

Rosa Palavera

Il penalista e il suo spartito

L'imprescindibilità del segno nel diritto penale

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Questa ricerca e la sua pubblicazione sono finanziate dall'Università Cattolica
nell'ambito dei suoi programmi di promozione e diffusione della ricerca scientifica*

© Copyright 2018

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675155-3

INDICE

NOTA INTRODUTTIVA. AL LETTORE	9
SEZIONE I MODERNITÀ	
11	
CAPITOLO I	
OUVERTURE. IL TRILLO DEL DIAVOLO E LA PASSEGGIATA DELLE MOSCHE	13
1. Un <i>Leitmotiv</i> di successo, con qualche stonatura	13
2. Con e contro lo spartito	16
3. Virtuosismi, interpretazioni, rapsodie	19
4. Adattamenti e improvvisazione	21
Capitolo II	
IL DIRITTO (NELLA) RETE. UN MUTAMENTO DI PARADIGMA?	25
1. Paradigmi informatici di ieri e di oggi	25
2. Epitome di diritto reticolare	28
3. Il giurista come <i>law crawler</i> e il cittadino “irretito”	32
4. Diritto vivente e morte del diritto: due trappole per la ricerca	36
SEZIONE II COMPLESSITÀ	
41	
Capitolo I	
FORMANTI. SPECIFICITÀ E CRISI	43
1. Il c.d. formante legislativo in crisi	43
2. Il c.d. formante giurisprudenziale (almeno altrettanto) in crisi	52
3. Il c.d. formante dottrinale: un “osservatorio” sulla crisi?	78
4. Identità dei formanti e formanti “altri”: osmosi, liquefazione, molteplicità	84
Capitolo II	
AGENTI. POTERI E SAPERI	89
1. Dalla critica dell’autoipoiesi al diritto onnivoro	89
2. Democrazie	93
3. Oligarchie, tecnocrazie	110
4. Teocrazie, ideocrazie	120

Capitolo III	
MODI RELAZIONALI. UN PARADIGMA IMMUTABILE?	129
1. Degerarchizzazione e conflitto	129
2. La leggenda del diritto orizzontale	132
3. Il confine come linea di dialogo	136
	SEZIONE III
	LEGALITÀ
	143
Capitolo I	
SISMOGRAFIA DI UN PRINCIPIO VIVENTE. ALLA RICERCA DELL'EPICENTRO	145
1. Legalità e sicurezza: un doppio bifronte	145
2. Corollari sotto attacco (e riserva di legge sotto accusa)	149
3. Autorità, prevedibilità o democrazia?	163
Capitolo II	
PRIMA E DOPO LA LEGGE. LO SKANDALON	177
1. La norma come occasione di verità	177
2. Lo "sguardo indietro" del legislatore: democrazia critica	188
3. Lo "sguardo avanti" del legislatore: democrazia portatile	194
Capitolo III	
DOTTRINA. L'IN-FORMANTE	203
1. Dal diritto secondo dottrina alla dottrina per un diritto secondo legge	203
2. Arrivare prima per dare tempo	209
3. <i>Koinè</i> per una <i>koinonìa</i>	211
CONCLUDENDO, UN INIZIO. UTOPIE E "APERTURA AL POSSIBILE"	217
BIBLIOGRAFIA	219

NOTA INTRODUTTIVA. AL LETTORE

Le pagine iniziali di questo testo non devono ingannare, generando aspettative artistiche destinate a rimanere deluse: un'*ouverture* non è altro che un'anticipazione, a sipario chiuso, di temi che sarà, poi, solo occasionalmente dato di ritrovare, sviluppati nell'opera. Quella che segue è un'analogia di breve durata, scritta nella convinzione che le metafore siano strumenti sottili e potenti, da non abbandonare nelle sole mani di quanti ne condividano tutti gli spesso insidiosi risvolti, e che aprano, altresì, punti prospettici rivelatori del momento culturale in cui sono state forgiate. Si tratta di una parte accessoria, di cui chi non ami la musica o non ami vederla piegata in una così poco appagante esposizione può omettere serenamente la lettura. In questo caso, però, anche solo a chiarimento del titolo, se ne consenta una sintesi breve.

La corrente metafora musicale ritrae un progressivo sbilanciamento del discorso sull'interpretazione, all'esito del quale un polo dell'originario rapporto diadico tra quest'ultima e la partitura è sostanzialmente relegato *fuori scena* ed evocato per meri richiami critici dal solo punto di vista di chi resta *on stage*. Da un lato, infatti, si assiste a uno svilimento della partitura e, in particolare, alla sottovalutazione della pluralità racchiusa nell'opera del compositore (pluralità di ispirazioni, pluralità di canoni espressivi, pluralità di soluzioni tecniche), artificiosamente rappresentata come impresa monistica e autoreferenziale; alla negazione dell'autonomo valore iconico e comunicativo della partitura, la cui testimonianza culturale e il cui valore contenutistico e spirituale sono fatti integralmente dipendere dalle occasioni di concreta esecuzione; alla mancata analisi della *relazione con la partitura* come elemento originario e imprescindibile per valutare la natura e il merito di qualsiasi interpretazione.

Dall'altro lato, si registra un marcato assecondamento di alcune inclinazioni deteriori dell'interpretazione e, in particolare, della propensione rassicurativa e suggestionante di buona parte dell'attuale riflessione ermeneutica e della sua rinuncia a ogni tensione autenticamente nomologica e a ogni ambizione di orientamento dei comportamenti dei consociati; della diffusa tendenza dell'interprete a riempire gli spazi di silenzio della composizione con ornamentazioni improvvisative e, al tempo stesso, a tagliare i passaggi meno godibili o di più difficile esecuzione; dell'insorgente tirannica creatività del rapsodista, che affascina stralci ingannevolmente familiari, sradicati dal contesto originario in una selezione potestativa, spesso volta al solo fine di compiacere l'ingaggio.

Muovendo da queste constatazioni, è nata l'idea della successiva analisi: un contributo inteso a ricondurre attenzione alla *partitura del giurista*, riconoscendo centralità funzionale alla struttura della *disposizione di legge* – nonostante, beninteso, gli infiniti profili di inadeguatezza della legislazione passata e contemporanea – nel quadro del moderno diritto reticolare e restituendo valore al suo momento formativo nella specifica modalità epistemologica e relazionale della *riserva di legge*, in un tutt'uno ontologicamente e diacronicamente orientato ad accogliere e a propiziare *occasioni di confronto per la verità*. Se al termine si sarà rinvenuta in tal senso anche solo qualche modesta indicazione, lo sforzo di cercare *controcorrente*, “lontano dalla ribalta”, non sarà stato del tutto vano.

SEZIONE I
MODERNITÀ

CAPITOLO I
OUVERTURE
IL *TRILLO DEL DIAVOLO* E LA PASSEGGIATA DELLE MOSCHE

SOMMARIO: 1. Un *Leitmotiv* di successo, con qualche stonatura. – 2. Con e contro lo spartito. – 3. Virtuosismi, interpretazioni, rapsodie. – 4. Adattamenti e improvvisazione.

... anche se il pregio artistico del *Trillo del diavolo*, più che a Tartini, è dovuto al virtuoso del violino che lo affronta, in tanto questi può dar sfoggio della sua abilità di solista, in quanto Tartini ha scritto quel pezzo...¹

1. *Un Leitmotiv di successo, con qualche stonatura*

Da molti anni, ormai, è in voga nel mondo del diritto la metafora dell'interpretazione musicale². È un alveo retorico grato ai giuristi, perché permette di riportare a quiete i marosi diurni del Foro o l'affaticato cammino delle diaspore dottrinali nel pensiero di qualche piacevole serata all'opera o al conservatorio, dove dismessi ansie e stridii si entra nel ritmo pacificato e condiviso della melodia. È un'immagine lusinghiera, anche per il meno fortunato che non disponga di alcun simile ricordo personale, perché l'ermeneutica musicale è da tutti apprezzata come intellettualmente pregevole, elaborata da una classe riconosciuta di artisti colti e destinata a un uditorio raffinato³. È, altresì,

¹ Sia un omaggio consentito alla figlia: così G. PALAVERA, *Rapporti giuridici relativi al disco fonografico*, tesi di laurea, Università degli Studi di Milano, a.a. 1955-1956, p. 22.

² In Italia, a partire dal confronto tra le tesi di E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 34 ss., ora *ivi*, 2014, p. 11 ss., e S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940. Ulteriori riferimenti in V. NITRATO IZZO, *Interprétation, musique, droit: performance musicale et exécution de normes juridiques*, in *R.I.E.J.*, 2016, p. 99 ss., p. 105 ss.; G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema "diritto e musica"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 435 ss.

³ Per tutti, G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, p. 107 ss., p. 119 ss.: «cosa potrebbe desiderare di meglio il legislatore [...], se non che le sue leggi vengano interpretate con la stessa abilità con cui *Horowitz* e *Rubinstein* hanno interpretato *Chopin*?». Sul giurista musicante o «poeta dei suoni», S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, p. 97 ss.

analogia di tranquillante conforto, perché la varietà dell'esecuzione è prassi inveterata e considerata *irrinunciabile*, che esiste da sempre e senza la quale la musica *non sarebbe*. Solo una piccola parte della platea saprebbe argomentare l'esatta distanza tra interpretazione e partitura (forse, anzi, l'operazione stessa è impossibile), ma al fondo sembra contare solo che tutto si sia complessivamente compiuto con buon gusto e misura: in quel senso, una *standing ovation* rassicura il più del pubblico almeno quanto buona parte degli orchestrali di aver *partecipato* a uno spettacolo eccellente⁴.

Ogni metafora *trasporta*: è necessario riflettere sul "luogo" a cui conduce. Vengono così in evidenza le lacune del modello già sul piano *descrittivo*. Si propone un fraseggio orecchiabile, «intuitivo»⁵, eppure confuso, ogni qualvolta sorvoli sugli scambi di ruoli o di questi non si curi affatto: accade così che al legislatore sia assegnato un «assolo»⁶ e quale compositore sia invece ritratto il giudice⁷. Del resto, si osserva, molti direttori d'orchestra sono compositori o, quanto meno, formati a esserlo, come pure i compositori, in ogni momento, possono farsi esecutori nel merito⁸: un'opportunità non altrettanto auspicabile nel campo del diritto. Nell'enfasi accordata al progressivo e pur ancora "ragionevole" allontanamento della musica dal rigoroso rispetto di una legge tonale originaria o di una naturale armonia (che, anzi, nelle nuove composizioni "senza centro" dovrebbe trovare piena manifestazione⁹ oppure, quasi *indifferentemente*, definitivo superamento come prodotto relativo e storicizzato¹⁰) è costantemente

⁴ J. FRANK, *Say It with Music*, in *Harvard L. Rev.*, 1948, p. 921 ss., p. 928; J.M. BALKIN, *Verdi's High C*, in *Texas L. Rev.*, 2013, p. 1687 ss.; sul ruolo della critica, paragonata alla dottrina, F. MARISI, *Ermeneutica giuridica e ermeneutica musicale: una proposta di comparazione*, in *ISLL Papers*, 2011, www.lawandliterature.org, p. 3 ss.; M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione normativa e sui suoi possibili rapporti con l'interpretazione musicale*, in *Tigor*, 2011, p. 101 ss., p. 110 ss.

⁵ M.P. MITTICA, *Ragionevoli dissonanze. Note brevi per un possibile accostamento tra le intelligenze della musica e del diritto*, in A.C. AMATO MANGIAMELI - C. FARALLI - M.P. MITTICA (a cura di), *Arte e Limite. La misura del diritto*, Roma, 2012, p. 47 ss., p. 47.

⁶ M. CAPUTO, *Occasioni di razionalità nel diritto penale. Fiducia nell'"assolo della legge" o nel "giudice compositore"?*, in *Jus*, 2015, p. 211 ss., ora in G. BOMBELLI - B. MONTANARI (a cura di), *Ragionare per decidere*, Torino, 2015, p. 101 ss., p. 135; legislatore orchestrale pure in J. FRANK, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in *Columbia L. Rev.*, 1947, p. 1259 ss., p. 1272: «*the conscientious, intelligent judge will consider government a sort of orchestra, in which [...] the courts and the legislature each play their parts*».

⁷ M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 135; anche per W. ALPERN, *Music Theory as a Mode of Law: The Case of Heinrich Schenker, Esq.*, in *Cardozo L. Rev.*, 1999, p. 1459 ss., p. 1491 ss., il compositore è il giudice, che riequilibra il dissonante nella polifonia secondo una «libertà controllata», e il «più libero tra i cittadini» compie al tempo stesso in modo perfetto la legge: legge, si intende, da lui stesso individuata, *componendo* misura o ritmo in cui si contemperano *dialetticamente* ordine e libertà.

⁸ E. PICOZZA, *Il problema della interpretazione tra musica e diritto*, in A.C. AMATO MANGIAMELI - C. FARALLI - M.P. MITTICA, *op. cit.*, p. 73 ss., p. 81 ss.; J. FRANK, *op. ult. cit.*, p. 1268 ss.

⁹ M.P. MITTICA, *op. cit.*, p. 52 ss.

¹⁰ M.P. MITTICA, *op. cit.*, p. 63 ss.: «è questa la via che conduce alla musica aleatoria», cui si consente di «esprimersi autonomamente senza che sia pre-determinata, né in sé conclusa», accordando spazio compositivo al caso e aprendo le porte a crescenti silenzi, anche intesi come congerie di suoni imprevisi o *involontari*.

taciuto di precisare il soggetto cui spetti l'inclusione polifonica, dimenticando che una dissonanza *non prevista* dalla partitura non è altro che una *stecca*.

La metafora, per quanto feconda, costituisce, peraltro, un patente eufemismo, che troppo spesso tralascia le circostanze per cui l'interpretazione giuridica non si dispiega, come i suoni dagli strumenti, vibrando nell'aria, ma si incide sulla pelle delle persone¹¹. Si tratta, soprattutto e infine, di un *Leitmotiv* reticente: il richiamo ermeneutico, ipnotico e assordante¹², relega in ombra, se non per farne oggetto di doglianze o strumento di emancipazione della musica dall'autore¹³, il significato dello spartito¹⁴, senza il quale davvero non si conoscerebbe la musica per come oggi è.

Queste carenze, siano esse negligenti o deliberate, si riverberano sullo sviluppo propositivo della metafora, il cui approdo non è, si badi, meramente ermeneutico, non postula già solo un metodo di *interpretazione*, bensì un'idea di *diritto*, che come la musica sarebbe «forma», «modo di disporsi *aperto alla trasformazione*»¹⁵, istantanea singolare nel continuo scorrere dei flutti. Se è vero che il *ῥυθμός* contiene ancora l'idea di *regola* o di delimitazione (nel senso precipuo di *decisione circa un vincolo*)¹⁶, esso non è così altro che «*un movimento messo in atto per limitare un eccesso individuando una misura*», ossia una *reazione trasformativa* a posteriori, senza alcuna pretesa nomologica, se non quella osservazionale rispetto a una generalmente vantaggiosa inclinazione dell'uomo a contemperare pulsioni e interessi¹⁷. In questo quadro, la predisposizione di una partitura non ha alcun senso, né certo maggior valore rispetto all'estemporanea ispirazione delle Muse.

¹¹ Cenni, in senso peraltro limitativo, in S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *Law, Music, and Other Performing Arts*, in *University of Pennsylvania L. Rev.*, 1991, p. 1597 ss., p. 1609 ss.

¹² Un sottofondo ancora più pregnante nella letteratura giuridica in lingua inglese, giacché «è in questo modo che la comunicazione ha luogo ed evolve in *common law*: è costruita tramite l'ambiguità e le dispute interpretative» (P. PETHER, *Semiotics, or Wishin' and Hopin'?*, in *Cardozo L. Rev.*, 1999, p. 1615 ss., p. 1618).

¹³ V. NITRATO IZZO, *Diritto e musica: performance e improvvisazione nell'interpretazione e nel ragionamento giuridico*, in M.P. MITTICA (a cura di), *Diritto e narrazioni. Temi di diritto, letteratura e altre arti*, Milano, 2011, p. 111 ss., p. 112.

¹⁴ In questo senso, tracce in V. NITRATO IZZO, *Interpretation, musique, droit*, cit., p. 106 ss., che si interroga sulla sua natura linguistica e ne sottolinea la necessità ai fini dell'azione collettiva e la pertinenza alla sola sfera esteriore. Spunti *lato compositore*, soprattutto per la valorizzazione di apporti ispirativi eterogenei, anche in C. WEISBROD, *Fusion Folk: A Comment on Law and Music*, in *Cardozo L. Rev.*, 1999, p. 1439 ss.

¹⁵ M.P. MITTICA, *Ritmo e trasformazione. Sulla via dell'estetica giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 67 ss., p. 69 ss.: è (*ivi*, p. 75 ss.) volontaristica autodeterminazione di un «*arresto che realizza una nuova forma*» (resti inteso, «*forma movente*»).

¹⁶ M.P. MITTICA, *Quando il mondo era mousiké*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, p. 177 ss., p. 179 ss.

¹⁷ M.P. MITTICA, *Ritmo e trasformazione*, cit., p. 72.

2. Con e contro lo spartito

L'esistenza dello spartito, così, diviene un ingombrante quanto negletto accidente. Sulla *vita* dei brani, l'unica che possiamo non già leggere, ma sentire *fatta suono*, le influenze ambientali paiono infinite e irresistibili: la percezione dell'acustica del teatro da parte del musicista, la sua interiorizzata appartenenza a una "scuola", l'ineludibile fattore temporale, che inesorabilmente scorre e porta con sé le durate contingentate e gli argomenti circa le evoluzioni tecniche strumentali¹⁸ e le altre «risorse della distanza»¹⁹. Nondimeno, amplissima e determinante parte della storia della musica, per come essa ancora ci circonda, trova la sua scaturigine e la sua via di trasmissione nella fissazione delle note sul pentagramma²⁰: il testo è il dato comune tra musica e diritto, in cui risiedono (tra l'altro) la possibilità di condivisione diacronica e la riconoscibilità²¹. Persino il periodo precedente il perfezionamento delle tecniche scritturali è stato oggetto di comparazione con il diritto, in un saggio dedicato all'importanza precoce, benché non sempre strettamente normativa, di *statutes* e *acts in common law* e ribadente, pur in quel peculiare contesto, la funzione comunicativa, anche solo a livello iconico, della regola scritta²².

Al contrario, chi si fece protosostenitore (in diritto) del ruolo dell'interprete (musicale) si trovò a dover svalutare la partitura quale segno incomprensibile, idea *ancora manchevole di espressione* che, per «infelicità ingenerata di questa specie d'arte, una sudditanza irreducibile»²³ rispetto al momento ermeneutico²⁴, resta priva di senso e inascoltabile sinché non si trasforma in suono per mano di artista, che vuol *si autore* al pari di chi scrisse: il preteso "essere costante" della composizione nella sua scrittura si ridurrebbe, per i profani, «semplicemente» a «una passeggiata interminabile di mosche sulle cinque righe della notazione simbolica»²⁵. È l'«*art à deux*

¹⁸ M. BRUNELLO, *Le leggi tra le note*, in M. BRUNELLO - G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, p. 9 ss., p. 12 ss.; S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1598 ss.; F. MARISI, *op. cit.*, p. 10 ss.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Le note tra le leggi*, in M. BRUNELLO - G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 37 ss., p. 52 ss.

²⁰ Il musicista incontra il giurista mentre il secondo suona un *con*-conosciuto Chopin (M. BRUNELLO, *op. cit.*, p. 9 ss.).

²¹ V. NITRATO IZZO, *Diritto e musica*, cit., p. 114.

²² D. MANDERSON, *Statuta v. Acts: Interpretation, Music, and Early English Legislation*, in *Yale J.L. & Human.*, 1995, p. 317 ss.

²³ A. MUSATTI, *Il diritto d'autore dell'interprete*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 125 ss., p. 129.

²⁴ «La musica sintetizza in modo esemplare il nesso strutturale che lega *opera* e interprete nel momento in cui la sua realizzazione fenomenica è possibile *solo* attraverso un dialogo interpretativo» (V. NITRATO IZZO, *op. ult. cit.*, p. 112, corsivi aggiunti).

²⁵ A. MUSATTI, *op. cit.*, p. 137. Parallelamente, P.G. MONATERI, "Correct our watches by the public clocks". *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete*, in J. DERRIDA - G. VATTIMO (a cura di), Roma - Bari, 1998, *Diritto, giustizia e interpretazione*, p. 189 ss., p. 189, traccia un quadro provocatorio della legge «come un viaggiatore sconosciuto che cerca di farsi comprendere in una notte di pioggia. [...] La giustizia e la legge sono dei segreti, degli indovinelli che bisogna risolvere. In questo senso, la vita del

temps»²⁶, *transitiva*²⁷ o *performativa*²⁸, che vorrebbe rivalutare l'*audience* in uno schema triadico, mentre è evidente che nella *P-interpretation*²⁹ lo spettatore, tanto più se profano, può ricevere, pur per rielaborarlo in cuor suo, solo quanto – e solo quando – il musicista decide di consegnare all'ascolto³⁰. Fuor di metafora, assai riduttivamente: nei confronti dei destinatari il precetto, finché non si applichi la disposizione che lo racchiude, sarebbe muto e privo di funzione, in un inerte «limbo» di mera attesa³¹.

Per i non profani, lo svilimento dello spartito segue invece tempi di maggior discrezione e gradualità: i trattati sulle prassi esecutive si dimostrano variabilmente concessivi e, proprio nel momento in cui elencano le raccomandazioni circa l'opportunità per l'autore di indicare articolazioni e affetti, delegano all'interprete la decisione circa il merito del compositore e la sua conseguente vincolatività³². Dalla valutazione alla correzione, il passo è breve, anche se non sempre lineare³³. Delle *Retuschen* mahleriane si presta ottima giustificazione la sordità di Beethoven, che lo avrebbe serbato astratto, come spesso si mostra il legislatore contemporaneo, al “mondo dei suoni”. La riconoscibilità stessa è messa in questione, chiedendosi chi possa «avere la benché minima idea di cosa Beethoven potrebbe “riconoscere” come suono di una sinfonia che in effetti non ha mai ascoltato o potuto completamente ascoltare, salvo che nella sua mente»³⁴. L'interprete si trasforma allora in eroe romantico, il cui motore è l'insoddisfazione verso l'esistente, che si manifesta in ogni passaggio, con relativa indifferenza all'unità espressiva della partitura originaria³⁵. Al tramonto del diciannovesimo secolo, l'abitudine a tagli e alterazioni è invalsa al punto che il “rigore inedito” di Toscanini e la sua “letterale” fedeltà alla completezza e alle “mai segrete” intenzioni del compositore, nei

giurista è ancora la vita dell'oracolo, di chi guarda il volo degli uccelli e conosce i segreti del fegato».

²⁶ V. NITRATO IZZO, *Interprétation, musique, droit*, cit., p. 16 ss.; G. RESTA, *op. cit.*, p. 441 ss.

²⁷ E. BETTI, *op. cit.*, p. 44.

²⁸ V. NITRATO IZZO, *Diritto e musica*, cit., p. 115 ss., nonché J.M. BALKIN - S. LEVINSON, *Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”*, in *Cardozo L. Rev.*, 1999, p. 1513 ss., *contra*, G. IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 467 ss., p. 478 ss.

²⁹ Vale a dire l'interpretazione performativa, che della *performance* cioè necessita per la percezione stessa dell'opera: cfr. G. HERMÉREN, *The full voic'd quire: Types of interpretation of music*, in M. KRAUSZ (a cura di), *The Interpretation of Music: Philosophical Essays*, Oxford, 1993, p. 9 ss., p. 18 ss.

³⁰ Laddove il lettore è libero e, in certa misura, *padrone* diretto del testo narrativo: le critiche che gli Autori muovono agli studi sul diritto come letteratura non sembrano cogliere nel segno. Cfr. invece il rilievo di similarità circa la natura di direzione o comando della scrittura musicale, il cui autore ben sa che la futura eteroesecuzione si frapponrà tra lui e l'ascoltatore finale (S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1608 ss.): un comando, nondimeno, privo di sanzione.

³¹ S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1657.

³² M. BRUNELLO, *op. cit.*, p. 15. Cfr. pure S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1616 ss.

³³ E. PICOZZA, *op. cit.*, p. 74.

³⁴ S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1615.

³⁵ G. PRATELLI, *Diritto e musica. Il terreno comune dell'interpretazione. L'esperienza di Arturo Toscanini e Gustav Mahler*, in *ISLL Papers*, 2017, www.lawandliterature.org, p. 9 ss.; cfr. pure M.P. MITTICA, *Ragionevoli dissonanze*, cit., p. 55.

cui confronti ogni intervento si propone di muovere solo da concordata collaborazione suggestiva, possono dirsi autenticamente rivoluzionari³⁶.

Emerge così, sul versante prescrittivo, la *selettività argomentativa* della metafora, che omette ogni riferimento a una centralità dello spartito, di per sé, né superata né nemica del cambiamento³⁷, e offusca ogni profilo atto a dimostrare la dimensione di tutela della scrittura artistica, cui è, al contrario, attribuito un preteso disegno autoritario, panottico e totalizzante³⁸. Meraviglia come – a fronte di tante sottolineature dell'*istantaneità* della scrittura giuridica, di cui si lamentano, in linea con l'idea già descritta di *inerzia del precetto*, i limiti di una formazione del diritto «puntinista e lineare», tra i cui «fotogrammi normativi non ci sarebbe che un tempo passivo e *giuridicamente improduttivo*»³⁹ – lo spartito non sia *adesivamente* riconosciuto come opera necessariamente frammentaria nel tempo del suono, che fissa il suo inizio e la sua fine e riconosce al suo interno gli intervalli tra le note. Nessun apprezzamento è riservato a una composizione musicale non avversa al vuoto, che anzi è per solito ridotto dai tagli dell'interprete, né contrariata dal limite della sua consapevole insularità, che ancora solo l'interprete può vanificare con autogratificanti ornamentazioni: scorciatoie e ipertrofiche estensioni non nuove all'interpretazione del diritto.

Prendendo ad esempio Cage, la circostanza che «l'esecuzione del silenzio» sia «prescritta dalla partitura» è allora considerata un limite, non già ciò che restituisce significato ai suoni casuali, inclusi – proprio in quanto *previsti*, pur se non nella loro aleatoria e irripetibile manifestazione concreta di «*singularità irrelate*» – in una cornice di disciplina volta all'ascolto dei rumori del mondo⁴⁰. Musicalmente, tuttavia, come potrebbe valutarsi un'esecuzione della 4'33''⁴¹ in cui un gruppo di facinorosi in sala si levasse a intonare robusti *slogan* a sfondo razziale oppure gli stessi orchestrali, dato

³⁶ G. PRATELLI, *op. cit.*, p. 6 ss.

³⁷ Sull'alternanza, in tal senso, dei criteri e delle *mode* di interpretazione, nonché sull'attuale *moltiplicazione* degli interpreti, anche con cenni alle derive conflittuali e di mercato, E. PICOZZA, *op. cit.*, p. 75 ss. e 102 ss.

³⁸ J. FRANK, *op. ult. cit.*, p. 1263, descrive l'interpretazione letterale come un antidemocratico sabotaggio dello spirito della legge (o della partitura); anche in E. PICOZZA, *op. cit.*, p. 106 ss., la ricerca della fedeltà alla partitura originaria è giudicata espressione di «*neoauctoritarismo*» e irrisa nei suoi spesso malfermi passi.

³⁹ M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Diritti & questioni pubbliche*, 2002, p. 195 ss., p. 199.

⁴⁰ M.P. MITTICA, *op. ult. cit.*, p. 65 ss.: benché sia perduta a quel punto ogni dimensione di astrazione, alla musica è riconosciuto ancora un valore di portata generale in quanto «fatto educativo».

⁴¹ Il pezzo prevede che, per tutta la durata prefissata, i musicisti si astengano dal suonare, consentendo al pubblico di cogliere nella loro spontaneità i soli rumori ambientali. Nella visione del compositore, la durata costituisce il livello fondamentale della musica, comune a ogni suono, nonché al silenzio stesso: cfr. R. TARUSKIN, *No Ear for Music. The Scary Purity of John Cage*, in *New Republic*, 15 marzo 1993, ora in ID., *The danger of music and other anti-utopian essays*, Berkeley - Los Angeles, 2009, p. 261 ss., p. 269 ss.; nonché D. KAHN, *John Cage: Silence and Silencing*, in *The Musical Quarterly*, 1997, p. 556 ss., p. 558 ss. Il pezzo, che è stato anche oggetto di registrazioni, ha attirato le attenzioni dei giuristi anche sotto il profilo della possibilità di tutela tramite *copyright* (D.M. SEYMOUR, *This is the piece that everyone here has come to experience: the challenges to copyright of John Cage's 4'33"*, in *Legal Studies*, 2013, p. 532 ss., p. 534 ss.).

inizio al silenzio, passassero poi in pochi secondi a un'allegra marce? Non sono forse gli sparuti rumori che ci si attende ascoltare in quel pezzo resi *musica* solo e in quanto la partitura *riconosce* un tempo di silenzio e ne attribuisce al pubblico il *diritto*? Sarebbe lecito all'interprete riempirlo o ridurne la durata? Non è dato ammettere che ogni ipotesi di risposta, ancora una volta, debba tornare alla composizione e a quanta e quale libertà il compositore abbia inteso accordare⁴². Eppure, se un musicologo sopraffatto dai lavori di ristrutturazione nell'appartamento contiguo confidasse a un collega di aver dovuto ascoltare la 4'33", a ripetizione, tutto il pomeriggio, vedrebbe colta subito la sua sconsolata ironia, giacché quei liberi e generosi *rumori del mondo*, subiti, non pensati né protetti da alcun compositore e a cui nessuno spartito in bianco ha fatto luogo, *musica* non sono affatto.

Nondimeno, persa la compattezza delle tradizioni che consentivano la trasmissione intergenerazionale dei brani senza bisogno di inchiostro⁴³, sembra ora fatica improba (o pigramente antidemocratico conservatorismo) riconoscere che *solo nel rapporto con lo spartito* si manifesta la cultura musicale di quest'epoca⁴⁴.

3. *Virtuosismi, interpretazioni, rapsodie*

Quando nessuno più guarda allo spartito e solo le esecuzioni, spesso mal riprodotte, circolano e sono riconosciute, si è in tempo di analfabetismo musicale. Fidando di non essere giunti a quel punto, si può ripercorrere la metafora in chiave *critica*, valorizzandola nella misura in cui essa offre al diritto spazi di osservazione fenomenologica circa alcuni atteggiamenti *al limite* nella relazione tra compositore e interprete, *ove questa relazione sia ancora rilevabile* e beninteso fermamente recuperata l'attenzione al primo termine del rapporto.

Primo fra questi scorci rappresentativi, il *virtuosismo* è «quasi una forma primitiva di improvvisazione», imperniata sull'abilità dell'interprete e finalizzata all'*esibizione*, tanto da perdere di significato in assenza di pubblico: «è entrato in molte attività artistiche e non, ha attraversato tutte le epoche», quale strumento d'elezione «per celebrare spettacolarmente riti e cerimonie di potere»⁴⁵. Se, da un lato, come «risorsa esplorativa a servizio della creatività» ha contribuito «enormemente» allo sviluppo della musica,

⁴² Si rinvia, sul punto, a S. DAVIES, *John Cage's 4'33": Is it music?*, in *Austr. J. Phil.*, 1997, p. 448 ss., nonché allo studio di K. GANN, *No such thing as silence: John Cage's 4'33"*, New Haven, 2010, p. 1 ss. e 167 ss., che illustra con dovizia di dettagli la *partitura* di quel pezzo, organizzata in tre movimenti e disposta in pagine bianche, che effettivamente sono aperte e scorse, secondo i tempi previsti, dall'esecutore. *Ivi*, p. 167, la riflessione su come ogni «musica senza struttura era un anatema per Cage».

⁴³ M.P. MITTICA, *Quando il mondo era mousiké*, cit., p. 187 ss.

⁴⁴ Sul rapporto tra teorie ermeneutiche e visione politico-istituzionale, G. RESTA, *op. cit.*, p. 457 ss.

⁴⁵ M. BRUNELLO, *op. cit.*, p. 15 ss.

dall'altro può «degenerare», tradire l'opera e ridursi a «essere solo fine a sé stesso»⁴⁶. L'ambivalente figura del virtuoso procede, quindi, su un crinale, il cui miglior profilo è tracciato a proposito di Arturo Benedetti Michelangeli: «la tecnica, il rigore estremo, maniacale», «la disperata sete di perfezione» ne scolpivano l'intensità, «lo si sorprende, insomma, sempre in lotta con *il proprio limite*» e «Chopin si svelava altro e *abisalmente sé stesso*»⁴⁷. Forse anche l'articolo 27 Cost. è percepito «altro e *abisalmente sé stesso*» dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 364/88: un'interpretazione sorprendente e pure già tutta compresa nella disposizione interpretata, tanto che da poter esserne tratta per deduzione lineare, svelandone la profondità⁴⁸.

Al contrario, il tipo di interprete oggi in voga scende in lotta con i ritenuti limiti (non già propri, ma) *del compositore* e il pezzo che ne esce non è solo altro da come lo si sia sentito sinora suonare, bensì *altro da Chopin*. In questo filone si colloca la libera interpretazione *à la Taruskin*, in cui l'unica autenticità dovuta dall'interprete è la *fedeltà a sé stesso*, cosicché la ricerca dell'autenticità, diversamente «consegnata a un destino di fallimento», abbia, invece, «paradossalmente, inevitabile successo»⁴⁹. Nel tentativo di temperare l'autoreferenzialità ermeneutica di tale ricerca, sono rivalutate *empatie* ed emozioni⁵⁰, gli elementi umanizzanti che implicano «effimero, incostanza, mortalità», ossia contingenza, in contrapposizione a «schemi astratti e precisione che suggeriscono trascendenza»⁵¹. Sono tutti argomenti già noti al giurista, come pure quello contestualizzante secondo cui «non si deve studiare la storia e le dottrine storiche a scopo di venerazione», ma appunto per «comprendere che una regola è storica» e guardarla con «scetticismo illuminato»: una «tradizione "vivente" [...] implica sia continuità sia *alterazioni*»⁵².

⁴⁶ M. BRUNELLO, *op. cit.*, p. 17 ss.

⁴⁷ Stralcio da inedito di Mario Luzi, in M. BRUNELLO, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸ Una trasformazione, peraltro, del *principio* in solida *regola*, pur senza in questa esaurirlo, e non, come ormai d'uso, una diluizione della *regola* in flessibile *principio*; cfr. *infra*, ...

⁴⁹ S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1638.

⁵⁰ «*Our obligations are to the living*» (R. TARUSKIN, *Text and Act. Essays on Music and Performance*, New York - Oxford, 1995, p. 24; sul «sentire» la musica, diffusamente, p. 54 ss.). Anche su questo punto, non si tratta solo di interpretazione, bensì di visione del diritto e dell'etica quale «*spazio dinamico del rapportarsi reciproco*», da individuarsi nella «relazionalità concreta», nel convincimento che ogni *regola* «sarà già superata una volta individuata»; «la nozione di ritmo come *apertura e trasformazione* in perpetuo dell'esistenza» implica «la *verità del sensibile* che [...] richiede l'intelligenza del sentire più che della logica» e «la disposizione ad abitare questa verità: una stessa dimora che comunque ognuno abita a proprio modo. E l'accento va posto più sulla *disposizione ad abitare* che non sulla verità» (M.P. MITTICA, *Ritmo e trasformazione*, cit., p. 83 ss.).

⁵¹ R. TARUSKIN, *op. ult. cit.*, p. 58, che a p. 131 prosegue illustrando come il metodo storico, con la sua ricerca di autenticità, possa riassumersi in una parola: «generalizzazione», astrazione dal contesto dei casi e fissazione di criteri generali, una «trappola» in cui, come studiosi, «è particolarmente facile cadere».

⁵² S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1647 e 1656, corsivo aggiunto.

Una terza tipologia musicale di interesse è la *rapsodia*. Il suo esordio in ambito giuridico pare più recente⁵³, ma soprattutto completamente ingannevole. La metafora del rapsodo è presentata, in contrapposizione a un modello asseritamente monistico di tutela dei valori, come una «modalità scritturale *a più mani*», esprime «la possibilità di una forma di coabitazione tra unità e molteplicità alternativa al modello ufficiale» del pluralismo ordinato e rigettante l'idea di un «solo autore legittimo», a favore di un «diritto come *rete* "cucita" di continuo, per mano di più autori, con margini di creatività differenti, a partire da una molteplicità diffusa di contesti, tramite procedure e tecniche diverse»⁵⁴. La rapsodia, però, non è nulla di tutto questo: i brani sono selezionati per mano e mente di *un solo* soggetto e, quando questo non è un sapiente *compositore*, privati di qualsiasi legame con i loro pur originariamente molteplici contesti di creazione, omologati e "cuciti" di volta in volta in modo da risultare conformi alle esigenze dello spettacolo e "digeribili" da *un'audience* spesso non particolarmente qualificata. L'*interprete* rapsodista della *performance* singolare, cui le metafore giuridiche fanno riferimento, è una figura tradizionalmente impegnata in competizioni agonali ed è libero di creare *ex nihilo*, anche se più spesso si contenta di alternare stralci riconoscibili a interpolazioni compiacenti. È il pioniere della musica *resa evento*, di facile fruizione, frammentata, sradicata e rimodulata secondo le esigenze del mercato, sino a perdere qualunque capacità di persistenza durevole nella cultura del pubblico, ascoltatore sempre più passivo la cui unica capacità di interlocuzione è quella deteriore di un manipolabile e immeditato consenso⁵⁵.

4. *Adattamenti e improvvisazione*

Il panorama si sta per completare. Si annoverano ancora, per vero già spesso celati nelle stesse costruzioni rapsodiche, gli interventi espliciti di modifica delle partiture: gli

⁵³ M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 199 ss. L'immagine è ripresa in F. OST, *Dalla piramide alla rete. Un nuovo paradigma per la scienza giuridica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 29 ss., p. 36 ss.; nonché, in termini meno lusinghieri, come attività necessitata dal sovrapporsi di norme, in V. MANES, *Il nuovo "falso in bilancio" al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1316 ss., p. 1335; ID., *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss., p. 1163; ID., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3474 ss., p. 3478; E. ROIATI, *La nozione di pornografia penalmente rilevante tra diritto sovranazionale e principi di offensività e sufficiente determinatezza*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1415 ss., p. 1416. Con riferimento al legislatore, R. LECKEY, *Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique*, in *Les Cahiers de Droit*, 2010, p. 3 ss.

⁵⁴ M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie"*, cit., pp. 199 e 205; cfr. pure, *ivi*, p. 212: in luogo di una «concezione monista e statica del fondamento» del diritto, «la rapsodia promette l'idea di un fondamento reticolare, dinamico e pluralista. In questo quadro», si aggiunge, peraltro, candidamente, «il concetto di "solidità" del fondamento cambia».

⁵⁵ E. PICOZZA, *op. cit.*, p. 98.

arrangiamenti, generalmente motivati da limiti performativi, e le variazioni⁵⁶, espressione invece di pura creatività. Dal dubbio se un brano di Coltrane *difficilmente riconoscibile dallo stesso autore originario* sia tradimento o svelamento della sua nativa verità⁵⁷, si giunge alla negazione della tradizione interpretativa⁵⁸, il cui sovvertimento sarebbe sostenuto dal musicologo *proprio sotto la scorta dell'analogia giuridica*⁵⁹.

È stato postulato che l'interprete possa trasformare il diritto, come una fuga per clavicembalo, in dialogo *jazz*⁶⁰, ossia in un tipo di *performance* in cui Miles Davis fa dovere di suonare anche «quello che non c'è»⁶¹: benché gli adattamenti reagiscano, in tempo reale, al contesto armonico determinato dagli altri suonatori⁶², nondimeno si sottraggono a ogni possibilità di rappresentazione nell'irrisolto permanere e nell'incessante mutare dei contrasti⁶³. In una versione più spinta, il diritto è simile al *jazz* non solo per la complessità armonica e la relativa indipendenza dalla partitura, ma altresì per un esplicito ricorso alla sperimentazione⁶⁴. Curiosamente (ma forse non troppo), il parallelo è invocato per supportare interpretazioni giuridiche nel segno non tanto della libertà, quanto dell'espansione securitaria o, comunque, panpenalistica: «l'apertura verso l'ignoto che caratterizza la pratica improvvisativa può diventare [...] un

⁵⁶ Il sovrapporsi di variazioni è letto in D. MANDERSON, *Songs without Music Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Berkeley - Los Angeles - London, 2000, p. 131 ss., come un perenne dibattito collettivo in cui l'autore è solo uno fra i molti interlocutori (uno, peraltro, con il privilegio della prima parola, ma che si avvantaggia nel seguito di modeste possibilità di replica).

⁵⁷ D. MANDERSON, *Desert Island Discs (Ten reveries on pedagogy in law and the humanities)*, in *Law and Humanities*, 2008, p. 255 ss., p. 262 ss.; seguono osservazioni circa la tradizione come invenzione recente.

⁵⁸ La tradizione, frutto di un'«ansia della modernità» (S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *op. cit.*, p. 1627 ss.) e l'armonia naturale (N. ROULAND, *La raison, entre musique et droit: consonances*, in AA.VV., *Actes du colloque Droit et musique. Faculté de droit d'Aix-Marseille, 23 juin 2000*, Aix-en-Provence, 2001, p. 109 ss.) sono parificate mere contingenze; le ricostruzioni storiche a queste orientate semplici «prodotti» del presente (R. TARUSKIN, *op. ult. cit.*, p. 31 ss. e p. 60).

⁵⁹ Cfr. R. TARUSKIN, *op. ult. cit.*, p. 31 ss.; sembra quindi fin troppo ottimista S. RAMSHAW, *The Creative Life of Law: Improvisation, Between Tradition and Suspicion*, in *Critical Studies in Improvisation*, 2010, www.criticalimprov.com, p. 8, nel sostenere che, mentre il diritto nega la sua creatività, il *jazz* nega la sua tradizione.

⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 57, esempio rubricato «Tradizione». L'espressione *jazz jurisprudence* (C.K. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, 1927, 3^a ed. 1939, p. 45) è già in W. KENNEDY, «Jazz» *jurisprudence*, in *America*, 1924, p. 321 ss.

⁶¹ M. BRUNELLO in M. BRUNELLO - G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 79.

⁶² V. NITRATO IZZO, *Interprétation, musique, droit*, cit., p. 114. Maggiormente condivisibile, sotto questo profilo, l'applicazione della metafora del *jazz* al dibattito accademico e nella «negoiazione dialogica» tra scuole dottrinali (B.K. BUCHOLTZ, *On canonical Transformations and the Coherence of Dichotomies: Jazz, Jurisprudence, and the University Mission*, in *U. Rich. L. Rev.*, 2003, p. 425 ss., p. 450 ss.; cfr. altresì, criticamente, P. MARGULIES, *Doubting Doubteness, and All That Jazz: Establishment Critiques of Outsider Innovations in Music and Legal Thought*, in *U. Miami L. Rev.*, 1997, p. 1155 ss.).

⁶³ «Lo stesso può dirsi del diritto» (S. RAMSHAW, *Justice as Improvisation. The law of the extempore*, Oxon - New York, 2013, p. 1).

⁶⁴ V. NITRATO IZZO, *op. ult. cit.*, p. 113 ss.

utile strumento [...] per spiegare le peculiarità applicative e la logica di funzionamento sottostante» al «*principio di precauzione*»⁶⁵.

Nel *jazz*, l'improvvisazione irrompe in tutta la sua *singularità*⁶⁶, ma ancora resiste la traccia di una partitura, almeno nella forma di un tema concordato o richiamato, e si presuppongono conoscenze regolative comuni e responsabilità⁶⁷. «Equiparare il *jazz* in modo completo e inevitabile all'improvvisazione non è privo di problemi» e si iscrive in una «visione impoverita, dominante in Occidente, delle tecniche di improvvisazione»: esso, in realtà, «guarda al singolo altro», ma mantiene una tensione tra spontaneità e contesto, come pure tra *singularità* e universalità⁶⁸. La dimensione generalizzante è, tuttavia, ben poco afferrabile: pur partendo da un *set* di regole, «non vi sono che creazioni singolari, uniche, non c'è alcuna "prevedibilità", nessuna uniformità possibile che possa *regolare* future decisioni» e le «zone, aree, isole di omogeneità» non sono che accidenti di persistenza incerta e convergenza contenutistica solo tendenziale e comunque non vincolante⁶⁹.

È questo il limite estremo dell'improvvisazione *su* una partitura. Al di là, *senza* partitura, è data solo l'esibizione senza alcuna traccia né programma. È stato osservato che «nel campo del diritto non esiste», almeno in questo senso "forte", «improvvisazione. Chi improvvisasse, cioè pretendesse di eliminare i due momenti – creazione ed esecuzione – concentrandoli in un solo simultaneo atto, *non sarebbe legislatore, ma dittatore; non produrrebbe diritto, ma eserciterebbe forza*»⁷⁰. Di primo acchito, sembra un'affermazione di garanzia, a conforto della separazione dei poteri. Tuttavia, l'intero esempio è viziato dall'ambiguità: nella misura in cui ambisce al concentrazionismo dei momenti, diviene dittatore il solo (sedicente) legislatore o *anche l'interprete* (pure lui in realtà, a questo punto, non più tale)?

Nella musica è la seconda ipotesi che più spesso si verifica: improvvisa un musicista che si esibisce privo di partitura, senza per questo divenire compositore, salvo il successo di eventuali repliche "a orecchio". Difficilmente potrebbe invece dirsi

⁶⁵ V. NITRATO IZZO, *Diritto e musica*, cit., p. 121; cfr. pure G. GORGONI, "(Pre)caution Improvisation Area": *Improvisation and Responsibility in the Practice of the Precautionary Principle*, in *Critical Studies in Improvisation*, 2010, www.criticalimprov.com, p. 1 ss.

⁶⁶ D. MANDERSON, *Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music*, in *Critical Studies in Improvisation*, 2010, www.criticalimprov.com, p. 7; V. NITRATO IZZO, *op. ult. cit.*, p. 119: l'improvvisazione è *originale, estemporanea e irreversibile*.

⁶⁷ S. RAMSHAW, *The Paradox of Performative Immediacy: Law, Music, Improvisation*, in *Law, Culture and the Humanities*, 2016, p. 6 ss., p. 8 ss., nonché ID., *Justice as Improvisation*, cit., p. 12 ss.

⁶⁸ S. RAMSHAW, *Deconstructin(g) Jazz Improvisation: Derrida and the Law of the Singular Event*, in *Critical Studies in Improvisation*, 2006, www.criticalimprov.com, p. 2.

⁶⁹ T. GAZZOLO, *Il realismo giuridico americano come filosofia del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 449 ss., p. 464.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 41; *contra* V. NITRATO IZZO, *op. ult. cit.*, p. 121, nonché S. RAMSHAW, *Justice as Improvisation*, cit., p. 3 ss., entrambi riferiti al *giudice*, nella forma dianzi esposta come improvvisazione *su* una partitura.

improvvisazione l'opera di un compositore solitario che esegue mentre scrive e poi sopprime la traccia per rendere inaccessibile ai successivi interpreti la sua composizione. Il giurista scioglie invece il dubbio nel senso primo. «Da sempre i *legislatori* autoritari hanno preteso di eliminare l'interpretazione. [...] Pare che Hitler – in una delle sue “conversazioni a tavola” confessasse d'immaginare un tempo futuro in cui non ci fosse più spazio per i giuristi, il cui mestiere definì “disonorevole”: l'obiettivo era un paese in cui ci fosse posto solo per la volontà del capo e per la sua esecuzione, e dove coloro che entravano a contatto con tale volontà fossero come le puntine dell'organetto, sollecitate dal rullo che gira»⁷¹. L'aneddoto è persuasivo circa l'importanza dei legulei, ma la perplessità sull'altro versante permane, anche perché il *giudice* del tempo nazionalsocialista ha forse superato il suo stesso legislatore, soprattutto quando, in luogo di un'espressione parlamentare, poté interpretare direttamente *den Willen des Volkes*.

Fuori dalle logiche di partizione dei ruoli nell'esercizio del potere, in realtà, anche il diritto può accogliere l'improvvisazione: solo, tuttavia, nello spazio pur ancora potenzialmente giuridico della gratuità condivisa, proposta e accolta in pari libertà (si pensi, ma solo per taluni profili, alla mediazione penale). La canzone del mare non ha note, anche se potrebbe dirsi appartenente a una partitura ben più ampia. Non è questa la sede per dedicarsi a tale prospettiva, tralasciata peraltro anche da chi insiste, per propugnare *paradigmi giuridici meno esigenti*⁷², sulla fragilità epistemologica di quel diritto (massimante, *penale*) che non cessa però, nel contrasto fra parti contrapposte e con la forza, di essere ineluttabilmente *applicato*. Tenendo a mente la parte meno melodiosa della realtà, quindi, l'indagine intende ora alzare il sipario, per accendere qualche luce sullo *spartito*.

⁷¹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 42 ss., corsivo aggiunto; l'immagine richiama la «*phonograph theory*» stigmatizzata in M.R. COHEN, *Legal Theories and Social Science*, in *International Journal of Ethics*, 1915, p. 469 ss., p. 475 ss.

⁷² M. VOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 223.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di marzo 2018