ha a che fare col porre domande che riguardano la propria condizione (*questioning*):

*relativamente agli scenari futuri, in caso di mancato accordo: la questione forse, è essenzialmente questa: può l'azienda –indipendentemente dalla sua valutazione del lavoro (giusta o sbagliata che sia)-comportarsi così? Può agire e reagire così? Può approvare le ferie e poi rinfacciarle? **Questo è o non è mobbing?***



Il caso di Franco

A caratterizzarsi per le numerose iniziative di “espansione” è “il caso di Franco”, la cui “storia” si è scelta di non illustrare nella sua completezza nel corso di questo lavoro. Si riporta infatti qui solo per la parte relativa alle *iniziative* che la caratterizzano; verrà poi ripresa nel capitolo V, limitatamente ad alcuni aspetti concernenti la ricostruzione fattane dall’avvocato nell’atto ufficiale introduttivo del giudizio.

Sintesi della storia:

Si tratta del caso di un dirigente scolastico “incaricato” che, in un momento di *caos legislativo*, disilluso rispetto alla possibilità di accedere al ruolo “effettivo” di dirigente, dà le dimissioni per usufruire se non altro della “buonuscita” relativa allo statuto di dirigente “incaricato”. Resosi poi conto che in tal modo non potrà accedere all'imminente concorso che gli consentirebbe di divenire “dirigente di ruolo” decide di revocare le dimissioni. L’organo scolastico non riconosce però la validità della revoca, ritenendo che sia proposta fuori termine, cosicché Franco si rivolge all’avvocato. Quest’ultimo interviene con una procedura d’urgenza ex art.700 c.p.c. per consentire a Franco di partecipare all'imminente concorso. La richiesta al giudice è di riconoscere “valida” la revoca delle dimissioni, rassegnate peraltro in un momento di incertezza legislativa tale da indurre in “errore” il suo cliente.

La norma legislativa invocata, nel ricorso ex art.700 c.p.c., dall’avvocato di Luciano si fini del riconoscimento della validità della revoca delle dimissioni operata da Luciano è la lg.

417/89, (di conversione del D.L. n. 357/89)⁴¹⁸. Essa prevede infatti la possibilità di revocare le dimissioni entro il 31 marzo. Luciano le aveva revocate il 26 marzo.

Il giudice accoglie il ricorso dichiarando disapplicata la normativa successiva, introdotta con l'art. 1 del D.P.R. n.351/98 che fissa al 10 gennaio il termine per il collocamento a riposo, dimissioni volontarie, etc., nonché per la revoca delle stesse. Il giudice dichiara cioè illegittima la norma che determina peggioramenti *in pejus* e la disapplica ritenendo “evidente come la fonte ministeriale possedeva contenuto innovativo comportante una restrizione (temporale) delle facoltà degli interessati previste dalla fonte sovraordinata legislativa e, come tale, deve ritenersi illegittimo e disapplicato in *parte qua*”.



Il caso di Franco è particolarmente interessante dal punto di vista delle iniziative di *espansione*, della capacità di influire sulla strutturazione e trasformazione successiva della disputa. Si tratta, come già detto, di un dirigente scolastico incaricato, ben informato sulla normativa che disciplina il suo ruolo. Franco fornisce, ad esempio, una dettagliata analisi del quadro legislativo che disciplina la sua attuale posizione di “dirigente scolastico incaricato” – in attesa di un concorso per “dirigente scolastico di ruolo”.

Le maggiori iniziative che si registrano sono quella di *spiegare (explaining)* in cosa consiste il ruolo che attualmente ricopre e qual è la sua posizione attuale, *ampliando (enlarging)* l'informazione in relazione alla posizione degli altri colleghi nella graduatoria degli incarichi e contestandone in alcuni casi la posizione (*contesting*); di *informare (giving information)* sull'evoluzione legislativa e sulle conseguenze che, secondo il suo punto di vista, ne possono per lui derivare (*alleging*), affermando e richiedendo (*expansion*) la necessità di uno specifico tipo di provvedimento (la c.d. sospensiva):

giving information:

Sono preside incaricato annuale.

⁴¹⁸ La legge rubricata “Norme in materia di reclutamento del personale della scuola” prevede che [...] *il personale ispettivo, direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato, che abbia presentato le proprie dimissioni dall'impiego non può revocarle dopo il 31 marzo successivo [...]*

explaining:

Gli incarichi si articolano [...]. Gli incarichi per le superiori in genere sono molto pochi.

contesting:

Per anni, infatti, non sono stato nominato, nonostante fossi primo...Nel concorso si “infilà” anche chi non possedeva i titoli richiesti – tre anni di incarico a preside – riesce a portare a termine il corso - concorso e viene inserito in una graduatoria con riserva. [...] costoro pretendono anche, con un ricorso al giudice del lavoro del settembre 2004, di avere la precedenza per il 2004 negli incarichi di presidenza a livello provinciale, ma il giudice gliela nega, perché prima va sciolta la riserva.

enlarging:

Alla fine del dicembre 2004...viene approvato un emendamento che consentirà...ai candidati ammessi con riserva ...di essere immessi in ruolo gradualmente a partire dal 2005...Riportiamo di seguito il testo...[omissis] . Il decreto passa alla Camera per la definitiva approvazione.

alleging:

Di qui nasce il mio scoramento. La loro immissione in ruolo fa scemare, secondo me, la possibilità di un incarico per l'anno successivo...entrambi mi precederanno nella graduatoria...I posti certi disponibili sono solo due. Rischio di tornare docente. Decido allora con sofferenza, entro il ..., la via delle dimissioni...presento di nuovo la domanda di revoca motivandola con la variazione del quadro normativo e con il fatto che il provvedimento di pensione non è ancora efficace...

expanding:

A di là del merito e della motivazione, si tratta - secondo il mio punto di vista e la mia lettura delle sentenze - di chiedere solo il rispetto del termine che la legge, non i decreti del ministro, fissa, 31 marzo:

URGE SOSPENSIVA DEL GIUDICE PER CONSENTIRMI DI PRESENTARE LA DOMANDA DI INCARICO DI PRESIDENZA ENTRO IL 22 MAGGIO PROSSIMO. ALTRIMENTI È TUTTO INUTILE ⁴¹⁹!!



I casi di Nancy e di Luciano.

I casi di Nancy e di Luciano sono meno caratterizzati da iniziative di espansione. Nancy dichiara, nell'intervista, di aver fornito all'avvocato la

⁴¹⁹ L'uso del carattere maiuscolo e del grassetto sono impiegati dal cliente stesso nel testo consegnato all'avvocato.

documentazione concernente i contratti degli anni precedenti su richiesta di questi; quindi le iniziative sono prevalentemente limitate al *giving informations*:

L'avvocato XXX si è fatto dare le copie dei registri degli anni precedenti, ha visto quanto avevo reso a questa università...dove c'è per esempio il registro dell'anno precedente che avevo consegnato, ingenuamente firmato dal Preside che ha un numero...un ammontare di ore di oltre 100 superiore al numero di ore che dovevo fare.



Luciano invece oltre a fornire all'avvocato, in una nota scritta, le tappe dettagliate della sua carriera – *giving informations* – fa un'elencazione precisa delle richieste da avanzare in sede giudiziale – *expanding* –:

1. rivendicazione grado dirigenziale;
2. inadempimento contrattuale sulle retribuzioni anno xxx in assenza di ogni mia personale determinazione;
3. rivendicazione premio di rendimento dal gennaio xxx (50% dell'anno '92) + scatti di anzianità;
4. pretesa risarcitoria e danno biologico.

Inoltre è marcato il riferimento al proprio stato soggettivo che conferma il modo in cui Luciano, a partire dall'intervista, *name* la sua condizione di difficoltà professionale e personale:

Il totale ostracismo di rapporto con gli alti vertici aziendali determinò una profonda frustrazione interiore reattiva all'ambiente di lavoro, per cui previa visita medica che diagnostico' "stato ansioso depressivo con turbe reattive [...].



Emerge da queste prime analisi che l'*iniziativa* più comune del cliente è senz'altro finalizzata a fornire *spiegazioni* della propria condizione messa a confronto, nella maggior parte dei casi, con quella di altri componenti dello stesso gruppo (es. colleghi o superiori). Il che confermerebbe la concezione codicistica della *parte* come "fonte di informazione". Il ruolo del cliente non è evidentemente limitato a ciò: oltre a *fornire informazioni*, spiegazioni, il cliente *contesta*, *afferma*, *presume*, *pone interrogativi*, fino a *suggerire strategie* all'avvocato.

Il cliente contribuisce a “costruire” il fatto non solo fornendo informazioni di propria iniziativa o su richiesta dell’avvocato, informazioni che vanno in ogni caso al di là di meri dati concernenti la carriera, lo stipendio, etc. (Franco, ad esempio, fornisce al proprio legale utilissime indicazioni sulla legislazione scolastica) ma anche formulando precise richieste di azione legale (ad esempio, la richiesta di sospensiva oppure di differenze retributive, etc). Un autentico esempio di “costruzione del fatto”, a partire dalla collaborazione tra cliente e avvocato, è rappresentato dal caso di Marina: Marina di concerto col suo legale metterà in atto una vera e propria strategia nei confronti dell’azienda tale da modificare la configurazione iniziale della vicenda. A seguito dell’invito officioso dell’azienda di rassegnare le dimissioni, Marina fingerà che la richiesta non sia mai avvenuta lamentando piuttosto la propria sottoutilizzazione negli anni precedenti; l’azienda è così indotta in una serie di reazioni, che faranno trapelare intenti discriminatori, fino al ricorso a provvedimenti come il trasferimento in un’altra città, che provocherà un ricorso ex art. 700 c.p.c da parte dell’avvocato di Marina, etc.

I casi illustrati dimostrano senz’altro le potenzialità di un ruolo attivo del cliente sia dal punto di vista dell’intensità che della qualità della sua partecipazione nella “costruzione del fatto”, a dispetto del semplice ruolo di parte (*attore o convenuto*) che il codice gli attribuisce.

È evidente inoltre che, a partire dalla disponibilità e competenza del professionista, il ruolo del cliente è in qualche modo “indispensabile” nella gestione del conflitto, oltre che ai fini della possibilità di influenzare il procedimento secondo le proprie aspettative anche proprio ai fini dell’ottenimento del risultato desiderato.

Vi è senz’altro un tendenziale cambiamento nella collaborazione tra clienti ed avvocato: il cliente non è marginalizzato né domina il processo, ma collabora come *partner* collocandosi, per alcuni aspetti sullo stesso piano dell’avvocato. Il cliente si dimostra “capace” di partecipare alla relazione con l’avvocato ed alla strutturazione del conflitto.

Può dirsi forse anche verificato quanto sostengono Sarat e Felstiner secondo cui il potere nei rapporti cliente-avvocato è continuamente rinegoziato⁴²⁰.

La modalità di interazione qui rappresentata, effetto della scelta del professionista di trattare il caso a partire dal punto di vista del cliente e dalla sua collaborazione, potrebbe in futuro divenire una modalità “istituzionalizzata” di rappresentanza del cliente, un modo per garantire che il privato (*lay people*) non venga sopraffatto dal tecnicismo e dalle competenze talvolta imposte dall’avvocato!?



Se ed in che misura le iniziative dei clienti abbiano poi contribuito a trasformare la disputa lo si analizzerà più dettagliatamente nel capitolo V attraverso un’analisi del contenuto della narrazione dell’avvocato, confrontata con quella del cliente, qui illustrata. Come si vedrà, soprattutto nel caso di Franco, l’avvocato riprenderà in gran parte la narrazione del cliente non solo *in fatto* ma anche per le argomentazioni *in diritto*, col richiamo delle stesse leggi e decreti citati dal cliente, sia pure naturalmente col dovuto ampliamento di prospettive tecniche ed argomentative. E si anticipa già che il giudice, a sua volta, riprenderà in gran parte le argomentazioni, soprattutto *in diritto*, sostenute dall’avvocato.

In conclusione la narrazione ampiamente documentata sia dal punto di vista degli accadimenti (*date*), dell’indicazione dei luoghi, della sequenza degli eventi, oltre che della padronanza del quadro legislativo e dei possibili provvedimenti giudiziari, fanno sì che l’avvocato possa, in questo caso, effettivamente mantenere i *topics* proposti dal cliente.

⁴²⁰ “Power in lawyer-client interactions is less stable, predictable and clear-cut than the conventional view would have us believe. Power is not a “thing” that can be possessed; it is continuously enacted and re-enacted, constituted and reconstituted”. A. Sarat, W.L. Felstiner, “Divorce Lawyer”, cit., pp. 19-20.

Capitolo V

Il ruolo dell'avvocato

1. Le storie degli avvocati

Se del ragionamento dei giudici e del loro modo di argomentare molto è stato scritto, il ragionamento degli avvocati, soprattutto sui fatti della disputa è invece piuttosto trascurato dai *legal theorists*⁴²¹. Si tratta in generale, secondo William Twining, di un settore poco indagato e per niente teorizzato⁴²².

Il ruolo dell'avvocato, al contrario, soprattutto in un processo controverso, può essere molto complesso, coinvolgendo una molteplicità di altri ruoli (*produttore, attore, narratore, etc.*).

Il compito primario dell'avvocato è senz'altro di "persuadere" questo o quel giudice di decidere a favore del suo cliente nel rispetto di motivi di diritto e/o di fatto, preliminarmente definiti ed espressi tramite argomentazioni.

Naturalmente la "storia" di un caso non si esaurisce nella narrazione *tout court* dell'avvocato: sono senz'altro determinanti le risultanze probatorie, in primo luogo quelle derivanti dalle testimonianze (raccolte attraverso l'esame diretto, la *cross-examination* ed il riesame secondo i principi dell'*adversarial system*)⁴²³.

È comunque generalmente accettato che lo *storytelling*⁴²⁴ sia una tecnica centrale dell'*advocacy*, che tende ad atteggiarsi con caratteristiche differenti, probabilmente, a seconda che si tratti di questioni di fatto o di diritto⁴²⁵.

⁴²¹ Sul ragionamento giuridico cfr.tra gli altri: A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise of Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987; R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1998; A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1981; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, tr. it., Milano, Guerini e Associati, 1996; N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it., Torino, Giappichelli, 2001; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, edited by Z. Bankowski and N. MacCormick, Dordrecht, Kluwer, 1991.

⁴²² W. Twining, *Rethinking Evidence...*, cit.

⁴²³ Ad ogni modo, secondo Twining, nel discorso dell'*advocacy*, la parola *storia* tende ad essere piuttosto usata approssimativamente con riferimento alla versione di una parte o di un testimone rispetto a ciò che è accaduto o ad un resoconto cronologico di una serie di eventi; o ancora ad un resoconto di fatti del caso da parte di un giudice o di un avvocato o alle allegazioni formali (i fatti materiali) proposte nella difesa o anche alla *teoria* dell'avvocato del caso.

⁴²⁴ Sugli usi della narrazione nel processo cfr. capitolo IV, sez. II, par. 1.

⁴²⁵ Twining sfida ogni convinzione che la narrativa abbia un ruolo marginale e di dubbia legittimità nel discorso legale ma egli sfida anche l'idea contraria che la costruzione delle storie sia "the central act of the legal mind" come White ed altri (Bennett e Feldman) hanno suggerito.

In una prospettiva ortodossa, una questione di diritto è oggetto di contestazione quando vi è un disaccordo circa lo scopo di una norma o quando è controverso se un particolare *set* di fatti collimi con la sua applicazione. Convenzionalmente un argomento circa una questione di diritto poggia sull'impostazione che i fatti siano "dati", esso si svolge come se i fatti fossero "veri". Di converso un argomento circa una disputata questione di fatto procede come se il diritto applicabile fosse consolidato⁴²⁶.

Sembra, al contrario, riconoscersi nella teoria del diritto proprio la problematicità della distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto, così come si tende a riconoscere che la distinzione in certi casi assume un carattere artificiale o addirittura non ha nessun rilievo soprattutto riguardo all'applicazione delle norme ed alla appropriata categorizzazione di una particolare situazione di fatto. Ad esempio "Tizio è disonesto"? "Si tratta di un caso di omicidio"? Sono queste questioni che potrebbero essere di fatto o di diritto o miste. Il modo in cui sono trattate questioni del genere varia inoltre da sistema a sistema e da contesto a contesto, sebbene all'interno dello stesso sistema⁴²⁷.

Le questioni di fatto e di diritto rappresentano, secondo Bruner, il passaggio chiave della *trasformazione di racconti ordinari in racconti giudiziari*; costituiscono le *procedure* mediante le quali i racconti giudiziari sono analizzati giuridicamente e alla fine giudicati dal giudice⁴²⁸. *Chi ha fatto cosa a chi altro e con quali intenzioni?*. Sono queste le questioni di fatto da accertare conformemente alle regole sulle prove. Ma decidere se l'azione violi o no una legge particolare comporta l'interpretazione di una regola di diritto. A metà strada tra l'una e l'altra si colloca poi la decisione sul se l'azione abbia effettivamente danneggiato la parte accusatrice⁴²⁹.

⁴²⁶ Twining, richiamando principalmente Llewellyn, rileva come nella deposizione dei fatti gli avvocati abbiano "il primo, migliore e più prezioso accesso all'attenzione delle Corti". La corte non sa dei fatti se non attraverso l'introduzione in giudizio di un atto ufficiale da parte dell'avvocato. Lo *statement* dei fatti da parte dell'avvocato non è semplicemente una parte dell'argomentazione legale ma ne costituisce il "cuore".

⁴²⁷ W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Second edition, Cambridge University Press, 2006, pp. 271-278.

⁴²⁸ Cfr. J. Bruner, *La fabbrica...*, cit. p. 42.

⁴²⁹ Anche Bruner ritiene che questa sottile separazione qualche volta cada e che negli ultimi anni i giuristi hanno cominciato a sorprendersi che la sottile separazione non è in certi casi niente di più che una *fiction*. Bruner, "A Psychologist", cit.

Nell'ambito di un processo esistono fatti relativi alle date, alle situazioni meteorologiche e lavorative che possono essere fondate su prove nei racconti di entrambe le parti; possono esistere tuttavia "fattori al di là del proprio controllo" che lo sono in misura alquanto minore e categorie come "lo sforzo in buona fede" ancora più "aperte", trattandosi di un concetto fondato su circostanze ⁴³⁰.

Inoltre la rilevanza del fatto accertato varia a seconda della categoria in cui esso è inquadrato. Una pacca sulla spalla, per quanto data con intenzione amichevole, potrebbe non essere un innocente fatto a sé alla luce della legge sulle molestie sessuali ⁴³¹.

Infine non può non rilevarsi che, mentre l'accertamento dei fatti nel processo è regolato da norme procedurali e dal giuramento di "dire la verità", per giudicare la correttezza di un'interpretazione giuridica esiste solo la tradizione incarnata nel precedente ⁴³². Chi propone un'interpretazione si richiama sostanzialmente alla somiglianza tra la sua interpretazione dei fatti rilevanti ed i precedenti ⁴³³. Tuttavia, se è pacifico 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, relativamente ai fatti rilevanti nel caso presente ed alle interpretazioni in casi del passato giudicati simili. Il passaggio dal fatto di cui si tratta alla questione di diritto si realizza tramite procedure narrative, tipiche, di interpretazione e costruzione di senso, comunicato, condiviso, legittimato.



⁴³⁰ J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., p. 43; cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme...*, cit.

⁴³¹ Cfr. K.L. Scheppele, "Foreword: Telling Stories"..., cit.

⁴³² Anche se tutto ciò può valere anche per i sistemi di *civil law*, si precisa che il riferimento di Bruner è ai sistemi di *common law*.

⁴³³ "[...] i racconti giudiziari devono venire concepiti facendo molta attenzione a quei casi del passato che erano simili a quello presente e che sono stati giudicati in senso favorevole alla propria interpretazione. I precedenti appropriati offrono i clichés che guidano un avvocato nell'organizzazione di un racconto concernente il caso presente. Egli farà bene ad inserire il caso *sub iudice* in una linea di precedenti favorevoli". Secondo Bruner il procedimento in base al quale si stabiliscono tali linee di precedenti è simile alla collocazione di un racconto in un genere letterario e gli avvocati danno spesso prova di abilità nella scelta dei precedenti, anche se la scelta è a sua volta vincolata dai precedenti utilizzati in passato. La letteratura imita con le sue astuzie la realtà convenzionale per creare la verosimiglianza, il diritto fa lo stesso citando il *corpus iuris* ed attenendosi ai precedenti. Cfr. J. Bruner, *La fabbrica...*, cit., pp. 43, 44, 49.

È ancora una volta il ruolo svolto dalla narrazione nella costruzione dell'“argomentazione legale”, a costituire oggetto della nostra indagine. Si utilizzerà nuovamente la definizione di “storia” proposta da Amsterdam e Bruner, per leggere le storie narrate dagli avvocati nel corso delle interviste.

2. Le storie degli avvocati di Luciano e Marina

Vengono qui di seguito riproposte due delle storie illustrate nel capitolo precedente, la storia di Luciano e la storia di Marina, così come narrate dai loro rispettivi avvocati, nelle interviste. Lo scopo è di realizzare una comparazione tra la storia del cliente e quella dell'avvocato per mettere in rilievo come il fatto emerga nell'interazione tra cliente e avvocato.



La storia di Luciano

I. *Una legittima condizione iniziale:*

Venne da me a distanza di tempo dalle dimissioni che aveva dato rispetto al rapporto di lavoro con la banca, dopo aver superato un momento di forte depressione anche di crisi dei suoi equilibri, si era separato con la moglie etc...chiedendomi di rileggere, di rivedere tutta la vicenda più recente del suo rapporto con la Banca...con l'idea, che però era poco praticabile, di impugnare le dimissioni che aveva dato...prospettiva a cui io non aderii perché era ad eccessiva distanza di tempo ...lui poi non aveva neppure impugnato per via informale stragiudiziale queste dimissioni....

II. *che viene scompigliata da un elemento disturbatore – the trouble – attribuibile all'attività umana – agency – :*

1. quindi lui, in modo molto incauto, aveva aderito ad un'ipotesi di trasformazione del suo rapporto di lavoro con la banca: *come sai la banca ha parecchie centinaia di clienti, uno stato patrimoniale solido etc...la trasformazione avrebbe comportato, come poi, di fatto, avvenne, il trasferimento alle dipendenze di una piccola società del gruppo avente tutto altro oggetto sociale. Questa trasformazione veniva motivata dalla Banca con l'idea di un rilancio di questa società del gruppo, coinvolgendo anche questa persona che aveva un grado già abbastanza elevato, era un funzionario, coinvolgendolo in una funzione dirigenziale, direttiva dell'intera operazione anche sul piano dell'elaborazione, ...della programmazione di questo rilancio. Si trattava di una società che agiva nel campo dei servizi alle imprese nella formazione del terziario avanzato. Lui sposò la cosa con*

grandissimo entusiasmo dagli atti che mi fece vedere, dagli studi che aveva fatto, aveva fatto anche delle ipotesi di lavoro molto concrete, aveva stabilito quanti dovessero essere i dipendenti, quanti budget, che tipo di servizi dovevano essere garantiti, in che modo bisognava incrociare il mondo delle imprese, etc... insomma mi resi conto che lui ci aveva davvero creduto in questa cosa. Cosa accadde? Lui accettò il passaggio previa promozione, quindi venne non dico adescato in questa cosa...questa promozione aveva dei presupposti oggettivi sul piano del rapporto di lavoro delle funzioni svolte, piuttosto alte, quindi non sembrò molto sospetto...Lui accettò il passaggio, diede le dimissioni alla banca e andò a finire in questa piccola società di cui divenne direttore generale. Di fatto tutto il programma, il piano che era stato ipotizzato scemò rapidamente e la banca naturalmente disattese il programma in funzione del quale aveva proposto allo XXX le dimissioni e riassunzioni presso altra società. Tieni presente che la condizione di questa società, verificai subito, era una condizione marginale, una società senza patrimonio senza capitale sociale, senza dipendenti, due dipendenti, senza le tutele previste dallo statuto dei lavoratori soprattutto in relazione al licenziamento. Grosso modo le vicende sono state queste, poi si è protratta questa situazione molto penosa per lui per circa un anno. Anno durante il quale lui cercava o di rendersi utile oppure o in altri momenti di rivendicare mansioni corrispondenti al suo status professionale o ancora chiedendo il rientro nell'azienda originale che aveva ceduto il contratto di lavoro a questa piccola società. Tutte richieste disattese finché, proprio la penosità della situazione, per l'idea che mi sono fatto anche della persona, una persona molto attiva – hai avuto modo di conoscerla – preparata, attiva, è stato segretario regionale della federazione dei bancari di CGIL CISL e UIL, una persona che ha un suo abbastanza netto valore professionale e quindi questa situazione di penosità abbia finito per incidere su di lui non solo sul piano esistenziale ma poi lo abbia indotto alle dimissioni come ultimo atto anche di dignità, di riaffermazione della sua vita.

2. Può essere vero che non vi sia stata una volontarietà della Banca, lui è stato coinvolto in questa cosa dai massimi vertici, dal presidente, dal direttore generale...quindi non è che lui ha trattato ai livelli intermedi, ha trattato con i massimi vertici, è stata una trattativa laboriosa, varie riunioni anche consigli di amministrazioni...sono state prefigurate queste linee...quindi...vabbè ...può anche essere che davvero non ci sia stata una volontarietà...però questo non muta la responsabilità della banca perché se anche fosse vero la banca comunque dovrebbe avere avuto il dovere giuridico di rimettere Luciano nella posizione corrispondente...nel suo status, nelle sue competenze e anche, secondo me, avrebbe avuto il dovere giuridico di offrirgli il rientro di provenienza...venivano meno le condizioni per le quali era stato offerto il consenso alla risoluzione del rapporto...le condizioni sono state previste, pattuite e clamorosamente smentite a quel punto...ma in ogni caso vuoi così o vuoi in un altro modo, l'eventuale non volontarietà o necessità di restringere i piani aziendali non può risolversi in una dequalificazione del lavoratore...tanto più poi che l'azienda può sempre licenziare il lavoratore se la sua prestazione non è proficua.

III. lo sforzo di riparare o trasformare la condizione iniziale di stabilità, con possibilità di successo o meno:

1. Vidi dal suo racconto che aveva subito delle gravissime lesioni di diritti abbastanza importanti, quindi ritenni che potevo chiedere accertamenti diciamo...di violazioni quindi delle lesioni dei diritti che aveva subito con una prospettiva risarcitoria. Quindi questo ho fatto ricostruendo le ultime fasi del rapporto di lavoro.

2. Ho fatto il ricorso al giudice esponendo punto per punto tutti i passaggi di questa vicenda rifacendomi agli atti etc, poi abbiamo sentito i testi. Abbiamo avuto una lunga prova testimoniale con testi molto preparati e meticolosi, direi, nella ricostruzione di questa fase infelice del rapporto di lavoro di questa persona. Poi abbiamo fatto una memoria difensiva, ho ulteriormente cercato di semplificare anche il ragionamento visto che il giudice designato non è notissimo per la sua capacità di applicazione allo studio.

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato:

Poi invece la sentenza è stata negativa con la motivazione che abbiamo visto, insomma, poco convincente e anche forse a tratti contraddittoria sul piano logico.

V. la storia si conclude con una c.d. coda:

Il giudice ha ridimensionato la portata della dequalificazione e poi secondo me non ha proprio capito la causa. Poi tieni presente che la motivazione è sempre un momento successivo alla decisione...



Il ragionamento dell'avvocato di Luciano

Nella narrazione della storia, l'avvocato di Luciano ripercorre gli ultimi anni del rapporto professionale intercorso tra il suo cliente e la Banca, conclusosi con le dimissioni di quest'ultimo:

*a. Valutazione dello stato iniziale di legittimità*⁴³⁴

Nel valutare, molto attentamente, la condizione iniziale di legittimità o meno che concerne il cliente al momento dell'insorgenza del *trouble*, l'avvocato non può fare a meno di premettere, nel corso dell'intervista, che "in modo molto incauto" Luciano aveva aderito ad un'ipotesi di trasformazione del suo rapporto di lavoro con la Banca. Precisa tuttavia che il cliente aveva effettivamente "creduto" nell'impresa al punto da fare uno studio di progettazione molto accurato rispetto alla costituenda società, per concludere che il dipendente fosse stato quasi "adescato" in questa situazione...

b. Valutazione della posizione personale e professionale di Luciano

⁴³⁴ Si rinvia al punto 1 dell'articolazione della "storia", secondo la definizione proposta da Amsterdam e Bruner, ed analizzata più compiutamente nel capitolo I.

L'avvocato tiene inoltre conto della condizione personale d'umiliazione, di "penosità" se non di dramma, in cui Luciano viene a trovarsi dopo la vanificazione dei progetti aziendali, al punto da giustificare, anche nell'atto introduttivo del giudizio, le dimissioni del cliente come ultimo atto di "riaffermazione della propria dignità". Forse l'unico dubbio che ancora sfiora la mente dell'avvocato, rispetto all'opportunità della scelta del suo cliente di accettare la proposta di trasferimento dalla Banca alla società collaterale di servizi, ha a che fare con l'opportunità che Luciano considerasse in modo più attento lo stato patrimoniale e sociale dell'azienda. La ridottissima entità patrimoniale di quest'ultima contro la consistenza della Banca era infatti tale da far immaginare, probabilmente, che le aspirazioni personali e professionali del dipendente fossero di gran lunga superiore alle reali possibilità della Banca di realizzare il progetto ideato – sarà questa poi la tesi sostenuta dalla controparte. Tuttavia, se così fosse stato, come si spiegherebbe allora che al progetto aderirono, come si vedrà dagli atti e dall'esame di qualche testimonianza, almeno altri quattro dipendenti?

c. Valutazione del comportamento illecito della Banca

La conclusione cui giunge l'avvocato, alla fine dell'intervista, alla luce di tutti gli "elementi di realtà" considerati, è allora che a prescindere dalla *volontarietà* o meno della Banca di dare esecuzione al progetto in cui Luciano era stato coinvolto, essa non poteva procedere alla sua dequalificazione, aveva cioè il "dovere giuridico di offrirgli il rientro di provenienza".

Cosicché l'avvocato procederà, nell'atto introduttivo del giudizio, ad una ricostruzione degli ultimi tempi della carriera allo scopo di accertare se la violazione di diritti subita da Luciano possa se non altro assicurargli un adeguato risarcimento dei danni subiti.

L'avvocato introdurrà il caso di Luciano concludendo prudentemente che:

sia pur su una base indiziaria, non può non ritenersi preordinato il disegno di convincere il dipendente ad accettare il passaggio alle dipendenze di una piccola società del gruppo, destinata a nessuno sviluppo, per revocare poi le funzioni e la qualifica conferita ed emarginare definitivamente il lavoratore dall'ambito aziendale, costringerlo ad una

penosa dequalificazione e spingerlo, così, alle dimissioni. Tale complessivo, illecito comportamento del datore, venendo a coniugarsi con la sostanziale mancanza di autonomia della società XXX, all'effettiva dipendenza gestionale ed operativa di quest'ultima dalla Banca XXX, qualifica indubbiamente l'intera vicenda quale vicenda interpositiva, atta ad eludere il campo di applicazione delle disposizioni garantiste e ad espellere in modo indolore il lavoratore dall'azienda.

quindi su base indiziaria che l'avvocato formulerà l'ipotesi di una "preordinazione" della Banca rispetto all'espulsione del dipendente. Saranno poi le testimonianze e la successiva interpretazione che ne verrà fatta a confermare l'effettiva dequalificazione subita da Luciano, a seguito della vanificazione dei progetti aziendali.



La storia di Marina

I. Una condizione iniziale stabile guadagnata nella più legittima normalità delle cose:

omissis.

II. che viene scompigliata da un elemento disturbatore – the trouble – attribuibile all'attività umana – agency – :

[...] Marina venne da me perché la società le aveva proposto di dimettersi ma bisogna capire perché le aveva proposto di dimettersi: per una serie di motivi, perché c'erano state le assenze, la malattia e quindi la generica diminuzione dell'efficacia della sua funzione all'interno della società, molto generica. Proponendole ovviamente un incentivo all'esodo che era molto limitato.

III. lo sforzo di riparare o trasformare la condizione iniziale di stabilità, con possibilità di successo o meno:

[...] questo discorso dell'incentivo all'esodo dell'interruzione del rapporto di lavoro si poteva collegare, ho cercato di collegarlo, ad un intento diciamo un pò tra ritorsivo e persecutorio che si era realizzato nel tempo cercando di concatenare tutta una serie di fatti che nella loro realtà oggettiva erano, secondo me, completamente separati l'uno dall'altro logicamente e anche storicamente, cercando di mettere in un'unione che facesse vedere come tutto era nato da una comunicazione che questa cliente aveva fatto

*alla società perché si doveva sottoporre a delle cure per l'infertilità e da questo era nata una ritorsione da parte della società che prima l'aveva spogliata dell'attività lavorativa poi le aveva mandato costanti visite mediche per tentare la risoluzione del rapporto di lavoro fino a comunicarle il trasferimento in un'altra sede della società. Il provvedimento di trasferimento in sé poteva anche ritenersi utile ma se collegato, come in fatti poi è stato, a tutta una serie di fatti poteva essere connotato da "oggettività" quanto da "ritorsività"...In quest'ultimo senso **lo abbiamo proposto** al giudice che non lo ha ritenuto tale e quindi lo ha ritenuto legittimo come trasferimento.*

IV. cosicché il precedente stato è ristabilizzato o un nuovo stato è creato:

*Il provvedimento del giudice – il riferimento è al provvedimento di chiusura della procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. – è stato anche d'aiuto nel senso che è servito a mettere maggiormente a fuoco questi aspetti di ritorsività di questo comportamento, di ritorsione da parte di questa società. **Tutto questo ha fatto in modo da dare una maggiore oggettività a questo percorso: la società ha iniziato ad avere il timore che effettivamente potesse rimanere lesa, per cui ha modificato la proposta transattiva, che nel frattempo c'era stata, nel senso che l'ha triplicata.***



Il ragionamento dell'avvocato di Marina

a. La descrizione dell'insorgenza del trouble

L'avvocato di Marina, nel descrivere la c.d. condizione iniziale d'insorgenza del conflitto tra la sua cliente e l'azienda, ipotizza che il verificarsi del *trouble* sia dovuto, in parte, ad una diminuzione, sia pur generica, della funzione lavorativa della cliente all'interno dell'azienda. La diminuzione d'efficacia si realizzerebbe nella richiesta di giorni di permesso per malattia con le relative assenze. Nella descrizione dello stato iniziale della vicenda, l'avvocato aggiunge dunque un elemento in parte riconducibile all'*agency* di Marina.

b. La strategia legale

La narrazione dell'avvocato di Marina, nel corso dell'intervista, è piuttosto centrata sulla strategia legale adottata. Interessantissima è, infatti, la rivelazione della strategia di "costruzione del fatto" concordata e realizzata in collaborazione con la cliente: riuscire a creare un nesso causale e temporale tra fatti che, solo

nella ricostruzione *ex post*, potevano avere un collegamento logico ed una concatenazione causale. Ciò allo scopo di “svelare” una precisa scelta aziendale finalizzata all’isolamento nonché all’esclusione della dipendente, con un *intento discriminatorio* – collegato alla richiesta di Marina di giorni di malattia per potersi sottoporre a cure contro l’infertilità – nonché *ritorsivo* rispetto al tentativo di Marina di una richiesta di conciliazione dinanzi all’UPL⁴³⁵.

3. La complessa operazione della “costruzione legale” del fatto

Nella costruzione del caso, la prima fondamentale attività che l’avvocato⁴³⁶ compie nell’accingersi a preparare qualunque scrittura difensiva processuale o stragiudiziale è dunque l’individuazione dell’essenza della controversia. L’intelligenza del caso⁴³⁷, che si sostanzia nell’individuazione della questione litigiosa che deve essere discussa, “costituisce il punto nodale dal quale dipende l’esito della causa e rappresenta l’elemento fondamentale che deve guidare l’impostazione della consulenza o dell’assistenza nella singola fattispecie concreta”⁴³⁸.

⁴³⁵ La strategia si rivelerà vincente: il giorno prima della discussione del reclamo introdotto dall’attore, l’azienda fa una proposta transattiva che garantirà a Marina il triplo dell’importo iniziale proposto come forma di incentivo all’esodo. Ciò consentirà inoltre di ridimensionare la *disputa a conflitto*.

⁴³⁶ Sul ruolo dell’avvocato si vedano inoltre: A.W. Alschuler, The Defense Attorney’s Role in Plea Bargaining, *The Yale Law Journal*, 1974-1975; J.P. Heinz, The Power of Lawyers, *Georgia Law Review*, 1983; M.L. Schwartz, The Professionalism and Accountability of Lawyers, *California Law Review*, 1978; R.L. Nelson, J. Heinz, Lawyers and the Structure of Influence in Washington, *Law & Society Review*, 1988; J.M. Doyle, The Lawyer’s Art: “Representation” in Capital Cases, *Yale Law Journal*, 8, 1996, p. 417; S. Macaulay, Lawyers and Consumer Protection Laws, *Law and Society Review*, 1979, 14, 1, p. 115; A. S. Blumberg, The Practice of Law as Confidence Game, *Law and Society Review*, 1967, 1, 2, p. 15; R.L. Nelson, Ideology, Practice, and Professional Autonomy: Social Values and Client Relationship in the Large Law Firm, *Stanford Law Review*, 1984-1985, 37, 503.

⁴³⁷ Moro propone infatti il ritorno all’approccio “casistico”, prescindendo dalla distinzione tra sistema pragmatico britannico o americano, anzi riprendendo la cultura giuridica greca o latina. In particolare, richiamando Aristotele, ritiene che la connessione tra la teoria e la prassi retorica si realizzi primariamente “nella raccolta di esempi con funzione di modelli piuttosto che nella precettistica astratta elaborata a priori senza aderenza alla realtà”. Cfr. P. Moro, *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Pordenone, Libreria al Segno Editrice, 2004, p. 51.

⁴³⁸ Più specificamente, Moro ritiene che nella predisposizione dell’attività giuridica difensiva “occorre tralasciare una meccanica e superflua sussunzione della fattispecie concreta nelle norme positive ed esaminare prima di tutto il caso controverso. Una corretta ed attenta disamina delle

Nel caso di *Luciano*, ad esempio, l'avvocato individuerà così l'essenza del caso:

[...] Venne da me chiedendomi di rileggere, di rivedere tutta la vicenda più recente del suo rapporto con la banca...con l'idea, che però era poco praticabile, di impugnare le dimissioni che aveva dato....prospettiva a cui io non aderii perché era ad eccessiva distanza di tempo. Lui poi non aveva neppure impugnato per via informale stragiudiziale queste dimissioni...però vidi dal suo racconto che aveva subito delle gravissime lesioni di diritti abbastanza importanti, quindi ritenni che potevo agire diversamente chiedendo accertamenti delle violazioni...quindi delle lesioni dei diritti che aveva subito con una prospettiva risarcitoria. Quindi questo ho fatto ricostruendo le ultime fasi del rapporto di lavoro [...].

Il primo compito dell'avvocato è di cercare dunque di ottenere dal cliente la storia, sia nel suo linguaggio che nel linguaggio in cui la tradurrà (cosicché il cliente apprenderà qualcosa del linguaggio legale e lo stesso avvocato cercherà di apprendere qualcosa del linguaggio del cliente). Nel far ciò essi creeranno qualcosa di "nuovo", un discorso in cui questa storia e le altre possono aver significato e forza in un altro genere: il genere del diritto. L'avvocato media dunque continuamente tra linguaggi: deve essere pronto a parlare il linguaggio del cliente, e pronto a rivolgersi al giudice e parlare in termini che almeno all'inizio saranno estranei al cliente. È questa la tesi di White che paragona l'avvocato ad un traduttore, consentendoci così di ipotizzare che il ruolo dell'avvocato sia quello di tradurre "accadimenti quotidiani" in storie legali ⁴³⁹.

Nella prospettiva di White, il traduttore non è un burocrate, che muove da un linguaggio tecnico ad un altro, ma la persona che aspira a collegare due mondi, due modi d'essere e vedere, nella propria mente, nelle proprie percezioni e

contrastanti pretese che si propongono nella singola vicenda consentono all'avvocato di ricercare, ordinare e prospettare le ragioni di fatto e di diritto validamente sostenibili dal proprio assistito di fronte al giudice. [...] solo il previo riconoscimento del caso controverso permette una corretta predisposizione dell'argomentazione forense la quale sorge e si sviluppa dalle reciproche contestazioni delle parti interessate, limitate dalla loro parziale ed insopprimibile validità". *Ibidem*, pp. 51-52.

⁴³⁹ La traduzione è definita da White come l'arte dell'impossibile, del confrontare delle discontinuità incollegabili tra i testi, i linguaggi e le persone. White riconosce sia il valore che il linguaggio dell'altro come centro di significato al di là del sé. Una buona traduzione procede non per tentativi di dominio o di acquisizione ma mediante il "rispetto". È caratterizzata da un insieme di pratiche attraverso cui impariamo a convivere con la differenza, la fluidità di una cultura e con la flessibilità del sé. Non è semplicemente un'operazione della mente sulla materia, ma è un modo di essere se stessi in relazione ad un altro. J.B. White, *Justice as Translation...*, cit., p. 257. Questa tesi è adottata anche da J. Bruner, *Comunicazione personale*, Reenogrena-Irl, 6 agosto 2006.

sentimenti. Non si tratta di una semplice operazione mentale ma un modo di relazionarsi all'altro: l'avvocato traduce il problema del cliente nei confronti della controparte, del giudice e della stessa società, a partire dalle esigenze ed in cooperazione col cliente. La funzione dell'avvocato è quella di "decifrare" le regole, spiegare come vanno applicate alla particolare situazione del cliente e presentare i fatti e le regole applicabili con chiarezza sufficiente da assicurare il loro riconoscimento ad opera della parte e/o in una sede ufficiale⁴⁴⁰.

Nel *caso di Marina*, ad esempio, sarà l'avvocato ad aiutarla a comprendere che cosa le sta accadendo nel contesto aziendale, ad attribuire un significato preciso a delle scelte che l'azienda sta operando nei suoi riguardi. Si riporta qui di seguito un passaggio dell'intervista a Marina:

[...] Io ero entrata in questa rappresentazione, all'inizio ero veramente molto molto colpita anche perché ho pensato che il capo del personale io non lo avevo mai conosciuto prima e se lui si era fatto questa idea era perché così gli era stata riportata da tutte le persone che comunque in qualche modo avevano lavorato con me. Quindi ho cominciato a sentirmi perseguitata non solo da lui ma da tutto il contesto lavorativo. Ho cominciato a ripensare a tutti i rapporti di lavoro avuti su i vari progetti con i vari colleghi: avrò sbagliato questo, quello, avranno pensato bene di riportare al capo del personale tutto quello che non avevo saputo fare...Quindi questa era la mia idea...poi quando ne ho parlato con l'avvocato XXX, innanzitutto mi sono resa conto che questo che era un mio problema era relativamente un mio problema ma un problema generalizzato perché ci sono tantissimi casi ed il mio non era uno dei più gravi. Ci sono persone che subiscono qualunque cosa. [...] io in un primo momento le vedevo come contestazioni su fatti precisi, su progetti precisi...e siccome io ero di fatto sotto questo condizionamento mi sentivo veramente così...ma l'avvocato XXX mi ha fatto capire che non erano contestazioni assolutamente puntuali ma dei pretesti e che anche se avessero fatto contestazioni, in quella data, non sarebbero arrivati a nulla perché dovevano contestarmi queste cose quando si erano verificate. Pian piano ho dato una dimensione diversa a quello che loro mi stavano dicendo, ho acquistato maggiore lucidità nella ricostruzione degli eventi, di tutto quello che avevo subito negli anni precedenti...e quindi è stato evidente che tutto quello che avevo subito è stata una strategia volta a farmi dimettere...quindi hanno sperato fino a quel famoso incontro con il capo del personale che io mi dimettessi volontariamente, non ne potessi più e me ne andassi.



Nel lavoro di traduzione della storia del cliente "ciò che gli avvocati offrono è una sorta di 'conoscenza locale' familiarità con persone e convenzioni e stretta

⁴⁴⁰ A. Sarat, W.L. Felstiner, *ibidem*, pp. 136 – 138.

attenzione ai fatti”⁴⁴¹ anche perché il funzionamento del sistema dipende dall'idiosincrasia delle sue persone-chiave, o dalle prassi e convenzioni locali⁴⁴².

Nel caso di Luciano, ad esempio, l'avvocato cercherà di costruire il proprio ragionamento anche in funzione della persona del giudice competente a decidere quel caso:

[...] ho ulteriormente cercato di semplificare anche il ragionamento visto che il giudice designato non è notissimo per la sua capacità di applicazione allo studio.

La conclusione è, a partire dagli esempi illustrati, che ci sia un processo di negoziazione alla base dell'interazione cliente-avvocato⁴⁴³ e che dunque il lavoro dell'avvocato non possa limitarsi ad una mera “rappresentanza” (o comunque la rappresentanza va intesa, tra tutti i significati possibili, in quello di “*to take place of or to act the part of an other person*”)⁴⁴⁴. “Ciò che è accaduto” non è “fissato in una realtà oggettiva” ma è piuttosto “una costruzione sociale”⁴⁴⁵: cliente e avvocato cooperano insieme a “costruire” una nuova realtà di cui si chiede una legittimazione ufficiale.

⁴⁴¹ Cfr. A. Sarat, W.L. Felstiner, “Legal Realism in Lawyer-Client Communication”, cit. , p. 138. “Because the workings of the system depend on the idiosyncrasies of its key people, or its indigenous routines and conventions, what the lawyer offers is local knowledge, familiarity with people and conventions as well as strict attention to facts”.

⁴⁴² L'avvocato, in quanto consigliere e “filtro” che si interpone nei rapporti fra privati oppure fra questi e il potere giudiziario, è contemporaneamente interprete accreditato di un sistema di regole giuridiche, che lo vincola, e rappresentante di interessi che collidono con interessi altrui. Questa ambivalenza è, secondo Ferrari, foriera di tensioni che coinvolgono l'avvocato nei confronti del proprio rappresentato ancor prima che verso la controparte o il giudice. Tuttavia l'avvocatura ha elaborato meccanismi culturali che permettono di assorbire tali tensioni, delineando una sorta di spazio libero entro cui l'avvocato può e deve muoversi nella protezione degli interessi privati: uno spazio che sia l'organizzazione e/o la ricostruzione dei fatti, sia l'individuazione della norma applicabile a quei fatti. V. Ferrari, *Diritto e Società...*, cit., pp. 140-146.

⁴⁴³ Gli studi di Reiss sono finalizzati proprio a comprendere il rapporto tra cliente-avvocato nella negoziazione dei contenuti e delle strategie nella soluzione della disputa e ad individuare il ruolo effettivo dell'avvocato e la sua influenza sulla struttura sociale della disputa. Cfr. A.J. Reiss, Longitudinal Study of Trial Courts: A Plea for Development of Explanatory Models, in *Law & Society Review*, vol 24, n. 2.

⁴⁴⁴ “Something really did happen and when their lawyer's story, told on their behalf to the court, failed to correspond to that reality, the lawyer ceased to ‘represent’ them”. Cfr. D. Cunningham, “A Tale of Two clients”, cit, p. 2473.

⁴⁴⁵ “What happened is not immutably fixed in an objective reality, but is a social construction based on experience and interaction...The primary issue may not be what happened to the client, nor what kind of trouble the client is in, but who has the power to say what happened and to define the kind of trouble. Indeed the power to define the client's problem is one tool professionals may use to induce client cooperation with their prescriptions of appropriate behaviour...This control over the interaction is reflected in the official definition of reality that results from the interaction...Power is exercised through the definition of reality...”. Hosticka, cit. in Cunningham, *ibidem*, p. 2472.

4. La “costruzione legale” della storia di Luciano: prova e contestazione

Alla luce del riferimento alla normativa astratta, in primo luogo alle clausole in materia di correttezza e buona fede, l'avvocato individua, nel ricorso introduttivo del giudizio concernente il caso di Luciano, i fatti che devono essere accertati ai fini della decisione e che costituiranno l'oggetto del giudizio di fatto nonché oggetto delle prove, da acquisire nel processo, nei termini seguenti:

*[...] Alla luce di quanto precede, occorre peraltro osservare l'emarginazione e l'isolamento operativo al qual è stato costretto il lavoratore, dopo essere stato “convinto” ad un accordo teso, apparentemente, ad accrescere la professionalità e l'importanza di ruolo nell'azienda. In realtà, il ricorrente non solo si è visto inopinatamente revocare la nomina a Direttore Generale, ma, di fatto, ha dovuto subire una situazione di progressiva delimitazione e svalutazione del suo ruolo, fino alla completa sottrazione di responsabilità di rilievo all'interno dell'azienda. L'emarginazione del lavoratore, la revoca delle funzioni e, in sostanza, la privazione di ambiti professionali ragguagliati alla carriera, la decurtazione dello stipendio senza alcuna giustificazione ed, infine, il rifiuto di ripristinare il rapporto di lavoro originario, sono stati causa delle dimissioni dal rapporto di lavoro [...]*⁴⁴⁶.

L'avvocato chiederà così in via istruttoria di essere ammesso a provare per testi le seguenti circostanze di fatto così come capitolate in ricorso, proposta la locuzione di rito “vero che”:

⁴⁴⁶ Specificherà così le relative richieste:

- a) l'obbligo di risarcimento da fatto illecito, nonché l'obbligo di riconoscere al ricorrente la qualifica di Direttore Generale [...] e pertanto accerti – il giudice – la illegittimità della revoca della suddetta qualifica [...];
- b) dichiarare tenuta la Banca XXX ad adempiere il contratto inter partes [...];
- c) conseguentemente, condannare le società convenute in solido al risarcimento dei danni in favore del ricorrente [...];
- d) accerti la violazione della legge n. 1369/60 e, comunque, la unicità del centro di imputazione giuridica del rapporto di lavoro e, per l'effetto, condannare la Banca XXX, alla riassunzione del lavoratore ed alla reintegrazione di questi ultimi nel proprio posto e luogo di lavoro, nonché al risarcimento dei danni nella misura delle mensilità di retribuzioni intercorrenti dalla cessazione del rapporto di lavoro fra le parti fino al giorno di riassunzione effettiva in servizio;
- e) dichiarare espressamente, ai sensi e per l'effetto delle disposizioni legislative appena richiamate, l'obbligo solidale della Banca XXX e della Società XXX, nell'adempimento delle obbligazioni dipendenti dall'accoglimento delle presenti domande, cui ai capi da a) a d) delle presenti conclusioni;
- f) condannare le società convenute al pagamento delle spese, diritti ed onorari di causa;

“vero che il ricorrente venne indotto a prestare il proprio consenso **al trasferimento alle dipendenze della XXX dall'impegno, manifestato dai vertici aziendali, ad uno sviluppo di carriera**”;

“vero che, successivamente alla revoca delle funzioni di Direttore Generale della XXX in data xxx, il ricorrente è stato privato di ogni funzione direttiva e/o dirigenziale, **con impossibilità di prestare la propria attività lavorativa in conformità alla qualifica posseduta e che le proposte ed i progetti elaborati dal dipendente non sono stati attuati**”;

“vero che tutte le funzioni gestionali della XXX venivano svolte dagli uffici della Banca XXX, **quanto a redazione del bilancio, tenuta delle scritture contabili, buste paga dei dipendenti, obblighi di sicurezza, etc, e che i dipendenti sottostavano alle direttive ed alla supremazia gerarchica del Direttore generale e del Presidente dell'Istituto di Credito**”.

■ ■ ■

L'avvocato di Luciano costruisce dunque la narrazione legale attorno all'individuazione di elementi di realtà (*objective constraints*) ed ipotesi:

- 1) l'accordo tra Luciano ed i vertici aziendali, che indusse Luciano a dimettersi dal rapporto di lavoro con la Banca in funzione di uno sviluppo di carriera;
- 2) la revoca delle funzioni di direttore generale dopo il passaggio alla nuova società con conseguente demansionamento e progressiva inattività;
- 3) l'ipotesi che la *ratio* del comportamento della Banca sia riconducibile ad un fenomeno di “interposizione fittizia” – vietata dalla lg.1369/60 – cui la Banca avrebbe dato vita con la costituzione di una nuova società.

4.1. Il ruolo dell'avvocato nella presentazione della prova

Individuati gli elementi (*objective constraints*) che entrano nella “costruzione di realtà” dell'avvocato e del cliente, introdotti dall'avvocato nel processo con la formula “vero che...” sarà necessario che gli *objective constraints*, così come individuati dall'attore, siano riconosciuti come “veri” dal giudice⁴⁴⁷. Il nucleo centrale del problema è, infatti, *come consentire al giudice di conoscere il fatto o meglio come convincere il giudice del fatto?*

⁴⁴⁷ In questo modo la narrazione realizzerebbe, secondo Taruffo, una funzione *perlocutoria*.

Il ruolo delle prove è, a questo scopo, senz'altro fondamentale: l'avvocato deve provare gli *objective constraints* su cui ha costruito il fatto nell'atto introduttivo del giudizio.

Naturalmente è senz'altro opportuno fare qualche premessa sul ruolo dell'avvocato nella presentazione delle prove: si tratta, secondo Taruffo, di un ruolo tipicamente di "coinvolgimento".

L'avvocato ha un interesse immediato, personale e concreto nella presentazione delle prove dal momento che il suo è un interesse a tutelare la parte che rappresenta. Ciò vuol dire che l'avvocato non potrà che mostrare un solo lato del caso cercando di dimostrare che si tratta della versione più veritiera ed affidabile. Il ruolo dell'avvocato è dunque "di parte" in un contesto di tipo *adversarial*, dove gli tocca contrastare la versione dell'altra parte. "He is not obliged to be coherent with the reality of the facts in issue: he must assert the case of his client, not the case of truth. His attitude cannot be independent and umpireal with reference to the dispute but partisan and adversary"⁴⁴⁸.

Di conseguenza l'avvocato nel costruire la difesa del suo cliente non narra in modo oggettivo ed imparziale i fatti del caso: lo scopo delle questioni di fatto nella difesa non è di narrare una storia vera quanto piuttosto una storia che sia favorevole alla posizione del cliente nella presentazione delle prove. I fatti da sostenere sono selezionati secondo la loro rilevanza giuridica e a seconda che siano adatti ad ottenere un verdetto favorevole. Dunque – dichiara espressamente Taruffo – la storia dell'avvocato è solo una delle possibili storie concernenti i fatti del caso, è una storia "strategica" finalizzata a porre le premesse per la vittoria.

L'avvocato tenderà allora a presentare solo gli elementi di prova che avranno un probabile impatto favorevole sul giudizio finale e quindi presenterà solo le prove che supportano la sua versione dei fatti o le prove che sono contro la rilevanza e l'ammissibilità delle prove dell'altra parte o contro la prova della parte avversa con lo scopo di controbilanciarla.

Una volta poi che la prova sia stata ammessa l'avvocato sceglierà l'ordine che gli sembra più vantaggioso a supporto del caso. L'ordine di presentazione ha

⁴⁴⁸ M. Taruffo, "Involvement and Detachment", cit, p. 273.

infatti un impatto significativo sul giudizio finale. Si tratta anche in questo caso di un fattore strategico nella gestione del caso.

Finalmente, dall'esame dei testimoni l'avvocato tende ad estrarre un mosaico di risposte che non hanno a che vedere con la verità dei fatti del caso ma con la versione dei fatti che l'avvocato ha precedentemente affermato sulla base della propria versione del caso. Dunque l'esame dei testimoni mira a costituire pezzo dopo pezzo una storia che corrisponde alla storia su cui è fondata la posizione della parte.

La conclusione è che il ruolo dell'avvocato è di parte: lo scopo finale è di dimostrare sulla base delle cose raccontate dai testimoni che la storia di uno trova qualche conferma e che è una versione affidabile dei fatti e che le altre storie raccontate nello stesso contesto non sono affidabili. Allora lo scopo finale è di tornare alla storia raccontata all'inizio e mostrare che il giudizio dovrebbe essere pronunciato sulla base di questa storia. Sulla base di elementi estratti dai risultati delle prove l'avvocato costruisce di nuovo una storia consistente e narrativamente coerente che presenta come "verità giudiziaria" la storia a lui più favorevole ⁴⁴⁹.



Nel *caso di Luciano* i testimoni che l'avvocato introdurrà in giudizio proveranno, secondo quanto preannunciato sulla base dei capitoli di prova indicati nell'atto di citazione:

1) il passaggio di Luciano dalla Banca alla Società a seguito di accordi tra il dipendente ed i vertici dell'Istituto di credito:

Avemmo un incontro io, il presidente XXX, Luciano ed il direttore generale XXX, in cui offrimmo al ricorrente di occuparsi della nuova società XXX che doveva avere il compito di svolgere l'assistenza alle imprese (servizi reali alle imprese);

2) l'attribuzione di compiti di Direttore Generale:

⁴⁴⁹ Cfr. M. Taruffo, *Ibidem*.

il ricorrente aveva il compito di organizzare l'aspetto strutturale della XXX, definendo ruoli e compiti dei lavoratori assegnati;

ed ancora

il dott. XXX fu nominato direttore dall'XXX con il grado di funzionario di prima, e gli furono delegati dei poteri da parte del CdA;

3) la revoca delle attribuzioni e la modifica delle strategie aziendali:

Secondo il Teste Tizio:

il dettato del protocollo d'intesa è stato disatteso quasi dall'inizio della mia esperienza professionale presso la XXX da parte della Banca XXX e della stessa [...] i progetti per la formazione e di servizio alle imprese non decollarono soprattutto perché fu decapitata la struttura, ossia fu privato delle sue funzioni il ricorrente.

Ed ancora il teste Caio:

in ogni caso proprio l'attività della XXX, così come era stata programmata relativamente alla consulenza alle imprese, non partì [...] i progetti relativi all'offerta di servizi reali alle imprese non sono stati più ripresi dalla Banca XXX [...] anche l'attività di formazione del personale bancario, svolta dalla XXX (in quanto vecchia attività) trovò ostacoli per il suo svolgimento.

Il teste Sempronio dichiara inoltre:

*dopo che al ricorrente fu revocato l'incarico di Direttore Generale della XXX, allo stesso vennero lasciati solo **compiti residuali** ossia dare il placet per le ferie e controllo delle firme di presenza. In altri termini, il XXX era stato lasciato in uno stato di inattività forzata.*

La teste Tizia precisa:

ricordo che si instaurò una situazione conflittuale e il XXX, non so se per sua scelta o per imposizione, non aveva più incarichi rilevanti nell'ambito della XXX. Il XXX era ormai inattivo.

4) la richiesta di tornare in Banca:

so che il XXX ha più volte chiesto il ritorno in Banca. Ciò so per i continui contatti con il XXX, per averlo sentito dire dal XXX e dal XXX .

Ed ancora un altro teste:

preciso che alcuni dipendenti che lavoravano alla XXX successivamente sono tornati alla Banca XXX. Sono a conoscenza del fatto che il XXX ha chiesto di essere riassunto dalla Banca e la Banca ha rifiutato.

■■■

Sulla base delle testimonianze così ottenute in giudizio e soprattutto sulla base della selezione di alcuni elementi, l'avvocato rafforzerà, nelle *note difensive* l'ipotesi legale formulata sin dall'atto introduttivo del giudizio, e su cui impianterà lo svolgimento successivo del processo:

[...] stante la sequenza dei fatti, appare inevitabile presumere che i massimi vertici aziendali – nel momento in cui formulavano all'altra parte l'allettante proposta di guidare un nuovo ramo aziendale impegnato sul fronte della formazione e dei servizi alle imprese, promettendo una promozione che, come giustamente osserva la difesa di controparte, consentiva al ricorrente un importante avanzamento di carriera – fossero già consapevoli di non poter o voler proseguire i programmi concordati. Soltanto un ingenuo può credere che nel giro di poche settimane possa essere stravolta una strategia aziendale ponderata per mesi ed elaborata nei minimi particolari, senza che di ciò vi fosse adeguata consapevolezza. In ogni caso, nella condotta dell'Istituto di credito si assiste ad una palese violazione dei canoni di lealtà e correttezza, derivante dalle clausole generali. In effetti, il comportamento dei vertici aziendali sembra essere diretto intenzionalmente dallo scopo di liberarsi di un funzionario noto per la sua spiccata autonomia e per l'azione sindacale condotta all'interno dell'istituto di credito, emarginandolo prima in un piccola società del gruppo e poi costringendolo alla totale inattività e quindi alle dimissioni.

Non si comprenderebbe la totale inerzia dei vertici aziendali – i quali hanno dapprima revocato le funzioni e poi hanno omesso di assegnare al lavoratore nuovi compiti lavorativi, lasciando cadere altresì le insistenti richieste di assunzione - se non vi fosse stato un intento scientemente, lucidamente perseguito .

La conclusione tuttavia è che naturalmente:

la prova dell'intento illecito non può che essere raggiunta mediante presunzioni [...].

4.2. Sui modi di acquisizione delle prove e sulla credibilità dei testimoni

In materia di acquisizione delle prove e di “verità di parte” delle risultanze probatorie non può non tenersi conto degli studi, soprattutto etnografici, tesi a mostrare alcuni meccanismi di acquisizione delle prove ed a mettere in dubbio la possibilità di pervenire ad una “verità” oggettiva nell'ambito del processo.

In primo luogo, sarebbe da tener presente che i testimoni obbligati a dire la verità nient'altro che la verità, non sono altro che degli *storytellers* “sponsorizzati”, secondo Brooks e Gewirtz⁴⁵⁰. Inoltre i testimoni non hanno la possibilità di narrare la storia ma solo di rispondere ad una serie di domande, che

⁴⁵⁰ P. Brooks and P. Gewirtz, *Law's Stories...*, cit.

a loro volta sono disciplinate da regole. La storia è costruita pezzo per pezzo dall'avvocato attraverso la sequenza di domande e risposte di cui si compone l'esame⁴⁵¹. Ed ovviamente la conoscenza di un testimone è "selettiva", proprio come quella del cliente: non c'è una narrazione con un inizio, una fine ed un mezzo. La storia di un testimone si incrocia con la storia dell'altra parte e del testimone dell'altra parte⁴⁵².

La domanda è allora *cosa rende una storia o uno storyteller credibile?* Sono interessanti in tal senso gli studi di Conley e O'Barr⁴⁵³ sullo stile delle testimonianze nelle corti. Secondo gli autori, lo "stile di presentazione" delle testimonianze è molto significativo ai fini dell'accoglimento della testimonianza stessa. Gli esperimenti di *etnografia del discorso legale* confermano, tra l'altro, che variazioni apparentemente minori nel modo di testare producono maggiori differenze nella valutazione della testimonianza rispetto a fattori-chiave come la credibilità, la competenza a testare, l'intelligenza del parlante, etc. Tutto ciò a dimostrazione soprattutto del collegamento tra il linguaggio ed i suoi usi strategici nell'arena giudiziaria⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Cfr. sull'argomento anche Taruffo, ben consapevole che tra i fattori che incidono nell'acquisizione della testimonianza vi sono il modo di porre domande, l'ordine delle domande, il modo di gestire la sequenza domanda/risposta, l'interazione psicologica tra avvocati e testimoni, tra avvocato e giudice, tra avvocato e avvocato. *Ibidem*.

⁴⁵³ J.M. Conley, W.M. O'Barr, *Rules versus Relationships...*,cit.

⁴⁵⁴ Gli studi su diritto e linguaggio, ambito pluridisciplinare emerso intorno al 1975, tentano di abbattere le barriere disciplinari rispetto allo studio di "come il linguaggio assolve alle funzioni del diritto nella società". Linguaggio e diritto, generalmente trattati separatamente in passato (si consideri a parte la distinzione tra diritto e linguaggio, propria del neo-positivismo giuridico italiano degli anni '50) condividono invece alcune caratteristiche: entrambi sono sistemi simbolici normativamente governati e sono "unicamente" umani ed essenziali alla "fabbrica della società". Il diritto non esisterebbe senza linguaggio. L'essenza del diritto è interamente simbolica ed astratta. Tradizionalmente i linguisti hanno ignorato le variazioni empiriche caratterizzanti i modelli di discorso, preferendo astrarre dalle variazioni le comuni caratteristiche del linguaggio, inteso come sistema formale. Oggi, molti psicologi e sociolinguisti si sono consacrati allo studio del linguaggio nel contesto. [Si vedano i lavori di Loftus (1979) e Danet (1989), che hanno ad oggetto il potere del linguaggio nei contesti giudiziari]. Secondo la prospettiva costruttivista, come sappiamo, la conoscenza è il risultato di una costruzione mentale: la conoscenza della realtà è andare al di là dell'informazione data ed emerge attraverso l'interazione tra l'informazione ed il contesto in cui è presentata. Parlare, interagire verbalmente significa costruire il mondo, non solo rispecchiarsi in esso. Il linguaggio della professione è uno strumento di potere che crea dipendenza da parte del pubblico. Ad esempio 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. Sul linguaggio dell'avvocato cfr. G. Alpa, *Il linguaggio dell'avvocato nell'evoluzione dei metodi interpretativi, delle prassi e delle tecnologie*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 15-39.

La tesi degli autori è che “la forma è almeno un importante elemento del messaggio complessivo e della sua ricezione”. Dal momento che l'esame giudiziario è organizzato in modo che l'avvocato pone le domande ed il testimone risponde, il controllo finale di questi scambi è lasciato all'avvocato. È sembrato, nelle osservazioni sulle attività delle Corti, che risposte lunghe e narrative siano possibili solo quando gli avvocati abbandonano ogni forma di controllo permettendo più libertà al teste nella risposta⁴⁵⁵. Le osservazioni etnografiche di Conley e O'Barr sulle interazioni giudiziarie hanno rivelato inoltre considerevoli variazioni nella lunghezza delle risposte a domande poste dagli avvocati: alcuni testimoni tendono a dare risposte relativamente brevi, altri sono abitualmente più loquaci. Allo stesso tempo è apparso che sia l'avvocato esaminatore a volere che il testimone parli a lungo e con completezza. In altre occasioni è sembrato invece che fossero desiderate risposte brevi, incisive, non elaborate. Si parla convenzionalmente di “narrative” e “fragmented” *styles*.

Negli scambi in tribunale, le osservazioni dimostrano la consistente tendenza dei testimoni ad usare l'uno o l'altro di questi stili. Ogni persona tende ad adoperare uno stile personale, secondo un *continuum*, da uno stile narrativo alto ad uno altamente frammentato.

Quanto ai contenuti delle risposte, naturalmente è altamente influente lo stile delle domande⁴⁵⁶.

Dunque *forma* e *contenuto* sono inseparabili: la forma è parte del contenuto. Ciò è tanto più vero, secondo Conley e O'Barr, in un contesto quale quello giudiziario, in cui “fatti” e “comportamenti” sono tendenzialmente considerati come separabili e differenti.



⁴⁵⁵ A partire dall'assunto che le risposte narrative sono meglio ricevute di quelle frammentate il consiglio offerto nei manuali di pratica processuale è che gli avvocati potrebbero offrire ai loro testi l'opportunità di risposte narrative e costringere i test di controparte a risposte brevi il più possibile.

⁴⁵⁶ Sulla tipologia di domande (“a narrazione libera”, “a narrazione controllata”, etc.) che caratterizza l'esame dei testimoni da parte degli avvocati cfr. F. Carugati, P. Selli, *Giudici, insegnanti, psicologi: il ruolo di domande e risposte nella formulazione dei giudizi*, Contributo al IV Congresso Nazionale SIPS, Divisione di Psicologia Educativa, Milano, 14-16 ottobre 1994.

L'esame dei *verbali d'udienza* nel caso di Luciano conferma l'effettiva variabilità nello stile della testimonianza in base al modo in cui l'avvocato conduce l'esame ma anche secondo il tipo di testimone. Nel caso in questione la testimonianza più lunga, per esempio, è quella del vice-direttore della Banca: è l'unica ad essere priva di interruzioni e si caratterizza per un *incipit* di grande effetto:

Sono vicedirettore generale della Banca XXX e lo ero anche all'epoca dei fatti...

■■■

Insieme a quella del direttore generale sarà la testimonianza su cui il giudice fonderà la sua decisione.

4.3. Le risultanze probatorie e la controparte: il ruolo della contestazione

Nella *litigation* l'avvocato dell'attore ha il compito di narrare una storia in cui si è verificato un problema – *trouble* – che ha coinvolto in maniera negativa l'attore stesso e che è attribuibile ad un'azione – *agency* – del convenuto, in uno specifico set di circostanze e con una precisa finalità. Il convenuto deve a sua volta costruire una storia in cui si dimostra che non è accaduto niente di sbagliato all'attore (o che la definizione di problema subita dall'attore non coincide con quella legale) o che se c'è stato un problema legalmente riconoscibile esso non è attribuibile al convenuto, oppure che il problema si è verificato ma è attribuibile all'attore (ad es. una richiesta di risarcimento danni). Teoricamente, entrambe le versioni potrebbero essere vere sebbene sia chiaro che nessuna di loro può esserlo *a priori*, il fatto che siano differenti ed opposte vuol dire che incarnano la tipica situazione della disputa, che va risolta tramite una scelta che ha a che fare con una storia “affidabile” circa i fatti del caso ⁴⁵⁷.

La “contestazione” costituisce la regola del gioco per eccellenza che caratterizza tipicamente il discorso in tribunale, secondo Amsterdam e Bruner.

⁴⁵⁷ M. Taruffo, “Involvement and Detachment”, cit.

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*)⁴⁵⁸. Ci sono delle aspettative rispetto alla disputa ma le esatte circostanze e le reali dimensioni raramente possono essere esattamente previste perché gli avversari scelgono il loro tempo, luogo e termini della disputa strategicamente. Ogni parte in genere dispone sempre di più di una linea di attacco o difesa valida, variabile in base a ciò che fa l'altra parte.

Nel *caso di Luciano*, la controparte, costituendosi in giudizio, nella *memoria di costituzione e difesa*, “nell’impugnare parola per parola tutte le circostanze di fatto dedotte e le valutazioni giuridiche espresse dal ricorrente” chiede “il rigetto dell’infondato e temerario ricorso, con ogni inerente conseguenza.”

Tra le circostanze illustrate nella memoria difensiva della controparte si riporta la seguente:

[...] Non c'è nessuna formale richiesta del XXX di riassunzione presso la Banca, per cui è falsa l'affermazione, contenuta nella lettera di dimissioni, secondo la quale vi sarebbe stato un rifiuto del presidente del C. di Amm. “in esito alla mia legittima richiesta di rientro nella banca [...].



Dal momento che la controparte assume come tesi principale il verificarsi di una grave crisi della Banca per giustificare la vanificazione dei progetti aziendali e la dequalificazione del dipendente, utilizzerà la prova testimoniale in questa prospettiva.

La realtà costruita dalla controparte sulla base delle prove testimoniali sarà la seguente:

[...] Ebbene come è stato riconosciuto da tutti i testi escussi “i motivi per cui non fu dato sviluppo al settore consulenze imprese...furono legati a grosse tensioni riguardo la “sofferenza”. La Banca XXX era sull’orlo di una grossa difficoltà. Avemmo riduzioni di

⁴⁵⁸ A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., cap. VI.

stipendio. Ricordo che all'epoca dovevamo sottoporre ad un funzionario XXX, che all'epoca aveva acquisito un 20% del controllo, tutti i nostri progetti. Dovemmo, perciò, rinunciare alle sovvenzioni regionali, e, con questi problemi, ci concentrammo su altre priorità.

Ed ancora controparte, nelle *note difensive*, “interpreta” le risultanze probatorie nel modo seguente:

*[...] il teste XXX con onestà ammette che il passaggio del dipendente fu frutto di una convergenza di interessi della XXX e del XXX; la società XXX ‘doveva avere anche il compito di svolgere l’assistenza alle imprese...Fu individuato il XXX...perché aveva una formazione aziendalistica sulla base della quale aveva già predisposto specifici progetti ma poi precisa **le ragioni imprenditoriali**, di stretta marca economica, che **imposero un freno all’iniziativa di espandere l’XX ed aggiunge**: ...c’erano condizioni economiche e di mercato non favorevoli all’intermediazione creditizia che ci imposero tale scelta. La XXX, nella sua posizione di società di capitali, non poteva fruire dei finanziamenti comunitari...Ricordo che parte dell’attività...fu successivamente attribuita al XXX, che, tenuto conto della natura sociale, poteva accedere ai finanziamenti europei per l’attività di formazione...Preciso che nell’anno XXX vi fu una modifica della strategia aziendale e la XXX sviluppò maggiormente il ramo dell’intermediazione finanziaria...Preciso che il cambio di strategia di impresa impose alla XXX di impiegare uomini e mezzi finanziari nell’attività di intermediazione finanziaria, distogliendoli anche dall’attività che era stata programmata dall’XXX⁴⁵⁹.*

5. La “costruzione legale” della storia di Marina: causalità e temporalità

Se il caso di Luciano è interamente costruito su prove che confermano l’ipotesi fattuale sostenuta dall’avvocato nell’atto di citazione, il caso di Marina è invece completamente costruito su una particolare articolazione del nesso di causalità e temporalità tra gli elementi fattuali. L’avvocato di Marina infatti, in collaborazione con la cliente, individuerà una connessione causale e temporale tra eventi che potevano avere un collegamento logico ed una concatenazione causale, come l’avvocato stesso dichiarerà nell’intervista⁴⁶⁰, solo in una ricostruzione *ex post*.

⁴⁵⁹ A proposito di narrative frammentate e risposte brevi, si noti che questa testimonianza citata dalla controparte a sostegno delle proprie tesi difensive è la più lunga di quelle contenute nel verbale di udienza relativo alla causa tra Luciano e la Banca.

⁴⁶⁰ [...] cercando di concatenare tutta una serie di fatti che nella loro realtà oggettiva erano secondo me completamente separati l’uno dall’altro logicamente anche storicamente, cercando di mettere in una unione che facesse vedere come tutto era nato da una comunicazione che questa cliente aveva fatto alla società perché si doveva sottoporre alle cure per l’infertilità e da questo

Cosicché con la collaborazione della sua cliente, che in una fase iniziale dovrà agire in prima persona, l'avvocato metterà in atto una strategia che indurrà l'azienda a commettere una serie di "passi falsi", che finiranno per "svelare" una sostanziale discriminazione e la volontà di isolare la lavoratrice, inducendola alle dimissioni.

Il primo passaggio significativo è rappresentato dall'invio di una *e-mail* da parte di Marina al *Responsabile delle Risorse Umane della Società*. Marina, simulando di ignorare del tutto la proposta di dimissioni volontarie, fattale qualche tempo prima, lamenta di essere stata adibita, a partire dalla chiusura di un importante progetto da lei diretto con successo, a mansioni inferiori, con periodi di inattività a causa della mancanza di assegnazione ad ulteriori progetti:

[...] Il perdurante demansionamento subito ha prodotto danni alla mia persona, di natura biologica ed esistenziale, ed ha pregiudicato la progressione in carriera, da me più volte richiesta e che pure mi era stata più volte prospettata con il passaggio a CSM del settore banking su XXX, progressione piuttosto riservata ad altri miei colleghi e a personale esterno che non poteva vantare la mia esperienza professionale.

Pur riservandomi di agire nelle competenti sedi per veder risarciti i danni subiti, anche al fine di non aggravare ulteriormente il progressivo depauperamento della mia situazione esistenziale e professionale con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano. Le chiedo di disporre al più presto la mia assegnazione ad un Cliente localizzato a XXX, coerentemente con la qualificazione professionale di CSM-CEM da me acquisita [...].

La *risposta* del Responsabile delle Risorse Umane contenente, a tratti, riconoscimenti dell'operato di Marina, a tratti, critiche per comportamenti di asserita negligenza, peraltro mai ufficialmente contestati fino a quel momento, si conclude con la dichiarazione che:

[...] Nostro malgrado, a causa prima delle tue assenze, assolutamente giustificate, per terapie curative (che ti hanno costretta ad assentarti per numerose giornate nei mesi di aprile, maggio, giugno e luglio), poi delle ferie da te legittimamente richieste e concessi dalla Società per quasi l'intero mese (4 agosto - 2 settembre) e infine un'ulteriore assenza per motivi personali nel mese di settembre, la tua presenza sul progetto XXX è stata oggettivamente molto ridotta.

L'atteggiamento discriminatorio sarà confermato in una *corrispondenza* (e-mail) successiva:

*era nato una ritorsione da parte della società che prima l'aveva spogliata della attività lavorativa poi le aveva mandato costanti visite mediche fino a comunicarle il trasferimento in una società collegata [...]. Il passaggio è tratto da *Intervista all'avvocato di Marina*, Napoli, 12 luglio 2006.*

*[...] Ti ribadisco inoltre che XXX ti ha sempre assegnata a Progetti. **La tua ridotta presenza, in questi ultimi mesi, sui Progetti non è infatti dipesa dalla mancanza di assegnazione da parte di XXX ma dalle tue numerose assenze (assolutamente legittime ma che hanno impedito una tua partecipazione attiva e costante sui Progetti a te assegnati)** [...].*

Il rilevante passaggio successivo sarà rappresentato, dopo un tentativo dell'avvocato che diffiderà la società dal compimento di azioni discriminatorie invitando contestualmente all'assegnazione di un incarico corrispondente al livello acquisito, ed un tentativo di conciliazione innanzi all'UPL, dall'introduzione di un ricorso ex art.700 c.p.c. contro un provvedimento dell'azienda di trasferimento della dipendente in un'altra città.

Nel ricorso ex art. 700 c.p.c. che definisce il provvedimento "illegittimo" l'avvocato collegherà appunto la strategia aziendale ad una precisa "volontà persecutoria", definendo ritorsivo il provvedimento. Più esattamente il provvedimento di trasferimento sarà definito dall'avvocato:

quale atto ritorsivo di risposta alle legittime istanze avanzate dalla dott.ssa XXX a veder riconosciuti i diritti nascenti dal rapporto lavorativo costituito con la convenuta .

Ancora scriverà l'avvocato:

la lettura dei fatti in causa, nella loro successione temporale, vale a dimostrarlo senza ombra di dubbio:

- nel maggio 2005 la dott.ssa XXX comunicava al suo superiore (XXX) la necessità di assentarsi dal lavoro per sottoporsi a terapie mediche di cura dell'infertilità e nello stesso mese, veniva sostituita sul progetto XXX, senza qualsivoglia spiegazione, con altro collega PM più giovane e con minore esperienza perché assunto successivamente;*
- nel mese di settembre 2005 la ricorrente formalizzava le sue valutazioni in merito alla sottoutilizzazione, denunciando il demansionamento subito e il mancato aggiornamento ed il XXX veniva convocata dal sig. XXX, responsabile Human Resources XXX che la invitava a risolvere il rapporto di lavoro dimettendosi "volontariamente", e le prospettava l'apertura di "conflittualità" in caso di non accettazione ;*
- la dott.ssa XXX non accettava la proposta e ribadiva il perdurante demansionamento, il "progressivo depauperamento" della sua situazione esistenziale e professionale, chiedendo la sua assegnazione ad un'attività coerente con la qualificazione professionale da molti anni acquisita e riceveva una comunicazione da parte del Responsabile HR di XXX in cui si metteva ancora una volta in discussione la sua "professionalità"; si negavano gli oggettivi riconoscimenti che, prima del 2004, la dott.ssa XXX aveva ricevuto, tutti attestati dal PF 2003; si concludeva con la ventilata "possibilità" di assegnazione al progetto ad un non meglio specificato GTT (con sede a XXX) ; in una comunicazione successiva, il responsabile HR affermava "Nostro malgrado, infatti, il progetto XXX su XXX in data 11 novembre è stato rinviato dal cliente stesso a data da destinarsi";*

- *l'isolamento a cui era costretta comportava alla dott.ssa XXX un aggravamento delle sue condizioni di salute che la obbligava ad assentarsi per malattia e la società inviava numerose visite fiscali, molte consecutive e nei giorni festivi;*
- *il XXX la ricorrente decideva di adire la competente autorità giudiziaria, a tal fine proponendo istanza di conciliazione ex art. 410 c.p.c., e la società le comunicava il trasferimento a XXX.*

La conclusione dell'avvocato è che:

[...] L'atteggiamento ritorsivo è poi reso evidente dal pervicace intento di allontanare la ricorrente dal suo luogo di lavoro e dal suo ambiente di vita anche con la consapevolezza che ciò le avrebbe arrecato ulteriori disagi. È emblematico, in questa prospettiva, che con la comunicazione del XXX si ventilava l'assegnazione (trasferimento) presso la XXX di XXX ma poi, a distanza di pochissimi giorni, si affermava da parte dello stesso responsabile XXX che il progetto era stato rinviato dal cliente; il che dimostra che non vi era alcuna ragione consolidata per il trasferimento mentre il solo motivo evidente era invitare la ricorrente a XXX, non importava per quale progetto...come poi, di fatto, avveniva il XXX. In definitiva, quindi, è evidente che, in quanto assunto in violazione dei canoni di correttezza e buona fede di cui all'art. 1375 c.c. nonché degli obblighi incombenti sul datore di lavoro di tutela del lavoratore, ai sensi dell'art. 2087 c.c., il provvedimento intimato alla ricorrente è nullo per illiceità del motivo che lo ha determinato.



Quanto al momento temporale che avrebbe segnato l'inizio della vicenda, Marina aveva dichiarato, nell'intervista, che i problemi in azienda erano sorti col cambiamento del suo diretto superiore (Cfr. Cap. IV, par. 2), a partire dal 2003:

[...] Più o meno diciamo improvvisamente dal 2003 con il cambio del mio diretto superiore c'è stata una vera e propria riorganizzazione per cui è cambiata proprio tutta la struttura dirigenziale quindi la vecchia guardia è stata pian piano smantellata.

L'avvocato, nel ricorso, sceglie invece come momento d'insorgenza del *trouble* la comunicazione, nel 2005, da parte di Marina al superiore della necessità di assentarsi per sottoporsi a terapie mediche.

Le scelte temporali differenti di Marina e del suo avvocato confermano la "dimensione narrativa" del tempo, che consente agli eventi di trovare nella narrazione una "significativa" organizzazione, che non ha a che fare né col tempo c.d. oggettivo (scandito in anni, giorni, ore) né con la percezione soggettiva degli

avvenimenti ma con la scelta di dare alla narrazione un inizio, un mezzo ed una fine, secondo le esigenze funzionali del racconto ⁴⁶¹.

Lo stesso utilizzo del nesso di causalità consente all'avvocato di mettere "funzionalmente" in connessione, nella narrazione, due o più eventi, rispetto ai quali non necessariamente sarebbe stato possibile dimostrare un collegamento "storico": vale a dire la sostituzione di Marina nell'incarico, a seguito della comunicazione dell'assenza per malattia.

Nel *caso di Marina*, l'avvocato costruisce una narrazione che ha il significato di una vicenda di dequalificazione professionale, combinando casualmente e temporalmente, in modo coerente e col supporto di prove documentali, *objective constraints* che singolarmente considerati non avrebbero nessuna probabile rilevanza giuridica.

In conclusione, si tratta di una ricostruzione che, secondo l'avvocato in questione, conferirebbe "oggettività" al fatto in modo da poter essere rappresentato in giudizio, proprio in quanto ri-costruzione logica. Per i suoi aspetti argomentativi e giustificativi questa ricostruzione consente di rapportare il fatto alla disposizione normativa non nei termini di una sussunzione del fatto nella disposizione ma della concretizzazione della disposizione in relazione al fatto.

6. Un'altra caratteristica della storia: l'ambiguità

Il caso di Marina è costruito inoltre a partire da una certa "ambiguità definitoria" soprattutto dal punto di vista del riferimento alla fattispecie astratta. In teoria infatti gli avvocati delle parti per minimizzare il rischio di essere screditati dall'avversario possono scegliere formulazioni che contengono qualche ambiguità illocutoria ("non è quanto stessi affermando"). L'*ambiguità* è dunque una tecnica

⁴⁶¹ Sul problema del tempo cfr., tra gli altri, Perret-Clermont, A.N., *Thinking Time. A multidisciplinary Perspective on Time*, Hogrefe, 1999; F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 2005; Ost, F., M. Van Hoecke, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruylant Bruxelles, 1998; P. Ricoeur, *Il tempo raccontato...*, cit.

estremamente efficace nel discorso legale ⁴⁶². 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” sia dall'avversario che dal giudice. Infatti l'interpretazione offerta da un *litigator* non è solo suscettibile di essere attaccata dall'avversario ma è spesso vista con sospetto dallo stesso giudice. È presumibilmente “interessata” ed il giudice tenderà a vederla come persuasiva ed a diffidarne nonostante sembri plausibile.

Cosicché, nel caso di Marina, l'avvocato non parlerà mai di *mobbing*, come dichiarerà Marina stessa:

[...] Non ha mai parlato – l'avvocato – in realtà di mobbing, diciamo che mi ha fatto capire che si trattava sicuramente di una dequalificazione...soprattutto di una dequalificazione che aveva prodotto di per sé un danno alla mia immagine professionale...già il fatto che per due anni non ho potuto lavorare non ho potuto aggiornarmi già di per se è un danno alla mia professionalità.

E lo stesso avvocato in passaggi del *reclamo* evidenzierà che:

*[...] la stessa malattia della dott.ssa XXX era conseguenza diretta delle lesioni subite alla sua sfera personale e professionale per conto dell'azienda.
[...] la ricorrente aveva puntualmente allegato e documentalmente provato che il trasferimento comporterebbe l'interruzione della terapia di cura della sterilità e l'aggravamento dello stato ansioso-depressivo da cui è affetta, **patologia che è in rapporto causale e diretto con le vessazioni subite** [...].*

Viene allora spontaneo chiedersi: il *mobbing* è o non è, secondo una definizione tratta dal contratto collettivo dei dipendenti dello Stato del 28 febbraio 2003, art. 6 “violenza morale o psichica in occasione del lavoro, attuata dal datore di lavoro o da altri dipendenti e caratterizzata da atti, atteggiamenti o comportamenti ripetuti nel tempo con connotazioni aggressive, denigratorie o vessatorie”?

Posta senz'altro la non semplicità della distinzione tra vicende di *dequalificazione* e di *mobbing*, divenute oggetto di distinta definizione legislativa e specifica tutela solo negli ultimi tempi, la vicenda raccontata da Marina nell'intervista fa specifico riferimento ad atti di vessazione oltre che di

⁴⁶² Cfr. C. Luzzati, *La vaghezza...*, cit.

demansionamento. Tanto è vero che nel successivo reclamo introdotto dall'avvocato saranno allegate le certificazioni dei centri *antimobbing*.

7. Il ruolo dell'argomentazione e della retorica: la storia di Franco

A giocare un ruolo decisivo nella costruzione del fatto sono, come annunciato al capitolo III, senz'altro l'argomentazione e la retorica: l'attività delle parti è tutta tesa a rendere "conoscibile" il fatto, persuadendo il giudice dell'accadimento⁴⁶³.

La finalità dello *storytelling* è quella di persuadere il giudice che una storia sia "vera"⁴⁶⁴.

Al contrario dell'argomentazione logica, che tende ad escludere il dibattito ed il confronto, ammettendo una sola "giusta" soluzione, 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 concreta ad una categoria più ampia e generale.

La dimensione retorica della narrativa si manifesta attraverso l'adeguamento del racconto all'"uditorio". 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 convengono⁴⁶⁵. Amsterdam e Bruner parlano di *cornici interpretative*⁴⁶⁶, nel senso di cornici che non implicano qualcosa di già pronto ma piuttosto qualcosa di

⁴⁶³ Antony Amsterdam e Randy Hertz, in: An Analysis of Closing Arguments to a Jury, osservano che in ogni caso per quanto semplice e nonostante i vincoli imposti dalle prove, dal diritto sostanziale e procedurale, gli avvocati possono costruire storie differenti rispetto agli stessi eventi. Inoltre ogni storia è inseparabile dal modo in cui è raccontata: è proprio attraverso gli artifici linguistici che i difensori evocano le loro visioni contrastanti per i giudici. Cfr. 37, *New York University Law Review*, 55, 1992.

⁴⁶⁴ P. Brooks & P. Gewirtz, *Law's stories...*, cit.

⁴⁶⁵ Cfr. per tutti C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation...*, cit.

⁴⁶⁶ A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit., p. 172.

costruito, in parte, sul punto, con lo sforzo di dar significato alla comunicazione che è nel processo di interpretazione⁴⁶⁷.

Tutto ciò si realizza muovendo e consolidando in qualche modo ciò che è già nelle attese delle persone cui la narrazione è rivolta, in conformità a modelli culturali condivisi. Il che non vuol dire 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 narrativa 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 una situazione specifica.

La funzione della narrativa è di rendere 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.

Il discorso legale rappresenta senz'altro 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.

Il campo del diritto è dunque particolarmente fertile dal punto di vista della retorica. Ognuno nella cultura legale, l'avvocato nel presentare il suo caso, il giudice nell'annunciare i suoi risultati rispetto a ciò che è accaduto nel caso, i professori nello scrivere un articolo cercano implicitamente o esplicitamente di creare un argomento e persuadere.



⁴⁶⁷ Soprattutto è necessario rilevare che le espressioni umane sono comprese, ascoltate e "processate" in un contesto situazionale. La maggior parte delle cose che le persone dicono ad un altro sono incomprensibili, alla luce delle sole regole di grammatica, definizioni di dizionari e codici di logica formale. La loro comprensione è piuttosto il prodotto di un'attività interpretativa condizionata dalla natura e dalle specifiche circostanze del *setting comunicativo*. Questa fu l'intuizione di base di Austin che oppose alle pretese del positivismo logico "la teoria degli atti linguistici". Il progetto del positivismo era di specificare un set di condizioni cosicché ogni "pronuncia umana" potesse essere giudicata vera, falsa o senza senso. La reazione di Austin è stata che in base a questi criteri una gran parte dei discorsi sarebbe senza senso. *Ibidem*, p. 167.

Si propongono a scopi illustrativi alcuni passaggi tratti dal ricorso proposto ex art. 700 c.p.c. dall'avvocato di Franco.

Il ricorrente risultò nel 1996 vincitore del concorso a preside, ma non accettò la sede di XXX, in provincia di XXX, per motivi familiari. Per questa ragione ha titolo ad essere inserito nella graduatoria A .

Si noti la funzione assertivo-giustificativa delle argomentazioni concernenti la posizione del cliente e delle sue scelte:

In definitiva, il ricorrente optava per il trattamento pensionistico di anzianità a fronte dell'imminente prospettiva di una grave penalizzazione delle aspettative di carriera;

Nella graduatoria "A" l'unico presente è quindi ora il prof. XXX, poiché nessun altro docente della provincia di Avellino risulta vincitore di concorso a preside.



La funzione retorica dell'argomentazione⁴⁶⁸ aumenta proprio nella parte in diritto del ricorso allo scopo di persuadere il giudice delle gravi penalizzazioni economiche e di carriera che deriverebbero al cliente nel caso di mancato accoglimento del provvedimento:

[...] È appena il caso di osservare che, per le ragioni indicate in premessa ai punti 2) e 3), essendo il ricorrente il solo nella graduatoria "A" (docenti vincitori di concorso a preside), tale incarico è virtualmente certo (due posti disponibili in provincia)[...];

[...] In tal caso, escluso dall'incarico di presidenza, il ricorrente si ritroverebbe, nel tempo occorrente ad una pronuncia favorevole di merito, a godere del solo trattamento pensionistico e "condannato" ad una penosa inattività in attesa dell'esito del giudizio. In più, laddove il Giudice ritenga meritevole di accoglimento la domanda di merito, al rientro in servizio, in attesa dell'esito del corso-concorso, si ritroverebbe senza incarico di presidenza e quindi costretto a rientrare nella funzione di docente.

Tale situazione sarebbe gravemente pregiudizievole per il ricorrente, sia per ragioni di carattere economico che professionali.

Dovendo rientrare in servizio in qualità di docente, senza poter aspirare all'incarico di presidenza, il ricorrente riceverebbe un trattamento economico notevolmente inferiore. È sufficiente qui considerare che, al momento, lo stipendio annuo quale docente, spettante al prof. XXX in virtù della sua anzianità di servizio, è pari ad euro 20.640; laddove il trattamento percepito in qualità di preside incaricato è pari ad euro 34.377.

Inoltre, appare evidente che tale situazione ne frustrebberebbe le aspettative di carriera. [...];

⁴⁶⁸ Sulle caratteristiche dell'argomentazione nell'atto difensivo vedi A. Mariani Marini, Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 93-109.

[...] In attesa del corso-concorso il ricorrente sarebbe costretto a rientrare nelle funzioni di provenienza, senza poter mettere a frutto la professionalità acquisita quale titolare di incarichi di presidenza. L'attività di aggiornamento e preparazione, l'impegno profuso per svolgere al meglio le funzioni direttive nella scuola, sarebbero vanificati, quanto meno medio tempore, fino alla conclusione del corso-concorso, il cui iter sarà certamente protratto nel tempo. Si realizzerebbe, cioè, un pregiudizio rilevante a carico della professionalità acquisita dal lavoratore, ma pure un pregiudizio alla carriera, giacché gli incarichi annuali concorrono a determinare il suo punteggio complessivo. In definitiva, soccorrono tutti i presupposti per l'accoglimento di un'istanza di natura urgente e cautelare.

8. La multidimensionalità degli argomenti legali

Per concludere, vale ancora la pena di soffermarsi su qualche aspetto dell'interazione tra avvocato e cliente. È interessante mostrare che la c.d. costruzione della realtà avviene all'interno di un c.d. spazio sociale del pensiero che va di là del *setting* professionale, "cornice", all'interno del quale avviene l'incontro tra cliente e avvocato⁴⁶⁹.

La multidimensionalità che emerge dall'interazione e di cui l'avvocato tiene conto nella costruzione del caso è individuabile in alcuni degli argomenti contenuti nel *ricorso* ex art. 700 c.p.c. riguardanti il caso di Franco.

L'avvocato, nel costruire la storia del cliente, tiene conto, nelle sue argomentazioni, in primo luogo della dimensione individuale del cliente⁴⁷⁰, con particolare attenzione alla vanificazione delle sue aspettative di carriera:

Il prof. XXX, in quanto "incaricato", non essendoci altri posti disponibili nell'ambito della provincia (v. sedi vacanti alla data del 1.9.04: doc. All. n. 17), sarebbe stato costretto, in conformità a questa nuova norma di legge, a tornare alla funzione docente;

⁴⁶⁹ Lo spazio del pensiero immaginato da Perret-Clermont – cfr. par. 1, Capitolo IV – rappresenta la persona in interazione con gli altri ma anche la cornice in cui queste interazioni prendono luogo e la "cornice della cornice", fatta di istituzioni, tradizioni, culture, che danno forma alla cornice ed alle interazioni, ai ruoli, alle identità, ai processi di conoscenza che trovano posto al suo interno. La metafora designa così uno spazio di interazione che è sia sociale che mentale.

⁴⁷⁰ Si noti, dal punto di vista linguistico, la tendenza dell'avvocato all'uso della terza persona con riferimento al cliente che tendenzialmente è rappresentato attraverso l'uso del verbo passivo, come vittima di altri: "lo avrebbero scavalcato", "lo avrebbero preceduto", "sarebbe stato costretto", "si vide costretto". Inoltre a dare maggiormente l'idea di oggettività è frequente il ricorso all'uso di locuzioni impersonali per indicare il cliente: "il ricorrente", "l'istante", "il professore", "il dipendente".

In definitiva, il ricorrente optava per il trattamento pensionistico di anzianità (39 anni di servizio e 59 anni di età) a fronte dell'imminente prospettiva di una grave penalizzazione delle aspettative di carriera;

ed agli oneri economici che il verificarsi della situazione che si cerca di scongiurare comporterebbe:

La norma introdotta nel testo della legge di conversione avrebbe quindi vanificato totalmente gli sforzi del ricorrente per conseguire una progressione di carriera, imponendogli di rientrare nella funzione docente. Per di più, le conseguenze sul piano del trattamento di buonuscita risultavano, in prospettiva, penalizzanti, comportando la perdita secca di circa 31.000 euro (come differenza fra la buonuscita calcolata sullo stipendio di dirigente e quella spettante sul trattamento economico del personale docente).

Per concludere che il ricorrente, in una tale situazione di incertezza normativa e di difficoltà personali per le gravi penalizzazioni di carriera subite, ha agito in uno stato di turbamento emotivo; la scelta del ricorrente è affetta da un vizio del volere:

Ciò è tanto più giusto in quanto la situazione del tutto anomala determinata dall'inopinata norma di sanatoria, approvata in un primo tempo dal Parlamento e poi cancellata, ha certamente contribuito a sviare la volontà del dipendente, il quale, com'è evidente, ha offerto le proprie dimissioni sotto l'influenza e il turbamento che quel nuovo quadro normativo avrebbe determinato;

Pertanto, può presumersi fondatamente che, nella giornate precedenti allo scadere del termine annuale per rassegnare le dimissioni dal rapporto di impiego, la volontà del prof. XXX sia stata notevolmente influenzata (e disturbata) dalla situazione prospettata, impedendo il formarsi di una genuina e libera auto-determinazione.

L'avvocato tiene poi conto della situazione familiare ed economica del cliente:

Il ricorrente risultò nel 199X vincitore del concorso a preside, ma non accettò la sede di XXX, in provincia di XXX, per motivi familiari [...];

A tal riguardo occorre evidenziare che il ricorrente ha un nucleo familiare composto dal coniuge e da due figli in età oramai adulta, privi di occupazione lavorativa e impegnati negli studi universitari e/o post-universitari, con tutti gli oneri economici che ciò comporta, non avendo altri redditi oltre quelli percepiti per l'attività lavorativa.

Considera la posizione analoga di altri colleghi:

Stante i posti disponibili per incarico per l'anno scolastico 2005/2006 (due: v. All. N.x), in base a tale sanatoria i due incaricati, prof. XXX e XXX, dovendo essere collocati nella

stessa graduatoria del prof. XXX (graduatoria "A"), lo avrebbero "scavalcato" e preceduto. Difatti, essendo vincitori di concorso, essi, in attesa della sede definitiva a livello regionale, avrebbero avuto diritto di precedenza nella graduatoria provinciale degli incarichi;

Questa stessa situazione riguardava numerosi presidi incaricati, i quali, indotti dalla norma di sanatoria approvata dal Senato e in corso di approvazione alla Camera, rassegnavano le dimissioni dal rapporto di impiego entro la data prevista del 10 gennaio 2005 (v. nota ANDIS all. n. 10).

Tiene conto infine del contesto culturale in senso lato: colloca le conseguenze di un mancato accoglimento delle richieste del cliente in un contesto sociale e culturale più ampio nel quale "l'impossibilità di svolgere la propria attività lavorativa" sarebbe "estremamente mortificante", essendo la stessa "un momento imprescindibile dell'estrinsecazione della personalità nell'ambito della nostra formazione sociale":

In primo luogo, è in re ipsa il danno che il ricorrente riceverebbe durante il tempo occorrente ad esercitare il proprio diritto in via ordinaria, giacché dal 1° settembre 2005 le dimissioni diverranno efficaci con conseguente cessazione del rapporto di impiego, il che si traduce nell'impossibilità di poter svolgere la propria attività lavorativa, momento imprescindibile dell'estrinsecazione della personalità nell'ambito della nostra formazione sociale.

9. Conclusioni

In questo capitolo è stata proposta un'analisi delle storie dell'avvocato non solo per verificare in che modo gli elementi della *Pentade* vi trovassero articolazione ma soprattutto per mettere a confronto la storia dell'avvocato con quella del cliente con l'obiettivo finale di comprendere come il fatto sia stato costruito nell'atto ufficiale introduttivo del giudizio, come gli *objective constraints* abbiano trovato articolazione nella narrazione, secondo quale considerazione della condizione iniziale di legittimità del cliente, secondo quali nessi di causalità/temporalità ed in base a quale utilizzo delle prove e delle risultanze probatorie. Si è cercato inoltre di far emergere il ruolo della retorica nella narrazione: la presenza nelle argomentazioni in diritto piuttosto che in quelle in fatto.

L'analisi ha rilevato che la funzione dell'avvocato sia in primo luogo quella di rendere la storia, che costruisce in cooperazione col cliente e con un lavoro che è paragonabile a quello di un traduttore, accettabile e "convenzionalmente" legale nonché difficilmente controvertibile dall'altra parte. Nel compiere questa operazione l'avvocato si avvale di mezzi di prova le cui risultanze interpreta in modo da provare la propria versione della realtà e di nessi causali e temporali, impiegati in modo "strumentale" per dar "significato" agli avvenimenti.

Nell'esaminare il ruolo dell'avvocato si è trovato conferma del fatto che il cliente partecipa e si sente partecipe della costruzione della storia legale. In un passaggio del verbale di udienza concernente la testimonianza di Luciano si legge, ad esempio:

*Preciso che il mio passaggio alla predetta società, **illustrato in sede di ricorso nei suoi aspetti precisi**, ha comportato uno svuotamento in concreto delle mansioni da me svolte.*

Quanto all'utilizzo dei mezzi di prova, si è visto con riferimento ad una delle testimonianze analizzate che variazioni relativamente sottili nello stile linguistico, rispetto alla lunghezza, allo stile, all'impiego della prima persona nella testimonianza possono influenzare la reazione nonché la deliberazione del giudice.

Infine, è stata considerata la *multidimensionalità* della realtà di cui l'avvocato tiene conto nella costruzione delle sue argomentazioni, vale a dire: la posizione individuale del cliente, la sua posizione sociale, il contesto culturale in cui il fatto è narrato. L'avvocato tiene conto anche del tipo di giudice che deciderà il caso. Specificamente nei casi esaminati l'avvocato ha tenuto conto dei seguenti elementi:

- a) *la dimensione individuale del cliente*: le condizioni psico-fisiche di salute, come la claustrofobia, la paura di volare, la necessità di restare nella città di residenza per sottoporsi a cure per l'infertilità, nel *caso di Marina*;
- b) *la dimensione relazionale-privata*: la crisi matrimoniale come conseguenza dei disagi professionali, nel *caso di Luciano*; la necessità di tutelare la vita affettiva che sarebbe compromessa da un possibile trasferimento in un'altra città, nel *caso di Marina*;
- c) *la dimensione relazionale-professionale*: il disagio all'interno del contesto aziendale per effetto dello svuotamento delle proprie funzioni e della

conseguente inattività, la vanificazione delle aspettative di carriera, nei casi di *Marina* e di *Luciano*;

- d) *le violazioni professionali subite*: demansionamento, riduzioni economiche, nel caso di *Luciano*; mobbing, nel caso di *Marina*;
- e) *il contesto culturale in cui costruisce il fatto*: la tesi sostenuta dall'avvocato di Marina della ritrosività dei comportamenti dell'azienda nei confronti della dipendente, a seguito della richiesta di giorni di permesso per curare l'infertilità, è una tesi fortemente "culturalista", che tiene conto di un diritto costituzionalmente garantito dal nostro ordinamento: quello a non essere discriminati per ragioni legate al genere. Non è, infatti, in gioco la considerazione oggettivo-biologico dell'essere donna ma la considerazione culturale della sua figura. Evidentemente in un altro contesto culturale la tesi della discriminazione potrebbe non avere senso. Si potrebbe allora immaginare che la scelta di questo tipo di strategia difensiva sia probabilmente ritenuta vincente dall'avvocato anche in considerazione della sensibilità del nostro contesto socio-culturale rispetto ad una politica delle pari opportunità. Analogamente potrebbe ritenersi che anche nel caso di *Franco* sia sottesa una tesi di discriminazione alla richiesta di risarcimento del danno per violazioni contrattuali da parte del datore di lavoro a causa dell'attività sindacale svolta dal dipendente.
- f) Infine l'avvocato di Luciano sembra considerare *il tipo di giudice* cui la storia è rivolta (questo livello a sua volta ne implicherebbe molteplici: ad esempio, la considerazione delle capacità cognitive del giudice, le sue competenze professionali, il rapporto con il contesto professionale, la sua appartenenza politica, etc.).

Capitolo VI
Il ruolo del giudice

1. Premessa

Negli orientamenti di teoria del diritto sempre più frequentemente si parla di “potere creativo” del giudice con la conseguente diffusione di altrettanti filoni di ricerca diretti ad analizzare i fattori culturali, sociali e politici che influenzano in concreto la decisione⁴⁷¹. Si è sviluppata cioè negli ultimi anni la tendenza a studiare la decisione del giudice come fenomeno mediato dal contesto di interrelazioni culturali, politiche e sociali di cui essa è il prodotto⁴⁷².

L’attenzione è rivolta, tra l’altro, alla circostanza che il significato dei testi normativi è o dovrebbe determinarsi ovvero non può che determinarsi in stretto rapporto con la specificità del caso concreto, tenendo conto appunto dei contesti in cui l’attività dei giudici si svolge.

Naturalmente la considerazione del rapporto tra contesti di attività “culturali, sociali e istituzionali” e decisione giudiziaria è solo uno dei possibili significati in cui si tende a parlare di creatività del giudice⁴⁷³. Taruffo, ad esempio, identifica la “creatività” con la discrezionalità del giudice nel momento dell’individuazione della *regula iuris*, cioè nel momento dell’interpretazione/applicazione della norma⁴⁷⁴. Se, infatti, è pacifica la considerazione che il giudice gode di poteri discrezionali nella scelta e nell’interpretazione della norma da applicare al caso spesso si trascura

⁴⁷¹ In materia di diritto del lavoro cfr. la ricerca di rilevante interesse nazionale (Prin 2002-2004) sul “potere creativo” dei giudici di Cassazione in materia di licenziamenti, pubblicata in R. De Luca Tamajo, F. Bianchi D’Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, Giuffrè, 2006. In particolare ivi cfr. A. Abignente, Percorsi argomentativi tra norma e contesto, pp. 407-422. È interessante notare che già nel 1968 Aldo Cessari pubblicava un articolo edito da Giuffrè dal titolo “Poteri creativi della giurisprudenza e natura dei fatti nel diritto sindacale”.

In materia di diritto internazionale e di giurisdizione domestica, cfr. R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 432 pp.; P. Mahon, P. C. Mavroidis, Le pouvoir et les méthodes d’interprétation du juge en droit domestique et en droit international, in R. Ruedin (éd.), *Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata*, Faculté de droit et des sciences économiques de l’Université de Neuchâtel, Collection neuchâteloise, Bâle/Genève/Munich, 1999, pp. 397-410.

⁴⁷² Cfr. M. Taruffo, “Il controllo di razionalità della decisione”, cit.; F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto...*, cit.

⁴⁷³ Ost fa notare che, piuttosto che prendere atto del potere creativo della giurisprudenza, si tende in certi casi a presentare questo fenomeno come una “deriva patologica del sistema, una minaccia per la democrazia, una manifestazione inaccettabile del governo dei giudici”. Cfr. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

⁴⁷⁴ M. Taruffo, *Sui Confini...*, cit., p. 195.

“che il giudice dispone di ampi poteri di scelta discrezionale anche negli altri momenti fondamentali della decisione, che sono distinguibili analiticamente da quello della scelta e interpretazione della norma, ma che sono anche connessi all’applicazione del diritto nel caso concreto e quindi - in ultima analisi - alla determinazione della *regula iuris* che costituisce il fondamento giuridico della decisione”⁴⁷⁵.

Il riferimento delle teorie ermeneutiche⁴⁷⁶, in particolare, è alle numerose implicazioni del rapporto tra fatto e diritto ed alla circolarità che lo caratterizza per giungere a sottolineare che le variabili che entrano in gioco nella complessa attività di decisione sono molteplici, non hanno a che fare con meccanismi di *sussunzione* e soprattutto sono ampiamente discrezionali.

Nella “costruzione” della decisione un ruolo importante è svolto, come rimarca ancora Taruffo e coerentemente con l’impostazione del nostro lavoro, dal giudizio di fatto, da tutta l’attività tesa ad individuare la norma da applicare al fatto o meglio ancora a stabilire di che fatto si tratti in funzione della regola di diritto che si intende far valere, ad accertarlo tramite prove e valutazioni concernenti gli esiti delle prove stesse⁴⁷⁷.

La conclusione, cui si perviene pertanto in questa sede e che costituisce premessa del ragionamento che segue, è che il “potere di creazione” del giudice non concerne solo l’individuazione dei significati da attribuire alle norme ma riguarderebbe tutti i molteplici passaggi relativi alla formazione della decisione, in primo luogo il giudizio sul fatto, cui peraltro contribuiscono tutti gli altri attori giudiziari (in primo luogo cliente e avvocato).

2. La “fisionomia” normativa della sentenza civile nell’ordinamento italiano

Il panorama normativo italiano fornisce solo qualche elemento formale di identificazione di quella “specie particolare di decisione” che è la sentenza⁴⁷⁸. In

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 197.

⁴⁷⁶ E. Pariotti, *La comunità interpretativa...*, cit. ; F. Viola, G. Zaccaria, *ibidem*.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, pp. 198-199.

⁴⁷⁸ J. Wróblewski, *Motivation de la décision judiciaire*, in *La motivation des décisions de justice*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1988.

particolare dall'art.132 c.p.c., rubricato "Contenuto della sentenza", ne emerge una definizione precisa dal punto di vista della *struttura*, caratterizzata da:

- un'*intestazione*
- l'individuazione del *giudice* e delle *parti*
- la *motivazione*
- il *dispositivo*
- la *data*
- la *sottoscrizione*

Quanto al *contenuto* sono essenzialmente previsti tre elementi:

- l'esposizione dello *svolgimento* del processo
- la *motivazione in fatto e in diritto*
- il *dispositivo*.

Il modello previsto dal codice di procedura civile, al riguardo, concerne la sentenza emessa dal Tribunale, a conclusione del procedimento di cognizione di primo grado. Si tratta, infatti, di un atto a formazione progressiva, conclusivo dell'intero procedimento iniziato con la "vocatio in jus"⁴⁷⁹.

Val giusto la pena di accennare che, in generale, si suole distinguere la sentenza dagli altri provvedimenti del giudice, l'ordinanza ed il decreto, sulla base dei seguenti aspetti fondamentali: in primo luogo si tratta di un provvedimento di natura decisoria su una o più "questioni", "domande", "eccezioni". Tale decisorietà viene, in particolare, definita come idoneità ad incidere, direttamente o indirettamente, sulle posizioni giuridiche soggettive delle parti sottoposte a giudizio statuendo sulla loro sussistenza, titolarità, estensione, azionabilità, etc. La decisione formulata in una sentenza è suscettibile di divenire "cosa giudicata". Da un punto di vista formale, il giudicato si forma allorquando la sentenza non è più soggetta a determinati mezzi di impugnazione. In tal caso si sottrae ad ogni nuova cognizione giudiziale, diventando incontrovertibile.

Le classificazioni più comuni delle sentenze civili, nella letteratura processualistica sono le seguenti quattro:

- 1) sentenze di rito/sentenze di merito; 2) sentenze di mero accertamento/sentenze di condanna/sentenze costitutive; 3) sentenze di

⁴⁷⁹ G. Tarzia, voce "Sentenza civile", in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Ist. dell'Enciclopedia Treccani, vol. XXVIII, 1992.

legittimità/sentenze di merito; 4) sentenze definitive/sentenze non definitive⁴⁸⁰. Non volendo indugiare su tali classificazioni, evidenziamo, ai fini della nostra indagine, la classificazione sub 1) invero il caso in cui la decisione di una causa può consistere in una pronuncia sui diritti delle parti dedotti in giudizio⁴⁸¹.

3. Le sentenze come “storie”

Nell’analizzare la struttura delle decisioni concernenti i casi analizzati nei capitoli precedenti si terrà conto in generale della fisionomia normativa della sentenza ed in particolare della *motivazione*, considerata appunto come contesto del ragionamento del giudice.

La lettura più specifica che s’intende proporre in questa sede, ha tuttavia a che fare con una prospettiva “non familiare” rispetto alle modalità cui generalmente si è abituati. Si propone, infatti, di considerare le sentenze come l’esito di “costruzioni narrative” dei fatti che le parti pongono ad oggetto delle loro domande ed eccezioni. L’assunto di partenza è, sull’esempio di Amsterdam e Bruner, che le sentenze come ogni altro testo (e non meno dunque delle narrazioni dell’avvocato e del cliente), nel dare una struttura alla realtà di cui esse parlano, la creano⁴⁸².

Come scrive Mittica, infatti:

“sentenze, ordinanze e decreti dei magistrati restano in ogni caso gli atti più numerosi prodotti dalla pratica processuale ordinaria e [...] sono l’esempio più diffuso di racconti volti a dare soluzioni che “mettano fine” alle “storie”. Il processo giuridico deve chiudere la disputa per cui il sistema è stato interpellato, e quindi non ha altra scelta che *passare in giudicato* la vicenda, dopo averne definito i termini. [...] I racconti giuridici ufficiali osservati quali narrazioni si manifestano come opere continuamente in gioco nel processo di strutturazione della giuridicità. Ciò permette di analizzarli attraverso le strutture selezionate e le attività dei soggetti che si

⁴⁸⁰ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi interpretativi e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 4-5, 11.

⁴⁸¹ Nella nostra indagine oltre a sentenze di merito conclusive del primo grado di giudizio (*caso di Luciano*) sono stati esaminati provvedimenti conclusivi di giudizi cautelari (*caso di Marina, caso di Franco*).

⁴⁸² A. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law...*, cit.

avvalgono dell'ars combinatoria, comprendendo se si volgono al consolidamento di ordini preesistenti o all'apertura di diverse potenzialità"⁴⁸³.

A partire inoltre dalla considerazione, nel corso della nostra indagine, di un'intera fase processuale (il primo grado o il giudizio cautelare) e sulla base della combinazione dei principali orientamenti teorici passati in rassegna nei capitoli precedenti (che vedono in Bruner, Ferrari e Taruffo alcuni dei rappresentanti più autorevoli), si premetterà da parte nostra la definizione del processo come "luogo di conflitto tra narrazioni contrapposte finalizzate alla definizione, mediante sentenza o altro provvedimento, di un fatto giuridicamente rilevante".

Dal contraddittorio, caratterizzato dal racconto delle parti e/o dei testimoni, non emerge, infatti, un'unica narrazione complessiva del fatto cosicché il compito del giudice è di scegliere tra le narrazioni contrapposte delle due parti o di costruire una propria narrazione del fatto. In entrambe le ipotesi, la sua decisione rappresenterà il momento finale della complessa operazione di "costruzione giudiziaria" del fatto.

Nel paragonare la sentenza ad una storia se ne potrebbero individuare i seguenti elementi caratterizzanti:

a) L'abbozzo della trama – the plot.

Le sentenze contengono nella prima parte una sorta di orientamento, che è rilevabile a partire dal preambolo. Il preambolo contiene un *abstract* della storia che orienta l'attenzione dei lettori.

Nella prima parte la sentenza definisce in particolare due elementi fondamentali: il problema da risolvere – *the trouble* – e la condizione per risolverlo.

Nella *sentenza di Luciano*, ad esempio, il giudice opera una ricostruzione delle ragioni del ricorso introdotto dalla parte, prima *in fatto* e poi *in diritto*, limitandosi ad introdurre, con una sorta di inciso, il riferimento alle violazioni degli accordi contrattuali subite. Il giudice sminuisce in questo modo la portata delle violazioni denunciate da Luciano nel ricorso:

⁴⁸³ M.P. Mittica, *Raccontando il possibile...cit.*, p. 41.

Aggiungeva di aver ristrutturato il proprio rapporto di lavoro in virtù di una serie di trattative, accordi ed aspettative completamente disattesi dalla controparte [...]. Evidenziava che...

b) I personaggi.

Nella prima parte della sentenza sono individuati i personaggi del racconto, i soggetti della controversia, descritti come *attore* e *convenuto*, che appaiono nei ruoli formali assegnati loro istituzionalmente⁴⁸⁴.

Ad esempio nella *sentenza* concernente il *caso di Marina*, si legge:

La ricorrente, lavoratrice alle dipendenze della convenuta con sede di lavoro a XXX con qualifica di quadro (CCNL commercio) e mansioni di project manager dal xxx, lamenta l'illegittimità dell'atto in data xxx con cui via e-mail il suo superiore le ha comunicato assegnazione al progetto xxx di XXX.

c) La cornice temporale.

La storia è organizzata secondo una struttura temporale caratterizzata da un *incipit*, la prima parte della storia, seguita dallo svolgimento e dall'epilogo. Il punto di partenza di un racconto è particolarmente importante, secondo Amsterdam e Bruner, dal momento che serve a delimitare la gamma delle azioni possibili ed a strutturare il seguito, di modo che i semplici accadimenti diventino eventi dotati di un significato particolare e di una "necessità narrativa". Nel campo degli "affari umani" non esistono inizi naturali o conclusioni naturali: la soluzione al problema numero uno genera il problema numero due e così via. Quale sia il problema e quale la sua soluzione sono questioni largamente definite da ciò che il narratore sceglie come inizio⁴⁸⁵.

Il problema da risolvere, così come la soluzione immaginata, sono impostate sin da principio come se l'epilogo non potesse esserne che la conclusione logica. Poste le premesse con argomentazioni giuridiche, il caso da risolvere e la soluzione che ne scaturisce sembrano essere nient'altro che la conseguenza logica di tali premesse.

⁴⁸⁴ Come osserva V. Ferrari, è importante non tanto che si citi il "personaggio" quanto che lo si citi come tale, "in carne e ossa", ovvero ingabbiato nel suo ruolo sociale specifico. Cfr. *Diritto e società...*, cit.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pp. 152-153.

d) I destini.

Una volta conclusa la storia, definito il nuovo assetto (individuale, professionale, istituzionale, sociale) con procedura “integrativa” (restaurazione dell’ordine precedente), o “disintegrativa” (definizione di un nuovo ordine) la storia veicola una sorta di messaggio che normalizza e rafforza il nuovo assetto, il nuovo ordine sociale, in modo che esso sia riconosciuto come legittimo e necessario. Esaminiamo, ad esempio, i diversi *messaggi* veicolati nelle sentenze concernenti i tre casi presi in esame:

■ nella *storia di Franco* e nella *storia di Luciano* tutti gli avvenimenti umani sono presentati come degli accadimenti indipendenti dal volere del singolo individuo, fatti naturali e sovraumani. Nel primo caso, l’erronea rassegnazione delle dimissioni da parte di Franco è dovuta al *caos* legislativo del settore, nel secondo caso a determinare le scelte aziendali sfavorevoli a Luciano è un momento di crisi economica, c.d. “sofferenza”. La gestione di queste situazioni non può essere rimessa nelle mani di individui ma può solo dipendere dalla forza di un’istituzione che supera i limiti umani: una modifica legislativa nel primo caso, l’intervento di una società con un patrimonio più consistente nel secondo caso.

In particolare nella *sentenza* concernente il *caso di Luciano* si legge:

È stato accertato che la Banca XXX a partire dalla seconda metà dell’anno XXX veniva investita da un periodo di crisi che portava a contrarre i costi, a modificare le strategie aziendali già decise ed intraprese e cercare la partecipazione di altre imprese per risolvere i problemi c.d. di sofferenza. Questa situazione ha trovato la sua soluzione esclusivamente con l’intervento e la cessione di quote societarie alla Banca XXX.

Nel caso di Luciano non vi è dunque rimedio possibile essendo dovuta al verificarsi di un inevitabile stato di crisi la modifica della sua posizione in seno all’azienda.

■ Diversamente, la *sentenza* concernente la *storia di Marina* veicola il messaggio opposto e cioè che tutto ciò che accade all'uomo è frutto del suo impegno e della sua responsabilità, non esiste caso né natura ma solo agire umano. In questo caso la situazione di Marina è risolvibile solo attraverso un suo chiaro impegno individuale:

Il danno alla salute inoltre riguarderebbe la patologia depressiva in atto che però allo stato risulta di gravità tale da giustificare assenze per mesi della ricorrente come risulta in atti e che comunque non le ha consentito di lavorare nemmeno a Roma per cui il lavoro a xxx, comunque temporaneo, non appare allo stato tale da aggravare in modo consistente e irreparabile la suddetta patologia.

■ Infine la conclusione cui perviene il *giudice* nel *caso di Franco* veicola un messaggio concernente la necessità di riconoscere il vizio legislativo – con conseguente disapplicazione della legge – per poter sanare la situazione del preside incaricato:

[...] l'art.1 del D.M. 9 dicembre 2004 ha previsto come termine finale (non solo per la presentazione della domanda di pensionamento ma anche per la revoca della stessa) quello del 10 gennaio 2005, con ciò comprimendo in modo assai significativo lo spatium deliberandi concesso al personale scolastico dalla fonte legislativa.



In conclusione le sentenze tendono dunque a veicolare sempre qualche genere di messaggio implicito ma capace di rendere condivisa e legittima una specifica visione del mondo, dell'agire umano e degli avvenimenti che lo concernono.

4. L'interdipendenza narrativa tra la storia del giudice e la storia dell'avvocato

Nelle sentenze esaminate è ancora una volta rintracciabile una sorta di “interdipendenza narrativa” tra la storia del giudice e quella dell'avvocato, rinvenibile attraverso il confronto tra le due narrazioni.

Posto che, a partire dai casi esaminati, non si ha alcuna pretesa di generalizzazione, l'analisi narrativa delle sentenze ha comunque reso possibile verificare che il giudice tende a riprendere la narrazione della parte cui dà ragione. Non solo è ripresa la narrazione dell'avvocato nel suo complesso ma ne sono riprese le stesse argomentazioni in diritto e l'interpretazione delle risultanze probatorie ⁴⁸⁶.

Nel caso di Franco, ad esempio, il giudice concede la sospensiva riconoscendo la sussistenza sia del *fumus boni iuris* sia del *periculum in mora* rispetto alla domanda d'urgenza articolata dal ricorrente. Riprende sia le argomentazioni in fatto che il ragionamento di diritto, proposto dall'avvocato, relativo alla confusione legislativa che aveva indotto in errore il ricorrente, per giungere a riconoscere la validità della revoca delle dimissioni operata da Franco. È evidente l'utilizzo, da parte del *giudice*, delle stesse argomentazioni dell'avvocato a giustificare la decisione. Ne vengono qui di seguito proposte alcune:

[...] essendo risultato il ricorrente vincitore del concorso a preside presso la sede di XXX che non accettò per motivi personali [...];

ed ancora

[...] con la conseguenza che il XXX sarebbe ritornato a ricoprire l'incarico di semplice docente con la perdita del diritto di andare in pensione con la buonuscita calcolata sullo stipendio spettante ad un dirigente.

Per concludere che:

È evidente, quindi, il motivo per cui il ricorrente ha avanzato richiesta di dimissioni dall'impiego pur non avendo raggiunta la massima anzianità contributiva di 40 anni. Tale ragione è peraltro venuta meno a seguito dell'approvazione, in data 24 marzo 2005, della L. n. 43/05 (di conversione del D.L. n. 7705) che ha evitato il pregiudizio che si stava profilando ai danni del XXX (e di tutti coloro che versano nelle stesse condizioni), in quanto è stato previsto non un automatico inserimento nelle graduatorie dei c.d. triennalisti

⁴⁸⁶ Taruffo ritiene che la storia del giudice corrisponda in genere alla storia raccontata da uno dei due avvocati perché il giudice la troverebbe attendibile e supportata da prove rilevanti. Cfr. M. Taruffo, "Involvement and Detachment", cit.

ma l'indizione di un apposito corso-concorso per l'immissione in ruolo dei presidi incaricati con almeno un anno di incarico di presidenza; poiché il YYY ed il ZZZ devono essere inseriti in coda alla graduatoria provinciale nella quale risulta collocato, come visto, al primo posto il XXX in data 26 marzo 2006 ha ritirato le proprie dimissioni.

Nel caso di specie pertanto concorrono tutti gli elementi perché le dimissioni presentate dal XXX in data 4 gennaio 2005 debbano essere considerate il frutto di un errore di diritto essenziale (ex art. 1428 e 1429 n.4. c.c.) e riconoscibile dalla parte datoriale pubblica (vds., in proposito, le copie delle note sindacali della CISL e della CGIL Scuola e dell'ANDIS; all. n.7, 8 e 10 della produzione di parte ricorrente).

5. Il ruolo della prova nella costruzione della decisione

Naturalmente proporre la lettura delle sentenze come storie non vuol dire sostenere che esse siano disancorate dal riferimento a norme, a vincoli procedurali o istituzionali. S'intende piuttosto comprendere come nella narrazione, considerata come un elemento attivo e strutturante del processo di giuridicizzazione, questi elementi trovino una collocazione ed un significato.

La giustizia della decisione in via sostanziale deriva, secondo Taruffo, dalla corretta applicazione della regola di diritto al caso concreto; condizione assoluta se la norma è adeguata al caso concreto e viene interpretata correttamente e se i fatti sono stati accertati in modo "veritiero". Si discute in dottrina se la funzione del giudice sia davvero quella di cercare la verità, se qualche verità possa essere trovata all'interno del processo ⁴⁸⁷.

Ciò che sembra indiscutibile è che il compito del giudice di giudicare la realtà sia esercitato attraverso la scelta di una delle numerose storie raccontate in giudizio. Scelta che non può non essere fatta secondo qualche criterio rappresentato, almeno nella prospettiva di Taruffo, dai risultati di prove ammissibili e rilevanti. Il giudice non dovrebbe far altro che trovare la storia che sembra più affidabile sulla base delle prove ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Sulle teorie concernenti le diverse finalità del processo cfr. M. Taruffo, *Evidence and Truth* ..., cit.

⁴⁸⁸ M. Taruffo, "Involvement and Detachment", cit.; Id., "Profili della decisione", cit.

In particolare, il ragionamento sulle questioni di fatto oggetto della decisione è strutturato, regolato e guidato secondo dottrine tratte dal diritto sostanziale, procedurale, dalla logica e dal diritto delle prove. Quest'ultimo ha a che fare, secondo Twining, con domande del tipo:

*Quali fatti possono essere considerati o presentati come prova? Da chi devono essere presentati? Rispetto a quali proposte non è necessario presentare prove*⁴⁸⁹?

Naturalmente non è questa la sede né per occuparsi della questione dell'interpretazione della legge né per sviluppare una compiuta teoria delle prove⁴⁹⁰.

Ad ogni modo non è possibile prescindere da qualche riferimento alle prove in quanto strumento utilizzato dalle parti per consentire, tra l'altro, al giudice di conoscere il fatto così come costruito nella *vocatio in ius*⁴⁹¹.

Per Twining, ad esempio, la prova (*proof*) consiste nello stabilire l'esistenza o la non esistenza di un certo fatto allo scopo di soddisfare un tribunale (giudice) incaricato di determinare il fatto in questione. Il grado di soddisfacimento richiesto è prescritto dallo standard di prova applicabile (ad esempio, *balance of probabilities* o *al di là del ragionevole dubbio*). L'*evidence*⁴⁹² invece è uno dei significati della prova. È stata definita come l'effetto, la

⁴⁸⁹ W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Second Edition..., cit., p. 226.

⁴⁹⁰ Si rinvia, a tal fine, al contributo di autorevoli studiosi: J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, tr. it. Bologna, Il Mulino, 2004; M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press, 1997; M. Taruffo, *La prova...*, cit.; W. Twining, *Ibidem*.

Cfr. anche la voce "Prova" in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, di Alessandro Giuliani. Giuliani individua due modelli fondamentali di prova. Secondo il primo, la prova avrebbe la funzione di persuadere il giudice circa una determinata versione dei fatti. In base al secondo modello, la prova avrebbe una funzione dimostrativa, finalizzata ad ottenere una conoscenza scientifica dei fatti. Giuliani ascriverebbe inoltre i due modelli rispettivamente al sistema di *civil law* e di *common law*.

⁴⁹¹ In qualsiasi ordinamento moderno le parti hanno la possibilità di introdurre nel processo mezzi di prova a favore della ricostruzione dei fatti che esse sostengono in giudizio. Naturalmente il contesto del processo impone limiti e peculiarità alla prova, come il fatto che l'attività probatoria debba essere circoscritta entro un certo lasso temporale e che, conclusa l'attività, il giudice debba decidere sui fatti della controversia applicando il diritto. Cfr. sul punto J. Ferrer Beltrán, *ibidem*.

⁴⁹² Lo studio dell'*evidence* e dell'*inference* ha radici nella lunga storia della retorica e della probabilità ma l'interesse del ragionamento sulle questioni di fatto è stato piuttosto intermittente. L'*evidence* ha ricevuto molta attenzione sia nella tradizione di *common law* che di *civil law* ma la maggior attenzione è stata riservata al diritto delle prove. Fanno eccezione gli studi di Bentham (*Rationale of Judicial Evidence*) e Wigmore (*Principles/Science of Judicial Proof*). È a partire dal 1970 che il tema dell'*evidence* è al centro dei dibattiti sugli usi pratici della statistica forense, sulle

tendenza o il disegno di produrre nella mente una persuasione affermativa o disconfermativa dell'esistenza di qualche altra questione di fatto. La logica delle prove ha a che fare cioè con la validità, l'obbligatorietà e l'appropriatezza di argomenti considerati come base razionale per la persuasione nel creare o nel giustificare una decisione o una conclusione su una questione di fatto⁴⁹³.

Taruffo, a sua volta, considera la prova come strumento (inteso come qualunque metodo, persona, cosa o circostanza) che possa fornire informazioni utili per risolvere l'incertezza attorno alla "verità" o "falsità" delle narrazioni delle parti. Della prova si servirebbero le parti per dimostrare la veridicità delle loro affermazioni ed il giudice per decidere della verità o falsità degli elementi fattuali⁴⁹⁴.

La verità dei fatti sarebbe secondo questa prospettiva l'esito di operazioni razionali fondate su conoscenze certe, perché verificate tramite prove acquisite in un contesto intersoggettivo, ed i cui risultati sono valutati per mezzo di operazioni di *probabilità logica*⁴⁹⁵.

teorie probabilistiche (Bayes in primo luogo), così come è al centro del dibattito la tesi che il paradigma del ragionamento probabilistico del giudizio è un principio induttivo piuttosto che matematico e si discute se i modelli atomistici di razionalità possano conciliare l'idea olistica della coerenza narrativa su cui, secondo le ricerche psicologiche, le decisioni dei giurati sono basate principalmente. Cfr. W. Twining, *Rethinking Evidence*, Second Edition..., cit., p. 276.

All'interno del filone di studi sull'evidence può essere individuata una distinzione tra la letteratura sulla logica delle prove e la più ampia letteratura empirica sul ruolo della narrazione e delle storie nella determinazione del fatto. Sulle fasi evolutive dello studio concernente le prove cfr. *Ibidem*, pp. 332-334.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 193.

⁴⁹⁴ M. Taruffo, *Sui confini...*, cit., p. 293.

⁴⁹⁵ Come già accennato nel capitolo III, Taruffo considera la verità come fine ragionevole di un "giusto processo", tipico dei moderni ordinamenti democratici e concepisce dunque la prova come strumento tramite il quale il giudice può conseguire tale risultato.

La concezione della *verità* come *fine del processo e dell'attività probatoria* è prevalente rispetto alla concezione tradizionale secondo cui una proposizione è provata se è vera e se vi sono elementi di giudizio sufficienti a suo favore (cfr. per tutti Bentham, 1823, vol. I). Buona parte della dottrina processualistica ha dunque abbandonato la relazione concettuale tra prova e verità. Un autore quale Montero Aroca individua tre grandi tesi attualmente presenti in dottrina:

1) *Prova come fissazione dei fatti*. Si sostiene cioè che la finalità della prova sia la fissazione formale dei fatti da parte del giudice indipendentemente da quanto realmente accaduto. (Questa è la tesi sostenuta da Carnelutti, 1947); 2) *Prova come convincimento del giudice sui fatti*. La prova sarebbe l'insieme delle operazioni per mezzo delle quali si tenta di ottenere il convincimento del giudice su determinati dati processuali. La tesi è di Montero Aroca (2000) e Serra Domínguez (1962); 3) *Prova come certezza del giudice sui fatti*. Secondo Montero Aroca (2000, 2001), "la prova è l'attività processuale che tende a raggiungere la certezza nell'organo giudicante riguardo i dati allegati dalle parti". Posta la difficoltà di una distinzione tra la nozione di certezza e quella di convinzione e posta la condivisione della nozione di verità formale da parte di tutte le distinte teorie, esse sfociano, secondo Ferrer Beltrán, in una concezione irrazionale della prova giuridica. Cfr. J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità...*, cit., pp. 75-79.

La funzione cui assolve la prova sarebbe sia persuasiva che conoscitiva: se è vero che gli avvocati utilizzano le prove per persuadere il giudice della verità del fatto narrato, il giudice conosce il fatto attraverso l'esperimento delle prove⁴⁹⁶.

*Ma come si fa a stabilire se il fatto è provato? Quando un'ipotesi X riceve un certo grado di conferma come fa il giudice a stabilire se questa ipotesi possa considerarsi "vera"? Secondo Taruffo ciò che il giudice stabilisce è se essa abbia un grado di probabilità logica sufficiente a farla assumere come descrizione attendibile del fatto: se il grado di conferma è ritenuto sufficiente l'ipotesi è attendibile e può essere assunta come base della decisione; se tale grado è ritenuto insufficiente l'ipotesi è inattendibile e la decisione non potrà fondarsi su di essa*⁴⁹⁷.

Si tratta cioè di un apprezzamento discrezionale del giudice che sfugge ad ogni rigida determinazione quantitativa. È il momento in cui entra in gioco il cd. prudente apprezzamento del giudice, sia pur attraverso il ricorso a criteri razionali di decisione.

Tra le ipotesi da considerare si colloca il caso in cui una parte asserisce l'esistenza di un fatto ed un'altra la smentisce oppure sostiene che esso si è verificato con modalità differenti da quelle indicate dalla controparte ed entrambe

⁴⁹⁶ M. Taruffo, *Sui confini...*, cit. , pp. 292-304.

⁴⁹⁷ Ferrer Beltrán considera Michele Taruffo come esponente della concezione c.d. descrittivista della prova, citandone il seguente passaggio: "L'ipotesi di fondo è che la decisione giudiziale possa e quindi debba [...] fondarsi su una ricostruzione veritiera dei fatti della causa. Così, individuato lo scopo dell'accertamento dei fatti, diventa evidente che con il termine 'prova' si indica riassuntivamente l'insieme degli elementi, delle procedure e dei ragionamenti per mezzo dei quali quella ricostruzione viene elaborata, verificata e confermata come 'vera'. Si recupera così [...] il nesso strumentale tra prova e verità dei fatti che sta alla base della tradizionale concezione giuridica della prova". Ferrer Beltrán individua inoltre altri due modi in cui può intendersi la forza dell'enunciato "p è provato". In un primo significato di "p è provato" come enunciato *costitutivo* Ferrer Beltrán richiama Kelsen secondo cui la determinazione dei fatti nel processo sarebbe il risultato di un'attività decisoria. Cita il seguente passo di Kelsen (1960, 269-270): "l'accertamento della fattispecie delittuosa è una funzione giurisdizionale senza dubbio costitutiva. L'accertamento giurisdizionale della fattispecie condizionante è quindi costitutivo in ogni senso. [...] Ma la condizione prevista dall'ordinamento giuridico non è il fatto che un uomo abbia commesso un omicidio, bensì il fatto che un organo competente in base all'ordinamento giuridico abbia accertato che un uomo ha commesso un omicidio". Quindi le decisioni nei tribunali produrrebbero effetti giuridici indipendentemente dalla verità dei fatti provati. Diverso è il caso in cui "p è provato" è inteso come enunciato *normativo*. Secondo Ferrer Beltrán infatti "una cosa è come si procede alla determinazione del significato delle disposizioni giuridiche (e se questa determinazione è costitutiva o meno, o se vi sono interpretazioni corrette o errate), un'altra cosa è la determinazione della questione se il fatto *f* è un'ipotesi specifica del fatto generico individuato dalla norma secondo l'interpretazione adottata, e un'altra cosa ancora è, infine, la determinazione del verificarsi, in determinate coordinate spazio-temporali, del fatto *f*."

le ipotesi conseguono in qualche misura elementi di conferma. Taruffo ricorre in questo caso al criterio della *preponderance of evidence*; vince l'ipotesi che riceve il grado di conferma logica maggiore:

“bisogna scegliere, in sostanza, l'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili. Scelta relativa e comparativa dunque, all'interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi. Scelta razionale, e razionale proprio perché relativa, dato che si tratta soltanto di individuare l'alternativa più fondata in una situazione di incertezza definita proprio dalla presenza di più ipotesi significative. In un contesto di questo genere, ed in linea di principio, sembra invero difficile negare l'intrinseca razionalità del criterio per cui l'ipotesi più attendibile, ossia quella attendibile *tout court* in sede di decisione, è quella che presenta il più elevato grado di probabilità logica in base agli elementi di prova disponibile”⁴⁹⁸.

In conclusione, il criterio del “grado prevalente di probabilità logica” sarebbe quello che secondo Taruffo meglio rispecchierebbe il rapporto che s'instaura, nel caso concreto, tra le diverse ipotesi sul fatto e gli elementi di prova disponibili.

Naturalmente, l'autore riconosce che accanto alla possibilità di schemi razionali di valutazione esistono anche spazi di vaghezza e di discrezionalità irriducibilmente lasciati alla valutazione del giudice, nel caso concreto, ma ugualmente guidati da criteri razionali⁴⁹⁹. Soprattutto nei casi in cui due ipotesi abbiano gradi di probabilità solo lievemente diversi o quello in cui esse abbiano valori diversi ma entrambi assai bassi.

Taruffo non manca ad ogni modo di riconoscere che il suo modello di determinazione del valore delle prove e dei gradi di conferma delle ipotesi relative ai fatti riguarda una situazione-tipo, *astratta*, che non tiene conto delle peculiarità e dei condizionamenti processuali rispetto al modo in cui il giudice formula la decisione in fatto né tiene conto delle modalità con cui sono formate le prove nel processo.

Per parte nostra, nell'intento di portare a conclusione l'analisi avviata nei capitoli precedenti, si riproporrà qui di seguito il *caso di Luciano* cercando di mettere in luce qualche modalità di valutazione della prova da parte del giudice.

⁴⁹⁸ M. Taruffo, *La prova...*, cit., p. 274.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 269.



■ A supporto dell'interpretazione del caso, *il giudice* fa ricorso alle risultanze della prova testimoniale. Ad esempio si legge nella *sentenza*:

La prova testimoniale (espletata con l'escussione del Direttore Generale della Banca XXX, dott. XXX, del suo vice dott. XXX, di un dipendente di pari grado a cui fu dato l'incarico di Direttore Generale del XXX, [...]).

■ L'ordine dei testimoni citati nella sentenza non è lo stesso in cui i testimoni sono stati escussi (secondo quanto risulta dal verbale di udienza). I testimoni sembrano essere citati nella motivazione della sentenza piuttosto in ordine di "importanza": dal direttore generale, al vice-direttore fino agli altri dipendenti.

Inoltre sono citate le testimonianze più lunghe che oltretutto corrispondono a quelle dei testimoni più importanti.

■ Il giudice "giustifica" poi la revoca dell'incarico e la mancata realizzazione degli accordi contrattuali ricorrendo alla tesi della crisi aziendale, sostenuta dalla parte resistente, per concludere che "risultano insindacabili le scelte aziendali":

Come ha riferito il dott. XXX, a seguito del passaggio del XXX al settore marketing della Banca si stabiliva di ampliare la sfera operativa della XXX con l'attività di assistenza e consulenza alle imprese, in particolar modo della zona di XXX. Tale decisione era stata adottata anche grazie ai progetti e agli interventi del dott. XXX che, peraltro, era stato in precedenza preposto alla filiale della Banca XXX di XXX. Ma è stato accertato che la Banca XXX, a partire dalla seconda metà dell'anno XXX, veniva investita da un periodo di crisi che portava a contrarre i costi, a modificare le strategie aziendali già decise ed intraprese e a cercare la partecipazione di altre imprese bancarie per risolvere i problemi di c.d. "sofferenza". [...] In tale quadro sicuramente veniva a realizzarsi una contrazione di tale attività e degli investimenti in favore della XXX [...].

■ Il giudice inoltre si avvale dell'elemento temporale in maniera generica facendo passare invece inosservata la circostanza, ben evidenziata nel ricorso, che i progetti aziendali si snaturarono in un lasso strettissimo di tempo, da aprile a luglio, mesi in cui Luciano riceve rispettivamente le lettere di assunzione e di

revoca dell'incarico dirigenziale da parte della Banca⁵⁰⁰: Si legge ancora nella sentenza:

è stato accertato che la Banca XXX, a partire dalla seconda metà dell'anno XXX - Luciano era stato assunto in maggio - veniva investita da un periodo di crisi.

■ È operata infine una sorta di valutazione comparativa delle circostanze testimoniate:

*L'istruttoria svolta ha portato ad accertare che, dopo la revoca dell'incarico di Direttore Generale al ricorrente e la nomina del dott. XXX quale amministratore delegato della Società XXX, effettivamente si era verificata una contrazione ed un ridimensionamento delle mansioni attribuite al XXX nell'ambito societario (conseguenza naturale della revoca anche dei poteri a lui delegati a seguito del conferimento dell'incarico) ma il medesimo non veniva posto in condizioni di forzata inattività. Infatti, è risultato che al ricorrente era stato offerto di occuparsi dell'attività formativa, ossia di curare tutti gli aspetti inerenti l'organizzazione dei corsi di formazione (**deposizione di XXX - direttore generale**), e di coordinare le attività della società e l'operato del personale (**deposizione di XXX - vicedirettore**), anche se in una compagine sociale con campo di azione e mezzi limitati rispetto all'originaria previsione. Quindi, pur in presenza di rapporti conflittuali con il dott. XXX (nuovo amministratore delegato) dovuti al fatto che il ricorrente non aveva accolto certamente con favore il ridimensionamento della strategia imprenditoriale e del proprio ruolo, non è configurabile un demansionamento da imputare alla volontà precisa dei dirigenti aziendali di ledere la posizione del xxx (Luciano). **Appare pertanto poco indicativa la deposizione sul punto del teste XXX, secondo cui i progetti per la formazione e quelli per il servizio alle imprese non erano decollati soprattutto "perché fu decapitata la struttura, ossia fu privato delle sue funzioni il ricorrente"**. Il quadro emerso non consente di ritenere come invece adombra il ricorrente, che il ridimensionamento della XXX sia dipeso dalla volontà di emarginare il XXX ma piuttosto che la contrazione delle attività sociali sia dipesa dalla situazione contingente. [...].*

A voler proporre ancora qualche osservazione, si noti che le argomentazioni valutative del giudice aventi ad oggetto le risultanze probatorie non vanno al di là della considerazione della posizione lavorativa di Luciano in seno alla società e del contesto di crisi in cui la Banca ha operato la revoca della qualifica di direttore generale del dipendente. Soprattutto, è evidente l'ordine di importanza in cui sono considerate le singole testimonianze e la scelta di non attribuire valore ad una delle testimonianze particolarmente favorevoli a Luciano con l'argomentazione che "appare poco indicativa [...]" (v. sopra).

⁵⁰⁰ Si riporta a tal proposito un importante passaggio dell'intervista all'avvocato di Luciano, in cui è commentato l'argomento della crisi economica: *Quanto all' argomento della difesa sulla crisi economica, non credo sia dirimente, salvo ad ammettere che sia caduta un giorno come la grandine sulla testa dei dirigenti...ammesso e non concesso che sia provata una causalità diretta [...].*

6. La costruzione della decisione giudiziaria sul fatto

Secondo il modello di “legalità procedurale” proposto tra gli altri da Taruffo, il giudice “valuta” le prove ai fini della decisione finale. È la questione della discrezionalità del giudice, di cui si accennava nell’introduzione, che stabilisce il valore dei singoli mezzi di prova ed il valore dell’insieme delle prove che si riferiscono agli elementi di fatto contenuti nelle narrazioni delle parti.

Nel nostro ordinamento si parla di “prudente apprezzamento” inteso nel senso di non imporre al giudice regole nella valutazione delle prove, una sorta di discrezionalità sia pur motivata (salvo l’esistenza di vizi di motivazione)⁵⁰¹.

Quali sarebbero i c.d. criteri razionali per stabilire se un fatto è stato provato o meno nel processo civile?

Secondo Ferrer Beltrán un buon modo di presentare la relazione tra prova e verità può essere il seguente:

“la finalità della prova come istituto giuridico è quella di permettere di raggiungere la conoscenza della verità degli enunciati fattuali della controversia. Quando gli specifici mezzi di prova assunti nel corso del processo apportano elementi di giudizio sufficienti a favore della verità di una proposizione (cosa che non deve essere confusa con il fatto che la proposizione sia vera), allora si può dire che la proposizione è provata. In questo caso, il giudice deve inserirla nel suo ragionamento decisorio e considerarla vera”.

Secondo il modello analitico di Taruffo, il criterio da applicare nel giudizio civile è il criterio della probabilità prevalente – *preponderance of evidence* – : si

⁵⁰¹ La tendenza della Corte di Cassazione è, secondo Taruffo, di evitare di imporre regole di giudizio sul fatto (naturalmente discrezionalità non vuol dire arbitrio soggettivo). Insuscettibile di soluzione univoca è il problema se e fino a qual punto il canone della motivazione sufficiente esiga che il giudice dia conto degli elementi di valutazione delle prove. La Cassazione, per esempio, non ha mai preteso che il giudice prendesse in considerazione delle prove ritenute non convincenti, non utili all’accertamento del fatto. È stato autorevolmente notato che “punto decisivo” l’omesso esame del quale dà luogo a vizio di motivazione di cui al citato comma 5, art. 360 c.p.c. “ non può essere evidentemente che uno dei dati sui quali si opera la scelta” e si esercita cioè l’opzione in cui si concreta il giudizio, mentre altra cosa sono i singoli “elementi o circostanze che concorrono a formare il convincimento del giudice” e lo inducono ad una determinata opzione: a questi è da riconoscersi un valore secondario rispetto ai dati relativamente ai quali si impone l’opzione stessa. Evangelista, voce “Motivazione nella sentenza civile”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXVII, 1977; Cfr. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile...*, cit., Milano, Giuffrè, 1999.

tratta in altre parole di stabilire quale delle ipotesi relative al singolo caso riceve il grado di conferma relativamente più elevato rispetto alle altre. Si tratta di una “probabilità logica” determinata tramite inferenza. Certi elementi di realtà o enunciati, come Taruffo li definisce, ricevono gradi di conferma più elevati a seconda della quantità e qualità dei mezzi di prova che ne confermano la “verità”. Sono individuabili almeno tre possibilità:

- 1) un enunciato di fatto può essere vero o falso: è più probabile che un enunciato sia vero piuttosto che falso (ad esempio, ci sono l’80% delle probabilità che sia vero);
- 2) uno stesso fatto è raccontato in maniera diversa: ognuno degli enunciati può essere vero o falso, quindi rispetto a ciascuno di essi il giudice deve valutare la “probabilità relativa”, nella versione positiva e negativa dell’enunciato. Se tutti gli enunciati hanno ricevuto un certo grado di conferma, il criterio della *preponderance of evidence* impone di scegliere l’enunciato con un grado di probabilità più elevata, più alta;
- 3) tutti e tre gli enunciati hanno gradi piuttosto bassi di conferma, nessuno dei tre enunciati ha superato il *test* della prova: una conferma probatoria debole equivale ad una mancanza di conferma. In questo caso il giudice deciderà sulla base dell’onere della prova: la parte che non è riuscita provare il fatto e ne aveva l’onere è destinata a soccombere. Ad esempio, una testimonianza di dubbia attendibilità non è sufficiente per stabilire quale enunciato di fatto è stato provato⁵⁰².

Alla fine, il giudice deve valutare ogni singolo enunciato e stabilire quale tra quelli che hanno ricevuto un grado sufficiente di conferma rimangono in gioco e quali non hanno ricevuto un grado sufficiente di conferma e perciò vengono scartati.

Che cosa fa il giudice degli enunciati in gioco? Anche qui le possibilità potrebbero essere varie:

⁵⁰² La regola dell’onere della prova non dice quale livello di prova si deve conseguire ma che cosa succede se quel livello di prova non viene conseguito. Se tra tutte le versioni possibili del medesimo fatto nessuna raggiunge il grado di probabilità necessario questo esclude che si sia raggiunta la prova del fatto.

- 1) tutti gli enunciati sono più o meno confermati, il giudice ha delle buone ragioni per ritenere che la narrazione di una delle parti sia provata;
- 2) può accadere che la parte abbia dimostrato solo alcuni degli enunciati: se il giudice non riesce a costruire una narrazione sensata di una vicenda di fatto vuol dire che la parte ha fallito nella sua pretesa;
- 3) può anche essere che il giudice costruisca una narrazione diversa da quella proposta dalla parte. È il caso in cui il giudice costruisce una sua narrazione.

Bisogna inoltre valutare se alla situazione di fatto che emerge dalla costruzione è applicabile o meno una norma giuridica, quella proposta all'inizio o una diversa. Allora il problema non è più solo quello della costruzione del fatto ma quello del potere del giudice relativamente alla qualificazione giuridica della fattispecie, per il principio *iura novit curia*.



Tornando al caso di Luciano, *il giudice* dichiara l'infondatezza della domanda e la *motiva*, reinterpretando le richieste del ricorrente e individuando la questione giuridica da trattare nella sola

dedotta illegittimità della revoca dell'incarico di Direttore Generale della XXX, intervenuta in suo danno in data xxx ed al prospettato inadempimento contrattuale [...].

Opera poi *una nuova ricostruzione dei fatti* a partire dalla questione di diritto, così come individuata, per giungere alla conclusione che Luciano :

*[...] non è stato mai inquadrato formalmente come dirigente ma sempre come funzionario di primo grado, a cui era stato attribuito l'incarico di "Direttore Generale" della società e la delega di una serie di poteri connessi a detta figura. E nella società XXX non era prevista la qualifica di dirigente (o meglio, non vi è prova contraria agli atti di tale circostanza), come **eccepito da parte resistente**.*



Il giudice ritiene dunque che non ci sia alcuna questione da disputare attorno alla carica di direttore generale trattandosi di una delega di funzioni e non di un formale inquadramento.



Naturalmente, nel processo civile, il giudice non può trasformare la domanda in una domanda diversa.

Una delle possibilità è che il giudice non riesca ad inquadrare il fatto in nessuna fattispecie legale: il giudice rigetta la domanda perché è infondata nel merito.

L'altra possibilità è che gli elementi di realtà provati possano essere adoperati per costruire diverse narrazioni con disegni differenti. Nel caso di più narrazioni che sono dal punto di vista narrativo equipollenti perché sono tutte provate allo stesso modo, perché tutte si servono dei medesimi enunciati di fatto che tutti singolarmente sono provati, se ci sono diverse narrazioni possibili allora ha senso scegliere quella che ha maggiore coerenza narrativa⁵⁰³. Cioè quella che narra una storia più credibile rispetto alle altre storie (in cui le categorie vengono usate correttamente, in cui i tipi ideali di persone, comportamenti e situazioni vengono usati correttamente). Sono questi i criteri in base ai quali un giudice dovrà scegliere una narrazione più coerente rispetto ad un'altra. Il criterio della coerenza narrativa si applica in ogni caso solo agli enunciati veri, veri perché provati. La mancanza di prova non può essere sostituita dalla coerenza narrativa, perciò si tratta di enunciati analiticamente veri. La narrazione entrerebbe dunque in gioco ma a condizioni molto ridotte, secondo Taruffo.



Alla luce del modello proposto da Taruffo, è interessante provare ad individuare le argomentazioni con cui il giudice valuta, nella sentenza, le risultanze probatorie a favore della tesi sostenuta dalla Banca (sono evidenziate in grassetto):

⁵⁰³ Anche se non si è comunque di fronte ad una prospettiva olistica: si parla di narrazioni in cui il singolo enunciato è stato provato.

[...] Non è ravvisabile quindi, sotto questo profilo una violazione da parte del datore di lavoro dei fondamentali doveri di correttezza e buona fede nello svolgimento del rapporto di lavoro. Peraltro non è stato provato, né costituisce oggetto di specifica deduzione, che al ricorrente siano state assegnate, dopo la revoca dell'incarico direttivo, nuove mansioni di carattere inferiore rispetto alla sua qualifica funzionale, che era quella di funzionario di primo grado. Le originarie condizioni contrattuali, contenute nella proposta fatta al XXX di risoluzione dei rapporti di lavoro con la Banca XXX e di assunzione presso la XXX, prevedevano l'obbligo di riassunzione nella Banca XXX con lo stesso qualifica e gradi ricoperti presso la XXX e previo suo assenso, nell'ipotesi di cessazione dell'attività o al verificarsi della condizione di non appartenenza al Gruppo Creditizio Banca XXX da parte della Società XXX, con il riconoscimento delle anzianità e degli inquadramenti maturati. In data xxx la Direzione Generale della Banca XXX comunicava che unilateralmente era stata disposta una modifica delle condizioni contrattuali (inerenti un accordo inter partes già perfezionatosi con la ricezione da parte del datore di lavoro dell'accettazione del lavoratore riguardo alla proposta formulata) per la parte riguardante l'obbligo di riassunzione in Banca; in particolare era stato deciso che la riassunzione, sempre nell'ipotesi di cessazione dell'attività produttiva al verificarsi della condizione di non appartenenza al Gruppo Creditizio XXX da parte della Società XXXX sarebbe avvenuto con il riconoscimento dell'inquadramento contrattuale maturato presso la Banca XXX all'atto della cessazione del rapporto avvenuta il xxx. Come stabilito nella comunicazione del xxx, però l'assunzione presso la XXX era avvenuta proprio a decorrere da xxx con il riconoscimento delle funzioni, ai fini dell'inquadramento contrattuale, di funzionario di primo grado. Quindi anche dopo la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, l'eventualità di riassunzione in Banca del ricorrente [...] sarebbe dovuta avvenire con l'inquadramento di funzionario di primo grado [...]. Peraltro XXX in nessun atto scritto ha fatto richiesta formale di rientro in Banca, proprio perché non si era realizzata alcuna delle ipotesi pattuite. [...] Le istanze verbali avanzate ai vertici aziendali, di rientro nella Banca XXX, confermate anche dai testi, non acquistano rilevanza ai fini del prospettato inadempimento contrattuale.



Il giudice dunque, alla luce della sola prova testimoniale, ritiene non provata l'assegnazione del ricorrente a mansioni inferiori; ritiene che non si siano verificate le condizioni che ne prevedevano la riassunzione in Banca; ritiene che Luciano in fondo non avrebbe fatto formale richiesta di riassunzione in Banca. Accoglie pertanto la tesi della crisi aziendale della Banca senza tuttavia neppure ricorrere ad una verifica delle scritture contabili onde accertare l'effettiva consistenza dello stato patrimoniale della società e verificare l'insorgenza repentina dello stato crisi dopo il trasferimento di Luciano presso la società di servizi, crisi di tale gravità da comportare la paralisi immediata della società che Luciano avrebbe dovuto dirigere.

7. La giustificazione argomentativa della storia: la motivazione

La storia giudiziaria è senz'altro una storia “giustificata”, fondata su argomenti che la supportano⁵⁰⁴. In particolare, la sentenza sarebbe giustificata, secondo Taruffo, quando gli argomenti partono da premesse rappresentate dalle prove e si strutturano in inferenze tratte da queste rispetto al giudizio finale sul fatto⁵⁰⁵.

Dall'art. 132 c.p.c. si evince la necessità di tenere distinta la *motivazione* dall'altra *parte espositiva* della sentenza, consistente nella ricapitolazione degli atti del procedimento, idonea ad identificare i soggetti fra i quali si svolge il processo e l'oggetto della controversia e a ricostruire i vari atti attraverso i quali si è pervenuti alla fase decisoria. Naturalmente, anche la narrazione dello svolgimento del processo è parte rilevante della motivazione nella misura in cui il verificarsi di determinate evenienze processuali (o il modo in cui vengono registrate o taciute) determina una particolare decisione.

Anche per la motivazione, come per la sentenza nel suo complesso, sono scarsi gli elementi di determinazione normativa: l'art. 111 della Costituzione si limita a prevederne l'obbligo⁵⁰⁶. Analogamente l'art. 132, n. 4, del c.p.c. ne prevede soprattutto il contenuto: “la concisa esposizione dei motivi di fatto e di

⁵⁰⁴ A tal proposito Ferrer Beltrán propone una distinzione tra le decisioni giudiziali come atto e le decisioni giudiziali come norma. In quest'ultimo senso la decisione è giustificata quando la conclusione deriva dalle premesse di fatto e normative adottate nel ragionamento. Si esige inoltre che le premesse di fatto siano vere. La decisione giudiziale come atto sarà giustificata se la sua realizzazione è consentita o è obbligatoria secondo le norme che regolano quest'attuazione, in questo caso può anche accadere che l'atto di adozione di una decisione sia giustificato ma non lo sia il contenuto, cioè la norma individuale. J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità...*, cit., p. 117.

⁵⁰⁵ Qualcuno parla di retorica giudiziaria ma c'è un differente uso della retorica da parte dell'avvocato e del giudice: l'avvocato usa la retorica per persuadere il giudice, il giudice non deve invece persuadere nessuno ma giustificare piuttosto sulla base delle prove dimostrando che il giudizio è supportato da buone ragioni. M. Taruffo, “Involvement and Detachment”, cit. In realtà, come osserva V. Ferrari (*comunicazione personale*), anche il giudice parla a un uditorio, interno (le parti, i giudici di grado superiore) o anche esterno (i colleghi, le riviste, i media).

⁵⁰⁶ L'obbligo di motivazione corrisponde nel nostro ordinamento ad una garanzia costituzionale, il che segna il passaggio da una concezione assolutista del potere ad una di tipo liberal-costituzionalistica, che impone che l'esercizio del potere sia giustificato. Non ci si riferisce solo al controllo endoprocessuale, al giudice dell'impugnazione, per esempio, ma proprio alla giustificazione nei confronti della società, dell'opinione pubblica: il popolo nel cui nome si giustifica la sentenza. Il giudice deve dar conto di tutte le scelte fatte, deve dar conto della credibilità o meno del testimone, spiegare perché quell'enunciato non è ritenuto valido, etc. Si tratta di un controllo di tipo *extraprocessuale*.

diritto della decisione”. L’art. 118 delle norme di attuazione del c.p.c. ribadisce che: “La motivazione della sentenza di cui all’art. 132, n. 4, del codice consiste *nell’esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione.*”

Dal combinato disposto degli artt. 118 disp. att. c. p. c. e 132 c.p.c. emergono in sintesi la necessità:

- dell’esposizione dei *fatti* e delle *ragioni in diritto*;
- della *concisione* dei motivi di fatto e di diritto.

Infine dall’art. 360 c.p.c.⁵⁰⁷, che definisce i vizi rilevabili in Cassazione, si ricava la necessità di una motivazione *sufficiente e non contraddittoria*⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Parte della dottrina individua, a partire dal co. 5 dell’art. 360, i seguenti caratteri della motivazione: *sufficienza, logicità ed ordine.*

La valutazione di *sufficienza* presuppone la concreta sussistenza della motivazione. Ove manchi del tutto non vi è dubbio che la sentenza è nulla. Ormai in giurisprudenza si è consolidata la nozione di sufficienza secondo la quale la motivazione può ritenersi conforme a tale requisito allorché contenga l’indicazione di ragioni che siano obiettivamente adeguate sul piano logico e su quello delle massime di esperienza e suffragare il convincimento espresso dal giudice. (Il che non toglie che la valutazione sia sempre discrezionale).

Diversi sono invece i significati in cui è comprensibile la *logicità*. Innanzitutto può ritenersi logica la motivazione che risponde agli astratti schemi del metodo sillogistico, si tratterebbe però di una logicità estrinseca e formale che potrebbe non essere idonea ad evidenziare, attraverso l’esposizione delle ragioni del decidere, l’intima e reale congruenza che deve essere propria del giudizio. In particolare si deve parlare di logicità nel senso di *coerenza* delle varie considerazioni in cui si articola la motivazione, sia fra di loro sia fra la stessa ed il dispositivo e cioè come mancanza di contraddittorietà, sempre valutata non astrattamente, ma secondo il principio di congruenza reale. In ossequio al principio della inidoneità della sola congruenza logico-formale della motivazione ad esprimere l’intrinseca razionalità del giudizio, la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che non ogni contraddittorietà è suscettibile di infirmare la motivazione, ma soltanto quella che si verifica allorquando le ragioni esposte al fine di giustificare l’accoglimento o il rigetto delle pretese fatte valere in giudizio siano tra loro in tal modo inconciliabili da elidersi reciprocamente e da impedire l’individuazione della *ratio decidendi*. D’altra parte si esclude che vi sia vizio di motivazione allorché, a fronte di una formale ed esteriore contraddittorietà fra le varie proposizioni di questa, la contraddittorietà stessa non incide sulla sostanza del decidere e non impedisce di stabilire quale sia stato l’iter logico effettivamente percorso dal giudice per pervenire alla decisione. Naturalmente poi il vizio di contraddittorietà si identifica nel contrasto fra la motivazione ed il dispositivo, esclusa però, anche in tal senso, l’ipotesi di contrasto apparente e formale. Infine l’*ordine*, esigenza espressamente richiamata dall’art. 118 disp. att. c.p.c. Non si tratta di un ordine fine a sé stesso, ma funzionalizzato alla realizzazione di una rigorosa concatenazione logica delle proposizioni in cui si articola la motivazione, così che sia agevolata l’opera dell’interprete nella ricostruzione del pensiero del giudice. Pur dovendosi riconoscere che un ordine tipico della motivazione non è aprioristicamente ricostruibile, a causa dell’infinita varietà delle concrete situazioni deve evidenziarsi che tale esigenza ha un suo valore nella misura in cui impone di realizzare una economia processuale attribuendo priorità di trattamento a tutte le questioni che rivestono rilievo condizionante rispetto alla possibilità di esame del merito e di conseguire in tal modo quella concisione che anche il legislatore ha raccomandato. In generale, dunque, può riconoscersi la necessità di trattare prima del merito quelle questioni pregiudiziali o preliminari che, se risolte in un senso, possono condurre direttamente alla soluzione della lite, senza che tale necessità sia in qualche modo sanzionata: infatti la violazione di quest’ordine rileva solo in quanto si sia tradotta in un’incidenza negativa, dal punto di vista logico-giuridico,

Nel nostro ordinamento è consolidata la giurisprudenza di Cassazione secondo cui la motivazione sarebbe l'espressione dell'iter logico seguito dal giudice nella formulazione della decisione. Altrettanto consolidata è la critica secondo cui la funzione della motivazione non ha che vedere col modo in cui il giudice ha ragionato quanto piuttosto con l'esercizio del potere che è incorporato nell'esercizio della funzione giudiziaria.

Naturalmente non è escluso che il modo in cui si è formata la decisione possa poi essere utilizzato in sede di motivazione. Possono esserci collegamenti tra i due tipi di ragionamenti tra il c.d. contesto di scoperta ed il c.d. contesto di giustificazione⁵⁰⁹.

Tuttavia la struttura logica dei due tipi di ragionamenti è diversa: formulazione di ipotesi, confronto, conferma, falsificazione, caratterizzerebbero il tipo di ragionamento che consente di arrivare alla decisione, dalla verifica degli enunciati fino alla scelta finale.

La motivazione della sentenza invece è la premessa del discorso giustificativo. Consiste nell'addurre buone ragioni tali per cui la decisione di cui si tratta appaia giustificata sulla base di argomenti. Le buone ragioni devono essere argomentate e basate su passaggi inferenziali, che siano intersoggettivamente accettabili anche rendendo possibile un controllo esterno sulla decisione. In particolare:

“ad una decisione che abbia a che vedere con l'accertamento di fatti e con l'interpretazione e l'applicazione di norme si perviene attraverso la formulazione e il controllo di ipotesi, ossia attraverso un metodo di *trial and error*. La giustificazione della decisione non consiste nella riproduzione di questo procedimento: essa prende le mosse dalla decisione ormai formulata, che – per così dire – rappresenta il *demonstrandum*, ed enuncia gli argomenti che sono destinati a convalidare e a rendere accettabile razionalmente la decisione. [...] in essa il giudice non ripercorre l'*iter* di formulazione e di controllo delle ipotesi, ed in particolare non ridiscute le

sull'esattezza della decisione adottata. Per quanto concerne, invece, l'esame del merito in senso stretto, è praticamente impossibile un'astratta configurazione dell'ordine logico ed espositivo della motivazione: tutto resta affidato all'apprezzamento che compie il giudice in concreto. Cfr. Evangelista, *Motivazione nella sentenza civile...*, cit. ; Chiassoni, *La giurisprudenza civile...*, cit.

⁵⁰⁸ Cfr. M. Taruffo, La fisionomia della sentenza in Italia, in *Atti del Convegno internazionale. La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988.

⁵⁰⁹ È scontata in dottrina la considerazione delle conseguenze che la distanza temporale tra il momento della decisione e quello della successiva redazione comportano ai fini della costruzione della motivazione finale della sentenza. Il Giudice redige la sentenza a distanza talvolta di mesi dalla decisione. Inoltre fa un lavoro non dissimile da quello dell'avvocato nella ricerca di argomenti a favore della sua decisione.

ipotesi di decisione che ha scartato perché si sono via via rivelate infondate o errate. Egli prende in considerazione l'ipotesi di decisione che ha ritenuto fondata, ed enuncia le ragioni per le quali essa dovrebbe considerarsi razionalmente e giuridicamente valida”⁵¹⁰.



Il caso di Marina

Il caso di Marina non sarà definito da una sentenza, come visto nel cap. V, ma da un accordo transattivo intercorso tra l'azienda ed il legale di Marina.

Ad ogni modo qui è interessante considerare l'esito del giudizio cautelare che era stato sfavorevole a Marina. Tra le argomentazioni utilizzate dal giudice, nella *sentenza*, si noti la valutazione (in qualche modo “pseudo-justificazione” o “motivazione apparente”) che:

Riguardo al periculum in mora il danno irreparabile non può consistere nel pregiudizio generico alla vita familiare, conseguente a qualsiasi spostamento a centinaia di chilometri di distanza dalla propria abitazione perché occorre evidenziare e provare un quid pluris che evidenzia una irreparabilità e gravità tale del pregiudizio da giustificare il ricorso al procedimento cautelare cosa che nel caso di specie non è avvenuta.

Il giudice, come successivamente l'avvocato evidenzierà nel reclamo, non tiene dunque conto della circostanza che Marina ed il suo coniuge si sottopongono a cicli terapeutici per la cura dell'infertilità.

Inoltre quanto alla patologia depressiva da cui Marina sarebbe affetta, il giudice, a prescindere da alcuna consulenza di tipo peritale, si esprime nei termini seguenti:

Il danno alla salute inoltre riguarderebbe la patologia depressiva in atto che però allo stato risulta di gravità tale da giustificare assenze per mesi della ricorrente come risulta in atti e che comunque non le ha consentito di lavorare nemmeno a Roma per cui il lavoro a xxx, comunque temporaneo, non appare allo stato tale da aggravare in modo consistente e irreparabile la suddetta patologia.

Si tratta evidentemente, negli esempi illustrati, di valutazioni *tout court* da parte del giudice (che peraltro prescindono dal parere di esperti), che solo in parte

⁵¹⁰ M. Taruffo, “Il controllo di razionalità della decisione”, cit.

ricordano “argomentazioni logiche”, fondate su prove, prodotto di ragionamenti inferenziali, come buona parte della dottrina processualista vorrebbe.



Alla luce delle riflessioni sin qui fatte e delle ricostruzioni dei casi sin qui realizzate, si potrebbe forse concludere, riprendendo Caruso, che

“se è vero che con l’espressione “fatto giuridico” si fa riferimento alla realtà storica, costituita a fattispecie concreta, *ad instar* di un modello legale, non è men vero che la fattispecie legale [in materia di lavoro], si presenta immediatamente aperta all’integrazione del fatto materiale, tanto da risultare operativamente determinata dall’intreccio di più componenti reciprocamente condizionatisi ed interagenti: la norma legale, il fatto materiale configurato dalle parti e come ricostruito in giudizio e l’attività creativa dell’interprete”⁵¹¹.

8. La costruzione giudiziaria tra *categorie legali e culturali*. Conclusioni

La lettura e la giustificazione delle argomentazioni dei giudici rimandano ad una più ampia cornice di elementi sociali e culturali dei quali neppure nel modello razionalistico di Taruffo si può fare a meno:

“Nulla è più *culture-laden* della concezione di ciò che costituisce un buon argomento a sostegno di una decisione giudiziaria, e nulla è più variabile col variare degli ordinamenti e delle epoche storiche. Lo si vede facilmente guardando alla diversità degli stili giudiziari (sicché ad es. una *phrase unique* sarebbe inconcepibile negli Stati Uniti) e alla loro evoluzione (come quella che riguarda ad es. l’uso giustificativo del riferimento ai precedenti). Anche i riferimenti alla logica, alla retorica e alla dialettica, nonché i significati che vengono attribuiti a queste nozioni, variano in funzione dell’evoluzione della cultura giuridica (*rectius*: delle diverse culture giuridiche) e di ciò che si intende come ‘decisione giustificata’ ”⁵¹².

⁵¹¹ Cfr. B. Caruso, Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo. In *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Parte I, XXXIII, 1982, p. 28.

⁵¹² M. Taruffo, “Il controllo di razionalità della decisione”, cit.

È senz'altro innegabile, infatti, “che esista una dimensione della cultura, chiamata a svolgere una funzione equilibratrice avvalendosi di risorse narrative che si traducono in racconti [...]”⁵¹³.

Si è visto, nei diversi esempi illustrati, come il giudice possa ricorrere ad argomenti di tipo valutativo nel motivare la propria decisione omettendo talvolta giustificazioni nel definire, per esempio, *irrilevante* una testimonianza⁵¹⁴.

Avvalersi di categorie tipiche della cultura corrente (la *crisi aziendale*, nel caso di Luciano) rende probabilmente più semplice al decidente motivare la propria scelta facendo riferimento, tra l'altro, ad elementi fattuali tipici, correntemente accettati⁵¹⁵.

Gli studi relativamente recenti sull'attività cognitiva, illustrati in parte nel capitolo I, evidenziano la presenza di modalità di pensiero narrativo che affiancherebbero quelle logiche. Esistono diverse possibilità nel considerare l'applicazione della prospettiva narrativa al diritto. Taruffo, ad esempio, nel prendere in considerazione le teorie narrativistiche, fa riferimento soprattutto agli aspetti che richiamano la nozione di “coerenza narrativa” come essenza della decisione giudiziaria⁵¹⁶. Cosicché la critica di Taruffo a queste teorie è che “ciò

⁵¹³ M.P. Mittica, *Narrando il possibile...*, cit., p. 36.

⁵¹⁴ A proposito della sentenza concernente il caso di Luciano è interessante qui riportare il parere dell'avvocato:

La sentenza è stata negativa con la motivazione che abbiamo visto, insomma, poco convincente e anche forse a tratti contraddittoria sul piano logico. Cioè pone delle premesse e poi non sviluppa quelle premesse...lui dice: si vede che c'è stata una dequalificazione però poi lascia questa cosa in sospensione come se non fossero produttive gli effetti giuridici invece lui era tenuto, come è nel diritto, a dare, ad osservare un misto di casualità tra il fatto e gli effetti giuridici che sono correlati. Il giudice ha ommesso proprio questo passaggio quindi è proprio il vizio capitale della sentenza. Ed ancora:

*Ricordo che il giudice ha ridimensionato la portata della dequalificazione e poi secondo me non ha proprio capito la causa. Poi tieni presente che la motivazione è sempre in un momento decisivo alla decisione... **Ha deciso in quel modo e poi ha dovuto razionalizzare la sua decisione...** questo poi sta tutto anche nell'abilità del magistrato nel momento in cui decide di aver già chiaro in che modo razionalizzerà quella decisione e la riconduce a termini giuridici coerenti...magari lui nel momento della decisione sarà stato influenzato dalle capacità e bravura degli avversari e quindi non ha compreso...*

⁵¹⁵ Del resto, il ricorso alle categorie culturali, è una delle possibili spiegazioni che Luciano individua per una sentenza inaspettatamente sfavorevole: [...] *L'aspetto di ordine tecnico processuale mi rende ancora più ottimista sul piano dell'appello...la mia speranza è che trovi un giudice che legga le carte con attenzione e non con pregiudiziale di ordine, oserei dire più culturale che [...].*

⁵¹⁶ W.L. Bennett, M.S. Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom ...*, cit.; R. Dworkin, *L'Impero del diritto...*, cit.; Cfr. B.S. Jackson, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988; N. McCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it, Torino, Giappichelli, 2001.

che nel processo rileva non è la qualità strutturale della narrazione dei fatti compiuta dall'uno o dall'altro difensore, ma la corrispondenza alla realtà della versione dei fatti che il giudice pone a base della decisione”⁵¹⁷.

A voler invece considerare la funzione fondativa della narrazione, come vera e propria “costruzione narrativa della realtà”, posizione per la quale si è optato sin dall'inizio della nostra indagine, le si dovrebbe attribuire una funzione di strutturazione della conoscenza della realtà soprattutto in virtù del ruolo mediativo tra individuo e cultura assolto dal linguaggio. Una tale prospettiva infatti non riduce la lettura della realtà alla coerenza di un racconto e non è peraltro incompatibile col riconoscimento del ruolo e del valore che le prove assumono nella conoscenza del fatto. Del resto il campo della prova non è altro che il campo della conoscenza, come aveva sostenuto lo stesso Bentham⁵¹⁸.

Ciò che invece la concezione della “costruzione narrativa della realtà” tende a mettere in dubbio è che la realtà stessa possa essere rappresentata esclusivamente attraverso elaborazioni cognitive di tipo logico-formale.

In fatto di prove, ad esempio, non può non riconoscersi che a fondare la decisione siano fatti provati, c.d. dati empirici, che hanno costituito oggetto di prova. Si intende piuttosto sostenere che il modo in cui i fatti sono provati non prescinde dal modo in cui i fatti sono narrati dai testimoni e perciò acquisiti all'esterno ed all'interno del processo (si è visto che nel *caso di Luciano* il giudice, nel costruire narrativamente la motivazione della sentenza, tende ad avvalersi delle testimonianze più lunghe provenienti dagli organi dirigenziali, dunque le più autorevoli socialmente e quindi le più persuasive).

Ciò implica una maggiore attenzione al modo in cui i fatti vengono acquisiti, del modo in cui essi sono narrati da un testimone, ad esempio, e del tipo di conoscenza del fatto che viene conseguentemente prodotto in giudizio.

In sintesi, prima ancora che ragionare sulla funzione e l'effetto delle prove, si potrebbe forse maggiormente riflettere sugli aspetti relativi alla modalità di

⁵¹⁷ M. Taruffo, “Il controllo di razionalità della decisione”, cit.

⁵¹⁸ W. Twining, *Rethinking Evidence (Second Edition)*..., cit., p. 436.

acquisizione delle prove ed alle possibilità interpretative connesse a tali modalità
519 .

Un più ampio riconoscimento di alcuni dei meccanismi illustrati da parte dei giuristi e dei teorici del diritto potrebbe incidere sulle modalità del contraddittorio che tenderebbe a prendere maggiormente in considerazione elementi come la formulazione delle domande, le relazioni fra versioni dei testimoni ed elementi contestuali, rappresentazioni degli accadimenti e cornici sociali e culturali.

⁵¹⁹ Si è fatto riferimento, nel capitolo precedente, alle ricerche etnografiche di Conley e O'Barr sullo stile delle testimonianze giudiziarie e si è visto, anche attraverso il ricorso alla pratica, come la forma e lo stile in cui la testimonianza è assunta, il modo in cui le domande sono poste (F. Carugati, P. Selleri, Giudici, insegnanti...cit.) siano probabilmente in grado di influenzare il convincimento del giudice sull'attendibilità dei contenuti. La conclusione potrebbe essere probabilmente che la funzione persuasiva della testimonianza è intrinseca alla stessa funzione conoscitiva cui essa assolve...

Parte III

Risultati ottenuti: una prima proposta di lettura

Capitolo VII

I risultati

1. I risultati.

Alla luce dei risultati ottenuti, qui di seguito delineati, può senz'altro dichiararsi “raggiunto” l'obiettivo scientifico di partenza: dimostrare che il “fatto” da qualificare giuridicamente non è un dato oggettivo, “trovato da qualche parte”, quanto piuttosto il prodotto delle negoziazioni e delle interazioni degli attori processuali in senso lato.

1.1. Questioni teoriche di ricerca: *Che cos'è un fatto?*

La ricerca, come ampiamente illustrato al capitolo I, prende avvio da un interrogativo teorico che percorre l'intera indagine: *che cos'è la realtà?* Interrogativo riformulato, in relazione ad opzioni epistemologiche *a priori*, nell'altro più specifico: *come si conosce la realtà?*

Il lavoro si è così orientato verso l'idea che, alla luce delle teorie della mente di matrice neo-kantiana passate in rassegna, “la realtà non si trovi da qualche parte in attesa di essere scoperta” ma sia il prodotto di una “costruzione intersoggettiva, culturalmente mediata, che trova nel linguaggio, nella forma della narrazione, la sua strutturazione”.

Una prima applicazione empirica del paradigma della “costruzione narrativa della realtà”, in particolare l'applicazione della definizione di narrazione elaborata da Amsterdam e Bruner alla lettura dei “fatti”, raccolti attraverso le interviste a clienti o avvocati, ha messo in evidenza come le narrazioni siano sempre caratterizzate dalla ricorrenza di una trama comune – *plot* – articolata in almeno cinque elementi (*agente, azione, ricevente, scena, scopo*). Una sorta di grammatica degli elementi che rimanda alla « Pentade » di Burke.

La storia nasce dal verificarsi di uno squilibrio o tensione tra questi elementi, con l'insorgenza di una c.d. complicazione – *trouble* – che dà origine al c.d. fatto. Ciò che viene narrato è la storia, non il fatto: gli elementi c.d. oggettivi (la data, la pistola, lo sparo, il proiettile, il luogo) trovano collocazione nella strutturazione di una storia.

Ad esempio, mentre Stefania sta scendendo dall'autobus di linea (scena), il conducente (agente) chiude improvvisamente (azione) la porta per ripartire (scopo) e Stefania (ricevente) cade rovinosamente a terra (fatto oggettivo). La storia ha dunque origine dalla violazione di uno stato legittimo di cose (Stefania sta tornando a casa dal lavoro) ed il fatto (la caduta rovinosa) prende forma nella narrazione che lo contiene.

Naturalmente sono sempre possibili almeno due o più versioni della storia (quella di Stefania e quella dell'autista, che poi diventeranno la storia dell'avvocato di Stefania, la storia dell'avvocato della società di trasporti, la storia dei testimoni, la storia del giudice): la storia è sempre animata da un conflitto.

Questioni empiriche di ricerca:

- a) *Come si conosce un fatto?/Come si costruisce un fatto?*
- b) *Qual è il contributo degli attori giudiziari nella costruzione del fatto?*

Un fatto si conosce/si costruisce nell'interazione.

Le narrazioni esaminate (sia quelle contenute nei documenti ufficiali che quelle contenute nelle interviste) risultano sempre come il prodotto di un'interazione: l'avvocato riprende il discorso del cliente, il giudice riprende il discorso dell'avvocato (e del cliente).

Il cliente.

Per quanto riguarda l'esame dei singoli ruoli, il ricorso alla letteratura sociologica che considera le *dispute* come stadi evolutivi ha consentito di verificare che il *cliente*, nel *naming* quanto gli sta accadendo, ad es. un tentativo di dequalificazione da parte dell'azienda, ha nella maggior parte dei casi la percezione soltanto di una sorta di disagio, non ha la chiara consapevolezza della violazione di propri diritti. È l'*avvocato* che aiuta il cliente a *conoscere* la

violazione dei diritti subiti. È l'avvocato che lo aiuta ad attribuire quel disagio all'*agentività* del datore di lavoro, ad esempio.

Il contributo del cliente può essere, a sua volta, fondamentale nella costruzione della conoscenza del fatto nella relazione con l'avvocato. La lettura dei rapporti cliente-avvocato, nei termini delle *iniziative* dello stesso cliente, sull'esempio degli psicologi sociali, ha consentito di verificare che il ruolo del cliente non sempre limitato all'acquisizione di informazioni, c.d. *objective constraints* (indicare date, nomi, l'entità di un incentivo all'esodo, mostrare una lettera discriminatoria, etc.), ma il cliente suggerisce, pone quesiti, fornisce l'indicazione di fonti normative specifiche, interpreta comportamenti datoriali, etc. Soprattutto il cliente "interpreta", sia pure con l'ausilio indispensabile di categorie che l'avvocato gli fornisce. Il cliente non è dunque sempre schiacciato nella relazione con l'avvocato ma "coopera" con lui nella costruzione della realtà⁵²⁰.

Il cliente, nei casi in cui l'avvocato riconosce il valore della interazione, finisce per assumere il ruolo di svolgimento di un vero e proprio "compito" nella costruzione del suo caso.

L'avvocato.

Si è cercato di ricostruire il ragionamento dell'avvocato nella costruzione del caso, attraverso un'analisi dell'intervista.

Nel primo caso esaminato nel capitolo V, *il caso di Luciano*, l'avvocato fa una valutazione molto accurata dei "passaggi di realtà" che caratterizzano la vicenda, passando da una valutazione della posizione del cliente in seno all'azienda, delle possibili violazioni subite fino ad una valutazione delle conseguenze della vicenda nella vita personale del cliente. Tutto ciò, non solo indirizzato a valutare la traducibilità della "storia" del cliente in una storia quotidiana in una storia legale ma anche allo scopo di offrire al cliente una chiave

⁵²⁰ Come visto, in uno dei casi analizzati, cliente e avvocato mettono in piedi una strategia che consente di collegare temporalmente e casualmente eventi che hanno, per dichiarazione dello stesso avvocato, un significato completamente indipendente e tale da indurre l'azienda a commettere una serie di errori che avalleranno la tesi dell'intento ritorsivo e discriminatorio proposta sin dall'inizio allo scopo di pervenire ad una proposta transattiva che fosse il più favorevole possibile al cliente.

di lettura di avvenimenti che riguardano aspetti della sua “quotidianità, ad es. il funzionamento del mondo del lavoro (strategie aziendali di isolamento, prassi burocratiche, etc.).

L'avvocato individua poi l'essenza del caso passando attraverso la formulazione di “ipotesi”, onde evitare probabilmente il rischio di smentite. Costruisce il caso dunque attraverso “elementi oggettivi” (date, luoghi, etc.) ed ipotesi. Inoltre individua mezzi di prova, utilizzati strumentalmente a provare la realtà così come costruita nell'interazione col cliente. Delle risultanze probatorie acquisite l'avvocato ne seleziona infine solo alcune, a sostegno della propria costruzione di realtà (le stesse risultanze sono utilizzate evidentemente in maniera completamente differente dall'altra parte).

Il nucleo centrale del ragionamento dell'avvocato è, in sintesi, *come convincere il giudice del fatto?* Nel raggiungere questa finalità non può ovviamente che avvalersi di prove, che non sono senz'altro utilizzate in maniera “neutrale”, ma piuttosto con l'obiettivo di mettere in evidenza solo alcuni aspetti specifici della storia. Cosicché elementi fattuali e prove vengono selezionati “secondo la loro rilevanza giuridica e a seconda che siano adatti a ottenere un verdetto favorevole”. La storia dell'avvocato non può che essere solo una delle possibili storie concernente i fatti del caso.

Naturalmente, a determinare l'esito favorevole delle risultanze probatorie sarà l'abilità dell'avvocato non solo nel selezionare fatti provabili e viceversa nel fornire prove a conferma dei fatti, ma anche e soprattutto nell'ascoltare i testimoni, facendo in modo, ad esempio che i testimoni “privilegiati” abbiano la possibilità di parlare più a lungo degli altri.

Collegato in parte all'utilizzo strumentale delle prove nella funzione di “come convincere il giudice del fatto” è il ruolo della retorica, peraltro maggiormente utilizzata nella parte in diritto che in quella in fatto, allo scopo evidentemente di convincere il giudice della bontà non solo dell'interpretazione fattuale ma della qualificazione giuridica della vicenda operata dallo stesso avvocato.

Nel secondo caso esaminato, quello di Marina, diverso è il modo di operare dell'avvocato⁵²¹. Fatti, circostanze, scelte aziendali che, considerate l'una indipendentemente dall'altra, potrebbero essere connotate da una certa "oggettività", sono invece oggetto di una "costruzione" che si rivela in grado di conferire una connessione causale e temporale facendo emergere la ritorsività del comportamento dell'azienda che lo ha posto in essere.

Altri elementi caratterizzanti questo caso sono una certa "ambiguità definitoria": una vicenda di dequalificazione è probabilmente maggiormente connotabile in termini di "oggettività" rispetto ad una vicenda di *mobbing*!?

A voler trarre delle conclusioni generali su alcuni elementi tipici del ragionamento dell'avvocato, si potrebbe dire che esso sembra essere caratterizzato da:

- nessi causali e temporali strumentalmente costruiti;
- utilizzo non neutrale di prove;
- utilizzo della retorica, maggiormente nelle parti in diritto che in fatto;
- ambiguità definitoria;
- considerazione dei molteplici livelli di realtà in cui il caso si articola.

Il giudice.

Nel caso del giudice, proporre la lettura delle sentenze come "storie" non vuol dire considerarle disancorate dal riferimento a norme e vincoli procedurali o istituzionali. S'intende piuttosto focalizzare l'interesse su come nella narrazione, considerata come un elemento attivo e strutturante del processo di giuridicizzazione, questi elementi trovino una collocazione ed un significato. Ciò che sembra indiscutibile è che il ruolo del giudice di giudicare la realtà sia esercitato attraverso la tendenza a scegliere una delle numerose storie raccontate in giudizio. Scelta che non può non essere fatta secondo qualche criterio rappresentato (almeno secondo qualche prospettiva dottrinale) dai risultati di prove ammissibili e rilevanti.

⁵²¹ Si ricorda che si tratta di due differenti avvocati.

Di fatto, a parità di elementi di realtà, tutti "provati come veri", il *giudice* opera una scelta interpretando a sua volta le risultanze probatorie e riprendendo la narrazione della parte a cui decide di dar ragione. Ad esempio, il lavoratore ha subito una dequalificazione e c'è anche una situazione di crisi aziendale in atto, entrambe le situazioni sono provate: il giudice riconosce la discrezionalità dell'azienda nel modificare la qualifica del lavoratore in una situazione di crisi, pur essendoci una "provata" violazione di diritti, che si sostanzia nella violazione degli accordi contrattuali, non adeguatamente motivata dall'azienda, al punto che la stessa controparte è meravigliata del risultato ad essa favorevole.

Una delle possibili spiegazioni rispetto ad una scelta di questo tipo, peraltro non supportata dalla verifica delle scritture contabili, è che la lettura e la giustificazione delle argomentazioni dei giudici rimandano, in certi casi, ad una più ampia cornice di elementi sociali e culturali che inevitabilmente fanno parte del processo di giuridicizzazione narrativa cui assolvono le sentenze, come atti ufficiali.

2. Conclusioni

Lo studio condotto sembra poter aprire qualche spiraglio rispetto ad un certo modo tradizionale di riflettere e teorizzare sulle prassi legali e giudiziarie.

È evidente, in primo luogo, una sorta di interdipendenza tra i ruoli svolti dagli attori giudiziari coinvolti nella "costruzione del fatto" (a rigore si potrebbe parlare di intersoggettività giudiziaria): ciascun attore non esercita il suo ruolo isolatamente, cioè indipendentemente dal ruolo svolto dagli altri. La forma più stretta di collaborazione è senz'altro quella tra avvocato e cliente, che, nei casi osservati, si atteggia nei veri e propri termini di una "cooperazione", le cui caratteristiche sono naturalmente ogni volta rinegoziate a seconda del tipo di cliente, del tipo di avvocato, della complessità del caso e del tipo di strategia prescelto.

La principale novità che caratterizza l'impostazione della ricerca effettuata riguarda senz'altro la considerazione del ruolo del cliente, considerato

protagonista “attivo” della costruzione del caso. Quest’ultimo risulta apparire per molti versi il prodotto di una negoziazione della conoscenza-narrazione della realtà nell’interazione cliente-avvocato e della successiva traduzione di quella stessa realtà in una storia legale, “convenzionalmente accettabile” da parte dell’avvocato.

È opportuno precisare che, nei casi esaminati, si tratta senz’altro di clienti “privilegiati”, vale a dire di persone piuttosto informate sulla posizione giuridica concernente il proprio statuto professionale. In alcuni casi specifici, il cliente si è rivelato addirittura una “risorsa” per l’avvocato sia dal punto di vista delle informazioni fornite, concernenti, ad esempio, il proprio statuto professionale, dal punto di vista sia della costruzione sia della messa in opera di una strategia legale vincente.

Si potrebbe forse parlare di una sorta di distribuzione di *expertise* tra cliente e avvocato. Una distribuzione “competente” di ruoli che testimonia senz’altro una sorta di emancipazione sociale ed individuale all’interno di relazioni che si connotano in una direzione che è sempre meno *asimmetrica*, nonostante il tecnicismo che le caratterizza.

Si potrebbe forse parlare di una nuova forma di umanesimo corrispondente ai cambiamenti della nostra società!?

Del resto la collaborazione tra cliente e avvocato sembra nascere, nei casi esaminati, da una volontà reciproca: è solo minimamente ravvisabile, attraverso le iniziative del cliente individuate al capitolo IV, la preoccupazione del cliente di fornire tutte le informazioni ritenute indispensabili ai fini della costruzione del caso e di provare a suggerire il tipo di richieste e di intervento specifico. Così come lo stesso avvocato non tenta di imporre al cliente il suo punto di vista, sia pur tecnico, ma costruisce col cliente la narrazione legale che sia più rispettosa possibile della sua storia, sia pur nelle forme più adeguate alla vittoria.

In sintesi, rispetto a ricerche analoghe, in parte condotte in passato, si nota senz’altro un rapporto di maggiore *simmetria* tra cliente e avvocato, grazie al ruolo più attivo che non solo l’avvocato attribuisce al cliente ma nel quale lo stesso cliente si riconosce.

La conclusione è che iniziative del cliente, tradotte nella narrazione legale, hanno senz'altro l'effetto di incidere sull'esito della disputa.



Infine emerge, a partire dalla complessità dei ruoli e delle interazioni tra i ruoli analizzati sin qui, una *molteplicità di prospettive* nella costruzione del fatto, dovuta non solo agli innumerevoli attori e ruoli coinvolti (ad es. nel ruolo del cliente è coinvolto, nel caso di Marina, anche il marito del cliente) ma anche al diverso definirsi dei ruoli a seconda del contesto in cui la relazione si svolge (ad es. in udienza l'avvocato non consente al cliente di prendere la parola al suo posto), e della cultura in cui il fatto è giudicato. Una molteplicità di prospettive che tende ad essere tra l'altro considerata, anche se non sempre in modo pienamente consapevole, da tutti gli attori esaminati. In questo senso si potrebbe forse parlare di simmetrie comportamentali rispetto al ruolo di cliente, avvocato e giudice.

La conclusione potrebbe allora essere la revisione critica di un'operazione, che pur si è tentata nel capitolo III, di individuazione di alcune variabili di selezione degli enunciati fattuali (Taruffo) o di costruzione del fatto.

La realtà sembrerebbe molto più articolata di come il diritto la rappresenti. Proporre un modello chiuso ed esemplificativo di costruzione del fatto sarebbe altrettanto "arbitrario" oltre che erroneo.

È forse artificiale la stessa nozione di "contesto": non si tratta infatti di un involucro con caratteristiche ben precise. È probabilmente più corretto parlare di "rete", sia pur intesa come l'insieme di relazioni continuamente rinegoziate in cui l'individuo trova e tutela il proprio spazio di sopravvivenza e di interazione.

Bibliografia

- AA. VV. (1961), *Le fait et le droit*, Travaux du Centre National De Recherches De Logique, Etablissements Emile Bruylant.
- AA. VV. (1988), *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno Internazionale*, Padova, Cedam.
- AA. VV. (1999), *Dworkin. Un débat*, Ousia, Bruxelles, Mentis Verlag, Paderborn.
- AA. VV. (2003), *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di Marini, A. M., Paganelli, M., Milano, Giuffrè Editore.
- Aarnio, A. (1987), *The Rational as Reasonable. A Treatise of Legal Justification*, Dordrecht, Reidel.
- Abbagnano, N. (2006), *Storia della filosofia*, Novara, Istituto Geografico De agostani, vol. VII.
- Abel, R.L. (1973), A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society, in *Law & Society Review*, vol. 8, n. 1, pp. 217-347.
- Abignente, A. (2006), Percorsi argomentativi tra norma e contesto, in *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, a cura di De Luca Tamajo R., Bianchi D'Urso, F., Giuffrè, Milano, pp. 407-422.
- Alexy, R. (1998), *Teoria dell'argomentazione giuridica*, tr. it., Milano, Giuffrè.
- Alpa, G. (2003), Il linguaggio dell'avvocato nella evoluzione dei metodi interpretativi, delle prassi e delle tecnologie, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di Mariani Marini, A., Paganelli, M., Milano, Giuffrè Editore, pp. 15-39.
- Alper, T., Amsterdam, A. et al. (2005), Stories Told and Untold: Lawyering Theory Analyses of the First Rodney King Assault Trial, in *Clinical Law Review*, vol. 12:1.
- Alschuler, A.W. (1974-1975), The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining, *The Yale Law Journal*.
- Amsterdam, A., Hertz, R. (1992), An Analysis of Closing Arguments to a Jury, 37, *New York University Law Review*, 55.
- Amsterdam, A.G., Bruner, J. (2000), *Minding the Law. How Courts Rely on Storytelling, and How their Stories Change the Ways we Understand the Law – and ourselves*, Harvard: Harvard, University Press.
- Aristotele (2004), *Retorica e Poetica*, a cura di Marcello Zanatta, Torino, Utet.

- Arnaud, A.-J. (1981), *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, Paris, LGDJ.
- Aronsson, U.S., Larsson, K., Saljö, R. (1990), *Medical diagnosis and the micropolitics of care*, Linköping University.
- Atkinson, J. M., Drew, P. (1979), *Order in Court*, Oxford Socio-Legal Studies, Atlantic Highlands, NJ: Humanities.
- Aubert, V. (1963), Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution, in *The Journal of Conflict Resolution*, vol. VII, n. 1.
- Austin, J.L. (1987), *Come fare cose con le parole*, trad. it., Genova, Casa editrice Marietti S.p.A.
- Bachmann, C., Lindenfeld, J., Simonin, J. (1957), *Langage et communications sociales*, Hatier, Paris.
- Barberis, M. (2000), *Filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Barker, R.G. (1978), *Habitats, Environments, and Human Behaviour*, San Francisco, Jossey-Bass.
- Barthes, R. (1977), *Images, Music, Text*, New York, Hill & Wang.
- Bennett, W., L., Feldman, M.S. (1981), *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgement in American Culture*, New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press.
- Berger, P.L., Luckmann, T. (1969), *La realtà come costruzione sociale*, trad. it., Bologna, Il Mulino.
- Bessone, M., Guastini, R., (1995), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam.
- Bianchi C., Vassallo, N. (2005), *Filosofia della Comunicazione*, Roma-Bari, Laterza.
- Bianco, F. (1998), *Introduzione all'ermeneutica*, Roma-Bari, Laterza.
- Blumberg, A. S. (1967), The Practice of Law as Confidence Game, *Law and Society Review*, 1, 2.
- Bobbio, N. (1965), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Bobbio, N. (1967), voce "Fatto normativo", in *Enc. dir.*, XVI, Milano.

- Bourdieu, P. (1986-89), *La force du droit. Pour une sociologie du champ juridique. – Actes de la recherche en sciences sociales – n. 64*, Paris, Edition Minuit.
- Bourdieu, P. (1986b), *Habitus, code et codification*, in Bourdieu, P., Mounier, J.P. (e al.) *De quel Droit? Actes de la Recherche en Sciences Sociales n.64*, Paris, Edition Minuit, pp. 40-44.
- Brooks, P., Gewirtz, P. (1996), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven: Yale University Press.
- Bruner, J. (1992), *A Psychologist and the Law*, N.Y.U. L. Sc. L. Rev. , n. 37, pp.173-183.
- Bruner, J. (1992), *La ricerca del significato. Per una psicologia culturale*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Bruner, J. (2002), *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura e vita*, Roma-Bari, Editori Laterza.
- Bruner, J. (2003), *Introduzione*, in Smorti, A., *La psicologia culturale*, Roma, Carocci.
- Bruner, J. (2004), *The Reality of Fiction*, Comunicazione a *Le Monde Annual Forum*, Parigi, 10 Aprile.
- Bruner, J. (2005), *La mente a più dimensioni*, tr. it., Roma-Bari, Economica Laterza.
- Bruner, J. (2006), “*Mind, Culture and Law*”, Seminario, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, Facoltà di Giurisprudenza, Dottorato di ricerca in Filosofia del Diritto, 10 Luglio.
- Bruner, J., *Culture, Mind, and Narrative*, scritto non pubblicato.
- Burke, K. (1969), *A Grammar of Motives*, University of California Press; New Edition.
- Cain, M. (1979), *The General Practice of the Lawyer and the Client: Towards a Radical Conception*, in *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979.
- Camilleri, C., Cohen-Emerique, M. (1989), *Chocs de cultures: concepts e enjeux pratique de l'interculturel*, Paris, L'Harmattan.
- Canan, P., Pring, G., P. (1988), *Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches*, *Law & Society Review*, vol. 22, n. 2.

- Carugati, F., Selleri, P. (1994), *Giudici, insegnanti, psicologi: il ruolo di domande e risposte nella formulazione dei giudizi*, Contributo al IV Congresso Nazionale SIPS, Divisione di Psicologia Educativa, Milano, 14-16 ottobre.
- Caruso, B. (1982), Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Parte I, XXXIII.
- Castignone, S. (1998), *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Catania, A. (1999), *Filosofia del diritto. Temi e Problemi*, Salerno, Gentile Editore.
- Cataudella, A. (1958), voce "Fattispecie", in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, pp. 928-941.
- Chase, O. (2005), *Law, Culture, and Ritual*, New York, New York University Press.
- Chiassoni, P. (1999), *La giurisprudenza civile. Metodi interpretativi e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè.
- Cole, M. (1996), *Cultural Psychology. A once and future discipline*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.
- Comanducci, P. (1999), Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, metodi, modelli* (a cura di Bessone, M.), Torino, Giappichelli.
- Conley, J.M., O'Barr, W.M (1990), *Rules versus Relationships: The Ethnography of Legal Discourse*, Chicago, University of Chicago Press.
- Conley, J.M., O'Barr, W.M (1998), *Just words: Law, Language and Power*, Chicago, University of Chicago Press.
- Corradi Fiumara, G. (1992), Presentazione, in J. Bruner, *La ricerca del significato. Per una psicologia culturale*, Torino, Bollati Boringhieri.
- Cover, R. M. (1975), *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, Yale University Press.
- Cover, R. M. (1983), The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative, 97 *Harv. L. Rev.*
- Cuéllar-Vásquez, A. (2004), *La construcción social de las verdades jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, SITESA.

- Cunningham, C.D. (1988-89), A Tale of Two Clients: Thinking About Law as Language, *Mich.L.Rev.*, pp. 2459-2494.
- Damasio, A. (1995), *L'errore di Cartesio*, Milano, Adelphi.
- Damaška, M.R. (1997), *Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press.
- Damaška, M.R. (2000), *I volti della giustizia e del potere*, tr. it., Bologna, Il Mulino.
- Danet, B. (1980), Obstacles to the Study of Lawyer-Client Interaction: The Biography of a Failure, *Law and Society Review*, 14, 4, pp. 905-922.
- Davis, P.C. (1991), Contextual Legal Criticism: A Demonstration Exploring Hierarchy and "Feminine" Style, 66, *N.Y.U. L. Rev.*, pp. 1635-1681.
- Dawid, P. (2004), Statistics and the Law, *Research Report* No. 244, Department of Statistical Science, University College London.
- De Giovanni, B. (1958), *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- Delgado, R. (1988-1989), Storytelling for Oppositionist and Others: a Plea for Narrative, in *Mich. L.Rev.*, 87.
- De Luca Tamajo R., Bianchi D'Urso, F. (2006), a cura di, *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano.
- Di Donato, F., Rosciano R. (2004), La costruzione giudiziaria tra categorie legali e culturali, in *Quaderni del Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione*, Napoli, Jovene, pp. 237-254.
- Di Donato, F. (2006), Analisi qualitativa e quantitativa delle sentenze in una prospettiva di *lawyering theory*, in *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, a cura di De Luca Tamajo R., Bianchi D'Urso, F., Giuffrè, Milano.
- Doise, W. (1982), *L'explication en psychologie sociale*, Paris, Presses Universitaires de France.
- Doyle, J.M. (1996), The Lawyer's Art: "Representation" in Capital Cases, *Yale Law Journal*, 8.
- Dworkin, R. (1989), *L'Impero del diritto*, tr. it., Milano, Il Saggiatore.
- Emiliani, F., Zani B. (1998), *Elementi di psicologia sociale*, Bologna, Il Mulino.

- Engeström, Y. (1996), *The Tensions of Judging: Handling Cases of Driving under the Influence of Alcohol in Finland and California*, in Y. Engeström and D. Middleton, *Cognition and Communication at Work*, Cambridge, New York. Melbourne, Cambridge University Press, 1996, pp. 1999-2032.
- Evangelista, S. (1977), voce “Motivazione della sentenza civile”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè.
- Falzea, A. (1967), voce “Fatto giuridico”, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè.
- Faralli, C. (1999), Introduzione, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Zanetti, G., Milano, Raffaello Cortina Editore, pp. XV-XVI.
- Fassò, G. (2001), *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Roma- Bari, Laterza.
- Fazzalari, E. (1984), *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, Cedam.
- Fazzalari, E. (1988), La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo, in *Atti del Convegno internazionale*, Padova, Cedam.
- Feigenson, N. (2001), *Legal Blame: How Jurors Think and Talk About Accident*, Softcover.
- Felstiner, W.L., Abel, R.L., Sarat, A. (1980-81), The Emergence and Trasformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..., in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3-4, pp. 631-654.
- Ferrari, V. (1989), *Le Funzioni del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrari, V. (1993), Teoria e metodo nell’analisi sociologica della litigiosità, Estratto da *Contratto e Impresa*, Milano, CEDAM, pp. 341-354.
- Ferrari, V. (2004), *Diritto e Società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferraris, M. (1986), *Storia dell’ermeneutica*, Milano, Bompiani.
- Ferrer Beltrán, J. (2004), *Prova e verità nel diritto*, tr. it., Bologna, Il Mulino.
- Feyerabend, P. K (1973), *Contro il metodo*, Milano, Lampugnani Nigri Editore.
- Fish, S. (1980), *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Massachusetts, London, England.
- Fiss, O. (1982), Objectivity and Interpretation, 34, *Stanford Law Review*.

- Fontana, G. (1992), voce "Sentenza civile", in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani.
- Frank, J. (1930), *Law and The Modern Mind*, New York, Coward-McCann, Inc.
- Frank, J. (1932), "What Courts Do in Fact", Part One e Part Two, 26, *Ill. L. Rev.*, 645, 1931-1932.
- Frank, J. (1950), *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton New Jersey, Princeton University Press.
- Friedman, L.M. (1989), Litigation and Society, in *Annu. Rev. Sociol.*, vol. 15, p. 18.
- Gadamer, H.G. (1983), *Verità e metodo*, tr. it., Milano, Bompiani.
- Geertz, C. (1983), *Local Knowledge*, Basic Books, USA.
- Geertz, C. (1988), *Antropologia interpretativa*, tr. it., Bologna, Il Mulino.
- Gergen, K. (1994), *Reality and Relationship. Sounding in Social Construction*, Cambridge, Mass, Harvard University Press.
- Giuliani, A. (1988), voce "Prova", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII, Milano.
- Godding, P. (1988), Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen age a la fin du 18e siecle, in *La motivation des décisions de justice*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles
- Goodman, N. (1978/1988), *Vedere e costruire il mondo*, Roma-Bari, Laterza.
- Goodman, N. (1984), *Of Mind and Other Matters*, Cambridge, MA, Harvard UP.
- Goulet, J. (1997), *La machine à faire le droit*, Presse de l'Université du Québec.
- Grice, H.P. (1989), *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass, Harvard University Press.
- Groppo, M., Ornaghi, V., Grazzani, I., Carruba, L. (Eds.) (1999), *Psicologia culturale di Bruner*, Milano, Cortina Editore.
- Grossen, M. (2001), La notion de contexte: quelle définition pour quelle psychologie? un essai de mise au point, in J.-P. Bernié, *Apprentissage, développement et significations*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux.
- Guastini, R. (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè.

- Haavisto, V. (2002), Breaking the Courtroom Code: Client Initiatives in Finish Civil Hearings, *International Journal for the Semiotics of Law*, pp. 399-409.
- Haavisto, V. (2002), *Court Work in Transition. An Activity-Theoretical Study of Changing Work Practices in a Finnish District Court*, University of Helsinki, Department of Education, Helsinki, Helsinki University Press.
- Habermas, J. (1996), *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, tr. it., Milano, Guerini e Associati.
- Heinz, J.P. (1983), The Power of Lawyers, *Georgia Law Review*.
- Hertz, E. (2004), *Leçon inaugurale*, Université de Neuchâtel, 2004.
- Hosticka, C.J. (1979), We Don't Care About What Happened, We Only Care About What is Going to Happen: Lawyer-Client Negotiations of Reality, 26, *Social Problems*, 599-610.
- Iannaccone, A., Di Donato F., (2004), Educazione alla convivenza multiculturale, in *Lineamenti di psicologia scolastica. Percorsi educativi dalla prescuola alla scuola dell'obbligo*, Milano, Franco Angeli, pp. 310-324.
- Iannaccone, A., Perret-Clermont, A.N. (1993), Qu'est-ce que s'apprend? Qu'est-ce que se développe? In: J. Wassmann & P.R. Dasen (a cura di), *Les savoirs quotidiens*, Universitätsverlag, Freiburg (CH), 1993, pp. 235-260.
- Iannaccone, A., Ligorio, M.B. (2001), *La Situated Cognition in Italia: Stato dell'arte*. *Revue Suisse de Sciences de l'Education*, 23(3), 439-452.
- Irti, N. (1996), Prefazione, Pugliatti, S., *I fatti giuridici. Revisione e aggiornamento*, a cura di Angelo Falzea, Milano, Giuffrè Editore.
- Ivainer, T. (1988), *L'interprétation de faits en droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Jackson, B.S. (1988), *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications.
- Kant, I. (1976), *Critica della ragion pura*, Milano, Edizione "I Classici del Pensiero" Fabbri Editore.
- Kevelson, R., (ed.) (1994), *The Eyes of Justice. Seventh Round Table on Law and Semiotics*, New York et al., Peter Lang.
- Kidder, R. (1980/1981), The End of the Road? Problems in the Analysis of Disputes, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3-4.

- Kolb, R. (2003), *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 432 pp.
- Kornstein, D.J. (1996-1997), The Double Life of Wallace Stevens: is Law ever the Necessary Angel? of Creative Art?, 41, *N.Y.L.S.L.R.*, 1187.
- Krippendorff, K. (1980), *Content Analysis. An introduction to its Methodology*, Beverly Hills, Sage Pubbl..
- Kroeber, A.L.; Kluckhohn C. (1952) *Culture: a Critical Review of Concepts and Definitions*, New York, Vintage Books.
- Kuhn, T.S (1979), *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, tr. it., Torino, Einaudi.
- Latour, B. (1986), La rhétorique scientifique: qu'est-ce que la force d'un argument? in
- Bailly, F. (ed.), *Sens et place des connaissances dans la société*, Paris, Editions du CNRS, p. 251-287.
- Latour, B., Woolgar, S. (1988), *La vie de laboratoire. La production de faits scientifiques*, Paris, Editions La Découverte.
- Latour, B. (2001), *L'espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l'activité scientifique*, Paris, La Découverte.
- Latour, B. (2002), *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte.
- Leiter, B. (1997), Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence, 76 *Tex. L. Rev.*, 267, 273-74.
- Levi J.N., Graffam Walker, (1990), A. *Language in The Judicial Process*, Plenum Press, New York and London, pp. 136 – 138.
- Litowitz, D.E. (1997), *Rorty Nietzsche Lyotard Derrida Foucault*, University Press of Kansas.
- Llewellyn, K. (1950), Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed, 3, *Vand. L. Rev.* 395 .
- Llewellyn, K. (1989), *The Case Law System in America*, The University of Chicago Press.

- Losito, G. (1993), *L'analisi del contenuto nella ricerca sociale*, Milano, Franco Angeli.
- Löwith, K. (1989), *Significato e fine della Storia*, Milano, Il Saggiatore.
- Luban, D. (1988-1989), Difference made legal: the Court and Dr. King, 2, *Mich. L. Rev.*, 87.
- Luzzati, C. (1990), *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano.
- Lyotard, J.F. (1981), *La condizione post-moderna. Rapporto sul sapere*, tr. it., Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore.
- Macaulay, S. (1979), Lawyers and Consumer Protection Laws, *Law and Society Review*, 14, 1.
- MacCormick, N. (2001), *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it, Torino, Giappichelli.
- P. Mahon, P. C. Mavroidis (1999), Le pouvoir et les méthodes d'interprétation du juge en droit domestique et en droit international, in R. Ruedin (éd.), *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, Collection neuchâteloise, Bâle/Genève/Munich, pp. 397-410.
- Maiorca, C. (1961), voce "Fatto giuridico – Fattispecie", in *Nss. D.I.*, VII, Torino.
- Malinowski, B. (1932), *Crime and Custom in Savage Society*, New York: Harcourt Brace.
- Mantovani, G. (2003), *Metodi qualitative in psicologia*, Bologna, Il Mulino.
- Marini, A. M. (2003), Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo, in AA. VV., *L'avvocato e il processo*, a cura di Marini, A.M., Paganelli, M., Milano, Giuffrè Editore, pp. 93-109.
- Markovà, I., Foppa, K. (1991), *Asymmetries in Dialogue*, Barnes & Noble Books, Harvester Wheatsheaf.
- Markovà, I., Grauman, C., Foppa, K. (1995), *Mutualities in Dialogue*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Massaro, T.M (1988-89), Empathy, Legal Storytelling, and the Rule of Law: New Words, Old Wounds?, *Mich. L.Rev.*,87.

- Mather, L., Yngvesson, B. (1980-81), Language, Audience, and The Trasformation of Disputes, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3-4, pp. 775-821.
- Matusov, E. (1996), *Intersubjectivity without Agreement. Mind, Culture and Activity*, 3 (1).
- Mead, G.H. (1934) *Mind, self and society*, Chicago, University of Chicago Press.
- Merry, S. E. (1992), Culture, Power, and the Discourse of Law, 37, *N.Y.L.S.L.R.*
- Michaut, F. (1988), Law's Empire de Ronald Dworkin, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, n. 33.
- Miell, D. (1998), *Doing Social Psychology*, Sage Publications, pp. 283-286.
- Minda, G. (2001), *Teorie postmoderne del diritto*, tr. it., Bologna, Il Mulino.
- Minow, M., Ryan, M., Sarat, (1995), A. *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Michigan University Press.
- Mitchell, W.J.T. (1980-1981), *On Narrative*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Mittica, M. P. (2006), *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Milano, Giuffrè.
- Moro, P. (2004), *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Pordenone, Libreria al Segno Editrice.
- Munger, F. (1990), Afterword: Studying Litigation and Social Change, in *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2, p. 597.
- Nasi, A. (1958), voce "Giudizio di Fatto", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè Editore pp. 967-988.
- Nelson, K. (1986), *Event Knowledge. Structure and Function in Development*. Hillsdale: Erlbaum.
- Nelson, R.L. (1984-1985), Ideology, Practice, and Professional Autonomy: Social Values and Client Relationship in the Large Law Firm, *Stanford Law Review*, 37.
- Nelson, R.L., Heinz, J. (1988), Lawyers and the Structure of Influence in Washington, *Law & Society Review*.

- O'Barr, W.M. (1982), *Linguistic Evidence. Language, Power, and Strategy in the Courtroom*, United Kingdom Edition published by Academic Press, Inc. (London) LTD.
- Ost, F., Van de Kerchove, M. (1996), *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Publications de Facultés universitaires Saint-Louis, 43.
- Ost F., M. Van Hoecke (1998), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruylant Bruxelles.
- Ost, F. (1999), *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob.
- Ost, F., Van de Kerchove, M (2002), *De la Pyramide au Réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis, 43.
- Ost, F. (2004), *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob.
- Otto, S. (1992), *Gian Battista Vico. Lineamenti della sua filosofia*, Milano, Guida.
- Papaux, A. (2006), *Introduction à la philosophie du "droit en situation"*, Shultess Médias Juridiques SA, Genève-Zurich-Bâle.
- Paresce, E. (1972), voce "Interpretazione" in *Enciclopedia del Diritto*, pp. 152-238, Milano, Giuffrè.
- Pariotti, E. (2000), *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*. Torino, Giappichelli Editore.
- Pastore, B. (1996), *Giudizio, Prova, Ragion Pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, Giuffrè.
- Peczenik, A. (1989), *On law and reason*, Dordrecht, Kluwer.
- Pellegrini, S. (1997), *La litigiosità in Italia*, Milano, Giuffrè.
- Pennington N., Hastie, R. (2001), A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model, *Cardozo Law Review*, 13, 519-557, 1991.
- Perelman, C., Olbrechts-Tyteca, L. (1966), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi.
- Perelman, C. (1978), La motivation des décisions de justice, essai de synthèse, in *La motivation des décisions de justice*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles.
- Perelman, C. (1981), *Il dominio retorico*, tr. it., Torino, Einaudi.

- Perret-Clermont, A.-N. (2001), *Psychologie sociale de la construction de l'espace de pensée. Actes du colloque. Constructivisme: usages et perspectives en éducation*. J. J. Ducret. Genève, Département de l'Instruction Publique: Service de la recherche en éducation. I: 65-82
- Perret-Clermont, A. (2005), *Thinking Time. A multidisciplinary Perspective on Time*, Hogrefe.
- Pescatore, P. (1988), L'influence de l'ordinateur sur le style des jugements, in AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile, Atti del Convegno internazionale*, Padova, Cedam.
- Piaget, J. (1983), *L'epistemologia genetica*, tr. it., Roma-Bari, Laterza.
- Polkinghorne, D.P. (1998), *Narrative Knowing and the Human Sciences*, New York, State University of New York Press.
- Popper, K. R., (2002), *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, Armando Editore.
- Potter, J (1996), *Representing Reality. Discourse, Rhetoric and Social Construction*, London, Thousands Oaks, New Delhi.
- Pugliatti, S. (1935), *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè.
- Pugliatti, S. (1996), *I fatti giuridici. Revisione e aggiornamento*, a cura di Angelo Falzea, Milano, Giuffrè.
- Punzi, A. (2002), voce "Filosofia del diritto", in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento VI, Milano, Giuffrè Editore, pp. 1163-1176.
- Reale, M.C. (2000), *Il tribunale di primo grado e la litigiosità comunitaria. Un'indagine sociologico-giuridica*, Milano, Giuffrè.
- Reiss, A.J. (1990), Longitudinal Study of Trial Courts: A Plea for Development of Explanatory Models, in *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2.
- Restaino, F. (1999), *Storia della filosofia*, Torino, Utet.
- Restaino, F. (2006), L'epistemologia post-positivistica, in *Storia della filosofia*, a cura di Nicola Abbagnano, Roma, Gruppo Editoriale l'Espresso, vol. VII, pp. 438-439.
- Ricoeur, P., (1988), *Il tempo raccontato*, vol. 3, tr. it., Milano, Jaca Book.
- Ricoeur, P. (1989), *Dal testo all'azione*, tr. it., Milano, Jaca Book.

- Rijsman, J. (1996), Le panorama intellectuel et technologique de la scène piagétienne, in J.M. Barrelet et A.-N. Perret-Clermont, *Piaget et Neuchâtel. L'apprenti et le savant*. Lausanne, Editions Payot, 1996.
- Rorty, R. (1986), *Conseguenze del pragmatismo*, tr. it., Feltrinelli, Milano
- Rorty, R. (1986), *La filosofia e lo specchio della natura*, Milano, Studi Bompiani.
- Rorty, R. (2001), *La filosofia dopo la filosofia*, tr. it., Roma- Bari, Laterza.
- Rosch, E. (1978), Principles of Categorization, in Rosch E., Lloyd B. B. (Eds.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, Erlbaum, 1978, pp. 27-48.
- Rossi, A. (2002), Introduzione in K. Popper, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Armando Editore.
- Rubinson, R. (2004), Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution, *Clinical Law Review*, 833.
- Säljö, R., Linell, P. et al. (1990), *Formulating the Past. Remembering in the police interrogation*. The 2nd International Congress for Research on Activity Theory, Lathy.
- Samuel, G. (2003), *Epistemology and Method in Law*, Burlington, VT, Ashgate Publishing.
- Sarat, A., Felstiner, W. L. (1986), Law and Strategy in The Divorce Lawyer's Office, 20, *Law & Society Review*, 93.
- Sarat, A., Felstiner, W. L. (1990), Legal Realism in Lawyer-Client Communication, in Levi, J.N., Graffam Walker, A., *Language in The Judicial Process*, New York and London, Plenum Press.
- Sarat, A., Felstiner, W. L. (1995), *Divorce Lawyers and Their Clients. Power and Meaning in The Legal Process*, London, Oxford University Press, pp.19-20.
- Savona, P.F. (2006), *In limine iuris*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Scheppele, K.L. (1988-1989), Foreward: Telling Stories, 87, *Michigan Law Review*, 2073.
- Scheppele, K.L. (1992), Just the Facts, Ma'am: Sexualised Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth, 37, *N.Y.L.S.L.R.*
- Schiavello, A. (2001), Introduzione, in MacCormick, N. (2001), tr. it, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli.

- Schwartz, M.L. (1978), *The Professionalism and Accountability of Lawyers*, *California Law Review*.
- Searle, J. (1976), *Atti linguistici*, tr. it., Torino, Bollati Boringhieri.
- Searle, J. R. (1996), *La realtà come costruzione sociale*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Shaker, F. (2003), *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Massachusetts-London.
- Sherwin, R. K. (1992), Preface, 37, *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 1.
- Sherwin, R. (1994), The Narrative Construction of Legal Reality, 18, *Vermont Law Review*, 681.
- Sherwin, R.K (1992), Lawyering Theory: an Overview. What we Talk about when we Talk Law, 37, *N.Y. L. Sch. L. Rev.*
- Smorti, A. (1994), *Il pensiero narrativo. Costruzione di storie e sviluppo della conoscenza sociale*, Firenze, Giunti.
- Smorti, A. (2003), *La psicologia culturale*, Roma, Carocci.
- Stein, P. (1988), La sentenza nella tradizione giuridica europea, in *Atti del Convegno internazionale. La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, pp. 485-497.
- Tarello, G. (1980), *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè.
- Tarello, G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Taruffo, M. (1975), *La Motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam.
- Taruffo, M. (1988), La fisionomia della sentenza in Italia, in *Atti del Convegno internazionale. La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam.
- Taruffo, M. (1992), *La prova dei fatti giuridici*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale, vol. III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè Editore.
- Taruffo, M. (1994), Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence, in *Eyes of Justice*, ed. by R. Kevelson, Peter Lang, Ney York et al.
- Taruffo, M. (1997), Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, in *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività* (a cura di Bessone, M.), Giappichelli, Torino.

- Taruffo, M., (2002), *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino.
- Taruffo, M., *Evidence and Truth in Civil Litigation*, scritto non pubblicato.
- Tarzia, G. (1992), voce “Sentenza civile”, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Ist. dell’Enciclopedia Treccani, vol. XXVIII. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Treves, R. (1987), *Sociologia del diritto*, Torino, G. Einaudi Editore.
- Troutt, D. (1999), Screws, Koon, and Routine Aberrations: The Use of Fictional Narratives in Federal Police Brutality Prosecutions, 74, *N.Y.U. L.Rev.*, 18.
- Trubek, D. M. (1980-1981), Studying Courts in Context, *Law and Society Review*, 15:3/4.
- Twining, W., Miers, D. (1990), *Come fare cose con regole*, Milano, Giuffrè.
- Twining, W. (1994), *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois.
- Twining, W. (2006), *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Second Edition, Cambridge University Press.
- Vico, G.B. (1935), *Vita e Scienza Nuova*, Pagine scelte da Augusto Guzzo, Napoli, Loffredo.
- Vico, G.B. (1977), *La scienza nuova*, Milano, Edizione Rizzoli.
- Viola, F., Zaccaria G., (1999), *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza,.
- Viola, F., Zaccaria, G. (2003), *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Vygostky, L. S. (1990), *Pensiero e linguaggio*, tr. it., Roma-Bari, Laterza.
- West, R. (1985), Jurisprudence as Narrative: an Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory, 60, *N.Y.U.L.Rev.*, 145.
- White, H. (1980), The Value of Narrativity in the Representation of Reality, in W.J.T. Mitchell, *On Narrative*, Chicago, The University of Chicago Press.
- White, J.B. (1987-1988), Law and Literature: “No Manifesto”, 39, *Mercer Law Review*, 739.
- White, J.B. (1990), *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, The University of Chicago Press.

Winter, S.L. (1988-1989), The Cognitive Dimension of the Agon Between Legal Power and Narrative Meaning, *Mich. L.Rev.*, 87.

Wróbleski, J. (1988), Motivation de la décision judiciaire, in *La motivation des décisions de justice*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles.

Wróblewski, J. (1991), *The Judicial Application of Law*, Edited by Z. Bankowski and N. MacCormick, Dordrecht, Kluwer.

Zaccaria, G. (1990), *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam.

Zani, B., Selleri, P., David, D. (1994), *La comunicazione*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, pp. 218-220.

Introduzione	8
1. Per un' <i>esquisse</i> della “costruzione giudiziaria” del fatto	8
2. Piano del lavoro e stato dell' arte.....	11
Parte I.....	15
La costruzione narrativa della realtà giudiziaria.....	15
Capitolo I	16
Dalla conoscenza <i>oggettiva</i> della realtà alla conoscenza <i>narrativamente costruita</i>	16
1. Premessa. Il “fatto giuridico” e la “realtà”	17
2. Che cos'è la “realtà”?.....	18
3. Mente, Realtà, Cultura	27
4. Cultura come “conoscenza locale” ed “implicita”	33
5. Il linguaggio fa da <i>cerniera</i> tra individuo e cultura	37
6. La narrazione come “costruzione di significato”	41
7. Le caratteristiche del racconto: <i>le storie si creano non si trovano nel mondo</i>	45
8. Una definizione “austera” di narrazione	49
Capitolo II.....	57
Dal <i>modernismo</i> al <i>post-modernismo</i>: l'emergenza di una prospettiva di <i>lawyering theory</i>	57
1. La “svolta interpretativa”	58
2. <i>Realismo</i> americano e <i>pluralismo</i> nella teoria del diritto.....	64
3. La nascita del movimento “diritto e letteratura”	67
4. <i>Costruttivismo giuridico</i> e <i>lawyering theory</i> : prospettive teoriche emergenti	70
4.1. La dialettica della cultura legale: <i>narratività</i> e <i>normatività</i>	74
4.2. Il conflitto al centro della “storia” legale. Un esempio	79
Capitolo III	85
La costruzione giudiziaria del fatto.....	85
1. Dalla costruzione del “fatto scientifico” alla “costruzione giudiziaria” del fatto	86
2. Taking Facts Seriously	89
3. Lo schema <i>classico</i> di individuazione del fatto nel sistema <i>continentale</i>	93
4. La dottrina italiana: il <i>factum</i> come primo elemento del giudizio di fatto....	97
5. Il fatto nella prospettiva di Taruffo	99
5.1. La teoria della “costruzione degli enunciati fattuali”	101
5.2. Fatto-prova-verità-probabilità.....	107
6. La <i>costruzione giudiziaria</i> del fatto	111
7. Il <i>ruolo</i> delle parti nella costruzione del fatto.....	115
Parte II	118
Il ruolo delle parti nella costruzione del fatto. Analisi di casi	118
Capitolo IV.....	119
Il ruolo del cliente.....	119
1. Il contesto di “costruzione” del fatto: il “processo”	120
1.1 Premessa metodologica	120
1.2. La nozione di “contesto” in una prospettiva pluridisciplinare.....	121

1.3. Il processo come contesto “conflittuale” o meglio “il conflitto come processo”	124
1.4. Il ruolo delle parti nel “conflitto”	126
1.5. Il ruolo delle parti nella “trasformazione della disputa”	127
1.6. La struttura elementare della disputa	129
1.7. La trasformazione delle dispute attraverso la “negoziazione”	131
2. Il ruolo del cliente	133
2.1. Le narrazioni processuali.....	133
2.2. Le storie dei clienti.....	136
3. La relazione cliente-avvocato in una prospettiva di simmetria/asimmetria?	155
3.1. Premessa.....	155
3.2. Le <i>asimmetrie narrative</i> nei rapporti tra cliente e avvocato.....	157
3.3. Le “iniziative” del cliente	160
3.4. A partire dalle iniziative del cliente: l’analisi di qualche caso.	162
Capitolo V.....	171
Il ruolo dell’avvocato	171
1. Le storie degli avvocati	172
2. Le storie degli avvocati di Luciano e Marina	175
3. La complessa operazione della “costruzione legale” del fatto	181
4. La “costruzione legale” della storia di Luciano: prova e contestazione	185
4.1. Il ruolo dell’avvocato nella presentazione della prova.....	186
4.2. Sui modi di acquisizione delle prove e sulla credibilità dei testimoni.....	190
4.3. Le risultanze probatorie e la controparte: il ruolo della contestazione	193
5. La “costruzione legale” della storia di Marina: causalità e temporalità.....	195
6. Un’altra caratteristica della storia: l’ambiguità	199
7. Il ruolo dell’argomentazione e della retorica: la storia di Franco.....	201
8. La multidimensionalità degli argomenti legali	204
9. Conclusioni.....	206
Capitolo VI.....	209
Il ruolo del giudice.....	209
1. Premessa	210
2. La “fisionomia” normativa della sentenza civile nell’ordinamento italiano.....	211
3. Le sentenze come “storie”	213
4. L’interdipendenza narrativa tra la storia del giudice e la storia dell’avvocato	217
5. Il ruolo della prova nella costruzione della decisione.....	219
6. La costruzione della decisione giudiziaria sul fatto	226
7. La giustificazione argomentativa della storia: la motivazione	231
8. La costruzione giudiziaria tra <i>categorie legali e culturali</i> . Conclusioni.....	235
Parte III.....	239
Risultati ottenuti: una prima proposta di lettura	239
Capitolo VII.....	240
I risultati.....	240
1. I risultati.....	241
1.1. Questioni teoriche di ricerca	241

1.2. Questioni empiriche di ricerca:.....	242
2. Conclusioni.....	246
Bibliografia	249