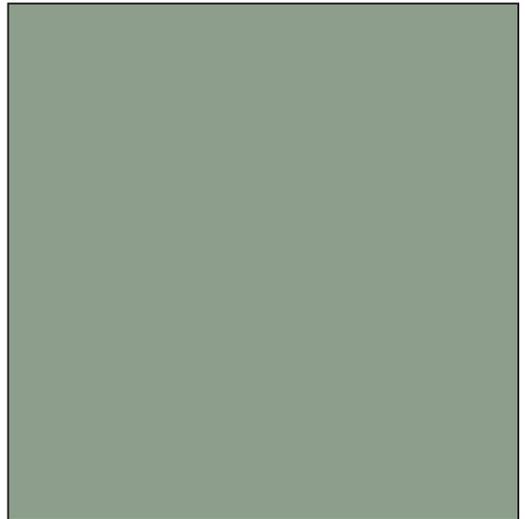


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

134



**PLURALISMO
GIURIDICO**

ITINERARI CONTEMPORANEI

FIRENZE, 20-21 OTTOBRE 2022

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da GIOVANNI CAZZETTA

I volumi della Collana sono sottoposti a
referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio scientifico del
Centro.

Responsabile del processo di valutazione è
il direttore della Biblioteca.

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOTRENTAQUATTRESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da GIOVANNI CAZZETTA

I volumi della Collana sono sottoposti a
referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio scientifico del
Centro.

Responsabile del processo di valutazione è
il direttore della Biblioteca.

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOTRENTAQUATTRESIMO

PLURALISMO GIURIDICO

Itinerari contemporanei

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDI
FIRENZE, 20-21 OTTOBRE 2022

a cura di PAOLO CAPPELLINI e GIOVANNI CAZZETTA

ISBN 9788828853404

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2023
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

ITINERARI CONTEMPORANEI DEL PLURALISMO GIURIDICO LE RAGIONI DI UN INCONTRO

Il tema di questo *Incontro* era stato progettato per tempo, insieme ad altre iniziative, per festeggiare i cinquant'anni dei *Quaderni fiorentini* e contemporaneamente gli ormai prossimi novant'anni del loro fondatore, cui si era pensato di intitolare l'istituzione da Lui creata: il *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, nato come principale strumento realizzativo di un progetto culturale che doveva trascendere il piano del pensiero per subito tradursi in concreta organizzazione culturale, farsi rivista, fucina di congressi e seminari, scuola di allievi, come ben ci spiega Pietro Costa in questi *Atti*.

Nel giro di poche settimane, la dolorosa scomparsa, in triste successione, di Paolo Grossi, di Maurizio Fioravanti e di una cara e assidua presenza nei *Quaderni*, Bartolomé Clavero, ha tolto all'evento qualsiasi carattere di festosità.

Se abbiamo tuttavia deciso di conservare intatto il programma e di tenere nelle date da tempo fissate questo *Incontro* sugli itinerari contemporanei del pluralismo giuridico, è semplicemente perché abbiamo sentito come doveroso assicurare all'opera e al pensiero di questi compagni di strada, di queste guide per noi così vicine e così care, la dimostrazione di una continuità fatta di riflessione, di dialogo, quasi ad imprimere il segno di un colloquio non destinato a interrompersi, ma al contrario a continuare nel tempo e costantemente ad approfondirsi.

È solo questo il motivo per cui il lettore troverà qui ad affiancare le relazioni scientifiche tenute nella sede del *Centro* di Villa Ruspoli, nei giorni di giovedì 20 e venerdì 21 ottobre 2022 sugli itinerari contemporanei del pluralismo, anche il resoconto della cerimonia di intitolazione del *Centro* a Paolo Grossi e un suo primo ricordo, a più voci, in grado però di anticipare tratti importanti del *Quaderno 52*, già in lavorazione, che sarà a Lui dedicato.

1. Quando, nel giugno del 2019, cominciammo a interrogarci sul tema cui dedicare il cinquantesimo volume dei *Quaderni* e poi questo nostro *Incontro*, la scelta cadde immediatamente sul *pluralismo giuridico*, un tema talmente calato nei pilastri fondativi dell'ordine giuridico e nei suoi processi di trasformazione da apparirci, al tempo stesso, di estrema attualità e foriero di nuove, spesso inedite, prospettive di ricerca storiografica; un tema, proprio per questo, in grado di incrociare perfettamente i caratteri qualificanti iscritti alle origini nel progetto della rivista e dell'attività del *Centro*, intitolato a Paolo Grossi proprio a partire dall'*Incontro* di ottobre.

Poco più di cinquant'anni ci separano dalla *Pagina introduttiva* che apriva il primo numero dei *Quaderni*; poche e dense pagine con cui Grossi presentava, con stile inconfondibile, un ambizioso e complessivo progetto di rinnovamento della storia del diritto e della scienza giuridica. L'obiettivo programmatico era di comprendere la dimensione giuridica nella sua storicità e complessità, andando oltre legalismi e formalismi, oltre il biunivoco legame con il potere, per recuperare il rapporto tra il diritto e la società, tra il diritto e le molteplici e concrete dimensioni dell'esperienza. Sì, concrete, perché il richiamo nell'intitolazione alla *storia del pensiero giuridico moderno* non intendeva proporre astrazioni idealistiche ma più semplicemente indicare l'osservatorio privilegiato del 'reale' proposto dalla rivista per leggere la trascurata storia del diritto moderno: il pensiero giuridico inteso come «grammatica sociale posta in essere dai giuristi», come ricerca di valori, di dimensioni profonde e mobili (mobili perché radicate nella storia) del diritto. Visione descrittiva e prescrittiva si fondevano assieme e — in una commistione di *pars destruens* e *pars costruens* — i *Quaderni* invitavano la scienza giuridica a cogliere il diritto come specchio del sociale, non limitandosi a considerare la dimensione giuridica come mera espressione della quotidianità, semplice meccanismo organizzativo della realtà, ma come un vero e proprio modello ordinante da costruire tenendo conto della storicità del diritto.

L'insistenza di Grossi sul lemma 'recupero' — *recupero del diritto*; *recupero* dell'unitarietà e della complessità del sapere giuridico; *recupero* pluralistico — ben sintetizzava l'incontro delle diverse prospettive, sottolineando la necessità di disincagliare il diritto dal potere, da legalismi e formalismi, per ritrovare — oltre l'assolutismo

del monismo statale — la connaturata corrispondenza tra pluralismo sociale e pluralismo giuridico. Una corrispondenza ‘naturale’ ma da costruire quotidianamente, da ‘invenire’ nel magma del sociale, tenendo assieme pluralità e unità; un’unità del giuridico priva del volto del potere sovrano, non imposta dall’alto ma radicata nelle cose, espressione del ruolo ordinante della scienza giuridica.

L’armonico confluire di queste diverse prospettive ci confermava la bontà della scelta del tema *pluralismo* per il festeggiamento dei cinquant’anni dei *Quaderni*; una scelta che riprendeva e tentava di approfondire argomenti più volte messi a fuoco dalla rivista in saggi dedicati a considerare un diritto plurale collocato accanto e oltre la prospettiva hobbesiana dell’ordine monocentrico. Ben immerso in questo percorso, il *Quaderno 50* ha tentato di leggere congiuntamente e sinergicamente teorie ed esperienze di pluralismo giuridico, ponendo a confronto esercizio della sovranità e ricerca di diritto plurale; un diritto pluralistico ora giocato, in senso ‘forte’, esplicitamente contro il diritto statale, contro la presunta superiorità della statualità verticale e gerarchica, ora invece semplicemente volto a confermare (direttamente o indirettamente) un ordinamento statale comunque caratterizzato dal requisito della sovranità.

2. Nell’incontro di ottobre — in diretta prosecuzione col *Quaderno 50* e quasi come suo ideale completamento — lo sguardo si è naturalmente spostato verso gli itinerari contemporanei del pluralismo, tenendo ferma la complessiva unitarietà del discorso storico-giuridico e la prospettiva del « banco comune di lavoro ». Ancora una ricerca di Paolo Grossi, il suo ultimo libro sul *diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, un volume pensato come saggio per il *Quaderno* monografico sul pluralismo e trasformatosi poi in volume autonomo (...‘ultimo libro’, in realtà avremmo dovuto dire ultimo libro giuridico: Grossi, infatti, ha sorpreso tutti regalandoci come suo ultimo libro, *un libro di fiabe*) era lì, nitido nella sua progettualità, ad offrirci un preciso modello per una ricerca di questo tipo.

Ripercorrendo l’itinerario del diritto civile *dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, nel solco di convinzioni che lo hanno accompagnato in tutto il suo percorso intellettuale, Grossi continuava ad ammonirci che il diritto non è riducibile alla dimensione

potestativa, invitandoci a recuperare il nesso inscindibile tra diritto e società, il naturale porsi del diritto come forma dell'esperienza. Continuava a ricordarci la profonda storicità dell'ordine giuridico e la sua intrinseca complessità, avvicicabile soltanto a partire da una ampia varietà di approcci, intimamente pluridisciplinare e naturalmente aperta alla comparazione, nello spazio e nel tempo: due tratti che il nostro *Incontro* ha inteso ancora una volta valorizzare.

3. Proprio questo diritto, eminentemente plurale, i *Quaderni*, come rivista-progetto, erano chiamati a comprendere, a far emergere e a costruire per contrastare il rischio della solitudine culturale del giurista. La stessa struttura della rivista disegnata da Grossi e da Pietro Costa all'inizio degli anni Settanta — una struttura rimasta sostanzialmente immutata sino ad oggi — era esplicitamente indirizzata alla realizzazione di un obiettivo di politica del diritto, di recupero di unità e di pluralità del diritto, nella ferma consapevolezza — allora, come ora — che una piena comprensione della dimensione giuridica (una piena comprensione della propria identità) possa ottenersi solo rinunciando ad ogni insularità e rendendosi disponibili al confronto, il più aperto possibile, con 'gli altri'.

È lo spirito che ritroviamo anche in questo nostro *Incontro*, che nelle sue tre sezioni rispecchia le tradizionali partizioni del Quaderno: *Modelli e dimensioni* (i paradigmi nella prima sezione); *Figure dell'esperienza* (la seduta pomeridiana che ha affrontato il caso della colonizzazione portoghese); *La dimensione giuridica* (la seduta di chiusura dedicata alle prospettive). Sezioni distinte ma inscindibilmente connesse tra di loro, così come emerge — ci pare — dagli scritti delle due giornate di lavoro.

Proseguono dunque, forse si fanno addirittura più impervie, le vie del pluralismo, tra paradigmi, figure, prospettive, incursioni in altre discipline, inediti sguardi comparativi. Il quadro si arricchisce, anche rispetto ai risultati del *Quaderno* monografico, a conferma che il tema possiede una sua intrinseca rilevanza e una sua calda attualità, imponendo al giurista (e agli stessi *Quaderni*) di continuare a indagare, mettendo in questione quel lessico così intrinsecamente 'monistico' che la modernità ha ben riposto nella sua cassetta degli attrezzi.

Con l'impegno, dunque, di tornare quanto prima su queste tematiche, consentiteci un'ultima notazione sul punto.

Un tratto peculiare dei *Quaderni*, da sempre, consiste nel carattere artigianale (orgogliosamente artigianale) della rivista. Ricordiamo alcune vivaci telefonate di Paolo Grossi all'Editore Giuffrè a metà degli anni Ottanta: Grossi esigeva, con la ferma e cortese risolutezza di cui era capace, che la tipografia ripristinasse 'il punto di grigio' iscritto nel riquadro della copertina. In questi cinquant'anni i *Quaderni* si sono trasformati. Ci piace credere però che la passione artigianale delle origini, la tonalità originaria del grigio e del rosso della copertina non si siano scoloriti.

Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Bernardo Sordi, Irene Stolzi

PARADIGMI

TOMMASO GRECO

IL PROBLEMA (DELLA SCIENZA) DEL DIRITTO E LE VIE DEL PLURALISMO

1. Pluralismo. — 2. Monismo. — 3. Dualismo.

La prima cosa che vorrei dire è che si ha l'impressione che rimanga poco da dire sul pluralismo giuridico dopo i *Quaderni Fiorentini* del cinquantenario. L'ampio quadro teorico e storico offerto dai diversi contributi è davvero impressionante e arriva a coronamento di una storia nella quale il legame tra il tema che ci occupa e la prestigiosa Rivista si è manifestato lungo tutto il percorso di questo mezzo secolo ⁽¹⁾. Ciò che posso fare, dunque, è proporre una rapida riflessione su un aspetto metateorico, in modo da sottolineare ulteriormente uno spunto che emerge dalla lettura dei diversi contributi e che è presente (spesso sottotraccia) da sempre nelle discussioni sul pluralismo.

L'ipotesi che avanzo è la seguente: la possibilità di tradurre il tema del pluralismo in una chiara e netta posizione teorica dipende direttamente dal modo in cui si concepisce, oltre che la natura del diritto, anche quella della scienza giuridica. Tematizzare il pluralismo significa, infatti: 1) avere certamente una idea del diritto capace di farsene carico in maniera non estrinseca; ma anche, 2) avere una concezione della scienza giuridica che sia in grado di sostenere quella particolare opzione teorica. I tre piani — concezione pluralistica, concezione del diritto e concezione della scienza giuridica —

(1) Nella sua *Pagina introduttiva*, il direttore Giovanni Cazzetta sottolinea infatti come la questione del pluralismo sia in perfetta « sintonia con i tratti vocazionali della rivista »: « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », L (2021) — d'ora in avanti *QF-L* —, p. 16.

sono strettamente intrecciati, e a loro volta strettamente legati alla natura del particolare momento storico in cui le varie dottrine si affermano e si consolidano. Essi rinviano peraltro a questioni ulteriori che stanno sullo sfondo (e alle quali farò qualche accenno), come ad esempio la visione antropologica sottesa al pensiero giuridico e la concezione del potere.

Prima di esporre in maniera minimamente più ragionata quanto ho appena enunciato, devo fare una precisazione. Il titolo che ho dato al mio intervento richiama esplicitamente un'opera di Norberto Bobbio: l'ho fatto sia per ricordare *Il problema della guerra e le vie della pace*, una raccolta di scritti pubblicata in prima edizione nel 1979, tornata tragicamente di attualità nell'ultimo anno; sia perché farò riferimento al pensiero di Bobbio proprio per segnare le differenze tra i diversi modelli attraverso i quali il pensiero giuridico si relaziona col pluralismo. Ciò consentirà di ricordare il contributo di un autore-testimone che ha avuto grande importanza nella cultura giuridica (oltre che politica) dell'Italia del dopoguerra, e il cui pensiero si è confrontato in maniera particolarmente significativa (e problematica) proprio col tema del pluralismo ⁽²⁾. Infine, il riferimento a Bobbio mi consente di stabilire una connessione ideale con il magistero di Paolo Grossi, al quale devo rivolgere ancora il mio pensiero grato per aver accettato a suo tempo (era il 2010) la proposta di introdurre la riedizione nella collana 'Bobbiana' di un testo profondamente pluralistico — *La consuetudine come fatto normativo*: direi il testo pluralistico più consapevole e convinto che Bobbio abbia mai scritto —, di cui Grossi sottolineò la cruciale importanza teorica ⁽³⁾.

1. *Pluralismo*.

Per sintetizzare e anticipare il rapido itinerario che andrò a svolgere non c'è di meglio che riferirsi alla magistrale 'mappatura'

⁽²⁾ Ne ho trattato in maniera specifica e più approfondita in un lavoro parallelo al presente contributo: T. GRECO, *Il problema del diritto e le vie del pluralismo. L'itinerario di Norberto Bobbio*, in *Itinerari del pluralismo*, a cura di R. Basile, O. Clarizia e F. Tuccillo, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (in corso di pubblicazione).

⁽³⁾ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione* a N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo* (1942), Torino, Giappichelli, 2010 (edizione alla quale mi riferirò d'ora in avanti).

storico-teorica offerta da Pietro Costa nel saggio che apre il volume dei *Quaderni* (4). Prendendo spunto dalla esauriente ricostruzione contenuta in questo lavoro, si può dire che tre sono i modelli teorici che ci troviamo dinanzi e che possiamo qui riprendere guardando anche alla scienza giuridica del Novecento: pluralismo, monismo, dualismo. Si tratta di capire, coerentemente con quanto ci siamo prefissi, come questi modelli interagiscano di volta in volta con le idee relative alla natura del diritto e della scienza giuridica. Mi soffermerò, quindi, su ciascuno di essi, in maniera decontestualizzata e forse un po' generica, ma con la speranza di riuscire a sottolineare in maniera sufficientemente chiara l'aspetto che più qui mi interessa.

Partiamo naturalmente dal primo modello, che fa anche da pietra di paragone per gli altri due. Possiamo definire *pluralistica* una teoria che consideri l'ordine giuridico come frutto di una reale presenza di gruppi e soggetti che concorrono su diversi piani alla dinamica ordinamentale. Vediamo cosa voglia dire, questo, in concreto.

Intanto, sul piano della teoria del diritto abbiamo a che fare con una concezione (e un gruppo di teorie (5)) che fa perno, non sulle norme, ma sul concetto (variamente declinato) di istituzione (6). E cioè, precisamente, su un concetto che ancora il diritto alle sue radici profondamente sociali, piuttosto che attaccarlo ad un vertice che lo tiene e lo muove a partire dalla volontà di chi esercita il potere. Naturalmente, qui non entro nella questione del rapporto tra istitu-

(4) Mi riferisco a P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *QF-L*, pp. 29-118.

(5) «Da Gierke a Ehrlich, a Hauriou, a Romano si delinea dunque, se non un campo teorico strettamente unitario, almeno una molteplicità di teorie fra loro diverse, ma accomunate da un'aria di famiglia' che ha i tratti seguenti: assumere i gruppi sociali come grandezze indipendenti dalla volizione statale e come formanti originari dell'ordine socio-giuridico complessivo e contrapporre la visione di un ordine fondato sulla 'pluralità' a un ordine ancorato alla solitaria, 'monistica' volizione statale» (COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 52).

(6) Come scrive B. PASTORE, *Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo*, in *QF-L*, p. 400, «il modello pluralistico ha come presupposto indispensabile la teoria dell'ordinamento». Rinvio anche a F. MANCUSO, *Istituzione*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 183-206.

zionalismo e normativismo, tra istituzione e norma. È chiaro che anche un diritto pensato istituzionalmente si esprime attraverso norme, ma credo che su questo tema non ci sia bisogno di aggiungere nulla a ciò che classicamente (Santi Romano *in primis*) è stato già scritto tante volte. Conta qui il fatto che il diritto sia concepito non come esito di una posizione/decisione, bensì come espressione di un ordine costituito da gruppi che concorrono, cooperano, confliggono.

Questa prima asserzione ci conduce a vedere quanto ogni teoria del diritto sia connessa con una determinata *teoria del potere (giuridico)*: nello specifico, una teoria del pluralismo giuridico è una teoria che, oserei dire per definizione, pensa a questo potere come a una *rete* nella quale soggetti diversi sono titolari di potestà che non sono riducibili e riconducibili schematicamente a un potere monoliticamente e graniticamente impersonato da nessuno di essi (7). A questo riguardo si può sottolineare che qui viene a delinearsi una distinzione tra diritto e potere politico: secondo una linea che parte dalla classica separazione medievale tra *gubernaculum* e *iurisdictio* (8) e arriva alle riflessioni di molti autori (ad es. riconducibili all'anti-formalismo), i quali hanno insistito sul potere della magistratura come un potere legittimato non dalla sua riconducibilità alla logica della sovranità, ma dalla sua stretta connessione con l'ordine giuridico socialmente espresso.

Se ora spostiamo l'attenzione sull'aspetto metagiuridico che maggiormente ci interessa, constatiamo come il pluralismo presupponga (e rinvii a) una teoria della scienza giuridica che ha le seguenti caratteristiche. Intanto è *descrittiva e normativa* allo stesso tempo. Questa compresenza di descrittività e prescrittività — che in realtà riguarda tutte le teorie della scienza giuridica, ma spesso inconsa-

(7) L'immagine della rete è di acquisizione recente nel dibattito giuridico e si riferisce in particolare alla situazione del diritto nella società globalizzata (F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2022), ma può comunque essere efficacemente impiegata anche in riferimento alle concezioni pluralistiche più risalenti.

(8) Sulla quale hanno insistito Charles McLwain e, sulla sua scia, in Italia, Nicola Matteucci: cfr. C. MCLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, Bologna, il Mulino, 1990; N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), a cura di T. Greco, Brescia, Morcelliana, 2021.

pevolmente, o quanto meno in maniera non esplicita e che è stata anch'essa rilevata e sottolineata da Costa ⁽⁹⁾ — è data dal fatto che 1) ogni teoria autenticamente pluralistica muove dalla descrizione di una realtà nella quale sono compresenti elementi che possono credibilmente rappresentare poli istituzionali di una realtà plurale (il pluralismo è innanzi tutto un fatto che va riconosciuto); e 2) ogni teoria seriamente pluralistica valorizza questi elementi e li propone come espressione del più 'autentico' ordine giuridico. I due piani sono strettamente connessi: non è pensabile che si proponga una prospettiva da valorizzare se non se ne riconosce innanzitutto la realtà (per quanto questa realtà possa essere misconosciuta nell'ordine vigente).

In secondo luogo, una scienza giuridica pluralistica è programmaticamente *aperta*: guarda cioè oltre l'orizzonte del diritto positivo statualmente affermato e si pone come stimolo non solo ad una *pratica* giuridica, ma anche ad una *formazione* giuridica, che siano attente a tutto ciò che si muove dentro e intorno al diritto e che non sia riducibile a pura tecnica, più o meno interpretativa. Una scienza giuridica, quindi, che guarda principalmente alla connessione tra diritto e società, tra fenomeno normativo e relazioni sociali. Una scienza giuridica attenta a tenere aperta la porta che separa il diritto positivo dalla realtà che sta 'lì fuori'. È esattamente ciò che all'inizio del secolo scorso le teorie antiformalistiche hanno tentato, lottando contro i dogmi del positivismo formalistico.

Se mettiamo insieme tutti questi elementi si spiega perché le teorie pluralistiche siano espressione — e si sviluppino necessariamente — in periodi di grandi trasformazioni sociali, economiche, politiche, nei quali viene meno o va in crisi ciò che aveva rappresentato il centro di un sistema al quale ogni altra parte poteva essere ricondotta. Ad esempio: il ruolo del sovrano sul piano politico, dello stato sul piano istituzionale, della legge sul piano delle fonti (è peraltro la descrizione del panorama contemporaneo sul quale i *Quaderni* hanno richiamato l'attenzione ⁽¹⁰⁾). Tipico dei periodi di crisi è l'affermazione di un ordine politico senza sovranità, di un

⁽⁹⁾ Cfr. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 56.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CAZZETTA, *Pagina introduttiva*, cit., p. 20; COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 113 e ss.; oltre che il contributo di Pastore.

ordine giuridico pluricentrico, di un sistema delle fonti non più univocamente gerarchizzato. Direi che tutto questo è icasticamente rappresentato proprio dalla famosa prolusione pisana di Romano su *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909) ⁽¹¹⁾, le cui osservazioni possono certamente valere anche per altri periodi che condividono caratteristiche similari.

Quanto appena detto può essere riscontrato in diversa misura negli autori riconducibili a una qualche versione del pluralismo e ai quali è dato ampio spazio nei *Quaderni* che stiamo celebrando. Per le ragioni dette in premessa mi limiterò a citare un passo preso dal ‘primo’ Bobbio — un Bobbio ancora lontano dal kelsenismo e dal positivismo degli anni successivi, particolarmente attento invece a rilevare gli elementi di giuridicità esterni al contesto statual-legalistico —, nel quale appare evidente l’adesione a una concezione della scienza giuridica che è allo stesso tempo *descrittiva-prescrittiva* e *aperta*:

La scienza giuridica propriamente detta [...] non è astrusa filosofia né piatto tecnicismo, ma è quella forma di sapere indirizzata al mondo del diritto, che, a guisa di ogni altra scienza, esplica la sua funzione nella teorizzazione dei dati forniti dall’osservazione, fissandoli in concetti, raccogliendoli in classi, unificandoli in sistema, costruendo insomma una teoria o un gruppo di teorie valevoli a spiegar meglio una certa categoria di fenomeni osservati o a spiegarne un maggior numero; [è] quella forma di sapere insomma, che, avendo il compito di teorizzare l’esperienza giuridica, si potrebbe ben chiamare *giurisprudenza teorica*, in opposizione alla semplice ermeneutica delle leggi, che a causa del suo fine esclusivamente utilitario contraddistingueremmo volentieri col nome di *giurisprudenza pratica* [...] Nel problema delle fonti non si tratta di interpretare, ma di costruire; non ci sono leggi già bell’e fatte da commentare, o eventualmente, pur di raggiungere il fine, da eludere, ma ci sono fenomeni in largo senso sociali, apparentemente diversi e di fatto lontani, da raggruppare secondo le somiglianze, da ravvicinare secondo le implicazioni, in una parola da teorizzare [...] Il primo avvertimento metodico per una teoria delle fonti raccomanda di abbracciare il più largo campo possibile d’espe-

⁽¹¹⁾ Oltre che in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, la si può leggere riprodotta (anastaticamente) in *Ricordando Santi Romano. In occasione dell’inaugurazione dei corsi dell’a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa*, a cura di E. Rippepe, con interventi di P. Grossi e A. Romano, Pisa, Pisa University Press, 2013.

rienza giuridica, il che implica prima di tutto un'evasione dai limiti di un ordinamento giuridico particolare ⁽¹²⁾.

Si tratta di una teoria della scienza giuridica funzionale alla necessità (che era allo stesso tempo una volontà e una convinzione) di dar conto di un diritto legato alla fattualità e che quindi muovesse nella direzione del riconoscimento di una realtà giuridica stratificata, nella quale la pluralità delle fonti era vista come manifestazione della pluralità degli ordinamenti, perfino quando questa pluralità era stata ricomposta dentro la rigida gerarchia dell'ordinamento statale ⁽¹³⁾.

2. *Monismo.*

Se quanto abbiamo detto vale per il modello teorico del pluralismo, dobbiamo chiederci cosa succeda invece negli altri modelli con i quali il pluralismo si confronta criticamente. Ciò può servire anche per comprendere se vi sia e quale sia lo spazio del pluralismo all'interno di ciascuno di essi. Seguiamo anche qui i vari passaggi nell'ordine che abbiamo seguito fino ad ora.

Abbiamo a che fare innanzitutto con una teoria (o forse anche qui dovremmo dire: con un gruppo di teorie) che concepisce il diritto unitariamente perché riferito a una società concepita unitariamente. Il diritto non è più riflesso di una dinamica sociale costituita da gruppi tra loro distinti, ma piuttosto effetto di un dispositivo di potere che unifica e omogeneizza la comunità politico-giuridica. Il diritto si presenta nella specie semplice e onnivale della norma, e conseguentemente dell'ordinamento come composto da norme; ma soprattutto si presenta nella sua stretta e costitutiva relazione, non più con il sociale, ma con il politico, cioè con l'istituzione che la pone (ed è inutile precisare che qui il termine istituzione è usato non nel senso giuridico-romaniano, ma nel senso più strettamente politico).

⁽¹²⁾ BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 17-18.

⁽¹³⁾ Come dimostra, tra i tanti esempi possibili, il passo seguente: « Per quanto la legge statale limiti l'applicazione del diritto consuetudinario, questa limitazione non incide sulla validità del diritto consuetudinario di per sé considerato, ma esclusivamente sulla sua validità nell'ambito dell'ordinamento statale, che è appunto un ordinamento a base legalistica; il che non esclude, in primo luogo, che esso continui ad avere piena validità nell'ordinamento che gli è proprio » (ivi, p. 95).

Al diritto che ‘sale dal basso’, tipico del primo modello, si contrappone un diritto che ‘scende dall’alto’; come non può non essere per un dispositivo normativo che ha il compito di unificare il diverso, e anzi di contrastarlo là dove esso rivendichi autonome capacità normative.

Se guardiamo alla teoria del potere giuridico che accompagna questa teoria del diritto troviamo che diritto e potere si stringono in un unico nodo, dal quale emerge imperiosamente il principio della legalità: nel doppio senso weberiano e kelseniano. Weberiano, perché incontriamo una modalità del potere — quella legale-razionale — che sul diritto e sulla sua validità pone il criterio della propria legittimità; e kelseniano perché diritto e potere stanno dentro un circolo, nel quale il potere crea diritto in base a norme che lo autorizzano a farlo, e le norme discendono da un potere che esercita le sue prerogative dentro un cerchio costituito da norme. Diritto e potere, dunque, si ricongiungono e danno luogo a un circuito, che chiaramente può essere animato da principi e valori molto differenti, a seconda che si abbia a che fare con forme di governo di carattere autocratico o democratico (per stare alla tipologia kelseniana).

È proprio su questo piano che incontriamo il pluralismo, almeno nelle modalità che possono stare dentro questo cerchio. Dentro un circolo di questo tipo, infatti, il pluralismo può funzionare soltanto all’interno della dinamica dei poteri attraverso la quale si crea e si applica il diritto. Si può dire che il pluralismo diventa qui un criterio per distinguere le diverse modalità di esercizio del potere. È un pluralismo istituzionale — espresso principalmente attraverso la separazione dei poteri —, dentro il quale può prendere forma un pluralismo sociale, che ha comunque il destino di essere convogliato nell’alveo unificante della legge: legge che è frutto di discussioni, e anche di conflitti che salgono dalla società civile, ma in ogni caso chiamata a dare ordine e forma unitaria a quella pluralità, che si giustifica solo in vista di una più giusta e corretta organizzazione dei suoi contenuti materiali. Il pluralismo, dunque, è qui da valorizzare in quanto riflesso sul piano politico-istituzionale del pluralismo dei valori e degli interessi che dovrà trovare composizione nella legge. Sul piano costituzionale, si presenta sotto la veste dell’equilibrio tra poteri che ha lo scopo di impedire l’arbitrio e l’abuso del potere. Potremmo quasi dire che, in questo quadro, esso è diventato un

valore, da *principio* che era nella concezione precedente. Un valore, cioè un qualcosa che sta nel *punto finale* e che quindi deve essere perseguito per le ragioni strumentali che vi sono di volta in volta legate (ad es., il controllo del potere), piuttosto che un dato di partenza, cioè qualcosa che sta all'*origine* e che perciò condiziona tutta la costruzione teorica e pratica successiva ⁽¹⁴⁾.

La scienza giuridica assume di conseguenza un ruolo profondamente differente rispetto a quanto abbiamo visto nel modello precedente. Se il diritto deve farsi garante della linearità del comando, e offrire quindi innanzitutto sicurezza e certezza, lo studio del diritto deve farsi scienza oggettiva quanto più possibile, tendenzialmente e auspicabilmente 'pura'. Deve togliere dal suo armamentario tutto ciò che può turbare la serenità e l'avalutatività del giudizio dello studioso. Deve essere *descrittiva* e lasciare da parte ogni elemento che possa trasformarla in un discorso prescrittivo e normativo. È questo anche il motivo per il quale essa deve essere una scienza *chiusa*: chiusa a tutto ciò che da fuori può turbarne le indagini, le conoscenze, le conclusioni. Non credo ci sia bisogno di rinviare ai ben conosciuti ragionamenti kelseniani per darne una adeguata esemplificazione. Mi limiterò a riportare un brano del 'secondo' Bobbio, nel quale questo ideale di una scienza che partecipa all'impresa collettiva svolgendo il suo compito di 'manutenzione' dell'ordine costituito è espresso nel modo più esemplare (e direi memorabile).

Il giurista, per fare della scienza, non ha bisogno di andare fuori dell'uscio di casa, di cercare, come faceva una volta, la scienza vera del diritto nel diritto naturale, di costruire un sistema di diritto naturale come surrogato della poca o nessuna scienza che riteneva di manipolare stando a interpretare le leggi vigenti. Ma oggi chi mai scriverebbe ancora un trattato di diritto naturale? La storia del diritto naturale è la storia di una grande evasione. La storia della giurisprudenza comincia quando questa evasione è esaurita, quando i giuristi, rientrati in casa propria, si accorgono che quel che avevano cercato di fare fuori casa, lo possono fare rimanendo dentro alle loro mura, che anzi, dentro a queste mura, per il lungo abbandono, c'è ancor molto da fare, quasi tutto da fare. Tutto quel rigore che essi avevano impiegato per costruire un diritto ideale sarà meglio adoperato per costruire il sistema del diritto vigente. E sarà questa un'opera che frutterà al

⁽¹⁴⁾ Riprendo qui le note considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 205 e ss.

giurista la soddisfazione di essere più direttamente e immediatamente utile al lavoro di costruzione sociale, a cui anch'egli, con la sua analisi delle leggi, è chiamato ad attendere ⁽¹⁵⁾.

Può sorprendere che si possano leggere righe come queste in un autore che aveva scritto le righe riportate a conclusione del paragrafo precedente. Ciò a testimonianza, non solo del fatto che il percorso di Norberto Bobbio è stato meno unitario di quanto non si sia abituati a pensare e a riconoscere, ma anche della continua 'corrispondenza' tra questo percorso e le necessità (o le sfide) storico-politiche, alle quali Bobbio ha sempre risposto in maniera responsabile (la teoria precedente aveva chiaramente una torsione antifascista, così come quella appena riportata è frutto dell'adesione al nuovo ordinamento, ancora in via di consolidamento).

Rimane da ricordare che una scienza giuridica di questo tipo non può che affermarsi nei periodi di stabilità politica e sociale: che se, per Bobbio, era data appunto dal nuovo ordinamento repubblicano e costituzionale, per Kelsen valeva in generale: « l'ideale di una scienza oggettiva del diritto e dello Stato — scriveva nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* del 1934 — ha la prospettiva di essere riconosciuto universalmente solo in un periodo di equilibrio sociale » ⁽¹⁶⁾. E si può aggiungere che, quasi sempre implicitamente, essa si lega ad una concezione antropologica di carattere — se non hobbesiano — quanto meno 'non-relazionale': così come il modello pluralistico deve presupporre la naturale relazionalità degli esseri umani e la loro disposizione alla cooperazione come postulato imprescindibile per poter pensare la normatività dei gruppi sociali (presupposto che si proietta sul piano delle formazioni sociali) ⁽¹⁷⁾, il modello monistico e la sua proiezione scientifica devono presupporre un essere sostanzialmente conflittuale e individualisticamente determinato, in maniera tale che la normatività giuridica possa e debba procedere incontrastata soltanto nella direzione che va dal-

⁽¹⁵⁾ N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 364-5.

⁽¹⁶⁾ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), a cura di R. Treves, Torino, Einaudi, 1999, p. 45.

⁽¹⁷⁾ Cfr. P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, a cura di M. Rosboch, Genova, Marietti, 2015, e in quadro più generale ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

l'alto verso il basso. Il percorso bobbio, che muove dal personalismo degli anni Trenta e Quaranta e sfocia nell'adesione alle idee hobbesiane degli anni successivi, ne è una prova eloquente ⁽¹⁸⁾.

3. *Dualismo.*

Non è certamente possibile stabilire un punto intermedio — non voglio dire di incontro, e meno che mai di superamento — in quella che è chiaramente una netta contrapposizione teorica. Possiamo però prendere sul serio il modello 'dualistico' evidenziato da Costa per sottolineare alcune caratteristiche peculiari tipiche di quei periodi di transizione, nei quali forse l'esito stesso delle vicende storico-politiche dipende dalla scienza giuridica più che nelle altre situazioni descritte sino ad ora.

Sul piano della teoria del diritto si può dire che essa, muovendo da opzioni che rimangono più o meno ortodossamente nel campo del positivismo statualistico (ma non strettamente legal-statualistico), si apre alla dimensione sociale e valoriale. Certo, ci si può domandare se « possono dirsi espressione di effettivo pluralismo forme di organizzazione 'interne' alla sovranità statale, forme 'deboli' di pluralità », come giustamente fa Giovanni Cazzetta ⁽¹⁹⁾. E tuttavia si può sottolineare che, pur non arrivando a riproporre la priorità e l'autonomia dei gruppi e del loro diritto, come era nel modello pluralistico, il modello dualistico riconosce che la loro presenza non è ridicibile né riconducibile linearmente alla logica superiore e ordinante del soggetto-Stato. Com'è naturale in una prospettiva che affonda le sue radici nella tradizione del liberalismo classico (Locke), società civile e Stato si presentano come due dimensioni distinte, se non addirittura (in molti casi) contrapposte, e il diritto si fa carico in più forme di questa logica chiaramente dicotomica. Le dicotomie emergenti sono quelle ben indicate da Costa: « lo Stato e la società; gli apparati di governo e la libertà-proprietà; la sfera del 'politico' e il dominio dell' 'economico'; il

⁽¹⁸⁾ Non posso che rinviare a questo proposito a P.P. PORTINARO, *Introduzione a Bobbio*, Roma-Bari, Laterza, 2008, al quale mi permetto di aggiungere T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma, Donzelli, 2000.

⁽¹⁹⁾ CAZZETTA, *Pagina introduttiva*, cit., p. 18.

diritto pubblico e il diritto privato » (20). Si tratta di quelle proprio Norberto Bobbio indagò ampiamente a cavallo tra gli anni '70 e '80 del Novecento quando si occupò delle « grandi dicotomie » della teoria del diritto (21).

Si può notare come la teoria del potere giuridico diventi più complessa e meno lineare: alla biunivoca corrispondenza tra diritto e potere, che costituiva il piano esclusivo (ed escludente) della legalità nel modello monistico, si sostituisce una lettura nella quale il piano della legalità deve fare i conti continuamente con i piani (sovraordinato) della legittimità e (sottordinato) dell'effettività (22). Non è più possibile pensare l'uno se non in connessione con gli altri due piani. Il potere giuridico, insomma, risulta da una serie di dinamiche che non sono più rilevabili attraverso la lente delle attribuzioni formali. Diritto e potere rimandano continuamente l'uno all'altro ma si tengono su piani che tendono a distinguersi. Penso essenzialmente al fenomeno che è stato chiamato 'neo-contrattualismo', tipico delle società di welfare avanzato, ma penso anche alle ragioni che portano di nuovo alla ribalta il protagonismo della magistratura come potere che non può essere ridotto all'applicazione formalistica della volontà (politica) legislativa. In generale, la 'scoperta della Costituzione' come fonte del diritto, non solo sovraordinata ma direttamente applicabile ai rapporti giuridici senza la mediazione della legge, è forse la via principale attraverso la quale l'ordinamento giuridico si pluralizza, pur rimanendo esso confinato dentro il cerchio disegnato dall'ordinamento statale, il quale viene però ben presto superato per via della sopravvenienza del diritto comunitario (23).

(20) COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 42.

(21) Cfr. gli scritti contenuti in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1976, oltre a quelli raccolti in ID., *Studi hegeliani. Diritto, società civile, stato*, Torino, Einaudi, 1980 e in tanti altri scritti dello stesso periodo.

(22) Ne dà piena illustrazione la discussione sul principio di legittimità che si sviluppò negli anni '60 ed ebbe tra i suoi protagonisti sia Bobbio sia Alessandro Passerin d'Entrèves: cfr. i testi raccolti in *Potere politico e legittimità*, a cura di G. Pecora, Milano, SugarCo, 1987.

(23) Rinvio per questi profili a F. DE VANNA, *Dalla pluralità delle fonti al rapporto tra ordinamenti. Itinerari "imprevisti" del pluralismo giuridico*, Modena, Mucchi Editore, 2019.

Si può notare, quindi, come il pluralismo entri direttamente in questa nuova dinamica e ci entri ad un livello più profondo di quanto la divisione del potere entrasse dentro il modello monistico. Ci entra intanto sul piano dell'effettività: è la dinamica dei gruppi a garantire l'effettività del diritto statuale, che proprio in quella dinamica trova le sue scaturigini. E ci entra sul piano della legittimità: sono i valori e gli interessi veicolati dai gruppi sociali (i partiti, ma non solo) a determinare il grado di legittimazione del sistema politico e istituzionale.

Queste trasformazioni della teoria trovano corrispondenza e si spiegano sul piano della scienza giuridica: che ora si apre nuovamente verso i valori, gli interessi e i gruppi, e che se pure non è programmaticamente normativa, come avviene coerentemente in una teoria pluralistica, assume però piena consapevolezza dell'impossibilità di tenere nettamente separato il piano descrittivo da quello valutativo.

Ancora una volta, vorrei mostrare questo ulteriore passaggio riferendomi a Bobbio, un 'terzo Bobbio' susseguente alle polemiche della metà degli anni Sessanta — polemiche per lui molto produttive — sul positivismo giuridico. In quel saggio spartiacque che è *Essere e dover essere della scienza giuridica* (1967), nel quale viene mostrato il nesso inscindibile tra il piano della giurisprudenza (intesa come scienza del diritto positivo) e il piano della metagiurisprudenza (intesa come teoria del diritto che riflette sui dati della scienza), e viene di conseguenza per così dire denunciata la 'prescrittività' del modello kelseniano, il filosofo torinese problematizza enormemente — sebbene, non fino a confonderli — i rapporti tra piano descrittivo e piano prescrittivo, riconoscendo esplicitamente che l'apertura o la chiusura della scienza giuridica sono fenomeni che si verificano e si spiegano solo storicamente:

Tanto la giurisprudenza quanto la metagiurisprudenza sono attività che si svolgono in un determinato contesto storico, da cui sono più o meno direttamente condizionate. Il giurista, insieme con il legislatore e con il giudice, è uno dei protagonisti dell'opera di formazione e di trasformazione riflessa (per distinguerla da quella spontanea che è opera di tutti i consociati) di un sistema giuridico. Secondo i diversi sistemi giuridici, e più precisamente secondo la diversa natura e la diversa gerarchia delle fonti normative in un determinato sistema, l'opera del giurista può essere più o meno creativa: la giurisprudenza vi può apparire come fonte principale,

come fonte secondaria, o addirittura essere esclusa autoritativamente dal novero delle fonti. Ma poiché con la sua stessa opera la giurisprudenza può modificare la situazione esistente e trasformare un sistema semplice in un sistema complesso, per determinare quale sia la reale funzione sociale della giurisprudenza in una data situazione storica, occorre tenere conto non solo di ciò che il ruolo della giurisprudenza dovrebbe essere secondo il sistema delle fonti formali, ma di ciò che esso è in corrispondenza dello sviluppo delle fonti reali: di qua la difficoltà della ricerca e la cautela di fronte a ogni soluzione troppo rigida. Ove poi si consideri che la giurisprudenza può modificare il sistema esistente, se pure in forma tanto lenta da sembrare per lungo tempo impercettibile, proprio perché molto spesso l'opera del giurista è accompagnata dalla riflessione critica della metagiurisprudenza la quale, proponendo i propri modelli, forma (o deforma) la coscienza che il giurista ha del proprio lavoro, anche il tipo dei rapporti tra giurisprudenza e metagiurisprudenza diventa un elemento di cui bisogna tener conto in una ricerca sulla funzione storica del giurista in una data situazione. In altre parole, la giurisprudenza opera direttamente sul sistema giuridico, in quanto essa stessa ne fa parte; in quanto poi la metagiurisprudenza opera sulla giurisprudenza può esercitare anch'essa, se pure indirettamente, la sua influenza sullo stesso sistema giuridico (24).

È una descrizione perfetta di quale possa e debba essere la consapevolezza del giurista circa il ruolo che esso ricopre in una società che non è 'in crisi' e non è nemmeno 'stabile' ma è chiaramente 'in trasformazione'. Una trasformazione i cui esiti dipendono anche dal modo in cui la scienza giuridica interpreta il proprio ruolo e dai concetti che essa costruisce intorno all'idea e alla pratica del diritto. Emerge qui, in maniera ancora più evidente rispetto ai modelli precedenti, la grande responsabilità che i giuristi hanno nel contribuire ad orientare e plasmare la società nella quale essi vivono. Come, d'altra parte, è sempre stato (25). Perché se è vero, come è vero, che « pluralismo jurídico ha habido prácticamente siempre » (26), come ha scritto Bartolomé Clavero, allora sono proprio gli occhi dei giuristi a doverlo raccogliere e valorizzare, se essi ritengono che sia necessario e che valga la pena farlo.

(24) N. BOBBIO, *Essere e dover essere della scienza giuridica* (1967), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970; nuova ed. a cura di T. Greco, introd. di R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 125-126.

(25) E come emerge chiarissimamente dall'ampio quadro storico offerto da P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

(26) B. CLAVERO, *Momento de la Sociedad de Naciones: Pluralismo de Imperio, monismo de Estado y un singular testimonio español*, in QF-L, p. 536.

MICHELE GRAZIADEI

FRONTIERE, *LEGAL TRANSPLANTS*, COMPARAZIONI:
LE VIE DEL DIRITTO E L'INCONTRO CON IL PLURALISMO

1. Il tema. — 2. Il diritto in movimento. — 3. Formanti, crittotipi. — 4. *Legal transfers*, lingua e diritto. — 5. Trasferimenti di testi *vs.* trasferimento di pratiche. — 6. Trasferimenti di norme: il gioco degli indirizzi politici. — 7. Conclusioni.

1. *Il tema.*

L'incontro con il pluralismo è un'esperienza comune negli studi di diritto comparato. Il più recente Congresso mondiale dell'*International Academy of Comparative Law* (Asunción, 2022) ha, ad esempio, dedicato una sessione al tema: *Populations multiculturelles et systèmes juridiques mixtes — Multicultural populations and mixed legal systems* ⁽¹⁾. A sua volta, l'analisi delle dinamiche relative al trasferimento di componenti del diritto tra le varie aree del mondo, o tra i diversi Paesi, che è al centro di questo contributo, favorisce tale incontro. Tuttavia, come dirò nel seguito, il diritto comparato, pur misurandosi ripetutamente con fenomeni di pluralismo giuridico, ha sviluppato un proprio approccio al tema. Esso pone l'accento soprattutto sulle dimensioni di carattere 'epistemologico' del fenomeno, e si rivolge quindi particolarmente ad esse, come si vedrà, pur avendo ben presente il dibattito intorno al pluralismo che si è svolto in tanti altri ambiti del sapere giuridico, dall'antropologia giuridica, alla storia e alla sociologia del diritto, dal diritto costitu-

⁽¹⁾ Il rapporto italiano, scritto da R. SCARCIGLIA, si legge in *Italian National Reports to the XXIst International Congress of Comparative Law - Asunción 2022*, a cura di M. Graziadei, M. Torsello, Napoli, E.S.I., 2022, p. 11 e ss.

zionale al diritto privato ⁽²⁾. Nella cornice ora richiamata, segnalò la necessità di tre approfondimenti. Meritano di essere scandagliati più a fondo il rapporto tra lingua e diritto nel contesto della circolazione di norme; la necessità di comprendere meglio la differenza che corre tra il trasferimento di testi e il trasferimento di pratiche; vi è infine l'esigenza di chiarire il gioco delle indicazioni di carattere in senso ampio politico, nelle dinamiche del diritto attraverso le frontiere. Per poter condurre comparazioni attendibili è importante affinare gli strumenti che consentono di riflettere sul pluralismo e di rappresentare il reale in tutta la sua complessità.

2. *Il diritto in movimento.*

Nell'ambito degli studi di diritto comparato, un volume di Alan Watson dato alle stampe più di un quarto di secolo addietro, ha attratto l'attenzione sui 'trapianti di norme' ⁽³⁾. È bene precisare subito che l'opera di Watson non ha scoperto il tema. Infatti, ne troviamo una prima epifania già nel diciottesimo secolo, nell'opera di Bentham, in uno scritto intitolato *Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation* ⁽⁴⁾. Vari lavori di diritto comparato del ventesimo secolo trattano la medesima tematica come principale

⁽²⁾ G. CAZZETTA, *Pagina introduttiva (unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, nel presentare un intero volume dei *Quaderni* dedicato al pluralismo richiama la centralità del tema nel pensiero di Paolo Grossi: « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico », L (2021), p. 1 e ss., spec., p. 13 e ss. Sul pluralismo nel diritto privato, si veda soprattutto il saggio di G. VETTORI, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, ivi, p. 406.

⁽³⁾ A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974. La seconda edizione è del 1993: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens, Georgia, University of Georgia Press, 1993²; la traduzione italiana risale al 1984: ID., *Il trapianto di norme giuridiche. Un « approccio » al diritto comparato*, Napoli, E.S.I., 1984. L'Autore è poi tornato sul tema in ulteriori scritti.

⁽⁴⁾ Lo scritto, composto nel 1782, fu pubblicato una prima volta in francese nel 1802 in J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, vol. III, trad. E. Dumont, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, p. 325 e ss., e quindi in inglese nel 1843: ID., *Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, I, Edinburgh, W. Tait, London, Simpkin, Marshall & Co., 1843, pp. 163-94. Su questo scritto: A. HUXLEY, *Jeremy Bentham on Legal Transplants*, in « Journal of Comparative Law », II (2007), 2, p. 177 e ss., e sui concreti sforzi

oggetto di studio, con il ricorso ad una terminologia piuttosto varia ⁽⁵⁾.

D'altra parte, è noto che, nel corso del tempo, numerosi riformatori, in diversi luoghi, si sono riferiti ad esperienze straniere per edificare un intero sistema giuridico di stampo occidentale, o per emendare il diritto in vigore nel proprio Paese, prendendo a prestito quanto ritenuto utile per far camminare la nazione in nuove direzioni. Dal Giappone Meiji alla Turchia di Kemal Atatürk i progetti di riforma con intenti di modernizzazione sono non di rado passati attraverso l'entrata in vigore di norme tratte in vario modo dall'estero, o ispirate in larga misura ad esperienze straniere. Né i trasferimenti di norme sono legati unicamente a progetti di riforma di stampo progressista: si registrano infatti anche prestiti o *legal transfers* da un luogo all'altro realizzati da regimi totalitari, o per scopi sicuramente meno che nobili ⁽⁶⁾.

Il lavoro di Alan Watson ha comunque avuto il merito di accendere l'attenzione sul tema, in un momento in cui la comparazione guardava in primo luogo al diritto degli stati nazionali, osservati in una prospettiva statica, legata alla ricerca di tratti distintivi non transeunti tra i diversi sistemi giuridici. Tuttavia, ben presto l'analisi incentrata su tali elementi ha dovuto prendere atto di quello che non si può definire semplicemente un paradosso: il diritto è certamente espressione di una determinata società ma, al tempo stesso, il diritto viaggia nello spazio e attraverso le epoche.

Accade così che una determinata società acquisisca il proprio diritto attingendo ad altre esperienze o, per lo meno, tragga da altre

di Bentham per influenzare la legislazione di altri paesi si veda, tra le pubblicazioni più recenti: M. KAINO, *Bentham's Theory of Legal Transplants and His Influence in Japan*, in *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, a cura di V. Breda, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 63 e ss.

⁽⁵⁾ Sullo stato dell'arte sia consentito rinviare a: M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmerman, Oxford, Oxford University Press, 2019², p. 441 e ss.; tra i manuali si veda soprattutto M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022³, p. 287 e ss. Nel seguito, si parlerà indifferentemente di trapianti di norme, di circolazione di modelli, di *legal transfers*, intendendo ciascuna di queste espressioni come utile anche per richiamare tutte le altre invalse in questo settore degli studi.

⁽⁶⁾ M. SIEMS, *Malicious Legal Transplants*, in « Legal Studies », XXXVIII (2018), 1, p. 103; J.Q. WHITMAN, *Hitler's American Model*, Princeton, Princeton University Press, 2017.

esperienze elementi per costruire il proprio diritto. Non dobbiamo necessariamente pensare a luoghi esotici per notare una simile dinamica: la diffusione di un corpo più o meno ampio di diritto che, sorto per un certo territorio, o per un determinato gruppo sociale, è poi adottato in altri territori, o da parte di altri gruppi sociali, si ritrova anche nel cuore dell'Europa. La società europea — almeno per alcune sue componenti — è stata per secoli consumatrice di un diritto — il diritto sedimentato nelle fonti giustinianee — che apparteneva originariamente ad un mondo assai diverso tanto dal mondo medievale, quanto da quello dell'età moderna. Si è così prodotto nel cuore della società europea un processo che sarebbe poi stato avviato anche altrove, sia pure in condizioni molto diverse, vale a dire lo sviluppo di un diritto dotto, destinato in larga misura a sradicare, a soppiantare, o a sovrapporsi, al diritto precedente, non affidato al giurista, ma vissuto e praticato in loco (7).

Non sempre qualcosa del genere avviene per effetto di una scelta autonoma, beninteso. Il diritto che è stato portato in molte parti del mondo — dal colonialismo europeo, per citare un esempio familiare a tutti — è stato spesso imposto con la forza delle armi. Tuttavia, nella storia dell'umanità molto diritto è circolato passando da una società all'altra senza che vi fosse ricorso alla forza, o all'imposizione.

Documenti antichi recano traccia di simili dinamiche (8); vicende medievali a loro volta attestano il medesimo fenomeno (9), anche fuori d'Europa (10). E quando il diritto è stato imposto con la forza, la sconfitta della potenza occupante, o il suo abbandono del

(7) R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Terra di scontri: alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali*, Milano, Giuffrè, 2013.

(8) Nel Libro III delle leggi di Platone, il cretese Clinia annuncia di aver ricevuto dalla città di Cnosso l'incarico di stendere una legislazione per la nuova colonia che dovrà essere fondata, e di dover adempiere il compito raccogliendo le migliori tra le leggi in vigore, considerando anche quelle di altre città, comprese quelle straniere.

(9) Gli statuti della città di Magdeburgo furono ripresi nella fondazione di altre città tanto nella Germania medievale, quanto nell'Europa centrale e orientale, a partire dal XIII secolo: H. PATZE, *Stadtgründung und Stadtrecht*, in *Recht und Schrift im Mittelalter*, a cura di P. Classen, Stuttgart, Jan Thorbecke Verlag, 1977, p. 163 e ss.

(10) È il caso dell'influenza del diritto cinese in Giappone, a partire dal VI secolo d.c., su cui, in sintesi, G.F. COLOMBO, *Cenni storici*, in G.F. COLOMBO, G. LEMME, *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 5 e ss.

campo, non ha comportato necessariamente il rigetto del diritto che essa aveva voluto applicare ad un determinato paese o territorio. Il codice civile francese è rimasto in vigore al di là del Reno in diverse parti della Germania per quasi un secolo dopo la sconfitta di Napoleone, fino all'entrata in vigore del codice civile tedesco nel 1900 ⁽¹¹⁾. I codici italiani preunitari sono in larga misura derivati dal modello francese e lo stesso codice civile italiano del 1865 raccoglie in buona parte l'eredità francese ⁽¹²⁾. Per portare un esempio altrettanto noto, riguardante il *common law*, l'*Indian Contract Act 1872* e il parallelo *Transfer of Property Act 1882* sono tuttora in vigore in India, benché il dominio coloniale inglese sull'India sia cessato da tempo ⁽¹³⁾.

D'altra parte, nell'epoca contemporanea la diffusione del diritto su scala mondiale non si è certo interrotta, sebbene l'ipotesi di un governo mondiale preconizzata da Kant e da élites intellettuali europee nel XIX secolo non si sia avverata, ed in suo luogo si abbia quindi una pluralità di regimi che devono coesistere ⁽¹⁴⁾, con un crescente rilievo delle frontiere tra gli Stati ⁽¹⁵⁾.

Sia prima, sia dopo l'opera di Watson, un filone di studi di diritto comparato sempre più nutrito ha dunque indagato come

⁽¹¹⁾ T.T. ARVIND, L. STIRTON, *Explaining the Reception of the Code Napoleon in Germany: A Fuzzy-set Qualitative Comparative Analysis*, in « Legal Studies », XXX (2010), 1, pp. 1-29; E. SANGAR, *Importing 'Alien' or 'Enlightened' Law: Understanding the Partial Diffusion of the Code Napoléon in the Confederation of the Rhine*, in ID., *Diffusion in Franco-German Relations*, London, Palgrave Macmillan, 2020, pp. 59-79.

⁽¹²⁾ Sulla circolazione del Codice civile francese in varie parti del mondo: *La circulation du modèle juridique français*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIV, *Journées franco-italiennes de 1993*, Paris, Litec, 1994. Sulla necessità di studiare la sua circolazione dall'angolazione della *Wirkungsgeschichte* v. oltre nota 90.

⁽¹³⁾ Per una analisi critica dell'impatto del *Transfer of Property Act* sul diritto dell'India: S. BALGANESH, *Codifying the Common Law of Property in India: Crystallization and Standardization as Strategies of Constraint*, in « American Journal of Comparative Law », LXIII (2015), p. 33.

⁽¹⁴⁾ Pertanto, sebbene il nostro mondo oggi presenti una maggiore intensità di scambi e interazioni tra le varie aree del mondo, la comparazione rimane uno strumento vitale per comprendere la realtà: M. GRAZIADEI, *The Many Voices of the Law in a Globalised World: Legal Monism, Legal Pluralism, and the New Tasks of Comparative Law*, in « Annuario di diritto comparato e di studi legislativi », 2015, p. 486 e ss.

⁽¹⁵⁾ G. POPESCU, *Bordering and Ordering the Twenty-first Century: Understanding Borders*. New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2011.

avvengano ‘legal transfers’ condotti per vari fini e con diversi mezzi ⁽¹⁶⁾. In Italia, Rodolfo Sacco è stato tra gli studiosi che si sono maggiormente impegnati nello studio della circolazione di modelli giuridici, sia in Europa, sia fuori d’Europa. La sua attenzione si è in particolare rivolta anche al diritto italiano, come luogo d’incontro di modelli francesi e modelli tedeschi ⁽¹⁷⁾.

Studi di questo genere non pongono al centro del discorso la nozione di pluralismo, e tuttavia sollevano il velo su vicende rispetto a cui la nozione di pluralismo offre un’importante chiave di interpretazione di varie traiettorie storiche ⁽¹⁸⁾. I dati di realtà, che si riassumono in quella formula, sono infatti sulla scena non appena si inizia ad esaminare cosa avviene quando il diritto attraversa la frontiera, e deve infine acclimatarsi in loco. Il contesto di trasferimento può essere radicalmente diverso dal contesto d’origine, e allora si vorrà sapere quanto rimane del modello originario nel nuovo ambiente. Infatti, il diritto proveniente da oltre frontiera interagisce in vario modo con quanto si trova in loco. Emergono così reazioni, ibridi, e contospinte, che finiscono per incrinare, o comunque trasformare (più o meno scopertamente) quanto viene ricevuto ⁽¹⁹⁾. E talvolta si dovrà concludere che, per effetto del cosiddetto trapianto, il modello locale viene rafforzato nelle sue linee originarie ⁽²⁰⁾. In tal modo si manifesta nell’intera dinamica un certo grado di pluralismo.

⁽¹⁶⁾ G. FRANKENBERG, *Legal Transfers*, in *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, a cura di M-C. Foblets, M. Goodale, M. Sapignoli, O. Zenker, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 333 e ss.

⁽¹⁷⁾ R. SACCO, *Modèles français et modèles allemands dans le droit civil italien*, in « *Revue internationale de droit comparé* », 1976, p. 225 e ss., numerosi i contributi successivi. Nella letteratura italiana si segnalano inoltre alcune trattazioni generali: E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, Giappichelli, 2001; U. MATTEI, *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 173 e ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. B.Z. TAMANAHA, *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

⁽¹⁹⁾ G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in « *The Modern Law Review* », LXI (1998), 1, pp. 1-32.

⁽²⁰⁾ Così, per il diritto processuale penale, E. GRANDE, *Comparative Approaches to Criminal Procedure: Transplants, Translations, and Adversarial-Model Reforms in European Criminal Process*, in *The Oxford Handbook of Criminal Process*, a cura di D.K. Brown, J.I. Turner e B. Weisser, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 67 e ss.

Il tema è stato esplorato, beninteso, anche sul versante del diritto pubblico e costituzionale. Un recente lavoro di Linda Colley, storica di Princeton, prontamente tradotto in italiano, con il titolo *Navi, penne e cannoni. Guerre, costituzioni e la creazione del mondo moderno* ⁽²¹⁾, ha valore esemplare. Questa autrice ricorda come a partire dal 1750 circa, diversi Paesi adottino documenti costituzionali. Questi testi all'epoca erano pensati, in realtà, come testi senza confini, disponibili per essere richiamati a distanza, nel tempo e nello spazio. Le carte costituzionali dell'epoca — rammenta la Colley — erano « pezzi di tecnologia proteiformi e volatili » che viaggiavano in lungo e in largo, aiutati dalla diffusione della stampa e dalla velocizzazione dei viaggi e delle comunicazioni a lunga distanza ⁽²²⁾. Tuttora, diverse costituzioni hanno un'aria di famiglia, ed è chiaro che alcune costituzioni sono pensate altrove, e sono quindi il frutto di una recezione, come dimostra anche la storia costituzionale del ventesimo secolo ⁽²³⁾. Si tratterà poi di verificare in quale misura la proclamazione di determinati diritti o il disegno di una certa struttura di governo ha effettivo peso nel contesto, o si dimostra invece pressoché irrilevante, poiché corre uno scarto tra il diritto che proviene da oltre frontiera e le forze che nel contesto locale agiscono ⁽²⁴⁾. Peraltro, studi recenti mostrano il volto oscuro

Anche per questa ragione, in un notissimo scritto, e in opere successive ad esso, Pierre Legrand ha sostenuto l'impossibilità di far effettivamente luogo al trasferimento di norme: P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in « Maastricht Journal of European and Comparative Law », IV (1997), p. 111 e ss. Per una replica puntuale: A. HARDING, *The Legal Transplants Debate: Getting Beyond the Impasse?*, in *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, cit., p. 13 e ss.

⁽²¹⁾ L. COLLEY, *Navi, penne e cannoni. Guerre, costituzioni e la creazione del mondo moderno*, Milano, Rizzoli, 2022. Un'importante raccolta di studi è stata dedicata all'influenza del modello costituzionale inglese nel sud Europa: *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800. Atti del Seminario internazionale*, a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽²²⁾ COLLEY, *Navi, penne e cannoni*, cit.

⁽²³⁾ V. PERJU, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld e A. Sajo, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 1304 e ss. Più recentemente, si veda, ad esempio, B. GODERIS, M. VERSTEEG, *The Diffusion of Constitutional Rights*, in « International Review of Law and Economics », XXXIX (2014), p. 1 e ss.

⁽²⁴⁾ G. FRANKENBERG, *Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer*, in ID., *Order from Transfer*, Cheltenham, Elgar, 2013. V. ora in più ampia prospettiva:

dei trapianti di norme costituzionali, quando i diritti garantiti sulla carta sono il semplice paravento di regimi autoritari (25).

Nell'epoca contemporanea, il tema dei *legal transfers* riguarda soprattutto l'implementazione in ambito locale di norme assemblate in sede internazionale. In effetti, come ha notato Ralf Michaels, molte delle sfide che la globalizzazione pone al pensiero giuridico ancorato nella dimensione dello Stato nazionale assomigliano a quelle formulate in precedenza dai pluralisti giuridici rispetto a quest'ultimo. L'irriducibile pluralità degli ordinamenti giuridici esistenti al mondo, la coesistenza del diritto statale nazionale con altri ordinamenti giuridici, l'assenza di vertice che possa trascendere le differenze: tutti questi temi legati a concezioni proprie in qualche misura del pluralismo giuridico riappaiono nella sfera globale (sebbene il paragone così tracciato non corra fino in fondo, per le ragioni illustrate ampiamente da Brian Tamanaha) (26).

Si può ricordare in proposito l'ottimo studio etnografico di Tobias Berger sull'attuazione in Bangladesh di norme sui diritti umani promosse in sede internazionale (27). Queste norme di carattere secolare sono 'tradotte' localmente tramite riferimenti al diritto islamico da organizzazioni non governative che lavorano nei villaggi per migliorare le condizioni delle donne. L'effetto è quello di introdurre interpretazioni del diritto musulmano che possono essere vivamente contestate. In ogni caso, il carattere secolare delle norme originarie è 'tradito' da narrazioni di carattere religioso, le quali però tendono a legittimare nel contesto le soluzioni che si vogliono promuovere (28). Considerazioni analoghe svolge Sally Merry Engle, in relazione all'attuazione delle norme internazionali sulla violenza

M. BUSSANI, *Introduzione al diritto comparato: un breviario della globalità*, Milano, Le Monnier, 2022, p. 165 e ss.; B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions, Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 2019.

(25) R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

(26) R. MICHAELS, *Global Legal Pluralism*, in « Annual Review of Law and Social Sciences », 2009, 5, p. 243, spec. p. 244; il tema è esplorato più ampiamente in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, a cura di P.S. Berman, Oxford, Oxford University Press, 2020. Per osservazioni critiche: TAMANAHA, *Legal Pluralism*, cit., p. 157.

(27) T. BERGER, *Global Norms and Local Courts: Translating 'the Rule of Law' in Bangladesh*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

(28) Ivi, spec. p. 130 e ss.

di genere in vari contesti. Come nota la stessa Autrice, in loco si svolge un processo di vernacularizzazione del messaggio normativo, fino al punto di rendere poco riconoscibile la sua originaria matrice, con adattamenti selettivi che possono trasformarlo in modo incoerente (29).

Si può dire che in questi casi il ‘trapianto’ è fallito? Per lo studioso, la domanda davvero interessante è cosa si verifica in loco, non quale grado di fedeltà si manifesti rispetto al modello originario (...sebbene questo aspetto del discorso possa interessare i *policy makers*). D'altra parte, le forze sul terreno posso avere il potere di richiamare un modello straniero, ma anche di rivolgerlo a propri fini (30).

A questo proposito è bene distinguere per grandi linee due itinerari tra i tanti che preludono ad esiti pluralistici, precisando ulteriormente che il diritto che appare più frequentemente in movimento in epoca storica, e su cui quindi fermerò l'attenzione, è soprattutto il diritto affidato a testi di vario genere. Intorno ad essi si sviluppano pratiche del potere, di comunità impegnate in attività religiose, di carattere commerciale, etc., etc. Tuttavia, come si dirà oltre, la distinzione tra trasferimenti di testi e trasferimenti di pratiche — a mio parere sottovalutata — è certamente uno dei nodi da approfondire, per avere una visione realistica della circolazione di modelli giuridici (31).

Si può dunque assistere ad un fenomeno di localizzazione, di elaborazione di significato nello specifico contesto, per cui il testo

(29) S.E. MERRY, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, Chicago, Chicago University Press, 2006; S.E. MERRY, P. LEVITT, *Remaking Women's Human Rights in the Vernacular: The Resonance Dilemma*, in *Rethinking Gender Equality in Global Governance*, a cura di L. Engberg-Pedersen, A. Fejerskov, S.M. Cold-Ravnkilde, Cham, Springer, 2019, p. 145 e ss.

(30) Così, l'apertura del Giappone all'occidente fu all'insegna del motto *wakon yōsai* (Spirito giapponese e sapere occidentale). Più in generale, in proposito, anche sui rischi legati a visioni ingenuie, affette da eurocentrismo, che pensano che vi sia una sola grammatica della modernità: P.-F. SOUYRI, *Moderne sans être occidental. Aux origines du Japon aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 2016.

(31) Alcune autorevoli critiche all'opera di Watson furono ispirate proprio dalla constatazione che essa non prestava sufficiente attenzione alla dimensione della *law in action*: R.L. ABEL, *Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law*, in «Michigan Law Review», LXXX (1982), p. 785.

ricevuto vede trasformato il proprio valore comunicativo in loco. Ecco perché possiamo parlare di pluralismo, in un significato però piuttosto particolare, come avviene quando si sviluppano varianti locali rispetto ad un modello d'origine, all'interno di un ambiente comunicativo che è normalmente legato al diritto dotto, amministrato da giuristi, attivi in varia veste. Le nozioni o i concetti che originariamente accompagnavano quel testo ricevuto non sono integralmente, fedelmente a loro volta ricevute; vengono sostituite da altre, su cui stingono elementi attivi localmente. Quando in Italia si riceve e si opera con un istituto come il trust si attivano dinamiche di questo genere ⁽³²⁾; altrettanto accade quando nozioni e regole provenienti dal continente arrivano, ad esempio, nel diritto inglese ⁽³³⁾. Ma il discorso non è diverso quando nel diritto dell'Europa continentale si assiste alla circolazione di modelli attraverso le frontiere. Il diritto dotto conosce una pluralità di declinazioni, compatibili con una condivisione di valori comuni. Il diritto dell'Unione Europea è costruito anche su questa base, e non di rado progredisce volgendo a propri fini (con ricorso alla comparazione) nozioni e regole tratte dal diritto degli Stati membri, o da altre esperienze ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Cfr. M. LUPOI, *La metabolizzazione del trust*, in « Corriere giuridico », 2017, 6, p. 781.

⁽³³⁾ A.W.B. SIMPSON, *Innovation in Nineteenth-Century Contract Law*, in « The Law Quarterly Review », XCI (1975), pp. 247-278; M. GRAZIADEI, *Changing Images of the Law in Nineteenth Century English Legal Thought (the Continental Impulse)*, in *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, a cura di M. Reimann, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 115-64; più recentemente TEUBNER, *Legal Irritants*, cit., p. 11 e ss.; A. GRAY, *The Incomplete Legal Transplant - Good Faith and the Common Law*, in *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, cit., p. 111 e ss.

⁽³⁴⁾ Il fenomeno è oggetto di un'ampia letteratura; per alcuni contributi dell'attuale Presidente della Corte di Giustizia: K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in « European Review of Private Law », XXV (2017), 2, pp. 297-312; K. LENAERTS, K. GUTMAN, *The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes across the Atlantic*, in « The American Journal of Comparative Law », LXIV (2016), 4, pp. 841-864; più recentemente: C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale ed il ruolo del diritto comparato nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, in *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro, C. Iannone, Torino, Giappichelli, 2020, p. 271 e ss.; volendo: M. GRAZIADEI, *Costruire il precedente in Europa: la Corte di Giustizia e il ricorso al diritto comparato*, in *Formante giurisprudenziale e principio di legalità:*

Beninteso, l'arrivo di un diritto scritto, preso a prestito da un altro luogo, può dar luogo ad un pluralismo di stampo diverso, più radicale, come avviene quando il diritto in ingresso è applicato ad una parte soltanto di una popolazione, mentre la rimanente parte continua a vivere secondo altre norme. Ovvero, si può avere un diritto applicabile esclusivamente a determinati rapporti, mentre altri rapporti saranno governati da norme di diversa origine e taglio. Il problema sarà allora comprendere quale relazione vi sia tra l'una e l'altra specie di normatività. In epoca coloniale, questi rapporti sono per lo più strutturati gerarchicamente, poiché le plurime normatività che si manifestano in quel contesto sono ordinate gerarchicamente. Così, nella colonia, gli europei disconoscono la divisione dei poteri, e ritengono preminente la realizzazione degli obiettivi propri della politica coloniale, rispetto ad ogni altra considerazione. Pertanto, in tale contesto non è davvero appropriato parlare di pluralismo, se non in un significato ben diverso da quello che ipotizza un effettivo, pari rispetto accordato ai diversi corpi normativi in atto ⁽³⁵⁾. D'altra parte a partire dal 1700, gli europei hanno coltivato per circa due secoli una visione del diritto legata a una teoria evuzionistica delle società umane ⁽³⁶⁾. Così veniva incasellato come diritto 'primitivo', e quindi non civilizzato, il diritto praticato da numerosi popoli esposti a pretese imperialiste e coloniali in varie parti del mondo ⁽³⁷⁾. Soltanto in seguito di tempo, grazie allo sviluppo dell'antropologia legata agli insegnamenti di

tensioni ed equilibri, a cura di P. Ivaldi, M. Pelissero, Genova, Genova University Press, 2021, p. 93 e ss.

⁽³⁵⁾ F. WAGNER, *Colonial Internationalism: How Cooperation Among Experts Reshaped Colonialism (1830s-1950s)*, Tesi, Firenze, European University Institute, 2016, pp. 297-298; e v. già R. SACCO, *Il diritto africano*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 1995, p. 136 e ss. Per approfondimenti si vedano i saggi raccolti in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXIII/XXXIV (2004/05), *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*.

⁽³⁶⁾ Per la sua genesi. P. STEIN, *Legal Evolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980; sui suoi effetti perniciosi: C. CORRENDO, *Razionalizzazione del pluralismo giuridico e panchayati raj in India*, Napoli-Torino, ESI, 2020, spec. p. 45 e ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. U. BAXI, *The Colonial Legacy*, in *Comparative Law: Traditions and Transitions*, a cura di P. Legrand, R. Munday, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 46 ('epistemic racism'). V. ora P-O. DE BROUX, *Introduction. Nations civilisées, mission civilisatrice, droit de civilisation*, in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », LXXXIII (2019), 2, p. 35 e ss.

Franz Boas, la categoria è stata abbandonata sul piano scientifico. Fintanto che rimase in piedi, il ‘diritto primitivo’ non veniva trattato — nemmeno sotto il profilo culturale — in termini parità con il diritto delle nazioni europee, o dell’occidente ⁽³⁸⁾. Lo Statuto della Corte internazionale di giustizia, Art. 38 para. 1 lett. c) nel far riferimento ai ‘Principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civilizzate’ come fonte del diritto applicato dalla Corte richiama questa vicenda ⁽³⁹⁾.

In contesti coloniali vi sono comunque strategie di mobilitazione del diritto che mirano a far valere pretese autoctone, e che dimostrano la volontà di resistenza a fronte della potenza dominante ⁽⁴⁰⁾. Ad esempio, esse si manifestano nel Perù coloniale, con pretese portate dagli indigeni nelle corti coloniali, sebbene la loro trattazione nel foro si iscrivesse poi nella logica del colonizzatore ⁽⁴¹⁾. Il tema è certamente complesso, anche per la difficoltà di generalizzare quanto si trova da luogo a luogo. Nella storiografia si sottolinea inoltre come il recupero delle voci e delle rivendicazioni indigene in simili ambienti sia un’operazione delicata, già sotto il profilo linguistico e documentale, per la difficoltà di ricostruire il profilo degli attori e dei convenuti e il ruolo degli intermediari di cui essi si avvalevano per presentarsi in giudizio ⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ Per ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a: M. GRAZIADEI, *The Anthropology of European Law*, in *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, cit., p. 262 e ss., pp. 263-264.

⁽³⁹⁾ Sul punto, per la critica: D. KHAN, *One day (Vandaag) ...: Facing the racist legacy of international law*, in « *VerfassungsBlog* », 2020/7/18.

⁽⁴⁰⁾ *Native Claims: Indigenous Law against Empire, 1500-1920*, a cura di S. Belmessous, New York, Oxford University Press, 2012.

⁽⁴¹⁾ T. HERZOG, *Did European Law Turn American? Territory, Property and Rights in an Atlantic World*, in *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, a cura di T. Duve, H. Pihlajamäki, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, p. 75 e ss.; EAD., *Frontiers of Possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2013; EAD., *Colonial Law and ‘Native Customs’: Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America*, in « *The Americas* », LXIII (2013), 3, pp. 303-321; J.R. MUMFORD, *Litigation as Ethnography in Sixteenth-century Peru: Polo de Ondegardo and the Mitimaes*, in « *Hispanic American Historical Review* », LXXXVIII (2008), 1, pp. 5-40.

⁽⁴²⁾ *Native Claims*, cit., p. 7 e ss. (‘authorship and ventriloquism’); B. PREMIO, *The Enlightenment on Trial: Ordinary Litigants and Colonialism in the Spanish Empire*,

Il discorso cambia, almeno in linea di principio, nel momento in cui il diritto dello Stato divenuto indipendente riesce a superare (non di rado diverso tempo dopo la propria costituzione) discriminazioni che fino ad allora erano ritenute perfettamente ammissibili (43). Si arrivano finalmente a proclamare nuovi valori costituzionali, più inclusivi, legati alla prospettiva di uno Stato plurietnico e multiculturale. Il riconoscimento del pluralismo implica allora molteplici aperture in nuove direzioni (44). Beninteso, anche nel nuovo contesto, le spinte non sono tutte in un'unica direzione, ed il confronto tra monismo e pluralismo giuridico rimane serrato (45).

È infatti da notare come i nuovi Stati, nati dalla sconfitta del colonialismo, dopo periodi di transizione più o meno lunghi, non hanno in genere aderito al modello di sovranità 'piramidale' sostenuto da un apparato statale centralizzato, prevalente in Europa (46). Le istituzioni internazionali, che non hanno subito preso in carico questa nuova realtà, hanno dovuto far fronte a critiche. L'accusa è di aver ignorato le dimensioni proprie del pluralismo, in particolare in relazione ai sistemi locali di giustizia di carattere tradizionale, cui tuttora si affida la gran parte della popolazione in molte aree del mondo (47). Vivificare il rapporto tra il mondo indigeno e la giustizia dello Stato richiede comunque mezzi e conoscenza che non sono

Oxford, Oxford University Press, 2017. Sulla tendenza dei dominatori spagnoli ad avvicinarsi al nuovo mondo attraverso le lenti offerte dalla cultura classica: S. MACCORMICK, *On the Wings of Time: Rome, the Incas, Spain, and Peru*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

(43) Dopo l'indipendenza, vari Stati latino-americani mantengono in pieno vigore regimi giuridici differenziati, dalla schiavitù per i neri alle discriminazioni per gli Indios. Il mutamento inizia negli anni Sessanta del ventesimo secolo. Per una lucida sintesi: T. HERZOG, *Latin American Legal Pluralism: The Old and The New*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », L (2021), p. 705 e ss.

(44) Per molti: S. BAGNI, A. RODRÍGUEZ CAGUANA, *Pluralismo jurídico y justicia intercultural: Un estudio comparativo entre Bolivia, Colombia y Ecuador*, in « Revista general de derecho público comparado », 2022, 31, p. 18.

(45) A.C. WOLKMER, E.E. MALDONADO BRAVO, *Pluralisme juridique face au constitutionnalisme latino-américain: domination et colonialité*, in « Cahiers des Amériques latines », XCIV (2020), 1, pp. 39-55.

(46) *Law and Disorder in the Postcolony*, a cura di J. Comaroff, J.L. Comaroff, Chicago, Chicago University Press, 2006, p. 35.

(47) A. FACCI, *Pluralismo giuridico e Rule of Law: un approccio fondato sul reciproco condizionamento tra fonti*, in *Scritti in onore di Mario G. Losano: Dalla filosofia del diritto*

sempre disponibili ⁽⁴⁸⁾. Le carenze dello Stato nel proteggere le comunità autoctone da crimini o disastri ambientali, legati, ad esempio, alla conduzione di industrie estrattive ⁽⁴⁹⁾, mostrano come l'idea di pluralismo giuridico in simili contesti, tuttora segnati da ineguaglianza, oppressione, e sfruttamento sia profondamente problematica. Non meno problematica è l'idea di rivendicare diritti ancestrali davanti alle corti statali, considerando come l'apparato statale al servizio dell'élite del Paese si è in genere posto nei confronti delle popolazioni autoctone ⁽⁵⁰⁾.

Per abbracciare con lo sguardo dinamiche simili non si deve però soltanto pensare all'arrivo del diritto europeo in territori extraeuropei. Si può pensare al rapporto tra la *šari'a* e il diritto consuetudinario, o tra la *šari'a* e il diritto formato da un legislatore umano, in tutte le aree in cui si diffonde l'*islām*. Ovunque, si pone il tema di sapere in quale misura ognuno di questi corpi di diritto viene trasformato in seguito al contatto, all'interazione, o alla contaminazione con l'altro ⁽⁵¹⁾. Anche il cambiamento che si realizza in tal modo è manifestazione della pluralità di forze attive sul terreno. Nella comparazione, si registrano puntualmente osservazioni rela-

alla comparazione giuridica, a cura di L. Lloredo Alix, A. Somma, Torino, Accademia University Press, 2021, p. 63 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Vedi, ad esempio, i rilievi critici di A. GUEVARA GIL, R. VERGARA RODRÍGUEZ, *Anthropological Expertise in the Peruvian Intercultural Justice Project*, in *Redesigning Justice for Plural Societies: Case Studies of Minority Accommodation from around the Globe*, a cura di K. Alidadi, M.-C. Foblets, D. Müller, London, Routledge, 2023, pp. 227-249.

⁽⁴⁹⁾ P. URTEAGA CROVETTO, F. SEGURA URRUNAGA, M. SÁNCHEZ HINOJOSA, *El derecho humano al agua, los pueblos indígenas y el petróleo*, Lima, PUCP, 2019.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. M. SAPIGNOLI, *Hunting Justice: Displacement, Law, and Activism in the Kalahari*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

⁽⁵¹⁾ Uno studio approfondito di questo genere è stato condotto nella parte occidentale di Sumatra, popolata dall'etnia Minangkabau, da F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, *Political and Legal Transformations of an Indonesian Polity: The Nagari from Colonisation to Decentralisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Questa etnia rappresenta il più numeroso gruppo matrilineare al mondo. La coesistenza dell'organizzazione matrilineare e dell'Islam basato sul patriarcato, che influenzò i Minangkabau a partire dal XVI secolo, è stata un vero rompicapo per molti studiosi, e tuttavia il sistema si è dimostrato resiliente, grazie ad una sintesi di questi opposti elementi, che è considerata come costitutiva dell'identità Minangkabau da esponenti della stessa etnia.

tive a queste dinamiche. Si sa bene, ad esempio, che il diritto islamico, entrando a contatto con il diritto dello Stato moderno, perde alcune sue caratteristiche, e ne acquisisce altre, con la scomparsa delle sue basi originarie ⁽⁵²⁾.

3. *Formanti, crittotipi.*

La ricca messe di studi comparativi sui trapianti di norme, sulla circolazione di modelli giuridici, sui *legal transfers*, ha dunque da tempo messo a fuoco il tema del pluralismo giuridico. Lo studioso di diritto comparato sa bene che la frontiera è porosa. Perfino in epoca di rampante nazionalismo accade che si guardi oltre confine per mutuare quanto si ritiene necessario nell'elaborazione del proprio diritto. Il caso italiano è a suo modo paradigmatico. Il codice civile del 1942, entrato in vigore in piena autarchia, in un Paese in guerra, nel regolare l'interpretazione stabilisce che eventuali lacune del diritto siano da colmare tramite il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 preleggi) ⁽⁵³⁾. La coeva civilistica italiana non cessa però di attingere a piene mani a dottrine d'oltralpe, soprattutto di lingua tedesca. Le opere italiane dell'epoca sono fitte di citazioni straniere, come se la formula proposta dal codice fosse un vuoto orpello ⁽⁵⁴⁾. La pratica fruita dall'accademia non veniva scalzata da quella proclamazione, e la contraddizione non veniva avvertita, non suscitava scalpore ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Per un'ottima trattazione generale: R. ALUFFI, voce *Šari'a*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, p. 741 e ss.

⁽⁵³⁾ Sempre attuale in proposito: G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del Codice civile del 1942 (un problema costituzionale?)*, in «Foro italiano», 1969, V, c. 112, il quale fa notare come l'articolo 12 delle preleggi più propriamente si rivolgesse al giudice, investito della questione sollevata da un 'caso', e non invece all'interpretazione in generale.

⁽⁵⁴⁾ Come nota P. RESCIGNO, *Codici: storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 188, la vicenda italiana è tanto più particolare in quanto si nota una «strana convivenza» tra «la struttura codicistica rispondente all'antica formazione [francesizzante, ndr.] e l'uso delle categorie pandettistiche».

⁽⁵⁵⁾ Il discorso è senz'altro diverso oggi; si vedano i rilievi critici formulati al riguardo da Paolo Grossi in M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 51-52. Grossi giustamente ritiene che l'articolo 12 delle preleggi sia incompatibile con l'assetto pluralistico della nostra Costituzione;

È comunque bene chiarire immediatamente un duplice risvolto del discorso. Da un lato, la comparazione giuridica accede sostanzialmente alle medesime nozioni di pluralismo che hanno avuto corso nel dibattito giuridico ed anche antropologico più generale ⁽⁵⁶⁾.

D'altro lato, la comparazione ha 'preso in carico' il pluralismo con propri strumenti. I dati di realtà, che si riassumono in quella formula sono infatti avvicinati negli studi di diritto comparato tramite alcune distinzioni, le quali conducono a rilevare più precisamente gli elementi di varia natura che concorrono nel formare il diritto.

Rodolfo Sacco ha avuto il merito di sollevare il tema e di approfondire il discorso sul punto. Nella sua analisi, che attiene alla conoscenza del diritto, e quindi ha carattere epistemologico, quanto il giurista tende ad avvicinare in modo indifferenziato come 'il diritto', o 'la norma', è in realtà un composito di elementi eterogenei ⁽⁵⁷⁾. Beninteso, questa visione non è inedita per lo storico, il quale deve a sua volta provvedere a ricostruire il diritto di una certa epoca sulla scorta di una pluralità di fonti eterogenee, laddove la parola 'fonte' non assume certo il valore che ha per il giurista piegato sul diritto positivo. Al pari dello storico, il comparatista, nel procedere in tal modo, non sarà infatti tenuto a far fede sulla teoria delle fonti prevalente in una determinata epoca, o in un determinato ambiente. La complessità culturale, come rilevano gli antropologi, è un dato di fondo dell'esperienza ⁽⁵⁸⁾, e su questa constatazione convergono tanto gli studiosi di diritto comparato, quanto gli storici

abrogandolo si eviterebbe, se non altro, 'di dare avallo a posizioni almeno decrepite' (p. 52).

⁽⁵⁶⁾ Su cui P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », L (2021), p. 1 e ss.; K. VON BENDA-BECKMANN, B. TURNER, *Legal Pluralism, Social Theory, and the State*, in « The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », L (2018), 3, p. 255 e ss.; si veda inoltre il capitolo dedicato al pluralismo nel volume di W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006², p. 82 e ss.

⁽⁵⁷⁾ Il tema è stato pienamente sviluppato in R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 2019⁷, p. 55 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. U. HANNERZ, *La complessità culturale. L'organizzazione sociale del significato*, Bologna, il Mulino, 1998.

del diritto. La ricerca di coerenza e di razionalità all'interno della scienza giuridica — laddove sia davvero perseguita — non esclude la pluralità di riferimenti culturali, nemmeno nelle esperienze storiche che a priva vista sembrano avere in maggior grado carattere omogeneo. Per recuperare e rendere intellegibili le tracce di questa complessità, la comparazione ispirata all'approccio sviluppato da Sacco distingue diversi formanti del diritto, la loro pluralità è quindi il dato di base da cui muove la comparazione contemporanea.

Può così accadere che due Paesi con codici civili alquanto diversi condividano le medesime dottrine. E può accadere che il testo del medesimo codice civile sia interpretato alla luce di distinte dottrine in Paesi diversi. Parimenti, si può assistere alla diversa circolazione di formanti che hanno tutti origine nel medesimo Paese. Così, del modello francese all'estero è circolato in primo luogo il codice, poi in misura minore la letteratura, soprattutto quella legata alla scuola dell'esegesi, e quindi in misura molto minore, il modello giurisprudenziale. E vari modelli possono entrare in concorrenza tra loro nella medesima area, con esiti che talvolta possono apparire come ibridi, di cui vi sono varie testimonianze. Andrew Harding, in un contributo recente, ricorda, ad esempio, come Singapore abbia elaborato la propria legislazione sulla protezione dei dati personali prendendo spunto dalla legislazione del Canada, di Hong Kong, e della Nuova Zelanda ⁽⁵⁹⁾.

Si tratta di un inventario di possibilità assai ricco. Sfogliare questo vasto repertorio è anche un invito a riflettere intorno al dato tanto palese, quanto troppo spesso ignorato, soprattutto da chi frequenta in modo occasionale la comparazione: il diritto formalmente in vigore è soltanto uno spicchio di quanto il comparatista deve esaminare nel rendere conto di una determinata esperienza giuridica. Il diritto che il legislatore o il giudice vuol vedere osservato può essere tenuto in non cale dai *mores* correnti, nella società, o in determinati gruppi; la consuetudine può prendersi la rivincita sulla norma scritta; la dottrina può contestare la soluzione promossa dalla giurisprudenza, e la giurisprudenza a sua volta può ignorare tanto la prescrizione della legge, quanto l'insegnamento della dottrina.

⁽⁵⁹⁾ HARDING, *The Legal Transplants Debate: Getting Beyond the Impasse?*, cit.

Non è detto che si debba gridare allo scandalo se questo avviene. Se il testo della legge è risalente, e riflette valori del passato, ma il Parlamento non interviene, qualcuno dovrà pur provvedere a mettere il diritto al passo dei tempi. E se il parlamento vota una legge che viola il buon senso, toccherà al giudice rimediare al disastro che il parlamento ha fatto. Il giudice potrà procedere invocando i valori superiori, che egli ritiene di ritrovare nel testo costituzionale, anche se quel testo costituzionale in realtà risale ad un'epoca in cui i problemi che il giudice si trova a trattare erano addirittura impensabili. Ma è anche ipotizzabile un mondo alla rovescia, in cui il giudice invalida norme destinate a rispondere a problemi sociali attuali, perché una costituzione oramai vetusta, o il diritto di origine divina è di ostacolo alla novità. Oggi in molte materie e in molte parti del mondo il cambiamento del diritto avviene in sintonia con tendenze generali che si affermano attraverso le frontiere — un tema più che mai presente sulla scena nel momento in cui il diritto vive trasformazioni su scala mondiale, cui ha dedicato attenzione la letteratura che si è dedicata allo studio della globalizzazione, e che di essa ha stilato un bilancio meditato e articolato, per quanto riguarda il diritto ⁽⁶⁰⁾.

La riflessione intorno alla varietà dei formanti ha tagliato un ulteriore traguardo quando ha prefigurato la possibilità che il diritto abbia presa nella società, pur vivendo un'esistenza sottotraccia, pur non essendo sancito da regole esplicite. Riconoscere che molte regole praticate, munite pertanto di effettività, non sono affidate a norme esplicite, ma manifestano nondimeno un'insospettata vitalità conduce ad esaminare soluzioni plurali, poco sbandierate. Ricordiamo qualche dato che su cui si è già fermata l'attenzione degli studiosi, riportando il discorso in Italia. Una legge della Regione Toscana del 2000 regola la raccolta di fragole, lamponi, mirtilli, more di rovo, bacche di ginepro, asparagi selvatici e muschi, dichia-

⁽⁶⁰⁾ Per il bilancio critico v. con vari accenti: M.R. FERRARESE, *Tra rafforzamenti e indebolimenti. Il contraddittorio statuto dei confini in epoca post-globale*, in «Teoria Politica», 10 (2020), p. 195 e ss.; M. BUSSANI, *Deglobalizing Rule of law and Democracy: Hunting down Rhetoric through Comparative Law*, in «The American Journal of Comparative Law», LVII (2019), p. 701 e ss.; D. DI MICCO, *La globalizzazione abusata. Quando un concetto impreciso s'impone nel discorso giuridico e nello strumentario del comparatista*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 2017, p. 214 e ss.

randola libera nei limiti giornalieri stabiliti con delibera della giunta regionale (la raccolta di funghi è tartufi è soggetta ad altre leggi) ⁽⁶¹⁾. Per centinaia di migliaia di anni l'umanità ha vissuto della raccolta di frutti spontanei. Il codice civile non regola la questione. Ben prima di queste norme, la consuetudine inveterata ammetteva incondizionatamente la possibilità di raccogliere i frutti spontanei sul fondo altrui, purché esso non fosse cintato ⁽⁶²⁾ (e a nessuno sarebbe venuto in mente che la medesima regola potesse valere rispetto ai prodotti delle coltivazioni, di cui si reprime il furto). Paolo Grossi ha illustrato un analogo tema nell'indagare da par suo la sorte dei domini collettivi sotto i codici civili, che serbavano il silenzio intorno ad essi, per manifesta scelta politica ⁽⁶³⁾. Ecco una indubbia manifestazione di pluralismo, che emerge nella legge ora dedicata ad essi, in cui si riconoscono i domini collettivi come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie, e nella giurisprudenza successiva ad essa, anche di carattere costituzionale ⁽⁶⁴⁾.

Con riferimento alla dimensione non ufficiale, tacita o implicita, di interi corpi di regole, operanti in modo latente, la comparazione ha scelto di parlare di crittotipi ⁽⁶⁵⁾. La nozione di crittotipo, nuovamente, offre una prospettiva sul diritto che rispecchia la possibilità del pluralismo, e che è riferibile tanto al diritto dotto, quanto a sistemi normativi che si collocano in altri ambienti. Così, ad esempio, l'atteggiamento del diritto nei confronti del gioco e della scommessa anche nei sistemi di Paesi industrialmente avanzati può

⁽⁶¹⁾ Regione Toscana: Legge regionale 21 marzo 2000, Legge forestale della Toscana, n. 39, art. 63.

⁽⁶²⁾ Il punto è sollevato con il consueto acume da R. SACCO, *La proprietà (corso pavese di diritto civile 1967/68)*, Torino, Giappichelli, 1968, p. 79, e quindi ID., *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1970, p. 435 e ss.; nonché: ID., *Il diritto muto*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 36 e ss.

⁽⁶³⁾ P. GROSSI, « *Un altro modo di possedere* ». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, rist. anastatica, con integrazioni, Milano, Giuffrè, 2017. La chiave di lettura del pluralismo è proposta dal commento all'opera di Grossi da parte di A. TANAS, S. GUTWIRTH, *Le pluralisme juridique retrouvé au temps des désordres écologiques. Penser la relation entre le droit et les communs de la terre avec Paolo Grossi*, in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », LXXXVI (2021), 1, p. 37 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Tra le decisioni più recenti: Corte Costituzionale, sentenza n. 228 del 06/10/2021.

⁽⁶⁵⁾ SACCO, ROSSI, *Introduzione*, cit., p. 117 e ss.

risentire in modo più o meno velato gli effetti di valutazioni morali relative a tali attività, per considerare un ulteriore esempio pertinente (66). Anche in Europa, la proclamazione di un'eguaglianza formale tra uomo e donna collide con norme precedenti, di segno opposto, le quali tuttora conducono a trattamenti salariali differenziati per i due sessi, contro cui si muove (67). Parimenti, diritto di un Paese socialista può continuare ammettere in determinati campi soluzioni risalenti al diritto civile precedente l'insaturazione del socialismo (68). A sua volta, il diritto di matrice religiosa può far spazio alla regola consuetudinaria, incorporandola, o assimilandola alla logica propria del diritto di origine divina, che ne viene così infiltrato (69).

L'incontro con il pluralismo nella comparazione avviene dunque in molteplici contesti.

Formulato questi rilievi, mi sembra che gli studi comparativi negli ultimi anni abbiano dato alcuni contributi allo studio del pluralismo che sono meritevoli di essere sottolineati. Inoltre, le ricerche in corso nell'ambito della comparazione hanno appena lambito altri temi, che potrebbero essere di notevole importanza nel discutere dell'incontro tra la comparazione e varie manifestazioni del pluralismo. Di qui in avanti, mi concentrerò quindi sulla trattazione di questi aspetti. Essi sono riconducibili a temi quali lo studio del rapporto tra diritto e lingua nella circolazione di modelli giuridici; alla differenza che corre tra il trasferimento di un testo e il trasferimento di una pratica; alla possibilità che la circolazione o la diffusione del diritto sia accompagnata da scelte di policy corrispondenti, o meno.

(66) V. in proposito N. COGGIOLA, *I contratti di gioco e scommessa: percorsi evolutivi dal Codice civile alla disciplina consumeristica*, Torino, Giappichelli, 2022.

(67) I dati più recenti sono pubblicati in: D. LEYTHIENNE, M. PÉREZ-JULIÁN, *Gender Pay Gaps in the European Union - a Statistical Analysis*, Luxembourg, Eurostat, 2022.

(68) Per uno studio classico: R. CRESPI REGHIZZI, R. SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, in « Rivista di diritto civile », 1979, I, p. 179 e ss.

(69) Indicazioni essenziali in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2018⁴, p. 404.

4. Legal transfers, *lingua e diritto*.

Si è ricordato come, al pari di altri elementi culturali, il diritto sia oggetto di diffusione o di circolazione tra varie aree del mondo. Si è anche detto che il fenomeno è risalente. Viceversa, è recente l'attenzione verso le dimensioni linguistiche del problema. In effetti, il diritto che varca la frontiera, in una forma o nell'altra, molto spesso deve prendere una nuova forma linguistica, deve essere tradotto, o reso in un'altra lingua. Ci si può domandare perché il tema sia stato per molto tempo ignorato ⁽⁷⁰⁾.

Molto a lungo, i giuristi appartenenti all'area culturale in cui il diritto romano forniva la base di elaborazioni concettuali condivise hanno potuto pensare che non valesse la pena affrontare i problemi di traduzione in relazione al diritto. La mente del giurista apprendeva il concetto, il concetto aveva valore metalinguistico, ed in effetti inizialmente veniva espresso in un'unica lingua — il latino. La valenza translinguistica del concetto garantiva che esso potesse viaggiare agevolmente attraverso le frontiere linguistiche. Così le lingue vernacolari potevano in larghissima misura attingere al medesimo patrimonio concettuale, anche quando il latino aveva cessato di essere la lingua del diritto. In un simile ambiente, la traduzione non poteva sembrare una vera sfida, e non veniva problematizzata, tutt'al più veniva considerata un compito piuttosto meccanico.

Le prime codificazioni iniziarono ad incrinare il quadro sostanzialmente omogeneo che aveva fino ad allora dominato. La diversità dei diritti nazionali iniziava ad emergere, e con essa si palesano le prime difficoltà di traduzione. È possibile tradurre il vocabolo francese 'faute', che racchiude in sé tanto la nozione soggettiva di colpa, quanto l'idea di illiceità della condotta, con un unico vocabolo tedesco o italiano? La difficoltà di traduzione riguarda il fatto che, tanto nel diritto italiano successivo alla ricezione di modelli pandettistici, avvenuta nell'ultimo quarto del diciannovesimo secolo, quanto nel diritto tedesco legato a quei modelli, si distinguono sistematicamente questi due elementi, mentre il codice civile francese ignora tale distinzione. Il codice civile francese nel trattare la

⁽⁷⁰⁾ Su quanto segue: R. SACCO, *Dall'interpretazione alla traduzione*, in *Interpretazione e traduzione del diritto*, a cura di E. Ioriatti Ferrari, Padova, Cedam, 2008, p. 2 e ss.

responsabilità civile esprime con il vocabolo ‘faute’ la ‘culpa’ del tardo diritto comune, la quale — in relazione al contesto — poteva esprimere il concetto di illiceità, o di adeguatezza/inadeguatezza della condotta rispetto alla diligenza esigibile nelle circostanze (71).

Nel corso del Novecento, si acuisce la sensibilità verso la dimensione linguistica del diritto, e si revoca il dubbio il valore universale del concetto e il significato oggettivo del testo. Il rapporto tra diritto e lingua viene così problematizzato (72). Nel trasferimento di un certo corpo di diritto da un luogo all’altro il problema della lingua attraverso cui il diritto viaggia diviene quindi un problema centrale, troppo spesso ignorato o sottovaluto. Chi opera il trasferimento può avere una idea ingenua del rapporto tra lingua e diritto, e non cogliere il punto essenziale: un testo non genera da sé il proprio significato; per cui non vi è garanzia che una determinata traduzione garantisca il prevalere del medesimo significato a cavallo delle frontiere.

Gli studiosi del diritto uniforme sanno bene che l’entrata in vigore del medesimo testo in più territori non garantisce di per sé l’uniforme interpretazione. Per ottenere una interpretazione uniforme, l’ideale è disporre di un’autorità in grado di imporre tale uniforme interpretazione attraverso le frontiere. È il compito affidato in Europa alla Corte di giustizia, la quale deve assicurare il rispetto del diritto dell’Unione nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati (art. 19 del Trattato sull’Unione Europea). Non-dimeno, in un ambiente di questo genere, il fatto che il diritto sia espresso in una molteplicità di lingue pone sfide di non poco conto per l’interprete (73).

(71) Il riferimento è all’originario art. 1382 c.c. fr. «Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer». Dopo la riforma del Codice civile francese del 2016 il medesimo testo è ora confluito nell’art. 1240 c.c. fr.

(72) Beninteso, il movimento descritto nel testo abbraccia tutta una serie di questioni su cui si interroga la storiografia: P. COSTA, *‘Dire la verità’: una missione impossibile per la storiografia?* in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLIX (2020), p. 9 e ss.

(73) C.J.W. BAAIJ, *Legal Integration and Language Diversity: Rethinking Translation in EU Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2018; riflessioni adeguate sul problema generale in: K.K. SIN, *Out of the Fly-bottle: Conceptual Confusions in Multi-*

Evidentemente le difficoltà sono maggiori nel caso in cui non sia all'opera alcuna autorità di questo genere e nella traduzione si debba passare da un universo culturale all'altro. Come nota Roberta Aluffi, affrontare questi problemi è delicato: « Non si tratta di fisime del traduttore giuridico o di raffinatezze da lasciare ai traduttori letterari. Nella traduzione giuridica, la scelta di un termine piuttosto che di un altro, in ragione delle sue connotazioni, può avere ripercussioni concrete, ad esempio sulla decisione del giudice » (74). E il giudice italiano è quindi talvolta in difficoltà nel cogliere il significato di termini giuridici stranieri, riguardanti, ad esempio, lo scioglimento del matrimonio governato dalla legge di un paese islamico (75).

Il tema segnalato — vale a dire il problematico rapporto tra il testo tradotto e il testo su cui si è esercitato il traduttore — è tanto più grave se si considera che molti concetti adoperati nel diritto, a differenza di quanto avviene per i concetti adoperati in altri campi della conoscenza, come la medicina, la fisica, la biologia, non hanno referenti nel mondo naturale (76). La nozione giuridica di 'danno', ad esempio, non fa riferimento ad alcun elemento che sia individuabile consultando la nostra conoscenza relativa al mondo naturale. La malleabilità del diritto che ne deriva è per alcuni fini un vantaggio; purtroppo il guadagno cui accenniamo non è tale sul piano della costanza e della coerenza delle soluzioni (quante accezioni ha il vocabolo 'cosa' nel diritto?).

lingual Legislation, in « International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique », XXVI (2013), 4, p. 927 e ss.

(74) R. ALUFFI, *Categorie, termini ed emozioni. La connotazione nella traduzione giuridica dall'arabo*, in *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione (Società italiana per la ricerca nel diritto comparato - Como, 14-15 marzo 2014)*, a cura di M. Graziadei, B. Pozzo, Milano, Giuffrè, 2015, p. 273 e ss. Per la trattazione generale del tema, in relazione alla lingua araba: R. ALUFFI, *Unity and varieties of Arabic as a Legal Language: Practices of Interpretation and Translation*, in *Handbook of Communication in the Legal Sphere*, a cura di J. Visconti, Berlin, Boston, De Gruyter, 2018, p. 423 e ss. Più in generale si segnalano i vari contributi accolti in: *Lingua e diritto: oltre l'Europa*, a cura di B. Pozzo, Milano, Giuffrè, 2014.

(75) ALUFFI, *Categorie, termini ed emozioni*, cit. Il tema ha continuato a sollecitare i nostri giudici, anche in tempi più recenti.

(76) M. CORTELAZZO, *Lingua e diritto in Italia. Il punto di vista dei linguisti*, in *La lingua del diritto. Difficoltà traduttive. Applicazioni didattiche*, a cura di L. Schena, Roma, CISU, 1997, p. 35 e ss., a p. 37: « il diritto non si serve della lingua, ma è fatto di lingua ».

Amnesso quindi che sia possibile trasferire il diritto da una parte all'altra del globo, sorgeranno problemi che riguardano la traduzione di quel diritto, e la sua interpretazione in loco, nella comunità di arrivo. Al limite, la difficoltà di tradurre la lingua in cui si esprime un determinato diritto può essere un ostacolo alla sua esportazione, soprattutto se esso non è assistito da grande prestigio (77). Poiché il tema della riflessione odierna è il pluralismo, va rilevato che in relazione al diritto, la concomitante pluralità di sistemi normativi riguarda tanto la sua sostanza, quanto parimenti la lingua o le lingue in cui i molteplici diritti vengono espressi (78). A questo proposito, si sono oramai sviluppati nel campo della comparazione, della giurilinguistica, e della traduttologia studi approfonditi, grazie ai quali si aprono nuovi orizzonti, quanto alla capacità di cogliere tutti i risvolti del pluralismo, anche sul piano linguistico (79). In molte lingue del mondo, la lingua del diritto è largamente debitrice di traduzioni, e il linguaggio è essenzialmente un linguaggio tradotto, poiché il diritto di stampo occidentale è stato veicolato in loco tramite traduzioni. Talvolta la pluralità di traduzioni del medesimo concetto crea difficoltà per coloro che le fruiscono, inducendo confusione o poca trasparenza nella comprensione e nella comunicazione del diritto (80). Si tratta di un tema che ormai riguarda anche il diritto italiano, che ha aperto negli ultimi decenni la porta ad una sorprendente quantità di anglicismi, sia nella forma originale, sia con adattamenti, con rischi sensibili quanto alla comu-

(77) Si vedano le osservazioni svolte in relazione al diritto cinese da: M.S. ERIE, D. HAI HA, *Law and Development Minus Legal Transplants: the Example of China in Vietnam*, in « Asian Journal of Law and Society », VIII (2021), 2, p. 372 e ss., p. 379.

(78) J.-G. BELLEY, *Langues et pluralismes juridiques au Québec: un regard historique et sociolinguistique*, in « Annuario di diritto comparato e di studi legislativi », 2015, p. 443 e ss.

(79) In relazione al quadro europeo: E. IORIATTI, *Comparative Law and EU Legal Language: towards a European Restatement?*, in « Global Jurist », XX (2021), 2, p. 305 e ss.

(80) I. KITAMURA, *La cultura giuridica giapponese e i problemi della traduzione*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2003, 2, p. 359 e ss.; A. ORTOLANI, *The Many Languages of Japanese Legal Language*, in *Handbook of Communication in the Legal Sphere*, cit., p. 45 e ss. Sulle versioni del Codice civile francese in italiano, S. SOLIMANO, « *Italianiser les lois françaises* ». Ancora sulle traduzioni del Codice Napoleone (1803-1809), in « Rivista di storia del diritto italiano », XCI (2018), p. 21, ss., spec. p. 25 e ss.

nicazione del messaggio normativo affidato alla lingua del diritto ⁽⁸¹⁾.

Il testo che dovrebbe esprimere la norma, nel passaggio da una lingua all'altra, può dunque acquisire connotazioni nuove ed inedite, le quali aprono uno squarcio sulle diverse mentalità che operano nei diversi contesti. Nel registrare la novità, si pone sulla mappa anche lo spazio in cui può aver gioco il pluralismo, sotto la veste dell'interpretazione che guida la traduzione e la lettura del testo tradotto.

5. *Trasferimenti di testi vs. trasferimento di pratiche.*

Quando si discute intorno alla possibilità di trasferire il diritto da un luogo all'altro raramente si osserva quanto è sotto gli occhi di tutti. D'altra parte, quanto è divenuto parte del senso comune ben difficilmente viene notato, non colpisce l'attenzione ⁽⁸²⁾. La letteratura sul trasferimento di norme ha così raramente considerato una distinzione che ha un certo peso.

Altro è trasferire da un luogo all'altro un testo normativo, un testo contrattuale, etc. — attraverso la traduzione — altro è trasferire una pratica (istituzionale, commerciale, professionale, etc.) di carattere giuridico, che dovrebbe radicarsi nel nuovo ambiente.

Sebbene già nell'opera di Sacco sia scandita con chiarezza la distinzione tra sapere esplicito verbalizzato e sapere implicito, il quale è alla radice di una pratica non espressa a parole ⁽⁸³⁾, gli studi di diritto comparato dedicati alla diffusione di norme non hanno in genere davvero sfruttato quanto tale distinzione può offrire in termini esplicativi delle dinamiche 'sul terreno' ⁽⁸⁴⁾. Tuttavia, la differenza ora sottolineata ha davvero importanza per comprendere

⁽⁸¹⁾ S. FERRERI, L.A. DI MATTEO, *Terminology Matters: Dangers of Superficial Transplantation*, in « Boston University International Law Journal », XXXVII (2019), 1, p. 35 e ss. Si veda in proposito anche il campionario di norme raccolte da: L. TAFANI, *Tra slogan e norme: gli anglicismi nella lingua italiana del diritto e della comunicazione istituzionale*, in « Publifarum », 2019, 31.

⁽⁸²⁾ L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it. di R. Piovesan e M. Trinchero, Torino, Einaudi, 1995, § 129.

⁽⁸³⁾ SACCO, ROSSI, *Introduzione*, cit., p. 117 e ss. (gli autori citati sono Hayek, Chomsky e Whorf).

⁽⁸⁴⁾ Per una brillante eccezione vedi però: L. FOLJANTY, *Zur Problematik der Übersetzung richterlicher Methoden: Frankreich und Japan im 19. Jahrhundert*, in

quali traiettorie percorrerà il trasferimento di elementi culturali attraverso le frontiere.

Un dato eclatante illustra il punto: il diritto inglese si è diffuso per il mondo in ogni luogo in cui sono arrivate le armi di sua maestà, ma il *common law* come sistema giuridico non è stato adottato spontaneamente da alcun Paese che non fosse soggetto al potere britannico. Se le cose sono andate così è (anche) perché altro è adottare un testo, altro è sviluppare una pratica. L'amministrazione della giustizia secondo modalità di *common law* si può trasferire da un luogo all'altro, ma per ottenere questo effetto non è sufficiente mettere in vigore un testo (così come nessuno impara a giocare a tennis leggendo un manuale dedicato a questo sport...). Si tratta di fare 'pratica' come si dice. In altre parole, trasferire una pratica da una comunità all'altra, da una persona ad un'altra è complesso. Il tema non riguarda unicamente il mondo del diritto. La medicina, ad esempio, si interroga su come diffondere una semplice pratica come il lavarsi le mani a fine di igiene. Il trasferimento di una pratica da un luogo all'altro nel mondo odierno è studiato in molteplici campi. Studi su vasta scala sono condotti nell'ambito della scienza delle organizzazioni e della geografia economica, in particolare con riguardo al trasferimento di pratiche in organizzazioni complesse come le imprese multinazionali ⁽⁸⁵⁾.

Per andare alla radice della questione, ogni circolazione di norme è trasferimento di conoscenza. Tuttavia, il vocabolo 'conoscenza' non ha sempre la medesima accezione.

Talvolta per conoscenza si intende un sapere che è trattato alla stregua di un oggetto, o di un'entità immateriale che abbia lo statuto di un oggetto: è dunque 'conoscenza' quanto è valido in ogni tempo e in ogni luogo. Acquisire conoscenza sarebbe equivalente a 'scoprire' e ad 'apprendere' dati di questo genere, i quali in linea di principio possono essere accumulati, codificati, trasmessi, etc. etc.

Secondo un approccio performativo, è invece conoscenza il sapere pratico, cioè la conoscenza che abilita a fare in un determi-

«Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung», CXXXIII (2016), p. 499 e ss.

⁽⁸⁵⁾ Vedi, ad esempio: J. WIEMANN, *Geographies of Practice Transfer. A Practice Theoretical Approach to the Transfer of Training Practices within German Multinational Enterprises to China, India, and Mexico*, Cham, Springer, 2022.

nato contesto, e che quindi ha un certo carattere sociale. Questo tipo di sapere non è rappresentabile come un oggetto, e non è trasferibile come tale ⁽⁸⁶⁾.

La distinzione ora sottolineata è valida anche in relazione al trasferimento del diritto, il quale, come conoscenza pratica, è più vicino alla seconda anziché alla prima nozione di conoscenza.

Com'è noto, è ben possibile che l'introduzione di un testo normativo non sia accompagnato da una pratica corrispondente. Il diritto che proviene da oltre frontiera può dunque rimanere sulla carta, senza avere una presa effettiva nella società, se non si traduce in pratica. Può anche accadere, per contro, che un determinato testo veicoli una pratica corrispondente, se sostenuto da una comunità professionale, che provvede al suo sviluppo.

Un esempio tratto da diritto giapponese vale ad illustrare il punto. Il codice di commercio giapponese nel 1950 fu riformato per introdurre il *duty of loyalty* degli amministratori, sulla scia dell'esempio statunitense. Per oltre quarant'anni i tribunali giapponesi hanno ignorato la novità ed essa ha svolto un ruolo limitato nel diritto societario e nella *governance* societaria giapponese. Soltanto alla fine degli anni '80 del ventesimo secolo, quando ormai da tempo il Giappone aveva raggiunto un'elevata crescita economica, la norma sull'obbligo fiduciario degli amministratori cessa di avere un'esistenza puramente cartacea ⁽⁸⁷⁾. Per contro, l'industria della finanza è riuscita a far convergere in tempi relativamente contenuti la prassi relativa alla negoziazione di contratti derivati in tutto il mondo tramite l'adozione del medesimo modello contrattuale, vale a dire il *Master Agreement* messo a punto dall'*International Swaps and Derivatives Association*, che è adottato da parte di circa 700 comunità di operatori nei diversi continenti ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ O. IBERT, *Towards a Geography of Knowledge Creation: the Ambivalences between 'Knowledge as an Object' and 'Knowing in Practice'*, in « Regional Studies », XLI (2007), 41, pp. 103-114.

⁽⁸⁷⁾ H. KANDA, C.J. MILHAUPT, *Re-examining Legal Transplants: the Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law*, in « The American Journal of Comparative Law », LI (2003), 4, p. 887 e ss.

⁽⁸⁸⁾ A. RILES, *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*, Chicago, Chicago University Press, 2011; in Italia, la prassi è sancita dall'art. 7 del Decreto del 20/12/2017 - Min. Economia e Finanze di attuazione, ai sensi dell'ar-

Nel campo del diritto costituzionale lo scollamento tra il testo e la prassi si può manifestare in modo profondo, quando i diritti e le garanzie formalmente offerte non sono seguite da prassi corrispondenti. Nella varietà delle situazioni da considerare, abbiamo costituzioni che, ispirate ad esperienze straniere, non hanno alle proprie spalle il costituzionalismo come cultura e come prassi. Fa difetto una visione del diritto costituzionale inteso in primo luogo come garanzia fondamentale della vita democratica, basata sul riconoscimento dei diritti individuali. La vita costituzionale in un simile diverso contesto è ben diversa da quella propria di uno Stato che vive il costituzionalismo come prassi oramai radicata nella dinamica istituzionale e nella stessa società. Mentre quest'ultima visione parla della costituzione come del tessuto di norme che tiene insieme la società, garantendo i diritti necessari per la vita democratica, le costituzioni che non promuovono il costituzionalismo come prassi manifestano un atteggiamento scettico rispetto al valore dei diritti individuali ⁽⁸⁹⁾. Una costituzione calata in questo ambiente presenta tratti diversi da quelli noti al costituzionalismo classico. D'altra parte, è possibile che il liberalismo promosso all'insegna della necessità di imitare il modello vincente alimenti reazioni di rigetto e sentimenti di disillusione ⁽⁹⁰⁾.

Radicare una prassi in un nuovo ambiente non è possibile se non si crea intorno ad essa una comunità epistemica che condivide un sapere contestuale, riferito all'azione. Ed è opportuno notare che un sapere di questo genere esprime una dimensione etico-valutativa, oltre che puramente tecnica. Si tratta infatti di valutare da parte degli operatori appartenenti a tale comunità, sia quanto è efficace sul piano fattuale, sia quanto è giusto ed appropriato fare in relazione ad una determinata situazione. Quest'ultima valutazione non è meno importante della precedente nell'orientare la prassi. Il sapere pratico

articolo 3, comma 1-*bis*, del Testo unico del debito pubblico. Per un'affascinante analisi di come, pur in presenza di un forte tabù culturale, il contratto di assicurazione sulla vita sia stato introdotto in Cina, C.S.C. CHAN, *Marketing Death: Culture and the Making of a Life Insurance Market in China*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁽⁸⁹⁾ T. GROPPI, *Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, in « *Politica del diritto* », 2006, pp. 187 e ss.

⁽⁹⁰⁾ I. KRASSTEV, S. HOLMES, *The Light That Failed: Why the West Is Losing the Fight for Democracy*, New York, London, Pegasus Books, 2020.

« ... incorpora una serie di valori dell'attore — la fiducia piuttosto che la sfiducia, la collaborazione piuttosto che la competizione etc. — che orientano l'attribuzione di significato alle situazioni e quindi anche la scelta dei corsi d'azione » ⁽⁹¹⁾. Come sapere contestuale, non pienamente codificato, narrativo, il sapere di questo tipo è per sua natura un sapere difficilmente trasferibile, richiede un addestramento che si svolge giorno per giorno, nel contatto con gli altri, e che è costitutivo di nuove identità ⁽⁹²⁾.

La letteratura sui trapianti di norme si è spesso concentrata sulla circolazione dei testi di vario genere, ma lo studio di come questi elementi culturali si radicano nella realtà è per forza di cose uno studio rivolto alla prassi e alla sua epistemologia. La prassi può ben strutturarsi secondo modelli locali che poco hanno a che fare con il modello originario. Così, il *common law* statunitense è amministrato da una professione legale che ben presto scelse modelli organizzativi diversi da quelli praticati in Inghilterra, perché le condizioni economiche, sociali, e culturali in cui si trovò ad operare l'avvocatura negli Stati Uniti non erano quelle prevalenti nel mondo che ruotava intorno alle corti londinesi ⁽⁹³⁾.

Il pluralismo di cui si discorre in relazione ai trapianti di norme può essere legato alla circolazione e all'attribuzione di significato ai testi, ma il tema assume un ben diverso spessore quando si discute delle pratiche (e quando si passa alla *Wirkungsgeschichte*) ⁽⁹⁴⁾. Trasferire l'amministrazione della giustizia come prassi da un luogo all'altro è cosa ben diversa dal trasferire da un luogo all'altro il medesimo codice di procedura civile o di procedura penale, vuoi nella sua lingua originale, vuoi in traduzione. Anche oggi assistiamo al tentativo di riprodurre pratiche, nel momento in cui notiamo, ad esempio, che centri finanziari offshore di livello internazionale si

⁽⁹¹⁾ F. BOTTA, A. VINO, *Sviluppo e competenze. Saggio sulle verità nascoste e sul sapere pratico*, Bari, Cacucci, 1999, p. 46.

⁽⁹²⁾ Ivi, pp. 52-53.

⁽⁹³⁾ GAMBARO, SACCO, *Sistemi*, cit., p. 126 e ss.

⁽⁹⁴⁾ S. SOLIMANO, *Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2019, p. XIII e ss.; in questo ambito, anche gli storici del diritto si occupano a pieno titolo di *legal transfers: Costruire, trasformare, controllare*. *Legal transfer e gestione dello spazio nell'Ottocento*, a cura di F. Brunet, M. Luminati, P. Mastrolia, S. Solimano, Bellinzona, Casagrande Editore, 2022.

dotano di corti che dovrebbero offrire garanzie di qualità, indipendenza, etc. a litiganti stranieri. Non a caso, queste Corti si giovano almeno in parte di personale straniero, senza il quale la promessa di pratiche conformi ai modelli internazionali non sarebbe semplicemente credibile⁽⁹⁵⁾. Per contro, in vari Paesi in cui è arrivato il diritto a modello occidentale rimane spiccata la preferenza per i modelli alternativi di risoluzione delle controversie, i quali si sono fatti ora spazio in occidente per ragioni e in condizioni diverse. Quello che conta qui, è il diritto praticato. Riflettere su simili esperienze aiutare a comprendere tutti i limiti di uno studio comparativo che non sia orientato alla ricostruzione delle prassi, e al loro eventuale trasferimento da un luogo all'altro. In questo ambito, gli storici del diritto impegnati negli studi di storia 'globale', disposti a superare una storia legata alla dimensione dei confini nazionali, hanno aperto nuove vie, dimostrando ancora una volta che la comparazione non può davvero fare a meno della storia⁽⁹⁶⁾.

6. *Trasferimenti di norme: il gioco degli indirizzi politici.*

Fin qui, il pluralismo nel diritto è stato discusso principalmente come il frutto dell'incontro di molteplici ordini giuridici. Nell'epoca contemporanea, questo incontro può essere promosso da indirizzi politici e economici, o da considerazioni di natura scientifica e tecnica, che pretendono di trascendere le frontiere e le distinzioni tra le varie culture. La rapida diffusione di interi corpi di norme in tutto il mondo è alimentata regolarmente da scelte politiche che si traducono — quando è necessario — in norme giuridiche. La permeabilità degli Stati rispetto alla diffusione di tali indirizzi non può non colpire l'osservatore. Il dibattito intorno alla globalizzazione si è sviluppato in

⁽⁹⁵⁾ N. ZAMBRANA-TÉVAR, *The Court of the Astana International Financial Center in the wake of its predecessors*, in « Erasmus Law Review », 2019, p. 122 e ss. L'Autore riferisce che la Corte, creata nel quadro dell'*Astana International Financial Centre* in Kazakistan, è attivata con contratti che prevedono l'impegno di nove giudici inglesi, tra cui Lord Woolf.

⁽⁹⁶⁾ B. SORDI, *The Time Dimension in Comparative Research*, in *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, a cura di P. Cane et al., Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 233 e ss., spec. p. 243 e ss.; T. DUVE, *What is Global Legal History?*, in « Comparative Legal History », VIII (2020), 2, p. 73 e ss.

presenza di politiche globali che hanno poi avuto ricadute giuridiche sugli Stati nazionali, dall'ondata di privatizzazioni che ha investito l'economia di vari Paesi a partire dagli anni '80 del ventesimo secolo, all'abolizione su larga scala dei vincoli e delle restrizioni apposte alla libera circolazione dei capitali, e così via.

Una vasta letteratura politologica si occupa in effetti di *policy transfers* ⁽⁹⁷⁾, vale da dire dell'implementazione delle medesime politiche attraverso le frontiere. Tali trasferimenti — come si è detto — comportano non di rado l'adozione di norme giuridiche corrispondenti: così è avvenuto, in materia di salute, ad esempio, per il divieto di fumo nei locali pubblici ⁽⁹⁸⁾, o per rimozione del divieto di vendita di anticoncezionali ⁽⁹⁹⁾. Anche in campo economico matura l'attenzione al tema, con analisi che tentano di stabilire su base comparativa quali relazioni corrono tra la performance economica e un insieme determinato di norme giuridiche ⁽¹⁰⁰⁾.

Politologi ed economisti trattano così delle diffusione di norme, senza necessariamente conoscere la letteratura giuridica sul tema, né entrare regolarmente in dialogo con essa (e viceversa!). Indirizzi critici nella letteratura economica ora segnalano come la ricetta *one size fits all*, prescritta da molte istituzioni globali, attive in capo economico nel promuovere liberalizzazioni e privatizzazioni su larga scala, non sia credibile come viatico per conseguire il successo economico ⁽¹⁰¹⁾.

Nel trattare della diffusione del diritto va rilevato come il diritto che viene messo in vigore per effetto di simili trasferimenti di norme

⁽⁹⁷⁾ Per un'introduzione allo stato dell'arte: D. STONE, O. PORTO DE OLIVEIRA, L.A. PAL, *Transnational Policy Transfer: the Circulation of Ideas, Power and Development Models*, in « Policy and Society », 2020, 39, p. 1 e ss.

⁽⁹⁸⁾ D. TOSHKOV, *Policy-making Beyond Political Ideology: the Adoption of Smoking Bans in Europe*, in « Public Administration », 2013, 91, p. 448 e ss.

⁽⁹⁹⁾ R. VANSICKLE-WARD, K. WALLSTEN, *The Politics of the Pill: Gender, Framing and Policymaking in the Battle over Birth Control*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2019.

⁽¹⁰⁰⁾ Per una discussione di carattere generale: M.J. TREBILCOCK, M. MOTA PRADO, *Advanced Introduction to Law and Development*, Cheltenham, Elgar, 2021².

⁽¹⁰¹⁾ D. RODRIK, *Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science*, New York, 2015; ID., *Rethinking Growth Strategies, in Wider Perspectives on Global Development*, Studies in Development Economics and Policy, London, Palgrave Macmillan, 2005, p. 201 e ss.

non necessariamente suscita un mutamento corrispondente nella società. La ragione di una tale discrasia può essere la più varia. Può accadere che un certo indirizzo legislativo prevalga grazie ad un indirizzo politico che è poi messo rapidamente in minoranza. La normativa che entra in vigore può essere adottata perché si sono presi ambiziosi impegni internazionali, poco rispondenti alla realtà del Paese, e alle forze disponibili per attuarli. Infine, una certa riforma può essere stata introdotta dal potere politico semplicemente per tacitare critiche ricorrenti, senza la volontà di dare davvero soluzione al problema che è alla loro origine. Resta il fatto che, in presenza di simili condizioni, il diritto formalmente sancito registrerà esiti di tutt'altro segno sul terreno. La promozione di alcune politiche a livello transnazionale si può dunque tradurre in sede locale nell'adozione di norme giuridiche non sostenute da politiche congruenti, indirizzate verso gli obiettivi proclamati sul piano normativo. L'adozione di norme giuridiche cui manca il sostegno di un corrispondente impegno politico non è un fatto inedito nella storia del diritto e delle istituzioni. Si apre quindi un nuovo fronte per descrivere in termini di 'pluralismo' quanto accade a seguito della diffusione di norme, la cui applicazione diviene problematica in vari contesti. Un'ipotesi da avanzare al riguardo, è che troppo di frequente si offrono spiegazioni 'culturali' a fronte di esiti spiegabili in termini squisitamente politici.

Così, lo studio del diritto giapponese è stato spesso condotto sulla scorta dell'assunto secondo cui il diritto moderno, di stampo occidentale, sarebbe stato un dato alieno alla mentalità dei giapponesi. Per questa ragione i giapponesi avrebbero adito le corti in misura molto minore di quanto non avviene altrove. Questa analisi della realtà giapponese è semplicistica. Esaminata più in profondità, la bassa litigiosità giapponese fa emergere l'azione di una pluralità di fattori rivolti a contenere il ricorso alle corti. Come ha segnalato Takeo Tanase, in proposito ha avuto un peso notevole la scelta dei dirigenti politici giapponesi di non favorire il ricorso dei cittadini alla giustizia in vari ambiti, nell'intento di evitare che le scelte effettuate dal potere politico venissero sindacate dal sistema giudiziario ⁽¹⁰²⁾. In effetti, gli stessi antropologi mettono ora in guardia

⁽¹⁰²⁾ Su tutto questo: G.F. Colombo, *Procedura civile e ADR*, in COLOMBO, LEMME, *Introduzione al diritto giapponese*, cit., p. 43 e ss.; Id., *Oltre il paradigma della società*

circa la possibilità di utilizzare la nozione di ‘cultura’ come fattore esplicativo di dinamiche sociali e giuridiche, per l’opacità della nozione ⁽¹⁰³⁾.

La sorte della Costituzione della Federazione russa del 1993 è illustrativa di questa traiettoria. L’ampia parte di questa Costituzione diretta a garantire ai cittadini russi un intero ventaglio di diritti fondamentali è stata tragicamente smentita nei fatti dalle pratiche del potere, fino agli emendamenti del 2020, attuati tramite una procedura ad hoc, non prevista dalla stessa costituzione ⁽¹⁰⁴⁾. Anche nell’Unione Europea, l’adesione di alcuni Stati membri ai Trattati non è stata accompagnata da una profonda condivisione dei valori che sono alla base dell’Unione da una parte della popolazione e del ceto politico. In materie apparentemente ‘tecniche’, si registrano parimenti vicende meritevoli di attenzione. Così, l’Italia ha recepito le norme dell’Unione europea sugli standards di qualità dell’aria, ma poi ha fatto poco o nulla per adeguare le proprie scelte a quanto richiedeva il diritto dell’Unione in questa materia. La Corte di giustizia non ha quindi potuto far altro che condannare il nostro Paese per inadempimento ai relativi obblighi unionali ⁽¹⁰⁵⁾. L’Italia è stata uno dei soli tre Paesi dell’UE a superare i limiti di legge per tutti i principali inquinanti atmosferici nel 2017 con la Romania e la Bulgaria ⁽¹⁰⁶⁾. In quale misura un simile inadempimento è ascrivibile a fattori genericamente culturali, da ricondurre alla categoria del ‘pluralismo’ piuttosto che — più correttamente — alla deliberata volontà politica di non mettere freno o rimedio ad attività inquinanti, o alla scelta — parimenti politica — di non porre a disposi-

senza liti. *La risoluzione extra-giudiziale delle controversie in Giappone*, Padova, Cedam, 2011.

⁽¹⁰³⁾ F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, *Why Not Legal Culture*, in «Journal of Comparative Law», V (2010), 2, p. 104 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ I. GALINOVA, *La Legge di emendamento alla Costituzione della Federazione di Russia del 14 marzo 2020 e il suo iter: i principali punti critici della revisione costituzionale in Russia*, in «AD. Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società», 2020, 1.

⁽¹⁰⁵⁾ Causa C-644/18 Commissione c. Italia, EU:C:2020:895.

⁽¹⁰⁶⁾ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Air Quality in Europe - 2019 report*, Luxembourg, 2019.

zione dei cittadini italiani mezzi giudiziari efficienti per reagire a scelte ambientali devastanti? ⁽¹⁰⁷⁾.

7. Conclusioni.

Qualche anno addietro Sally Falk Moore lamentava come il pluralismo giuridico si fosse imposto sulla scena degli studi dedicati al rapporto tra diritto e società alla stregua di un ‘omnium gatherum’: una collezione di oggetti disparati, tanto diversi tra loro da revocare in dubbio la stessa validità di questa nozione come strumento conoscitivo, utilizzabile efficacemente a fini di analisi ⁽¹⁰⁸⁾. La comparazione giuridica non ha di certo ignorato i dibattiti che si sono svolti intorno al tema, ma ha affinato alcuni strumenti per affrontare il discorso in termini più generali e distesi, anche in relazione a contesti contemporanei, in cui, di primo acchito, non si parlerebbe di pluralismo. Ha potuto farlo perché l’esperienza della diversità culturale è in primo luogo interna ad ogni cultura, che si presenta composita, in parte coincidente o sovrapponibile ad altre culture, con cui entra in contatto.

La complessità culturale che si traduce in pluralismo è parte dell’esperienza di ognuno, e la consapevolezza di tale complessità diventa acuta proprio attraverso la comparazione. Nel comparare, si incontra il fenomeno del trasferimento di elementi culturali, che sono la base di nuove norme. Vicende di questo genere mostrano la possibilità di un divario tra il diritto che è promosso attraverso il prestito o l’imposizione e la regola effettivamente praticata. L’adozione di un diritto all’occidentale può lasciare vive nella società forze che adattano alla realtà locale il diritto proveniente da altri luoghi, o lo disconoscono, o semplicemente lo ignorano. La comparazione si interrogherà su queste forze, svelando come influiscono sull’inter-

⁽¹⁰⁷⁾ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Ardimento e altri c. Italia*, ricorso n. 4642/17, del 5 maggio 2022, con cui la Corte ha accertato il persistere delle violazioni dell’art. 8 (« Diritto al rispetto della vita privata e familiare ») e dell’art. 13 (« Diritto a un rimedio effettivo ») della Convenzione europea dei diritti dell’uomo — già accertate nella sentenza *Cordella e altri c. Italia e Lina Ambrogi Melle e altri c. Italia*, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15, del 24 gennaio 2019.

⁽¹⁰⁸⁾ S.F. MOORE, *Legal Pluralism as Omnium Gatherum*, in « Florida International University Law Review », X (2014), p. 5 e ss.

pretazione del testo, come esse possono favorire, o contrastare la diffusione di pratiche originariamente ignote in loco. Nell'esercizio comparativo si potrà dunque apprendere anche quale rapporto corre tra lingua e il diritto nei vari contesti.

Si è voluto sottolineare nelle pagine precedenti come la letteratura sulla circolazione dei modelli giuridici, sui trapianti di norme, sui *legal transfers* abbia aperto alcune frontiere nell'indagine sulla mobilità del diritto, e come alcune tematiche rimangano da esplorare più a fondo. Tra queste, vi è il tema del rapporto tra la circolazione di norme affidate a testi, i problemi riguardanti la traduzione del diritto, lo sviluppo di pratiche necessarie al radicamento del diritto, e la convergenza\divergenza tra il momento giuridico e il momento politico, economico, etc., in tutte le dinamiche considerate.

In ultimo, come sempre, la comparazione induce a riflettere criticamente sulla propria esperienza. Nella modernità, avanza l'immagine della sovranità e con essa l'idea di un unico centro in cui risiede l'autorità, da cui si irradiano le norme; si tratta di un'immagine inaccettabile, per quanto di ideologico vi è nella costruzione ora ricordata ⁽¹⁰⁹⁾. Il calco uniforme e uniformante promosso dal linguaggio del costituzionalismo occidentale, a sua volta entra in difficoltà nel confronto con ogni « *strange multiplicity* » ⁽¹¹⁰⁾. Lo sguardo che proviene da lontano può aiutarci a comprendere come si colloca questa nostra esperienza sullo sfondo più ampio, e può indurci a ripensarla criticamente, interrogandoci sulla sua capacità di far fronte alle sfide della nostra epoca.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020.

⁽¹¹⁰⁾ J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995. Per rilievi utili in proposito: R. SCARCIGLIA, *Riflessioni sui diritti fondamentali nell'epoca della sovranità condivisa*, in *Il diritto oltre lo Stato*, a cura di V. Barsotti, M. Graziadei, Torino, Giappichelli, 2021, p. 151 e ss.

CARLA FARALLI

PLURALISMO E TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

Il termine pluralismo è connotato da una spiccata ambiguità semantica ed è utilizzato nell'ambito di discipline diverse; anche sotto il profilo giuridico è oggetto di declinazioni non univoche.

Io me ne occuperò dal punto di vista della teoria generale del diritto, con un taglio prevalentemente storico, alla luce dell'insegnamento di due grandi maestri: Guido Fassò e Paolo Grossi.

« Il diritto — come scrive Grossi — non è mai una nuvola che galleggia sopra un paesaggio storico. È esso stesso paesaggio o, se vogliamo, sua componente fondamentale e tipizzante » ⁽¹⁾.

Per l'intera età medioevale fino a gran parte del Settecento si è pienamente realizzata la co-vigenza in uno stesso territorio di una pluralità di ordinamenti giuridici, anche a seguito dell'assenza « di ingombranti soggetti politici statuali », dovuta al crollo dell'edificio politico romano. Ma lo Stato, la cui assenza « aveva consentito all'esperienza giuridica medievale di assestarsi e consolidarsi in libertà, trovando le sue fonti dapprima in una prassi consuetudinaria di poi in una scienza giuridica percettrice di bisogni sociali a proiezione universale », attraverso un lungo processo storico si consolida, fino a raggiungere il compimento a fine Settecento con le codificazioni. « Il vecchio pluralismo giuridico viene di un colpo cancellato e l'assolutismo giuridico prende sempre più campo »: il diritto si manifesta unicamente nella voce dello Stato, cioè nella legge, al vertice della gerarchia delle fonti.

Questo approdo trova la teorizzazione nel positivismo giuridico, che rappresenta proprio la presa di coscienza da parte dei giuristi di quel complesso fenomeno della formazione dello Stato moderno,

(1) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 43.

che è la monopolizzazione del potere di produzione giuridica da parte dello Stato avvenuta con le codificazioni.

I giuspositivisti tedeschi, facenti capo alla « giurisprudenza dei concetti » e alla « teoria generale del diritto » (*Allgemeine Rechtslehre*), elaborarono i principi (riduzione del diritto a legge, completezza dell'ordinamento, autointegrazione) e il metodo formalistico, che erano venuti delineandosi nella prima metà dell'Ottocento attraverso la Scuola dell'Esegesi, l'*analytical jurisprudence*, la Pandettistica e la giurisprudenza post-kantiana, orientamenti che riflettono la società statica ottocentesca, alla quale ben rispondeva il diritto codificato alla luce dei principi che la borghesia aveva affermato nelle rivoluzioni sei-settecentesche (la gloriosa rivoluzione inglese del 1688, la rivoluzione americana e quella francese del 1789), diritto interpretato da un giudice « bocca della legge » attraverso meri procedimenti logici di autointegrazione.

Era ben vero, come sosteneva un giurista del tempo, Hermann von Kirchmann, che bastavano « tre parole modificatrici del legislatore e intere biblioteche diventavano carta straccia », ma di quelle parole la società del tempo, caratterizzata da una sostanziale stabilità economica, sociale e politica, non aveva bisogno.

Tra la fine dell'Ottocento e il Novecento la situazione cambia profondamente: la rivoluzione industriale modifica sempre più rapidamente, da un lato, le condizioni economiche, sollecitando nuovi istituti e nuove regolamentazioni, e, dall'altra, le condizioni di vita di vaste sfere sociali che reclamano accesso ai diritti. A questa realtà mal rispondevano norme cristallizzate nei codici di inizio Ottocento e non era facile adattare ai nuovi rapporti sistemi di concetti giuridici costruiti dai positivisti sul diritto di un'epoca passata.

Sul fronte della teoria del diritto si sviluppano le teorie antiformalistiche, definizione piuttosto generica che si applica a movimenti diversi (anche geograficamente), che hanno in comune il rifiuto del formalismo e il richiamo alla realtà della vita sociale ⁽²⁾.

In Germania, ad esempio, in contrapposizione alla « giurisprudenza dei concetti » nasce la « giurisprudenza degli interessi » ad

⁽²⁾ Per un'ampia trattazione rinvio a G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. III, Ottocento e Novecento*, nuova edizione aggiornata a cura di C. Faralli, Roma-Bari, 2020, p. 189 e ss.

opera di Rudolf von Jhering, che della prima era stato eminente esponente, poi il « movimento per il diritto libero », il cui manifesto fu un libretto, *La lotta per la scienza del diritto*, pubblicato nel 1906 da un giovane storico del diritto di origine polacca, Hermann Kantorowicz, con lo pseudonimo di Gnaeus Flavius (il nome del giurista romano cui è attribuita la redazione delle XII Tavole).

In questo libretto Kantorowicz sostiene che accanto al diritto statale, anzi prima di esso, esiste con pari valore il « diritto libero », prodotto dall'opinione giuridica dei membri della società, dalle sentenze dei giudici e dalla scienza giuridica: esso vive indipendentemente dal diritto statale ed è anzi il terreno dal quale quest'ultimo nasce.

L'opera di Kantorowicz diede avvio, come si è detto, al « movimento per il diritto libero », cui aderirono molti giuristi tedeschi che, pur senza dare vita ad una scuola determinata, accettarono alcuni principi fondamentali che, peraltro, svilupparono in modo diverso.

Tali principi, molto schematicamente, sono, da un punto di vista critico:

— rifiuto del dogma legalistico, in base al quale il diritto è solo la norma costituita dalla legge o ricavata mediante procedimenti puramente logico-formali;

— rifiuto del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, secondo il quale l'ordinamento è privo di lacune, in quanto per semplice forza logica si trova sempre la norma che possa regolare il caso non previsto dal legislatore

e da un punto di vista costruttivo:

— riconoscimento che — come scrive Eugen Ehrlich — « il centro di gravità dello sviluppo del diritto ... non sta nella legislazione né nella scienza giuridica né nella giurisprudenza dei tribunali, bensì nella società stessa ». « A torto — continua Ehrlich — oggi si crede da molti che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le sue leggi, la più gran parte del diritto trae immediatamente origine dalla società, in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali, del matrimonio, della famiglia e delle corporazioni, del possesso, dei contratti, della successione e non è mai stato ridotto a norme giuridiche »;

— riconoscimento dell'esistenza nel diritto di lacune che non possono non esistere, perché la società si muove più rapidamente del

diritto, lacune che spetta al giudice colmare, tenendo presenti gli interessi in gioco e integrandoli in base a quei valori cui si è ispirato il legislatore.

In Francia François Géný, nell'opera *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, svolge una lunga e approfondita critica del metodo d'interpretazione esegetico e del metodo concettuale formalistico, propri della scuola dell'Esegesi: egli sostiene che gli elementi puramente formali e logici che si presentano ai giuristi nell'apparato esteriore classico del diritto positivo sono insufficienti a soddisfare « i desiderata della vita giuridica » e osserva che da ciò deriva « la conseguenza inevitabile per cui la giurisprudenza deve cercare, al di fuori e al di sopra di questi elementi, i mezzi per adempiere interamente la sua missione ».

Per Géný l'ordinamento giuridico non è completo e, quando le fonti formali, legge e consuetudine, risultano insufficienti, occorre avvalersi della libera ricerca scientifica, che « deve, da un lato, interrogare la ragione e la coscienza per scoprire nella nostra natura intima le basi della giustizia, e, dall'altro lato, deve rivolgersi ai fenomeni sociali per cogliere le leggi della loro armonia e i principi d'ordine che richiedono ».

Per integrare le fonti formali del diritto Géný afferma la necessità che l'interpretazione tenga conto della « natura delle cose », nozione che egli stesso definisce imprecisa e feconda e che indica « una sorta di diritto comune, generale quanto alla sua natura, sussidiario, quanto alla sua funzione, che supplisce alle lacune delle fonti formali e dirige tutto il movimento della vita giuridica ».

Questo concetto viene chiarito nell'opera *Science et technique en droit privé positif*, nella quale Géný distingue due elementi nel diritto: il « dato » e il « costruito ». Il « dato » è l'elemento allo stato grezzo, quale si rivela nella natura sociale, mentre il « costruito » è l'elemento formale ed artificiale: il rapporto tra questi elementi è assai complesso, perché « dato e costruito si mescolano e si intrecciano per fornire alla vita giuridica tutte le direzioni necessarie ».

Anche Léon Duguit critica le dottrine che sostengono il principio della statualità del diritto. Egli dice testualmente: « l'uomo ha concepito il diritto prima di concepire lo Stato e non lo Stato prima di concepire il diritto e la nozione di diritto, tanto in senso oggettivo quanto in senso soggettivo, è anteriore e superiore alla nozione di Stato » e aggiunge: « lo Stato non è altro che il prodotto di una

differenziazione naturale ... tra gli uomini di uno stesso gruppo da cui deriva ciò che si chiama potenza pubblica, che non può in alcun modo essere legittimata per la sua origine, ma solo per i servizi che rende conformemente alla regola di diritto ». Il diritto per Duguit è un prodotto della vita sociale e, più precisamente, una regola della vita sociale, di cui il legislatore non fa altro che constatare l'esistenza e assicurare l'osservanza. I governanti, nell'esercizio della funzione legislativa, non si limitano infatti a constatare l'esistenza di una regola di diritto e a volerne l'applicazione e l'obbligatorietà, ma provvedono anche a costruire un sistema per assicurare l'obbedienza alla legge. Questo sistema costituisce quella che Duguit definisce la parte costruttiva della legislazione, che si distingue dalla parte normativa, cioè dalla parte che, constatata l'esistenza della regola di diritto, ne vuole l'applicazione e l'obbligatorietà.

Nel quadro dell'antiformalismo francese si sviluppano anche alcune concezioni istituzionalistiche, come quelle di Maurice Hauriou, George Renard e George Gurvitch, che, pur nella specificità delle rispettive trattazioni, elaborano una concezione antistatalista e pluralista. Essi rifiutano, cioè, tutte quelle dottrine che, attribuendo allo Stato il monopolio del potere politico, riducono tutto il diritto a diritto dello Stato e sostengono che il diritto nasce da tutte le istituzioni — concetto peraltro un po' vago —, a cominciare da quelle più semplici, come la famiglia e la tribù, per giungere a quella più complessa di tutte che è lo Stato.

Pervengono così esplicitamente al pluralismo giuridico, ciò a riconoscere che il potere giuridico non risiede solo nello Stato, ma anche in altri enti diversi e indipendenti dallo Stato.

Nonostante la vaghezza della concezione di « istituzione », l'istituzionalismo agì efficacemente nello scuotere il dogma della statualità del diritto in un periodo, come il primo Novecento, in cui si assiste ad un fenomeno nuovo, quello per cui i gruppi sociali, che erano stati progressivamente attratti nell'orbita dello Stato, si venivano emancipando da esso e affermavano la loro autonomia.

« La semplicità del vecchio Stato borghese — mi affido ancora alle parole di Grossi ⁽³⁾ — dove attori sono il macrosoggetto Stato e il microsoggetto individuo abbiente, cede a un — non voluto, ma

(3) P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 7 e ss.

estorto — pluralismo sociale. La grande rivoluzione del 1791 d'un sol botto, con un puntuale atto legislativo [la legge Le Chapelier] aveva eliminato formalmente dal paesaggio socio-giuridico ogni forma associativa (fosse religiosa o professionale o sindacale o assistenziale), dovendo la società essere una sorta di piattaforma liscia su cui potevano senza intoppo proiettarsi e dispiegarsi le volontà del potere politico».

Riduzionismo artificioso, giacché le comunità intermedie erano — come sono sempre state e sempre saranno — « il naturale esprimersi e consolidarsi della complessità della società, tanto è vero che hanno continuato a vivere in modo latente, ma effettivo, pronte a riemergere virulente alla superficie appena che il regime elitario avesse rallentato la sua morsa. È quanto avviene a cavallo tra Ottocento e Novecento, quando la società sembra quasi prorompere in tutta la sua complessità, dando voce sempre più sonora alle sue interiori articolazioni prima costrette al silenzio ».

È il quadro che delinea un istituzionalista di « casa nostra », Santi Romano, nella prolusione per l'apertura dell'Anno Accademico 1909 all'Università di Pisa, *Lo Stato moderno e la sua crisi*.

« La diagnosi di Romano è netta — commenta sempre Grossi ⁽⁴⁾ — crisi perché il rapido mutamento ha incrinato la muraglia eretta intorno all'edificio giuridico legale; dall'esterno i fatti sociali ed economici irrompono senza che lo Stato possa più controllarli, mentre la società si auto-ordina prescindendo dai dogmi e dai miti del diritto legale ».

Le riflessioni di Romano rimasero isolate nel clima culturale della prima metà del Novecento, dominato, sul versante filosofico, dall'idealismo, rinnovato da Gentile, e sul versante giuridico, dal giuspositivismo di matrice tedesca.

All'inizio degli anni Cinquanta quando idealismo e giuspositivismo cominciano ad essere messi in discussione, il concetto di istituzione diviene oggetto di acuta indagine in uno scritto di Guido Fassò, *La storia come esperienza giuridica* ⁽⁵⁾, scritto che al suo apparire passò quasi inosservato, ma che segna una tappa impor-

⁽⁴⁾ Ivi, p. 9.

⁽⁵⁾ G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica* (1953), nuova edizione a cura di C. Faralli, Soveria Mannelli, 2016.

tante nell'itinerario culturale dell'autore, approdato a un giusnaturalismo storicistico, che considera il diritto naturale come prodotto nella concretezza storica della società, interpretata dalla ragione, e come limite all'onnipotenza dello Stato a garanzia di difesa delle libertà umane.

Nella *Storia come esperienza giuridica* Fassò riconosce al concetto di istituzione un ruolo importante nella critica al giuspositivismo legalistico e stalistico, ma ne rileva un limite nell'aver dimenticato la componente storica del diritto, ridotto alla sola dimensione sociologica. Pertanto propone di estendere il concetto di istituzione non solo ad ogni forma di organizzazione sociale, ma ad ogni forma di rapporto intersoggettivo, così che l'esperienza storica si risolve interamente nell'esperienza giuridica.

Per non cadere nel circolo vizioso in cui cadono i già citati Hauriou, Gurvitch e Romano, che considerano giuridiche le istituzioni che generano diritto e non giuridiche quelle che non lo generano, Fassò (6) conclude « non c'è scampo: o si rinuncia alla concezione istituzionale o bisogna avere il coraggio di ammettere che istituzioni o fatti normativi sono tutti i fenomeni sociali dai più complessi ai più semplici ed elementari senza margini o residui di sorta ».

All'identificazione compiuta dallo storicismo assoluto di Croce della storia con la filosofia, cioè con la ragione assoluta, e pertanto del reale con il razionale, Fassò sostituisce l'identificazione della storia con il diritto, ragione necessaria, ma relativa e strumentale.

La rilettura dell'opera di Fassò oggi non ha però solo un significato storico — dello svolgimento del pensiero dell'autore e della cultura filosofico-giuridica italiana — ma consente ulteriormente di riflettere su un concetto, quale quello di istituzione, che è entrato nel dibattito post-positivistico contemporaneo a fondamento della teoria neoistituzionalista di Neil MacCormick e Ota Weinberger (7).

Il neoistituzionalismo di MacCormick e Weinberger si può considerare, secondo la definizione degli autori stessi, « uno svi-

(6) Ivi, p. 32.

(7) Cfr. N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986, tr. it. a cura di M. La Torre, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990.

luppo del normativismo in senso realistico », vale a dire una teoria del diritto che spiega e dà conto dell'esistenza di norme, istituzioni giuridiche e altri simili oggetti ideali e che eviti, da un lato, le trappole dell'idealismo, contro il quale a ragione realisti e materialisti hanno obiettato, e, dall'altro lato, non cada nel trabocchetto del riduzionismo, rischio al quale le teorie realiste sono sempre esposte, risolvendo il diritto in una serie di comportamenti individuali, perdendo di vista l'elemento normativo essenziale al fenomeno giuridico.

Esso si riallaccia all'istituzionalismo classico di Hauriou e di Romano che, come si è detto, si inserisce entro quella rivolta contro il formalismo che si è sviluppata alla fine del secolo scorso. Tanto il vecchio quanto il nuovo istituzionalismo si presentano quindi come reazioni al positivismo giuridico, il primo al positivismo della « giurisprudenza dei concetti », il secondo alla tradizione kelseniano-hartiana.

La proposta di MacCormick e Weinberger di una teoria che si ponga « al di là del giuspositivismo e del giusnaturalismo » e coniughi normativismo e realismo può essere considerata il coerente sbocco delle due componenti del pensiero degli autori: il normativismo sul piano teorico-giuridico, il neoempirismo sul piano della filosofia generale.

Infatti, sotto il profilo giuridico, Weinberger si riallaccia alla tradizione della *Reine Rechtslehre* delle scuole di Brunn e Vienna, rappresentate eminentemente da Weyr e da Kelsen, mentre MacCormick si rifà ad Hart e alla filosofia giuridica analitica britannica; sotto il secondo profilo, sulla formazione di Weinberger hanno influito le correnti del neopositivismo logico, mentre MacCormick risente della tradizione analitica inglese di Oxford e Cambridge; inoltre, entrambi dichiarano il loro debito verso John Searle, dal quale mutuano, fra l'altro, la nozione di « fatto istituzionale ».

Partendo dunque da queste premesse — normativismo in sede teorico-giuridica e neoempirismo in sede filosofico-generale — MacCormick e Weinberger approdano ad una concezione realista, che li porta a riconoscere, in polemica con le concezioni giusnaturalistiche e con la tradizione giuspositivistica kelseniana, che le norme non sono realtà ontologicamente diverse dalla realtà dei fatti empirici, una volta che si definisca come « reale tutto ciò che ha esistenza nel tempo ».

Per MacCormick e Weinberger il diritto si colloca sul piano dei fatti, ma non dei fatti bruti, insieme a « scarpe, navi, ceralacca o cavolfiori », bensì sul piano dei « fatti istituzionali ». Questi ultimi costituiscono una categoria speciale di fatti, che hanno una propria dimensione e dignità ontologica, parallela, per così dire, alla dimensione dei fatti bruti, in quanto fatti che traggono la loro origine da regole costitutive. Ciò che poi distingue le norme giuridiche nel vasto ambito dei fatti istituzionali è l'essere le norme giuridiche funzionali a fini particolarmente rilevanti per la società, come la protezione della vita e della sicurezza dei consociati e l'allocatione dei beni, inevitabilmente insufficienti a soddisfare completamente le domande di ciascun consociato.

Il neoistituzionalismo di MacCormick e Weinberger presenta interessanti analogie con il realismo di matrice scandinava che, a differenza di quello americano, può essere considerato realismo normativistico. Entrambi fanno propria infatti una concezione monista della realtà, che risolve il diritto nella realtà empirica, ma per gli scandinavi il diritto è un fatto di psicologia sociale mentre MacCormick e Weinberger sostengono che il diritto è sì un fatto, ma non un fatto di psicologia sociale, bensì un « fatto istituzionale », espressione con la quale, come si è visto, fanno riferimento a entità che dipendono almeno in parte « dalla volontà, dalle convenzioni o dal disegno dell'uomo » e sono perciò distinte dai fatti empirici, cioè dalle realtà indipendenti dall'attività di attribuzione di senso da parte degli uomini. L'istituzione rappresenta una porzione d'essere, una realtà tipicamente umana, culturale.

Il dibattito filosofico-giuridico ha preso atto, anche se con ritardo (fino agli anni Sessanta inoltrati il positivismo è stata la concezione dominante, grazie alla raffinata revisione di Kelsen, Hart e Bobbio), e a volta con fatica, delle ripercussioni sul piano teorico delle profonde trasformazioni del secondo Novecento, legate all'entrata in vigore in molti paesi delle Costituzioni, all'inserimento degli Stati in organizzazioni sopranazionali complesse, alla globalizzazione e si muove oggi lungo itinerari (valori etico-politici e fatti) che hanno come meta quello che Grossi ha definito « ritorno al diritto », nel senso di un diritto che nasce nella società capace di registrare tutta la ricchezza della storia senza riduzionismi artificiosi in tutte le sue manifestazioni plurali.

« Dobbiamo rinunciare alle geometrie cui erano avvezzi i nostri padri e ai cristalli lucenti propri di una teoria pura, dobbiamo sopportare alluvionalità e incertezze. A mio avviso — conclude Grossi e io con lui — è un costo che vale la pena di pagare »⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. XII.

FABIO DEI

RAZIONALITÀ E RELATIVISMO
NELL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA

1. Antropologia e pluralismo giuridico. — 2. Il pluralismo medico. — 3. Codici ufficiali e informali. — 4. Pluralismo, relativismo e razionalità.

1. *Antropologia e pluralismo giuridico.*

L'antropologia culturale viene spesso evocata nelle discussioni sul pluralismo giuridico. Come disciplina vocata allo studio della diversità culturale, e con una certa propensione al relativismo epistemologico, sembra l'alleata naturale per quella tradizione del pensiero giuridico che si oppone al « monismo » ⁽¹⁾ — all'idea cioè che possa esistere un'unica Legge poggiata su fondamenta etiche e su istituzioni politiche universali, che sarebbero poi quelle elaborate dall'Occidente moderno. L'antropologia è impegnata in una lotta costante (che non potrà mai esser vinta fino in fondo) contro l'etnocentrismo, la tendenza cioè a considerare 'umano' o 'razionale' solo ciò che ci è familiare: ed è dunque impegnata a mostrare come vi sia un ordine culturale preciso anche in quelle pratiche che sembrano a prima vista mancare di ogni senso. Allo stesso modo, il diritto di orientamento pluralista vuol mostrare la presenza di un ordine normativo anche laddove sono apparentemente assenti le forme e i codici giuridici che si sembrano gli unici possibili, cioè quelli dello stato-nazione moderno. Non solo: per entrambe le discipline questa diversità non può essere organizzata gerarchica-

(1) P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 112 e ss.; B. TAMANAHA, *Legal Pluralism explained: History, Theory, Consequences*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 4 e ss.; F. PRIE, *The Anthropology of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 38 e ss.

mente. Almeno a partire dal superamento dell'evoluzionismo classico, non è più possibile disporre i diversi codici o sistemi culturali secondo un ordine che va dal primitivo al civilizzato, dall'arretratezza alla modernità: sono piuttosto in qualche modo incommensurabili, cioè non riconducibili a un'unica logica. La pretesa di giudicarli secondo criteri universali si rivela come un errore prospettico: anzi, secondo certe visioni, come un effetto secondario del dominio coloniale. Sul potere, più che sulla logica, poggerebbe la pretesa della cultura e del diritto occidentale egemonico di inglobare e soffocare le altre culture e gli altri diritti. Da Malinowski fino al postmodernismo, questo è il senso dell'attacco che pensiero antropologico e giuridico portano contro le visioni monistiche o universaliste.

Le cose però non sono così semplici. Intanto, perché gli approcci dell'antropologia e del diritto non sono simmetrici, e si differenziano lungo l'asse che potremmo chiamare descrittivo/normativo. L'antropologia è prevalentemente descrittiva, nel senso che si accontenta di mostrare e interpretare la diversità di fatto delle pratiche culturali e delle forme di razionalità umana. Certo, è percorsa da grandi dibattiti su cosa è universalmente umano e cosa invece è soggetto a variazioni locali e storiche: ma non si richiede agli antropologi di dire come la razionalità umana *dovrebbe* veramente essere. Il diritto, invece, è per definizione normativo: definisce codici di comportamento che devono essere seguiti. Il suo obiettivo è proprio superare la diversità ed eterogeneità empirica delle consuetudini per elaborare norme comuni a tutti i soggetti che condividono una forma di vita o una appartenenza comunitaria o politico-istituzionale. Il pluralismo giuridico scopre che la natura dei sistemi normativi cambia storicamente e antropologicamente, a seconda dalle unità sociali di riferimento: e che le 'altre' forme di diritto non sono semplicemente delle versioni imperfette o 'arretrate' della nostra. Ma da qui può discendere l'idea che — all'interno di un unico grande sistema di riferimento giuridico (statale o globale) — le norme *debbano* variare a seconda delle appartenenze dei soggetti? Nel fare questo passo, il diritto si trova di fronte ad alcuni degli stessi problemi e paradossi che l'antropologia ha incontrato quando ha cercato di relativizzare le norme della razionalità cognitiva ed etica. Sono i problemi già emersi in modo paradigmatico, ad esempio, con

i tentativi della American Anthropological Association di inserire il principio del relativismo culturale nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Se, come richiesto dallo *Statement on Human Rights* redatto da Melville Herskovits ⁽²⁾, un diritto umano fondamentale fosse quello di vivere secondo gli standard e le consuetudini morali della propria cultura, l'intero impianto universalista sarebbe contraddetto nelle sue stesse basi (e diverrebbe persino impossibile condannare le dottrine razziste e intolleranti). La difficoltà, è bene notare, non consiste però di per sé nell'abbandono di una concezione monista, che si rivelerebbe etnocentrica pur dichiarandosi al di sopra delle parti; risiede piuttosto in una visione essenzialista dell'appartenenza culturale. Vale a dire in una concezione del mondo come suddiviso in un numero finito di unità di riferimento ('culture', 'società', 'etnie', 'comunità morali'), chiuse e ben delimitate, cui gli individui apparterebbero in modo esclusivo, ciascuna con una propria etica, una propria consuetudine, una propria estetica, e anche un proprio diritto. Una simile prospettiva non funzionava neppure nel mondo di metà Novecento in cui la discussione sui diritti umani si sviluppava, nel quale c'erano ancora i 'popoli primitivi' e il dominio coloniale (e bisogna ricordare che il relativismo degli antropologi americani, malgrado le sue contraddizioni, era mosso da una istanza di tolleranza e di protezione verso le culture indigene). A maggior ragione non può funzionare nel mondo globalizzato di oggi, dove le differenze non scompaiono certamente ma si dispongono secondo configurazioni caleidoscopiche più che in blocchi unitari e incommensurabili.

Cercherò di sviluppare meglio questo punto, mostrando come l'antropologia possa esser utile alla definizione del pluralismo giuridico non solo in quanto repertorio di forme di differenza culturale e di diritti consuetudinari che sfuggono a ogni codificazione monista, ma anche in quanto disciplina che ha dovuto affrontare le difficoltà e i paradossi del relativismo culturale. Nel paragrafo successivo, esaminerò sinteticamente una forma di pluralismo che ha molti punti in comune con quello giuridico, vale a dire il pluralismo

(2) M. HERSKOVITS, *Statement on Human Rights*, in « American Anthropologist », 49 (1947), 4, pp. 539-43; cfr. M. GOODALE, *Anthropology and Law. A Critical Introduction*, New York, New York University Press, 2017, p. 98 e ss.

medico. Nella parte conclusiva dell'articolo, discuterò il concetto di 'comunità giuridica' ponendolo in rapporto con la riflessione sopra accennata sulla natura delle appartenenze culturali nella società globale.

2. *Il pluralismo medico.*

Per pluralismo medico s'intende la compresenza in una medesima società di concezioni del corpo e della salute, nonché di pratiche di diagnosi e terapia, che fanno capo a tradizioni e sistemi conoscitivi diversi e incommensurabili⁽³⁾. Si tratta di un concetto nato principalmente in ambito coloniale, in situazioni di sovrapposizione tra la medicina occidentale e scientifica (o 'biomedicina'⁽⁴⁾) e pratiche di guaritori locali fondate su saperi empirici o su rituali magico-religiosi. Come per il concetto di pluralismo giuridico, non si tratta semplicemente di 'sistemi' diversi ma di una situazione fortemente asimmetrica. Da un lato c'è una forma di sapere fondata su una precisa tradizione scientifica e su istituzioni consolidate e sostenute da una comunità scientifica internazionale, con un relativo apparato di istituzioni educative e di ricerca, che opera secondo protocolli largamente condivisi e sottoposti a costante revisione e scrutinio critico; un sapere, inoltre, legittimato dagli stati moderni e inglobato in normative e pratiche amministrative che riguardano la sanità, l'epidemiologia, l'organizzazione di ospedali e altre strutture, la definizione ufficiale del ruolo di 'malato' e così via. Dall'altro lato, nei contesti che si dicevano un tempo 'primitivi' abbiamo forme di conoscenza tradizionale, trasmesse per lo più per via orale o ostensiva, patrimonio di guaritori o specialisti che spesso si presumono dotati di poteri straordinari e che agiscono attraverso l'uso di rimedi naturali, di origine vegetale o animale, nonché di terapie di carattere 'spirituale' o magico-religioso. Nei territori coloniali la biomedicina si è diffusa in modo lento e imperfetto, a causa sia della carenza di

(3) A. KLEINMANN, *Patients and Healers in the Context of Culture*, Berkeley, University of California Press, 1980; rimando anche a F. DEI, *Antropologia medica e pluralismo delle cure*, in ID., *Cultura popolare in Italia, Da Gramsci all'Unesco*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 181-210.

(4) Per la definizione di biomedicina v. B. GOOD, *Narrare la malattia*, trad. it. Torino, Einaudi, 2006.

risorse che della resistenza o dello scetticismo delle popolazioni locali; e dunque si è trovata a coesistere con le pratiche dei guaritori tradizionali. Si tratta evidentemente di saperi e pratiche curative tra loro incommensurabili, che cioè non potranno mai essere compatibili sul piano epistemologico, o dar luogo a protocolli integrati, ma che si offrono ugualmente, sia pure in modo squilibrato, ai soggetti umani: questi ultimi possono farvi ricorso a seconda delle possibilità economiche, della facilità di accesso, o semplicemente delle convinzioni che li spingono nell'una o nell'altra direzione. Qualcosa del genere avviene all'interno degli stessi stati nazione occidentali: la diffusione delle risorse biomediche (ospedali, consultori, presidi territoriali) è avvenuta storicamente con lentezza e imperfezione, lasciando scoperte le zone periferiche, le campagne, e soprattutto, in termini sociali, le classi subalterne — in particolare, fino a periodi recenti, non riuscendo a radicarsi a fondo nel grande mondo contadino. In quest'ultimo hanno avuto dunque spazio i guaritori magico-religiosi tradizionali, o i saperi empirici delle « comari » di paese. Si tratta della realtà descritta in Italia, ad esempio, a cavallo fra Ottocento e Novecento da medici e folkloristi come Giuseppe Pitrè o Zeno Zanetti, che ne parlava come della « medicina delle nostre donne » (5). Ed è ancora la realtà che si trovano di fronte Carlo Levi in *Cristo si è fermato a Eboli*, o Ernesto de Martino nelle sue spedizioni etnografiche in Lucania e in Puglia degli anni Cinquanta (6). Sono realtà in cui il medico condotto, per così dire, rivaleggia con lo stregone.

Gli antropologi positivisti ed evolucionisti (e suggerisco di tenere sempre sullo sfondo il rapporto con i giuristi) consideravano le terapie tradizionali di tipo magico come residui superstiziosi, forme di errore e illusione che al più potevano agire sulla base della 'suggestione', e che si giustificavano con lo stadio di arretratezza delle rispettive culture, quelle indigene dei paesi esotici o quelle 'popolari' dei ceti contadini e subalterni europei. Il superamento del positivismo porta a una visione più complessa e articolata. Ad

(5) G. PITRÈ, *Medicina popolare siciliana*, Torino-Palermo, Carlo Clausen, 1896; Z. ZANETTI, *La medicina delle nostre donne* (1892), Foligno, Il formichiere, 2020.

(6) C. LEVI, *Cristo si è fermato a Eboli*, Torino, Einaudi, 1945; E. DE MARTINO, *Sud e magia*, Milano, Feltrinelli, 1959.

esempio in Italia de Martino, fin dagli anni Cinquanta, pone in risalto il forte nesso tra il « mondo magico » dei contadini poveri della Lucania e della Puglia e la loro condizione esistenziale: giungendo a rivendicare persino l'« efficacia simbolica » di pratiche come il tarantismo. Sul piano internazionale, la moderna antropologia medica riesce a mostrare l'intima razionalità dei sistemi tradizionali di guarigione, che nel quadro di specifiche condizioni di vita rappresentano comunque una forma di aiuto e sostegno, e riescono per di più a evidenziare aspetti sociali della sofferenza e della guarigione che la moderna biomedicina lascia invece in secondo piano. Un punto di vista che ha portato le stesse istituzioni mediche internazionali come la WHO a proteggere e valorizzare il ruolo dei guaritori tradizionali più che a cercare di estirparli, come in passato era avvenuto; delineando dunque un sistema di medicina 'integrata', in cui le risorse biomediche e quelle tradizionali possano convivere e persino collaborare (7). Malgrado tutto questo, però, il rapporto tra i due sistemi resta sostanzialmente asimmetrico. Si tratta di pluralismo medico, forse, ma in un senso molto squilibrato del termine: c'è un sistema dominante che sembra avere solo un limite di capacità espansiva, e uno subalterno che 'resiste' solo negli spazi che il primo non riesce ancora a occupare. Il secondo, quello dei guaritori, è uno spazio che si costituisce — nella cultura dominante — come caratterizzato da arretratezza e irrazionalità, talvolta anche da illegalità (nel senso di abuso della professione medica): chi lo pratica, specie nei paesi occidentali, tende infatti a nascondersi, a non rivendicarlo.

Dagli ultimi decenni del Novecento, tuttavia, le cose cambiano. La globalizzazione e la diffusione della cultura di massa portano in gioco altri elementi. Fra questi, di particolare rilievo è l'arrivo in Europa di forme mediche 'altre'. Fra queste vi sono discipline di origine asiatica, come la medicina tradizionale cinese, l'agopuntura, la medicina ayurvedica e tibetana, che nei paesi d'origine hanno un rapporto più simmetrico — di parità, diciamo — con la biomedicina. Ma ancora più rilevante è la diffusione delle medicine cosiddette « non convenzionali », o « complementari e alternative »: una

(7) Si veda ad esempio WHO, *WHO Traditional Medicine Strategy 2014-2023*, Ginevra, World Health Organization, 2013.

galassia di proposte diagnostiche e terapeutiche che vanno dall'omeopatia, tradizione minoritaria nata in Europa, a discipline corporee di origine orientale, a tecniche di manipolazione corporea basate su una concezione energetica del corpo, a pratiche di stile *New Age* come la cristalloterapia o i fiori di Bach, e molte altre (8). Restiamo in una situazione assolutamente asimmetrica, perché la galassia delle CAM (*Complementary and Alternative Medicines*) non si fonda su una organizzazione del sapere e delle pratiche paragonabile a quella della biomedicina. Le discipline alternative si presentano però con una propria specifica razionalità, che fa presa sui punti deboli o irrisolti della biomedicina (proponendo ad esempio un rapporto medico-paziente più stretto, e un approccio olistico e 'energetico' all'essere umano inteso come insieme inscindibile di corpo, mente e personalità sociale) e su ideologie o 'filosofie' che attraggono certi segmenti di popolazione. Si configura dunque una situazione di reale pluralismo. Sullo stesso territorio insistono diversi sistemi terapeutici, reciprocamente incommensurabili: e il singolo agente sociale può scegliere fra di essi, o saltare dall'uno all'altro a seconda dei problemi e delle situazioni che si presentano, dei consigli che riceve, delle valutazioni che compie.

Ora, le CAM hanno posto un problema di riconoscimento giuridico. Nell'attuale legislazione dei paesi occidentali, pur con variazioni che riguardano singoli stati (il riconoscimento in Germania del ruolo della naturoterapia, ad esempio), per esercitare la professione medica occorre una qualifica particolare (laurea e abilitazione in medicina, iscrizione all'ordine dei medici); una volta ottenuta questa il medico può praticare le tecniche diagnostiche e offrire le risorse terapeutiche che ritiene più opportune, inclusa l'omeopatia, l'agopuntura o, se crede, i fiori di Bach. Dipende tutto dalle sue valutazioni « in scienza e coscienza ». Chi non ha questa qualifica non può invece proporre alcuna terapia, pena l'incorrere nel reato di abuso della professione medica: e può semmai esercitare le medicine alternative o non convenzionali sotto forma di trattamento paramedico, di fisioterapia, massaggio etc. Considerato che le

(8) *La medicina che cambia. Le terapie non convenzionali in Italia*, a cura di E. Colombo, P. Rebughini, Bologna, il Mulino, 2003; E. COLOMBO, P. REBUGHINI, *La medicina contesa. Cure non convenzionali e pluralismo medico*, Roma, Carocci, 2006.

medicines alternative, negli ultimi decenni del Novecento e ancora oggi (pur con un lieve declino negli ultimi anni) sono utilizzate in modo preferenziale se non esclusivo da circa il 10% della popolazione, mentre un 50% di cittadini vi ha fatto ricorso almeno saltuario⁽⁹⁾, è possibile arrivare a un riconoscimento normativo? Sia il parlamento europeo che quello italiano hanno fatto diversi tentativi di arrivare a leggi per il riconoscimento e la regolamentazione delle CAM. Ci sono state numerose proposte di disegno di legge e lunghi lavori nelle commissioni parlamentari⁽¹⁰⁾, che non hanno però partorito nulla, perché si sono sistematicamente incagliate sulle basi scientifiche del riconoscimento. Il legislatore chiede che vi sia evidenza sperimentale e accordo della comunità scientifica per poter procedere a un ordinamento del settore e alla legittimazione statale di pratiche che si sono sviluppate in modo caotico. Ora, in alcune delle CAM non c'è proprio ricerca clinica; in altre, come l'omeopatia, ci sono studi sull'efficacia in termini statistici in linea di principio paragonabili a quelli della biomedicina, ma non commensurabili con essi, nel senso che le rispettive metodologie non possono riconoscersi a vicenda (così come non sono compatibili le rispettive visioni del funzionamento dell'organismo umano). In particolare la metodologia regina nel campo biomedico, quella dei test di efficacia farmacologica a doppio cieco, non è applicabile in senso stretto all'omeopatia e a tutte le altre discipline non convenzionali. In esse vige infatti il principio della individuazione della cura rispetto alle tipologie dei pazienti: per cui lo stesso rimedio non produce gli stessi effetti in persone diverse, invalidando la strategia del *double blind*. Non può dunque esservi una evidenza scientifica neutrale, tale da

(9) Rimando in particolare ai dati e alle discussioni di carattere giuridico contenute in *Routledge Handbook of Complementary and Alternative Medicine. Perspectives from Social Science and Law*, N.K. Gale, J.V. McHale, eds., London, Routledge, 2015.

(10) Un dibattito in proposito si è sviluppato soprattutto a cavallo fra anni Ottanta e Novanta del Novecento: si vedano fra gli altri J. STONE, J. MATTHEWS, *Complementary medicine and the law*, New York, Oxford University Press, 1996; S. CANT, U. SHARMA, *A new medical pluralism? Alternative medicine, doctors, and the state*, New York, UCL Press, 2001. Per una raccolta dei primi disegni di legge sul tema nel Parlamento italiano v. *Le medicine non convenzionali. Ricerca scientifica, problemi normativi, disegni di legge*, a cura di C. Crocella, Roma, Camera dei deputati, 1991 (Quaderni di documentazione, 11).

esser riconosciuta ugualmente dall'approccio allopatrico (biomedico, ufficiale) e da quello omeopatico.

L'unica possibile scelta per il legislatore sarebbe stata quella di un radicale principio di libera scelta terapeutica: garantire ai cittadini il rimborso delle spese mediche, lasciando totalmente a loro la scelta di quali sistemi medici utilizzare, se la biomedicina, l'omeopatia, la pranoterapia, la bioenergetica e così via. Una soluzione apparentemente liberale, con la quale lo Stato non si intromette nelle scelte ideologiche o filosofiche dei cittadini, o comunque nelle loro insindacabili preferenze. Ma i problemi che questa scelta implicherebbe sono enormi ed evidenti. Il legislatore abdicerebbe a ogni presa di posizione riguardo la maggiore/minore serietà, consistenza, razionalità, affidabilità di un campo della conoscenza e della pratica sanitaria. Cancellerebbe inoltre una alleanza storica che si è instaurata tra lo Stato e la medicina scientifica. La scienza, occorre ricordare, non è né un sistema chiuso di credenze e convinzioni di cui si proclama la verità assoluta, come potrebbe essere una fede religiosa o una ideologia; ma non è neppure un insieme di opinioni fra le tante. È piuttosto un sistema di organizzazione e produzione della conoscenza, faticosamente costruito nel corso della storia (e non solo di quella occidentale, è bene precisare), strutturato su un ampio e complesso apparato di ricerca sperimentale, su istituzioni educative di alto livello, su trial trasparenti e falsificabili, su un sistema aperto di diffusione della conoscenza che incoraggia e garantisce un approccio critico, e così via. Non è questa la sede per lanciarsi in disquisizioni di filosofia della scienza: sappiamo quanto poco la pratica scientifica sia 'pura', e si intrecci invece costantemente con interessi politici ed economici, con fattori soggettivi, con l'influenza di pressioni sociali di vario tipo: e come non sia sempre così aperta e critica come vorremmo. È una pratica umana e imperfetta, permeabile a logiche di profitto, ideologie politiche, pressioni del potere, idiosincrasie soggettive. Ma resta il miglior modo che abbiamo di costruire una conoscenza secondo linee che cercano, per quanto possibile, di sottrarsi a tali fattori distorcenti (così come il diritto, si potrebbe dire, per quanto costantemente influenzato da 'interessi' e rapporti di forza, resta il modo migliore che abbiamo per costruire una giustizia indipendente). Il legislatore dunque non è chiamato a difendere una visione del mondo partico-

lare, ma un sistema di organizzazione della conoscenza, della formazione e dell'intervento sanitario che non si potrebbe considerare relativisticamente solo uno fra i tanti.

Si deve inoltre considerare che un principio radicale di libera scelta finirebbe per affidare le politiche sanitarie non tanto o non solo alla coscienza dei singoli cittadini, ma a un mercato della salute orientato dai media e dalla pubblicità, a un'opinione pubblica attraversata dalle più varie pressioni ideologiche, che nello spazio indifferenziato dell'immaginario mediale rivendicherebbero la stessa autorità della scienza. Con una chiara deriva irrazionalista, i cui rischi si sono già palesati nelle occasioni in cui campagne politico-mediali hanno preteso di sostituirsi alle decisioni della comunità scientifica — incluse alcune recenti polemiche legate alla pandemia da Covid-19 e all'uso dei vaccini. Quindi la libertà di scelta terapeutica resta possibile per i singoli attori sociali, senza che però si possa e si debba chiedere il sostegno allo Stato e alle istituzioni sanitarie pubbliche per forme terapeutiche che non rispondono ai criteri di legittimazione stabiliti dalla comunità scientifica. Le cose sono ancora più complicate per paesi come gli Stati Uniti dove l'assistenza sanitaria è affidata per lo più ad assicurazioni private, che — secondo una logica di concorrenzialità — tendono ad ammettere le spese per alcune discipline non convenzionali.

Quali conclusioni possiamo trarre da tutto questo? L'esistenza di fatto di un pluralismo medico pone il legislatore di fronte al problema di incrociare la tutela delle astratte libertà individuali — di opinione, di cura del proprio corpo, di scelta di guaritori di fiducia — con dei principi e degli assunti sostantivi, che non sono però assunti di ordine antropologico, cioè relativi a tradizioni del territorio. Questo potrebbe valere per il pluralismo religioso, dove (in uno Stato laico) il legislatore dovrebbe tener conto in ugual modo di tutte le fedi religiose, anche se poi sarà portato a privilegiare l'attenzione per quelle storicamente più radicate su un territorio. Per cui in Italia sarebbe pretestuoso e provocatorio sostenere che il culto ufologico raeliano, per fare un esempio, debba avere gli stessi diritti del cattolicesimo. Non per una ragione di principio, ma per il radicamento storico che il secondo ha, a differenza del primo. Nel caso della medicina, il legislatore non può invece assumere egli stesso un atteggiamento pluralistico nel senso di relativistico, cioè

appoggiare e promuovere un pluralismo di fatto fra sistemi che sarebbero tra loro incommensurabili e si porrebbero sullo stesso piano. Assumendo che siamo tutti d'accordo che il legislatore dovrebbe appoggiare la scienza e limitare l'impatto dei sistemi non scientifici, su quale base lo fa? C'è una razionalità comune fra scienza e diritto, che li porta ad assumere alcuni valori comuni non relativizzabili come basi di una società globalizzata moderna?

3. *Codici ufficiali e informali.*

Torniamo così al pluralismo giuridico. I punti in comune con quello medico sono molti. Anch'esso si sviluppa in polemica con il positivismo (in specie contro la concezione giusnaturalista). Anch'esso rivendica una dimensione ampiamente sociale e non puramente tecnica del diritto (come il pluralismo medico rivendica le dimensioni sociali della salute e della malattia). Anch'esso nasce dallo studio antropologico di pratiche locali che, specie in ambito coloniale, appaiono allo sguardo etnocentrico come a-legali, frutto di superstizione o di irrazionalità, e che si rivelano invece come sistemi giuridici semplicemente diversi da quello occidentale. Anch'esso, infine, tenta di proiettare questa dimensione antropologica del diritto nella complessa situazione dell'odierna società globale, partendo dalla constatazione di un pluralismo di fatto.

Mi pare prima di tutto importante chiarire cosa si intende per pluralismo giuridico di fatto. Molti esempi che se ne portano sono storici, a partire dai celebri studi di Paolo Grossi sul Medioevo. Rileggiamo la sua definizione: pluralismo giuridico è la « possibilità di convivenza di diversi ordinamenti giuridici prodotti da diversi gruppi sociali anche se essi insistono su un territorio soggetto alla stessa autorità politica »⁽¹¹⁾. Nella visione di Grossi, il Medioevo è caratterizzato da un simile pluralismo (che non significa affatto assenza o confusione di ordinamento giuridico, al contrario), che sarà poi soffocato nell'epoca d'oro degli stati nazione da legislazioni monistiche e assolutistiche; il pluralismo ricompare poi nella fase « postmoderna », quando il potere dello Stato si assottiglia a favore da un lato di norme internazionali, dall'altro delle rivendicazioni

(11) GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 15.

identitarie di gruppi specifici. La cornice in cui Grossi colloca questa ricostruzione storica è in effetti estremamente in sintonia con l'approccio che possiamo chiamare antropologico: « il diritto, anche se le sue manifestazioni più vistose sono in solenni atti legislativi, appartiene alla società e quindi alla vita, esprime la società più che lo Stato, è il tessuto invisibile che rende ordinata la nostra esperienza quotidiana, consentendo la convivenza pacifica delle reciproche libertà » (12). Ciò implica per lui la necessità di ricostruire una storia del diritto non limitandosi alla « contemplazione di atti autoritari »; ricordandosi piuttosto che « il diritto non appartiene alla sola superficie della vita della società, ma che è al contrario [...] realtà radicale, cioè connessa alle radici profonde di quella », tanto che « prima di essere un comando, il diritto è una mentalità, esprime cioè un costume e lo ordina, esprime i valori di una civiltà e — ordinandola — la salva » (13). Mentalità, costume: Grossi radica il diritto nelle realtà sociali e nelle strutture antropologiche, caratterizzate da variabilità storica e culturale, e lo sottrae così a quella pretesa razionalità astratta e universale alla quale gli ordinamenti monisti hanno cercato di corrispondere (non rendendosi conto o celando il fatto che quella razionalità astratta era di fatto una manifestazione dell'egemonia). La sua postura è analoga a quella dei filosofi e storici della scienza novecenteschi, come Kuhn o Feysabend, che hanno tentato una simile operazione per la razionalità scientifica — riconducendola ai « costumi » e alle pratiche sociali più che a un « metodo » astratto e universale che dai costumi e dalle pratiche vorrebbe invece svincolarsi. Nel pensiero di Grossi c'è inoltre una de-essenzializzazione del ruolo dello stato-nazione, che di quella razionalità (scientifica e giuridica al tempo stesso) ha preteso di essere l'interprete. Da qui la rivalutazione di un diritto medioevale che non è in sé « imperfetto », ma rappresenta una civiltà giuridica specifica, che non ha nulla da invidiare a quella successiva e monistica; e il cui pluralismo possiamo infatti ritrovare nella contemporaneità « postmoderna ».

Mi chiedo però in che misura gli esempi storici alludano allo stesso tipo di pluralismo che si manifesta nell'età contemporanea.

(12) Ivi, p. 6.

(13) Ivi, pp. 6-7.

Provo a ragionarci utilizzando una descrizione del pluralismo giuridico globale proposta dall'autore americano di un volume di qualche anno fa sul tema, Paul Schiff Berman (14). Il suo è un invito ai lettori a posizionare se stessi rispetto ai sistemi giuridici di riferimento. Parte dalla propria situazione, raccontandoci di risiedere, lavorare e vivere in tre stati diversi degli USA, ciascuno con proprie leggi che influenzano in qualche modo la sua vita. Questi tre stati hanno delle suddivisioni amministrative (comuni, quartieri, contee o province, distretti idrici etc.) che a loro volta esercitano su di lui una qualche autorità. Poi ci sono le leggi federali degli Stati Uniti, che regolano questioni importanti della vita personale come le libertà costituzionali fondamentali, o più banalmente i limiti di velocità e le multe sulle autostrade interstatali. Vi sono inoltre leggi internazionali che influenzano la vita quotidiana sotto forma di diritti o protezioni: quelle che regolano il commercio, ad esempio, che impongono controlli ed etichette di sicurezza sulle merci, o, su tutt'altro piano, i trattati che regolano la condotta in caso di guerra. Tutte queste norme sono formalizzate, ufficiali, governative o intergovernative. Accanto a queste, vi sono sistemi normativi imposti da organizzazioni non governative — della società civile, direi: organizzazioni professionali ed economiche — poniamo, chi di noi lavora nell'Università è soggetto ad autorità e a norme decise da Ministero, CUN, ANVUR, singoli Atenei etc., che influenzano a fondo il nostro modo di lavorare, di insegnare, persino il modo in cui scriviamo articoli etc., e possono prevedere sanzioni anche molto serie.

Bene: ma questo è davvero pluralismo giuridico? Non direi: si tratta di società complesse che organizzano la propria azione su base in parte territoriale, in parte attorno a sfere professionali o ad altre forme di attività (ad esempio educativa, sportiva, artistica, del tempo libero etc.). Le diverse sfere sono articolate le une rispetto alle altre, ed hanno propri statuti e regolamenti che non entrano di solito in contrasto gli uni con gli altri, e sono riconducibili su base gerarchica a più ampie normative che rimandano a loro volta ai più generali codici civili e penali. Le persone possono appartenere a molteplici sfere e a diversi livelli, e si muovono spesso fra l'uno e l'altro: ma di

(14) P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

solito percepiscono come unitario il sistema di norme che regola la loro vita. E in ogni caso, questa articolazione complessa di codici, regolamenti etc. non crea 'comunità normative' distinte e incommensurabili. Si potrebbe dire che si tratta di un unico corpo di diritto, articolato al suo interno in sfere e livelli diversi.

Da antropologo, sento semmai in questa caratterizzazione — descrittiva, lo sottolineo — una mancanza. Se vogliamo descrivere etnograficamente la pluralità di forme di autorità e codici normativi ai quali siamo soggetti nella quotidianità, dovremmo prendere in considerazione anche quelli informali, sotterranei, non dichiarati ma nondimeno fondamentali nel dare significato all'azione sociale e nel guidare i comportamenti degli attori sociali. Gli esempi più classici di questo livello sotterraneo sono le istituzioni totali. Sappiamo bene, da tanta letteratura ma anche da un po' di specifica etnografia, come le carceri, ad esempio, abbiano un loro regolamento ufficiale, formalizzato, e una serie di norme di comportamento non scritte, trasmesse fra detenuti e staff in modo assolutamente informale, che sono però importantissime da interpretare e applicare da parte di chi in quell'ambiente vive. E non sono solo le carceri o le caserme che presentano questa caratteristica. In una scuola, o in un campo di calcio, poniamo, accade qualcosa di simile, seppur meno drammatico. Ci sono da un lato regole esplicite e formalizzate, e dall'altro prassi normative implicite e informali ma apprese immediatamente da tutti i partecipanti. Siamo insomma di fronte a forme di comportamento sociale guidate da regole non codificate e trasmesse solo dalla tradizione, ma che spesso implicano le tre principali componenti attraverso le quali si è soliti distinguere il diritto vero e proprio dal costume, vale a dire l'autorità, l'obbligazione e la sanzione. Queste regole spesso contrastano con quelle formali o ufficiali, o almeno non coincidono con esse.

Si prenda l'esempio dei comportamenti che sono consentiti o proibiti ai bambini in una classe di scuola elementare. Le classi sono luoghi di potenziali esperimenti giuridici molto interessanti. Le maestre fanno scrivere e appendere le 'regoline' di comportamento: ad esempio non ci si alza dai banchi senza chiedere il permesso, non si parla mentre sta parlando la maestra, non si va a frugare negli zainetti dei compagni, non si dicono parolacce e così via. Ma ogni bambina o bambino in quella classe sa che le regole sono anche e

soprattutto altre; sa che ci sono soglie di tolleranza non dichiarate ma riconosciute da tutti, e che la sanzione dichiarata dalle maestre spesso non sarà di fatto applicata. Sa anche che oltre alle sanzioni ufficiali possono esservene altre, avvertite come anche più gravi, delle compagne e dei compagni, del gruppo dei pari. E che adeguarsi troppo strettamente alle regole ufficiali (obbedire in modo troppo passivo, « fare la spia », studiare troppo) può essere sconveniente dal punto di vista del gruppo dei pari (ma anche viceversa), con la necessità di trovare un difficile equilibrio fra due codici contrastanti. Per inciso, comprendere questo punto sarebbe importante per la scuola e per gli educatori. Si potrebbe accorgersi ad esempio che la dissonanza cognitiva e comportamentale che così spesso si lamenta negli scolari e negli studenti è prodotta non tanto dalla ‘severità’ delle regole formali, quanto dalla loro radicale inattuabilità: cioè dalla sproporzione fra quanto viene detto e quanto viene fatto, nonché da una applicazione arbitraria e capricciosa delle sanzioni. Ma, soprattutto, è prodotta da una situazione di ‘doppio legame’ in cui gli studenti si vengono a trovare nel contesto della classe (con spinte contrastanti fra il codice ufficiale e quello informale o ‘sotterraneo’, con l’innescò di quel processo che Gregory Bateson chiamava di « schismogenesi »⁽¹⁵⁾). Ciò vale anche per molti altri campi, ad esempio per la nostra interpretazione del codice della strada: con la consapevolezza che la velocità veramente consentita non è quella dichiarata dai segnali stradali, ma una sorta di via di mezzo che gli automobilisti più o meno condividono (indignandosi quindi con chi va davvero troppo forte, ma anche con chi si percepisce andare troppo piano anche se magari sta rispettando i limiti formalmente prescritti). Ma siamo dentro il campo del diritto, in questi casi? O il diritto è solo quello formalizzato (anche se magari dovrebbe essere più consapevole dei sistemi di ‘costume’ che sostengono le attività sottoposte a norma)?

4. *Pluralismo, relativismo e razionalità.*

In ogni caso, per riprendere l’argomentazione principale, in tutto questo non mi pare emerga un particolare problema di plura-

(15) G. BATESON, *Naven. Un rituale di travestimento in Nuova Guinea* (1936), trad. it. Milano, Cortina, 2022.

lismo giuridico. In cosa consiste allora il pluralismo che, secondo Grossi come secondo Berman (pur senza voler confondere le rispettive prospettive) caratterizza il processo di globalizzazione a partire dagli ultimi decenni del Novecento? Il tratto saliente di tale processo è individuato nell'indebolimento dei confini degli stati-nazione e nella costituzione di sfere di azione pubblica transnazionali o diasporiche, che mettono in crisi sistemi legislativi e sfere di giurisdizione fondati su una perfetta corrispondenza fra codici e confini territoriali. Insomma, il pluralismo giuridico sarebbe una conseguenza della crisi dello stato-nazione. Non che quest'ultimo non mantenga una sua importanza sul piano politico, economico e culturale: ma non ha più la posizione di monopolio che deteneva un tempo, e la sua azione è affiancata da istituzioni ma anche da forme di società civile che sembrano ignorare i confini, o almeno cercano di farlo. La circolazione di persone (i movimenti migratori ma anche un fenomeno importante come il turismo di massa); la circolazione delle merci; quella della cultura e delle comunicazioni di massa; i mercati e le dinamiche finanziarie: tutti questi aspetti cruciali della società contemporanea si dispiegano ormai su un piano cosmopolita nel quale i confini nazionali hanno una importanza sempre minore. Arjun Appadurai, uno dei più famosi teorici della globalizzazione, ha parlato di queste sfere diasporiche utilizzando i termini *ethnoscapes*, *mediascapes*, *technoscapes*, *ideoscapes*, *financescapes* — per riferirsi alla diffusione e al costante mescolamento e ibridazione di gruppi etnici, di comunicazioni di massa e prodotti dell'industria culturale, di tecnologie, ideologie, flussi finanziari ⁽¹⁶⁾. Tutti ambiti di azione sociale nei quali il posizionamento statale-geografico dei soggetti, la loro distanza fisica, o le loro 'identità' nel senso classico del termine sono sempre meno importanti.

Il problema è dunque come il diritto può adeguarsi a tali cambiamenti. Ad esempio, in che modo sottoporre a norma, a controllo, a tassazione le attività che avvengono in rete? La rete rappresenta il luogo per eccellenza di una comunicazione senza confini, malgrado le difficoltà di integrazione linguistica (le sfere linguistiche sono forse oggi il principale fattore di resistenza alla dissoluzione delle identità culturali); e malgrado la possibilità che gli

(16) A. APPADURAI, *Modernità in polvere*, trad. it. Roma, Meltemi, 2001.

stati hanno ancora oggi di chiudere le comunicazioni in rete o tenerle sotto controllo attraverso forme di censura di vecchio tipo (quanto sta accadendo oggi in Russia, in Iran e altre parti del mondo). In che modo, in molti si chiedono, una legge fondata sullo stato-nazione può perseguire l'hackeraggio che ha la sua base in stati diversi? Sempre Berman discute l'esempio di una denuncia nel 2000 dello Stato francese contro Yahoo, piattaforma che ha la sua base negli Stati Uniti, perché le sue pagine erano luogo di diffusione di tesi antisemite e negazioniste della Shoah, il che costituisce reato per la legge francese; con Yahoo che si difendeva appellandosi al primo emendamento della costituzione americana sulla libertà di parola, sostenendo quindi non solo la legittimità di consentire di esprimere quelle opinioni, ma addirittura l'impossibilità di proibirle senza infrangere la legge americana (17). Si potrebbero trovare infiniti esempi del genere. A tutto questo si può ovviare naturalmente attraverso trattati internazionali, forme di articolazione, congiunzione, ricucitura di strappi tra gli ordinamenti nazionali. Ma la legge deve sforzarsi di ricondurre a principi unitari questa proliferazione di fatto di pratiche che si sottraggono alle giurisdizioni classiche, oppure deve a sua volta trasformarsi in senso pluralistico? Quindi, per usare il linguaggio di Appadurai, stiamo assistendo o potremmo assistere anche alla costituzione di *legalscapes* su base globale? In altre parole, la legge dovrebbe rinunciare alla sua pretesa di universalità, cioè a quella « intenzione di applicazione universale » che tradizionalmente è una delle caratteristiche che distingue il diritto dal costume? Dovrebbe dunque riconoscere — questa la tesi di Berman — che esiste una pluralità di « comunità normative », reciprocamente incommensurabili (incommensurabili non vuol dire praticamente incompatibili, ma non riconducibili sul piano logico a principi o essenza comuni)? Ciò significa che la legislazione da un lato, e la giurisprudenza dall'altro, dovrebbero cercare di adeguarsi al carattere ibrido del mondo globalizzato facendosi ibride a loro volta. Per Berman questo implica rinunciare a due risposte contrapposte ed estreme alla globalizzazione: quella sovranista, che porta a cercare di restaurare nella misura del possibile i vecchi saldi e rassicuranti confini (a casa nostra vigono le nostre regole); e quella

(17) BERMAN, *Global Legal Pluralism*, cit., pp. 5-6.

universalista, che tenta di elaborare norme che possano valere per tutti su scala mondiale. Si tratterebbe piuttosto di accettare soluzioni di compromesso, di lavorare nell'ottica del 'riconoscimento' di diversità — che possono essere quelle dei gruppi migranti su base transnazionale, ma anche, ad esempio, quelle dei professionisti della finanza che agiscono in una sfera cosmopolita.

Tutto questo è molto bello, con alcuni rischi che si profilano, tuttavia, con i quali concludo. Il rischio principale mi pare quello — che in antropologia conosciamo bene per averlo visto attraversare tutto l'ambito delle politiche cosiddette multi-culturali o interculturali, in campo educativo ad esempio ⁽¹⁸⁾ — della essenzializzazione di quelle identità e appartenenze che la globalizzazione mischia e mette in rapporto. Se proprio vogliamo utilizzare la nozione di 'comunità normativa', dobbiamo stare molto attenti a non pensarla sulla base del vecchio diritto consuetudinario, come legata cioè a una identità etnica o culturale precisa, immutabile, tradizionale. Siamo di fronte a fenomeni molto diversi dalle norme di reciprocità nelle Trobriand di Malinowski o da quelle della vendetta barbaricina di Pigliaru; nonché, ovviamente, dalle sfere giuridiche plurali che caratterizzavano il Medioevo pre-statale. Nel contesto globale, le identità etniche e le corrispettive 'comunità normative' nascono e si sviluppano non come resistenze o sopravvivenze di qualcosa di originario e autentico, ma come fenomeni nuovi che si costituiscono rispetto a interessi specifici, impiegando forme di patrimonializzazione delle radici storico-culturali e di invenzione della tradizione. Soprattutto, non si pongono come ambiti cultural-normativi che si rapportano l'un l'altro secondo una logica relativistica (ognuno secondo propri principi, incommensurabili e non riconducibili a una logica unitaria). Ciò vale ad esempio per tutti i vari movimenti di rivendicazione di autonomia anche giuridica da parte dei cosiddetti 'popoli indigeni': cioè, in realtà, i loro ormai lontani eredi, che sono entrati a pieno titolo nella globalizzazione e hanno appreso la possibilità e i vantaggi di costituirsi come entità politica e normativa autonoma per il controllo delle terre o di altre risorse. In sintesi, il diritto deve rincorrere queste rivendicazioni in quanto legate a una

(18) F. DEI, *La scuola multiculturale. Una critica antropologica*, Roma, Movimento di Cooperazione Educativa, 2021.

pluralità di fatto, o piuttosto porsi — in termini non primordialisti e non essenzialisti — il problema di chi ha il diritto e il potere di costituirsi come comunità normativa?

Lo scetticismo che l'antropologia contemporanea ha sviluppato verso l'esistenza 'ontologica' di identità culturali compatte e autonome, tutte volte a una politica del riconoscimento, si può forse applicare anche al concetto di comunità giuridica. Se è vero che l'identità non è mai 'data' ma si costruisce in relazione al perseguimento di interessi o di diritti, vi sarebbe una certa circolarità nel sostenere la relatività del diritto rispetto all'appartenenza identitaria. Come potremmo articolare le diverse rivendicazioni, sempre più frammentate, se non sulla base di criteri comuni e in qualche modo universali? L'antropologia, che come detto ha flirtato con il relativismo per buona parte del Novecento, tende oggi a recuperare terreni comuni — elementarmente umani, meglio che universali — come tessuto di coesione delle frammentate relazioni globali. Il diritto può forse seguirla in questa aspirazione, nella stessa direzione cui alludevo discutendo il caso del pluralismo medico e di una possibile alleanza fra razionalità scientifica e razionalità giuridica? Si tratterebbe non di tornare indietro dal pluralismo, ma di svilupparlo e risolverne le difficoltà e i paradossi; soprattutto, di svincolarlo da una concezione reificata delle 'unità sociali' che gli ordinamenti giuridici dovrebbero inseguire.

Il che mi spinge a chiudere con il richiamo a una tradizione dell'antropologia giuridica forse minoritaria rispetto a quella più celebre di Malinowski, ma forse più appropriata ai nostri tempi. Mi riferisco agli studi di Max Gluckman degli anni '50 sui Barotse della Rhodesia settentrionale — oggi Zambia ⁽¹⁹⁾. Malinowski tendeva a combattere i pregiudizi etnocentrici mostrando come tra i 'selvaggi' vi fossero forme non solo di comportamento guidato da regole, ma di veri e propri istituti giudiziari, anche se costruiti su basi, linguaggi, forme di ragionamento e di azione completamente diverse da

(19) M. GLUCKMAN, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Glencoe, The Free Press, 1955. V. anche A. DE LAURI, *Antropologia giuridica. Un'introduzione storico-tematica*, in *Antropologia giuridica*, a cura di Id., Milano, Mondadori Education, 2013, p. 8 e ss.

quelle occidentali (20). Gluckman perseguiva lo stesso obiettivo da una direzione opposta e simmetrica: analizzava i tribunali dei Barotse in cerca di ciò che avevano in comune con quelli occidentali — inglesi o, nel suo caso, sudafricani. E, in estrema sintesi, trovava questo tratto comune nel concetto di « uomo ragionevole », considerato come una forma di mediazione fra l'universalismo astratto ed eccessivamente rigido della legge e la varietà dei casi che si propongono ai giudici, specie in contesti di forte mutamento sociale. L'idea di uomo ragionevole apre un'analisi delle basi del ragionamento giuridico fondato su principi logici che si riscontrano dovunque. La diversità sostantiva della cultura e della storia si intromette sempre nei procedimenti giudiziari che, nel loro carattere pratico, devono tenerne conto; e lo fanno costantemente. L'antropologia giuridica ha come suo compito proprio la descrizione etnografica di come ciò avvenga, di come i sistemi astratti di norme raggiungano un qualche compromesso con l'eterogeneità dei casi e degli eventi, e con le specifiche e differenti sostantività culturali che essi presentano. Ma è altrettanto ovvio che questa risposta, questo scendere a patti con la materia dell'azione umana, non può fondarsi su un relativismo dei sistemi normativi di riferimento, e non può esimersi dal mettere alla prova, se non una razionalità, almeno una ragionevolezza — quella che è sì è faticosamente affermata e distillata nella storia del diritto come in quella della scienza, e che non possiamo considerare — come vorrebbe oggi certo pensiero *postcolonial* — meramente etnocentrica, o meramente protettiva dei privilegi e degli interessi dell'Occidente o dei gruppi egemonici. La comparazione antropologica può allora aiutarci a capire non solo le differenze ma anche i punti in comune, universalmente umani, di queste basi del ragionamento giuridico.

(20) B. MALINOWSKI, *Crimine e costume nella società selvaggia* (1926), trad. it. Brescia, Morcelliana, 2020.

**ESPERIENZE: IL CASO
DELLA COLONIZZAZIONE PORTOGHESE**

CRISTIANO PAIXÃO

IL POTERE DELLE ROVINE:
PLURALISMO POLITICO, DISPUTE SUL TEMPO E FUTURO
DELLA COSTITUZIONE NEL BRASILE CONTEMPORANEO

1. Dalla dittatura alla democrazia. Percorsi. — 2. Il periodo post-2016: pratiche decostituenti. La presenza dei militari. — 3. Rovine contemporanee. Crisi e futuro della costituzione nel contesto brasiliano.

Vorrei iniziare il mio intervento ricordando l'importanza della Scuola di Firenze per il campo della storia del diritto in Brasile e in particolare per la storia costituzionale, settore in cui lavora il gruppo che coordina all'Università di Brasília. La traiettoria, l'esempio e le opere di grandi maestri recentemente scomparsi e ai quali dobbiamo sempre rendere omaggio — Paolo Grossi e Maurizio Fioravanti — sono centrali per la formazione di giuristi e ricercatori in Brasile. Il volume di Grossi sul Novecento Giuridico è molto conosciuto e letto nelle università brasiliane, così come le opere di Fioravanti sul concetto e la storia del costituzionalismo moderno ⁽¹⁾. Lo svolgimento di questo seminario in occasione del cinquantesimo anniversario dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* è molto significativo per l'approfondimento dell'interlocuzione già esistente tra storici del diritto italiani e brasiliani. Abbiamo

(1) Numerosi scritti di Grossi e Fioravanti sono stati influenti nel contesto brasiliano. Qui ricordiamo in particolare i volumi P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012; ID., *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico - 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000; ID., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009; ID., *Lectio-Doctoralis - a identidade do jurista, hoje*, Curitiba, UFPR, 2011; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo - Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009; ID., *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 2007; ID., *Appunti di storia delle costituzioni moderne - Le libertà fondamentali*, Torino, G. Giappichelli, 1995.

avuto la fortuna di ricevere a Brasilia Maurizio Fioravanti, Pietro Costa, Paolo Cappellini, Massimo Meccarelli; è un dialogo molto costruttivo per noi, e speriamo che sia sempre più intenso, produttivo e proiettato nel nostro futuro.

Nel seguito cercheremo di osservare gli elementi storici che emergono dalla profonda e preoccupante crisi costituzionale e politica del Brasile contemporaneo. Riteniamo che sia fondamentale svelare gli strati di storicità che non sempre sono espliciti nei discorsi politici e nelle pratiche istituzionali della fragile democrazia brasiliana (2).

1. *Dalla dittatura alla democrazia. Percorsi.*

Il Brasile è stato sottoposto a una dittatura militare per ventun'anni (1964-1985) (3). Il trasferimento del potere ai civili è avvenuto gradualmente e lentamente, in un movimento di crescente pressione da parte di settori della società civile e della classe politica per il ritorno alla democrazia (4).

Il processo di costruzione costituzionale nella ridemocratizza-

(2) L'autore ringrazia Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Irene Stolzi e Bernardo Sordi per l'ospitalità presso il Centro di Studi Paolo Grossi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. L'autore ringrazia Massimo Meccarelli, Raphael Peixoto de Paula Marques e Paulo Henrique Blair de Oliveira per l'attenta lettura, i commenti sul testo e altri suggerimenti.

(3) Si veda, tra ampia bibliografia, 1964: *do golpe à democracia*, A. Alonso, M.A. Dolhnikoff (org.), São Paulo, Hedra, 2005; *Desarquiando a ditadura: memória e justiça no Brasil - Vols. I/II*, C.M. Santos, E. Teles, J.A. Teles (org.), São Paulo, Hucitec, 2009; *O Brasil Republicano: o tempo do regime autoritário - ditadura militar e redemocratização, Quarta República (1964-1985)*, J. Ferreira, L.A.N. Delgado (org.), Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2019; C.N. TOLEDO, *1964: visões críticas do golpe*, Campinas, Ed. Unicamp, 1997; R.P.S. MOTTA, *Passados presentes: o golpe de 1964 e a ditadura militar*, Rio de Janeiro, Zahar, 2021; C. FICO, *Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas*, in «Tempo & Argumento», 9 (2017), 20, pp. 5-74; Id., *Além do golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar*, Rio de Janeiro, Record, 2004.

(4) Sul processo di ridemocratizzazione in Brasile, si veda B. SALLUM JR., *Labirintos: dos gerais à Nova República*, São Paulo, Hucitec, 1996; *Democratizando o Brasil*, A. Stepan (org.), Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988; M.D.G. KINZO, *A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição*, in «São Paulo em Perspectiva», 15 (2001), 4, pp. 3-12; F. OLIVEIRA, *Além da transição, aquém da imaginação*, in «Novos Estudos Cebrap», 1985, 12, pp. 2-15; *Brasil: o trânsito da memória*, S.

zione brasiliana può essere letto sotto la chiave di un certo pluralismo: quello relativo ai possibili autori del testo costituzionale. Nel 1974, quando la dittatura stava completando il suo primo decennio, il governo militare capì che era giunto il momento di preparare il passaggio di potere ai civili. L'allora presidente Geisel superò le divisioni interne all'esercito e iniziò il processo di apertura politica, che lui stesso definì lento, sicuro e graduale. È importante sottolineare che non si trattava di un progetto di ridemocratizzazione. La previsione era di un governo forte e centralizzato, interamente basato sull'ordine giuridico fissato dal regime militare — in quel momento, c'era una Costituzione imposta dai militari, aggravata da un emendamento costituzionale introdotto da tre ministri militari con il Parlamento (il Congresso Nazionale) chiuso sotto la forza delle armi ⁽⁵⁾.

Questo progetto, tuttavia, non ha avuto successo. A partire dalla seconda metà degli anni Settanta inizia un periodo cruciale per la democrazia brasiliana: come afferma un importante libro del sociologo Eder Sader, è il momento in cui « entrano in scena nuovi personaggi » ⁽⁶⁾. Questo movimento è stato evidenziato da Florestan Fernandes, influente sociologo brasiliano del XX secolo, e anche lui deputato costituente in 1987-1988. Florestan ha sottolineato « l'emergere di un nuovo modello di lotta sindacale e politica di classe », così come l'emergere di « nuove istituzioni o organizzazioni che interferiscono attivamente nelle iniquità umane ». Ha poi elencato alcune di queste nuove organizzazioni che sono state protagoniste della lotta per la ridemocratizzazione:

la CNBB [Conferência Nacional dos Bispos do Brasil], le commissioni di Giustizia e Pace, i Consigli Pastoral, il rinnovamento dell'OAB [Ordem dos Advogados do Brasil], l'emergere delle comunità ecclesiali di base, i comitati di fabbrica, le associazioni di quartiere, le organizzazioni rappresentative dei diseredati della terra, degli indigeni, dei neri, delle donne, i

Sosnowski, J. Schwartz (org.), São Paulo, Edusp, 1994; R.L.C.N. LEMOS, *Ditadura, anistia e transição política no Brasil (1964-1979)*, Rio de Janeiro, Consequência, 2018.

⁽⁵⁾ Si veda B. KUCINSKI, *O fim da ditadura militar*, São Paulo, Contexto, 2001.

⁽⁶⁾ E. SADER, *Quando novos personagens entraram em cena - experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo, 1970-1980*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988; M.H.M. ALVES, *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*, Petrópolis, Vozes, 1984.

movimenti di liberazione sessuale, le organizzazioni degli abitanti delle *favelas* (7).

Il processo costituente brasiliano è un esempio interessante della traduzione in termini giuridici e istituzionali di tutto il movimento provocato da settori della società civile durante la lotta per la ridemocratizzazione. Qui ci sono due campi di lotta particolari. Il primo, visibile e chiaro, è quello instaurato tra il regime militare e i settori civili della società brasiliana. Il secondo, meno evidente ma altrettanto rilevante, riguarda la disputa interna ai settori dell'opposizione civile sul protagonismo nel processo di scrittura della Costituzione. Chi avrebbe dovuto guidare questo processo? la classe politica (l'opposizione acconsentita dal regime) o la società civile?

In molti momenti, questi gruppi sono stati uniti nella lotta per la democrazia: nelle campagne per l'elezione diretta del presidente, nella resistenza alle pratiche autoritarie, nella richiesta di ritorno dei leader politici esiliati. Tuttavia, alcune tensioni erano già evidenti nelle discussioni sull'aspetto dell'Assemblea costituente incaricata di redigere un nuovo testo costituzionale. I settori legati alla società civile hanno preferito un'assemblea costituente *ad hoc*, eletta al solo scopo di scrivere la costituzione. Alla fine, invece, prevalse il modello ideato dai rappresentanti politici dell'opposizione (consentita) dal Regime: il Congresso Nazionale avrebbe avuto poteri costituenti (8). Mentre la prima soluzione avrebbe consentito una maggiore partecipazione della società civile, la seconda circoscriveva alle forze politiche già presenti nel Parlamento il compito di dare forma alla nuova Costituzione.

Ciò non ha impedito, tuttavia, al processo costituente del 1987-1988 di contare su un'ampia partecipazione della società civile. Organizzazioni, sindacati, associazioni e altre entità collettive hanno

(7) F. FERNANDES, *A constituição inacabada - vias históricas e significado político*, São Paulo, Estação Liberdade, 1989, p. 20.

(8) Mi permetto di rinviare a C. PAIXÃO, *Autonomia, democracia e poder constituinte no Brasil: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 43 (2014), pp. 415-458; si veda anche C. PAIXÃO, M. MECCARELLI, *Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems*, in « Giornale di storia costituzionale », 2020, 40, pp. 29-54; L.A.A. BARBOSA, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Edições Câmara, 2018.

partecipato al processo di redazione del testo. Prendo come esempio di questa partecipazione il processo di elaborazione del capitolo dedicato alla questione dei popoli indigeni.

Invertendo un orientamento esistente in Brasile fin dall'epoca coloniale, con l'entrata in vigore della Costituzione del 1988 l'ordinamento giuridico è arrivato a riconoscere ai popoli indigeni « la loro organizzazione sociale, i loro costumi, le loro lingue, le loro credenze e le loro tradizioni, nonché i diritti originari sulle terre che occupano tradizionalmente, essendo lo Stato responsabile della loro demarcazione e della protezione e del rispetto di tutti i loro beni » (art. 231). Questo cambiamento di orientamento ha una storia. Ed è stato determinato dalle stesse popolazioni indigene, che hanno partecipato in modo significativo e costante al processo costituente, presentando richieste e rivendicando diritti. Possiamo dire che le popolazioni indigene sono state presenti fin dall'inizio del lavoro costituente. Sono stati tra i primi attori sociali a percepire l'importanza di questa opportunità storica e, proprio per questo, hanno realizzato un'efficace mobilitazione che ha influenzato la redazione del testo dalle prime udienze nelle Commissioni tematiche fino alle votazioni finali dell'Assemblea in seduta plenaria.

Un episodio specifico, avvenuto durante la fase di discussione del testo nel Comitato per i neri, le popolazioni indigene, i disabili e le minoranze, è molto rivelatore della profondità dei cambiamenti che sarebbero stati incorporati nella Costituzione.

Il 5 maggio 1987, diversi leader indigeni hanno partecipato in una udienza al comitato e hanno portato la loro testimonianza. Tra queste c'era la dichiarazione di Ailton Krenak, all'epoca giovane leader del popolo Krenak, che vive nella regione del Rio Doce di Minas Gerais. L'intera dichiarazione di Ailton Krenak si basa sull'opposizione tra guerra e pace. A suo avviso, quel momento costituente rappresentava un'opportunità per concludere un trattato di pace tra i bianchi e le popolazioni native brasiliane. È importante sottolineare che Krenak non stava proponendo una metafora. Il suo riferirsi al « trattato » aveva una base storica: i Krenak discendono dai Botocudos. Nel 1808, un atto (« carta régia ») di Giovanni VI, all'epoca principe reggente del Regno del Portogallo, ordinò l'inizio

di una « guerra offensiva » contro i Botocudos, classificati come « antropofagi » e « violenti » (9).

È proprio per questo motivo che Ailton Krenak insiste sul rapporto tra guerra e pace: « Lo Stato brasiliano tratta le popolazioni indigene come nemici di guerra. Siamo i resti di un processo di sterminio, non è stato ancora firmato un trattato di pace tra lo Stato brasiliano e le popolazioni indigene » (10). Krenak dimostra anche sensibilità e percezione di ciò che ha rappresentato quell'udienza pubblica. Faceva parte di un ampio processo di scrittura di un documento costituzionale fondante, in grado di ridefinire le relazioni tra bianchi e indigeni in Brasile. Ciò avrebbe avuto il valore di un trattato di pace con efficacia e carattere definitivo: « firmare un trattato di pace con gli indigeni, perché le generazioni future non dovranno sentirsi accusare di essersi sporcate le mani con il sangue degli indigeni. Riconoscere i nostri diritti, rispettare i nostri diritti e il nostro popolo [...] È compito della Nazione brasiliana, di tutti i popoli che abitano questo Paese, fermare questa emorragia, fare un trattato di pace con gli indigeni » (11). A differenza di molti altri temi della Costituente, che hanno subito molte modifiche e cancellazioni tra la stesura del progetto preliminare nei comitati tematici e le votazioni in assemblea plenaria, il capitolo sulle popolazioni indigene è cambiato poco: le innovazioni erano già presenti nel progetto preliminare della sottocommissione e sono state, nella loro parte principale, conservate nella redazione finale del testo.

Il 5 ottobre 1988 fu promulgata la Costituzione, dopo un processo costituente caratterizzato dalla partecipazione di settori significativi della società (12). Il testo costituzionale stabilì uno stato

(9) BRASILE, *Carta Régia de 13 de maio de 1808*, in *Coleção de Leis do Império do Brasil*, 1808, vol. 01, p. 37.

(10) BRASILE, *Verbale dell'XI riunione ordinaria della Sottocommissione per i neri, le popolazioni indigene, i disabili e le minoranze*, in « Gazzetta dell'Assemblea Nazionale Costituente », 21.5.1987, p. 150.

(11) Ivi, p. 152.

(12) M. CATTONI, R.D. PATRUS, *Constituição e poder constituinte no Brasil pós-1964: o processo de constitucionalização brasileiro entre "transição e ruptura"*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 45 (2016), pp. 171-191; M.H. VERSIANI, *Constituinte de 1987/1988: a sociedade brasileira vive a democracia*, in *Não foi tempo perdido: os anos 80 em debate*, organizado por S.V. Quadrat, Rio de Janeiro, 7Letras, 2014, pp. 362-384; C. PAIXÃO, *A construção do futuro: os 30 anos da Constituição de 1988*, in « Revista Humanidades », 2018, 62, pp. 103-109.

di diritto democratico e dette centralità ai diritti fondamentali. Seguirono governi democraticamente eletti che rimasero, in termini generali, nel quadro dell'ordine costituzionale stabilito nel 1988. La tensione tra società civile e Stato, tuttavia, non si è esaurita con l'approvazione del testo costituzionale. Tornerà qualche decennio dopo, nel bel mezzo della crisi decostituente che sta vivendo il Brasile.

2. *Il periodo post-2016: pratiche decostituenti. La presenza dei militari.*

Questo panorama è cominciato a cambiare a metà degli anni 2010 e, a partire dal 2016, il Brasile si è trovato di fronte a uno scenario di instabilità politica e istituzionale, senza precedenti, che può essere riassunto schematicamente come segue:

(1) Tra il 2016 e il 2018 è stato attivato un processo di svuotamento di elementi essenziali della Costituzione. Il Parlamento ha iniziato a condurre un attacco ai diritti sociali attraverso riforme che hanno indebolito il sistema di protezione dei lavoratori e dei sindacati; inoltre, un emendamento costituzionale ha ridotto drasticamente la spesa pubblica per l'istruzione, la sanità e l'attuazione delle politiche pubbliche.

(2) Il periodo tra il 2019 e il 2022 ha visto l'adozione di misure amministrative che hanno indebolito la protezione di elementi centrali della Costituzione del 1988, come l'ambiente, la cultura, il patrimonio storico, la protezione delle comunità indigeni e la lotta al razzismo.

Queste dimensioni politico-istituzionali della crisi brasiliana contemporanea hanno un'origine comune e sono parti dello stesso problema: si tratta di una reazione decostituzionalizzante, che comporta, innanzitutto, una disattivazione selettiva delle garanzie istituzionali e dei meccanismi di protezione in ambiti sensibili per la comunità politica brasiliana. È il fenomeno che Jan-Werner Müller ha chiamato « cattura della costituzione » (13).

(13) J-W. MÜLLER, *Rising to the challenge of constitutional capture - Protecting the rule of law within EU member states*, in « Eurozine », 21.3.2014, <https://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/> (consultato il 18.2.2023).

Le trasformazioni menzionate finora, iniziate nel 2016, sono avvenute, con poche eccezioni, senza la necessità di cambiare il quadro istituzionale o anche il testo della Costituzione. La strategia decostituente è simile a una distruzione « dall'interno », un sabotaggio selettivo dei meccanismi essenziali che fanno funzionare l'ordine costituzionale. Si tratta di una decostituzionalizzazione, che ha rinunciato — fino ad ora — a grandi sforzi per riscrivere le regole costituzionali e smantellare esplicitamente il quadro istituzionale democratico (14).

Tra le righe di queste pratiche decostituenti è possibile intravedere la questione del futuro. Non a caso, il sabotaggio istituzionale che si osserva nel Brasile contemporaneo è particolarmente forte nelle questioni costituzionali che esprimono un progetto per il futuro. Queste pratiche producono effetti che possono interessare diverse generazioni. Diventa ogni giorno più chiaro che il Brasile avrà bisogno di un lungo periodo di tempo per recuperare un minimo di normalità politica e amministrativa. L'impatto dello smantellamento delle strutture istituzionali preposte alla tutela dell'ambiente, alla diffusione dell'educazione e della cultura — campi particolarmente interessati da una « futurità » del testo costituzionale — si estende anche alla Costituzione del 1988.

Questi brevi cenni ci portano alla considerazione di un tratto più generale, che riguarda proprio il tempo della Costituzione. L'elemento autoritario delle pratiche decostituenti adottate in Brasile negli ultimi anni, incide, infatti, su un elemento centrale dell'esperienza costituzionale inaugurata nella modernità: il rapporto tra costituzionalismo e futuro.

Sulla base del percorso stabilito finora, conviene approfondire la discussione sugli sviluppi della decostituzionalizzazione affrontata dal Brasile. Nella nostra comprensione, non ci sono spazi « vuoti » nell'ordine costituzionale di una data comunità politica. Ci sono,

(14) C. PAIXÃO, *Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo*, in « Jornal GGN », 6.11.2020, <https://jornalgggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-chronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/> (consultato il 18.2.2023); ID., *Destruindo "por dentro": práticas desconstituintes do nosso tempo*, in « Jornal GGN », 13.07.2020, <https://jornalgggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/> (consultato il 18.2.2023).

piuttosto, dispute intorno a progetti, visioni del mondo, idee di società, anche se queste dispute sono spesso oscurate da strategie di propaganda, fake news, o anche dalla scelta di uno o più nemici utili.

Nel caso del Brasile, è in corso una disputa sul passato, con evidenti effetti sul presente e sul futuro. Si tratta, innanzitutto, del tentativo degli occupanti del potere federale tra 2019 e 2022, dei loro ideologi e delle forze che li sostengono di dare un nuovo significato alla dittatura militare brasiliana. Nei loro discorsi si può osservare un esplicito messaggio positivo sul periodo della dittatura, responsabile degli atti più crudeli ed evidenti di violazione dei diritti umani. Tale giudizio positivo, volutamente vago, implica una certa nostalgia dell'oppressione, una certa idea di un ordine perduto. Non è una novità: i regimi con propensioni autoritarie e personaliste guardano spesso al passato in funzione legittimante.

In un noto volume, François Hartog e Jacques Revel affrontano gli aspetti di un fenomeno, quello degli usi politici del passato ⁽¹⁵⁾. I miti fondativi, le narrazioni eroiche e le gesta storiche sono spesso mobilitati per giustificare le trasformazioni dell'ordine politico — e questo avviene spesso a spese della democrazia costituzionale. Nel caso brasiliano, è in atto una disputa sul passato — con evidenti effetti sul presente e sul futuro.

Nel 2018 è avvenuto uno dei passaggi decisivi di questa disputa. Si è discusso in ambito giudiziario sulla possibilità di concedere un ordine di *habeas corpus* all'ex Presidente della Repubblica Luís Inácio Lula da Silva, detenuto per una condanna relativa a un procedimento in materia di corruzione. Si tratta quindi di una questione che, in Brasile, è di esclusiva competenza della magistratura. Ma c'è stato un intervento diretto del potere militare.

Un generale che ricopriva la carica di comandante dell'esercito, Eduardo Villas-Bôas, ha pubblicato un tweet alla vigilia del processo per *habeas corpus* intentato dall'ex presidente Lula alla Corte Suprema. In questo tweet, del 3 aprile 2018, il generale propone una domanda: «Nella situazione che vive il Brasile, non resta che chiedere alle istituzioni e al popolo chi pensa davvero al bene del

⁽¹⁵⁾ *Les usages politiques du passé*, F. Hartog, J. Revel (dir.), Paris, Éditions de l'EHESS, 2001; si veda anche *Political Uses of the Past: The Recent Mediterranean Experience*, J. Revel, G. Levi (ed.), London and Portland, Cass, 2002.

Paese e delle generazioni future e chi si preoccupa solo degli interessi personali? » (16). In un'altra parte del post, il generale ha affermato: « Assicuro alla nazione che l'Esercito brasiliano ritiene di condividere le aspirazioni di tutti i buoni cittadini di ripudiare l'impunità e di rispettare la Costituzione, la pace sociale e la democrazia, e rimane vigile sulle sue attribuzioni costituzionali » (17).

Dalla lettura di questi messaggi si possono ricavare alcune conclusioni: (1) l'esercito giustifica il suo intervento atipico in un giudizio della Corte Suprema « per il bene del Paese e delle generazioni future »; (2) il riferimento al « buon cittadino » indica una divisione nella società brasiliana, con cittadini di tipi diversi; (3) l'esercito si propone come un'istituzione che proteggerà il « buon cittadino » e le generazioni future.

Una forza armata che « offre » una forma di tutela alla società e si pone nella posizione di condividere « le aspirazioni dei buoni cittadini », una figura che presuppone una distinzione tra amico e nemico. Questo discorso cosa richiama?

È evidente che esso non ipotizza esattamente un nuovo futuro; è, infatti, il recupero di un passato, che si riferisce al periodo della dittatura militare.

In più di un'occasione, l'ex presidente della Repubblica tra il 2019 e il 2022 ha reso omaggio a un torturatore del regime militare, il colonnello Brillhante Ustra (18). La sua vedova è stata ricevuta nell'ufficio presidenziale (19). Anche un agente coinvolto nelle violenze commesse nella guerriglia rurale del fiume Araguaia è stato accolto e onorato nel palazzo presidenziale (20).

(16) <https://www.conjur.com.br/2021-fev-12/villas-boas-revela-alto-comando-exercito-ameacou-stf> (consultato il 18.2.2023).

(17) <https://piaui.folha.uol.com.br/o-general-o-tuite-e-promessa/> (consultato il 18.2.2023).

(18) <https://www.dw.com/pt-br/elogio-de-mour%C3%A3o-a-torturador-causa-rep%C3%BAdio/a-55223890> (consultato il 18.2.2023).

(19) <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/bolsonaro-volta-a-chamar-ust-ra-de-heroi-nacional-e-recebe-viuva-no-planalto.shtml> (consultato il 18.2.2023).

(20) <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/04/bolsonaro-recebe-major-cu-rio-que-comandou-repressao-a-guerrilha-do-araguaia-durante-a-ditadura.ghtml> (consultato il 18.2.2023).

Esiste, in questi atti e cerimonie, un'idea precisa. Cercando di riabilitare figure responsabili di gravi atrocità commesse contro gli oppositori politici e contro la società in generale, i militari (e i loro sostenitori civili) hanno inteso « legittimare » il regime nel suo complesso, « giustificando » queste azioni nella lotta contro un « nemico ».

Si tratta di una vera e propria nostalgia dell'oppressione. Come analizzare questo tentativo di ritorno al passato?

Il punto che interessa qui evidenziare è che tale manifestazione di nostalgia è per molti aspetti alimentata artificialmente, attraverso atti politici, celebrazioni e narrazioni del passato. In un bel libro, Svetlana Boym propone una distinzione tra due tipi di nostalgia: possiamo trovare un tipo di sentimento verso il passato che è molto comune tra gli immigrati e i popoli in fase di spostamento o di diaspora. Questa è la nostalgia riflessiva, in essa il passato è visto come qualcosa di vicino e lontano allo stesso tempo, come un riferimento importante (quasi centrale) ma saldamente fissato nel passato e sempre segnato dall'ambiguità (temporale e spaziale) e dal dubbio sull'effettivo ruolo di quel passato ⁽²¹⁾. È chiaro, però, che non si tratta della nostalgia che informa gli attuali regimi che sfidano la democrazia. I « nuovi autoritarismi » perseguono una dinamica differente. Evocano una diversa modalità di nostalgia: la nostalgia restaurativa. In questo tentativo di restaurazione non c'è dubbio, non c'è ambivalenza. Il progetto nostalgico è un ritorno al passato che deve essere vissuto come portatore di una verità. I regimi di estrema destra di tutto il mondo ricorrono a questo tipo di narrazione: vogliono ricomporre una società che non avrebbe mai dovuto essere cambiata, vogliono un ritorno a un passato idilliaco e felice.

In un discorso pubblico, l'allora Presidente della Repubblica Jair Bolsonaro ha criticato duramente le organizzazioni non governative, soprattutto quelle che operano in Amazzonia. Sono state descritte come un cancro all'interno della società. E questo vale, nel progetto attuale, per ogni forma di organizzazione collettiva. Si rivisita così lo scenario degli anni '70: l'obiettivo è mantenere un

⁽²¹⁾ S. BOYM, *The future of nostalgia*, New York, Basic Books, 2001, pp. 7-43; si veda anche A. APPLEBAUM, *Twilight of Democracy - The Seductive Lure of Authoritarianism*, New York, Doubleday, 2020.

potere civile sotto tutela militare. Ciò avviene attraverso l'attivazione di questa utopia regressiva, che ha una portata costituente.

Qui riprendiamo il tema del pluralismo, collegato all'idea di diversità culturale. Partiamo dal presupposto, come chiarito nelle ispirate pagine di Giacomo Marramao, che la diversità culturale comporta, innanzitutto, la percezione di una differenza. Questa percezione, che resiste a tutti i tentativi di unificazione, include una grammatica di forme di vita evidenziate dalla pluralità e dalla alterità. Tale costruzione, che deriva dai movimenti sociali e politici innescati dalla seconda metà del XX secolo, ha lo scopo di consolidare ciò che Marramao qualifica come modernità-mondo, e che è, in linea di principio, incompatibile con un'idea di comunità politica ancorata solo in legami di nazionalità, come è presupposto nell'utopia regressiva in atto nel Brasile contemporaneo (22).

Vale la pena aggiungere un elemento comparativo in relazione al dibattito brasiliano. Come è noto, negli anni '60-'70 in Sudamerica si sono insediati molti regimi militari. In quasi tutti i casi, questi regimi hanno cercato di regolare le basi della normatività nella sfera costituzionale, anche come forma di autoprotezione in caso di trasferimento del potere ai civili. In Uruguay, il progetto costituzionale militare è stato sottoposto a referendum ed è stato respinto, accelerando così la fine del regime stesso (23). Ma in Cile il progetto ha avuto successo: nel 1980 è stata concessa una costituzione scritta da una commissione di giuristi, proprio nel giorno in cui il golpe militare ha compiuto sette anni (tutti con il Congresso chiuso). E questa costituzione sta oggi ancora in vigore (24).

(22) Si veda G. MARRAMAIO, *Passaggio a Occidente - filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, pp. 202-241; ID., *La passione del presente*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, pp. 169-205.

(23) A. MARCHESI, P. WINN, *Uruguay: los tiempos de la memoria*, in *No hay mañana sin ayer - Uruguay y las batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*, coordinadores P. Winn, A. Marchesi, F. Lorenz, S.J. Stern, Santiago, LOM, 2014, pp. 127-130.

(24) Sulla costituzione cilena del 1980 si vedano C. PAIXÃO, *Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile*, in « *Giornale di storia costituzionale* », 2015, 30, pp. 89-105; R. BARROS, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 167-254; J. DÁVILA, *Dictatorship in South America*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2013, pp. 156-178.

In Brasile, come abbiamo visto, il regime non è riuscito a vincolare il futuro attraverso una costituzione di sua creazione. La ridemocratizzazione brasiliana si è conclusa con la promulgazione della Costituzione del 1988. L'utopia regressiva emersa in Brasile negli ultimi anni ha come bersaglio la stessa costituzione. È un modo per riprendere questa controversia, che risale al periodo del regime militare e che ipotizza, quindi, la riapertura del conflitto già vissuto negli anni Settanta sulla natura del potere civile consentito dalle autorità militari.

In quanto prodotti del loro tempo, le Costituzioni nascono con lo sguardo rivolto al futuro. Non è un caso che la teoria costituzionale e la scienza politica ricorrono nei rispettivi lessici a espressioni come « costruzione costituzionale », « disegno costituzionale » e « architettura costituzionale »⁽²⁵⁾. Questi termini si riferiscono a un'idea di progetto, di affermazione di una concezione originale, di realizzazione di un piano. Solo una società con un'enorme fiducia nella propria capacità di autoregolazione può postulare la realizzazione del futuro a partire dal presente.

Alla luce di queste considerazioni e delle esperienze decostituenti che sopra abbiamo considerato, sembra opportuno, ora, interrogarci sul ruolo delle rovine nell'architettura costituzionale contemporanea.

3. *Rovine contemporanee. Crisi e futuro della costituzione nel contesto brasiliano.*

Secondo Andreas Huyssen, il nostro tempo sta vivendo una « strana ossessione per le rovine nei Paesi del Nord Atlantico, come parte di un discorso molto più ampio sulla memoria e sul trauma, sul genocidio e sulla guerra »⁽²⁶⁾. Sono parole scritte da Huyssen nel 2006, quindi in un momento precedente all'insediamento di alcuni

⁽²⁵⁾ Si vedano, ad esempio, J.M. BUCHANAN, V. VANBERG, *A Theory of Leadership and Deference in Constitutional Construction*, in «Public Choice», 61 (1989), 1, pp. 15-27; Z. NWOKORA, *Constitutional design for dynamic democracies: A framework for analysis*, in «I•CON», 20 (2022), 2, pp. 580-610; E. MACFARLANE, *The Place of Constitutional Conventions in the Constitutional Architecture, and in the Courts*, in «Canadian Journal of Political Science», 2022, 55, pp. 322-341.

⁽²⁶⁾ A. HUYSSSEN, *Nostalgia for Ruins*, in «Grey Room», 23 (2006), p. 7.

governi di estrema destra in molti Paesi e prima dell'esperienza della pandemia Covid-19, che ha dato ai termini « trauma » e « genocidio » una concretezza molto maggiore. Nel caso dell'esperienza brasiliana, il governo federale ha assunto una posizione negazionista di fronte alla sfida di salute pubblica generata dalla pandemia.

In Brasile, secondo i dati aggiornati al 16 febbraio 2023, ci sono stati 697.762 decessi causati dalla Covid-19 ⁽²⁷⁾. Il Paese si colloca al secondo posto per numero assoluto di vittime della pandemia, dopo gli Stati Uniti ⁽²⁸⁾, e questo numero è stato certamente aggravato dall'atteggiamento negazionista delle autorità governative federali, che hanno insistito sulla contaminazione di massa (la cosiddetta « immunità di gregge ») e hanno ritardato l'acquisizione di vaccini ⁽²⁹⁾. E come se non bastasse, nelle prime settimane del 2023 sono emerse prove schiaccianti della pratica del genocidio contro la popolazione indigena Yanomami, a seguito dell'abbandono delle politiche sanitarie e della promozione di attività minerarie illegali su territori appartenenti al popolo Yanomami ⁽³⁰⁾.

In una prospettiva di gravi violazioni dei diritti umani, possiamo notare la giusta intuizione di Andreas Huyssen sul tempo presente: l'attrazione per le rovine viene associata all'esperienza del trauma e del genocidio, nelle sue varie espressioni e significati. La nozione di rovina può essere, quindi, una chiave di lettura produttiva per la comprensione delle relazioni che si stabiliscono, nell'era contemporanea, tra passato, presente e futuro e, più in particolare, del tempo della Costituzione.

L'idea di rovina può comprendere, in un contesto di crisi, una ricerca di spiegazione. Come afferma Svetlana Boym, l'interesse

⁽²⁷⁾ <https://covid19.who.int/region/amro/country/br> (consultato il 16.2.2023).

⁽²⁸⁾ <https://covid19.who.int/table> (consultato il 16.2.2023).

⁽²⁹⁾ Si vedano D. VENTURA, C. PERRONE-MOISÉS, K. MARTIN-CHENUT, *Pandemia e crimes contra a humanidade: o "caráter desumano" da gestão da catástrofe sanitária no Brasil*, in « Revista Direito e Práxis », 12 (2021), 3, pp. 2206-2257; G. RONDON, D. DINIZ, J.Z. BENVINDO, *Speaking truth to power: Legal scholars as survivors and witnesses of the Covid-19 maternal mortality in Brazil*, in « I•CON », 20 (2022), 3, pp. 1360-1369.

⁽³⁰⁾ <https://www.theguardian.com/world/2023/jan/27/brazil-dozens-of-indigeno-us-children-hospitalised-amid-health-crisis> (consultato il 18.2.2023); <https://www.reuters.com/world/americas/evidence-genocide-among-brazils-indigenous-yanomami-says-minister-2023-01-23/> (consultato il 18.2.2023).

contemporaneo per le rovine non è solo un sintomo, ma indica anche un luogo per nuove esplorazioni e per la produzione di significato ⁽³¹⁾. Huyssen afferma che le rovine possono essere viste come un punto critico, che permette una visione (e una comprensione) delle « devastazioni del tempo e del potenziale del futuro, della distruttività del dominio e delle tragiche lacune del presente » ⁽³²⁾.

Come testimoni dello scorrere del tempo, le rovine evocano un passato, si manifestano nel presente e possono indicare futuri alternativi, poiché richiedono uno sguardo condizionato dalla storia: come sono state prodotte le rovine? E cosa ci comunicano?

L'ossessione contemporanea per le rovine di cui parla Huyssen, di resto, non è nuova.. Come descritto da un'ampia letteratura critica, la nozione di rovina è presente in varie letture e appropriazioni del patrimonio classico da parte di scrittori, filosofi e artisti dal periodo medievale (il rapporto di Petrarca con le rovine romane è un esempio eccellente ⁽³³⁾) all'epoca moderna (come nel caso delle visite di Goethe a Roma ⁽³⁴⁾).

L'originalità, tuttavia, delle osservazioni di Huyssen consiste nella comprensione della singolarità delle rovine prodotte dalla modernità. Per l'autore, le suggestive immagini di rovine prodotte dall'azione umana nel Novecento non si devono interpretare come una sorta di fallimento del progetto moderno, come un segno dell'incapacità della ragione umana di organizzare il mondo in termini politici e sociali. Per Huyssen, le rovine sono presenti fin dall'inizio della costruzione del progetto moderno. Nella dimensione culturale e significativa della modernità, luci e ombre coesistono. Le rovine sono già contenute nelle fondamenta dell'edificio fin dalla sua concezione. La loro visibilità è solo una questione di tempo.

L'opera di Giovanni Battista Piranesi è centrale nelle varie discipline dedicate alla comprensione del ruolo delle rovine nella

⁽³¹⁾ S. BOYM, *The Off-Modern*, New York and London, Bloomsbury, 2017, p. 45.

⁽³²⁾ HUYSSSEN, *Nostalgia for Ruins*, cit., p. 9.

⁽³³⁾ A. PRICA, *Decay and Afterlife - Form, Time, and the Textuality of Ruins, 1100 to 1900*, Chicago and London, Chicago University Press, 2022, pp. 77-111.

⁽³⁴⁾ S. STEWART, *The Ruins Lesson - Meaning and Material in Western Culture*, Chicago and London, Chicago University Press, 2021, pp. 115-117, 212-220.

modernità. Nato a Venezia, ha svolto la sua carriera di architetto e artista a Roma. È noto soprattutto per le sue serie di incisioni, in particolare quelle che raffigurano le rovine degli edifici di Roma antica e una sequenza di incisioni intitolata « Carceri ».

Le due serie, secondo Huyssen, sono fondamentali per capire l'impatto dell'opera di Piranesi e la sua attualità. Le incisioni che raffigurano le rovine di Roma sono notevoli per diverse proprietà artistiche, a cominciare dall'originale rapporto tra luce e ombra. Uno degli aspetti più rilevanti delle rovine di Piranesi riguarda un tema classico delle rovine: la presenza della natura. In molte delle sue incisioni, edifici classici — palazzi, archi, colonne, monumenti — convivono, nella loro forma « rovinata », con cespugli, foglie, alberi, erba. L'impressione è immediata e rimanda a una tensione tra natura e cultura, tra passato e presente che riguarda l'insieme di domande che le rovine formulano per lo spettatore di ogni tempo ⁽³⁵⁾.

La serie delle « Carceri », invece, rimanda a un universo visivo innovativo, che ridefinisce pure l'immagine delle rovine romane. In questa sequenza di incisioni Piranesi ci presenta una successione di ambienti destinati alla reclusione, ma nello spazio pittografico non ci sono persone — solo ingranaggi, scale, sbarre, celle. Predomina l'oscurità e le finestre non sono visibili. L'insieme è piuttosto originale, e presenta una certa somiglianza con le stampe di autori successivi come, ad esempio, M.C. Escher, che ha enfatizzato i paradossi delle strutture spaziali della modernità.

La rilevanza di Piranesi risiede, per Huyssen, nell'abilità della sua opera di concentrare, in uno stesso sforzo creativo, gli elementi ambigui della modernità (Piranesi visse tra il 1720 e il 1778). Per Huyssen, infatti, le rovine che vediamo nelle sue incisioni sono « autentiche », veri e propri « prodotti della modernità »:

Le prigionie e le rovine di Piranesi sono allegorie di una modernità di cui non solo mettono in discussione, ma annullano l'utopia della libertà e del progresso, del tempo lineare e dello spazio geometrico. Un passato incarnato da architetture in rovina e cariche di memoria sembra sovrastare il presente dell'Illuminismo [...] L'immaginario piranesiano delle rovine

⁽³⁵⁾ Si vedano su questo punto A. HUYSSSEN, *Authentic Ruins: Products of Modernity*, in *Ruins of Modernity*, edited by J. Hell, A. Schönle, Durham and London, Duke University Press, 2010, pp. 17-28; STEWART, *The Ruins Lesson*, cit., pp. 162-194.

appartiene quindi a una coscienza autocritica che ha accompagnato la modernità illuminata fin dalle sue origini ⁽³⁶⁾.

C'è quindi una chiave di lettura promettente. In che misura il costituzionalismo contemporaneo può essere analizzato a partire dalla nozione di rovina?

La validità del diritto è stata fortemente influenzata dalle trasformazioni apportate dall'Illuminismo e dalla Modernità. La principale conseguenza di questi movimenti fu l'invenzione della costituzione come forma. Con le rivoluzioni americana e francese, le formule descrittive del rapporto tra diritto e politica costruite dall'Antico Regime divennero anacronistiche. Queste rivoluzioni stabilirono una configurazione diversa dello spazio pubblico e crearono un nuovo vocabolario politico.

L'invenzione che si affermò — e si sviluppò — fu, nelle parole di Gerald Stourzh, « l'innovazione più significativa del costituzionalismo statunitense » ⁽³⁷⁾, ossia l'idea della costituzione come legge suprema, come struttura in grado di fornire un nuovo tipo di rapporto tra diritto e politica. Per la politica, la costituzione rappresenta l'affermazione delle opzioni fondamentali di ogni comunità e, per il diritto, inaugura una nuova forma — autoreferenziale, ricorsiva e riflessiva — di validità dell'ordine giuridico ⁽³⁸⁾.

La forma costituzionale ha una dimensione temporale. Le costituzioni vincolano il futuro e proiettano le scelte compiute in determinati contesti politici speciali verso una validità intergenerazionale. Anche le rovine, a loro volta, per quanto visto finora, sono indici di temporalità; le rovine di un edificio, di una città, di una determinata zona di una nazione o di un continente, svelano ele-

⁽³⁶⁾ HUYSSSEN, *Authentic Ruins: Products of Modernity*, cit., p. 26.

⁽³⁷⁾ G. STOURZH, *Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the late Eighteenth Century*, in *Conceptual Change and the Constitution*, edited by T. Ball, J.G.A. Pocock, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, p. 48; si veda anche G. MADDOX, *Constitution*, in *Political innovation and conceptual change*, edited by T. Ball, J. Farr, R.L. Hanson, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 50-67.

⁽³⁸⁾ N. LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, pp. 83-128; ID., *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 357-422.

menti della costruzione originaria, registrano il passaggio del tempo, persistono indicando il futuro.

L'uso delle rovine come chiave di lettura può offrire diverse possibilità di ricerca nella storia costituzionale. Nel caso brasiliano, è possibile discutere gli elementi storici che hanno caratterizzato la colonizzazione e la schiavitù, che hanno lasciato tracce evidenti nella formazione della società e dello Stato. Come osservato da Todd Samuel Presner, l'opera di W.G. Sebald elabora la nozione di rovina in una prospettiva multispaziale e multitemporale; tale chiave di lettura del fenomeno potrebbe certamente illuminare vari aspetti delle relazioni razziali in Brasile nel corso della storia ⁽³⁹⁾. Tuttavia, nel presente contributo intendiamo restare nella prospettiva della storia costituzionale contemporanea, per cui questa pur interessante possibilità non verrà approfondita ⁽⁴⁰⁾.

Le pratiche decostituenti descritte in queste pagine denotano un costituzionalismo in rovina, o addirittura una democrazia in rovina. Negli ultimi anni, del resto, il Brasile ne ha prodotte in modo intenso e traumatico. Nel 2018, il Museo Nazionale, la principale istituzione brasiliana legata alla conservazione delle specie naturali e degli oggetti storici, situato in un palazzo di epoca imperiale, è stato distrutto da un incendio ⁽⁴¹⁾. Tra 2019 e 2020 l'ambiente brasiliano, attraverso due dei suoi principali biomi, è stato colpito da grandi incendi: l'Amazzonia e il Pantanal hanno subito le fiamme, che sono state documentate da diversi fotoreporter, in immagini che hanno fatto il giro del mondo. In entrambe le tragedie — distruzione del

⁽³⁹⁾ Si veda T.S. PRESNER, *Hegel's Philosophy of World History via Sebald's Imaginary of Ruins: A Contrapuntal Critique of the "New Space" of Modernity*, in *Ruins of Modernity*, cit., pp. 193-211; sulle rovine nell'opera di Sebald, in un contesto in parte diverso da quello osservato in questa occasione, mi permetto di segnalare C. PAIXÃO, *Temporalities of Law: Ruins, Urban Palimpsests, and War Crimes in W.G. Sebald's Literary Project*, in « LawArt - Rivista di Diritto, Arte, Storia », 2022, 3, pp. 341-362; ancora su Sebald e il diritto, si veda M. MECCARELLI, *Telluric Memory. Restitution and Right to Resentment in W.G. Sebald*, in « LawArt - Rivista di Diritto, Arte, Storia », 2022, 3, pp. 319-341.

⁽⁴⁰⁾ Sulla storiografia giuridica brasiliana, nell'ambito di un approccio sofisticato al rapporto tra storia e spazio, si veda il contributo di Massimo Meccarelli in questo volume.

⁽⁴¹⁾ Si veda l'analisi critica di G. BEIGUELMAN, *Memórias da amnésia - políticas do esquecimento*, São Paulo, SESC, 2020, pp. 214-218.

museo e disastri ambientali — c'è il segno della crisi brasiliana (42). L'indebolimento e la precarietà delle strutture istituzionali per la conservazione della cultura e dell'ambiente, soprattutto dal 2016, sono direttamente collegati alle rovine che il Brasile ha appena prodotto.

Il progetto costituzionale espresso nella Costituzione brasiliana del 1988 ha suscitato una certa resistenza, è stato svuotato di alcune sue parti essenziali e negli ultimi anni è stato espressamente decostruito. Qualcosa, tuttavia, rimane. Come ha affermato con grande chiarezza Menelick de Carvalho Netto in un evento di commemorazione del 30° anniversario della Costituzione, è « proprio nei momenti di negazione della Costituzione che dobbiamo insistere maggiormente sul suo ruolo controfattuale » (43). La produzione di rovine non significa l'annullamento della prospettiva del futuro.

In questo modo possiamo capire che uno degli effetti dannosi delle pratiche decostituenti è la disgiunzione tra costituzionalismo e democrazia. L'elemento democratico è inseparabile dalla Costituzione del 1988, data la sua storia come parte di un movimento di ridemocratizzazione. Affrontare la democrazia in Brasile richiede quindi di investire sulla Costituzione.

Ora si vive in un momento in cui le rovine stanno diventando sempre più visibili. Ma questo non indica il fallimento o la fine dell'attuale ordine costituzionale. Al contrario, l'attuale costituzionalismo in rovina ha l'importante ruolo di metterci in guardia dalle carenze, dalle incompiutezze, dai silenzi coinvolti nella produzione dell'attuale testo costituzionale. Sebbene si riferiscano a qualcosa di avvenuto, a una trasformazione passata, le rovine conservano un potenziale per il futuro.

Al momento della conclusione del presente contributo, il Brasile attraversa un momento delicato: è stato eletto un nuovo governo federale, con l'impegno di riprendere lo Stato democratico di diritto, che è il pilastro dell'organizzazione politica dello Stato, secondo

(42) <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/brasil-em-chamas-negando-as-aparencias-e-disfarcando-as-evidencias/> (consultato il 18.2.2023)

(43) M.C. NETTO, *A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988*, in *1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988*, organizzato por M. Cattoni, D.F.L. Gomes, Belo Horizonte, Conhecimento, 2019, p. 387.

l'articolo 1 della Costituzione della Repubblica. L'ordine costituzionale stabilito nel 1988 ha un legame diretto con il pluralismo politico e la diversità culturale, che si esprime nel riconoscimento dei modi di vita delle popolazioni originarie, nell'ampiezza dei diritti fondamentali e nel principio della dignità della persona umana.

Ma questo non esclude che il Brasile sia stato una sorta di « laboratorio » per le esperienze dei nuovi tipi di autoritarismo di cui sono permeati i regimi politici di diversi Paesi (44). Le pratiche decostituenti viste negli ultimi tempi mescolano il protagonismo politico delle forze armate con la sistematica decostruzione delle istituzioni volte a realizzare il progetto costituzionale del 1988, nell'intento di stabilire una descrizione positiva e virtuosa del periodo della dittatura militare. È una dimostrazione schiacciante della fragilità dell'ordine democratico instaurato dopo la presa del potere da parte dei civili.

Due eventi recenti sono emblematici.

Il 1° gennaio 2023 si è svolta la cerimonia di insediamento del Presidente della Repubblica eletto nell'ottobre 2022. Un Brasile eterogeneo, plurale e multietnico era presente alle celebrazioni: la fascia presidenziale, simbolo della carica di Presidente, è stata portata in mano durante la cerimonia e consegnata al nuovo titolare del governo da un gruppo di persone formato, tra gli altri, da un leader degli indigeni, un raccoglitore di rifiuti, un giovane disabile, un bambino nero della periferia di San Paolo e un metalmeccanico. Ci sono stati spettacoli musicali, carovane di persone provenienti da tutto il Brasile e grandi festeggiamenti (45).

L'8 gennaio 2023 si è verificato un tentativo di colpo di Stato a Brasilia, una versione brasiliana degli attacchi al Congresso negli Stati Uniti del gennaio 2021. Il palazzo presidenziale, il Congresso Nazionale e il Supremo Tribunale Federale sono stati invasi, depredati e la maggior parte dei loro interni danneggiati da manifestanti armati. Le forze di polizia, l'esercito e l'apparato di intelligence sono

(44) R. NUNES, *Ainda somos o país do futuro - o futuro é que está piorando*, in *No tremor do mundo: ensaios e entrevistas à luz da pandemia*, organizado por L. Duarte, V. Gorgulho, Rio de Janeiro, Cobogó, 2020, pp. 63-75.

(45) <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-64138739> (consultato il 18.2.2023).

stati evidentemente indulgenti. Dopo ore di tensione, gli edifici — sedi dei tre poteri governativi — sono stati riconquistati e la città è tornata alla normalità ⁽⁴⁶⁾.

I palazzi sono stati rovinati, oggetti storici distrutti, opere d'arte danneggiate, la Corte suprema è stata depredata. Le autorità dei tre rami del governo sotto attacco hanno persino preso in considerazione la possibilità di costruire dei monumenti per conservare i resti delle azioni antidemocratiche, come modo per evitare l'oblio. Anche se realizzate in un contesto di affronto alla democrazia, le rovine possono svelare ciò che si voleva distruggere e diventare un simbolo di ciò che si è riusciti a preservare.

⁽⁴⁶⁾ <https://www.theguardian.com/world/2023/jan/09/storming-of-brasilgia-government-buildings-in-maps-and-videos> (consultato il 18.2.2023).

RICARDO SONTAG

ORDINE DOMESTICO E ORDINE STATALE NEL BRASILE DEL XIX SECOLO: LA DISCIPLINA DEGLI SCHIAVI (*)

Spesso, la sera dopo cena, il nonno prendeva la parola e a tavola si faceva silenzio. Raccontava aneddoti di parenti e di amici, riferendo spesso i particolari più pittoreschi.

— Accade prima del colera del quarantotto e dopo il colera del cinquantasei.

Erano i suoi sinistri punti di riferimenti. Il suo argomento principale era la schiavitù.

— Lo zio Leitão picchiava i negri come fossero bestie. Aveva pochissimi schiavi: per esempio, un negro solo gli mandava avanti l'engenho, occupandosi contemporaneamente della macinatura e dello spurgo.

— Il Major Ursulino de Goiana aveva fatto costruire le raffinerie su un'altura per poter vedere i negri salire il pendio con i vasi di zucchero bollente sulla testa. Gli schiavi mietevano con le catene ai piedi. Una volta si presentò al Major un negro della piantagione del Picos, incravattato e con gli stivali lucidi. Era il fattore del Picos e veniva da parte del suo padrone a avvisare che il bestiame del Major aveva fatto molti danni nei terreni del Picos. Faceva il disinvolto, offrendo sigarette a destra e a sinistra. Il Major restò di stucco e la prese come un affronto. Decise di comprare il negro, ma questi era schiavo solo a metà, perché apparteneva a due padroni uno dei quali, morendo, lo aveva affrancato. Allora il Major comprò metà dello schiavo e lo portò in piantagione, lo fece legare ai ceppi e lo fece frustare con un scudiscio di cuoio, solo nel fianco che gli apparteneva.

Questa storia, il nonno la raccontava per mostrare la malvagità del vecchio Ursulino (1).

(*) Testo elaborato nell'ambito del progetto di ricerca *História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada entre os séculos XIX e XX* (Edital Demanda Universal FAPEMIG 01/2017). Ringrazio Paolo Cappellini per i suggerimenti nell'impostazione di questo intervento; Arno Dal Ri Júnior, Arthur Barrêto de Almeida Costa e João Paulo Mansur per i suggerimenti alla prima bozza del testo; e Sara Cocchi per le correzioni linguistiche.

(1) J. L. DO RÊGO, *Il figlio della piantagione* [Menino de engenho] (1932), in ID., *Il treno di Recife*, Milano, Longanesi, 1974. pp. 113-114.

1. «...Firenze». — 2. L'ordine familiare schiavista fatto di doveri cristiani e della prerogativa del padre di castigare. — 3. I documenti per svelare i rapporti tra ordine domestico e statale riguardo la disciplina degli schiavi. — 4. Il pluralismo giuridico antico innestato nel legalismo moderno. — 5. Le ovvietà per evitare trionfalismi nel descrivere le relazioni tra l'ordine domestico e quello statale nel controllo degli schiavi. — 6. « A proposito di... ».

1. «...Firenze».

Per me questo centro di studi è una sorta di tempio della storiografia giuridica e i Quaderni fiorentini sono una delle reliquie di questo tempio. Ringrazio Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Bernardo Sordi e Irene Stolzi per l'invito a partecipare a questo evento in onore appunto del cinquantesimo anniversario dei Quaderni. Mi rendo conto che io non sono proprio all'altezza del compito che mi è stato assegnato, ma cercherò di fare del mio meglio.

2. *L'ordine familiare schiavista fatto di doveri cristiani e della prerogativa del padre di castigare.*

« Dio non perdona coloro che flagellano i propri simili sotto il falso titolo di padroni », ammoniva il giurista brasiliano Manoel Mendes da Cunha Azevedo nel 1851 parlando della tradizionale prerogativa dei proprietari di punire i loro schiavi (2). Azevedo stava commentando l'articolo 14, § 6° del Codice criminale del 1830, che recitava:

Il reato sarà giustificabile, e non avrà luogo la punizione: [...] quando il male consista nel castigo moderato che i genitori danno ai loro figli, i padroni ai loro schiavi e i maestri ai loro allievi; [...] a condizione che la qualità di esso non sia contraria alle leggi in vigore.

Azevedo denunciava la mancanza di umanità dei padroni non solo in nome di Dio (religione) e della Morale, ma anche delle Leggi, del diritto positivo dello Stato. Il brano completo merita una lettura più attenta: « fame, nudità, tronco, fustigazioni, sono gli unici servizi caritatevoli » distribuiti agli schiavi da alcuni « di quei lupi rivestiti di pelle umana, che si fanno chiamare padroni. Facendoli battezzare,

(2) M. M. DA C. AZEVEDO, *Código Penal do Imperio do Brasil, com observações sobre alguns de seus artigos* [...], Recife, Typographia commercial de Meira Henriques, 1851, p. 190.

pensano di aver soddisfatto gli sfortunati schiavi con tutti i servizi religiosi, che la Religione, la Morale e le Leggi obbligano a rendere ». Il libello di Azevedo rimproverava anche i giudici:

i magistrati del paese non ignorano fatti di questa natura; ma l'interesse all'indifferenza è reciproco. E se qualche anima pia porta in tribunale denunce o accuse di simili barbarie, l'archiviazione della Denuncia è l'unico effetto reale del processo, di cui abbiamo esempi nella città di Recife de Pernambuco. Secondo molti la denuncia in questi casi è una minaccia, se non un oltraggio al potere dominicale. [...] Dio perdona ogni sorta di peccato al peccatore pentito; ma non perdona chi flagella i suoi simili sotto il falso titolo di signore. [...] Chi [...] macera [gli schiavi] con la fame e li martirizza con le frustate, è un pagano come quelli che innalzavano croci e accendevano roghi contro i Cristiani primitivi (3).

Questo frammento è un'ottima indicazione dell'esistenza di un intero ordine familiare basato sull'immaginario cristiano. I doveri — legali e quasi legali — formavano una rete che legava i padroni e i vari soggetti della casa, compresi gli schiavi. Nel film « *Todos os mortos* » (4), ambientato nel 1899, cioè pochi anni dopo l'abolizione della schiavitù in Brasile (avvenuta tardivamente il 13 maggio 1888), una madre e una figlia bianche di una famiglia signorile proprietaria di una *fazenda* ormai in decadenza si trasferiscono nella città di São Paulo. Tuttavia, le grida degli schiavi frustati perseguitano la figlia tormentata. Tra le coscienze bianche — tormentate o tranquille —, i corpi dei neri portano i segni di punizioni crudeli, sopravvivendo o venendo sepolti in isolati lontani delle grandi *fazendas*.

In quest'ordine domestico (non solo nelle *fazendas*), a differenza della moglie o dei figli, gli schiavi, pur essendo anche loro subordinati al *pater familias*, erano considerati creature quasi animalesche, nemici interni, disciplinabili soltanto con mezzi di correzione molto duri. A loro erano riservate, infatti, le più crudeli punizioni: *correntes*, *peias*, *vira mundos*, *troncos*, *gargalheiras*, etc.

(3) Ivi, pp. 189-190.

(4) *Todos os mortos*, regia di Caetano Gotardo e Marco Dutra, 2020.



Figura 1 Correntes. Fonte: Museu das Bandeiras, Cidade de Goiás-GO-Brasil
<https://museusibramgoias.acervos.museus.gov.br/museu-das-bandeiras/corrente/>



Figura 2 Peia. Fonte: Museu das Bandeiras, Cidade de Goiás-GO-Brasil
<https://museusibramgoias.acervos.museus.gov.br/museu-das-bandeiras/peia/>



Figura 3 Vira mundo. Museu das Bandeiras, Cidade de Goiás-GO-Brasil
<https://museusibramgoias.acervos.museus.gov.br/museu-das-bandeiras/vira-mundo/>

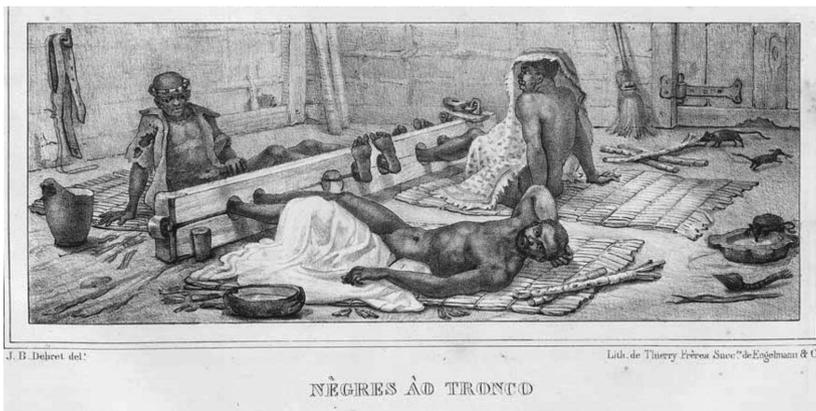


Figura 4 Tronco. Fonte: DEBRET, *Nègres ao tronco*, cit. in *Voyage pittoresque et historique au Brésil*, tome II, Paris, Firmin Didot Frères, 1835, planche 45

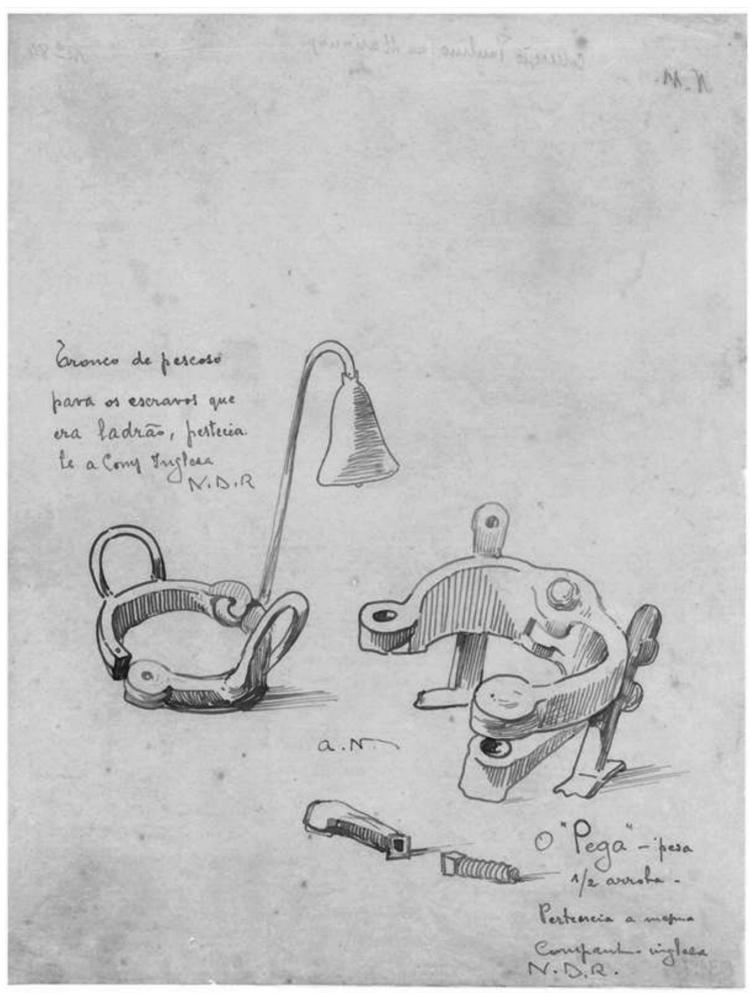


Figura 5 Gargalheira e tronco para escravos, Mariana [Minas Gerais] / Alfredo Norfini. Bico de pena: 27,1x20,3 cm. Museu Histórico Nacional, Rio de Janeiro-RJ-Brasil <http://docvirt.com/docreader.net/mhn/64814>

Quest'ultima immagine è una *gargalheira* (o *tronco de pescoço*). Il testo scritto a mano spiega che l'oggetto veniva usato sugli schiavi ladri e apparteneva a una compagnia inglese, forse una compagnia mineraria, dato che la scheda di catalogo del *Museu Histórico Nacional* indica la città di Mariana a Minas Gerais (vicino a dove insegno io, Belo

Horizonte). Il disegno è tardivo, ossia successivo all'abolizione della schiavitù. Il suo autore, Alfredo Norfini — visto il luogo di questo convegno vale la pena ricordarlo — era nato proprio qui a Firenze nel 1867 e, arrivato in Brasile nel 1898, insegnava al *Liceu de Artes e Ofícios de São Paulo*. Per completare il nostro elenco non esaustivo di strumenti di punizione, ecco il più simbolico di tutti: la frusta.



Figura 6 Fragmento de *Scenas da escravidão patrocinadas pelo partido da Ordem, sob o glorioso e sábio reinado do Senhor D. Pedro II o Grande...*, in *Revista Illustrada*, 1886, 427, p. 5 / Angelo Agostini

Questo disegno è di Angelo Agostini, anche lui italiano emigrato come Norfini, nato a Vercelli nel 1843. In Brasile, fondò la famosa *Revista Illustrada*, nella quale criticava pesantemente il regime schiavista, « fiore insanguinato » che « l'impero, questa pianta esotica dell'America, produsse » (5). Il disegno di Agostini è del fatidico 1886, su cui torneremo più avanti.

(5) [A. AGOSTINI], *Notas e impressões*, in « *Revista Illustrada* », 18 de fevereiro de 1886, 427, p. 3.

Ebbene, non tutti questi strumenti e pratiche sopravvissero ai cambiamenti di sensibilità avvenuti nel corso dell'Ottocento ⁽⁶⁾. Le critiche alla pena di morte, ai castighi corporali e alle pessime condizioni delle carceri sono segni di trasformazioni profonde nella sensibilità ottocentesca. La Costituzione del 1824 aveva già abolito « la frusta, la tortura, il marchio di ferro caldo, e tutte le pene crudeli » (art. 179, inc. XIX).

Ma gli schiavi si trovavano fuori di questa garanzia costituzionale perché il *caput* dell'articolo 179 si riferiva ai « cittadini brasiliani » — e nessuno era disposto ad accettare che gli schiavi potessero vantare una qualifica così importante ⁽⁷⁾. Non sorprende, quindi, che l'impatto di questi cambiamenti di sensibilità sia stato minore nel caso degli schiavi, nonostante che un qualche impatto si sia effettivamente verificato — basterebbe ricordare la crescente avversione alla frusta (se non fosse così, gli abolizionisti non avrebbero spesso utilizzato le denunce di atrocità commesse con le fruste private e pubbliche sui giornali, in particolare negli anni del tramonto del regime schiavista ⁽⁸⁾). Comunque, la più simbolica delle punizioni domestiche del regime schiavista resistette per tutto (o quasi tutto) il periodo in cui la schiavitù è esistita nell'ordinamento giuridico brasiliano. Nonostante le critiche che si diffusero nel corso dell'Ottocento — come ammettere una tale violenza nel cuore di un secolo così illuminato?! — privare il signore della prerogativa della fustigazione, anche qualora ne avesse fatto scarso uso, avrebbe rappresentato una minaccia alla sussistenza di quell'ordine sociale.

Io ho imparato dal maestro Paolo Grossi che lo sforzo di ridurre il diritto alla legge statale è qualcosa che non possiamo far risalire ai

⁽⁶⁾ Cfr. L. F. BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil: um estudo a partir de Castro, Província do Paraná (1850-1888)* [tesi di dottorato], Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2019, p. 207.

⁽⁷⁾ Sui giuristi che proponevano questa interpretazione per evitare che la frusta come pena pubblica fosse considerata abolita dalla Costituzione, cfr. R. SONTAG, «*Exceção única à civilização cristã: o problema dos açoites na literatura jurídico-penal brasileira (1824-1886)*», in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», 49 (2020), pp. 388-392.

⁽⁸⁾ Su questo, cfr. N. R. S. DE ASSIS, *Contra a pena de açoites: de como instruir os ricos e persuadir o trono*, in «*Passagens: revista internacional de história política e cultura jurídica*», 9 (jan.-abr. 2017), pp. 21-39.

secoli precedenti al Settecento ⁽⁹⁾. Allora, sebbene lo Stato portoghese dell'Antico Regime abbia talvolta cercato di intervenire sulle prerogative dei padroni di schiavi, il tentativo di istituire uno Stato moderno basato sulla legalità avrebbe reso il problema ancora più delicato ⁽¹⁰⁾. Nel caso brasiliano, una pietra miliare di questo processo fu il Codice criminale del 1830, promulgato otto anni dopo la dichiarazione formale di indipendenza e sei anni dopo la nostra prima costituzione.

Fino a che punto uno Stato che si dichiarava moderno e liberale poteva tollerare l'uso domestico di una sanzione così grave come la fustigazione? Questo tempestoso problema ci pone di fronte a una significativa tensione tra l'ordine statale e l'ordine familiare nel Brasile del XIX secolo. Pertanto, la fustigazione degli schiavi è una finestra privilegiata per guardare e riflettere sul pluralismo giuridico in Brasile nell'ambito penale.

E per mia fortuna, esiste una competente storiografia giuridica brasiliana sull'argomento, in modo che non sarà necessario partire praticamente da zero, a caccia di fonti scarse. Vorrei evidenziare tre lavori: gli studi pionieristici di Nilo Batista, che ha richiamato l'attenzione sul castigo signorile degli schiavi come tassello importante per la comprensione della storia del diritto penale brasiliano ⁽¹¹⁾; e, più recentemente, due ricerche (già citate in alcune note nelle pagine precedenti) che hanno studiato — con una vasta documentazione e ciascuna da una propria prospettiva — l'articolo 14, § 6, del Codice criminale del 1830: il lavoro di Liliam Ferraresi Brighente e quello di Mario Davi Barbosa. La prima ha sottolineato il processo di affermazione dell'ordine statale nel campo del controllo penale degli schiavi durante tutto l'Ottocento, a scapito, quindi, del vecchio pluralismo giuridico (soprattutto dell'ordine

⁽⁹⁾ Cfr. P. GROSSI, *Mitologias jurídicas da modernidade*, Florianópolis, Boiteux, 2007².

⁽¹⁰⁾ Cfr. BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., pp. 1-80; M. D. BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros. Direito penal e castigos aos escravos no Brasil (1830-1888)*, Londrina, Thoth, 2021, p. 49.

⁽¹¹⁾ N. BATISTA, *Pena pública e escravismo*, in «Capítulo criminológico», 34 (2006), 3, pp. 279-321.

domestico) (12). Il secondo si è concentrato maggiormente sull'articolazione dell'ordine domestico e dell'ordine statale, formando un sistema di controllo eccezionale nei confronti degli schiavi (13). Le serie documentali di queste ricerche hanno una parte in comune e un'altra specifica: la principale in comune è costituita dalle fonti di livello nazionale (il Codice del 1830, la dottrina giuridica, e così via); la principale fonte specifica della ricerca di Brighente sono i fascicoli dei processi giudiziari che coinvolsero gli schiavi della comarca di Castro, nella provincia del Paraná; mentre la principale fonte specifica di Barbosa sono i manuali di agricoltura dell'Ottocento e i trattati di economia cristiana dei secoli XVII e XVIII. A causa dell'esistenza di queste ricerche, il mio compito qui è piuttosto semplice: aggiungere alcune riflessioni teoriche sul pluralismo giuridico e su come raccontare gli interventi dello Stato sulla prerogativa dei proprietari di fustigare i propri schiavi, poiché questo era il punto più problematico nei rapporti tra ordine statale e ordine domestico per quanto riguarda la disciplina degli schiavi.

3. *I documenti per svelare i rapporti tra ordine domestico e statale riguardo la disciplina degli schiavi.*

Sanzioni domestiche: senza un processo, senza verbali che ne registrassero l'applicazione, senza alcuna preoccupazione di lasciare tracce che permettessero a noi, storici del futuro, di studiarle: triste sorte dello storico che si interessa al mondo governato dall'informalità e dall'oralità. Allora, come conoscere questo universo? Anche se le fonti sono frammentarie, esse esistono.

La prima è, ovviamente, il già citato articolo 14, § 6, del Codice criminale del 1830, che diceva tre cose tecnicamente rilevanti: il crimine c'era, ma sarebbe stato giustificabile; e imponeva due condizioni perché la punizione del padrone nei confronti dello schiavo fosse accettabile: doveva essere moderata e non poteva contrastare

(12) L'espressione *pluralismo giuridico* viene esplicitamente menzionata nella parte iniziale della tesi: cfr. BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., p. 80.

(13) BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., p. 50. Barbosa utilizza le espressioni « pluralità di giurisdizioni penali » (p. 65) e « pluralità di istanze » (p. 127).

con le leggi in vigore. Torneremo a breve su queste condizioni. Per ora mi basta dire che l'articolo 14, § 6 del Codice del 1830 è una finestra sull'enorme mondo dell'ordine domestico. E dico enorme perché, a volte, effettivamente predominò sugli altri nella direzione della vita di molti soggetti. Penso, ad esempio, alle *fazendas* lontane dai centri urbani. Nonostante l'espansione della rete dell'apparato giudiziario statale nel corso dell'Ottocento, molte di queste *fazendas* continuarono ad avere un alto grado di autonomia. In questi casi prevaleva la consuetudine e l'autorità — simile a quella di un giudice — del signore, anche nell'applicazione di sanzioni come le frustate.

L'articolo del Codice del 1830 che ho appena citato era una tesa zona di sovrapposizione tra ordine interno e ordine statale, che coinvolgeva uno dei punti delicati, appunto, della costruzione dell'apparato statale: il potere di punire. Perché tensione? Da un lato, questo articolo stabiliva una zona di irrilevanza, come direbbe Santi Romano, per il diritto dello Stato — e uno degli esempi romani di zone di irrilevanza è appunto quello delle sanzioni moderate del padre ⁽¹⁴⁾. In queste zone di irrilevanza, sempre secondo la terminologia di Romano, possono nascere ordinamenti giuridici ⁽¹⁵⁾. Mi sembra indubbio che almeno la famiglia intesa come ordine domestico patriarcale-schiavista corrisponda ai requisiti di Romano per un ordinamento giuridico. Dall'altro lato, l'estensione della zona di irrilevanza poteva variare a seconda del significato attribuito alle due condizioni imposte dal Codice del 1830: *i*) che la sanzione fosse moderata; e *ii*) che non fosse contraria alle « leggi vigenti ». La sanzione domestica della fustigazione degli schiavi era abusiva e/o contraria alle leggi vigenti? Poiché questa punizione era il massimo simbolo dell'ordine patriarcale domestico schiavista, l'estensione delle condizioni dell'articolo 14 § 6 del Codice del 1830 costituisce un passaggio cruciale nella storia dell'affermazione del diritto punitivo dello Stato. Su questo punto torneremo più avanti.

A causa dell'esistenza di questo articolo, i commentatori del Codice del 1830 dovettero occuparsene, anche se sempre in modo abbastanza sintetico, il che è già un gran passo, visto che molti

⁽¹⁴⁾ S. ROMANO, *O ordenamento jurídico* (1918-1946), Florianópolis, Boiteux, 2008, p. 217.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem.*

ignoravano semplicemente il delicato § 6 dell'articolo 14 ⁽¹⁶⁾. Un atteggiamento sintomatico, visto che stiamo parlando di giuristi che lavoravano aggrappandosi alle leggi dello Stato. Il commento più esteso al § 6 dell'articolo 14 era quello del già citato Azevedo; un commento che si divideva in realtà in due parti abbastanza differenti. Quella che abbiamo già visto era la seconda, dove troviamo una veemente denuncia contro la crudeltà dei proprietari; una piccola finestra sulla realtà dell'ordine domestico familiare (o sugli abusi che vi si commettevano) inserita nella parete di un commento sulla legge statale. Ma la prima parte del commento riaffermò la legittimità dell'ordine domestico sottolineando quanto sarebbe pericoloso — per usare la terminologia di Santi Romano — ridurre la zona di irrilevanza dell'ordine domestico per il diritto statale: secondo Azevedo, l'intrusione del potere pubblico nelle famiglie per valutare la moderazione dei castighi era un rischio per il « decoro » ⁽¹⁷⁾. Sono gli evidenti abusi commessi contro gli schiavi a meritare l'attenzione delle autorità pubbliche, ma non è chiaro se Azevedo intendesse la frusta in sé come un abuso contrario alle leggi vigenti.

Questo ci porta alla domanda: secondo il Codice del 1830, le frustate domestiche erano una sanzione moderata che non contrastava con le leggi in vigore? Questo quesito sarà il faro che ci guiderà attraverso alcune delle nostre altre fonti.

Ma prima bisogna citare un altro articolo del Codice del 1830: « art. 60. Se l'imputato è uno schiavo e incorre in una pena diversa dalla morte o dai lavori forzati, sarà condannato alle frustate ». In questo dispositivo, la fustigazione pubblica è una pena, la principale pena applicabile agli schiavi. Un articolo che la storiografia solitamente considera un'indicazione del carattere non proprio liberale e moderno del famoso Codice del 1830 ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, la già citata Liliam Ferraresi Brighente ha osato proporre un'interpretazione alternativa: « accettando la fustigazione

⁽¹⁶⁾ Per un panorama completo delle posizioni di tutti i giuristi dell'epoca, cfr. BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., pp. 150-160.

⁽¹⁷⁾ AZEVEDO, *Código Penal do Imperio do Brasil*, cit., p. 184.

⁽¹⁸⁾ Cfr., per tutti, l'analisi pionieristica di Z.M. NETO, *Direito penal e estrutura social (comentário sociológico ao código criminal de 1830)*, São Paulo, EdUSP/Saraiva, 1977, pp. 74-75 e pp. 86-87.

come pena principale applicabile agli schiavi, il Codice trasformò l'antica consuetudine signorile di fustigare gli schiavi in una pena pubblica, che quindi poteva essere applicata dallo Stato solo in caso di commissione di un reato. I signori non potevano applicare la fustigazione perché, essendo quest'ultima trasformata in una pena dai legislatori del Codice, non poteva più essere intesa come un castigo [domestico] » (19). Quindi, il mantenimento del castigo della frusta sarebbe un semplice problema di « applicazione pratica della legge [...], giacché, a livello di legislazione penale, il cambiamento era già avvenuto » (20). Secondo Brighente, il Codice aveva sottratto « ai proprietari e al loro potere punitivo privato il loro più grande simbolo, la frusta e il *ferro* nel collo, innalzati al rango di pena pubblica, e la pena, così come la definizione dei reati, sono stabiliti soltanto dal potere pubblico: soltanto esso può crearli, soltanto esso può applicarli » (21). Quindi anche questi due articoli — 14 § 6 e 60 — sarebbero segni, controintuitivamente, della modernità del Codice del 1830.

Questa tesi è interessante, a mio avviso, per due motivi.

In primo luogo, perché rafforza il fatto che il Codice del 1830 non era una pianta esotica nel giardino del liberalismo. Dispositivi simili all'articolo 14 § 6 sono stati individuati da Vivian Chieregatti Costa nel progetto di Edward Livingston di Codice penale della Louisiana, uno Stato che era anche uno Stato schiavista, e nel Codice penale spagnolo del 1822, anche se senza un riferimento specifico, ovviamente, agli schiavi, ma solo alla struttura familiare patriarcale (22). La dicitura del Codice brasiliano è peculiare, come ha ben mostrato Mario Davi Barbosa, ma era inserita in una rete che la rendeva una variante di cose note (dai dispositivi schiavistici della Louisiana o da quelli patriarcali del Codice spagnolo) (23). Cogliere

(19) BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., p. 83.

(20) Ivi, p. 84.

(21) Ivi, p. 103.

(22) V. C. COSTA, *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivamente das leis no pós-Independência* [tesi di master], São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013, pp. 275-276.

(23) BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., pp. 137-148.

le variazioni collocando l'oggetto in un contesto globale è importante se non vogliamo cadere nella trappola della « patologizzazione del sud globale », per usare un'espressione di Amy Chazkel (24). L'uso del doppio livello di legalità nel controllo degli schiavi da parte del diritto penale dello Stato brasiliano è un altro esempio: sebbene il riferimento agli schiavi sia una variante che non troviamo negli Stati europei, il doppio livello di legalità in relazione a una serie di soggetti emarginati era una costante anche in Europa, come ha mostrato Mario Sbriccoli quando ha coniato questo concetto (25).

Il secondo motivo per il quale l'interpretazione di Brighente è interessante è perché essa ha dato valore a una decisione giudiziaria del 1874, emessa dall'intrepido giudice Luiz D'Albuquerque Martins Pereira. In questa sede non potremo seguire tutti gli episodi del caso, comunque sarà sufficiente per i nostri fini un brevissimo riassunto: un proprietario era stato accusato di maltrattamenti nei confronti di un suo schiavo; la giuria ritenne che il castigo fosse stato moderato e lo assolse; ma il nostro giudice sostenne che c'era un'ulteriore questione legale (e non di fatto): la frusta, che era stata usata dal proprietario, era una punizione non contraria alla legge? Se si fosse trattato di una questione legale, il giudice sarebbe riuscito ad aggirare la giuria — spesso favorevole ai proprietari in questo tipo di casi — e avrebbe potuto condannare il proprietario affermando che la frusta in sé era una punizione contraria alle leggi, poiché era una pena pubblica, che quindi non poteva essere usata da privati. E così decise lui. Una colossale affermazione dell'ordine statale contro l'ordine domestico!

Il problema è che il nostro giudice Pereira fu perseguito per il reato di prevaricazione in base all'articolo 129 del Codice criminale, che criminalizzava l'imposizione di una pena contro una norma letterale della legge. Alla fine, egli fu assolto dal reato di prevaricazione perché il tribunale ritenne che non ci fosse malafede. Comun-

(24) A. CHAZKEL, *Toward a History of Rights in the City at Night: Making and Breaking the Nightly Curfew in Nineteenth-Century Rio de Janeiro*, in « Comparative Studies in Society and History », 62 (2020), 1, p. 110.

(25) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 594-597.

que, i giudici di secondo grado inviarono un messaggio chiaro riformando la audace sentenza di Pereira (26).

Il Codice del 1830 era quindi così « moderno o rivoluzionario » (27) come propone Brighente? Lei stessa fa un'importante riserva alla propria tesi, riconoscendo che sarebbe difficile immaginare un'interpretazione come quella del nostro giudice Pereira nei primi anni di applicazione del Codice del 1830 (28). Cioè, gli eventi successivi alla promulgazione del Codice, legati all'espansione dell'abolizionismo, costituiscono le condizioni che permisero l'interpretazione di Pereira negli anni Settanta dell'Ottocento. In questo movimento, infatti, la fustigazione, anche come punizione pubblica, suscitava sempre più ripugnanza nell'opinione pubblica (29). Il fatto che nessuno storico abbia ancora trovato una decisione simile a quella di Martins Pena ci porta a chiederci: qual è il peso dello sforzo interpretativo di Martins Pereira rispetto al testo del codice stesso? O, forse, il tentativo stesso di separare queste sfere è fuorviante. Quindi, astruendo dal problema insolubile dell'intenzione del legislatore del 1830 (non c'è nulla al riguardo in nessun documento noto dell'epoca), possiamo solo rimanere al livello della connessione intrinseca tra il testo legale e il suo contesto. Nonostante le mie riserve all'interpretazione di Brighente, essa ci costringe a riconoscere che tali connessioni variano nel tempo.

La decisione di Martins Pereira esprime una sensibilità umanitaria che si stava diffondendo in Brasile in quel periodo, soprattutto nel movimento abolizionista. Il Codice del 1830 era in grado di articolarsi con questa sensibilità? Su questo punto sono d'accordo con Brighente: la risposta è sì. Tuttavia, il Codice del 1830 era in grado di articolarsi anche con il contrario.

Decisioni favorevoli agli schiavi nelle denunce di maltrattamento, come sottolinea la stessa Brighente, furono rarissime durante tutto il secolo XIX. Sebbene i casi giudiziari che coinvolgono gli schiavi siano i più analizzati dalla nostra storiografia, non ricordo di

(26) Per tutti i dettagli del caso, cfr. BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., pp. 224-234; le tendenze favorevoli ai proprietari mostrate dalla giuria vengono menzionate nelle pp. 122-123 e 483.

(27) Ivi, p. 223.

(28) Ivi, p. 85.

(29) Ivi, p. 223.

aver letto alcun caso in cui il giudice abbia utilizzato l'argomentazione giuridica del giudice Pereira (cioè, la fustigazione come tale è un castigo contrario alle leggi vigenti).

Tuttavia, la ricerca di aiuto presso la stazione di polizia locale non cessò mai di essere una strategia utilizzata dagli schiavi. I capi della polizia e i presidenti di provincia lamentavano nei loro rapporti — soprattutto negli ultimi decenni di schiavitù, già nel clima del movimento abolizionista — il gran numero di schiavi che si rivolgevano alle autorità per denunciare i loro padroni ⁽³⁰⁾, curioso caso in cui la dimensione delle richieste è sproporzionata rispetto ai risultati giudiziari. La spiegazione potrebbe essere che il processo era una sorta di sanzione? Sicuramente non è questa però l'unica causa, perché molte volte le richieste di aiuto non portarono neppure ad un processo.

Ma negli ultimi anni del regime schiavista, un'interpretazione audace — di nuovo, un'interpretazione — aumentò almeno le possibilità giudiziarie degli schiavi. Nel frammento che abbiamo già letto di Azevedo, egli rimproverava che « nell'opinione di molti la denuncia » nei casi di maltrattamenti contro schiavi « sarebbe una minaccia, addirittura un oltraggio al potere domestico ». Non a caso, il Codice di procedura penale del 1832 proibiva agli schiavi di denunciare — nei reati privati — i loro padroni (« art. 75. Non verranno ammesse denunce: [...] § 2 Da parte dello schiavo contro il padrone »). Gli schiavi potevano essere soccorsi dall'autorità pubblica solo se il reato era pubblico o di polizia (contravvenzione): tra il 1831 e il 1860, le lesioni lievi erano considerate un reato di polizia, ma dal 1860 in poi furono qualificate come reato privato ⁽³¹⁾. Allora, nel caso di lesioni lievi, a partire dal 1860, l'unica via d'uscita fu quella di equiparare lo schiavo a un miserabile, perché in questa ipotesi il Codice di procedura autorizzava la protezione speciale dell'autorità pubblica, che poteva denunciare al posto della vittima (« art. 73. Se la vittima è una persona miserabile che, a causa delle circostanze in cui si trova, non può perseguire l'autore del reato, il Pubblico Ministero, o qualsiasi membro del popolo, può presentare una querela e procedere all'ulteriore procedimento »). Purtroppo,

⁽³⁰⁾ Ivi, pp. 433-434.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 437.

tale equiparazione tra schiavo e miserabile non era unanime ⁽³²⁾, ma effettivamente esso aprì uno spazio per denunce prima impensabili, il che non comportò cambiamenti nei tassi di condanna.

Anche alcuni regolamenti comunali (*posturas municipais*) sono segni nella direzione opposta a quella della decisione di Pereira. In un singolare intreccio tra potere pubblico e privato, alcune disposizioni di questi regolamenti imponevano ai proprietari di applicare — sotto pena di ammenda al proprietario stesso — il castigo domestico della fustigazione dei loro schiavi. Questo è il caso del §25 del titolo decimo della *postura municipal* del Rio de Janeiro di 1838: « chiunque con parole incitanti promuova la discordia contro i cittadini del Brasile e di questi contro quelli nati fuori dall'impero, sarà multato, per la prima volta, di 20\$ rs. e 5 giorni di prigionie; per la seconda, di 40\$ rs. e 10 giorni di prigionie, e per la terza, di 60\$ rs. e 30 giorni di prigionie. Se si tratta di uno schiavo, verrà portato nel *calabouço* [carcere specifico per gli schiavi] e si comunicherà immediatamente al padrone di farlo frustare 100 volte, secondo la legge, e se si rifiuterà di farlo, subirà una multa di 30 \$ rs. e 8 giorni di prigionie » ⁽³³⁾ e del dispositivo del codice di *posturas* di São Paulo del 1833 sui *capoeiras* ⁽³⁴⁾. Tutti questi esempi provengono da *posturas* successive al Codice del 1830, per cui chi li aveva redato ritenne tali sanzioni compatibili con l'articolo 14, §6 del Codice.

Questo intreccio ci permette di aggiungere un dettaglio sui rapporti tra due ordini che coesistono: oltre a quella che Santi Romano definisce come la zona di irrilevanza che l'ordine statale stabilisce rispetto all'ordine domestico, esistono altresì delle sovrapposizioni, che permettono di attivare la giurisdizione dell'uno o dell'altro. Le condotte vietate dalla legge statale dovrebbero in teoria essere perseguite e punite solo dall'apparato statale stesso. Tuttavia, questa concezione si è affermata soltanto dopo un percorso tortuoso, di cui il caso del controllo degli schiavi è un estremo che rivela tutte le difficoltà di questo processo, minuziosamente descritto da Brighente. Il fatto che i regolamenti comunali richiedessero ai

⁽³²⁾ Ivi, p. 438.

⁽³³⁾ *Codigo de posturas da ilustrissima camara municipal* [Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1838], Rio de Janeiro, Emp. typ. dous de dezembro, 1854, pp. 88-89.

⁽³⁴⁾ *Apud* BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., p. 72.

padroni l'applicazione delle frustate domestiche è sintomatico di queste difficoltà.

Diverse condotte punite dalla legge dello Stato potrebbero cadere nelle maglie della giurisdizione domestica del proprietario. Forse i « reati domestici » più caratteristici erano il rifiuto di lavorare (o di fare alcuni lavori particolarmente faticosi), l'ubriachezza e la fuga; senza contare, ovviamente, le sanzioni inflitte per puro capriccio del padrone, che lo scrittore José Lins do Rêgo ha raccontato con colori vivaci nel frammento che fa da epigrafe a questo testo, ma in questo caso sembra più corretto parlare di una violazione dell'ordine domestico consuetudinario (anche se difficilmente sanzionabile). Neanche qui dobbiamo immaginare che siamo davanti ad esotismi brasiliani: l'Ottocento è un momento in cui, anche in Europa, l'idea del « lavoro libero » non era ancora il perno del diritto dei rapporti di lavoro: basterebbe ricordare tutti i casi di pene carcerarie, giudiziarie e amministrative, previste per le ipotesi di inadempimento del contratto che legava il lavoratore al datore di lavoro (lasciare il posto di lavoro senza permesso o interrompere le prestazioni prima della fine del contratto). Le coercizioni nel rapporto di lavoro riguardo lo schiavo sono le estremità di un fenomeno giuridico diffuso in diverse regioni del mondo — anche nella civilizzata Europa ⁽³⁵⁾. Tornando ai « reati domestici » menzionati all'inizio di questo paragrafo (rifiuto di lavorare e ubriachezza), a seconda delle circostanze, potevano configurare una forma di vagabondaggio punito dalle *posturas municipais*, per cui l'attivazione dell'una o dell'altra giurisdizione era subordinata alle cambianti contingenze. Solo per i reati più gravi era chiaro che l'apparato statale sarebbe stato più appropriato, tuttavia, ciò che era un reato più grave dipendeva da due circostanze: la capacità del padrone di punire i suoi schiavi e la disponibilità della giustizia statale (limitata, nei primi decenni del XIX secolo, ma in costante espansione lungo tutto il periodo da noi considerato).

Cosa castigare e come castigare nella sfera domestica erano determinazioni iscritte in antiche tradizioni, per lo più sommerse

(35) Per farne un esempio, cfr. l'analisi sul caso tedesco di T. KEISER, *Tra status e contratto? La coercizione nei rapporti di lavoro contrattuale in Germania dal XVIII al XX secolo*, in *Le frontiere del contratto: status, mobilità, dipendenza (XIX-XX secolo)*, a cura di Claudia Bernardi e Ferruccio Ricciardi, Palermo, New Digital Frontiers, 2021, pp. 27-62.

nell'oralità. Alcune punte di questi *iceberg* sono visibili nei trattati di economia cristiana del periodo coloniale, in cui i padroni venivano ammoniti ad agire con cristiana moderazione nel controllo dei loro schiavi ⁽³⁶⁾. Tuttavia, è evidente che ci furono signori che violarono tali cristiani consigli — e sanzionarli per questo, come ho già detto, non era facile.

Ciò ci permette di fare un paragone con l'ordine giuridico medievale, a parte le ovvie differenze di contesto. Come ha ben spiegato il compianto Maurizio Fioravanti, nel diritto medievale,

se [...] è vero che i dominanti possono più facilmente, rispetto al diritto moderno, infrangere le regole esistenti — ma non bisogna dimenticare il timore, in questo mondo medievale, di divenire in tal modo tiranni, provocando così la sgradevole conseguenza dell'esercizio di un legittimo diritto di resistenza —, è anche vero che più difficilmente, sempre rispetto al diritto moderno, gli stessi dominanti possono autoritativamente definire in modo sistematico il catalogo dei diritti e delle libertà ⁽³⁷⁾.

La difficoltà di sanzionare gli abusi dei proprietari di schiavi non era dovuta al dominio che questi proprietari esercitavano su quell'ordine come legislatori. Era difficile sanzionarli perché essi esercitavano un ruolo simile a quello dei giudici (con ampi spazi di discrezionalità) in un ordinamento i cui meccanismi di controllo su questo tipo di soggetti erano rari ⁽³⁸⁾.

Torniamo ora al problema dell'accettazione o meno delle frustate domestiche con una fonte insolita, che Mario Davi Barbosa ha avuto il merito di inserire in un'analisi storico-giuridica. I manuali di agricoltura dell'Ottocento riportavano quasi sempre istruzioni per il proprietario su come controllare i propri schiavi. Molti degli autori di questi manuali non erano schiavisti nel senso stretto del termine, cioè non difendevano la schiavitù come istituzione naturale e legittima. Tuttavia, data l'impraticabilità, secondo loro, dell'abolizione immediata della schiavitù in Brasile — quanto questo argomento

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 26.

⁽³⁷⁾ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 12-13.

⁽³⁸⁾ Non a caso Barbosa ha utilizzato frequentemente la parola *giurisdizione*: il perno di tutto il suo ragionamento è l'avvicinamento tra le prerogative dei proprietari il vecchio concetto di *iurisdictio* (cfr. BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., specialmente pp. 33-45).

ritardò le cose! — era necessario saper maneggiare gli strumenti di controllo. Lo schiavo-nemico, in questa prospettiva, era il frutto, almeno in parte, della struttura sociale della schiavitù. (Ciò che gli abolizionisti forse non si aspettavano era che nuove forme di inimicizia avrebbero colpito la popolazione nera dopo l'abolizione. Ma questa è un'altra storia.) In questi manuali, analizzati da Barbosa, la legittimità delle punizioni corporali era abbastanza evidente. Quasi tutti questi manuali descrivevano le sanzioni in un modo piuttosto generico ⁽³⁹⁾, ma uno di essi nominò specificamente la frusta. Il testo, pubblicato nel 1847, « *Memória sobre a fundação de huma fazenda na província do Rio de Janeiro* », del barone del Paty do Alferes, Francisco Peixoto de Lacerda Vernek, proprietario di una *fazenda* e politico, riconosceva che la moderazione era il miglior modo per conquistare l'« obbedienza cieca » degli schiavi; tuttavia, egli consigliava che in caso di ubriachezza, lo schiavo dovesse essere messo « nel *tronco* fino a quando l'ubriachezza non fosse passata, castigandolo poi con 20 fino a 50 frustate ». Dopo aver fornito questi preziosi consigli, Vernek concludeva dicendo: « non si dica che il nero è sempre nemico del padrone; questo accade solo ai due estremi, nell'eccessiva severità o nell'eccessivo lassismo » ⁽⁴⁰⁾. Certamente, il nostro *fazendeiro* ed eminente politico non immaginava che le sue parole potessero essere una apologia di reato quando suggeriva l'uso della frusta contro gli schiavi ubriachi.

L'avversione per i castighi fisici, comprese le frustate, era ricorrente tra gli abolizionisti, ma questo non portava automaticamente alla convinzione che esse fossero una sanzione domestica giuridicamente vietata. L'abolizionista positivista Francisco Antonio Brandão Júnior, in un testo del 1865, proponeva, come strada da percorrere verso l'abolizione della schiavitù, che

i proprietari di schiavi, soprattutto i *fazendeiros*, [dovrebbero essere] obbligati, con una legge (ci affidiamo qui alla morale, perché senza di essa non è possibile alcun compromesso), a stabilire un salario per lo schiavo, proporzionale al suo lavoro; a fargli maneggiare le macchine più semplici e meno costose, per risparmiare le sue forze; a liberarlo completamente dai castighi corporali, che servono solo ad abbrutire ulteriormente l'uomo; a

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 51-65.

⁽⁴⁰⁾ *Apud* ivi, pp. 60-61.

fixare una somma ragionevole come prezzo della sua libertà, e proporzionale alla sua età [...], e in questo modo [...] in breve tempo tutti gli schiavi sarebbero liberi, avendo ancora gli stabilimenti dei *fazendeiros* per continuare il lavoro agricolo, per il quale sarebbero assunti come coloni ⁽⁴¹⁾.

La proposta di Brandão Júnior era di tagliare il male alla radice: abolire tutti i castighi fisici, non solo le frustate. Tuttavia, egli auspicava una legge futura, nonostante il fatto che l'arsenale punitivo signorile fosse già stato arginato nella pratica: « oggi [...], la tortura, la marchiatura a fuoco, la fustigazione e altre punizioni crudeli sono scomparse, perché l'agricoltura ha bisogno [di schiavi] e perché il loro numero è notevolmente diminuito » ⁽⁴²⁾. In effetti, nel 1865 eravamo già nella fase di strangolamento della tratta degli schiavi grazie alla famosa legge n. 581 del 4 settembre 1850, che stabiliva misure repressive più efficaci rispetto alla prima legge brasiliana che tentò di abolire la tratta, risalente al 1831 ⁽⁴³⁾. Ma se la valutazione di Brandão Júnior fosse troppo ottimistica, è difficile dirlo. In ogni caso, ciò che mi interessa sottolineare è che, pur ammettendo una diminuzione dell'uso degli strumenti più crudeli della panoplia punitiva dei padroni, la messa in dubbio della legittimità giuridica della frusta era timida e molto rara.

La dottrina dei giuristi, in comparazione con i manuali di agricoltura, era ancora più reticente e lacunosa, come ha ben evidenziato Barbosa ⁽⁴⁴⁾. Alcuni erano più ottimisti sulla moderazione dei padroni, altri meno, ma quasi nessuno riportò esempi di castighi proibiti o consentiti. Il già citato Azevedo denunciò gli abusi, ma non li descrisse. Anche Manoel Dias de Toledo riconobbe che esistevano casi di « inaudite crudeltà praticate dai proprietari contro gli schiavi », nonostante egli fosse più ottimista rispetto ad

⁽⁴¹⁾ F. A. BRANDÃO JÚNIOR, *A escravatura no Brazil, precedida d'um artigo sobre agricultura e colonização no Maranhão*, Bruxelles, Typ. H. Thiry-Van Buggenhoudt, 1865, pp. 62-63.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 91.

⁽⁴³⁾ Cfr., per tutti, le sintesi di B. G. MAMIGONIAN e K. GRINBERG, *Lei de 1831*, in *Dicionário da escravidão e liberdade*, organizado por Lília Moritz Schwarcz e Flávio dos Santos Gomes, São Paulo, Companhia das Letras, 2018 e di C. E. M. DE ARAÚJO, *Fim do tráfico in Dicionário da escravidão e liberdade*, organizado por Lília Moritz Schwarcz e Flávio dos Santos Gomes, São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

⁽⁴⁴⁾ BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., p. 184.

Azevedo, perché a suo parere « fortunatamente, cioè, grazie ai progressi della civiltà o dell'interesse, oggi esistono pochi proprietari che maltrattano i loro schiavi » (45) — e le « inaudite crudeltà » anche qui non vennero descritte. Il libro dell'abolizionista Perdigão Malheiro del 1866 sullo *status* giuridico dello schiavo in Brasile è uno dei pochi che fornì esempi di castighi proibiti. Tuttavia, gli esempi riportati erano troppo estremi: « è necessario che, oltre ad essere moderato, il castigo non sia contrario alle leggi vigenti [...], come bruciare lo schiavo, ferirlo con un pugnale, gettarlo in mare, offenderlo insomma con mezzi simili » (46). Questi esempi, quindi, non ci permettono di dedurre se le frustate domestiche, secondo l'opinione del nostro giurista, fossero consentite o meno dal diritto brasiliano. Infine, oltre ad essere reticenti e lacunosi, i giuristi non utilizzarono l'argomentazione di Martins Pereira contro il castigo domestico di frustare gli schiavi perché contrario alle leggi vigenti. Naturalmente, un'argomentazione negativa come questa è di per sé debole, ma risulta efficace nel quadro più ampio che ho cercato di tracciare.

Nel 1823, José Bonifácio de Andrada e Silva, uno degli artefici dell'indipendenza brasiliana, presentò all'assemblea costituente un disegno che limitava in modo significativo il potere domestico dei padroni di disciplinare i propri schiavi. In nome dell'umanità, la proposta stabiliva che qualsiasi « percossa » o « sanzione crudele » sugli schiavi venisse sottoposta all'autorizzazione delle autorità pubbliche, che avrebbero stabilito « il castigo proporzionale al delitto » nel « *pelourinho* pubblico » (47). Tuttavia, la proposta non andò avanti perché l'Assemblea costituente fu sciolta e l'idea — che comprendeva un intero piano per l'abolizione graduale della schiavitù — non fu ripresa.

(45) M. D. DE TOLEDO, *Lições acadêmicas sobre artigos do código criminal*, Rio de Janeiro, Garnier, 1878², p. 633.

(46) A. M. P. MALHEIRO, *A escravidão no Brasil. Ensaio historico-juridico-social. Parte 1ª (jurídica)*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1866, p. 7 nota 21.

(47) J. B. DE A. E SILVA, *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil sobre a escravatura*, Paris, Typographia de Firmin Didot, 1825, p. 30.

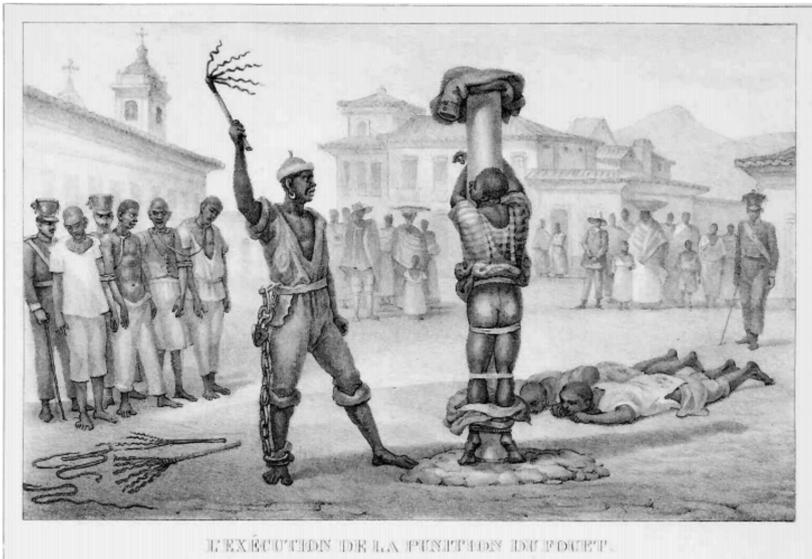


Figura 7 Frusta nel pelourinho. Fonte: DEBRET, *Nègres áo tronco*, cit., planche 45

L'ultimo capitolo della nostra storia comincia nel 1886. In questo periodo erano già in vigore due importanti leggi che miravano proprio alla graduale abolizione della schiavitù: la legge sul ventre libero del 1871 e la legge sui sessagenari del 1885. La prima liberò i nati da un ventre schiavo e la seconda liberò gli anziani: tali leggi esercitavano pressioni sulla schiavitù da entrambi i lati, nonostante le disposizioni che ancora favorivano i proprietari inserite in queste due leggi abolizioniste ⁽⁴⁸⁾. Considerando che la repressione della tratta degli schiavi era stata intensificata nel 1850 con la legge Eusébio de Queiroz (anch'essa ambigua, poiché in un certo senso concedeva l'amnistia ai trafficanti e ai proprietari che avevano sistematicamente violato la precedente legge di abolizione della tratta del 1830 ⁽⁴⁹⁾), le leggi del 1871 e del 1886 indicano che la strada verso l'abolizione era già spianata. La differenza era tra coloro che continuavano a chiedere un risarcimento per la perdita della

⁽⁴⁸⁾ Cfr. ad esempio M. A. D. PAES, *Escravidão e direito: o estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888)*, São Paulo, Alameda, 2019, p. 292.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. MAMIGONIAN, GRINBERG, *Lei de 1831*, cit. e DE ARAÚJO, *Fim do tráfico*, cit.

proprietà⁽⁵⁰⁾ o che insistevano su un'abolizione graduale (molto graduale...) e gli abolizionisti stessi, che sostenevano la fine immediata del regime schiavista. Nel 1886, dopo vari tentativi, gli abolizionisti riuscirono finalmente a mettere nell'agenda del parlamento la fine della pena pubblica della fustigazione (articolo 60 del Codice criminale), perché sapevano che questa era una buona scorciatoia per porre fine alla schiavitù stessa⁽⁵¹⁾. Ricordiamo che, in quel momento, era già trascorso un decennio da quando Pedro II aveva adottato la politica di commutazione di tutte le condanne a morte, comprese quelle contro gli schiavi⁽⁵²⁾. Di solito, le loro pene venivano sostituite con i lavori forzati (*galés*). Anche prima di questa politica di commutazione, i proprietari si battevano affinché i loro schiavi accusati di un crimine fossero, se non assolti, almeno puniti con la terza pena più grave del Codice, ovvero la fustigazione, dato che le due più gravi (la morte e i lavori forzati) avrebbero comportato la perdita dei loro preziosi beni⁽⁵³⁾. Dunque, la posta in gioco nel dibattito del 1886 era di grande rilievo: sotto attacco era la pena preferita dei proprietari per il controllo degli schiavi.

Ma c'è di più, e qui veniamo al punto: l'autore del progetto, il senatore Ignacio Martins, sosteneva che l'abolizione della pena pubblica della fustigazione avrebbe comportato l'illegalità del castigo domestico della fustigazione. Il ragionamento era simile a quello del giudice Martins Pereira, ma *de lege ferenda*: se la pena pubblica della fustigazione non fosse esistita, la fustigazione domestica sarebbe divenuta contraria alle leggi in vigore, secondo la determinazione dell'articolo 14, § 6 del Codice criminale. Tuttavia, sia al Senato che alla Camera, l'interpretazione di Martins venne

⁽⁵⁰⁾ Su questo dibattito riguardo l'espropriazione degli schiavi, cfr. A. B. DE A. COSTA, *Desencontro marcado? Desapropriação, eficiência administrativa e absolutismo proprietário no Brasil* [tesi di master], Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2019, pp. 109-135.

⁽⁵¹⁾ Sul rapporto fra abolizione della schiavitù e abolizione della pena pubblica di fustigazione tra gli attori dell'epoca, cfr. R. CONRAD, *Os últimos anos da escravatura no Brasil (1850-1888)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978², pp. 287-289.

⁽⁵²⁾ J. L. RIBEIRO, *No meio das galinbas as baratas não tem razão. A lei de 10 de junho de 1835. Os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889)*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 306.

⁽⁵³⁾ BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., p. 370.

contestata. In entrambe le assemblee, il disegno di legge fu approvato per abolire la pena pubblica della fustigazione e nessuno si preoccupò di inserire nel disegno di legge una riserva esplicita sul mantenimento della fustigazione domestica ⁽⁵⁴⁾. A causa di questo silenzio — un silenzio di pudore? — e dell'assenza di meccanismi istituzionali che permettessero al parlamento di controllare l'interpretazione delle leggi, la questione rimase aperta a controversie interpretative.

Non possiamo seguire le peripezie della legge n. 3.310 del 15 ottobre 1886 (che sarebbero proseguite fino al 15 maggio 1888, quando la schiavitù fu definitivamente abolita in Brasile) perché dobbiamo tornare al nostro punto teorico. Secondo Brighente, la legge del 1886 aveva solo dato « efficacia e piena esecuzione a un divieto stabilito dal Codice Criminale sin dal 1830 » ⁽⁵⁵⁾. Tuttavia, gli attori coinvolti nella battaglia del 1886 non la vedevano in questo modo. L'argomentazione di Ignacio Martins era simile a quella del giudice Martins Pereira nel sollevare la questione della contrarietà della frusta domestica alle leggi brasiliane, ma questa contrarietà sarebbe emersa solo a partire dal momento dell'approvazione della nuova legge.

L'interpretazione di Brighente suggerisce che, sotto questo aspetto, la legge del 1886 fu più consolidatrice che creatrice. Da un lato, ogni legge, nel senso moderno del termine, in qualche modo stabilisce un nuovo diritto, « taglia » il sistema giuridico stabilendo un prima e un dopo. D'altra parte, è anche vero che molte leggi nascono per dare una « vernice » legislativa, ad esempio, a qualche orientamento giurisprudenziale già dominante (o per risolvere con l'autorità del testo giuridico qualche controversia giurisprudenziale). Nel caso della nostra legge del 1886, non c'è alcuna indicazione nei dibattiti parlamentari che la proposta fosse tendente più al consolidamento che alla creazione. Per i deputati e i senatori che parteciparono al dibattito, l'abolizione della pena pubblica della fustigazione era un argomento delicato (nel bene e nel male, a seconda di

⁽⁵⁴⁾ Per i dettagli di questo dibattito, cfr. *ivi*, pp. 237-258 e SONTAG, "Exceção única à civilização cristã", cit., pp. 399-411.

⁽⁵⁵⁾ BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., p. 252.

quanto ciascuno fosse abolizionista): tutti sapevano che stavano minando le fondamenta del regime schiavista. Ammettere l'abolizione anche della frusta domestica sarebbe stato eccessivo; e ancora più eccessivo sarebbe stato ammettere che la nuova legge in preparazione fosse una semplice esecuzione di qualcosa che già esisteva nel Codice del 1830. Questo tono del dibattito è incompatibile con la prospettiva di una legge di natura più consolidatrice. In ogni caso, le cose sfuggirono di mano a quei deputati e senatori che volevano un'abolizione (ancora più!) graduale: meno di due anni dopo, la schiavitù fu cancellata dal nostro ordinamento.

Indipendentemente dal fatto che la punizione domestica della fustigazione sia stata abolita o meno nel 1886 o nel 1830, è vero, come ha sottolineato Brighente, che il diritto penale fu un'importante arena di lotta per minare l'istituto giuridico (di diritto civile) della schiavitù in Brasile. I linciaggi che avvenivano quando uno schiavo era condannato ai lavori forzati o all'ergastolo (in genere come risultato della politica sistematica di commutazione della pena di morte da parte di Pedro II) ⁽⁵⁶⁾, la caduta della pena pubblica della fustigazione, baluardo della schiavitù nel Codice criminale del 1830, oltre a numerosi altri fattori legati al diritto penale (come il rifiuto della polizia di aiutare i proprietari a recuperare i loro schiavi in fuga ⁽⁵⁷⁾) confermano questa interpretazione di Brighente.

Per quanto riguarda il rapporto tra ordine domestico e ordine statale nell'ambito del controllo degli schiavi, è necessario rilevare l'avvertenza di Brighente sulle differenze tra lo scenario degli anni '20 e quello degli anni '80 dell'Ottocento. Questi cinquant'anni sono fondamentali. Nel frattempo, è vero che le maglie dell'apparato statale si ampliarono e, direttamente o indirettamente, interferirono nelle relazioni tra padrone e schiavo. Il castigo domestico delle frustate era l'ultimo baluardo dell'ordine patriarcale schiavista. Per questo motivo, la sfortunata battaglia del giudice Martins Pereira nel

⁽⁵⁶⁾ Cfr. R. F. PIROLA, *A Lei de Lynch no ocaso da escravidão: linchamentos, justiça e polícia (1878-1888)*, in *Do tráfico ao pós-abolição: trabalho compulsório e livre e a luta por direitos sociais no Brasil*, organizado por Regina Celia Lima Xavier e Helen Osório, São Leopoldo, Oikos, 2018, spec. pp. 468-474.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. i casi del 1887 descritti da E. DE MORAES, *A campanha abolicionista (1879-1888)*, Rio de Janeiro, Leite Ribeiro Freitas Bastos, Spicer & Cia, 1924, pp. 303-304.

1874 è degna di nota: non perché sosteneva un'interpretazione giuridica ovvia, ma per la sua audacia.

4. *Il pluralismo giuridico antico innestato nel legalismo moderno.*

L'espressione *pluralismo giuridico* non fu mai utilizzata in nessuna delle fonti qui citate, né si può dire che ci fosse una riflessione sugli elementi che lo costituiscono (ad esempio, tra i penalisti non si parlava di quanto fosse giurisdizionale l'incarico domestico del padre di punire, un tema che, al contrario, impegnò i giuristi dell'*Ancien Régime* ⁽⁵⁸⁾). Come ha ben mostrato Pietro Costa, il dittico pluralismo giuridico risale all'inizio del Novecento e le prime riflessioni sui suoi elementi costitutivi risalgono alla fine dell'Ottocento circa. Nell'analisi di Costa, « l'individuazione del momento di avvio di uno sviluppo storico-concettuale » prima del lessema pluralismo giuridico dipende da due condizioni: *i*) « è indispensabile l'esistenza di un discorso di sapere che metta a fuoco la pluralità dei gruppi sociali e li assuma come la struttura portante dell'ordine »; *ii*) « occorre che l'orientamento 'pluralistico' di cui un discorso di sapere si fa portatore si presenti come un'esplicita o implicita alternativa a una scelta di segno opposto » ⁽⁵⁹⁾. Nell'*Ancien Régime*, nei discorsi come quello di Althusius — che Costa chiama « proto-pluralista » — « è indiscutibile il ruolo seminale della famiglia e l'esistenza di una molteplicità di formazioni sociali di varia natura e complessità » ⁽⁶⁰⁾, cioè, esisteva il primo elemento, ma mancava il secondo che, per emergere, dipende dal paradigma statalista consolidato della fine del secolo XIX ⁽⁶¹⁾.

Quello che ci interessa, seguendo ancora una distinzione di Pietro Costa, non è il pluralismo-discorso, ma il pluralismo-esperienza, la « 'pluralità' delle forme socio-giuridiche in un contesto

⁽⁵⁸⁾ Per il contesto francese, cfr. A. W. G. RANGEL, *Metamorfoses conceituais do direito de correção (da tradição romano-canônica à doutrina moderna)*, in « Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais », 76 (jan.-jun. 2020), spec. pp. 62-64.

⁽⁵⁹⁾ P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 50 (2021), p. 35.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 37.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 45.

dato », e non quello che sarebbe il pluralismo in senso stretto, cioè, le teorie che sviluppano « una peculiare interpretazione » della « pluralità caratteristica della fenomenologia socio-giuridica » (62). È dunque possibile trasporre queste due condizioni dal pluralismo-discorso al pluralismo-esperienza nel caso della famiglia patriarcale schiavista brasiliana ottocentesca? A me sembra di sì, perché *i*) le famiglie (erano ancora viste come) elementi strutturanti dell'ordine (63) (insieme allo Stato, la cui rilevanza variava a dipendere del posto specifico — ricordiamo che il Brasile è enorme — e del momento specifico durante l'Ottocento); e perché *ii*) è riduttivo immaginare che lo Stato fosse effettivamente riuscito a monopolizzare la strutturazione dell'ordine attraverso la legge.

Ma noi possiamo andare oltre: c'è un vantaggio storiografico nel definire come giuridico questo ordine domestico patriarcale schiavista? La mia risposta è positiva perché, in questo modo, esso è indubbiamente di interesse per la storia del diritto non solo come arcaismo pre-giuridico che sarebbe inevitabilmente superato dal « vero » diritto, quello dello Stato. Ciò che troviamo nelle fonti giuridiche più tradizionali (ad esempio, i casi giudiziari) è solo una parte dei rapporti tra questi ordini. Per questo motivo ho sottolineato l'importanza della ricerca di Barbosa che ha integrato i manuali di agricoltura nella sua ricostruzione, in quanto permettono di svelare aspetti di questo ordine domestico su cui altre fonti tacciono. Ciò che si trova al di là delle fonti giuridiche più tradizionali non può costituire una barriera insormontabile per la storiografia giuridica. Nel caso del nostro oggetto di analisi, la nozione di pluralismo giuridico stimola anche la creatività riguardo alle fonti.

Gli autori che difendono il pluralismo giuridico in senso forte, cioè che partono da una ridefinizione del concetto di diritto, facendo della nozione di pluralismo non solo una categoria di comprensione della realtà, ma anche di valutazione, probabilmente rimarrebbero perplessi dinanzi alla proposta qui sviluppata. Un buon esempio è la concezione di John Griffiths, che distingue una concezione forte da

(62) Ivi, p. 30.

(63) Cfr. A. L. C-L. SEELAENDER, *A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime à modernidade*, in « Revista do IHGB », 473 (2017), pp. 327-424.

una debole di pluralismo giuridico. La concezione debole — giuridicizzata (*juristic*) — del pluralismo giuridico presuppone, a giudizio di Griffiths, che il

sovrano (implicitamente) comanda (o la norma fondamentale convalida, e così via) diversi corpi di leggi per diversi gruppi nella popolazione. In genere i gruppi interessati sono definiti in termini di caratteristiche quali l'etnia, la religione, la nazionalità o la geografia, e il pluralismo giuridico è giustificato come tecnica di governo su basi pragmatiche [...]. All'interno di un sistema giuridico pluralistico di questo tipo, i regimi giuridici paralleli dipendono dal sistema giuridico statale generale e controllante e derivano dal 'riconoscimento' da parte dello Stato del 'diritto consuetudinario' presumibilmente preesistente dei gruppi in questione.

Secondo Griffiths, il problema della concezione debole è che essa si trova ancora dentro l'«ideologia del centralismo legale», mentre il vero pluralismo giuridico è una «sorta di situazione che è moralmente e addirittura ontologicamente esclusa dall'ideologia del centralismo legale» (64). Nel nostro caso, infatti, esiste il riconoscimento da parte dello Stato (l'articolo 14 § 6 del Codice del 1830 ne è un segno) ed esiste la dimensione di tecnica di governo, perché il potere domestico dei padroni serviva anche per completare il sistema di controllo degli schiavi. Un pluralismo che non è quello che riuscirebbe ad entusiasmare Griffiths (e dal punto di vista etico neanche noi), ma comunque utile per il compito ricostruttivo della storiografia giuridica.

L'aggettivo giuridico della nozione di pluralismo ci serve, come ho già sottolineato, per mettere alcune cose alla portata del nostro osservatorio. Tuttavia, questo aggettivo deve essere sufficientemente aperto (debole e indessicale), come ha già avvertito Pietro Costa a proposito della nozione di diritto per la storiografia giuridica (65), affinché riusciamo ad evitare il più possibile l'anacronismo. Nel nostro caso, se il pluralismo giuridico ci ha permesso di comprendere — seppur brevemente, come ho fatto qui — le zone di rilevanza e irrilevanza tra un ordinamento statale e un ordinamento domestico

(64) J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, in «The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law», 18 (1986), 24, p. 5.

(65) P. COSTA, *Em busca de textos jurídicos: quais textos para qual historiador?*, in ID., *Soberania, representação, democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico*, Curitiba, Juruá, 2010, pp. 43-62.

nel contesto della disciplina schiavista, ha adempiuto compiutamente al suo ruolo.

Rilevanza di un ordine domestico nel secolo dell'ascesa del legalismo statale: siamo di fronte a un esotico arcaismo brasiliano? Se ascoltiamo la sintesi del già citato Pietro Costa sul pluralismo giuridico nella storiografia europea, buona parte di questa mia domanda troverà una risposta: oltre alla presenza del pluralismo giuridico, ad esempio, nella società medievale, la più recente storiografia europea ha evidenziato che « anche nel cuore degli Stati europei le pretese accentratrici del 'vertice' si scontrassero con la resilienza di particolarismi di antica origine, ma pur sempre vivi e vitali » (66). Queste interpretazioni mettono in dubbio che « anche nel momento del suo ottocentesco apogeo il 'centro' sovrano fosse realmente capace di chiudere l'intera società nelle maglie della sua 'volizione' » (67).

Sul piano sincronico, così come lo specifico articolo 14, § 6 del Codice brasiliano del 1830 non è unico nel panorama internazionale dell'epoca, come abbiamo già visto, se allarghiamo lo sguardo verso l'ordine patriarcale domestico schiavista nel suo complesso, anche in questo caso stiamo contemplando una variante di qualcosa che esisteva in altri luoghi, come l'Europa (68) — la recente storiografia giuridico-penale brasiliana ha saputo sottolineare adeguatamente questo aspetto, come abbiamo già visto.

E sul piano diacronico, l'ordine domestico patriarcale schiavista brasiliano del XIX secolo era semplicemente una permanenza? In qualche modo sì, ma non possiamo limitarci a questa constatazione, perché così rischiamo di appiattire la storia: tutto è pluralismo; nulla di significativo separerebbe il Medioevo dall'Ottocento. A questo proposito, io credo che noi dovremmo seguire, approfondendo, l'esempio di Paolo Grossi: pur analizzando il pluralismo giuridico in contesti diversi (nel Medioevo, nelle proprietà collettive dell'Ottocento e del Novecento, ecc.), Grossi non ha mai mancato di sotto-

(66) COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 29.

(67) Ivi, p. 112.

(68) La ricerca di Airton L. C-L. Seelaender sulla storia della *casa* nella cultura giuridica brasiliana, pur giustificando la sua analisi ricorrendo alla brasilianità, ha messo in evidenza gli intrecci tra fili di storia brasiliana e europea su questo argomento (cfr. SEELAENDER, *A longa sombra da casa*, cit., p. 329).

lineare la diversa collocazione del pluralismo in ciascuno di questi diversi contesti ⁽⁶⁹⁾. Non a caso, i due principali studi sul nostro tema, quello di Brighente e quello di Barbosa, hanno saputo interrogarsi sui rapporti tra l'ordine domestico e l'ordine statale nella disciplina degli schiavi (nonostante il mio disaccordo con la tesi di Brighente sui termini cronologici dello scontro tra il diritto penale dello Stato e la frusta domestica). Se prendiamo l'ordine domestico patriarcale, schiavista e post-schiavista, dei grandi latifondi dell'interno del Brasile, è possibile approfondire la determinazione del loro rapporto reciproco. La letteratura cosiddetta regionalista della prima metà del Novecento è un'ottima fonte per questa analisi, perché ci permette di intravedere le diverse modalità di relazione tra il potere privato dei cosiddetti colonnelli e il potere pubblico, a partire dalla distinzione tra il patriarcalismo dell'epoca coloniale, segnato dalla presenza rarefatta dello Stato portoghese, e il colonnellismo (*coronelismo*), in cui il potere privato cerca di controllare l'apparato statale ⁽⁷⁰⁾. Portando nel nostro zaino metodologico soltanto il concetto di permanenza, sarebbe impossibile percorrere questi sentieri.

5. *Le ovvietà per evitare trionfalismi nel descrivere le relazioni tra l'ordine domestico e quello statale nel controllo degli schiavi.*

Per evitare una ricostruzione che renda naturali le sfaccettature oscure dell'ordine domestico, come le crudeli fustigazioni, ci rimarrebbe quindi soltanto l'alternativa di celebrare la legge statale arrivata per combattere la parte del pluralismo giuridico costituita dall'ordine familiare patriarcale schiavista? No.

Partiamo dall'ovvio: anche il controllo punitivo dello Stato sugli schiavi era atroce. Gli schiavi erano i bersagli privilegiati degli strumenti punitivi più duri del sistema penale statale (la stessa frusta,

⁽⁶⁹⁾ COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 111.

⁽⁷⁰⁾ J. P. MANSUR, "Terras adubadas com sangue". *O coronelismo de Terras do sem fim*, in « Revista brasileira de ciências sociais », 36 (2021), 105, pp. 1-3 e p. 7. João Paulo Mansur, nel suo dottorato di ricerca in corso intitolato *As veredas do legalismo pelos sertões brasileiros: uma história jurídica contada pelo romance regionalista* sta cercando appunto di capire queste diverse modalità andando oltre il dualismo patriarcalismo coloniale *versus* colonnellismo.

la pena di morte, ecc.). Lo *status* di schiavo implicava una riduzione del livello di garanzie e libertà assicurate dall'ordinamento giuridico: quello che Mario Sbriccoli ha denominato « doppio livello di legalità » e Massimo Meccarelli « regimi giuridici dell'eccezione » (71). La dinamica del controllo punitivo dello Stato nei confronti degli schiavi operava per eccezioni all'interno e all'esterno del Codice del 1830. L'articolo 60 era un'eccezione — stipulata in funzione del soggetto — inserita fin dall'origine nel nostro primo codice. Mario Davi Barbosa ha avvicinato questa dinamica al caso francese, in cui l'eccezione era solitamente inserita, tramite modifiche, nel corpo stesso del Codice penale del 1810. A differenza del caso italiano, in cui venne conservato il testo del Codice, il che sarebbe paragonabile, secondo Barbosa, alla famigerata legge brasiliana del 1835 (72), che creò un sottosistema che conservava il Codice del 1830 stabilendo la pena di morte per ogni caso di grave offesa fisica o omicidio dello schiavo contro il suo padrone, la sua famiglia e i suoi amministratori, con un rito procedurale semplificato e senza diritto di appello se la sentenza fosse di condanna (73). Barbosa ha ben individuato le due diverse dinamiche. Tuttavia, a mio avviso, non è possibile scindere un ordinamento giuridico se vogliamo operare con il concetto di regime di eccezione meccarelliano, poiché esso è stato elaborato

(71) SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., pp. 592-595; M. MECCARELLI, *Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea*, in *História do direito penal entre medievo e modernidade*, organizado por Arno Dal Ri Júnior e Ricardo Sontag, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, pp. 89-90. Applicando questi concetti allo schiavismo brasiliano, cfr. R. SONTAG, *“Curar todas as moléstias com um único medicamento”: os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890)*, in « *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro* », 177 (2016), 471, p. 59; D. NUNES, R. SONTAG, *The Restless National Security Acts: The Absence of Crimes against National Security in the 1940 Brazilian Penal Code*, in *Ideology and Criminal Law: Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes*, edited by Stephen Skinner, Oxford, Hart, 2019, pp. 325-326; BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., pp. 132-136; SONTAG, *“Excepção única á civilização cristã”*, cit., pp. 381-385; BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., pp. 81-126; R. SONTAG, *“Black Code”? The Exceptional Legal Regime of Slave Control in Brazil (1830-1888)*, in « *Ivs fvgit* », 24 (2021), pp. 109-145.

(72) BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., pp. 102-103.

(73) Per una dettagliata analisi della formazione e dell'applicazione di questa legge, cfr. RIBEIRO, *No meio das galinhas as baratas não tem razão*, cit.

proprio per comprendere le relazioni tra queste diverse parti di un ordinamento statale. Pertanto, a mio avviso, il controllo punitivo dello Stato brasiliano ottocentesco nei confronti degli schiavi è una terza dinamica di regime di eccezione. I castighi domestici completavano questo sistema di controllo, ma, a mio avviso, includerli nei concetti di doppio livello di legalità e di regime di eccezione, come ha fatto Barbosa (74), non mi sembra la migliore strada da percorrere. La complementarità dell'oggetto della tutela in senso più globale (l'ordine sociale schiavista) e la somiglianza tra alcune tecniche (la fustigazione, ad esempio) non decostituiscono la diversità degli ordinamenti giuridici. Se parliamo di due ordinamenti giuridici, non possiamo parlare di un doppio livello di legalità o di regime di eccezione perché essi operano all'interno dello stesso ordinamento. Il potere euristico di questi due concetti è quello di consentire un ripensamento critico della legalità moderna, costringendoci a guardare le ombre di questa legalità così spesso presentata come la luce che avrebbe soppiantato le tenebre dei tempi passati. Il grado di ferocia del regime di eccezione schiavista variava a seconda delle modifiche legislative, delle interpretazioni o anche della sensibilità degli attori della giustizia penale, avvicinando o allontanando il regime schiavista da quello dei liberi (75). La caduta della pena pubblica della fustigazione avvicinò molto lo *status* giuridico-penale dei liberi e degli schiavi — anche se rimase in vigore l'orrenda eccezione del 1835 — ma, come già sappiamo, questo importante passo fu compiuto solo nel 1886. Pertanto, le interessanti sfumature di questo controllo penale non devono farci perdere di vista la tenace persistenza delle atroci eccezioni rivolte agli schiavi.

Una di queste sfumature — la più importante per il nostro tema — sono le occasioni in cui gli schiavi preferirono la giustizia penale statale. In effetti, la storiografia ha ben documentato casi di schiavi che commisero crimini e si consegnarono alle autorità per sfuggire al giogo dei loro padroni. La scommessa aveva i suoi rischi, poiché la

(74) BARBOSA, *Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros*, cit., p. 103.

(75) Sul fatto che ci fossero avvicinamenti tra il regime penale dei liberi e quello degli schiavi hanno già insistito Ricardo Alexandre Ferreira (R. A. FERREIRA, *Crimes em comum. Escravidão e liberdade sob a pena do Estado imperial brasileiro (1830-1888)*, São Paulo, Editora da UNESP, 2011) e la qui ampiamente citata Liliam Ferraresi Brighente.

pena applicata al crimine commesso avrebbe dovuto essere lavori forzati, un grado intermedio tra la morte e la fustigazione (che avrebbe poi fatto tornare lo schiavo dal suo proprietario). Il rischio diminuì significativamente solo quando l'imperatore Pedro II iniziò a perdonare o commutare tutte le pene capitali: dopo alcune controversie, prevalse l'interpretazione secondo la quale lo schiavo condannato a morte era già una proprietà persa, quindi non sarebbe tornato dal suo ex-proprietario; e, più comunemente, la morte veniva commutata in lavori forzati a vita, una condizione che a volte era migliore rispetto alla tirannia del padrone (76). I giuristi — sempre fieri sostenitori di ciò che fosse più umanitario e spesso paternalisticamente caritatevoli nei confronti degli schiavi — si lamentavano del fatto che la pena di lavoro forzato non aveva alcun effetto sugli schiavi, e quindi, finché il regime di schiavitù persistesse, era necessario rendere l'applicazione di questa punizione molto più rigorosa quando il condannato fosse uno schiavo (77). Anche dopo l'introduzione della politica delle commutazioni o dei perdoni sistematici attraverso la grazia reale, il rischio di linciaggio rimaneva ancora (78). Perciò l'abolizione della pena pubblica preferita dai proprietari — la fustigazione — contribuì, come abbiamo visto, nel 1886 a rendere la schiavitù stessa insostenibile.

Lo schiavo poteva veramente scegliere la giurisdizione domestica o quella statale? Secondo Brighente, la risposta sarebbe no, perché tutti i reati sarebbero diventati di competenza della giustizia penale pubblica con il Codice criminale del 1830 e con il Codice di procedura penale del 1832. Il fatto che ciò non fosse sempre avvenuto è ben documentato. Una mera questione di efficacia della legge statale? A mio avviso, è necessario articolare ulteriormente una risposta coerente con il riconoscimento dell'ordinamento domestico come ordinamento giuridico concorrente a quello statale. Io direi che questo punto era controverso. Come abbiamo visto, la repressione di varie condotte considerate criminali dal Codice del 1830

(76) BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., pp. 206-218.

(77) Cfr., ad esempio, TOLEDO, *Lições acadêmicas*, cit., p. 540 e A. H. DE S. BANDEIRA FILHO, *A questão penitenciária no Brasil*, in « O direito: revista mensal de doutrina, legislação e jurisprudência », vol. 25 (mai.-ago. 1881), p. 195.

(78) Cfr. PIROLA, *A Lei de Lynch no ocaso da escravidão*, cit.

poteva anche rientrare nella giurisdizione domestica del signore, a seconda delle circostanze. Cioè, c'era ancora una sovrapposizione socialmente accettata. Gli schiavi in fuga dalla violenza dei loro padroni per consegnarsi alle punizioni pubbliche ci dimostrano che il controllo punitivo degli schiavisti poteva raggiungere livelli di atrocità enormi: quindi, non siamo di fronte a un fatto rivelatore dell'umanità della giustizia penale dello Stato.

La legge dello Stato che riduce significativamente l'intensità del controllo punitivo sugli schiavi, è bene ricordarlo, arrivò tardi ⁽⁷⁹⁾, pur ammettendo che questa legge abolì non soltanto la frusta pubblica, ma anche quella domestica. L'abolizione di una delle parti più feroci del controllo punitivo domestico contro gli schiavi (le fustigazioni), a mio avviso, non era un bel regalo lasciato ai posteri sin dal 1830 dai bravi legislatori degli anni venti dell'Ottocento, come in qualche modo voleva il nostro audace giudice Pereira nel milleottocento settantaquattro. Sottolineare questa dissonanza temporale, inoltre, rende più significativa un'acuta osservazione di Brighente sugli atteggiamenti delle diverse componenti dello Stato brasiliano ottocentesco in relazione al controllo punitivo sugli schiavi: il Legislativo era il più orientato a favore degli schiavi; il Giudiziario era diversificato, perché c'erano giudici padroni di schiavi e la giuria era particolarmente favorevole ai proprietari, ma è possibile trovare diverse sentenze a favore degli schiavi; allo stesso modo, l'Esecutivo era diversificato; e il potere Moderatore era quello che pendeva maggiormente dalla parte degli schiavi ⁽⁸⁰⁾.

Se gli schiavi a volte ricorrevano all'autorità pubblica, i padroni lo facevano molto di più. L'allineamento tra la configurazione

⁽⁷⁹⁾ R. PIROLA, *O castigo senborial e a abolição da pena de açoites no Brasil: justiça, imprensa e política no século XIX*, in « Revista História (São Paulo) », 2017, 176, p. 32.

⁽⁸⁰⁾ BRIGHENTE, *A condição jurídica criminal do escravo no Império do Brasil*, cit., p. 235. Il potere Moderatore, con la grazia, riuscì ad attenuare in tante occasioni la legge del 10 giugno 1835, evitando la morte di molti schiavi. Se una legge aveva dei difetti — in questo caso, perché era troppo dura — il diritto di grazia serviva per correggere questi difetti: questo era uno dei fondamenti riconosciuti dalla dottrina brasiliana ottocentesca per legittimare l'esistenza della grazia in un momento comunque segnato dal legalismo. Specificamente sui rapporti tra questo argomento di legittimazione della grazia e la legge del 1835, cfr. A. B. DE A. COSTA, *Poder e punição através da clemência: o direito de graça entre direito penal e constitucional na cultura jurídica brasileira*, in « Revista do IHGB », 481 (set.-dez. 2019), specialmente pp. 276-281.

dell'apparato punitivo statale e il mantenimento dell'ordine schiavistico è evidente. Il diritto penale dello Stato come arena di controversie che collaboravano al fine di minare il regime di schiavitù operava, ricordiamolo, in due direzioni: *i*) interferendo, sì, sempre di più, nei rapporti tra padroni e schiavi; e *ii*) modificandosi profondamente (l'abolizione della pena pubblica della fustigazione, per esempio). Questo vuol dire che anche l'apparato dello Stato dovette diventare meno schiavista (incluso il già menzionato potere Moderatore, tante volte sensibile alle necessità degli schiavi ⁽⁸¹⁾), e non soltanto disturbare l'esercizio del potere dei signori sui propri schiavi. In diversi sensi, la giustizia penale statale aiutava i proprietari: punendo i crimini che il potere privato non era in grado di punire; offrendo, attraverso la polizia, i servizi di applicazione della sanzione domestica stessa, oltre ad altri servizi di dubbia legalità, come la ricerca di schiavi fuggitivi — proprietà privata — e così via. Tutto ciò noi possiamo chiamare, per usare un'espressione di Ynaê Lopes dos Santos ⁽⁸²⁾, di *feitorização* ⁽⁸³⁾ dell'apparato dello Stato. I due principali studi sul nostro tema, quelli di Brighente e di Barbosa, riconoscono, anche se con enfasi diverse, non solo l'opposizione, ma anche la complementarità tra la giurisdizione signorile e quella statale nel controllo degli schiavi ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ Su come l'esercizio della grazia dal potere Moderatore, all'indomani della promulgazione del codice del 1830, soccorresse in misura minore gli schiavi di quanto non facesse con i liberi, cfr. A. B. DE A. COSTA, *Pardoning and Punishing in Times of Transition: The Pardon Appeal (Recurso de Graça) on the Brazilian Council of State (1828-1834)*, in « Revista direito e práxis », 10 (2019), 4, pp. 2353-2355.

⁽⁸²⁾ Y. L. DOS SANTOS, *Que lancem todos os dias os nomes, empregos e mais sinais: circulação escrava e tentativas de controle estatal nas leis municipais do Rio de Janeiro e de Havana na década de 1830*, in « Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro », 2015, 9, pp. 31-47.

⁽⁸³⁾ La parola deriva da *feitor* [fattore], che significa « quello che amministra la *fazenda* [probabilmente anche nel senso più generico di proprietà] di un altro » (L. M. DA S. PINTO, *Dicionário da língua brasileira*, Ouro Preto, Typographia de Silva, 1832, [s.p.]). Una delle consuete attribuzioni del *feitor* era appunto quella di castigare gli schiavi a nome del proprietario.

⁽⁸⁴⁾ Mi sembra che questa complementarità è una specie del genere identificato da Alan Wruck Garcia Rangel: « durante tutto l'Ottocento, permane il modello della 'correzione di polizia', in una collaborazione tra famiglia e Stato » (RANGEL, *Metamorfoses conceituais do direito de correção*, cit., p. 64).

L'ordine domestico patriarcale attribuiva al *pater* anche una serie di doveri nei confronti dei loro subordinati — in una grande *fazenda* in alcuni casi stiamo parlando di migliaia di anime. Per vari di questi soggetti, il declino, ad esempio, degli zuccherifici [*engenhos de açúcar*] nella regione nordest del Brasile significò la perdita di una protezione senza che lo Stato riuscisse ad occupare questo posto ⁽⁸⁵⁾.

Tuttavia, pur quando vogliamo sospendere il trionfalismo delle narrazioni stataliste, la condizione degli schiavi dovrebbe metterci in guardia da qualsiasi nostalgia. La distinzione tra pluralismo giuridico emancipatorio e non emancipatorio ⁽⁸⁶⁾ è forse troppo normativa per un approccio storiografico, ma dobbiamo riconoscere la differenza tra l'ordine domestico patriarcale e un'altra componente del pluralismo brasiliano, i *quilombos*, comunità nere con una propria organizzazione che cominciarono a fiorire come resistenza all'oppressione schiavista (ma che continuarono ad esistere e ad emergere anche dopo l'abolizione). L'apparato statale considerava tali comunità una minaccia e le combatté tenacemente dal XVII secolo (il famosissimo caso del *Quilombo dos Palmares*) fino alla fine del XIX secolo ⁽⁸⁷⁾ (Santi Romano probabilmente direbbe che siamo di fronte a un ordinamento giuridico che considera altri illeciti, ma

⁽⁸⁵⁾ José Lins do Rêgo, scrittore regionalista che nutriva qualche nostalgia del passato, fu capace di affrontare questo problema con la genialità dei grandi artisti. Su questo, cfr. J. P. MANSUR, *Aos amigos o direito, aos inimigos a lei: mandonismo, coronelismo, júri e cangaço na literatura de José Lins do Rego* [tesi di master], Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

⁽⁸⁶⁾ Nell'opinione del principale teorico brasiliano del pluralismo giuridico, Antônio Carlos Wolkmer, esiste un « pluralismo giuridico conservatore », diverso dal « pluralismo giuridico progressista »: soltanto quest'ultimo sarebbe veramente emancipatorio (cfr. A. C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*, São Paulo, Editora Alfa Omega, 2001³, pp. 230-231).

⁽⁸⁷⁾ Per una sintesi sull'argomento, cfr. il testo classico B. NASCIMENTO, *O conceito de quilombo e a resistência cultural negra* [1985], in *Eu sou atlântica. Sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento*, organizado por Alex Watts, São Paulo, Imprensa Oficial / Instituto Kuanza, 2006, pp. 117-125 e le voci J. HERMANN, *Quilombo*, in *Dicionário do Brasil colonial*, dirigido por Ronaldo Vainfas, Rio de Janeiro, Objetiva, 2000, pp. 494-495 e F. DOS S. GOMES, *Quilombos/remanescentes de quilombos*, in *Dicionário da escravidão e liberdade*, organizado por Lília M. Schwarcz e Flávio Gomes, São Paulo, Companhia das Letras, 2018, pp. 387-393.

questi non sono meno giuridici « di per sé » (88). I *quilombos*, quindi, furono combattuti sia dallo Stato brasiliano indipendente sia dalla monarchia portoghese. In altre parole, sebbene il pluralismo giuridico dell'*Ancien Régime* portoghese riconoscesse varie forme di autonomia comunitaria, questo riconoscimento praticamente non fu concesso ai *quilombos*, come hanno giustamente sottolineato Diego Nunes e Vanilda Santos (89). Soltanto recentemente, e con molte difficoltà, le cosiddette *comunidades remanescentes de quilombos* hanno visto riconosciuti i loro diritti dall'ordinamento statale brasiliano, invertendo finalmente la connotazione negativa che la parola *quilombo* aveva mantenuto nel discorso giuridico bianco (90).

6. « A proposito di... ».

Dieci anni fa, durante le celebrazioni dei quaranta anni dei Quaderni fiorentini, il mio maestro brasiliano, Arno Dal Ri Júnior, sottolineava, da dove sto parlando ora, il contributo della storiografia giuridico-penale brasiliana al consolidamento delle frontiere della disciplina Storia del Diritto in Brasile. La consolidazione delle frontiere, a mio avviso, significa autoconsapevolezza metodologica e riconoscimento del fatto che le barriere di confine non solo interdicono i passaggi, ma consentono anche gli scambi. Le opere con cui ho potuto dialogare nel corso di questo intervento sono il frutto di questo processo descritto dieci anni fa.

Per un campo di studi durante tanto tempo *desertico* in Brasile — l'espressione è di Ricardo M. Fonseca (91) — « assumere un atteggiamento più severo dal punto di vista metodologico » (92), come ha detto il maestro Arno Dal Ri Júnior nel 2012, è fonamen-

(88) ROMANO, *O ordenamento jurídico*, cit., pp. 149-151.

(89) D. NUNES, V. H. DOS SANTOS, *Por uma história do conceito jurídico de quilombo no Brasil entre os séculos XVIII e XX*, in « Revista da Faculdade de Direito UFPR », 66 (2021), 1, p. 139.

(90) Cfr. *ibidem*.

(91) R. M. FONSECA, *O deserto e o vulcão. Reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil*, in « Forum historiae iuris », June 15 (2012).

(92) A. DAL RI JÚNIOR, *La storiografia giuridica brasiliana letta attraverso l'esperienza storiografica penale: note per la consolidazione di una disciplina*, in *Storia e diritto. Esperienze a confronto. Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni*

tale. Da allora, la linea che separa la storiografia giuridica professionale dalle avventure dilettantesche di giuristi annoiati dalla dogmatica è diventata più chiara. Un lavoro sufficientemente ampio con la documentazione del periodo studiato e una certa autoconsapevolezza teorica su come trattarla si sono diffusi nella storiografia giuridica brasiliana come criteri essenziali per valutare la produzione del nostro campo.

Quando, nel 1985, questo centro di studi promosse l'importante evento che aveva l'obiettivo di dare aria ad una Storia del Diritto soffocata da analisi che ignoravano la dimensione sociale dell'esperienza giuridica ⁽⁹³⁾, c'era in Italia una tradizione di storiografia giuridica assai professionale. In altre parole, si trattava di aprire delle crepe nei muri della Storia del Diritto. In Brasile abbiamo dovuto fare entrambe le cose contemporaneamente: erigere i muri, ma in modo che essi non ci soffocassero.

Le ricerche brasiliane che ho riportato qui esemplificano molto bene questo atteggiamento sempre più diffuso tra noi. Prendiamo i casi di Brighente e Barbosa: entrambi hanno saputo dialogare con la nostra competentissima storiografia sociale della schiavitù, facendo le proprie analisi su ampie serie di documenti e sottolineando adeguatamente la dimensione giuridica. Da quello che osserviamo nei lavori di ricercatori e ricercatrici ancora più giovani di me, il futuro è promettente. Gli ultimi anni non sono stati facili per le università brasiliane, ma spero che ci siano le condizioni istituzionali per continuare a seminare.

Questo mio testo potrebbe benissimo far parte della sezione *A proposito di...* dei *Quaderni fiorentini*, poiché questa sezione ospita solitamente scritti su più testi storico-giuridici su un tema specifico (o anche su un singolo testo). Nel 2006, Paolo Grossi ha scritto in questa sezione a proposito del libro di Laura Beck Varela sulla storia della proprietà in Brasile, intitolando generosamente il suo testo

dei Quaderni fiorentini. Firenze, 18-19 ottobre 2012, a cura di Bernardo Sordi, Milano, Giuffrè, 2013, p. 180.

⁽⁹³⁾ Cfr., in particolare, gli interventi di Paolo Grossi e di Mario Sbriccoli, entrambi tradotti in portoghese brasiliano: P. GROSSI, *História social e dimensão jurídica*, in ID., *O direito entre poder e ordenamento*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, pp. 169-184; M. SBRICCOLI, *História do direito e história da sociedade - questões de método e problemas de pesquisa*, in « Sequência (Florianópolis) », 2019, 82, pp. 288-312.

« un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana »⁽⁹⁴⁾. Costruire una sorta di « a proposito di » con diversi testi competenti di Storia del Diritto, nonostante i miei dissensi e le mie occasionali critiche, su un tema brasiliano così specifico, come ho fatto qui oggi, sarebbe stato probabilmente molto difficile prima del 2006. Io sono certo — e questa è la ragione di questa chiusura con una riflessione sul nostro campo di studi in Brasile — che il maestro Grossi sarebbe stato felice di sentire le notizie sul fiorire della nostra storiografia giuridica.

(94) P. GROSSI, *Un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana (a proposito di Laura Beck Varela, Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 35 (2006), pp. 1037-1042.

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

COLONIAL JUSTICE IN MOZAMBIQUE (1915-1954):
PRESERVING AND CHANGING
INDIGENOUS CUSTOMARY LAW (*)

This article analyses some aspects of legal pluralism in the Portuguese Empire in the early twentieth century. It begins with a brief overview of the forms of legal pluralism experienced in different periods of Portuguese history, and ends with a presentation of the initial results of recent research in the Historical Archives of Mozambique ⁽¹⁾.

Portuguese and Spanish colonial agents and local populations from Portuguese and Spanish imperial territories managed legal plurality from the early modern age. During the first period, when the Atlantic Iberian World was under construction, a « pluralistic matrix » regarding law and power favoured the coexistence of European and local/Indigenous normative spheres in the American, Asian, and African territories of Iberian colonial societies, as well as their entanglement and interactions ⁽²⁾.

(*) This article results from my participation in the Seminar « Pluralismo Giuridico. Itinerari contemporanei » (Firenze, Università degli Studi Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 20-21 October 2022). I am very grateful to the organizers of this Seminar, and in particular to Giovanni Cazzetta and Irene Stolzi.

⁽¹⁾ This research was funded by national funds provided through FCT, Fundação para a Ciência e Tecnologia as part of the « Legal Pluralism in the Portuguese Empire » (PTDC/DIR-OUT/30873/2017) and « The Effects of Portuguese Colonialism in Africa: Justice, Electricity and Transport Infrastructures » (PTDC/CPO-CPO/2823/2021) Projects. The first of this projects aims to study the colonial legal systems that resulted from the encounter between Portuguese and Indigenous legal orders in areas colonized by the Portuguese in different periods (from the eighteenth to the twentieth centuries) and geographical areas (the Americas, Africa, and Asia).

⁽²⁾ António Manuel HESPAÑA, *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico

This « pluralistic matrix » was not specific to Iberian colonial societies. On the contrary, it was related to the European political imaginary of Old Regime societies, inherited from the Middle Ages ⁽³⁾. Tamar Herzog recently revealed how recognition of multiple autonomous jurisdictions was « most habitual » in early modern Europe, a period when legal pluralism operated not only according to « ethnic, religious, or cultural categories » but a plethora of other standards, such as one's place in the domestic order of the family, professional occupation, place of birth, and so forth ⁽⁴⁾.

António Manuel Hespanha has also described how, during the « long nineteenth century », before and after the liberal revolutions in Europe, including Portugal, a new political imaginary emerged in which plurality came under attack. According to this new political model, State administration and State law should be applied uniformly throughout the national territory, which in the case of Portugal (as well as Spain), included overseas territories. These new principles led to a policy that generally implemented Portuguese metropolitan legislation in the overseas colonies, namely the modern Codes passed by Portugal's Liberal Parliament in which members elected in the colonies held seats ⁽⁵⁾.

moderno », 41 (2012), pp. 101-135. For the Spanish Empire see Bartolomé CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Editorial Siglo XXI, 1994, pp. 5-19; Thomas DUVE, *Indigenous Rights: Latin America*, in *The Oxford Handbook of Legal History*, Markus D. Dubber and Christopher Tomlins eds., Oxford, Oxford University Press, 2018; Carlos GARRIGA, *Cómo escribir una Historia descolonizada del derecho en América Latina?*, in *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Jesús Vallejo and Sebastián Martín eds., Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2019, pp. 325-376; Lauren BENTON, *The Legal Regime of the South Atlantic World, 1400-1750: Jurisdictional Complexity as Institutional Order*, in « Journal of World History », 11 (2000), 1, pp. 27-56. Finally, with a long and complete bibliography on the subject, Pedro CARDIM, *Política y pluralismo jurisdiccional en los territorios castellanos y portugueses del Atlántico y de Asia (siglo XVI)*, in *Modernidad de España. Apertura europea e integración atlántica*, António Miguel Bernal ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 463-488.

⁽³⁾ Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1997.

⁽⁴⁾ Tamar HERZOG, *Latin American Legal Pluralism: The Old and the New*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 50 (2021), pp. 712-713.

⁽⁵⁾ António Manuel HESPANHA, *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*, Macau, Fundação Macau, 1995. On the political representation of the Overseas

Notwithstanding new ideas about the legitimacy of the laws made by representatives of the people and legal equality among Portuguese citizens, plurality remained on the ground, regarding the administration of justice or the status of Indigenous people. Against this backdrop, colonial specific circumstances, namely existent Indigenous customary law, were recognised in the introductory texts of the decrees that enacted modern Codes in the colonies. The Codes, it was argued, should be adapted to the circumstances of colonial contexts (6). This is why, at least in colonial territories, the monistic European project of the State was built by integrating and, at the same time, producing legal pluralism.

This was the case when, in 1869, a decree issued on November 18 extended the general application of the Portugal's first Civil Code (1867) to its overseas colonies (7). Although the introduction to this decree determined that all inhabitants of non-European Portuguese territories were equally subject to the Civil Code. It also recognised that this was not immediately possible due to the existent legal plurality inherited from previous arrangements. The Civil Code would be the general rule, but some local/Indigenous groups' « practices and customs » (*usos e costumes*) could be applied if they did not threaten colonial public order or go against European morals, a restriction echoing the long-held idea that the aim of converting local people in colonies to Christianity should restrict their sphere of self-regulation (8). Therefore, at least in theory, while this decree was in effect, in « internal disputes », some primarily non-Catholic local/Indigenous groups could opt for to follow the Civil Code or their own « practices and customs ».

in Portugal and Spain see *Imperios Ibéricos y representación política (siglos XIX-XX)*, Inés Montaud and Cristina Nogueira da Silva eds., Madrid, CSIC (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), Colección Estudios Americanos, 2021, pp. 9-55.

(6) Cristina NOGUEIRA DA SILVA, *A Construção jurídica dos territórios ultramarinos portugueses no século XIX, Modelos, Doutrinas e Leis*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2017.

(7) *Colecção de Decretos promulgados pelo Ministério dos Negócios da Marinha e Ultramar em virtude da Faculdade concedida pelo § 1 do art. 15º do Acto Adicional à Carta Constitucional da Monarquia*, Lisbon, Imprensa Nacional, 1870, p. 35.

(8) HESPAÑHA, *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa*, cit., p. 10.

The 1869 Decree's recognition of Indigenous customary law expressed pragmatic acceptance of the existing legal pluralism inherited from the previous period. For example, it granted legal recognition to the *milandos* in Mozambique — trial by combat among Indigenous people which were decided by Portuguese officials in harmony with perceived Indigenous « practices and customs » with the aid of Indigenous authorities ⁽⁹⁾. However, this recognition coexisted with the belief that the Metropolitan Codes could eventually be implemented, in future times, throughout the colonies ⁽¹⁰⁾.

Nevertheless, the 1869 Decree added further ideas to this legacy, some of which were new, and to a certain degree contradictory.

It provided that Indigenous « practices and customs » should be immediately codified in written codes of Indigenous customary law, as had already been done for the « practices and customs » of non-Catholic inhabitants of the State of India (*Estado da Índia*) in 1824, 1853 and 1854 ⁽¹¹⁾, as well as Mozambique, in 1852-53 ⁽¹²⁾. This desired goal of codifying Indigenous customary law, which was

⁽⁹⁾ Rui Mateus PEREIRA, *Conhecer para dominar. A Antropologia ao serviço da política colonial portuguesa em Moçambique*, Lisboa, Parsifal, 2021, pp. 177.

⁽¹⁰⁾ NOGUEIRA DA SILVA, *A Construção jurídica dos territórios ultramarinos portugueses ...*, cit.

⁽¹¹⁾ Luís CABRAL DE OLIVEIRA, João Pedro CALEIRA, *Between the Law in Books and the Law in Action: the Case of Diu in Constitutional Liberalism*, « Asian Review of World Histories », 8 (2020), p. 278; the authors of this article state that these codes « can be viewed not so much as a radical break with the pre liberal past, but more like a continuation of a policy of concluding pacts with local potentates that started during the consulate of the marquis of Pombal » (p. 278). See also Luís PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, João Pedro CALEIRA, *Direito, política e sociedade: as Novas Conquistas de Goa durante o Perismo. Os contributos de Nery Xavier e Cláudio Lagrange*, in *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho/Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, Laura Beck Varela and María Júlia Solla Sastre eds., I, Madrid, Editorial Dykinson, 2018, pp. 271-303; and Luíz DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, vol. I, pp. 150-155.

⁽¹²⁾ However, these Mozambican codes were not recognized by the central government in Lisbon: Joaquim D'ALMEIDA E CUNHA, *Estudo acerca dos usos e costumes dos Baniães, batbiás, parses, Mouros, gentios e indígenas para cumprimento do que dispõe o artigo 8º, § 1 do Decreto de 18 de Novembro de 1869*, Moçambique, Imprensa Nacional,

supposed to be achieved in all the territories of the Empire, in Asia as well as in Africa, pointed to emerging forms of colonial governmentality in which the mimetic adoption of Indigenous practices, which included embracing Indigenous customs in colonial justice, were gaining popularity as the most secure, scientific, and effective method of administering colonial territories and their populations (13).

Although this new governmental regime involved the imitation and repetition of Indigenous institutions and political forms, it also involved their transformation, as civilising colonial agents were supposed to ‘improve’ Indigenous « practices and customs ». While systematising local norms in written codes, with the assistance of Indigenous authorities, European judges and administrators were supposed to introduce « civilised legal values » into local/Indigenous law. This ‘improving interference’ made the task of codifying « practices and customs » not only a means by which central powers controlled local judicial practices, as in early modern times (14), but an intentional tool of the « civilising mission » (15).

Another method available to transform local « practices and customs » was ensuring that the administration of justice to Indigenous people was done by European judges or administrators, sometimes in special courts, as the 1869 Decree also provided.

1885, p. XIX ff. On these Mozambican codes see also PEREIRA, *Conhecer para dominar*, cit., pp. 179-180.

(13) Regarding these forms of colonial *mimetic government* and their popularity in emerging European (and Portuguese) colonial knowledge from the late nineteenth century see Ricardo ROQUE, *Governamentalidade mimética e etnografias de usos e costumes timorenses*, in *Timor Etnográfico. Etnografias coloniais portuguesas no século XIX*, Ricardo Roque org., Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2022, pp. 57-73; Id., *Mimetic Governmentality and the Administration of Colonial Justice in East Timor, ca. 1860-1910*, in « Comparative Studies in Society and History », 57 (2005), 1, pp. 69-70.

(14) Tamar HERZOG, *Immemorial (and native) customs in early modernity: Europe and the Americas*, in « Comparative Legal History », 9 (2021), 1, pp. 3-55.

(15) Cristina NOGUEIRA DA SILVA, “*Missão civilizacional*” e *Codificação de “usos e costumes” na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 33-34 (2004-2005), pp. 899-921. See also Id., *A dimensão imperial do espaço jurídico português. Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e XX*, in « Rechtsgeschichte - Legal History, Journal of the Max Planck Institute for European Legal History », 23 (2015), pp. 187-207.

While applying Indigenous law, these judges' mission was gradually to modify Indigenous institutions by replacing the « reprehensible » legal practices of Indigenous social life with « good principles » and more « rational practices » to use the words of a Portuguese judge in Mozambique in the late nineteenth century (16).

The legal situation created by the 1869 Decree underwent a transformation during the first half of the twentieth century. Largely due to the military conquest and occupation of new territories in Africa within the international context created by the Berlin Conference and European competition for territory in Africa, the Portuguese government enforced an Indigenato system in Angola, Mozambique, and Guinea (17). Devised in response to new demands stemming from the need to administrate larger local populations, as well as fresh requirements regarding labour extraction and land dispossession, this new system divided colonial African subjects into two distinct groups: those who could become Portuguese citizens, and those who could not — the latter being the vast majority of the Indigenous African population. They were to become non-citizens, or *indígenas*, which was now a legal status.

This Indigenato system was introduced by the *Organic Laws for Overseas Civil Administration* (1914-17), published during the First Portuguese Republic (1910-1926) but only enforced in 1917 (in Mozambique). It was then enacted in 1926 and 1929, during the Salazar dictatorship (18). This system provided that *indígenas* were individuals « of Black race and their descendants » who had not abandoned the « practices and customs » that were, according to the legal definition, « proper to their race ». They had no political rights,

(16) Manuel MOREIRA FEIO, *Indígenas de Moçambique*, Lisboa, Tipographia do Comércio, 1900, p. 129.

(17) NOGUEIRA DA SILVA, *A dimensão imperial do espaço jurídico português...*, cit.; ID., *Natives who were citizens and natives who were indígenas in Portuguese Empire (1900-1926)*, in *Endless Empire. Spain's Retreat, Europe's Eclipse, America's Decline*, Madison, Wisconsin, University of Wisconsin Press, 2012, pp. 295-306.

(18) After the fall of the First Republic, the Indigenato system was confirmed in the *Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique* (Decreto n° 12.533, 1926), then in the *Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas* (Decreto n° 16.473, 1929), and finally, in the *Estatuto dos Indígenas Portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique* (Decreto-lei n° 39, 666, 1954).

and were to be subjected to exceptional criminal, tax, and labour laws ⁽¹⁹⁾. They were also to be governed by special courts (private Indigenous courts) where the codified Indigenous customary law was to be applied by European judges or administrators, with the assistance of Indigenous counsellors ⁽²⁰⁾.

This new legal framework meant that the option between the Civil Code and « practices and customs » was no longer free and voluntary. On the contrary, those who were legally indígenas could not be tried in ordinary Portuguese courts. Furthermore, metropolitan civil law would never apply to them.

The theoretical narrative behind this new Indigenato system was that ‘primitive’ Indigenous cultures should be protected from the destruction that colonial projects of liberal ‘assimilation’ or ‘modernization’ were inflicting on them ⁽²¹⁾. This narrative, which first emerged in response to Indigenous rebellions in the British Empire, particularly the *Sepoy Mutiny* of 1857, became a crucial element of broader European scientific knowledge on colonization that developed in the late nineteenth and early twentieth centuries ⁽²²⁾. The

⁽¹⁹⁾ Cristina NOGUEIRA DA SILVA, *Constitucionalismo e Império*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 13-66; Lorenzo MACAGNO, *A invenção do assimilado. Paradoxos do Colonialismo em Moçambique*, Lisbon, Edições Colibri, 2019, pp. 43-63.

⁽²⁰⁾ Attempts to codify Indigenous customary law did not succeed in any part of the Portuguese imperial territories, although efforts to produce this written Codes were taken throughout the twentieth century. Nevertheless, the aim of codification customary law favoured the production of ethnographic knowledge about Indigenous « practices and customs » all over the Portuguese imperial territories, Rui Mateus PEREIRA, *A « Missão Etnográfica de Moçambique ». A codificação dos « usos e costumes indígenas » no direito colonial português, Notas de investigação*, in « Cadernos de Estudos Africanos », 1 (2001); Id., *Conhecer para dominar*, cit., pp. 175-209; ROQUE, *Governamentalidade mimética e etnografias de usos e costumes timorenses*, cit.; Id., *The “Ethno-Political Multiple”: Colonial Investigation of Indigenous in East Timor*, in « e-JPH », 20 (2022), 1, pp. 67-98; Lúcio SOUSA, *A etnografia em concurso administrativo: a « monografia etnográfica » em Timor Português, em 1948*, in *Timor Etnográfico. Etnografias coloniais portuguesas no século XIX*, cit.; CABRAL DE OLIVEIRA, CALEIRA, *Between the Law in Books and the Law in Action*, cit.

⁽²¹⁾ On this doctrinal rejection of ‘liberal assimilationism’ in Portuguese colonial literature since the late nineteenth century and its meanings, see NOGUEIRA DA SILVA, *A Construção jurídica dos territórios ultramarinos portugueses ...*, cit.

⁽²²⁾ On the probable origins of this European knowledge of colonial administration see Karuna MANTENA, *Alibis of Empire: Henry Maine and the End of Liberal*

authoritarian imposition of 'civilised' European legal and political principles on local populations in Africa, it was argued, was pulling apart and fomenting turmoil among Indigenous communities. According to these narratives, Indigenous institutions were perceived, as « both functionally intact and vulnerable to imminent dissolution » under the impact of European colonial policies, a view that seems to echo Henry Sumner Maine's description of Indian village communities in the British Empire⁽²³⁾. There was, it was argued, an « organic link » between the norms of traditional law and the local cultures from which those laws arose. Therefore, colonial administration should respect the organic nature of Indigenous cultures. Moreover, Indigenous people were not prepared to understand 'civilised' European legal and political standards, due to their 'primitivism'.

Against this backdrop, the acknowledgement of Indigenous legal institutions came to be described as a right of colonised peoples and a duty of colonisers, including in the also emergent international colonial law⁽²⁴⁾.

During this period, Portuguese colonists no longer believed in

Imperialism, Princeton, Princeton University Press, 2010, mainly pp. 148 ff.; NOGUEIRA DA SILVA, *Constitucionalismo e Império*, cit.; Véronique DIMIER, *Le gouvernement des colonies, regards croisés franco-britannique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

⁽²³⁾ Karuna MANTENA, *Law and « Tradition »: Henry Maine and the Theoretical Origins of Indirect Rule*, in *Law and History in Current Legal Issues*, Andrew Lewis and Michael Lobban eds., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 176. In this article, Mantena demonstrates a link between Maine's work on India, namely the well-known study *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its relation to Modern Ideas* (1861) and « the call for protection or rehabilitation of Indigenous society, which was the ideological basis of indirect rule » in Africa, later theorized by Lord Lugard in *The Dual Mandate in British Tropical Africa* (1922) (p. 182).

⁽²⁴⁾ Anthony ANGHIE, *Finding the peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, in « Harvard International Law Journal », 1 (1999); Martti KOSKENNIEMI, *The gentle civilizer of Nations, The rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Luigi NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012; ID., *Territory, Sovereignty, and the Construction of the Colonial Space*, in *International Law and Empire, Historical Explorations*, Martti Koskenniemi, Walter Rech and Manuel Jiménez Fonseca eds., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 263-292.

the possibility of collectively replacing the local « practices and customs » with a legal regime close to European standards. However, despite their insistence on respecting Indigenous customary law, they still maintained that ‘barbaric’ legal practices or customary norms that violated public order or morals should be repressed. Furthermore, they stated that the final aim of the European presence in Africa was to ensure the improvement of Indigenous communities and individuals, but « within their own cultures » (or on their own terms), to borrow the ideas of Ruy Ennes Ulrich, a Professor of Colonial Administration at the Coimbra School of Law (25). Therefore, the adoption of Indigenous customary law should be selective, allowing the abolition of customary legal practices that were considered immoral, uncivilized, or a violation of colonial public order. That same aim also justified the introduction of ‘civilised’ legal principles into Indigenous social life, a task to be undertaken through civilising work of European judges and administrators presiding over private Indigenous courts.

The tensions that stemmed from this compromise between preserving what was thought to be traditional indigenous law, and changing it according to ‘civilized’ standards, are the focus of the following section, which is based on the study of a specific case that occurred in 1915, in Mozambique.

One of several Indigenous institutions discussed within the intellectual framework described above was the lobolo, an Indigenous marriage tradition in Mozambique, according to which the family of the future husband — or the bridegroom himself — had to pay an amount of money to the family of the bride before the marriage. Most colonial administrators thought this practice should be fought because, in their opinion, it turned married women into property. In the view of these Portuguese colonial administrators, the most abhorrent aspects of this tradition were not only « payment » for the bride but because, if the husband died, the wife was

(25) Ruy ENNES ULRICH, *Política Colonial, Lições feitas ao curso do 4º ano jurídico no ano de 1908-1909*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1909, p. 698: « A colonização tem por fim fazer evolucionar indígena na sua civilização própria ». On the Portuguese colonial doctrine from this period see NOGUEIRA DA SILVA, *Constitucionalismo e Império*, cit., and Patrícia FERRAZ DE MATOS, *As cores do império, Representações raciais no Império Colonial Português*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2005.

inherited by his family. Consequently, she could only remarry if her parents' family agreed to return the amount paid as lobolo at the time of her marriage. Both these aspects made the lobolo one of the «barbaric customs» that had to be abolished — not only in Mozambique but throughout the Portuguese Empire (26).

Notwithstanding, the lobolo was also described, paradoxically, as a crucial element of social internal cohesion in Indigenous societies. As such, it had to be observed and respected. Both these aspects were pointed out in an administrative report on the application of the 1954 Indigenous Statute, issued on 22 June 1955:

Suppressing the lobolo, reducing its significance, is an important task. However, it is impracticable without taking the risk of plunging Indigenous society into chaos.... It is, in fact, reprehensible for a woman to be inherited like a farm implement. Therefore, it is urgent to put an end to this despicable custom. Nevertheless, we must also consider the entire range of customary relations of which this practice is an integral part.

It encourages unmarried Indigenous individuals to work [to raise the money to pay as *lobolo*]. For the Indigenous father, it guarantees reimbursement of expenses for raising his daughters. Furthermore, it is the stabilizing element of the Indigenous family because the dissolution of the marriage means repayment of the lobolo — and its beneficiaries try to prevent this through moral coercion and persuasion. Finally, the lobolo is a ritual and material element that legitimizes marriage. Suppressing the lobolo without replacing it with other rituals with moral and religious elements will plunge the Indigenous family into dangerous confusion (27).

(26) On Lobolo in Mozambique PEREIRA, *Conhecer para dominar*, cit., pp. 214-229. On colonial interactions with Indigenous marriage traditions in other Portuguese imperial contexts Ricardo ROQUE, *Marriage traps: colonial interactions with indigenous marriage ties in East Timor*, in *Racism and Ethnic Relations in the Portuguese Speaking World*, Francisco Bethencourt and Adrian Pearce eds., London, Oxford University Press/British Academy, 2012; Kelly SILVA, *A Guerra do Barlaque: uma controvérsia etnográfica sobre trocas matrimoniais em Dili colonial (1969-73)*, in *Timor Etnográfico. Etnografias coloniais portuguesas no século XIX*, cit., pp. 301-333; ID., *Marriage Prestations, Gift Making, and Identity in Urban East Timor*, in «Oceania», 1 (2018), 88, pp. 127-147. On the subject in other territories Brett L. SHADLE, *Bridewealth and Female Consent: Marriage Disputes in African Courts, Gusiiland, Kenya*, in «The Journal of African History», 2 (2003), 44, pp. 241-262; Derek R. PETERSON, *Morality Plays: Marriage, Church Courts, and Colonial Agency in Central Tanganyica, ca. 1876-1928*, in «The American Historical Review», 4 (2006), pp. 983-1010.

(27) Quoted in *Relatório sobre a aplicação do estatuto dos indígenas, de 22 de junho de 1955*, in *Arquivo Histórico de Moçambique*, Direcção dos Serviços dos Negócios

There was, therefore, a tension between the argument of respecting traditional legal practices that were seen as vital to the presumed internal coherence of Indigenous communities, and the wish to reform or abolish 'barbaric' practices to achieve the aim of 'civilising improvement'.

Colonial administrators in Mozambique sought solutions for this tension between the need simultaneously to preserve Indigenous traditions and further their process of civilisation. As in Timor, and presumably in other parts of the Portuguese Empire, changes in Indigenous traditions should be introduced through a gradual process of subtle interventions to prevent « sudden and artificial changes » that could lead to dissolution (28).

Regarding the lobolo, officials who presiding over private Indigenous courts were supposed to respect marriage practices, thereby preventing the risk of dissolution and anarchy, while gradually introducing subtle corrections to these practices. One example was imposing a compensation to be paid by the widow, even without of the agreement of the dead husband's family, so she could be free to remarry. Another solution could be to allow the right to inherit the lobolo only if the widow remarried. She would be free after her husband's death, but if she remarried, the lobolo paid for the second marriage would belong to her first husband's family (29).

Indígenas, Cx 214: « Suprimir o lobolo, ou pelo menos reduzir o seu significado, é tarefa importante. Mas, de momento, é impraticável, sem correremos o risco de precipitar a sociedade indígena no caos. Ele é o estímulo que faz o indígena solteiro trabalhar. É a garantia, para o pai indígena, do reembolso das despesas com a criação da filha. E, sobretudo, é o elemento estabilizador da família indígena, porque a dissolução do casamento implica a restituição do lobolo — e os seus beneficiários tratam de obstar, pela coação moral e pela persuasão, a tal. E, por último, o lobolo é elemento ritual e material que consuma e legitima o casamento. Suprimi-lo sem que, entretanto, outros elementos rituais e de ordem moral e religiosa o subsituam, é precipitar a família indígena numa confusão perigosa ».

(28) ROQUE, *Mimetic Governmentality and the Administration of Colonial Justice in East Timor*, cit., p. 86.

(29) *Relatório sobre a aplicação do estatuto dos indígenas, de 22 de junho de 1955*, in *Arquivo Histórico de Moçambique*, Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas, Cx. 214. On private Indigenous Courts in Angola see MARIA DA CONCEIÇÃO NETO, *The colonial State and Its Non-Citizens: « Native Courts » and Judicial Duality in Angola*, in « Portuguese Studies Review », 25 (2017), 1, pp. 235-253.

However, this « modernization » of the lobolo, which was made with the aid of Indigenous authorities, such as local assemblies called Banjas ⁽³⁰⁾ — did not meet all the requirements of the private Indigenous courts, as a lawsuit filed in 1915, in Mozambique, demonstrates.

This lawsuit began when Wubusi and his sister, Chiquise, both Mozambican *indígenas*, asked the Maputo administrator to judge a Milando, as described in a report by the Secretary for Indigenous Affairs of Lourenço Marques, Mozambique, on 23 April 1915 ⁽³¹⁾, when the 1869 Decree was still in force.

Chiquise [*sic*, see note 31], had been married to the *indígena* Vaquinee, and, after his death, by legitimate inheritance, she and her two underage daughters belonged to her brother-in-law, Ganane.

Chiquise's family ⁽³²⁾ decided to repay the lobolo paid by Vaquine, the dead husband, to the brother-in-law Ganane, and this offer was accepted. Thus, Chiquise had become completely emancipated, and was able to marry again.

At the time of the separation, Chiquise's two daughters were still very young, so they stayed with her. However, a few years later, Ganane claimed ownership of the two girls, and his claim was accepted by the Maputo administrator.

Represented by her brother Wubuzi, Chiquise appealed to the governor of Mozambique, asking him to overturn the decision of the Maputo administrator and claiming possession of her children without compensation. Their lawyer argued that the administrator's

⁽³⁰⁾ The author of the report on the application of the Indigenous Statute (22 June 1955), already mentioned in this article, describes how he himself discussed issues related to the lobolo with honorable men from the administrative area under his jurisdiction: « When I dealt with this matter in a banja, the honorable men from several administrative offices in the area raised several objections » (« Quando tratei desta questão em banja os homens respeitáveis das várias regedorias da circunscrição colocaram várias objeções »), in *Arquivo Histórico de Moçambique*, Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas, Cx. 214. Regarding banjas, see also MOREIRA FEIO, *Indígenas de Moçambique*, cit., p. 176.

⁽³¹⁾ In *Arquivo Histórico de Moçambique*, Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas (Secção M - tribunais indígenas, 1902-1967), Cx. 1588.

⁽³²⁾ In the caselaw of private Indigenous courts, as well as in administrative reports, the names of the Indigenous individuals were written in the different forms that are used in this article.

decision was contrary to « our laws » and that « the barbaric, unjust Indigenous customs must be set aside » (33).

Nevertheless, the governor rejected the appeal, based on the opinion of the Secretary for Indigenous Affairs, who found that the Maputo administrator's decision was « in absolute agreement with Indigenous practices and customs ». Moreover, echoing the 1955 report, the secretary added the following observation:

I do not dispute that these customs are not in full harmony with the provisions of the civil code on inheritances, but it is not through isolated resolutions that Indigenous practices and customs are modified. They must be changed gradually through slow evolution and not through reforms effected in leaps and bounds, which only bring the threat of serious disruption (34).

As in 1955, when the last Indigenous Statute (1954) was in effect, the colonial administration made similar assumptions in 1915, before the Indigenous system was introduced (35). As we have seen, Indigenous institutions were perceived as internally consistent and vulnerable to the impact of European colonial policies, which gave rise to the imperative of respecting and protecting them. On the other hand, they were also perceived as requiring change and improvement, against the backdrop of the European civilising mission (36).

The issues arising from these tensional assumptions also received similar responses in 1915 and 1954. The co-existence of

(33) *Carta de Wubusi ao Governador Geral da Província*, signed by the lawyer António Nobre (?), in *Arquivo Histórico de Moçambique*, Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas (Secção M - tribunais indígenas, 1902-1967), Cx. 1588.

(34) *Parecer do Secretário do Secretaria dos Negócios Indígenas em Lourenço Marques*, 23 de abril de 1915, in *Arquivo Histórico de Moçambique*, Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas (Secção M - tribunais indígenas, 1902-1967), Cx. 1588: « Não contesto que estes costumes estejam pouco em harmonia com as disposições do código civil sobre heranças, mas não é por resoluções isoladas que se modificam os usos e costumes indígenas que se devem ir modificando por uma lenta evolução e não por reformas aos saltos, que só oferecem o perigo de perturbações graves ».

(35) The Indigenato system was only implemented in Mozambique in 1917 (Portaria n° 317, 9 de Janeiro), by the Serviços dos Negócios Indígenas de Moçambique.

(36) As seen above, behind it was a discourse about Indigenous societies that described them as stable entities endowed with strong internal coherence, but also, simultaneously, as fragile entities threatened with destruction by colonial intervention. Regarding this paradoxical image of the way of being of Indigenous communities, see

either the imperative of protecting Indigenous institutions or the wish to improve them required « caution » (the word used in the 1955 report) and gradualism in the process of transformation. In Mozambique, respecting Indigenous « practices and customs » did not contradict the goals of the « civilising mission » because, as Ricardo Roque observed regarding Timor, « ... imitative movements were a required, if provisional, step to be taken in the present, with a view to the slow realization of civilization in the future. Mimetic governmentality was presented as a necessary *premise* of the colonial civilizing process » ⁽³⁷⁾.

*

As I explained in the introduction, this article is the result of recent and still incomplete research into legal pluralism in the Portuguese Empire during the first half of the twentieth century. It proposes that the Portuguese colonial administration faced a tension due to the (apparently) contradictory aim of preserving and simultaneously changing Indigenous institutions.

However, other aspects merit further investigation. One is the dynamic processes of legal interaction between coloniser or groups of interested Indigenous people and the (colonial) customary law that this interaction was continually creating and recreating ⁽³⁸⁾. The materials housed in the Historical Archives of Mozambique on which this article is based confirm the role of Indigenous agency in this interaction, not only as informants on Indigenous customary law and as counsellors in Indigenous courts but as users of those courts who appropriated legal values proposed by the colonisers when they found them useful, as in the case of *Chiquise v. Gavane* ⁽³⁹⁾.

MANTENA, *Law and « Tradition »: Henry Maine and the Theoretical Origins of Indirect rule*, cit., p. 184.

⁽³⁷⁾ ROQUE, *Mimetic Governmentality and the Administration of Colonial Justice in East Timor*, cit., p. 86. Emphasis in the original.

⁽³⁸⁾ Martin CHANOCK, *The Law Market: The Legal Encounter in British East and Central Africa*, in *European expansion and law: The encounter of European law in 19th and 20th century in Africa and Asia*, W.J. Mommsen, J.A. Moor (eds.), Oxford-New York, Berg, 1992, pp. 280-81.

⁽³⁹⁾ Also in the early nineteenth century Goa (India), as later in Mozambique, codification of « practices and customs » greatly depended on the collaboration of

Another issue that merits further study is the colonial administrator's attitude toward Indigenous people's flexible adaptation to the legal values received from European legal materials (« our laws ») or their locally available counterparts. Those administrators claim that they were trying to protect the integrity of Indigenous institutions from sudden, artificial change and its negative and risky consequences. However, it is plausible that they had other, perhaps unconscious, motivations that are worth exploring.

Indígenas were those individuals « of Black race » who had not abandoned the « practices and customs » of their own Indigenous culture. Based on this premise, the Indigenato system also allowed that some individuals of « Black race » who had *abandoned* their « practices and customs » could apply for Portuguese citizenship by proving before the administration or in private Indigenous courts, not only that they had abandoned those customs — the most important requirement for Portuguese citizenship — but that they could also speak and write the Portuguese language ⁽⁴⁰⁾. After providing such proof, they were found to be Portuguese citizens (or « assimilados ») and, as such, (at least, in theory) enjoyed full civil and political rights. They would also be mandatorily tried in ordinary Portuguese Courts under metropolitan Portuguese law ⁽⁴¹⁾.

Indigenous informants, whose social position in Goan society is identified in CABRAL DE OLIVEIRA, CALEIRA, *Between the Law in Books and the Law in Action*, cit., pp. 282-283.

⁽⁴⁰⁾ This primacy of abandoning what was thought as indigenous customary law (the « practices and customs ») as a requirement to access citizenship was strongly asserted in a report by GONÇALVES COTTA, *Relatório dos trabalhos que serviram de base ao projecto do Estatuto de Direito privado dos Indígenas de Moçambique*, s.d, in *Arquivo Histórico de Moçambique*, Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas (Secção M - tribunais indígenas, 1902-1967), Cx 1648. Gonçalves Cotta was a colonial administrator and the jurist who presided a Comissão Etnográfica de Moçambique, founded in 1941. As member of this Commission he published a set of important works on colonial indigenous justice, such as the *Projecto Definitivo do Estatuto do Direito privado dos Indígenas da Colónia de Moçambique, precedido de um estudo sumários do direitos gentílico*, Lourenço Marques, Imprensa Nacional, 1946. On his work in Mozambique see PEREIRA, *Conhecer para dominar*, cit., p. 177 and Fernanda THOMAZ, *Codificação dos costumes: Gonçalves Cotta e os Códigos jurídicos para os "africanos" de Moçambique*, in « Africana Studia », 19 (2012), pp. 105-116.

⁽⁴¹⁾ On the (low) numbers of these 'Black citizens' and the difficulties these individuals faced, as well as the *liminal* nature of their status, see Cristina NOGUEIRA DA

Therefore, the Indígenas' abandonment of customary practices challenged the cultural (as well as racial) divide between European citizens and Indígenas. In view of this challenge, I hereby posit that there was a relationship between the colonial administrator's insistence on slowing down the legal dynamics of legal change and the need to maintain the « imagined line of colonial respectability » that divided the colonizers and the colonized ⁽⁴²⁾.

SILVA, *Assimilacionismo e Assimilados no Império português do século XX, uma relação equivocada*, in *O Governo dos Outros. Poder e Diferença no Império Português*, Ângela Barreto Xavier e Cristina Nogueira da Silva orgs., Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2016, pp. 323-365; MACAGNO, *A invenção do assimilado...*, cit., pp. 85 ff. On these issues in Angola see Maria DA CONCEIÇÃO NETO, *A República no seu estado colonial: combater a escravatura, estabelecer o 'indigenato'*, in « Ler história », 59 (2010), pp. 205-225.

⁽⁴²⁾ Ann STOLER, *Making Empire Respectable: The Politics of Race and Sexual Morality in 20th-Century Colonial Cultures*, in « American Ethnologist », 16 (1989), 4, pp. 634-660; ID., *Sexual Affronts and Racial Frontiers: European Identities and the Cultural Politics of Exclusion in Colonial Southeast Asia*, in « Comparative Studies in Society and History », 34 (1992), 3, pp. 514-551.

MASSIMO MECCARELLI

PLURALISMO GIURIDICO E SPAZIO ECCEDENTE.
IL LABORATORIO STORIOGRAFICO BRASILIANO
VISTO DALL'EUROPA

1. I luoghi della storia del diritto. — 2. Pluralismo giuridico: un tentativo di delimitazione concettuale. — 3. La pluralità nel monismo giuridico in Brasile. — 3.1. Il problema dello spazio presupposto. — 3.2. Lo spazio eccedente nell'esperienza giuridica brasiliana. — 4. Conclusioni guardando all'Europa.

1. *I luoghi della storia del diritto.*

Negli ultimi quindici anni la realtà brasiliana ha rappresentato un oggetto nuovo per la ricerca storico-giuridica, diventando anche un laboratorio di innovazione per la disciplina. Paolo Grossi già nel 2007, quando la tendenza era soltanto agli inizi, aveva colto il rilievo che poteva avere la fioritura di studi in realtà geografiche per lungo tempo al margine o escluse dagli interessi dello storico del diritto continentale. Per Grossi si trattava di un fenomeno da salutare con favore, perché consentiva di « valorizzare esperienze appartate e fino ad allora ingiustamente sprecate » e, inoltre, perché rappresentava un tentativo riuscito « di sprovvincializzazione » ⁽¹⁾. Tali considerazioni, così io le interpretai già allora, si riferivano ad entrambe le sponde dell'Oceano, nel senso che la scoperta di nuove dimensioni dell'esperienza, oltre ad essere rilevante per il sapere giuridico in America latina, avesse un valore aggiunto anche *per noi europei*: essa si traduceva in una opportunità di uscire da un guscio autoreferenziale, per scoprire nuovi orizzonti, che contribuivano a integrare la nostra stessa visione della storia. Tutto ciò costituiva un invito alla

⁽¹⁾ M. MECCARELLI, S. SOLIMANO, *A colloquio con Paolo Grossi*, in « Forum Historiae Iuris », 20 marzo 2007.

presa di coscienza della necessità, oltre che della possibilità, di emanciparci da un modo eurocentrico di svolgere i nostri studi. Oggi, che la storia del diritto in Brasile si è pienamente affermata come sapere critico ⁽²⁾, le intuizioni di Grossi confermano tutto il loro valore programmatico.

Il mio sguardo sulla storiografia brasiliana risente ancora di quella lezione; è, infatti, connotato da un interesse, diciamo pure *strumentale*, a considerarne il possibile apporto per la riflessione sulla storia del diritto in Europa. Lo spazio-tempo brasiliano è utile per capire meglio la nostra storia regionale, poiché favorisce un'inversione del punto di vista. Permette di osservare le vicende giuridiche europee da una prospettiva 'periferica', capace di aggiungere nuovi elementi di conoscenza riguardo alle grandi tendenze, che si originano dal Vecchio continente. Infatti, se ad un primo sguardo quello spazio-tempo americano a noi appare come un ambito ulteriore di svolgimento dei problemi che studiamo, esso contemporaneamente si presenta come una esperienza altra e autonoma dal nostro orizzonte ricostruttivo. Ciò crea un margine euristico prezioso, poiché suggerisce *domande nuove* da porre alle nostre fonti.

Il tema del pluralismo giuridico ne è proprio una conferma. Nel seguito, dopo aver precisato meglio in che senso intendo il concetto, cercherò, alla luce degli apporti storiografici, di osservare alcune sue manifestazioni nel Brasile dei secoli XIX e XX. Nelle conclusioni vorrò poi tornare a riflettere su un possibile rilievo per la dimensione dei problemi storico-giuridici italiani ed europei.

(2) Per la prospettiva metodologica si veda R.M. FONSECA, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009, in partic. pp. 17-66; per il dibattito europeo sulla funzione critica della storia del diritto inviamo a P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-96; P. CARONI, *Die Einsamkeit der Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2005; A.M. HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 13-83; M. STOLLEIS, *Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte*, in «Humboldt Forum Recht», 5 (2012), pp. 77-83; P. COSTA, *Soberania, representação, democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico*, Curitiba, Juruá, 2010, in partic. pp. 17-78. P. CAPPELLINI, *La storia è solo una cicatrice? Schegge su storia del diritto e sfide dell'età della 'mondializzazione'*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 285-294.

2. *Pluralismo giuridico: un tentativo di delimitazione concettuale.*

Per definire il mio approccio al problema vorrei affidarmi a tre combinazioni di concetti. La prima è quella che associa *pluralismo* a *pluralità*. Su questo primo punto, in effetti, sono stati offerti contributi importanti, a partire dalle diverse trattazioni di Paolo Grossi ⁽³⁾, fino al recente numero 50 dei *Quaderni fiorentini*, dove il tema viene esplorato nei suoi molteplici aspetti. Se, come osserva Pietro Costa, il pluralismo è sostanzialmente l'idea di « rappresentare l'esperienza valorizzando la 'pluralità' delle sue forme contro le pretese 'riduzionistiche' di un unico 'centro' », essa oltre a indicare un oggetto da comprendere, è anche uno « strumento dell'interprete » per attuare l'operazione storico-ermeneutica ⁽⁴⁾; il concetto di pluralismo assume, cioè, il valore di uno *strumento analitico*.

Mi interessa soprattutto tale aspetto. Non intendo dare un contributo allo studio della dimensione discorsiva di teorie del diritto e della società, che si sono ispirate ad un paradigma pluralistico ⁽⁵⁾. Non si tratta, per me, neanche di riflettere sulle dottrine del pluralismo nella storia del pensiero giuridico. Mi interessa piuttosto interrogarmi sul rilievo che il problema delle diverse e molteplici formazioni socio-giuridiche ha assunto nell'età contemporanea. L'ipotesi che vorrei verificare, in particolare, consiste nello studiare esperienze giuridiche, che descrivono una traiettoria connotata dal monismo, considerando il ruolo assunto dalla 'pluralità' nel definirne la prospettiva di senso.

⁽³⁾ Numerosi scritti di Grossi trattano del tema. Qui ricordiamo in particolare i volumi GROSSI, *Società. Diritto Stato*, cit.; Id., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000; Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari-Roma, Laterza, 2012; Id., *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, Laterza, 1997; Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008 e 2014, e l'ultima monografia *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

⁽⁴⁾ P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 50 (2021), pp. 29-118 (le citazioni riportate sopra sono rispettivamente a p. 99 e a p. 32). Inoltre, spiega sempre Costa, 'pluralismo' vale anche in senso metalinguistico come strumento di cui ci serviamo per comprendere il linguaggio oggetto (p. 31).

⁽⁵⁾ E, cioè, « hanno assunto la pluralità delle formazioni sociali come la cifra esplicativa dell'ordine politico-giuridico » ivi, pp. 30-33.

Qui viene alla nostra attenzione una seconda coppia concettuale, che chiamerei ‘*pluralismo e monismo*’. Il primo termine, a ben vedere, dal punto di vista teorico si oppone al secondo, che, infatti, serve « a spiegare in termini unitari un fenomeno (apparentemente) complesso » (6). Va, però, anche osservato che, così come il pluralismo, anche il monismo giuridico è a sua volta contemporaneamente un *oggetto* (studiamo edificazioni normative o costruzioni concettuali come espressioni di una visione monistica della realtà e del diritto) e uno *strumento analitico* (possiamo leggere una determinata esperienza ponendo l’attenzione sulle dinamiche monistiche che l’hanno caratterizzata). Ciò rende possibile immaginare, sul piano fenomenologico, una combinazione tra i concetti opposti di pluralismo e monismo.

La storia del XIX e del XX secolo si presta indubbiamente ad essere studiata come l’epoca del monismo, ma sappiamo anche che le configurazioni giuridiche a cui ha dato vita sono state continuamente sollecitate, *messe alla prova*, dal problema della pluralità. La storiografia degli ultimi tre decenni ha mostrato bene come il fattore della complessità del sociale abbia indotto svolte nell’Ottocento e nel Novecento; ci troviamo anche qui a riferirci ai fondamentali contributi di Grossi (7) e ad un ricco filone storiografico che non si è ancora esaurito. Senza però indugiare su tali aspetti e rinviando alle

(6) Serve inoltre a comprendere la « complessità a partire da un principio unico ordinante »: *ivi*, p. 32. Si vedano inoltre A.M. HESPANHA, *Pluralismo jurídico e direito democrático*, São Paulo, Annablume, 2013, pp. 17-48. P. GROSSI, *L’Europa del diritto. Uno storico del diritto in colloquio con gli storici del pensiero economico*, in « Il pensiero economico italiano », XVI (2008), pp. 9-23; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, in partic. p. 250 e ss.; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, in partic. p. 450 e ss.

(7) Si pensi a P. GROSSI, « *La Scienza del diritto privato* ». *Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988; *Id.*, « *Il coraggio della moderazione* » (*Specularità dell’itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 18 (1989), pp. 197-251; *Id.*, *Itinerari dell’assolutismo giuridico - Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 27 (1998), pp. 169-227; *Id.*, *Scienza giuridica italiana*, *cit.*; *Id.*, *Società, diritto, Stato*, *cit.*; *Id.*, *Introduzione al Novecento giuridico*, *cit.*, per arrivare all’ultimo volume *Id.*, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, *cit.*

pagine finali per qualche esemplificazione, bastino ora questi cenni per ribadire la plausibilità della nostra ipotesi, che la lente del pluralismo possa servire a capire le manifestazioni storiche del monismo giuridico.

Un terzo aspetto alla base della nozione di pluralismo sottesa al mio ragionamento è la sequenza concettuale che mette in rapporto *pluralismo giuridico - multinormatività - interlegalità*. Essa è di grande utilità perché estende la nozione di pluralismo e contribuisce a superarne una certa concezione, di carattere troppo novecentesco.

Con l'espressione *multinormatività* ⁽⁸⁾ intendo riferirmi ad uno spazio normativo complesso, in cui convivono sfere normative di più ambiti di produzione del diritto, che *non tendono ineluttabilmente a convergere in un ordine*. Se vogliamo è un grado di rarefazione dell'idea stessa di pluralismo, poiché accetta la possibilità che la pluralità giuridicamente rilevante, non solo non presenti i caratteri della *piramide*, ma neanche quelli della *rete*. Questa idea del pluralismo considera, cioè, *il problema della pluralità non come un problema di natura sistematica*. Certo, in uno spazio multinormativo possono determinarsi tra i diversi elementi della pluralità dinamiche di interdipendenza, ma non necessariamente come un 'sistema di dinamiche'.

Nel quadro proposto, la *interlegalità* ⁽⁹⁾ funziona come categoria descrittiva dei fenomeni in atto; è uno strumento che si concentra sulla *interazione* tra ambiti di produzione del diritto, piuttosto che considerarne la dimensione ordinante. Interlegalità ci consente una *comprensione della multinormatività*, perché ci invita a superare idee

⁽⁸⁾ Su questo, per una prospettiva storico giuridica, T. DUVE, *Was ist 'Multinormativität'? einführende Bemerkungen*, in « Rechtsgeschichte », 25 (2017), pp. 88-101. Si vedano inoltre gli altri saggi pubblicati nel focus *Multinormativität* in « Rechtsgeschichte », 25 (2017), pp. 103-239. Pensando al Brasile, poi, nella prospettiva che suggeriamo può essere interessante anche considerare il dibattito sul transcostituzionalismo che si è svolto negli anni scorsi a partire dal saggio di M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

⁽⁹⁾ *The Challenge of Inter-Legality*, J. Klabbers, G. Palombella (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019; *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti et al., Bologna, il Mulino, 2022; P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'a councils in Inghilterra*, Torino, Giappichelli, 2020; E. SCODITTI, *Lo scenario dell'inter-legalità*, in « Questione giustizia », Osservatorio internazionale, 22 aprile 2020.

riduzionistiche come quelle dell'isolamento funzionale delle diverse sfere di normatività ⁽¹⁰⁾, cioè della loro 'chiusura' e autosufficienza; ci invita a riflettere in modo originale sul *rapporto tra le sfere di normatività*, sgombrando il campo dal problema della *interferenza di norme*. Interlegalità, inoltre, permette di riconsiderare le *dinamiche di accertamento del diritto*, poiché offre l'occasione per riflettere su come funziona il diritto giurisprudenziale, cioè in che cosa si concreta l'attività di valutazione dei fatti normativi e come possiamo descrivere il rapporto tra diritto e giustizia ⁽¹¹⁾. In tale ambito si colloca anche il problema della *funzione del giudice* e delle dinamiche di *delimitazione delle giurisdizioni*.

3. *La pluralità nel monismo giuridico in Brasile.*

Assumiamo dunque come base l'idea di pluralismo, nei termini così definiti, per seguire le vicende della pluralità nel tempo del monismo e guardiamo alla storia giuridica contemporanea del Brasile. Come cercherò di mostrare questo è un terreno particolarmente fertile. La ragione principale sta nella complessa e lunga vicenda di costruzione di uno spazio giuridico statale, che prende avvio dal 1822 con l'indipendenza del Brasile dal dominio coloniale e attraverso fasi molto diverse: la fase imperiale, quella della prima Repubblica (tra il 1889 e il 1930) e poi a seguire, l'*Estado novo* o in senso più esteso la c.d. *era Vargas*, la ridemocratizzazione nel 1945, la lunga esperienza della dittatura militare (1964-1985), e, in fine, lo Stato federale democratico dal 1988 fino ad oggi ⁽¹²⁾. In tale complicata storia di *nation building* sarebbe sbagliato parlare di una *fuga dal pluralismo*, nel senso di immaginare un graduale risolversi

⁽¹⁰⁾ G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in « Diritto e questioni pubbliche », 18 (2018), pp. 319-321.

⁽¹¹⁾ Ivi, pp. 330-332.

⁽¹²⁾ Fra gli altri cfr. A. Wehling, *An Old Empire Gives Birth to a New One. Social Practices and Transformations of the Luso-Brazilian Legal Order*, in « Rechtsgeschichte », 26 (2018), pp. 302-311; J. FERREIRA, L. NEVES, *O Brasil Republicano*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2018, voll. 1-5; M.C. D'ARAUJO, *O Estado Novo (1937-1945)*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000; L. BARBOSA de ANDRADE, *História Constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2018; *A Constituição de 1988, 25 anos: a construção da democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da Constituinte*, M. Gomes (org.),

della pluralità nel progressivo consolidarsi del polo dell'unità. Diversi studi dimostrano che il quadro degli accadimenti che hanno prodotto la configurazione statale in Brasile è più complesso ⁽¹³⁾. Nel susseguirsi dei diversi regimi politici e costituzionali, a cui ho appena fatto cenno, vediamo, insomma attuarsi molteplici strategie e processi, che inducono a pensare che qui non vale lo schema interpretativo ottocentesco per cui, la « pluralità è il dato e l'unità è il senso » ⁽¹⁴⁾.

Con ciò voglio osservare che, seppure si possa leggere questa storia in un quadro di dominanza del monismo, essa consiste, a ben vedere, di *una sequenza di discontinuità*. E, non a caso, la storiografia — in particolare qui penso agli studi sul Novecento di Cristiano Paixão — ha colto il rilievo delle *transizioni* e delle *crisi*, della molteplicità e della convivenza dei *regimi di storicità*, come chiavi per comprendere la storia costituzionale brasiliana ⁽¹⁵⁾. Sono tali complessi passaggi, immersi in un tempo a forte connotazione

São Paulo, Instituto Vladimir Herzog, 2013; *Estado novo. 80 anos arquivos e histórias*, volume monografico della rivista « Acervo: Revista do Arquivo Nacional », 30 (2017).

⁽¹³⁾ Penso ad esempio ai lavori di J.R. DE LIMA LOPES, *O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista*, São Paulo, Saraiva, 2010; W. GUANDALINI, *História do direito administrativo brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2016; ID., *O Poder Moderador: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional no século XIX*, Curitiba, Prismas, 2016; C. LYNCH, *Da monarquia à oligarquia: história institucional é pensamento político brasileiro*, São Paulo, Alameda, 2014; ID., *Necessidade, contingência e contrafactualidade: a queda do Império reconsiderada*, in « Topoi. Revista de História », 19 (2018), 38, pp. 190-216; A. CERQUEIRA-LEITE SEELAENDER, *O Direito Administrativo e a Expansão do Estado na Primeira República: Notas preliminares a uma história da doutrina administrativa no Brasil*, in « Revista do IHGB », 2021, 485, pp. 165-202; D. NUNES, L. LACCHÊ, *Constitutional experiences in the Brazilian Legal History*, in « Giornale di storia costituzionale », 40 (2020), 2, pp. 5-17 e gli altri saggi raccolti in tale numero dedicato a *Brazilian Constitutional History: Itineraries, Experiences and Models*.

⁽¹⁴⁾ COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 100.

⁽¹⁵⁾ C. PAIXÃO, *Tempo presente e regimes de historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito*, in *As formas do direito. Ordem, razão e decisão*, organizzatore R.M. Fonseca, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 77-87; ID., *Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985)*, in « História do Direito », 1 (2020), 1, p. 227-241; ID., *Tempo, memória e escrita: perspectivas para a história constitucional*, in *Os tempos do direito: diacronias, crise e historicidade*, organizzatori A. Martins et al., São Paulo, Max Limonad, 2020, pp. 17-29; C. PAIXÃO, C. PAIVA CARVALHO, *O conceito de crise constitucional: esboço, delimitação e sua aplicação à história do Brasil República*, in *História do direito: entre rupturas, crises e discontinui-*

attributiva ⁽¹⁶⁾, più che l'aprioristico filo rosso del *nation building*, che permettono di leggere il senso della sequenza di discontinuità.

In tutto ciò le dinamiche del pluralismo rappresentano un fattore importante. Nel seguito vorrei cercare di comprendere più nello specifico alcuni tratti peculiari che al riguardo sono rinvenibili nell'esperienza brasiliana.

3.1. *Il problema dello spazio presupposto.*

Una delle variabili che costituiscono, per dirla con le parole di Ricardo Fonseca, la « condizione di comprensione della cultura giuridica brasiliana » in età contemporanea ⁽¹⁷⁾, è rappresentata, a mio avviso, dall'idea di spazio che è presupposta nelle operazioni che giuristi e legislatori hanno effettuato sul diritto, sia che si sia trattato di discutere o elaborare categorie e concetti o di definire norme giuridiche, disegnare istituzioni e di compiere scelte di politica del diritto. Interrogarsi su questa idea retrostante mi pare utile, posto che c'è una tensione continua tra lo spazio vissuto e

dades, organizadores A. Wehling *et al.*, Belo Horizonte, Arraes Editora, 2018, pp. 184-204; C. PAIXÃO, M. MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process in Brazil: concepts, themes, problems*, in « Giornale di storia costituzionale », 40 (2020), 2, pp. 29-54. Si vedano inoltre D.A. ROCHA PINHEIRO, *Taking Transitional Justice Carefully: Multi-temporalities, Care and Inclusion in Times of Transition*, in *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*, edited by C. Paixão, M. Meccarelli, Cham, Springer, 2021, pp. 279-294; C. PAIVA CARVALHO, *Transition to democracy and the Brazilian presidential system post-1946: the relationship between institutional design and political instability*, in *Innovation and transition in Law. Experiences and theoretical settings*, edited by M. Meccarelli *et al.*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 225-246; A. KOERNER, *Strained politics in democracy and its implications for the research on law, politics, and the Judiciary in Brazil*, in « Giornale di storia costituzionale », 2020, 40, pp. 277-294; R. PEIXOTO DE PAULA MARQUES, *Poder constituinte e mudança constitucional na transição brasileira para a democracia (1945-1946)*, in *Governo Vargas: um projeto de nação*, organizadores A. Barbosa Fraga *et al.*, Rio de Janeiro, 7Letras, 2020, pp. 109-130; G. FAUSTINO SANTOS, *The city of Rio de Janeiro and Spanish flu: law in emergency and authoritarian administrative discourse*, in « Le Carte e la Storia », 2021, 1, pp. 88-99.

⁽¹⁶⁾ M. MECCARELLI, *I tempi ascrittivi tra esperienza giuridica e ricerca storica*, in « Le Carte e la Storia », 2018, 2, pp. 18-25.

⁽¹⁷⁾ R.M. FONSECA, *Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 35 (2006), p. 346.

quello immaginato ⁽¹⁸⁾ e, ciò, tanto più per il XIX secolo, quando si tratta di promuovere e costruire lo Stato nazione.

Alcuni anni fa mi sono esercitato sul problema ⁽¹⁹⁾, individuando tre tipologie. Le riprendo in esame sinteticamente qui nel seguito.

Una era quella dello *spazio dato*, che riscontravo in certe elaborazioni concettuali della dottrina medievale. In quel mondo, infatti, lo spazio di riferimento del diritto era una risultanza oggettiva; scaturiva dalla realtà dei fatti sociali e, come tale, contribuiva all'opera di determinazione delle categorie giuridiche ordinanti, che erano, in quella peculiare visione del diritto, sempre categorie da riconoscere, piuttosto che un prodotto originale della volontà dell'uomo. Secondo questa sensibilità culturale lo spazio è un luogo di accadimento del diritto. Le figure giuridiche reicentriche, l'idea tomistica dell'*ordo* da *intelligere* ⁽²⁰⁾, concetti come *iurisdictio*, *potestas statuendi*, sono esempi di costruzioni concepite sul presupposto dello spazio dato.

Un'altra tipologia era quella dello *spazio possibile*; essa a mio avviso ha ispirato alcune riflessioni del pensiero giuridico in età moderna applicate al Nuovo mondo, come nel caso della tarda scolastica spagnola. Per tali teologi-giuristi, le regioni da poco scoperte costituivano un potenziale di espansione dell'ordine giuridico europeo. Si trattava, però, di un territorio ancora ignoto, nel senso che, pur potendosene riconoscere l'esistenza, se ne ignoravano ancora le caratteristiche (geografiche, politiche, sociali, economiche). Chi si interrogava sulle implicazioni giuridiche della novità,

⁽¹⁸⁾ P. COSTA, *A 'spatial turn' for legal history? A tentative assessment*, in *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, edited by M. Meccarelli, M.J. Solla Sastre, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 27-62.

⁽¹⁹⁾ M. MECCARELLI, *The Assumed Space: Pre-reflective Spatiality and Doctrinal Configurations in Juridical Experience*, in « *Rechtsgeschichte* », 23 (2015), pp. 241-252; e più recentemente ID., *The Possibility of the New World. Social Cohesion, Legal Order and the Invention of Rights in Iberian Scholastic Thought*, in *Empire, Humanism and Rights. Collected Essays on Francisco de Vitoria*, edited by J.M. Beneyto, Cham, Springer, 2021, pp. 145-156.

⁽²⁰⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., in partic. pp. 82-84 e 135-144; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 33-42.

vedeva questo come uno spazio in cui il diritto poteva andare, prima ancora che un luogo in cui il diritto poteva essere. Secondo un simile approccio, determinante era la domanda su come il diritto europeo, cioè lo *ius commune* dei cristiani, potesse essere esportato nello spazio possibile; da essa scaturivano molte conseguenze innovative. Si pensi alla teoria dello *ius peregrinandi* e dello *ius communicationis*, che sta alla base della emersione dell'idea di diritti individuali.

Una terza tipologia di spazio presupposto era quella dello *spazio deciso*; ne riscontravo la presenza nel discorso coloniale ottocentesco e della prima metà del Novecento. Qui, infatti, il diritto nasce come conseguenza della manifestazione di una volontà politica, che decide quale sia l'ambito territoriale di espressione della propria sovranità. Le politiche di espansione coloniale, penso in particolare a quelle relative all'Africa e di costruzione dei caratteri del diritto coloniale (le istituzioni di governo, le configurazioni giurisdizionali, gli *status* soggettivi, i regimi del diritto nelle sue diverse tipologie) si basano su questa idea della sovranità, che decide e, quindi, determina lo spazio che gli è proprio.

Seppure abbiano sostenuto certe importanti svolte giuridiche, si tratta, a ben vedere, solo di tre esempi che possiamo ricavare guardando all'esperienza europea. L'idea di spazio presupposto può aver senz'altro conosciuto anche altre declinazioni.

Proviamo a trasferire la nostra chiave di lettura sul Brasile dei secoli XIX e XX; le peculiarità di quella esperienza ci inducono a individuare una diversa precomprensione, che identificherei nell'idea di uno *spazio eccedente*. Essa si è prodotta in un contesto orientato programmaticamente alla affermazione di un soggetto politico unitario, di uno Stato, di una Nazione, che volevano essere del tutto affrancati dalla loro origine coloniale; proprio per tale ragione, il problema della pluralità qui si pone in modo diverso, rispetto a quanto non sia nei contesti europei ⁽²¹⁾, pure impegnati nella promozione e nella costruzione dello Stato nazione.

(21) In questo senso si veda quanto afferma riguardo alla funzione del diritto amministrativo GUANDALINI, *História do direito administrativo*, cit.

3.2. *Lo spazio eccedente nell'esperienza giuridica brasiliana.*

Il Brasile nasce come entità indipendente, con dei confini già relativamente consolidati. Certo, non mancano le controversie territoriali con gli Stati vicini, come segnalano il conflitto con il Paraguay o i timori di una invasione argentina da sud (22). Tuttavia la mia impressione è che la precomprensione dello spazio in Brasile abbia risentito soprattutto di uno sguardo verso l'interno, più che dei problemi con l'esterno. Voglio dire che il problema peculiare per quel giovane Stato è che proprio *al suo interno* conosceva *spazi altri*, che non erano sotto il controllo del proprio sistema istituzionale. All'interno di quel territorio vi era, cioè, un'*eccedenza di spazio* che non si poteva o non si voleva integrare del tutto in quello statale. Più che di un problema irrisolto, si trattava di un elemento caratterizzante, di un *tratto originario* da cui non si poteva prescindere, nel pensare le soluzioni giuridiche. La mia tesi, come tenterò di dimostrare, è che ciò abbia agito come fattore di condizionamento nella pianificazione delle politiche legislative, negli svolgimenti della scienza giuridica, nel modo di guardare al diritto straniero, ecc. E, in tal modo, esso ha caratterizzato anche il modo di considerare il problema della pluralità.

Nel seguito vorrei affidarmi ai risultati della storiografia giuridica brasiliana, per individuare alcuni esempi di dinamiche pluralistiche, combinate con il problema di eccedenza dello spazio. In particolare, vorrei accennare a cinque vicende: la colonizzazione delle regioni del sud-est e del sud del Paese; la realtà dei *quilombos*; la questione delle comunità indigene; il retaggio della schiavitù; il problema dei movimenti sociali. Esse ci mostrano tre dinamiche diverse di spazializzazione del fattore pluralità: nel primo caso si combina con la sovranità; nel secondo caso vi si sottrae; negli altri tre casi viene escluso dallo spazio sociale e politico statali.

Quanto al primo esempio, penso in particolare ai territori di Santa Catarina, Paraná o Rio Grande do Sul, che conoscono tra Otto

(22) J. PEREIRA FURTADO, *A Guerra do Paraguai (1864-1870)*, São Paulo, Saraiva, 2000; A. DAL RI JR., *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la "gran naturalización" de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945)*, in *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, edición de M. Meccarelli, P. Palchetti, Madrid, Dykinson, 2015, p. 109.

e Novecento una vera e propria colonizzazione, da parte di immigrati provenienti dall'Europa centrale e meridionale, sostenuta da una politica volta a favorire uno 'sbiancamento' della società brasiliana (23). Tale immigrazione dette vita ad un profondo mutamento della regione, spesso ai danni delle comunità indigene, quanto ad organizzazione sociale e a divisione della terra. Le città fondate dagli immigrati si presentano con caratteristiche di autoorganizzazione, rafforzata dall'uso, oltre che di costumi propri, anche della lingua di origine. Bastino questi rapidissimi cenni per sottolineare che il fenomeno da un lato è potenzialmente strumentale ad una strategia volta a rendere effettiva e dunque ad *estendere la sovranità statale*, ma, curiosamente e significativamente, ha implicato la costruzione di uno spazio multinormativo.

Viene, infatti, a formarsi un ambito normativamente complesso e non necessariamente sistematizzabile, in cui il diritto della comunità, si basa su regole proprie, ma deve necessariamente costruirsi e rinnovarsi nel contesto in cui si inserisce. Come si configura il processo che dà origine a tali ordinamenti giuridici locali? In che misura il fenomeno è il risultato di un progetto deliberato dello Stato brasiliano? Oppure è un fenomeno solo tollerato? Quali strategie hanno assunto le istituzioni statali nell'interagire con le realtà autonome? I singoli problemi giuridici che ruotano intorno alla vicenda sono diversi e molto interessanti per il nostro tema: penso ai regimi della cittadinanza (c'è una complessa questione di naturalizzazioni 'spontanee o imposte' o negate (24)); penso a forme di amministrazione; penso ai rapporti, in termini di interlegalità, tra le norme

(23) DAL RI, *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil*, cit., pp. 110-112. L. MEDEIROS DE MENEZES, *A imigração europeia como passaporte para o progresso e a civilização no Brasil do século XIX*, in *Ideas, intelectuales y paradigmas en América Latina (1850-2000)*, coordinadores H. Cancino, R. de la Mora, Veracruz, Universidad Veracruzana Lomas del Estadio, 2007, pp. 396-414.

(24) DAL RI, *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil*, cit., pp. 107-144; M.P. GUERRA, *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: o constitucionalismo brasileiro na Primeira República*, Curitiba, Editora Prismas, 2015, pp. 53-66. Il tema dell'immigrazione in paesi come il Brasile è molto rilevante anche in una prospettiva europea; infatti appare complementare al grande dibattito sull'emigrazione che pure impegna giuristi e legislatori del Vecchio Continente tra Otto e Novecento. Cfr. G. CAZZETTA, *Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34 (2004/2005); Id., *Patria*

locali e quelle nazionali; penso anche ai regimi giuridici di occupazione e appropriazione della terra.

Dal nostro punto di vista assistiamo ad un fenomeno di rafforzamento dello Stato all'interno del suo territorio, ottenuto attraverso la leva del pluralismo, poiché consiste essenzialmente in una sostituzione di uno spazio di pluralità (quello delle comunità indigene), che appare non riconducibile alla sovranità statale, con un nuovo spazio di pluralità (quello dei coloni a cui è consentito di auto-organizzarsi) complementare ad essa. Dunque, non si tratta solo di un tema di storia regionale; esso riguarda la stessa storia del *nation building* in Brasile.

Il secondo esempio di spazialità eccedente riguarda i *Quilombos* ⁽²⁵⁾. È un fenomeno che ci mostra una dinamica nella quale la pluralità si rapporta con la sovranità dello Stato in modo diverso da quello appena esaminato. I *quilombos*, infatti, sono insediamenti fondati da schiavi che, fuggiti dai padroni, si auto-organizzano come comunità (*quilombolas*) occupando porzioni di territorio localizzate. Per il nostro tema ciò rappresenta la realtà di uno spazio che, di fatto, si sottrae alla giurisdizione statale, auto-costruendosi come spazio autonomo. Il fenomeno è di lungo periodo poiché inizia profilarsi fin dal XVIII secolo e permane per tutti i secoli successivi, quelli dell'indipendenza del Brasile e della sua costruzione come Stato, e perdura fino ai giorni nostri ⁽²⁶⁾. Esso lega le sue origini e i

senza territorio? *Emigrazione e retorica dello Stato-nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, Jovene, 2014, vol. 3, pp. 145-161; *Um Passaporte para a Terra Prometida*, coordenadores F. de Sousa, et al., Porto, Fronteira do Caos, 2011; D. FREDA, *Governare i migranti. La legge sull'emigrazione del 1901 e la giurisprudenza del Tribunale di Napoli*, Torino, Giappichelli, 2017; E. AUGUSTI, *Migrare come abitare. Una storia del diritto internazionale in Europa tra il XVI e il XIX secolo*, Torino, Giappichelli, 2022, in partic. pp. 131-182.

⁽²⁵⁾ Su questo tema si veda il recente studio di D. NUNES, V. SANTOS, *Towards a history of the legal concept of quilombo in Brazil (18th and 20th century)*, in « Ivs Fvgit », 24 (2021), pp. 189-209.

⁽²⁶⁾ Per un quadro sulle *quilombolas* ancora esistenti si vedano: J.M. ARRUTI, C. CRUZ et al., *O impacto da Covid-19 sobre as comunidades quilombolas. Informativos Desigualdades Raciais e Covid-19*, in « AFRO-CEBRAP », 6 (2021); INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), *Base de Informações Geográficas e Estatísticas sobre os indígenas e quilombolas para enfrentamento à Covid-19: Notas Técnicas*, Rio de Janeiro, IBGE, 2020.

propri svolgimenti ad un insuperabile originario tratto schiavista e alla connessa difficoltà di costruire una realtà giuridica effettivamente a soggetto unico di diritto. I *quilombos* sono esistiti come spazi di fatto sottratti alla giurisdizione dello Stato, fino alla Costituzione brasiliana del 1988, quando essa ha riconosciuto le *quilombolas* come soggetti collettivi e gli ha attribuito il titolo di proprietà sulle terretoricamente occupate. E non è l'ultimo capitolo di questa storia. Ancora oggi, nonostante il riconoscimento costituzionale, è ancora attuale il problema della loro piena integrazione nel tessuto istituzionale e sociale nazionale (27).

Le domande aperte su tale fenomeno sono molte. Come è stato osservato (28), sappiamo ancora poco delle caratteristiche giuridiche con cui si configura il rapporto tra Stato e *quilombos*. Posto che è un rapporto che *non tende a favorire una integrazione*, possiamo chiederci se e quale sia stata la condizione giuridica (sia in termini di riconoscimento, di accettazione tacita, di repressione) di tali spazi che si sono sottratti alla giurisdizione. Che tipo di autonomia hanno rappresentato? Quali regimi di 'cittadinanza' vi sono corrisposti? Quale statuto giuridico hanno avuto le terre dei *quilombos*? Sarebbe anche interessante sapere in che modo emerge e si afferma, sia in termini di *agency* collettiva, che di costruzione delle soluzioni giuridiche, la questione dei *quilombos* e delle *quilombolas* nel dibattito costituente della fine degli anni Ottanta del Novecento.

Veniamo ora ad un terzo esempio di eccedenza spaziale, quello relativo alla vicenda delle comunità indigene, che offre una angolazione molto originale per osservare la storia giuridica del Brasile contemporaneo. Il problema già emergeva in negativo dal primo esempio che abbiamo fatto, quello della colonizzazione del sud,

(27) Cfr. NUNES, SANTOS, *Towards a history of the legal concept of quilombo*, cit., pp. 199-201; A. MARTINS, L. MIZUTANI, *La noción de minoría en las decisiones judiciales durante la transición democrática brasileña (1988-2010)*, in *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, a cura di M. Meccarelli, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 121-148; A.C. WOLKMER, C.F. MARÉS, M.C. VIDOTTE BLANCO TARREGA, *Os direitos territoriais quilombolas*, Goiânia, PUC Goiás, 2017; J.M. ARRUTI, T. HELD, C. CRUZ, *Quilombos, desdemocratização e pandemia*, in *Novas direitas e genocídio no Brasil: pandemias e pandemônio*, organizzadores C. Brandão Augusto et al., São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2021, vol. II, pp. 320-335.

(28) NUNES, SANTOS, *Towards a history of the legal concept of quilombo*, cit., p. 192.

dove il pluralismo prodotto dal fenomeno migratorio si sostituiva a quello preesistente. Il problema però riguarda l'intero Paese, ed è di più lungo periodo, attingendo le sue origini, com'è evidente, dalla colonizzazione portoghese. Mentre conosciamo abbastanza il suo inquadramento nel pensiero giuridico nell'età moderna — che andava nel senso di prevedere una inclusione di questo fattore di pluralismo, entro l'ordine corporativo europeo in una posizione corrispondente a quella dei *miserabiles* o dei minori ⁽²⁹⁾ — una vera e propria storia giuridica dei rapporti tra comunità indigene e istituzioni dello Stato nel Brasile contemporaneo ancora manca.

Le ricerche sulla fase della dittatura e sulla giustizia di transizione ⁽³⁰⁾ mostrano che il problema dell'alterità indigena non è stato risolto e, per molti aspetti, permane ancora oggi, nello stesso Stato democratico, nonostante le norme della Costituzione abbiano previsto un pieno riconoscimento dei diritti delle comunità indigene alla propria cultura e al rapporto con la terra. Ebbene, pur in un tale contesto si è verificato, per usare le parole di Juliana Neuenschwander, « il paradosso dell'inclusione dell'esclusione degli indigeni » ⁽³¹⁾. Infatti, sono emerse resistenze ad una piena applicazione

⁽²⁹⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión*, in « Forum Historiae Iuris », 18 agosto 2014; ID., *A formação do conceito de direitos humanos*, Curitiba, Juruá, 2013. Si vedano inoltre, fra gli altri, T. DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit: Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008; L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 191-263.

⁽³⁰⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Diversidade Cultural e Justiça de Transição*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 44 (2015), pp. 1137-1166; MARTINS, MIZUTANI, *La noción de minoría en las decisiones judiciales*, cit.; A. DEMETRIO, K. KOZICKI, *A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil*, in « Direito e Práxis », 10 (2019), 1, pp. 129-169; R. LAMERA GUESTA CABRAL, V.L. DANTAS DE MORAIS, *Os povos indígenas brasileiros na ditadura militar: Tensões sobre desenvolvimento e violação de direitos humanos*, in « Direito e desenvolvimento », 11 (2020), 1, pp. 106-122.

⁽³¹⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Political Transition, Continuities and Permanences: The Rights of Indigenous Peoples and Political Transition in Brazil*, in *Comparing Transitions to Democracy*, cit., pp. 31-48, in partic. pp. 44-47. Si vedano anche ID., *Los límites del multiculturalismo*, cit.; C. PAIXÃO, *Práticas desconstituintes no Brasil contemporâneo: o etnocídio dos povos indígenas*, in « Jornal GGN », 23 fevereiro 2022. Per una prospettiva su questi problemi nei Paesi ex coloniali di tradizione di *common law* si veda R. VOLANTE, *La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 45 (2016), pp. 717-748, in partic. pp. 746-748.

delle tutele giuridiche previste dalle norme costituzionali; soluzioni giurisprudenziali hanno implicato una esclusione delle comunità indigene dalla giustizia di transizione e dunque un effettivo accesso alle restituzioni. Il problema però è anche rappresentato dal fatto che l'approccio alla tutela giuridica è stato concepito sulla base degli standard culturali e antropologici occidentali (soggetto di diritto, diritti individuali, diritti umani, ecc.). La cosiddetta 'inclusione sociale' che certe misure hanno promosso, in realtà ha avuto l'effetto di costringere le comunità indigene ad un processo di omogeneizzazione forzata, in una condizione di cittadinanza, che poco corrisponde alla visione e alle aspettative di tutela giuridica di quelle culture indigene ⁽³²⁾. Ciò, nella nostra prospettiva, è il segnale di una realtà di pluralismo che non è stata integrata o non è risultata integrabile nello spazio-tempo dello Stato, sia nel senso territoriale che nel senso culturale, antropologico e, quindi, sociale ⁽³³⁾.

La vicenda dei *quilombos* e la questione indigena ci segnalano che l'eccedenza spaziale presupposta è da riferirsi anche alla *dimensione sociale* oltre che a quella territoriale. Consideriamo, allora, ancora due esempi in tale direzione: il retaggio della schiavitù e l'azione dei movimenti sociali nello spazio politico.

È significativo ad esempio riscontrare che, in materia penale, il « facto da escravidão » ⁽³⁴⁾ venisse inquadrato attraverso un *doppio livello di legalità*, ossia ricorrendo a quel regime normativo speciale ⁽³⁵⁾, che permetteva di far convivere una legislazione ispirata ai

⁽³²⁾ NEUENSCHWANDER, *Political Transition, Continuities and Permanences*, cit., p. 47, che riprende gli studi antropologici di E. VIVEIROS DE CASTRO, *A inconstância da alma selvagem*, São Paulo, Cosac Naif, 2014; ID., *Alguma coisa vai ter que acontecer*, in A. KRENAK, *Encontros*, Rio de Janeiro, Azougue, 2015, pp. 8-19.

⁽³³⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *La costruzione giuridica della diversità. Per un dialogo tra antropologia e diritto a partire dal prospettivismo multinaturalista*, in *Diversità e discorso giuridico*, cit., pp. 41-74.

⁽³⁴⁾ R. SONTAG, « *Exceção única á civilização cristã* »: o problema dos açoites na literatura jurídico-penal brasileira (1824-1886), in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 49 (2020), pp. 375-427 (la citazione è a p. 412); ID., « *Black code* »? *The exceptional legal regime of slave control in Brazil (1830-1888)*, in « *Ivs Fvgit* », 24 (2021), pp. 109-145.

⁽³⁵⁾ Ricardo Sontag nel saggio sopracitato mostra l'applicabilità anche per le vicende brasiliane della categoria del doppio livello di legalità, che venne introdotta, in

principi liberali di garanzia, con quella orientata a fronteggiare la pericolosità sociale e a combattere il nemico della società; lo schiavo rientrava, appunto, nelle due ultime tipologie. Va poi osservato, che l'ombra della tradizione schiavista si estende anche ai decenni successivi alla sua abolizione (per altro giunta solo nel 1888), seppure dietro lo schermo del principio di uguaglianza formale. Lo mettono in evidenza gli studi sugli schiavi liberati svolti da Beatriz Mamigonian ⁽³⁶⁾ e quelli sulla codificazione civile. Fonseca al riguardo ha spiegato che « la formazione culturale del diritto privato brasiliano, non può essere disgiunta dai solchi profondi lasciati dalla società agraria schiavista e conservatrice » e che la modernizzazione del diritto privato venne attuata in sostanza riproducendo, sotto nuova veste « le ingiuste strutture sociali e politiche » della fase precedente ⁽³⁷⁾. Il problema della schiavitù, dunque, permane, riflettendosi sui momenti organizzativi della società e dei poteri, relegando la popolazione nera in una condizione di marginalità sociale e dando vita a problemi nuovi come quelli dell'integrazione razziale ⁽³⁸⁾. Significativo è constatare un occultamento della questione, sul piano giuridico, anche in fasi relativamente recenti, come nella stessa vicenda della giustizia di transizione alla fine degli anni

riferimento alla storia penale italiana, da M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 592-597. Si vedano su questo anche F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36 (2007), pp. 697-742; L. LACCHE, « *Alzate l'architrave, carpentieri* ». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto e Novecento*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 183-205.

⁽³⁶⁾ B. MAMIGONIAN, *Africanos Livres. A Abolição do Tráfico de Escravos Para o Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2017. Si vedano anche i contributi di autori diversi raccolti nel numero della rivista « Brésil(s). Sciences humaines et sociales », 11 (2017), dedicato al tema dell'*Esclavage contemporain*.

⁽³⁷⁾ R.M. FONSECA, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 33/34 (2004/05), pp. 963-983 (la citazione è a p. 983). In questo senso anche A. KOERNER, *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira (1841-1920)*, Curitiba, Juruá, 2010, p. 78. Sui profili legati al problema del possesso e della proprietà si veda S. SAID STAUT JR., *Posse e dimensão jurídica no Brasil*, Curitiba, Juruá, 2015.

⁽³⁸⁾ Il razzismo è considerato, ancora oggi, un problema strutturale nella società brasiliana. Su questo si veda più di recente S.L. DE ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, São Paulo, Pólen Livros, 2019.

Ottanta. Gli studi svolti in materia da Cristiano Paixão⁽³⁹⁾ hanno messo in evidenza come, in quel passaggio, cruciale per fondare la nuova coesione sociale nel Brasile democratico, il problema della repressione del movimento nero non abbia trovato una sua evidenza specifica e non abbia acquisito la visibilità sociale che avrebbe dovuto e potuto avere.

Un ultimo esempio di eccedenza emerge poi nello spazio politico con riferimento ai *movimenti sociali*. Sappiamo già che la storia costituzionale dell'Otto-Novecento è la storia di un impegnativo confronto tra Stato e società; la sintesi ottocentesca rappresentata dallo 'Stato di diritto' non ha più funzionato di fronte al mutamento sociale, caratterizzato dall'emersione di soggetti collettivi, portatori di interessi diffusi e capaci di esprimere un programma politico. Il Brasile non è estraneo a questa vicenda; anzi, qui essa è, in un certo senso, aggravata dal fatto che si innesta in un processo di costruzione delle istituzioni statali ancora alla ricerca di un consolidamento. Nella complessa fase, segnata da crisi ricorrenti, oltre che da una ricorsività del discorso sulla crisi nel dibattito giuspubblicistico⁽⁴⁰⁾, si pone la questione di fronteggiare movimenti sociali o gruppi politici che, proprio per la visione della società di cui sono portatori, costituiscono una minaccia all'ordine costituito.

Ciò accade ad esempio, similmente a quanto succede in Europa⁽⁴¹⁾, in relazione alle organizzazioni anarchiche e socialiste sia durante la Prima Repubblica, che, negli anni Trenta, durante l'era Vargas. La strategia repressiva è orientata a creare meccanismi di esclusione contro coloro che erano percepiti come nemici della società: si va dalla pratica della proclamazione dello stato di asse-

⁽³⁹⁾ C. PAIXÃO, "Where the Silences Are Mute": *Political Transition, State Violence and the Racial Question in Contemporary Brazil*, in *Comparing Transitions to Democracy*, cit., pp. 11-29.

⁽⁴⁰⁾ PAIXÃO, PAIVA, *O conceito de crise constitucional*, cit., pp. 193-203; PAIXÃO, MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process*, cit., pp. 36-38.

⁽⁴¹⁾ Si permetta di rinviare a M. MECCARELLI, *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao *et al.*, Macerata, Eum, 2012, pp. 465-487.

dio ⁽⁴²⁾, all'emanazione di misure repressive speciali ⁽⁴³⁾, all'applicazione di provvedimenti di espulsione dalla comunità ⁽⁴⁴⁾, o, come nel caso degli stranieri, alla espulsione dai confini dello Stato ⁽⁴⁵⁾.

Infatti, in Brasile la mobilitazione sociale e politica, il conflitto sociale — nella sua dimensione spontaneistica di evento non riconducibile a dinamiche di istituzionalizzazione — e, in particolare, gli scioperi, hanno giocato un ruolo importante nell'innescare di momenti costituenti, tanto che ciò è considerato un tratto permanente nella storia costituzionale brasiliana del Novecento ⁽⁴⁶⁾. Eppure, in quanto « *experiência limite* » ⁽⁴⁷⁾, hanno continuato a rappresentare uno spazio politico eccedente quello costituzionalmente disegnato. Dinamiche di esclusione di movimenti sociali da quest'ultimo sono,

⁽⁴²⁾ C. LYNCH, C. PEREIRA DE SOUZA NETO, *O Constitucionalismo da Inefetividade: a Constituição de 1891 no Cativoiro do Estado de Sítio*, in « *Quaestio Iuris* », 5 (2012), 2, pp. 85-136; A.S. TOSSIGE GOMES, A. SOARES DE MOURA COSTA MATOS, *O estado de exceção no Brasil republicano*, in « *Direito & Práxis* », 8 (2017), 3, pp. 1760-1787; PAIXÃO, MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process*, cit., pp. 41-43.

⁽⁴³⁾ Mi riferisco in particolare alla emanazione della *Lei de segurança nacional* e alla creazione del relativo *Tribunal de segurança nacional*. Cfr. R. PEIXOTO DE PAULA MARQUES, *Repressão política e usos da Constituição no Governo Vargas (1934-1937)*, Curitiba, Editora Prismas, 2016; Id., *Cortes de exceção e emergência constitucional: o debate sobre o Tribunal de Segurança Nacional*, in « *Latin American Human Rights Studies* », 2021, 1, pp. 1-34; D. NUNES, *Legislação penal e repressão política no estado novo: uma análise a partir de julgamentos do Tribunal de Segurança Nacional (1936-1945)*, in « *Acervo: Revista do Arquivo Nacional* », 30 (2017), pp. 126-143; D. NUNES, R. SONTAG, *The Restless National Security Acts: The Absence of Crimes Against National Security in the 1940 Brazilian Penal Code*, in *Ideology and Criminal Law: Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes*, edited by Stephen Skinner, London, Bloomsbury, 2019, pp. 321-344.

⁽⁴⁴⁾ R. SONTAG, *História de uma « situação extra-constitucional »: o banimento entre direito e política no Brasil (1824-1934)*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 47 (2018), pp. 469-505.

⁽⁴⁵⁾ GUERRA, *Anarquistas*, cit., pp. 67-107; D. NUNES, *Espulsione ed estradizione come mezzi di rafforzamento del penale in Brasile dall'Impero alla Repubblica*, in « *Italian Review of Legal History* », 5 (2019), pp. 526-557.

⁽⁴⁶⁾ C. PAIXÃO, *História do direito no Brasil republicano: a greve como chave de leitura*, in *Historia do direito privado. Olhares diacrônicos*, organizzadores G. Silveira Siqueira, R.M. Fonseca, Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 188-199. Si veda anche G. SILVEIRA SIQUEIRA, *História do direito pelos movimentos sociais. Cidadania, experiência e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil 1906)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013; Id., *História do direito de greve no Brasil (1890-1946)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017; KOERNER, *Strained politics in democracy*, cit., pp. 287-291.

⁽⁴⁷⁾ PAIXÃO, *História do direito no Brasil republicano*, cit., p. 193.

per altro, riscontrabili anche nella stessa fase di transizione alla democrazia alla fine degli anni Ottanta del Novecento ⁽⁴⁸⁾, nonostante l'autentica apertura al pluralismo per l'esercizio dei diritti politici.

Gli esempi illustrati, si tratti delle comunità indigene, degli schiavi che si sottraggono al giogo del padrone e fondano comunità autonome, dei soggetti politici incompatibili con l'ordine costituito, dei movimenti sociali che restano sempre in parte fuori dalla dimensione politica con cui interagiscono, ci segnalano dinamiche pluralistiche che non tendono ad integrarsi nel processo di costruzione dello Stato brasiliano. In questi casi è come se il progetto di uno Stato per la nazione abbia riconosciuto la pluralità, per favorire il consolidarsi di una società divisa, segmentata al suo interno; è stato un percorso che ha valorizzato il pluralismo, operando una selettività sul piano sociale, determinando processi di esclusione e occultamento ⁽⁴⁹⁾.

Più in generale, nel loro complesso, gli esempi fin ora forniti mostrano come il fattore 'pluralità' funzioni da *reagente* (seppure con i diversi effetti di sostegno, sottrazione ed esclusione) nel processo di edificazione della sovranità dello Stato; essi ci mostrano situazioni di complessità sociale e territoriale che, solo nella misura in cui restino eccedenti rispetto al circuito istituzionale dello Stato, ne possono facilitare la costruzione e il consolidamento.

Ci sarebbero altri temi ancora che potrebbero essere affrontati assumendo la chiave di lettura che suggeriamo. Penso, ad esempio, alla storia giuridica del federalismo in Brasile. Alla luce di quanto abbiamo visto, emerge come gli Stati federali che compongono il complesso *patchwork* brasiliano non siano affatto ambiti territoriali omogenei. Sarebbe, dunque, interessante indagare eventuali nessi tra la persistenza del problema della pluralità come spazio eccedente e la costruzione federale dello Stato.

⁽⁴⁸⁾ M.P. GUERRA, *Unemployed People in Street Protests: Theories of Political Transitions and the Limits of the Brazilian Democratization*, in *Comparing Transitions to Democracy*, cit., pp. 49-71. Le istituzioni preposte alla soluzione dei conflitti sociali sembrano aver mantenuto fino ad oggi una « memoria repressiva » nell'affrontare i problemi dei conflitti sociali. PAIXÃO, MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process*, cit., p. 46.

⁽⁴⁹⁾ Per una riflessione sui *blind spot* che tendono a invisibilizzare minoranze e soggetti vulnerabili nel costituzionalismo occidentale e con riferimento al Brasile, si veda D.A. ROCHA PINHEIRO, *Optical constitutionalism*, in « LawArt », 3 (2022), pp. 121-140.

In questa sede però possiamo limitarci a concludere che i fenomeni descritti sono ciascuno di particolare interesse e la loro traiettoria storico-giuridica è meritevole di essere indagata a fondo. Sarebbe però utile anche tentarne una lettura sinottica o integrata; si tratterebbe di guadagnare, tramite la considerazione delle diverse esperienze di pluralismo, un punto di vista originale sui profili di condizionamento che hanno connotato la storia costituzionale brasiliana.

4. *Conclusioni guardando all'Europa.*

Lasciamo ora da parte gli esempi per tornare all'itinerario principale. Alla luce di quanto abbiamo osservato, possiamo confermare che pluralità e pluralismo hanno avuto un ruolo nello svolgersi della traiettoria monistica rappresentata dalla costruzione dello Stato-nazione in Brasile; lo spazio eccedente ne ha costituito il livello di precomprensione.

Che cosa possiamo dire riguardo all'Europa e in particolare all'Italia? C'è stato, seppur in un diverso scenario, un uso strumentale della pluralità vincolato ad un progetto di modernizzazione in senso monistico del sistema giuridico e dello Stato? E come viene affrontato? Si pone anche qui un problema eccedenza spaziale?

In effetti, alcune situazioni che abbiamo visto verificarsi in Brasile sono rinvenibili anche in Europa. Si pensi allo spazio politico e al problema del trattamento del dissenso anarchico e socialista; come già accennavamo, in Italia, in Francia e in altri paesi del Vecchio continente, si è determinata una vicenda simile a quella sopra descritta: pure qui si è trattato di curvare il diritto penale ad una funzione diversa, rivolta a combattere i 'nemici della società' all'interno del territorio statale, tanto da legare il *diritto penale codificato* al regime del doppio livello di legalità. Per tali vicende sembra poter funzionare la chiave di lettura dello spazio eccedente.

Guardando agli svolgimenti del diritto privato il quadro è sensibilmente diverso. Giovanni Cazzetta ha ben evidenziato come «le illusioni del diritto eguale»⁽⁵⁰⁾ annunciate dal primato della legge e dei codici, occultassero un differenziale tra la società astrat-

⁽⁵⁰⁾ G. CAZZETTA, *Contratto e status. Uguaglianza e differenze tra Otto e Novecento*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche*, a cura di L. Solidoro,

tamente immaginata del codice civile e la società reale. Da tale problema di pluralità hanno preso forma le complesse vicende del nascente *diritto sociale* ⁽⁵¹⁾. Lo svolgimento della vicenda è, però, diverso da quello brasiliano; ci sono delle differenze importanti di cui tener conto, a cominciare dal retaggio della mentalità schiavistica, che in Europa non pare rilevare particolarmente nelle vicende interne agli Stati. Inoltre, il tentativo di contenere la questione sociale nelle leggi speciali (e dunque di affrontarla come un problema di eccedenza nel senso fin ora considerato), lascia il campo, nel medio periodo, a soluzioni integrate con importanti trasformazioni nel diritto privato e nel diritto pubblico ⁽⁵²⁾.

Il nostro discorso, tuttavia, non verte tanto nel grado di parallelismo che è possibile individuare tra la vicenda brasiliana e quella europea. Il punto è piuttosto considerare se anche per l'Europa e in particolare per l'Italia, è dato riscontrare una compromissione del fattore 'pluralità' nel progetto monistico. Studi recenti ⁽⁵³⁾ incoraggiano a considerare questa prospettiva, ma anche i lavori degli ultimi decenni ci offrono degli esempi utili a riflettere in tale direzione.

Pensiamo alla vicenda del *diritto giurisprudenziale* nell'età dei codici. In Europa, il processo della applicazione dei codici, e in

Torino, 2019, pp. 85-111 (la citazione è a p. 86); su questa linea fondamentale resta poi il volume di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit.

⁽⁵¹⁾ Al riguardo si vedano, fra gli altri, G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007; ID., *Un processo di formazione: cultura giuridica del lavoro nel Novecento italiano*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 74 (2020), 2, pp. 737-747; GROSSI, « *Il coraggio della moderazione* », cit.; M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato: la Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010; F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 2016 e il volume 46 (2017) dei « Quaderni fiorentini », dedicato al tema *Giuristi e Stato sociale*.

⁽⁵²⁾ G. CAZZETTA, *Entangled histories. Diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*, in « História do Direito », 2 (2021), 2, pp. 117-130; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 139-210; P. COSTA, *Lo Stato sociale come problema storiografico*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 46 (2017), pp. 41-102; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽⁵³⁾ In questo senso si veda il volume 50 (2022) dei « Quaderni fiorentini », dedicato a *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze* e in particolare i contributi nella sezione *Esercizio della sovranità ed esperienze di pluralismo*.

particolare del codice civile, viene affidato ad un protagonismo giurisprudenziale delle Corti supreme⁽⁵⁴⁾; in Italia, come è noto, la strategia è stata di affidare all'attività di cinque Corti regionali di cassazione il compito di rendere assimilabile uno stesso diritto nazionale in contesti territoriali diversi, differenziando la giurisprudenza su scala territoriale. Anche in Germania il *Reichsgericht* ha giocato un ruolo chiave per favorire una *Rechtsharmonisierung* delle diverse aree giuridiche locali, nel nascente diritto nazionale. Il risultato è stato ottenuto, in assenza di un codice unitario, tramite una Corte suprema che procedeva attraverso l'azione autonoma di Sezioni con competenza regionale.

Se poi guardiamo più ampiamente agli studi dedicati alla *Wirkungsgeschichte* dei codici⁽⁵⁵⁾ in essi emerge il dato di una resistenza al cambiamento se non addirittura di una certa 'persistenza' dei diritti formalmente abrogati, nel quadro del diritto codificato vigente. Si pensi, solo per fare due esempi, alle « nuove vite »⁽⁵⁶⁾ conosciute dal dominio diretto, o ai regimi giurisprudenziali di altri istituti introdotti dal *code civil* in materia matrimoniale e successoria⁽⁵⁷⁾. Queste vicende sembrano segnalarci un fenomeno

⁽⁵⁴⁾ Si permetta qui di rinviare ai miei studi in materia, M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, Milano, Giuffrè, 2005 e ID., *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 40 (2011), pp. 721-745.

⁽⁵⁵⁾ Si pensi a S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2017; ID., *Il buon ordine delle private famiglie'. Donazioni e successioni nell'Italia napoleonica*, Napoli, Jovene, 2021; P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, Giappichelli, 2018. Per un inquadramento metodologico aggiornato sulla *Wirkungsgeschichte* dei codici si veda, da ultimo, P. CARONI, *Das Gesetzbuch als Botschaft? Für eine andere Gesetzgebungsgeschichte*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », German. Abt., 139 (2022), pp. 188-236.

⁽⁵⁶⁾ G. PACE GRAVINA, *Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 42 (2013), pp. 436-469; ID., *"In Sicilia per poco non è data la stessa aria in enfiteusi": un istituto delle Leggi Civili del 1819 nella lettura dei giuristi isolani*, in « Historia et ius », 9 (2016), e ora anche, ID., *La terra e il codice: l'Enfiteusi*, Milano, Giuffrè, in corso di stampa (ringrazio l'Autore per l'opportunità di leggere in anteprima il manoscritto).

⁽⁵⁷⁾ SOLIMANO, *Amori in causa*, cit.; ID., *Il buon ordine delle private famiglie'*, cit.

di *pluralismo carsico*, che tende a guadagnare una posizione o, comunque, entra in un processo di ri-significazione, nel nuovo quadro normativo disegnato dallo Stato. E, ancora, guardando alla storia dei codici, il problema della pluralità sembra aver giocato un ruolo rilevante nella impostazione delle *politiche del diritto* per la codificazione⁽⁵⁸⁾, e nei dibattiti sul ‘se’ e sul ‘come’ del suo superamento⁽⁵⁹⁾.

Un ultimo esempio possiamo poi trovarlo se guardiamo la proiezione esterna degli Stati nazione europei. Anche qui abbiamo interessanti esempi di *interferenze* tra fattore ‘pluralità’ e progetto monistico; penso ovviamente al *diritto coloniale* come strumento *ad hoc* per risolvere il problema dell’alterità spazio-temporale, nel progetto di espansione degli Stati sovrani⁽⁶⁰⁾. Mentre il Brasile indipendente fa i conti con lo spazio eccedente nel proprio territorio

(58) Si vedano su questo P. CAPPELLINI, *Alle porte d’Italia: unificazione nazionale e uniformazione giuridica*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Treccani, 2012, pp. 267-276; S. SOLIMANO, ‘Il letto di Procuste’. *Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003; A. SPINOSA, ‘*Civili in diversissimo modo*’ *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell’Italia dell’Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2017; A. CAPPUCCIO, ‘*La toga, uguale per tutti*’. *Potere giudiziario e professioni forensi in Sicilia nella transizione tra Antico Regime e Restaurazione (1812-1814)*, Bologna, il Mulino, 2018.

(59) Si pensi al rilievo che riconosciamo al dibattito sull’interpretazione del diritto tra Otto e Novecento. Dell’ampia storiografia sul tema mi limito qui a ricordare, oltre ai fondamentali contributi di Paolo Grossi, come il volume *Scienza giuridica italiana*, cit., le ricerche raccolte nel ricco numero 40 dei «Quaderni fiorentini», 2011, dedicato a *Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*.

(60) P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34 (2004/2005), pp. 169-257; e nello stesso volume L. NUZZO, *Dal colonialismo al post-colonialismo: tempi e avventure del ‘soggetto indigeno’*, pp. 463-508; ID., *La colonia come eccezione*, in «Rechtsgeschichte», 8 (2006), pp. 52-58; S. MEZZADRA, E. RIGO, *Diritto d’Europa. Una prospettiva postcoloniale sul diritto coloniale*, in *Oltremare. Diritto e istituzioni. Dal colonialismo all’età postcoloniale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, CUEN, 2006, pp. 175-204; G. BASSI, *Il diritto come strumento di politica coloniale nella Libia italiana (1911-1943)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 47 (2018), pp. 207-255; J. SOLLA SASTRE, *El archipiélago de la administración diminuta o el extraño caso de los «filipinos»*, in *En antidora. Homenaje a Bartolomé Claveró*, coordinadores J. Vallejo, S. Martín, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 377-454.

interno, 'colonizzandolo', gli Stati europei sono impegnati in una campagna di conquista e colonizzazione di territori lontani, nel segno dello spazio deciso. Tuttavia, in entrambi i casi si è trattato di usare il pluralismo per dare una prospettiva al monismo giuridico moderno. È a ben vedere un *pluralismo imposto*, che fonda la sua legittimità sulla sovranità dello Stato e, secondo una dinamica verticale piuttosto che dal basso, modifica, snatura o cancella il pluralismo preesistente (qui di nuovo una omologia con la vicenda brasiliana).

Questi rapidi esempi evidenziano che, anche nel campo europeo, la lente del pluralismo può funzionare per una lettura in profondità delle vicende dei secoli XIX e XX.

Se da un punto di vista teorico monismo e pluralismo indicano due modi ben distinti di concepire il diritto e le sue configurazioni sistematiche, da un punto di vista storico il pluralismo diventa spesso un 'registro', utilizzabile per diverse strategie e fini, del tutto compatibile con progetti o macro-tendenze di carattere monistico. È il dato che più conta nella nostra prospettiva. Al di là dei modelli e degli idealtipi, sono le strategie e fini retrostanti a spiegarci come pluralità e pluralismo hanno contribuito a costruire la storia contemporanea, che cerchiamo di comprendere.

PROSPETTIVE

MASSIMO LUCIANI

LA COSTITUZIONE E IL PLURALISMO

1. Le atmosfere del pluralismo. — 2. Singolare, plurale, pluralista. — 3. Pluralismo in senso descrittivo e pluralismo in senso normativo. — 4. Intermediazione e pluralismo davanti al pensiero politico. — 5. Il pluralismo nella Costituzione repubblicana. Le formazioni sociali in generale. — 6. Il pluralismo nella Costituzione repubblicana. I partiti politici in particolare. — 7. Pluralismo e unità.

1. *Le atmosfere del pluralismo.*

Non ovunque il pluralismo può essere ospitato. Non ovunque si danno le condizioni, *logiche*, prima ancora che *ideologiche*, culturali, storiche o politico-economiche, perché il pluralismo attecchisca.

È agli estremi delle forme di organizzazione della convivenza umana che troviamo i climi meno accoglienti: non può darsi pluralismo nella *società olistica*; non può darsi pluralismo nella *società stirneriana*. Per opposti motivi, indubbiamente, ma per identica forza repulsiva, quelle società al pluralismo si negano.

La prima ha tratti e nome definiti da Louis Dumont. Nella società olistica « la valeur se trouve dans la société comme un tout » ⁽¹⁾ e al singolo non è consentito autorappresentarsi come *individuo*, distaccato dal tutto del quale è parte e che ne condiziona quotidianamente e nel profondo l'azione con un'infinita serie di riti e consuetudini radicati nella tradizione di gruppo (si tratta dei *folkways* della sistematica sumneriana) ⁽²⁾. Sono, in Occidente, i tratti caratteristici della società pagana, ma li condivide anche la società cristiana delle origini, sebbene lo stesso cristianesimo (so-

⁽¹⁾ L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme* (1983), Paris, Seuil, 1991, p. 37.

⁽²⁾ W.G. SUMNER, *Folkways*, New Haven, Yale Univ. Press, 1906, trad. it. di V. Gilardoni, *Costumi di gruppo*, Milano, Comunità, 1962, spec. p. 7 e s.

prattutto, ma non solo, attraverso il protestantesimo) abbia alimentato il weberiano « disincantamento del mondo » ⁽³⁾ e sia stato destinato a determinare la rottura della società olistica ⁽⁴⁾ e l'emersione delle pretese di autorealizzazione individuale nell'al di qua, per quanto delimitate, nella loro portata, dall'attesa di una ben più compiuta autorealizzazione nell'al di là. Nell'ambiente olistico il tutto, assiso sulla debordante forza costituiva dell'elemento religioso (« le religieux occupe toute la place ») ⁽⁵⁾ oscura fatalmente non solo l'individuo, ma anche le forme organizzative superindividuali che fra lui e il tutto si frappongono. Postularne una strutturazione pluralistica sarebbe un semplice non-senso.

La seconda ha tratti definiti dall'autore de *L'unico e la sua proprietà* e nome azzardato da me. Nella società che dico stirneriana la tendenza all'individualismo che è propria della rottura dell'ordine autoritario, imposta dalla modernità ⁽⁶⁾, è condotta alle sue ultime conseguenze e la potenza dell'io autocentrato risulta distruttiva di qualsivoglia vincolo extraindividuale, anzi rende praticamente inconcepibile lo stesso legame sociale. « Chi si sente spirito libero non è oppresso e angustiato dalle cose di questo mondo » ⁽⁷⁾ e per lui vale il principio fondamentale che « il pensare è il mio essere, la mia

⁽³⁾ È il noto assunto di M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der "Geist" des Kapitalismus*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », XX-XXI (1904-1905), trad. it. di C. Sebastiani, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, ora in Id., *Sociologia delle religioni*, vol. I, Torino, UTET, 2008, p. 207: il processo di disincantamento, iniziato « colle antiche profezie giudaiche », ha progredito attraverso la « unione col pensiero scientifico greco » e ha trovato compimento col puritanesimo.

⁽⁴⁾ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985, p. 22, riprendendo spunti di DUMONT, *Essais*, cit., p. 46.

⁽⁵⁾ GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, cit., p. 20.

⁽⁶⁾ Non a caso, il cattolicesimo, profondamente legato (per quanto sempre meno) al principio di autorità, è considerato una realtà che « s'incunea nel mondo moderno come un mostruoso corpo estraneo »: E. TROELTSCH, *Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt*, München, Oldenbourg, 1925⁴, trad. it. di G. Sanna, *Il protestantesimo nella formazione del mondo moderno*, Firenze, La Nuova Italia, 1974, p. 9.

⁽⁷⁾ M. STIRNER, *Der Einzige und sein Eigentum* (1845), ed. a cura di A. Meyer, Stuttgart, Reclam, 1972, trad. it. di L. Amoroso, *L'unico e la sua proprietà*, Milano, Adelphi, 1986², p. 30.

vita; solo se io vivo spiritualmente vivo davvero » (8). In un simile universo concettuale non v'è spazio per concepire vincoli universali, come quelli all'« umanità » (9), al « popolo » (10) o allo « Stato » (11), ma nemmeno più ristretti vincoli di gruppo, che per la loro intrinseca *moralità* si opporrebbero al libero esplicarsi dello spirito individuale (12). « Heidegger is really (let us hope) the last Romantic » scrisse, con l'asprezza critica nei confronti dell'originario Maestro che caratterizzò la seconda parte della sua vita, Hannah Arendt (13), ma se Heidegger fu forse (chi può dirlo?) l'ultimo, Stirner fu probabilmente il più conseguente dei romantici, perché è in lui che vediamo spingere all'eccesso l'egotismo individualista che del romanticismo (almeno di quello più conseguente) è stato uno dei tratti caratterizzanti. Anche in quest'altra forma estrema di organizzazione (anzi: di dis-organizzazione) della convivenza umana il pluralismo sarebbe un semplice non-senso.

Perché il pluralismo nasca e attecchisca, anzi perché sia addirittura concepibile, occorrono dunque forme mediane di organizzazione della convivenza umana, che rinneghino gli estremismi dell'olismo e dello stirnerismo. Forme mediane nelle quali la personalità dei singoli, elevata la pretesa a realizzarsi differenziandosi dal tutto, ma dismessa quella a realizzarsi in solitario isolamento, ha modo di costruirsi, di svolgersi, di compiersi. Forme mediane il cui sviluppo — ha puntualmente osservato, fra i giuristi, Gladio Gemma — fu favorito dalle condizioni oggettive della società industriale (14) e il

(8) STIRNER, *L'unico e la sua proprietà*, cit., p. 31.

(9) Ivi, p. 47.

(10) Ivi, p. 51.

(11) Ivi, p. 53.

(12) La moralità conduce l'uomo, infatti, alla perdizione, dice Stirner, ivi, p. 83.

(13) H. ARENDT, *What is Existenz Philosophy?*, ora in EAD., *Essays on Understanding 1930-1954*, a cura di J. Kohn, New York - San Diego - London, Harcourt Brace, 1994, p. 187, nt. 2 (che così prosegue: « — an immensely talented Friedrich Schlegel or Adam Müller, as it were, whose complete lack of responsibility is attributable to a spiritual playfulness that stems in part from delusions of genius and in part from despair »). Il saggio era stato originariamente pubblicato in inglese nella *Partisan Review* (1946) e poi ripubblicato in tedesco in *Sechs Essays* (1948), con l'eliminazione delle puntute considerazioni sull'appartenenza di Heidegger al movimento nazionalsocialista.

(14) G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 33.

cui posizionamento, dunque, non può non risentire dell'appannamento di quel modello produttivo.

2. *Singolare, plurale, pluralista.*

Società olistica e società stirneriana sono ovviamente ellittiche espressioni idealtipiche: una comunità politica ⁽¹⁵⁾ è *sempre* declinabile al plurale e solo gli individui sono logicamente declinabili al singolare. Nondimeno, quando parliamo di « società plurale » o di « società pluralista » facciamo qualcosa di più che registrare l'esistenza di una semplice molteplicità di esseri umani riuniti in società.

L'espressione « società plurale » è ormai recessiva. Impiegata inizialmente per descrivere la condizione dei sistemi coloniali dell'Asia sudorientale, nei quali lo sfruttamento straniero si accompagnava a una politica di non interferenza con le regole e con le tradizioni locali (che entravano dunque a comporre la « pluralità » sociale) ⁽¹⁶⁾, essa ha poi finito per estendere di molto il proprio ambito applicativo, abbracciando tutte le società caratterizzate dalla « pluralità delle istanze emergenti dal tessuto sociale » ⁽¹⁷⁾. « Plurale », però, finisce così per essere qualsivoglia società pur minimamente complessa, nella quale siano presenti credenze e aspirazioni diverse, confliggenti o meno. Il riferimento si fa dunque eccessivamente ampio: con l'eccezione (oltretutto non pacifica) ⁽¹⁸⁾ di quelle tribali, tutte le società conoscono una pluralità di credenze o aspirazioni, di concezioni religiose o posizioni ideologiche, e addirittura sperimentano la compresenza di una molteplicità di gruppi et-

⁽¹⁵⁾ Il termine « comunità » vale qui generico *societas* e non implica alcuna scelta nell'alternativa fra *Gemeinschaft* (intesa come « un organismo vivente ») e *Gesellschaft* (intesa come « un aggregato e prodotto meccanico »), per come posta da F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Darmstadt, Buske, 1935, trad. it. di G. Giordano, *Comunità e società*, Milano, Comunità, 1979, p. 47.

⁽¹⁶⁾ F. GROSS, *Toleration and Pluralism*, in « Il Politico », 1985, p. 188 e s.; ID., *Limits and Limitations of Pluralism*, in « Il Politico », 1986, p. 220.

⁽¹⁷⁾ F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 2; ID., *Pluralismo*, in *Enc. giur.*, vol. VI di aggiornamento, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, p. 2.

⁽¹⁸⁾ Per G. GURVITCH, *Sociology of Law*, London, Routledge & Kegan, 1953, trad. it. di S. Cotta, *Sociologia del diritto*, Milano, Comunità, 1967², p. 202, ad es., « persino la società arcaica [...] manifesta in realtà una grande complessità di gruppi particolari ».

nici ⁽¹⁹⁾, sicché per dare un senso alla nozione di società plurale si è costretti ad aggiungere qualche elemento determinativo, in particolare la presenza attiva di una molteplicità di soggetti collettivi, socialmente rilevanti, che agiscano quali portatori (e siano rappresentativi) di quelle credenze, aspirazioni, concezioni, posizioni, interagendo gli uni con gli altri.

Così facendo, però, si perviene facilmente ai confini della nozione di « società pluralista », che invece si assume debba essere diversa da quella meramente plurale, smarrendo il senso della distinzione. È vero che possono darsi società plurali che esibiscono forme politiche non aperte (e dunque non democratiche) ⁽²⁰⁾, ma è fatale che una molteplicità di soggetti collettivi portatori di interessi acquisisca prima o poi una proiezione politica, giungendo sino ad attivare i meccanismi tipici della costruzione pluralistica e democratica del consenso e della decisione. Si tratta, a ben vedere, di quel passaggio dallo « Stato monoclasse » allo « Stato pluriclasse » di cui parlava Massimo Severo Giannini alludendo allo Stato che, almeno formalmente staccatosi dalla tradizione censitaria, conosce una « partecipazione al potere » di « tutte le classi sociali » ⁽²¹⁾.

Si comprende, allora, perché il ricorso alla categoria della « società plurale » sia, come accennavo, recessivo: difficilmente delimitabile in basso verso le forme più primitive di aggregazione sociale, in alto essa è facilmente assorbita nelle ancor più complesse forme della società pluralista. Di questa, certo, la pluralità è condizione *sine qua non* ⁽²²⁾, ma perché si possa parlare di società pluralista è necessaria la compresenza di almeno quattro altri ordini di condizioni: sociali; politico-istituzionali; etiche; ideologiche.

i) La condizione sociale essenziale l'abbiamo vista ed è la base su cui le altre sono chiamate a operare: il pluralismo non è mera molteplicità di individui, ma molteplicità di gruppi, ai quali viene affidata (in termini vari, che appresso vedremo) una funzione di

⁽¹⁹⁾ GROSS, *Limits and Limitations of Pluralism*, cit., p. 216.

⁽²⁰⁾ D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 108.

⁽²¹⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 46.

⁽²²⁾ F. BARBANO, *Pluralismo. Un lessico per la democrazia*, Torino, Bollati Borin-ghieri, 1999, p. 13 e ss.

intermediazione tra il desiderare, il volere e l'agire individuale e il desiderare, il volere e l'agire collettivo.

ii) Le condizioni politico-istituzionali si riassumono nel concetto di poliarchia elaborato da Robert Dahl. « La poliarchia è un ordinamento politico caratterizzato, in linea generale, da due elementi. La cittadinanza è estesa a una percentuale piuttosto alta della popolazione adulta, e tra i diritti che ne derivano compare anche la possibilità di opporsi alle alte cariche dello Stato e di bocciarle tramite il voto » (23). Si ha dunque poliarchia quando funzionano sette « istituzioni » (elezione dei rappresentanti; elezioni libere e regolari; suffragio universale; diritto di presentarsi alle elezioni; libertà di espressione; informazione alternativa; libertà di associazione) (24) ovvero quando sono soddisfatti (secondo uno sviluppo successivo del pensiero dello stesso Dahl) cinque « criteri » (partecipazione effettiva; parità di voto; diritto all'informazione; controllo dell'ordine del giorno; universalità del suffragio) (25). In difetto di queste istituzioni ovvero di questi criteri i processi di costruzione pluralistica del consenso restano inattivi.

iii) Tra le condizioni etiche è imprescindibile il relativismo. Questo « canone etico di fondo » (26), centrale già nelle costruzioni weberiane e kelseniane, non si traduce nella pretesa a che i singoli rinuncino *in interiore homine* alle aspirazioni dell'assolutismo etico (cosa, questa, che riguarda il loro insindacabile foro interno), ma in quella che all'assolutismo etico, per quanto interiorizzato nella coscienza o addirittura praticato nella sfera privata, si rinunci nella sfera pubblica, offrendo costante e fattiva disponibilità al confronto (appunto!) pluralista e alla possibilità del compromesso, tipico sbocco delle procedure decisionali svolgentisi nelle istituzioni rappresentative (27).

(23) R. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale Univ. Press, 1989, trad. it. della Sciptum s.n.c., *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 1990, p. 333.

(24) DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, cit., p. 334.

(25) R. DAHL, *On Democracy*, New Haven, Yale Univ. Press, 1998, trad. it. di C. Paternò, *Sulla democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 41 e s.

(26) RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., p. 13.

(27) V., ovviamente, H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929, trad. it. di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1984⁵, *passim*.

iv) Quanto alle condizioni ideologiche occorre il superamento della semplice disponibilità alla tolleranza. Uno Stato tollerante « permette la diversità di credenze e di ideologie, ma conferisce il predominio a coloro che si identificano nelle credenze dominanti »; uno Stato pluralista, invece, « accetta una varietà di orientamenti e di attività ideologiche e normative » e « non si limita a tollerare la differenza, ma riconosce diritti eguali a tutti i diversi gruppi (religiosi, ideologici, etnici, razziali) a condizione dell'accettazione volontaria di un numero limitato di regole e principi » (28). Se caratteristica della tolleranza è il *rispetto* della diversità, caratteristica del pluralismo è la sua *valorizzazione* (29), nel senso che in una società pluralista le minoranze non sono semplicemente sopportate, ma sono veri e propri *partners* nella costruzione dell'edificio sociale (30). Una società tollerante, insomma, recepisce e registra la diversità, mentre una società pluralista di diversità si alimenta, poiché è proprio la presenza di istanze (culturali e politiche) molteplici che tiene in equilibrio la complessa architettura della casa comune. Il pluralismo, in definitiva, presuppone una *credenza*, ma reclama anche una *pratica*: « il pluralismo non è un valore astratto o una ideologia politica, ma è il vissuto quotidiano di una pratica partecipata e diffusa, dove le differenziazioni si convertono in diversità plurali » (31).

3. *Pluralismo in senso descrittivo e pluralismo in senso normativo.*

Se, nella mia prospettiva, la nozione di *pluralità* può anche essere meramente *descrittiva*, quella di *pluralismo* è necessariamente *normativa*. Parrebbe, a prima vista, che non sia così quando altre sono le prospettive di analisi dalle quali si muove. Così, quando l'espressione « pluralismo giuridico », tanto familiare ai giuristi, è utilizzata per dar conto dell'esistenza di una molteplicità di ordinamenti giuridici separati, ma continuamente intersecantisi nel conte-

(28) GROSS, *Toleration and Pluralism*, cit., p. 184.

(29) G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano, Rizzoli, 2000, p. 19.

(30) GROSS, *Toleration and Pluralism*, cit., p. 197.

(31) BARBANO, *Pluralismo*, cit., p. 125.

sto di un costituzionalismo qualificato come globale o almeno multilivello, sembra che si stia semplicemente descrivendo la realtà giuridica del mondo d'oggi. Quando « pluralismo giuridico » allude alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici sembra che la teoria sia (stata?) meramente esplicativa di concreti fenomeni storici. Quando, infine, per « pluralismo giuridico » si intende il fenomeno dell'affiancamento della produzione di un diritto dal basso a quella di un diritto centralizzato imputabile al solo Stato sembra che si stia solo dando conto di una fase specifica della storia degli ordinamenti giuridici della modernità. Eppure non è così.

Le affermazioni del costituzionalismo globale o multilivello hanno la struttura e la funzione degli enunciati performativi, nel senso ⁽³²⁾ che il loro stesso formularli *crea* il fenomeno che se ne pretenderebbe meramente *descritto*. Il costituzionalismo si fa globale o multilivello proprio perché c'è chi, enunciandone la pretesa realtà, ne postula la necessità, con ciò generando (e questo sì è ormai un fatto) fenomeni di dialogo ordinamentale che non sono tanto (e comunque non sono solo) fatali conseguenze di uno sviluppo storico oggettivo, quanto approdi soggettivamente auspicati di un processo a trazione (prima) dottrinale e (poi) giudiziaria.

La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, a sua volta, si lega intimamente alla scoperta romaniana della crisi dello Stato moderno al trascolorare del diciannovesimo nel ventesimo secolo e costituisce la risposta prescrittiva a quella crisi, non la semplice registrazione di fattuali sviluppi della società occidentale ⁽³³⁾. Il collegamento fra la prolusione pisana del 1909 e *L'ordinamento giuridico* è evidente e nemmeno l'attenta ricerca di Maurizio Fioravanti, che pure ha invitato a non concentrarsi solo su quel collegamento e a non sottovalutare i precedenti scritti giovanili dello

⁽³²⁾ Senso che a detto genere di enunciati è proprio. Si tratta infatti degli enunciati in cui « the issuing of the utterance is the performing of an action »: J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Oxford, 1962 (ma sono le *William James Lectures* del 1955), p. 6.

⁽³³⁾ Paolo Grossi non avrebbe condiviso questa affermazione, avendo sempre rivendicato nei suoi scritti di ragionare come storico e di voler solo *descrivere* i fenomeni sociali, mai *prescrivere* il loro svolgimento.

studioso siciliano, la smentisce ⁽³⁴⁾. Proprio la prolusione pisana registrava una crisi dello Stato « caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato » ⁽³⁵⁾, e la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, poco dopo elaborata, sarebbe stata la risposta a quella crisi, disegnando la trama di una società composta di molteplici fili pluralistici, certo, ma destinati a trovare il proprio capo nello Stato, quale sintesi di quell'altrimenti disgregativa molteplicità. Per Romano, infatti, la risposta da dare alla nuova sfida si articolava su un duplice registro: per un verso, assicurando adeguato sfogo a un pluralismo di base e diffuso che doveva essere messo al riparo da un eccesso di ingerenza dello Stato; per l'altro, però, assorbendo i soggetti più pericolosi — sindacati e partiti — proprio nell'edificio organizzativo dello Stato. Un indirizzo che a ben vedere, consapevolmente o meno, sarebbe stato seguito da Heinrich Triepel nella nota *Rede* berlinese del 3 agosto 1927, nella quale l'approdo della « vierfachen Stufenfolge » dei partiti, dipanatasi prima con la *Bekämpfung*, poi con l'*Anerkennung* e la *Legalisierung*, era destinato a essere quello dell'*Inkorporation* ⁽³⁶⁾.

La dottrina ⁽³⁷⁾ che, infine, si concentra sul pluralismo giuridico come pluralità di apporti alla normazione non intende soltanto registrare la fattuale molteplicità dei soggetti produttori di diritto, ma vuole anche stigmatizzare la ritenuta arretratezza culturale della posizione che cerca comunque di ricondurre quella molteplicità all'unificante centro della statualità. La sua prospettiva, infatti, è

⁽³⁴⁾ M. FIORAVANTI, *Stato giuridico e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909)*, ora in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. p. 293 e ss.

⁽³⁵⁾ S[ANTI] ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 23.

⁽³⁶⁾ H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, Preußische Druckerei, 1927, p. 8. La *Folge* di cui si parla nel testo, peraltro, al di là delle intenzioni triepeliane, è da considerare d'ordine logico, non necessariamente storico.

⁽³⁷⁾ Della quale il più autorevole rappresentante è notoriamente Paolo Grossi.

opposta: i centri plurali di produzione normativa non abbisognano di una legittimazione derivata dal consenso o dalla graziosa concessione dello Stato, ma si legittimano per forza propria, in quanto espressione della viva capacità autoregolativa della società civile.

Nelle scienze sociali la normatività di una nozione non ne indebolisce lo statuto scientifico (e tutte le accezioni di « pluralismo » e di « pluralismo giuridico » che abbiamo visto sono dunque perfettamente lecite), ma obbliga chi la usa alla chiarezza, sollecitando la stipulazione di una convenzione linguistica (e dunque concettuale) di riconoscimento. La convenzione che propongo (e che provvisoriamente devo qui presumere accettata) si fonda sui quattro gruppi di condizioni che abbiamo visto, ma soprattutto colloca al centro della teoria del pluralismo la nozione di mediazione e i soggetti che la praticano, nel senso che per essa il pluralismo è una struttura e una pratica sociale nella quale molteplici gruppi organizzati intermediano tra la sfera appetitiva e volitiva dell'individuo e quella della collettività. La « costituzione pluralistica », pertanto, nella prospettiva che assumo, non è semplicemente quella che s'oppone alla « costituzione monistica »; non è semplicemente la società che rifiuta di riporre la sovranità in un solo potere e intende risolverla nel « bilanciamento tra i poteri costituiti, [...] tutti della stessa forza »⁽³⁸⁾. E nemmeno è quella che si riconosce in un pluralismo di principi « da tenere in equilibrio »⁽³⁹⁾. È, invece, la società dell'intermediazione.

Stanno qui, a seconda della prospettiva che si assume, il pregio maggiore e il maggiore difetto del pluralismo.

4. *Intermediazione e pluralismo davanti al pensiero politico.*

Faticoso e contraddittorio, invero, è il rapporto del pensiero (e dell'agire) politico socialista, di quello autoritario, di quello liberale, di quello democratico, con la mediazione e con i soggetti che la praticano. Comprensibilmente faticoso e contraddittorio, si deve

⁽³⁸⁾ M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, Mucchi, 2021, p. 19.

⁽³⁹⁾ Così ancora M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 2004², p. 64.

riconoscere, così come comprensibilmente simpatetico e armonico è il rapporto intrattenuto dal pensiero (e dall'agire) cattolico (del quale dirò fra poco).

La dottrina dei *corps intermédiaires*, sviluppata da Montesquieu nell'*Esprit des lois*, in particolare nel cap. IV del Libro II della Parte I, costituisce il punto di saldatura fra l'esperienza costituzionale e sociale dell'*Ancien Regime* e quella che di lì a poco si sarebbe aperta con la rottura rivoluzionaria del 1789 e del 1791. Quei corpi, che « stanno fra » il singolo cittadino e lo Stato, appunto come un *medium* frapposto *inter* l'uno e l'altro, sono per un verso l'espressione più pura del vecchio regime al tramonto (corporazioni, clero, nobiltà), ma per l'altro manifestano l'avvento delle nuove atmosfere borghesi, declinando in forma associativa le aperture determinate dal nuovo ordine che andava affacciandosi all'orizzonte. La loro matrice era dunque incerta, così come incerta era la collocazione ideologica di chi ne andava operando la teorizzazione, in anni che sembravano (anzi, ci sembrano oggi, col senno di poi) come sospesi fra un passato dal quale si faticava a staccarsi e un futuro al quale non si riusciva a dare ancora pienezza di forme.

Già in quegli anni essere a favore o contro i corpi intermedi aveva un segno di irrimediabile ambiguità: contestazione della tirannia particolaristica delle corporazioni o chiusura alla ristrutturazione pluralistica della società? Critica della società cetuale o diffidenza per le nuove forme di aggregazione degli interessi soffocati dalle pastoie tardomedievali? Il giudizio doveva essere fatalmente sospeso perché, al di là delle intenzioni soggettive, qualunque posizione aveva una coloritura oggettivamente ambigua. Teoria e prassi dei corpi intermedi guardavano all'un tempo, infatti, al passato e al futuro.

La difficile decifrabilità della valenza dell'intermediazione emerse con nettezza in occasione dell'approvazione della loi Le Chapelier del 14 giugno 1791. Già l'art. 1 era assai significativo: « L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ». In questo modo si manifestava anche in prospettiva ordinamentale la sottrazione della società al soffocamento corporativistico, apparentemente esaltando le libertà dei cittadini. L'art. 4, però, stabiliva che

Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, ou faisaient entre eux des conventions tendant à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la Déclaration des Droits de l'Homme, et de nul effet; les corps administratifs et municipaux seront tenus de les déclarer telles. Les auteurs, chefs et instigateurs qui les auront provoquées, rédigées ou présidées, seront cités devant le tribunal de police, à la requête du procureur de la commune, condamnés chacun en 500 livres d'amende, et suspendus pendant un an de l'exercice de tous droits de citoyen actif et de l'entrée dans toutes les assemblées primaires.

Emergeva così la reale funzione repressiva della legge: non importava tanto la distruzione dell'ordine corporativo e del suo — diciamo — totalitarismo particolaristico, quanto la tutela della produzione e del commercio (ormai nelle mani della nuova classe borghese) nei confronti dei lavoratori salariati, in qualunque forma essi prestassero la loro opera.

Non è dunque un caso che Marx vedesse nel superamento del piccolo mondo corporativo un progresso oggettivo verso equilibri sociali più avanzati e allo stesso tempo criticasse duramente la legge Le Chapelier come uno strumento per risolvere *staatspolizeilich* il conflitto fra capitale e lavoro attraverso un vero e proprio *bürgerliches Staatsreich* ⁽⁴⁰⁾: la contraddizione non stava nel suo pensiero, ma nel carattere oggettivamente bifronte di quell'intervento normativo.

Le medesime difficoltà del pensiero politico socialista le troviamo altrove. Il pensiero autoritario e totalitario addirittura demonizza i corpi intermedi, proprio per loro « porsi fra » i cittadini e quel duce o *Führer* che solo, quale autentico catalizzatore, può far sì che l'insieme indistinto dei cittadini si faccia « un » popolo, non « rappresentato » da quella guida, ma in essa personificato, quasi medesima carne e medesimo sangue: « Das Volk akklamiert einem Führer [...] Kein Staat ohne Volk, kein Volk ohne Akklamationen »,

⁽⁴⁰⁾ K. MARX, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, L. I, Hamburg, Meissner, 1890⁴, p. 770.

queste le parole inequivocabili di Carl Schmitt ⁽⁴¹⁾. Allo stesso tempo, però, quel pensiero politico ha bisogno dei corpi intermedi per attivare il circuito del consenso e canalizzare le domande dal basso verso l'unico sbocco possibile (la catalizzazione individuale offerta dal capo). Con la conseguenza che anche qui l'intermediazione assume valenza negativa e positiva al medesimo tempo.

Le cose vanno analogamente per il pensiero liberale, che legge nei corpi intermedi sia il rischio di una compressione dell'autonomia e dell'autodeterminazione individuali, sia l'opportunità della realizzazione della pretesa libertaria sottesa all'organizzazione di forme associative che l'individuo possa assumere quali prolungamenti della sua libera azione individuale.

Quanto al pensiero democratico, nella sua versione più rigorosa il pendolo del gradimento oscilla decisamente verso il polo negativo. L'ideale attorno al quale esso si riconosce, nell'Ottocento, è soprattutto quello della *direkte Gesetzgebung durch das Volk*: quella forma di legislazione popolare diretta che Moritz Rittinghausen aveva definito con compiuta precisione e che sarebbe stata al centro della discussione fra i democratici dopo i moti del '48. Per Rittinghausen la mediazione politica era di per sé contestabile: il sistema rappresentativo era funzionale alle esigenze dei ceti dominanti e solo esercitando direttamente la funzione legislativa il popolo avrebbe potuto far prevalere l'interesse generale su quello particolare e di classe della borghesia ⁽⁴²⁾. Echeggiava, qui, con piana evidenza, la memoria della dottrina bodiniana della sovranità: nei *Six livres de la République* la sovranità stava nel dare le leggi a tutti e a ciascuno e a distanza di tre secoli quella prima teorizzazione moderna della sovranità dimostrava ancora la sua egemonia culturale, sì che il rifiuto della mediazione si faceva radicale proprio perché attraverso la legislazione era appunto — e nientemeno che — la sovranità a essere in giuoco. Eppure, questa ottocentesca dottrina estrema è rimasta minoritaria e lo stesso pensiero democratico non si è decli-

⁽⁴¹⁾ C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren*, Berlin u. Leipzig, de Gruyter, 1927, p. 34.

⁽⁴²⁾ M. RITTINGHAUSEN, *Die unbaltbaren Grundlagen des Repräsentativ-Systems*, in *Social-demokratische Abhandlungen*, Drittes Heft, Köln, ed. dall'A., 1869, p. 4 e ss.; Id., *Über die Organisation der direkten Gesetzgebung durch das Volk*, ivi, Viertes Heft, Köln, ed. dall'A., 1870, p. 5 e ss.

nato storicamente nelle sue forme, assestandosi semmai su posizioni più moderate e battendosi soprattutto ⁽⁴³⁾ per il riconoscimento di quel suffragio universale che non è altro che lo strumento d'inserzione delle masse popolari proprio nel circuito della mediazione.

Di tutte le perplessità che circondano il pluralismo la più interrogante è senz'altro quella alimentata dal pensiero autoritario e totalitario. La pesante ipoteca ideologica che condiziona quell'indirizzo di pensiero non grava sulla sua premessa, che si limita alla semplice constatazione fattuale dell'oggettiva difficoltà di garantire l'unità della comunità politica muovendo dalla molteplicità pluralista. Una premessa che del resto è comune alla più delimitata polemica che le stesse altre forme di pensiero politico alimentano, ad esempio, nei confronti del multipartitismo estremizzato, del pansindacalismo o della settorializzazione degli interessi.

L'onda del criticismo, in realtà, viene da lontano. Helvétius, dopo la lettura de *L'Esprit des lois*, scriveva all'amico Montesquieu che le sue « balances compliquées de pouvoirs intermédiaires » non facevano altro che mettere a rischio l'interesse generale, favorendo quello della « noblesse insolente »: « Je vous l'ai dit, je vous le répète, mon cher ami; vos combinaisons de pouvoirs ne font que séparer et compliquer les intérêts individuels au lieu de les unir » ⁽⁴⁴⁾. Addirittura al momento dell'apparizione del testo montesquieuiano, dunque, le perplessità già venivano a galla e ponevano con forza l'interrogativo della potenziale contraddizione fra pluralismo sociale e unità politica.

Non si trattava allora e non si tratta adesso di un interrogativo che ammetta risposte semplici e per comprendere le vie d'uscita che sono state tracciate dal costituzionalismo (e specificamente dalla Costituzione repubblicana) occorre distinguere, in prospettiva storica, pluralismo da pluralismo, perché quello che Gurvitch chiamava pluralismo di fatto (che invero altro non è se non la mera pluralità sociale), di per sé, « può servire al bene e al male, all'oppressione ed

⁽⁴³⁾ V., in particolare, P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, spec. p. 155 e ss.

⁽⁴⁴⁾ La lettera (non datata) si può leggere in appendice a C.A. HELVÉTIUS, *De l'esprit*, Paris, Durand, 1758, trad. it. di A. Postigliola, *Dello spirito*, Roma, Editori Riuniti, 1976, p. 183 e ss. La versione originale è agevolmente reperibile *online*.

all'affrancamento, alla libertà ed alla schiavitù » (45), nulla assicurando ch'esso sia anche pluralismo ideale, che « integra la varietà e l'equivalenza pluralista [...] in una sintesi più vasta che da sola dà un criterio di selezione in mezzo al molteplice » (46).

Detto in sintesi estrema, e fors'anche rozza, il pluralismo medievale, fondato, in orizzontale, su una robusta rete di corporazioni e, in verticale, su un articolato sistema di multiple fedeltà, non è certo quello dell'*Ancien Régime*, nel quale quella rete aveva già perso non pochi dei suoi nodi e la catena dell'articolazione verticale delle fedeltà si era già drasticamente accorciata: paradossalmente, proprio quando Montesquieu formulava la prima elaborazione scientifica della dottrina dei *corps intermédiaires*, la pluralità dei soggetti che fungevano da intercapedine fra individuo e Stato s'era di fatto assai ridotta. A sua volta, il pluralismo dell'*Ancien Régime* non ha nulla a che vedere con quello del Novecento, nel quale l'intermediazione fra individuo e Stato non è stata più assicurata da ceti o istituzioni, ma da soggetti collettivi del conflitto sociale della stazza dei partiti e dei sindacati: è questo il pluralismo che aveva affascinato, ma prima ancora inquietato, il Santi Romano della prolusione pisana del 1909. Il terzo millennio ci consegna un ben diverso pluralismo. Le teorie del pluralismo si inscrivono un po' tutte in un variegato movimento di « critica antistatualistica » (47), tuttavia, mentre quelle novecentesche miravano o a indubbiare il monopolio statale della politica e della normatività o a integrare (se non assorbire) i soggetti del pluralismo nello Stato, ma sempre senza contestare l'esistenza dello Stato stesso e la sua legittimazione almeno a detenere la gurvitchiana « costrizione incondizionata » (48), se non il weberiano monopolio

(45) G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946, trad. it. di L. Foà, *La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, Comunità, 1949, p. 80.

(46) GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, cit., p. 81.

(47) Per usare l'espressione di N. BOBBIO, *Prefazione a GURVITCH, La dichiarazione dei diritti sociali*, cit., p. 13.

(48) « Costrizione incondizionata » è quella esercitata dai gruppi sociali che non consentono strategie — diremmo oggi — di *exit*; « costrizione condizionata » è quella esercitata dai gruppi i cui « membri possono ritirarsi più o meno liberamente dal gruppo, sottraendosi in tal modo alle misure coercitive » (così GURVITCH, *Sociologia del diritto*, cit., p. 206 e s.).

dell'uso legittimo della forza ⁽⁴⁹⁾, quelle del terzo millennio registrano l'avvento di un pluralismo che si autointerpreta come disgregativo della statualità ⁽⁵⁰⁾. Si tratta del pluralismo degli inafferrabili poteri transnazionali e dei portatori di interessi sganciati dai riferimenti territoriali, di quelle realtà economiche e sociali — insomma — che si oppongono frontalmente ai tradizionali detentori della sovranità e che per questo, anni addietro, ritenni si potessero raggruppare sotto la comune etichetta di *antisovrano* ⁽⁵¹⁾. Questo nuovo pluralismo, espressione della realtà oggettiva (e per certi versi delle soggettive strategie) del capitalismo non produttivo, lungi dall'assolvere alla funzione di intermediazione, lascia gli individui di bel nuovo soli, ma di fronte a loro sta uno Stato indebolito, azzoppato nell'esercizio delle sue più tradizionali prerogative. È per questo che, nell'affettuoso, ma serrato, dialogo di questi ultimi anni con Paolo Grossi, mi parve di dovergli contestare, nonostante il comune riconoscimento in quei valori che la Costituzione formalizza in principi giuridici ⁽⁵²⁾, non già la sua spiccata preferenza per il pluralismo, ma quella che a me parve la sottovalutazione delle caratteristiche specifiche del pluralismo e dello Stato contemporanei, che avrebbero dovuto a mio parere indurre alla prudenza tanto nell'affidarsi all'autoregolazione di una società civile così sfigurata quanto nel concentrarsi sulla lotta a un assolutismo statale che ormai

⁽⁴⁹⁾ V., ovviamente, M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, ed. critica Winckelmann, 1956, trad. it. coord. da P. Rossi, *Economia e società*, Milano, Comunità, 1968², I.

⁽⁵⁰⁾ Un pluralismo che, per le ragioni rapidamente indicate nel testo, è ben più pericoloso di quello che Gurvitch temeva a metà del Novecento, che era composto, sì, da grandi imprese, cartelli e istituzioni finanziarie (GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, cit., p. 71 e ss.), ma non elevava alcuna pretesa di travolgimento dello Stato.

⁽⁵¹⁾ Mi riferisco al mio *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in « Riv. dir. cost. », 1996, 1, spec. p. 165, ove si osservava che l'*antisovrano* costituisce « un *quid* che in tutto e per tutto si contrappone al sovrano da noi conosciuto » perché: a) non è un soggetto unitario, ma una pluralità di soggetti; b) non aspira all'assoluta discrezionalità nell'esercizio del proprio potere; c) « non reclama una legittimazione trascendente [...] ma immanente »; d) « non pretende di ordinare un gruppo sociale » minimamente omogeneo, ma « una pluralità indistinta, anzi la totalità dei gruppi sociali »; e) vuole essere l'espressione non di una volontà di eguali formata dal basso, ma di una gerarchia timocratica.

⁽⁵²⁾ Al di là della tesi della natura *inventiva* della stessa Costituzione (di cui si dice in P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 129).

costituisce solo parte di una realtà giuridica per molti profili assai più inquietante. A mio avviso, insomma, la « salutare coerenza al divenire sociale » che Grossi auspicava affidata alla giurisdizione ⁽⁵³⁾, corre oggi il rischio di non assecondare tanto l'autoregolazione dal basso, la *grassroots democracy*, quanto l'eteroregolazione dall'alto da parte di quei poteri che innervano il pluralismo elitario che fa davvero « girare il mondo ».

5. *Il pluralismo nella Costituzione repubblicana. Le formazioni sociali in generale.*

Sebbene vi convivano le tradizioni di pensiero liberale, socialista e democratico, che come abbiamo visto valorizzano il pluralismo, sì, ma lo circondano di riserve anche consistenti, la Costituzione repubblicana esibisce nei confronti dell'intermediazione pluralistica un atteggiamento spavalidamente favorevole. Si tratta di una tendenza ascrivibile, anzitutto, all'altra grande tradizione di pensiero — quella cattolica — che ha di sé impregnato la Costituzione e che del pluralismo aveva fatto da tempo un principio ineludibile. L'idea di molteplicità le era sin dall'inizio dell'era cristiana in qualche modo connaturata: la Chiesa doveva necessariamente porsi come « altro » rispetto allo Stato ⁽⁵⁴⁾ se non voleva esserne schiacciata e, di conseguenza, non tutta la sfera della socialità (e dunque della giuridicità) poteva essere esaurita nella dimensione della statualità. Il dualismo, lo si sa bene, emerge con forza già nella dottrina gelasiana delle due spade ⁽⁵⁵⁾, ma prosegue in quella gregoriana dei *duo magna luminaria* (che troviamo nella decretale *Solitae*) ⁽⁵⁶⁾ e giunge sino ai nostri giorni, lasciando traccia nello stesso art. 7 della nostra Costituzione. Dal dualismo, però, si transita facilmente nel pluralismo, perché una volta rotta l'unità monistica l'aggiunta di altri elementi diventa logicamente possibile e anzi consequenziale. Non solo: la complessità e varietà dell'esperienza religiosa porta facilmente (seb-

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 70.

⁽⁵⁴⁾ Va da sé che « Stato », in questo punto del testo, vale genericamente « comunità politica ».

⁽⁵⁵⁾ L'epistola di Papa Gelasio I all'Imperatore Anastasio può leggersi *online* all'indirizzo <http://www.documentacatholicaomnia.eu> (n. 0042A).

⁽⁵⁶⁾ Poi trasfusa nel *Liber Extra* L. I, Tit. XXXIII, Cap. VI.

bene non infallibilmente) con sé l'idea di una pluralità di luoghi e modi del suo svolgimento, sicché la piena adesione al pluralismo è del tutto comprensibile.

La forte influenza di questa tradizione di pensiero spiega molto della tessitura della nostra Costituzione, ma sarebbe un grave errore trascurare il fatto ch'essa si deve anche al diverso posizionamento che le tre altre tradizioni avevano maturato dopo l'esperienza dei totalitarismi del Novecento ⁽⁵⁷⁾: se così non fosse stato, mi sembra, il compromesso costituzionale non sarebbe quello che conosciamo. In Italia, dunque, ma anche nel resto del continente, dopo il secondo conflitto mondiale, l'esigenza pluralista s'è affermata con forza e si può ben dire che « per il costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra » il pluralismo si sia fatto autentica « cifra di riconoscimento » ⁽⁵⁸⁾.

Riconoscimento delle formazioni sociali come luoghi di svolgimento della personalità degli esseri umani (art. 2); principio autonomista (art. 5); tutela delle minoranze linguistiche (art. 6); libertà religiosa e garanzie specifiche per la Chiesa cattolica (artt. 7, 8 e 19); libertà di associazione (art. 18); pluralismo dei mezzi e dei contenuti dell'informazione (art. 21); garanzie della famiglia (artt. 29 sgg.); libertà della scuola, anche privata (art. 33); libertà sindacale (art. 39); libertà economiche (artt. 41 sgg.); valorizzazione della cooperazione e dell'autogestione delle imprese (artt. 45 e 46); pluralità dei partiti (art. 49); principio di sussidiarietà (art. 118): tutte queste previsioni sono componenti della complessa tessitura pluralistica della Costituzione. Al contrario di quanto avveniva per il pensiero costituzionalistico dei primi decenni del Novecento, per la Costituzione il pluralismo non è un *problema* da risolvere, ma una *risorsa* da sfruttare.

Certo, resta intatta l'esigenza di evitare gli effetti disgregativi del pluralismo sull'unità, ma l'idea della Costituzione è che unificazione

⁽⁵⁷⁾ Analogamente, F. BASSANINI, *La democrazia di fronte alla sfida della disintermediazione: il ruolo delle comunità intermedie e delle autonomie territoriali*, in *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini, F. Cerniglia, F. Pizzolato, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli, Bologna, il Mulino, 2019, p. 147.

⁽⁵⁸⁾ C. PINELLI, *Il pluralismo delle formazioni sociali alla Costituente*, in *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 281.

e integrazione si costruiscano proprio nel processo di confronto pluralistico, se correttamente governato ⁽⁵⁹⁾. È per questo che l'associazionismo vi è garantito praticamente senza limiti, o per meglio dire con il solo limite negativo del divieto di associarsi per fini vietati *ai singoli* dalla legge penale: tutto ciò che si può fare individualmente, dunque, può essere fatto in forma associata. Non sono invece imposti limiti positivi, poiché alle associazioni non sono prescritte né funzioni né modelli specifici (non a caso le stesse norme codicistiche si accontentano di una regolazione di larga massima, che lascia residuare una notevole libertà di forme).

Grazie all'imponenza delle garanzie e all'esiguità dei limiti costituzionali le associazioni (quelle che l'art. 2 Cost. chiama « formazioni sociali ») possono scegliere liberamente tre distinti modelli:

a) l'associazione che « guarda in basso », preoccupandosi di realizzare nella società civile gli interessi degli associati e interpretando il contatto con il pubblico potere solo come uno strumento occasionalmente utile al raggiungimento di questo obiettivo ⁽⁶⁰⁾;

b) l'associazione che « guarda in alto », ponendosi come intermediario in senso proprio, cioè come canale di trasmissione alla società politica delle domande e dei bisogni provenienti dalla società civile e come strumento di accesso del proprio personale alle istituzioni;

c) l'associazione che « guarda in basso e in alto », avendo come *mission* primaria quella propria delle associazioni del primo tipo, ma contemplando anche la necessità di un proprio posizionamento nella

⁽⁵⁹⁾ Sulle complesse strategie costituzionali di produzione dell'unità mi permetto di rinviare ai miei *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in « Rivista AIC », 2011, 2, p. 1 e ss., nonché in « Dir. soc. », 2011, p. 49 e ss.; *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in « Rivista AIC », 2011, p. 1 e ss., nonché in « Dir. soc. », 2011, p. 636 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Mi sembra che una diffusa ricostruzione di questa prospettiva possa trovarsi in *Dal non profit al terzo settore. Una riforma in cammino. 2° Rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del terzo settore in Italia. Terzjus Report 2022*, Napoli, ES, 2022. All'inizio degli anni Novanta GEMMA, *Costituzione ed associazioni*, cit., p. 35, registrava un processo di « politicizzazione » delle associazioni che oggi sembra essersi indebolito, con un sempre più frequente ripiegamento delle strategie associative sul primo dei tre modelli di cui si dice nel testo.

società politica (è questo, in sostanza, il modello neocorporativo, oggi ancora utilizzato, ma in evidente difficoltà) ⁽⁶¹⁾.

La pratica ci consegna il ricorso a tutti e tre questi modelli, ma deve essere chiaro che almeno per i primi due si tratta di una classificazione idealtipica, perché rinvenirli nella loro forma pura è assai difficile. Nondimeno, la tendenziale appartenenza all'uno o all'altro tipo non è senza valore, vuoi sul piano dell'autorappresentazione del significato della *membership*, vuoi su quello della funzione sistemica assoluta nei processi di costruzione dell'integrazione sociale. Un'integrazione che, come accennavo, la Costituzione lascia largamente al libero giuoco delle forze sociali, ma che in parte governa, assegnando a una di esse un ruolo primario.

6. *Il pluralismo nella Costituzione repubblicana. I partiti politici in particolare.*

È al partito politico che questo ruolo primario è toccato in sorte. Certo, il partito non è titolare del monopolio dell'agire politico dei cittadini, ma è proprio al partito che la Costituzione assegna primariamente il compito di costruire il raccordo tra la società civile e la società politica. Nell'Italia uscita dalla guerra e dalla Resistenza, del resto, non esistevano forme di aggregazione politica diverse dai partiti che avessero una qualche forza organizzativa: il fascismo aveva spazzato via ogni *chance* di costruzione di un associazionismo fondato sul valore della partecipazione civica e le sole realtà associative vitali, oltre quelle che si legavano alla Chiesa cattolica (passata sostanzialmente indenne attraverso l'esperienza totalitaria) erano proprio i partiti. È per questo che una delle « tre sfere dell'agire politico » disegnate dalla Costituzione vede al centro i partiti: il confronto si apre nella sfera della *politica nazionale*, determinata dai cittadini — certo — ma in un libero concorso partecipativo in cui sono appunto i partiti a essere concepiti come il principale vettore delle istanze cittadine (art. 49 Cost.); prosegue nella sfera della *politica parlamentare*, che della politica nazionale dovrebbe essere traduttrice in termini di opzioni legislative (art. 70

⁽⁶¹⁾ M. CARRIERI, P. FELTRIN, S. ZAN, *Lo strano caso della resilienza delle associazioni di rappresentanza di interessi*, in *Una società di persone?*, cit., p. 39 e ss.

Cost.); sfocia nella sfera della *politica governativa*, che di quella parlamentare dovrebbe essere interprete in termini di compatto indirizzo politico (art. 95 Cost.) ⁽⁶²⁾.

È attraverso l'interazione di queste tre sfere che la Costituzione confida di uscire positivamente dal tradizionale rovello novecentesco del come far sì che, nel contesto di un'ammissione generalizzata al dialogo e di una potenziale equiordinazione di tutti i valori in competizione, il sistema pluralista regga, senza dissolversi o esplodere. S'intende bene, a questo punto, perché la crisi della forma-partito quale era conosciuta dai Costituenti abbia avuto effetti così rovinosi sul rendimento della democrazia italiana. All'epoca si muoveva dalla tradizionale concezione del partito politico come cerniera tra lo Stato e la società civile, cioè come forma associativa che affonda le proprie radici nella società civile in quanto libera associazione di liberi cittadini, ma che dirige la propria attività allo Stato in quanto organizzazione finalizzata alla conquista delle istituzioni rappresentative. E quella tradizionale concezione non ha più un saldo riscontro nella realtà politica.

Si trattava, per la verità, di un modello già originariamente instabile a causa dei rischi connessi alle sue potenziali oscillazioni: se il partito si colloca eccessivamente sul versante dello Stato rischia di subire un processo di sostanziale incorporazione, snaturando all'un tempo se stesso (di qui la polemica contro la « occupazione delle istituzioni ») e le istituzioni (di qui la polemica contro la « partitocrazia »); se, invece, eccede nel collocarsi sul versante della società civile rinuncia a qualsiasi pretesa di orientamento dei fenomeni sociali, difettando di capacità elaborativa di strategie politiche e di capacità selettiva di personale specificamente politico, affidandosi indistintamente a professionalità della società civile (di qui la polemica sull'inutilità sistemica dei partiti). La vicenda italiana del

⁽⁶²⁾ Ho utilizzato l'immagine delle « tre sfere » in molteplici occasioni. V., in particolare, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, p. 555; ID., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in « Rivista AIC », 2013, 1, p. 6, nonché in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, n. 103 della *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 31 e ss., e in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, ES, 2013, Vol. II, p. 775 e ss.

secondo dopoguerra, come le evidenze storiche asseverano, è testimonianza viva di quelle oscillazioni.

Eppure lo schema della Costituzione è proprio quello. L'art. 49 Cost. affida ai partiti il compito di consentire ai cittadini, in essi associati, di concorrere a « determinare » la politica « nazionale ». In questo modo ha inteso precisare che i partiti si muovono su un terreno diverso da (seppure interferente con) quello della « forma » di governo, che attiene all'emersione istituzionale del potere: come ho accennato, in quello schema era ai cittadini organizzati in partiti che spettava determinare la politica nazionale, mentre era solo all'interno delle coordinate politiche così « determinate » che il Governo poteva elaborare e svolgere l'indirizzo politico, realizzando la propria politica generale (stabilita in sede collegiale, si badi, e semplicemente « diretta » dal Presidente del Consiglio). Su un piano intermedio doveva stare la « politica parlamentare », come quella che avrebbe dovuto costituire la prima formalizzazione delle scelte compiute in sede di determinazione della politica nazionale, rielaborate in scelte legislative (e di primo indirizzo) condivise o comunque negoziate o almeno discusse da tutte le forze politiche.

È chiaro che queste tre sfere della politica (nazionale, parlamentare, governativa), pur essendo interconnesse, erano concepite come distinte e che il passaggio dall'una all'altra comportava il mutamento di funzioni, di ruoli, di soggetti.

Il *terreno della politica nazionale*, pur assegnato formalmente ai partiti, non era loro attribuito a titolo di monopolio, perché su quel medesimo terreno avrebbero potuto agire altre forme di autorganizzazione dei cittadini, come dimostrano sia l'ampiezza delle garanzie assicurate alla libertà di associazione dall'art. 18 Cost., sia la garanzia della libertà di iniziativa economica privata assicurata dall'art. 41.

Il *terreno della politica parlamentare*, pur riservato, quanto a titolarità dei poteri formali, alle Camere, non escludeva affatto i partiti, né escludeva il Governo. I primi, però, entrando in Parlamento, erano costretti a mutare pelle e a strutturarsi come gruppi parlamentari, titolari di specifici *munera* pubblici; il secondo, pur essendo titolare di importanti prerogative, a partire dall'iniziativa legislativa, non poteva vantare pretese di direzione autoritativa, come dimostra, fra l'altro, l'evidente diffidenza della Costituzione nei confronti della produzione normativa primaria da parte del Governo (cioè dei decreti legislativi e dei decreti legge).

Il *terreno della politica governativa*, infine, pur formalmente riservato al Governo, non si sottraeva agli interventi parlamentari, non solo in ragione dell'esigenza di un costante rapporto di fiducia, ma anche in ragione della titolarità in capo alle Camere dei poteri di sindacato ispettivo e del condizionamento parlamentare dell'esercizio della funzione normativa primaria da parte dell'Esecutivo (legge di delegazione; legge di conversione dei decreti legge).

Si assegnava ai partiti, in questo modo, un'importante funzione *nation building*, nel senso che il loro reciproco confronto, anche se aspro, avrebbe dovuto contribuire alla consapevolezza dell'esistenza di una comunità politica unitaria, pur nella divaricazione delle prospettive e di alcuni dei valori di riferimento. Ma non per questo si esauriva nei partiti il dinamismo pluralista, che nelle altre forme di articolazione della società civile avrebbe dovuto trovare espressione.

Le cose cambiano alla fine degli anni Ottanta del Novecento. Il cambiamento si fa spesso risalire a fattori esterni al sistema dei partiti e in qualche modo relativamente imprevedibili, come il crollo del Muro di Berlino o Tangentopoli, ma, sebbene l'importanza di quegli eventi (e, prima ancora, quella dell'impetuosa ristrutturazione capitalistica di quegli anni) non possa essere sottovalutata, è difficile negare che anche fattori interni al sistema partitico abbiano avuto un notevole peso e che già alla fine degli anni Settanta la strategia del progressivo riavvicinamento tra le forze costituenti (inteso come un processo destinato a meglio costruire e rafforzare l'unità nazionale) abbia prodotto il massimo dei risultati di cui era capace e che il rapimento e l'uccisione di Aldo Moro abbiano interrotto senza rimedio quel processo. Non solo: se i fenomeni non fossero iniziati già da qualche tempo addietro non si capirebbe perché agli eventi della fine degli anni Ottanta e dei primi anni Novanta i partiti non abbiano saputo reagire adeguatamente, finendo per essere spazzati via (nelle loro preesistenti identità) e per travolgere nel proprio crollo anche le istituzioni. Proprio scavando nelle vicende che precedettero il crollo se ne possono rintracciare le ragioni più riposte, tra le quali spicca la difficoltà che i partiti ebbero, allora, a comprendere la profondità e la vastità dei processi di modernizzazione e di secolarizzazione del Paese, così come a governarne lo svolgimento. E sì che di un loro governo vi sarebbe stato bisogno, in un'Italia che storicamente è caratterizzata da un debole spirito

repubblicano e da un intermittente senso civico, nella quale la messa a nudo dell'arbitrarietà di molte convenzioni sociali che fu operata dal Sessantotto, se lasciata a se stessa, avrebbe potuto degenerare (come poi, in concreto, è accaduto) nel cinismo individualista, non traducendosi tanto nel weberiano politeismo dei valori, ma nel puro e semplice abbandono, da parte di consistenti strati di popolazione, di qualsivoglia valore.

Era abbastanza naturale che, una volta che la legittimazione dei partiti era stata sfidata, se non perduta, una sponda rilegittimante venisse cercata nelle istituzioni. E quella dei primi anni Novanta è, infatti, la storia dell'affannoso tentativo di trovare proprio nella dimensione istituzionale nuova linfa vitale. Il crollo dei vecchi partiti, però, aveva arrecato gravi danni alle stesse istituzioni, in particolare a quelle della rappresentanza, perché la polemica anti-partitocratica aveva fatto passare l'idea ch'esse fossero viziate proprio dall'eccesso di presenza, al loro interno, dei partiti. L'appoggiarsi alle istituzioni, minate esse stesse nella loro credibilità, era dunque assai malcerto.

Incontestata la crisi e chiare — a me sembra — le sue ragioni, v'è allora da chiedersi, per un verso, se l'intero edificio costituzionale non ne venga minato e, per l'altro, se il modello costituzionale di partito possa essere in qualche modo recuperato.

Il primo quesito non tollera risposte perentorie. Il progetto costituzionale di emancipazione s'è all'evidenza inceppato e il venir meno dei suoi presupposti politico-partitici non poteva che determinare questo esito. Non deve essere dimenticato il collegamento intimo che esiste fra l'art. 49 e l'art. 3, comma 2, Cost., con il primo che identifica lo strumento organizzativo grazie al quale lo sviluppo della personalità umana, voluto dal secondo (in collegamento con l'art. 2), può realizzarsi nel contesto dell'agire politico. In particolare per le classi sociali e i soggetti individuali che sono esclusi dal possesso dei mezzi di produzione economica o dal circuito della produzione culturale il partito è giustamente inteso, nella Costituzione, come il grimaldello per scardinare gli ostacoli (ostacoli che è lo stesso art. 3, comma 2, a dettagliare) posti lungo la via che conduce dall'astratta proclamazione dell'eguaglianza alla concreta realizzazione di opportunità che si vogliono pari: dall'eguaglianza formale a quella sostanziale. È dunque per via *politica e partecipativa*

che la Costituzione immagina si possa realizzare il suo progetto emancipante, non certo per via *giudiziaria*, come sempre più spesso si illudono di fare i tanti (pur giustamente, va detto) delusi della politica. Non ha torto chi mette in guardia contro quella sorta di pancostituzionalismo che immagina si possa sempre trovare nella Costituzione, e per essa nelle aule giudiziarie, la soluzione dei conflitti, il soddisfacimento delle aspirazioni individuali, il rimedio alle ingiustizie. Pretendendo troppo dalla Costituzione si arriva « ad uno spiccato e sempre più ampio intervento del diritto costituzionale nella società » e si « esalta il dominio della costituzione, conferendo rilievo costituzionale ai più disparati conflitti sociali » (63).

Se la preoccupata premessa di questa dottrina è tutt'altro che infondata, non tutti i suoi corollari sono convincenti. A dirla chiara, vi si immagina, a me pare, una rivalutazione del « pluralismo di fatto » à la *Gurvitch*, prospettando un passo indietro della regolazione costituzionale del conflitto e la consegna della sua soluzione al libero giuoco dei singoli competitori. Così facendo, però, si finisce per trascurare pericolosamente sia la natura antiegalitaria del pluralismo contemporaneo sia il drammatico bisogno di unità che pervade, da capo a fondo, le società pluraliste, unità della quale proprio la Costituzione è il primo presidio normativo. Certo, è condivisibile l'aspirazione a una qualche riduzione dell'area del « costituzionalmente normato » ed è vero che qualunque costituzione « non può che lasciare 'libera' da prescrizioni, per quanto estese ed incisive siano le sue proposizioni, una serie, storicamente variabile, di rapporti sociali e di manifestazioni giuridiche » (64), tuttavia la partita dell'unità si giuoca anche sul tavolo costituzionale, per orientare un confronto pluralista che, se abbandonato a se stesso, vedrebbe, alla fin fine, necessariamente prevalere il più forte.

Quale che sia il peso che dev'essere assegnato alla normatività costituzionale, comunque, quel che è certo è che il suo originario disegno s'è scolorito. Nondimeno, la Costituzione ha dimostrato una sorprendente capacità di resistenza, riuscendo sempre (almeno fino adesso) a coagulare un aspro dissenso politico popolare attorno ai

(63) V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, p. 8 e s.

(64) Ivi, p. 147.

tentativi di *Totalrevision* che da trent'anni a questa parte si sono andati — sconsideratamente — succedendo ⁽⁶⁵⁾. Una prestazione eccezionale che si spiega, probabilmente, con la capacità che ebbero i Costituenti di guardare alle correnti profonde della storia italiana, interpretandole correttamente e adagiandovi la Costituzione.

La risposta al secondo quesito è semplice nella parte *destruens* e complessa nella *construens*. È evidente che le grandi trasformazioni storiche che abbiamo potuto registrare in questi anni rendono velleitaria l'idea di un ritorno, *sic et simpliciter*, al passato. Da tempo insisto sul fatto che la crisi attuale della rappresentanza è (almeno inizialmente) imputabile meno all'inadeguatezza del rappresentante che a quella che ormai è una conclamata « crisi del rappresentato » ⁽⁶⁶⁾. Rappresentare correttamente è sostanzialmente impossibile se l'identità stessa del rappresentato è incerta o addirittura oscura al rappresentato medesimo e se le identità personali sono state travolte dalla dissoluzione dei legami sociali e familiari, dalla crisi del principio di autorità, dalla precarizzazione e parcellizzazione del lavoro, dalla deideologizzazione, dal difettoso assorbimento dei processi di secolarizzazione. In queste condizioni un ritorno all'età dell'oro dei partiti, che la Costituzione ha registrato e favorito, non può essere prospettato. Cionondimeno, vi sono alcuni tratti del modello costituzionale che meritano di essere salvaguardati e, laddove abbiano subito danni, riparati.

Il processo di trasformazione dei partiti esperito dal sistema italiano è largamente comune a quelli conosciuti dagli altri sistemi politici occidentali. Il contesto generale è quello di una complessiva tendenza alla disintermediazione, che non ha investito solo la politica, ma anche il mondo del lavoro (con la verticale crisi dei

⁽⁶⁵⁾ Che di tentativi di *Totalrevisionen* si sia trattato potrebbe dubitare chi mettesse in evidenza il fatto che si trattava pur sempre di iniziative volte alla novellazione della sola Parte II della Costituzione. Lo stretto collegamento che intercorre fra la « Costituzione dei diritti » e la « Costituzione dei poteri » (riprendo la formula del mio *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, vol. II, p. 497 e ss.), tuttavia, rende infondata una simile, affrettata conclusione.

⁽⁶⁶⁾ Rinvio al mio *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 109 e ss.

sindacati) ⁽⁶⁷⁾ e più in generale tutte le relazioni sociali ⁽⁶⁸⁾: la recessione dei partiti non è stata pienamente accompagnata da quella « espansione del ruolo delle entità associative » che aveva senso immaginare all'inizio degli anni Novanta ⁽⁶⁹⁾, ma che oggi risulta confermata solo in piccola parte dai fatti. In particolare, sul piano politico, nondimeno, l'affermarsi (assecondato da *élites* partitiche a corto di cultura e di risorse progettuali) di un « modello giacobino di democrazia immediata, centralizzata e plebiscitaria » ⁽⁷⁰⁾ ha spinto verso una sempre più netta personalizzazione della politica, cui si sono accompagnati uno spostamento dell'asse dell'azione partitica sul momento elettorale e una conseguente riduzione quantitativa — e anche un parallelo indebolimento qualitativo — della *membership*. Un'azione di recupero sembra assai difficile, almeno nel breve-medio periodo, perché i processi avviatisi da decenni sono sorretti da condizioni oggettive (impoverimento culturale delle masse; semplificazione del linguaggio connesso alle nuove tecnologie; spasmodico bisogno psicanalitico della protezione assicurata da figure carismatiche o che si vorrebbero tali, etc.) così potenti da rendere velleitari, per ora, gli sforzi di contrasto. Qualche maggiore opportunità sembra tuttavia segnalarsi sul terreno della partecipazione alla vita di partito, sul quale quelle condizioni gravano in modo meno evidente e immediato.

Si potrebbe dunque immaginare di lavorare su quel terreno, chiedendosi, per esempio, se sia possibile: *a*) immaginare forme di *membership* (intendendo con questo termine non solo la formale iscrizione, ma anche l'autopercezione dell'appartenenza) di tipo tematico (sollecitando — cioè — almeno una partecipazione alla vita di partito limitata a singoli temi, come l'ambiente, i diritti civili, i

⁽⁶⁷⁾ A. MICHELI, *La mediazione sindacale e la partecipazione dei lavoratori*, in *Il mostro effimero*, cit., p. 137: « L'aziendalizzazione delle relazioni economiche e l'individualizzazione dei contratti hanno condotto a uno spostamento del baricentro della contrattazione sul rapporto tra lavoratori singoli e impresa [...] ». Analogamente, CARRIERI, FELTRIN, ZAN, *Lo strano caso della resilienza*, cit., p. 40 e ss.

⁽⁶⁸⁾ F. BASSANINI, *I corpi intermedi nella democrazia del XXI secolo: la fida della disintermediazione*, in *Una società di persone?*, cit., p. 309 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Mi riferisco, in particolare, a GEMMA, *Costituzione ed associazioni*, cit., pp. 23, 158 e s., 316.

⁽⁷⁰⁾ F. BASSANINI, A. QUADRIO CURZIO, *Prefazione a Il mostro effimero*, cit., p. 15.

diritti sociali, etc.); *b*) organizzare occasioni di *democrazia deliberativa* (nel senso di Fishkin e di Ackermann, cioè di confronto aperto di un campione selezionato di attori politici su *issues* determinate) ⁽⁷¹⁾, che in questo caso — però — non sarebbero sostitutive del processo decisionale pubblico, ma si configurerebbero come integrativo-sostitutive di quello decisionale partitico, consentendo — cioè — di collegare l'elaborazione di frammenti (anche consistenti) della strategia politica dei partiti alla discussione di base; *c*) immaginare modalità di selezione delle candidature alle cariche pubbliche più trasparenti di quelle attuali, monopolizzate dai gruppi di vertice, ma meno laceranti delle primarie, magari avvalendosi, specie in sede locale, ancora una volta delle tecniche deliberative (nelle quali i partecipanti sono obbligati alla razionalità e a far valere la coerenza fra candidatura, indirizzi complessivi del partito, interesse generale); *d*) prevedere cerchi concentrici della *membership* via via più impegnativi, come la partecipazione a *focus groups*, il sostegno economico, la partecipazione alle primarie o alle procedure deliberative che dovrebbero sostituirla, sino ad arrivare all'iscrizione; *e*) definire in modo diverso (eventualmente agendo sul *cursus honorum*) i rapporti fra centro e periferia dei partiti, lasciando alla periferia la conquista dei territori, ma recuperando al centro la competenza a definire le strategie nazionali e quelle locali comunque incidenti negli equilibri generali (evitando i rischi disgreganti del prevalere delle strutture periferiche su quelle centrali del partito). Una serie di ipotesi di larga massima, come si vede, che non costituiscono altro che semplici e certo non risolutive suggestioni.

7. *Pluralismo e unità.*

Le società pluraliste hanno problemi di temperatura e di coesione. Se questi problemi non vengono risolti l'edificio pluralista si sgretola.

La società pluralista non è un luogo di grandi passioni e funziona bene solo a temperatura media, non troppo bassa (altri-

⁽⁷¹⁾ Una interessante descrizione del dibattito sulla democrazia deliberativa è in *Democracy as public Deliberation. New Perspectives*, a cura di M. Passerin d'Entreves, Manchester-New York, Manchester Univ. Press, 2002.

menti implode o si esaurisce per entropia) né troppo calda (altrimenti si surriscalda o addirittura esplose) (72). Lo stesso presupposto del relativismo etico impedisce la mobilitazione sociale continua che è tipica dei (e indispensabile per i) regimi non pluralisti, specie se totalitari, e sollecita forme di interlocuzione razionale fra i cittadini e fra gli attori politici. L'accettazione di questo stato di cose, tuttavia, non è semplice. La comprensione dell'altro e l'apertura al dialogo costano fatica, mentre la moderazione delle passioni non aiuta coloro che sono alla perpetua ricerca del senso della vita o che aspirano al rinvenimento del vero. La società pluralista, pertanto, è vulnerabile perché potenzialmente soggetta al fascino che su alcuni strati sociali esercitano le ideologie « forti » e intolleranti.

Di fronte al rischio derivante da questa vulnerabilità, l'arma che le società pluraliste possono utilizzare si chiama, nella tradizione anglosassone, *civismo*, e, in quella francese postrivoluzionaria, *spirito repubblicano*. Si tratta di modelli comportamentali e di atteggiamenti culturali assai diversi, che peraltro operano nella stessa direzione, funzionando da elementi di tenuta del sistema e da antidoti alle rotture dell'equilibrio pluralista. Non è un caso che le società nelle quali l'uno o l'altro sono deboli siano deboli esse stesse (l'esperienza dell'Italia è paradigmatica), proprio in quanto più semplice vi è la permeabilità alle tentazioni antipluralistiche. Qui il ruolo del diritto è essenzialmente pedagogico, nel senso che il costituente o il legislatore non possono fare molto di più che disegnare modelli comportamentali corretti, vuoi incentivandone la pratica (è il caso della legislazione premiale per il volontariato, la cooperazione, il terzo settore), vuoi reprimendone la violazione (è il caso della normativa penale contro i discorsi d'odio o il razzismo). Se lo strumento disponibile è solo quello della pedagogia e della maturazione del civismo e dello spirito repubblicano, tuttavia è chiaro che si richiedono tempi lunghi e condizioni storiche complesse, sicché non v'è da illudersi sulla rapidità dei processi e nemmeno sulla stabilità delle conquiste eventualmente ottenute.

(72) Ho usato la metafora della temperatura già in M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in « Rivista AIC », 2014, 1, p. 2, e in ID., *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in « Rivista AIC », 2017, 2, p. 22.

L'esigenza di coesione, a questo punto, si fa pressante e reclama strumenti idonei a far sì che la comunità politica pluralista resti unita. Il pensiero politico del Novecento li ha articolati seguendo soprattutto tre strategie: quella weberiana, quella popperiana, quella smendiana.

In Weber il motore dell'unità è un potere legittimo che, in quanto riconosciuto come tale (*als legitim angesehen*), riesce a unificare il gruppo sociale con la comune credenza nella fondatezza della pretesa della classe dirigente a esercitare la funzione di governo (73). Gli itinerari della legittimità possono essere i più vari (razionale, tradizionale e carismatico), ma nonostante la varietà dei *Legitimitätsgründe einer Herrschaft* la primordiale necessità di un potere legittimo, fondamento statico e all'un tempo motore dinamico dell'unità sociale, non viene mai meno.

In Popper, ma anche in molti altri (Schumpeter, Dahl, Luhmann e in qualche misura Habermas, per fare solo alcuni dei nomi più importanti) (74), si tratta di una strategia procedurale e formale, che, peraltro riagganciandosi a Weber, pone al centro del sistema il tipo di autorità razional-legale, con l'obiettivo di neutralizzare il conflitto grazie al comune riconoscimento di procedure — appunto razional-legali —, nelle quali tutti possono acquietarsi in quanto riconosciute per tutti garantiste delle medesime *chances* di successo.

In Smend abbiamo la risposta più complessa ed eclettica, nella quale la costruzione del vincolo politico è affidata a molteplici meccanismi integrativi, simbolici, personali, materiali (75).

(73) WEBER, *Economia e società*, cit., I, p. 207 e ss. Questa dottrina, come è noto, è prospettata, in forma sintetica, in ID., *Politik als Beruf* (1919), München u. Leipzig, Duncker & Humblot, 1926², p. 9, dal quale saggio sono tratte anche le brevi espressioni citate nel testo.

(74) Su Habermas sarebbe invero da fare qualche *distinguo*, perché l'importanza assegnata al *patriottismo costituzionale* contamina di determinazioni contenutistiche l'impianto della legittimazione razional-legale.

(75) R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, ora in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, p. 68 e ss.; ID., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, ora in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., spec. p. 136.

Difficile negare che, al di là del suo segno contingentemente autoritario, proprio la più complessa risposta smendiana abbia avuto il maggior successo, se non nella teoria (considerato l'insopportabile provincialismo anglosassone, che della dottrina europea dell'integrazione ha raramente una qualche cognizione), nella pratica politica. Ed è questo, allora, il *punctum crucis*: proprio la complessità della pratica politica dell'integrazione ha sempre richiesto una straordinaria sapienza di progettazione del futuro e di gestione del presente. Merce rara, al giorno d'oggi ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁶⁾ La constatazione della « assenza di una classe politica consapevole del proprio ruolo » è diffusa (v., ad es., F. BILANCIA, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in *Il mostro effimero*, cit., p. 52).

ENZO CANNIZZARO

CONSUETUDINE E PLURALISMO NORMATIVO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Pluralismo normativo e pluralismo istituzionale. — 2. Il diritto internazionale classico come un ordinamento monolitico. — 3. Realismo e realtà nella costruzione dell'ordinamento internazionale. — 4. La trasformazione della consuetudine in diritto internazionale: dall'accordo tacito al diritto consuetudinario senza consuetudine. — 5. Consuetudine e mutamento sociale. — 6. Norme consuetudinarie senza consuetudine? — 7. Metodologie di ricostruzione del diritto consuetudinario senza consuetudine. — 8. Considerazioni conclusive.

1. *Pluralismo normativo e pluralismo istituzionale.*

Il termine pluralismo sottende una varietà di significati che attraversano la storia del pensiero giuridico ⁽¹⁾. In particolare, si può parlare di pluralismo esterno o inter-ordinamentale, qualora si intenda ricostruire i rapporti fra ordinamenti giuridici liberati dal fardello teorico del principio di esclusività. Si parla di pluralismo interno, o infra-ordinamentale, qualora si voglia indicare i rapporti fra fonti o norme non ordinate sulla base di un principio formale di gerarchia e subordinazione che investe, invero, sia i rapporti fra norme che quelli fra i loro procedimenti di formazione.

Il secondo significato tende, quindi, a sovvertire l'idea monolitica dello Stato e del suo ordinamento interno come creatore

⁽¹⁾ Cfr., *ex multis*, *Normative Pluralism and International law. Exploring Global Governance*, a cura di J. Klabbers e T. Piiparinen, Cambridge University Press, 2013, nonché i saggi raccolti nel volume n. 50, 2021 dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », *Pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze e la Pagina introduttiva* di G. CAZZETTA, *Unità e pluralità - Spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno*, *ivi*, p. 1 e ss.

dell'ordinamento giuridico, sia verso l'interno che verso l'esterno ⁽²⁾. Nel primo caso, la contestazione si rivolge allo Stato quale monopolista della creazione normativa: una qualificazione espressa già nelle prime teorizzazioni della sovranità normativa, nelle quali il sovrano era colui che poteva fare e disfare il diritto. Più interessante ai fini del presente scritto è la contestazione rivolta allo Stato, anzi, agli Stati come creatori del diritto internazionale e unici monopolisti della funzione di formazione, interpretazione ed estinzione di tale diritto.

In una prospettiva più ampia, il pluralismo normativo infra-ordinamentale può essere visto come il riconoscimento dell'esistenza di più processi di formazione del diritto, concorrenti rispetto al diritto dello Stato — ovvero, in diritto internazionale, rispetto al diritto degli Stati — fondati, a propria volta, su interessi e valori che talvolta si compongono, talaltra confliggono, con quelli statali.

Guardate attraverso il prisma dell'evoluzione storica, il pluralismo normativo sembra seguire, paradossalmente, una evoluzione inversa rispetto a quello istituzionale. Lo Stato contemporaneo, per lo meno nel suo modello liberal-democratico, ha incrementato il pluralismo istituzionale, distribuendo il potere politico nei mille rivoli del decentramento funzionale e territoriale, ma si è impossessato solidamente della funzione di produzione giuridica fino a farne una sorta di monopolio. Il crescente tasso di pluralismo istituzionale, che caratterizza le moderne democrazie, ha quindi prodotto una progressiva riduzione del pluralismo normativo; quasi che la grande ricchezza dei processi politici plurali abbia impoverito i processi plurali di creazione del diritto; quasi che il pluralismo istituzionale abbia assorbito le inquietudini sociali che si riversavano fino ad allora nel pluralismo normativo.

2. *Il diritto internazionale classico come un ordinamento monolitico.*

La tensione fra monismo e pluralismo normativo che ha caratterizzato l'evoluzione del modello di Stato sul piano interno si avverte anche nella dimensione esterna. In essa, lo Stato ha sempre

⁽²⁾ Cfr. P. COSTA, *Il "pluralismo" politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, ivi, p. 23 e ss.

assunto una doppia veste: la veste di soggetto dell'ordinamento, vincolato alle sue norme, e la veste di autorità sociale, ancorché in una situazione di parità con gli altri Stati.

In tale dimensione, questa bivalenza della nozione di Stato è ancora più netta di quanto non lo sia nel proprio ordinamento interno. Nella concezione classica del diritto internazionale, infatti, non solo lo Stato è un ente che crea il diritto e lo subisce. Esso, anzi, ne è l'unico destinatario. Secondo una formula tradizionale, il diritto internazionale è fatto dagli Stati per gli Stati. Gli Stati sono gli unici fattori del diritto e gli unici utilizzatori. Questo appare l'esito del processo di maturazione del pensiero giuridico occorso fra il XIX e il XX secolo, il quale ha definitivamente affermato l'autonomia del diritto internazionale dalla tradizione naturalista, consacrandone la definitiva dimensione ordinamentale.

Conviene accennare a tale processo, che ci consegna una costruzione scientifica, forse la più evoluta della storia, del diritto internazionale, la quale procede da premesse presentate come indiscutibili dalle quali trarre conseguenze rigorosamente individuate attraverso un processo di deduzione logica.

La premessa fondamentale è data dalla sovranità normativa dello Stato, la quale precede e condiziona la formazione dell'ordinamento internazionale. La sovranità statale non comporta l'inesistenza di obblighi giuridici internazionali. Al contrario, l'esistenza di obblighi internazionali costituisce proprio un corollario della sovranità, in quanto essi, al fine di imporre un vincolo allo Stato, debbono essere previamente da questo accettati ⁽³⁾. L'accettazione di un obbligo esprime, quindi, la volontà dello Stato di limitare la propria sovranità. Questa concezione di carattere atomista, tuttavia, non spiega ancora l'esistenza di un ordinamento giuridico distinto da quello interno, nel quale fondare un vero e proprio obbligo giuridico

⁽³⁾ Così si è espressa la Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Wimbledon*, Series A, n. 1, del 17 agosto 1923: «(t)he Court declines to see in the conclusion of any treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty ».

nell'incrocio fra due volontà sovrane, ciascuna delle quali, quindi, non potrà reciderlo attraverso un *actus contrarius*.

Come spiegare allora il passaggio dalle manifestazioni unilaterali di volontà di due o più Stati ad assumere un obbligo, alla formazione di un vincolo giuridico nell'ambito di un ordinamento esterno rispetto ad essi? Come spiegare, in altre parole, l'esistenza di un ordinamento nel quale due o più espressioni unilaterali di sovranità formano una regola giuridica: una regola governata ulteriormente da meta-regole che ne impongono l'osservanza?

Una spiegazione in linea con l'idea del mantenimento della sovranità normativa degli Stati nonostante l'esistenza di un ordinamento autonomo viene dall'autore che più coerentemente, nell'epoca nella quale le categorie generali di tale ordinamento si sono forgiate, ha sostenuto l'autonomia dell'ordinamento internazionale identificando nella volontà comune degli Stati la sua *Grundnorm*.

Nel celebre libro *Il diritto internazionale nei giudizi interni* ⁽⁴⁾, Dionisio Anzilotti ha tracciato le linee fondamentali che hanno consentito di costruire un ordinamento internazionale fondato su tali due presupposti apparentemente inconciliabili.

La costruzione anzilottiana di un ordinamento internazionale autonomo e separato da quello interno parte dalla contestazione della tradizionale ricostruzione del diritto naturale come radice comune ai due ordinamenti. Indica, significativamente Anzilotti che il diritto naturale ha creato una commistione fra due ordini di valutazioni giuridiche distinti e separati: una commistione nefasta dato che essa rende impossibile distinguere gli ambiti dell'uno o dell'altro ordinamento. Al fine di conferire all'uno e all'altro sistema giuridico la propria dimensione ordinamentale, sarebbe quindi necessario identificare una forza creativa autonoma e diversa dal diritto naturale. Secondo i prolegomeni della nuova scienza giuridico, tale forza non può che essere identificata nella volontà dello Stato. Ma mentre la volontà di uno Stato è sufficiente a creare il proprio ordinamento giuridico, che costituisce l'oggetto della sua sovranità normativa, essa è palesemente insufficiente a fondare l'ordinamento internazionale. Per ciò, vi è la necessità di postulare l'esistenza di una

⁽⁴⁾ Originariamente edito da Zanichelli, 1905, e recentemente ristampato per i tipi di Editoriali scientifica, 2021.

comune volontà degli Stati la quale, sola, può imporre ai singoli Stati il governo delle loro condotte.

Or bene, la costruzione anzilottiana del nuovo diritto internazionale, analoga ad altre sviluppate nella dottrina germanica, fondata sulla comune volontà ⁽⁵⁾, non poteva che porre tale volontà come unica procedura di produzione giuridica.

Ciò appare immediatamente percepibile per i trattati, i quali si fondano, come è noto, sulla volontà dei contraenti che accettano espressamente di limitare, secondo uno schema classico, la propria illimitata sovranità. Essa non è immediatamente percepibile nell'ambito delle altre fonti internazionali: la consuetudine e i principi. Per fondare la loro giuridicità e la loro vincolatività, occorre un ulteriore passaggio logico. In questa concezione monolitica dell'ordinamento, che procede da una unica fonte creatrice, la consuetudine non può che essere concepita come un accordo tacito al quale gli aderenti alla società internazionale aderiscono *per facta concludentia*. Quanto ai principi, essi non possono che rispecchiare la volontà presunta degli Stati. È la comune presenza di quei principi nei rispettivi ordinamenti interni che ne fa presumere la comune volontà di porli come principi universali, tali, quindi da poter essere trrsposti nell'esperienza giuridica internazionale. Di qui, l'ambigua definizione dei principi nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, ripetuto nella medesima disposizione dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che indica che i principi operino nell'ordinamento internazionale in quanto « principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili ».

Lungi dall'essere considerati come una fonte di integrazione eteronoma, i principi rappresentano, quindi, la volontà degli Stati espressa attraverso una trasposizione dei propri principi fondamentali dai propri ordinamenti interni al comune ordinamento internazionale.

Ecco così delineato un ordinamento internazionalista monolitico, i cui caratteri strutturali replicano perfettamente quelli degli ordinamenti statali, sia nella loro dimensione istituzionale che in quella normativa. L'ordinamento giuridico della società degli Stati non può che promanare da tali enti, costituiti in un unico ente

(5) In particolare, H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899.

collettivo, ed esprime la loro comune volontà sovrana. È tale volontà che dà vita a un ordinamento giuridico che è il riflesso della comune dimensione normativa della sovranità statale: il potere di fare e disfare il diritto. Nel diritto interno, è sufficiente la volontà dello Stato; nel diritto internazionale, un diritto orizzontale, privo di forme di autorità, nel quale la sovranità appartiene ai singoli consociati e non già devoluta a un leviatano, per creare il diritto occorre la volontà comune dei essi ⁽⁶⁾.

3. *Realismo e realtà nella costruzione dell'ordinamento internazionale.*

Questo modello di ordinamento monolitico, che trova la sua *Grundnorm* in un assioma indimostrabile e si articola in proposizioni normative dedotte da esso sulla base di un ragionamento puramente logico, ha dominato la fase della grande trasformazione del diritto internazionale fra l'Otto e il Novecento. D'altronde, esso rispecchia, per lo meno nei presupposti metodologici di base, il modello degli ordinamenti statali costruiti, soprattutto dalla giuspubblicistica tedesca, come il riflesso, sul piano giuridico, dell'unità politica dello Stato. Tale costruzione è apparsa ai teorici del tempo come l'unica alternativa scientifica al brodo primordiale del diritto naturale.

Questo concetto di ordinamento ha dominato il pensiero positivista e ha trasmesso, fino a oggi, l'idea di un ordinamento internazionale chiuso verso l'esterno attraverso il principio di esclusività e chiuso verso l'interno attraverso il monopolio degli Stati nella produzione giuridica. Questi caratteri procedono dal presupposto dell'esistenza assiomatica di una norma fondamentale che conferisce giuridicità a tutte le altre norme attraverso processi di produzione normativa fortemente formalizzati e imperniati sull'unica volontà

(6) Pochi anni dopo, Santi Romano, nel risolvere « il c.d. problema del diritto internazionale », tende a considerare il diritto internazionale come connaturato alla esistenza di una comunità di Stati la quale, nel pensiero romaniano, costituisce il momento fondativo dell'ordinamento: « come il diritto statale si pone con la stessa esistenza dello Stato, essendo unico il momento dell'esistenza e di quest'ultimo e del relativo ordinamento giuridico, così il diritto internazionale si pone con la stessa esistenza della comunità degli Stati, che postula necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli » (*L'ordinamento giuridico*, 1946², p. 57 e ss.).

originaria che, attraverso processi di delegazione, permea l'intero ordinamento. Negli ordinamenti statali, questa è l'autorità di fare e disfare il diritto, che dà vita alla Costituzione. Nell'ordinamento internazionale, essa sarebbe la volontà comune degli Stati (7).

In ambedue le dimensioni giuridiche, quella interna e quella internazionale, quindi, sono gli Stati a fare e disfare il diritto. Nei nostri ordinati sistemi statali, lo Stato crea il diritto avvalendosi della propria autorità autopoietica; nell'ordinamento internazionale, lo Stato concorre a creare il diritto come soggetto paritario di un ordinamento privo di autorità sociale. In ambedue i casi, l'orizzonte dell'esperienza giuridica si riassume necessariamente nell'ente che incarna la sovranità politica e quella giuridica (8).

Ma questa costruzione teorica, coerente a patto di accettare l'assioma fondamentale sul quale essa si sostiene e presentata come l'unica prospettiva realista, è davvero corrispondente alla realtà?

In questo breve saggio discuterò questa questione esclusivamente dal punto di vista dell'ordinamento internazionale e sulla base dell'esempio paradigmatico del diritto consuetudinario.

4. *La trasformazione della consuetudine in diritto internazionale: dall'accordo tacito al diritto consuetudinario senza consuetudine.*

La consuetudine come fatto normativo ha per secoli attratto l'attenzione del pensiero scientifico. Questa attenzione, peraltro, è gradualmente venuta meno in relazione al rapido decadimento di questa fonte nelle dinamiche di diritto interno, in conseguenza della fortissima tendenza alla codificazione e all'assorbimento delle norme consuetudinarie in norme scritte.

Una tale parabola, però, non ha interessato, se non in piccola parte, il ruolo della consuetudine in diritto internazionale. Se pur anche in tale ordinamento vi sia stata una tendenza alla codificazione del diritto, essa non ha comportato, in virtù dell'assenza di una

(7) È nota la critica mossa alla costruzione anzilottiana da Santi Romano, il quale muove dalla propria concezione istituzionalista per ricostruire il fondamento del diritto internazionale nella esistenza stessa di una comunità di eguali. V. *ivi*, pp. 62 e 63.

(8) Su questa parabola della sovranità, sia consentito rinviare al mio piccolo libro *La sovranità oltre lo Stato*, il Mulino, 2021, pp. 54 e ss., 67 e ss.

funzione legislativa centralizzata, l'assorbimento delle norme consuetudinarie in norme scritte, dotate di superiore valore gerarchico. Di conseguenza, e nonostante i processi di codificazione, la consuetudine rimane la principale fonte di diritto internazionale generale. Né è prevedibile un rapido decadimento del suo ruolo in questo ordinamento.

Tuttavia, e nonostante la spasmodica attenzione della dottrina e della giurisprudenza, i processi di formazione della consuetudine, quelli del suo accertamento, le relazioni fra le norme che essa crea ovvero fra tali norme e altre norme di diritto generale, sono rimasti avvolti nel mistero.

Nel diritto internazionale odierno, affermatosi come disciplina autonoma dalle suggestioni giusnaturaliste, vi è pressoché assoluta concordia sulla natura fattuale della consuetudine, che produce norme dedotte da condotte degli Stati sulla base di una metodologia formalizzata ⁽⁹⁾.

Di converso, non vi è alcuna concordia sulla ricostruzione del passaggio fra consuetudine e norma consuetudinaria, fra fatto e

⁽⁹⁾ Si vedano, in proposito, le *Draft Conclusions* della Commissione del diritto internazionale del 2018 sulla *identification of customary law* e, in particolare, la *draft Conclusion* n. 4, intitolata *Requirement of practice*:

« 1. The requirement of a general practice, as a constituent element of customary international law, refers primarily to the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.

2. In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.

3. Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraphs 1 and 2 ».

Nel Commentario, la Commissione ha chiarito che il diritto consuetudinario va determinato primariamente sulla base delle condotte statali e, occasionalmente, sulla base di condotte di organizzazioni internazionali (v. il commentario all'art. 4, in « Yearbook of the International Law Commission », 2018, part II, AA/73/10, p. 130 e ss.). Come è noto, la Commissione ha inizialmente ritenuto di occuparsi non solo dei metodi di identificazione del diritto internazionale, ma anche di quelli della sua formazione. Nel corso dei lavori, su proposta del Relatore speciale, la Commissione ha quindi deciso di non occuparsi espressamente del processo di formazione, pur suggerendo che l'accertamento del diritto consuetudinario debba accertare l'esistenza dei suoi elementi costitutivi e, di conseguenza, agli effetti pratici non vi sia alcuna differenza fra il processo di formazione e quello di accertamento del diritto consuetudinario.

diritto. Il modello volontarista anzilottiano, fondato sul tacito consenso dei consociati, se pur dotato di un alto grado di rigore teorico, è apparso subito impraticabile alla luce della ampia e variegata composizione della comunità internazionale nonché dall'emergenza di nuovi soggetti, i quali si sottrarrebbero al rispetto di norme alla formazione delle quali essi non hanno partecipato. Esso, tuttavia, non è mai stato definitivamente abbandonato e, anzi, riemerge periodicamente nella prassi diplomatica e nei progetti di codificazione ⁽¹⁰⁾.

Un secondo modello, assolutamente prevalente in dottrina e nella giurisprudenza internazionale, è quello dualista, tramandato dalla tradizione secolare, fondato sulla presenza di un elemento materiale, la prassi, e un elemento psicologico, l'*opinio iuris*. Tale modello sconta, tuttavia, un peccato originale. Esso guarda al passato, traendo norme da tradizioni comportamentali dei consociati sorrette dalla convinzione del loro effetto normativo. L'inevitabile conseguenza è quella di una fonte lenta, che non è in grado di assicurare il ricambio del diritto e di metterlo al passo con il mutamento sociale.

Da ciò l'obiezione logica insuperata che prospetta un inevitabile periodo transitorio nel quale le condotte che formeranno la futura consuetudine giacciono in un limbo fra l'illegalità secondo il diritto passato e la piena legalità secondo quello futuro ⁽¹¹⁾.

Proprio questo iato temporale fra la vigenza di un diritto ormai superato e la promessa di un nuovo diritto più adeguato allo

⁽¹⁰⁾ Esso ha lasciato tracce nel diritto contemporaneo, in taluni istituti assai controversi, quali, ad esempio, quello dell'obiettore persistente. Nel par. 1 della *Conclusion* n. 15 (v. nota 9), dedicata alla controversa figura dell'obiettore persistente, si legge: « (w)here a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection ».

La figura dell'obiettore persistente appare quindi un riflesso dell'idea che la consuetudine debba essere accettata dagli Stati per poter produrre diritto. Se pur non vi sarebbe bisogno di una accettazione espressa, ciascuno Stato ben potrebbe evitare la formazione di un vincolo giuridico a proprio carico attraverso fatti concludenti che dimostrino la sua opposizione al processo di formazione della norma.

⁽¹¹⁾ J. CRAWFORD, T. VILES, *International Law on a Given Day*, in *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1994, p. 45; ristampato in J. CRAWFORD, *International Law as an Open System. Selected Essays*, Cameron & May, 2002, p. 69 e ss.

sviluppo dei modelli sociali, rende questo modello inidoneo a ricomprendere tutti i fenomeni normativi fondati sulla forza dei fatti ⁽¹²⁾.

In una visione di insieme, i due modelli classici — quello fondato sulla volontà di innovare il diritto e quello fondato sul fatto normativo — sembrano descrivere una parte, fors'anche cospicua, del patrimonio normativo qualificato come consuetudine. E, tuttavia, essi, pur guardati complessivamente, non esauriscono tale patrimonio. L'esperienza della fucina del diritto internazionale nel periodo successivo alla Seconda guerra mondiale, ci parla di norme consuetudinarie che nascono rapidamente e mutano costantemente nel tempo, ad opera non solo dei produttori classici del diritto, cioè gli Stati, ma da soggetti nuovi — organizzazioni internazionale, giudici, gruppi di individui — che irrompono nel teatro delle relazioni internazionali e reclamano a gran voce il loro posto nella storia del mondo.

5. *Consuetudine e mutamento sociale.*

Questi due modelli — quello volontarista e quello dualista — descrivono efficacemente il ruolo della consuetudine nella tradizionale società degli Stati: la società vestfaliana, composta da enti sovrani che concepiscono il diritto internazionale come un insieme di regole volte a governare esclusivamente i loro rapporti reciproci. Ambedue tali concezioni hanno lasciato tracce profonde che riemergono periodicamente nel diritto internazionale odierno.

La concezione della consuetudine fondata sui classici elementi della prassi e dell'*opinio*, è certamente idonea a spiegare la lenta formazione di regole attraverso manifestazioni fattuali che progressivamente convergono verso modelli comportamentali comuni. Si

(12) Cfr. L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, in « Rivista di diritto internazionale », 2012, p. 704 e ss., nonché E. CANNIZZARO, *Unità e pluralità dei metodi di accertamento del diritto consuetudinario*, in *L'incidenza del diritto non scritto nel diritto internazionale ed europeo*, Atti del XX convegno SIDI, a cura di P. Palchetti, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 23 e ss. Per una valutazione delle diverse dottrine sul ruolo della consuetudine nel diritto internazionale contemporaneo, cfr. A. GIANELLI, *Consuetudine* [dir. int.], in Treccani diritto online, 2017, https://www.treccani.it/enciclopedia/consuetudine-dir-int_%28Diritto-on-line%29/.

tratta, evidentemente, di regole di antica formazione, che riflettono l'equilibrio sociale della comunità vestfaliana e che sono soggette a graduali aggiustamenti per renderle accettabili nel complesso mondo contemporaneo. Un tipico esempio sono le norme sulle immunità, che gli Stati si riconoscono vicendevolmente al fine di salvaguardare le rispettive prerogative sovrane.

Questo modello è quello che guarda maggiormente al passato. È difficile immaginare che una consuetudine siffatta possa costituire il fondamento normativo per un mutamento repentino e profondo degli assetti di interessi di una comunità. È difficile immaginare che questo modello di consuetudine possa governare il passaggio dal mondo vestfaliano a quello contemporaneo, caratterizzato dall'emergenza di nuovi valori e interessi collettivi e dei nuovi attori che ne sono i portatori.

Paradossalmente, il vecchio modello anzilottiano della consuetudine come espressione di una comune volontà degli Stati potrebbe risultare addirittura più idoneo a sostenere normativamente il mutamento sociale occorso nel diritto internazionale. Una consuetudine fondata su una pretesa di uno Stato di innovare il diritto vigente, alla quale corrisponde una sostanziale acquiescenza da parte degli altri, comporta un repentino cambio di interessi e di equilibri normativi sostituiti da altri più adeguati alle mutate esigenze sociali. Si tratta, in altre parole, della ricerca unilaterale di forme normative fondate su un assetto nuovo di interessi promossa da uno o più Stati, alla quale altri Stati implicitamente consentono attraverso forme di acquiescenza. Il mutamento radicale del diritto del mare occorso nella seconda metà del secolo scorso ci offre vari esempi di questo tipo ⁽¹³⁾.

Ciascuno di questi due modelli può, quindi, spiegare taluni processi di formazione del diritto consuetudinario. Nessuno di essi, tuttavia, è capace di racchiudere l'infinita varietà dei modi attraverso i quali esso viene ad esistenza. Ambedue si fondano egualmente sullo schema tradizionale del diritto internazionale come ordinamento

⁽¹³⁾ V., in riferimento alla notissima *Truman Declaration*, Sir H. LAUTERPACHT, *Sovereignty Over Submarine Areas*, in « British Yearbook of International Law », 1950, p. 377; più di recente, M. SHARF, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge University Press, 2013, p. 122 e ss.

monolitico composto dagli Stati come soggetti e come protagonisti esclusivi della vita di relazioni internazionali. Ambedue prospettano una dimensione statica del diritto internazionale che evolve lentamente, quasi in maniera negoziata, alla perenne ricerca di un equilibrio fra gli interessi statali.

6. *Norme consuetudinarie senza consuetudine?*

Non sono, quindi, i due modelli classici a poter rappresentare il mutamento sociale intervenuto nel diritto internazionale contemporaneo sorto dalle ceneri della Seconda guerra mondiale.

Questo nuovo diritto internazionale reca con sé, da un lato, l'eredità del passato; e cioè l'esistenza di una comunità paritetica di enti sovrani governati da un diritto che ne regola la coesistenza. Esso, però, d'altro lato, è aperto a nuovi scenari, caratterizzati da nuovi attori, da nuovi interessi collettivi e nuovi e impensabili valori universali dell'umanità, e non più soltanto degli Stati sovrani.

Un impulso decisivo allo sviluppo del diritto internazionale è stato dato dalla Carta delle Nazioni Unite. Questo atto ha, bensì valore formale di un trattato, e, quindi, elaborato e ratificato dagli Stati. Esso, tuttavia, ha visto la luce in una situazione di fermento ideale causato dalle « indicibili afflizioni all'umanità »⁽¹⁴⁾ recate dal secondo conflitto mondiale. Or bene, la Carta delle Nazioni Unite non ha solo eretto la pace a primario interesse costituzionale del nuovo ordine mondiale. Essa reca con sé la promessa di un nuovo ordine internazionale; un ordine popolato di figure e istituti sconosciuti al vecchio sistema della coesistenza.

Insomma, la Carta delle Nazioni Unite parla un linguaggio che evoca una sorta di embrionale Costituzione dell'umanità, la quale identifica i nuovi valori e interessi — i diritti dell'uomo, lo sviluppo economico e sociale, la cooperazione internazionale — come strumento di coesione fra i popoli. Essa, tuttavia, non dota tali interessi e valori di un apparato attuativo e, quindi fa emergere uno iato fra l'aspirazione a un nuovo sistema di valori e interessi che si accompagna a quello tradizionale, e l'assenza di strumenti normativi per realizzarlo.

(14) Così recita il preambolo della Carta.

Or bene, il diritto consuetudinario, svincolato dal ferreo controllo normativo degli Stati, ha contribuito notevolmente a trasformare in profondità il diritto internazionale classico, quello della coesistenza fra Stati, offrendo strumenti normativi per aprire la porta alle nuove figure e istituti giuridici che tutelano interessi collettivi.

Tale compito non avrebbe potuto essere assolto dalle tradizionali concezioni della consuetudine, concepita come un fatto normativo composto da condotte statali e il cui processo di formazione appare incompatibile a fondare una repentina trasformazione del diritto. La consuetudine è, nell'ambito delle fonti del diritto, la candidata meno idoneo a produrre rivoluzioni normative. Essa, innanzi tutto, è il luogo sacro della tradizione; quello che non promuove certo l'evoluzione del costume sociale, ma la segue. In secondo luogo, essa è fatta dagli Stati, i quali, generalmente, non svolgono la funzione di tutela di interessi collettivo o universali, restando sovente legati a logiche di reciprocità.

Come si è potuto produrre, allora, questa miracoloso effetto?

Al fine di rispondere a questa domanda occorre, quindi verificare l'esistenza di ulteriori modelli di formazione della consuetudine, che possano svolgere il ruolo di volano per questo impetuoso mutamento sociale della comunità internazionale.

Questa possibilità si è rivelata già nell'immediato dopoguerra, a soli quattro anni dalla conferenza di San Francisco, istitutiva delle Nazioni Unite. Nel dirimere una controversia fra il Regno Unito e l'Albania sul passaggio nello stretto di Corfù, la Corte di giustizia ha rigettato l'argomento del Regno Unito, che aveva fondato una azione implicante l'uso della forza nelle acque territoriali albanesi sul diritto di intervento ⁽¹⁵⁾. La Corte ha indicato perentoriamente che, nel nuovo diritto internazionale, un diritto di intervento non potesse più essere ammesso.

Questa conclusione non poteva essere fondata sulla Carta, non vincolante per l'Albania. Né poteva essere fondata su alcuno dei modelli classici della consuetudine. L'unica possibile spiegazione è che la Corte abbia, implicitamente, dedotto che il divieto di agire

⁽¹⁵⁾ *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949, in « I.C.J. Reports », 1949, p. 4.

con l'uso della forza in autotutela fosse incompatibile con il nuovo ordine mondiale, il quale aveva posto come valore fondamentale, non scalfibile da qualsiasi altro valore, il divieto di uso della forza. Ecco che, allora, il nuovo equilibrio normativo creato dalla Carta, fondato su un trattato, assurge a diritto generale dotato, addirittura, di rango primario.

La Corte di giustizia, un organo che non ha altro compito che accertare il diritto vigente, ha verosimilmente utilizzato, senza esplicitarla, una metodologia di analisi fondata sul conflitto fra il diritto consuetudinario preesistente e quello emergente nella coscienza giuridica degli Stati attraverso la loro ampia adesione alla Carta delle Nazioni Unite. In altri termini, essa ha accertato l'obsolescenza dell'equilibrio normativo preesistente, e il sorgere di un nuovo equilibrio normativo nel quale il rispetto del divieto dell'uso della forza aveva già assunto, nella coscienza giuridica della comunità internazionale, valore superiore a ogni altra norma giuridica. Di conseguenza, l'interesse di uno Stato a intervenire a tutela di proprie posizioni soggettive risultava cedevole rispetto all'interesse collettivo di non mettere in pericolo il bene supremo della pace attraverso un uso unilaterale della forza: una metodologia non contemplata nei protocolli classici dell'accertamento del diritto consuetudinario.

Tale metodologia appare di estremo interesse ai nostri fini. Essa sembra fondata sull'idea che la consuetudine non sia una norma meramente fattuale da accertare attraverso il fatto normativo che, solo, può determinarne il contenuto. La consuetudine, piuttosto, produce norme che entrano in interazione dinamiche con le altre norme del sistema internazionale. L'accertamento del diritto da parte del giudice comporta allora, necessariamente, la soluzione di questi processi di interazione.

In questa prospettiva, quindi, il giudice non ha un ruolo meramente certificatorio, quale l'organo che deve determinare il diritto attraverso la rilevazione di condotte statali. Egli, piuttosto, dovrà conoscere dei conflitti normativi ovvero delle occasionali collisioni fra le varie norme del sistema al fine da ricavare, attraverso una operazione logica il diritto vigente.

D'altronde, questa è la funzione tipica dell'accertamento giudiziale del diritto; quasi la sua ragion d'essere. Tale funzione non viene meno semplicemente in ragione della natura fattuale del diritto

consuetudinario, come a lungo si è ritenuto. Anche il diritto fattuale, infatti, ben può entrare in situazioni di conflitto, di collisione o semplicemente di interazione, con altro diritto, fattuale o prodotto da altre fonti. Di conseguenza, l'accertamento dell'ambito di applicazione, del contenuto e della funzione di una consuetudine passa attraverso la determinazione giudiziale del complessivo equilibrio normativo che risulta dai processi di interazione dinamica fra essa e le altre norme del sistema.

In conseguenza di tale metodologia, la consuetudine cessa di essere, se mai lo sia stata, la fonte di un diritto prodotto dagli Stati per gli Stati e diventa un fattore di connessione fra il diritto e le esigenze di una comunità internazionale, la quale include, bensì, gli Stati ma non è limitata a essi.

7. *Metodologie di ricostruzione del diritto consuetudinario senza consuetudine.*

È difficile racchiudere in uno spazio limitato i risultati prodotti dalle nuove metodologie di indagine sul diritto consuetudinario, alla quale hanno contribuito variamente giudici internazionale e nazionali, organi e organismi delle Nazioni Unite, e altri attori diversi dagli Stati nella vita di relazioni internazionali. In questo paragrafo si attenderà a una rapida e provvisoria classificazione, su base esemplificativa, delle situazioni nelle quali il diritto è stato accertato sulla base di interazioni, conflitti o collisioni fra consuetudini ovvero fra consuetudini e altre fonti del diritto internazionale.

La ricerca di un equilibrio fra i tradizionali interessi degli Stati e le nuove esigenze della comunità internazionale ha caratterizzato una ricca giurisprudenza. Esempio appare la metodologia di analisi seguita dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo sulle riserve alla convenzione sul genocidio ⁽¹⁶⁾. In quel caso, l'interesse degli Stati a mantenere la vecchia regola sulla integrità dei trattati, che escludeva la possibilità di apporre riserve non espressamente consentite da un trattato, confliggeva con l'interesse all'universalità dei nuovi trattati sui diritti umani. La Corte ha estratto dai

⁽¹⁶⁾ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion of 18 May 1951*, in « ICJ Reports », 1951, p. 15 e ss.

due principi collidenti gli interessi sottostanti e li ha ricomposti in un nuovo equilibrio, individuando un intero regime consuetudinario pur in assenza dell'elemento della *diuturnitas*. Tale regime ha orientato, negli anni a seguire, le condotte degli Stati ed è generalmente considerato come il nuovo diritto delle riserve.

Questa metodologia capovolge la sequenza logica e temporale del processo di formazione di una norma consuetudinaria. Tale processo procede, infatti, dalla ricognizione della prassi degli Stati la quale, successivamente, si sublima in una norma giuridica. Nel caso in questione, di converso, la norma è dedotta dalla logica del sistema e la prassi ha piuttosto una funzione confermativa della sua esistenza. A propria volta, la logica del sistema è fondata su un processo logico di scomposizione degli interessi sottesi all'equilibrio normativo di una regola che non soddisfa più le esigenze sociali, e la ricomposizione di tale equilibrio con una diversa composizione dei medesimi interessi. Il nuovo equilibrio normativo, quindi, attira la condotta degli Stati e consacra la natura consuetudinaria del nuovo diritto.

Una metodologia solo in parte analoga è quella che innesta nell'equilibrio di interessi sottesi a una determinata norma ulteriori interessi già emersi e assorbiti nel tessuto normativo del diritto internazionale, ma che non hanno ancora prodotto un impatto sul contenuto o la portata di tale norma.

È noto come la sensibilità giuridica per il rispetto dei diritti fondamentali ha realizzato l'obiettivo di stabilire regole internazionali, sia convenzionali che consuetudinarie, a tutela di tali diritti. Ma, una volta stabilite tali regole, di carattere sostanziale, occorre altresì un adattamento di altre norme internazionali, di carattere strumentale, al fine di adattare alla struttura e alla funzione di esse. A tale compito hanno atteso giudici e altri organi internazionali di controllo. Un esempio viene dal diritto consuetudinario dei trattati, il quale ha subito significativi mutamenti allorché applicato ai trattati sui diritti umani, sia in termini di interpretazione, che di estinzione o successione.

Una terza metodologia è stata impiegata al fine di dedurre da regole sostanziali che tutelano diritti collettivi o universali gli strumenti appropriati per la loro attuazione. In questo caso, la giurisprudenza ha utilizzato una logica di sistema, che comporta che una

regola generale che pone diritti ed obblighi debba implicitamente fondare regole strumentali senza le quali le posizioni sostanziali non avrebbero alcuna effettività. Su una logica del genere sembra fondato l'intero sistema normativo degli obblighi erga omnes: una vera rivoluzione nel diritto internazionale contemporaneo (17).

Una ulteriore metodologia è quella di estrarre nuove regole consuetudinarie dalla soluzione di conflitti o collisioni fra norme preesistenti. In proposito, vi è una ricchissima giurisprudenza la quale, senza esplicitare il proprio percorso argomentativo, ha tratto da conflitti normativi una soluzione apparentemente confinata al caso specifico, la cui generalizzazione ha prodotto nuovo diritto (18).

Questi sparsi esempi sembrano dimostrare che il diritto consuetudinario non è composto da regole atomistiche, le quali governano situazioni fattuali specifiche e non entrano, secondo la dottrina tradizionale, in interazione fra loro e con le altre norme del sistema. Come si è visto, regole consuetudinarie, prive dell'elemento della consuetudine, sono accertate attraverso diverse metodologie di analisi che considerato la consuetudine come parte di un sistema normativo ricco e dinamico, ben lontano dall'idea del diritto consuetudinario come diritto puntuale, da accertare volta per volta, o addirittura che consuma la propria carica normativa nella sua applicazione ad una singola condotta.

Al contrario, il diritto consuetudinario include principi tratti, per deduzione logica, dalla struttura dell'ordinamento internazionale, dalle sue funzioni essenziali, dalla sua consistenza ordinamentale, o addirittura, da valori emergenti e nuove esigenze sociali che collidono con il diritto preesistente e danno vita a complesse creazioni normative che costituiscono una presenza costante nel diritto internazionale contemporaneo. A propria volta, queste creazioni normative, che, in mancanza di meglio, vengono classificate come parti del diritto consuetudinario, sono portate ad emersione da Stati, giudici interni o internazionali, organismi internazionali, talora dalla

(17) V. il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004*, in « ICJ Reports », 2004, p. 136 e ss.

(18) Per vari esempi del genere, v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2000.

dottrina: un mondo, insomma, popolato da attori e figure giuridiche sconosciute al limitato mondo *vestfaliano*.

8. *Considerazioni conclusive.*

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ci consegna, quindi, un mondo giuridico internazionale molto più ricco e articolato di quanto lo fosse prima del secondo conflitto mondiale, racchiuso nel ristretto universo dei soggetti statali e delle norme che regolavano i loro interessi reciproci.

Il nuovo diritto internazionale continua, ovviamente, a regolare i rapporti giuridici fra Stati, secondo logiche fondate sulla reciprocità. Gli Stati sono, ancor oggi, i principali protagonisti della vita giuridica internazionale e il diritto internazionale è, ancor oggi, lo strumento principale per realizzare i loro interessi. Ma il diritto internazionale odierno non si riassume in questa prospettiva. Il mutamento sociale indotto, da un lato, dalla consapevolezza di un destino comune dell'umanità e, dall'altro lato, dagli sviluppi tecnologici che hanno ampliato a dismisura l'interazione fra mondi geograficamente lontani, ha mutato anche il diritto internazionale. In particolare, l'irruzione, accanto agli interessi egoistici degli Stati, di interessi e valori comuni ha modificato il panorama istituzionale del diritto internazionale e, con esso, anche quello normativo.

Tradizionalmente concepito come il diritto della tradizione, il diritto consuetudinario ha assunto un ruolo determinante nella trasformazione del diritto internazionale da strumento degli Stati a strumento per la realizzazione di interessi collettivi o universali. In questo senso, esso ben può essere concepito come uno strumento del pluralismo giuridico dell'ordinamento internazionale.

Del pluralismo istituzionale, innanzi tutto. La prassi sinteticamente illustrata nei paragrafi precedenti dimostra che non vi è una sola procedura di formazione del diritto consuetudinario, fondata su condotte o manifestazioni di volontà, esplicite o tacite, degli Stati, ma che tale diritto evolve anche attraverso le normali dinamiche ordinamentali e, in particolare, attraverso interazioni normative nel sistema internazionale accertate primariamente dai giudici. Ne consegue che gli Stati hanno perso il proprio ruolo di monopolisti della funzione normativa a favore di giudici e altri operatori del diritto.

In secondo luogo, del pluralismo normativo. Il diritto consuetudinario procede dalla consuetudine ma non si esaurisce in essa. Il diritto consuetudinario può scaturire dall'incrocio fra una moltitudine di norme consuetudinarie, ovvero dall'incrocio fra norme consuetudinarie e altre norme del sistema, o addirittura dalla scomposizione degli interessi di una norma consuetudinaria e la loro ricomposizione in una diversa norma consuetudinaria più adeguata alle esigenze del sistema.

In questo senso, non sembra inappropriato parlare di pluralismo normativo del diritto internazionale, nel senso che tale ordinamento non è formato solo da regole prodotte attraverso procedimenti formalizzati, quanto piuttosto attraverso una classe aperta di procedimenti fondati su criteri di interazione normativa e confermati nel loro esito attraverso condotte successive che ne incorporino il contenuto.

Questi procedimenti sembrano sfidare l'idea, imperante al tempo del normativismo, di un *numerus clausus* di procedimenti di formazione del diritto, conoscibili a priori e fondate su criteri rigorosamente gerarchici. Pur se tale idea potesse essere realizzata integralmente nei moderni ordinamenti statali, essa non sembra poter ispirare l'ordinamento giuridico internazionale.

THORSTEN KEISER

DIRITTO DEL LAVORO E PLURALISMO

1. Pluralismo e mondo del lavoro: un primo approccio. — 2. Varietà di stili di vita e vari mondi del lavoro prima del 1800. — 3. Pluralismo, codificazione e astrazione nel diritto del lavoro. — 4. Il mondo delle tariffe: nuove pluralità in Germania nel XX secolo. — 5. Riflessioni concettuali su pluralismo e diritto del lavoro. — 6. Conclusione: pluralismo e problema della rappresentanza.

1. *Pluralismo e mondo del lavoro: un primo approccio.*

A prima vista, una *pluralità* di regole giuridiche è facilmente associabile al mondo del lavoro, dove si trova una grande varietà di norme. Il diritto del lavoro ha sempre riguardato gruppi diversi: un'importante caratteristica, unita all'autocomprensione come membro di una professione che era associata a un cetto sociale. Possiamo dire che il diritto del lavoro era prima del ventesimo secolo il diritto di varie professioni, costituito da varie norme nate per organizzare diversi rapporti di lavoro. Gruppi diversi potevano avere interessi diversi, che si esprimevano in norme giuridiche. D'altra parte, però, l'autorità politica aveva bisogno di regolare la risorsa lavoro e renderla utilizzabile. I lavoratori dovevano essere controllati e allo stesso tempo preservati come risorsa. In relazione a ciò, sono emerse lentamente anche norme per la tutela dei lavoratori. Così, si trovano varie forme di diritto destinate al controllo dell'economia, che hanno un impatto sulle relazioni di lavoro. Il diritto che riguarda il lavoro ⁽¹⁾ si caratterizza quindi per una dimensione esteriore di produzione di regole, ma anche per l'organizzazione interna dei

(1) La nozione di « diritto del lavoro » in senso proprio, spesso percepito come prodotto della nuova società industrializzata dell'Ottocento (vedi Giovanni CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Milano, 2007, p. 3 e ss.) è utilizzata qui in senso

gruppi, il loro coordinamento reciproco ed il loro rapporto con l'autorità politica.

Non solo possiamo distinguere tra meccanismi interni ed esterni di produzione normativa nel mondo del lavoro. Un'altra differenza esiste tra diritto in senso proprio e tra norme meno formali. Le norme informali hanno sempre giocato un ruolo importante, ad esempio, le consuetudini contrattuali o i rituali che si osservano presso gli artigiani prima del 1800 ⁽²⁾. Uno scopo importante di queste regole era creare un senso di appartenenza e identificazione. Come sappiamo, il mondo cetuale delle professioni è stato polverizzato dal diritto privato del XIX secolo e dall'industrializzazione. Però già durante questo processo l'idea di appartenenza alla « classe operaia » ha sostituito le vecchie nozioni di status, di ceti, di associazione, insomma, l'identità corporativa, come la storia sociale ha dimostrato in modo impressionante, almeno per il lavoro nella crescente industria ⁽³⁾. L'identità cetuale e l'idea di appartenenza alla classe operaia hanno generato, ciascuna per il suo tempo, norme informali significative per il diritto del lavoro, spesso intrecciate in nodi complessi con il diritto statale. Quindi già la particolare presenza di regole non formali, che possono crescere in vari rapporti sociali e che spesso erano sottratte alla regolamentazione statale fa del mondo del lavoro un campo di eccellenza per la osservazione di fenomeni di pluralità ⁽⁴⁾. Se si può parlare anche di pluralismo dipende naturalmente dalla definizione.

lato: come complesso di norme destinate alla regolamentazione dei rapporti di lavoro e della risorsa lavoro, a prescindere dalla loro funzione o dal contenuto normativo.

⁽²⁾ Nella letteratura tedesca si veda Andreas GRIEBINGER, *Das symbolische Kapital der Ehre. Streikbewegungen und kollektives Bewusstsein deutscher Handwerksgelesen im 18. Jahrhundert*, Frankfurt/M., 1981.

⁽³⁾ Il passaggio dal mondo cetuale alla classe era tra i principali oggetti di studio della « Sozialgeschichte » emersa in Germania negli anni Settanta del ventesimo secolo. Vedi Jürgen KOCKA, *Arbeitsverhältnisse und Arbeiterexistenzen. Grundlagen der Klassenbildung im 19. Jahrhundert*, Bonn, 1990, p. 507 e ss.

⁽⁴⁾ A proposito, Paolo PASSANITI, *Labour Law: a plurality of normative orders* (in Italy), in *Law and Diversity*, a cura di Peter Collin e Agustín Casagrande, Francoforte sul Meno, 2023 (in corso di pubblicazione).

2. *Varietà di stili di vita e vari mondi del lavoro prima del 1800.*

Harold Laski, uno dei pionieri del pluralismo ⁽⁵⁾, ha definito il suo interesse originario per il pluralismo in un carteggio con Oliver Wendell Holmes come l'interesse alla ricchezza della « molteplicità dei gruppi, ognuno dei quali cerca di difendere e organizzare il proprio stile di vita ». La « molteplicità di gruppi » che si manifesta nel campo del lavoro può quindi essere associata ai modelli classici del pluralismo. Il modello offre parecchi spunti di riflessione e fa venire in mente tanti esempi. Prima del 1800, gli artigiani delle corporazioni volevano la distinzione da altri lavoratori. La chiusura del mercato da parte delle « élites operaie » contro un « sottoproletariato » attraverso lo strumento delle corporazioni è ben noto ⁽⁶⁾. Era una lotta per uno « stile di vita », quello, appunto, degli artigiani delle corporazioni che così manifestavano continuamente l'appartenenza al gruppo. Ma la rilevanza di atteggiamenti e norme sociali si può osservare anche sul piano delle libere professioni, ben distinte dal mondo delle corporazioni. A differenza del lavoro manuale, in questo caso norme emanate dalle autorità politiche o dalle corporazioni erano meno rilevanti. Il rapporto di lavoro era, piuttosto, soggetto a una categoria di contratto, che oggi associamo al diritto privato, cioè il contratto di servizio, che seguiva la figura di diritto comune della *locatio conductio operarum*. La stessa figura giuridica impattava anche su altre categorie di persone che svolgevano lavori manuali, ma sovrapposta ad altre regole (statali, comunali o corporative), mentre esistevano altri gruppi di prestatori di servizi che, seguendo in parte i modelli antichi, rifiutavano l'idea di salario, limitandosi concettualmente piuttosto a doni d'onore e corrispettivi contrattuali. Anche se nel mondo del lavoro manuale esistevano ampi spazi di contrattazione individuale di salari e condizioni di

⁽⁵⁾ Sull'opera di Laski come elemento di « political jurisprudence » vedi Martin LOUGHLIN, *The Political Jurisprudence of Harold J. Laski*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 50 (2021), p. 251 e ss.

⁽⁶⁾ Per ulteriori riferimenti, Simona LAUDANI, *Il ruolo politico delle corporazioni*, in *Storia del lavoro in Italia. L'età moderna*, a cura di Renata Ago, Roma, Castelvecchi, 2018, pp. 51-77 (51).

lavoro (7), pesavano peraltro distinzioni tra professioni nobili ed altre, per non parlare della distinzione tra l'artigianato e il commercio, all'origine delle varie discipline del diritto corporativo della città medioevale e premoderna.

All'interno della forza lavoro manuale, inoltre, si sono registrate grandi differenze tra aree urbane e rurali. Interi mondi del lavoro in città o in campagna sono stati formativi di una pluralità di norme. Fattori sociologici erano rilevanti, come ad esempio il fatto che lo status di un lavoratore fosse temporaneo (come nel caso dei servi domestici non sposati) o permanente, se fossero richieste o meno particolari qualifiche professionali, ecc. Ma anche all'interno dei singoli mondi del lavoro c'erano gradazioni precise e sottili, tra lavoro maschile e femminile per esempio. C'erano norme diverse per lavoratori che dovevano coltivare terreni sassosi e meno sassosi, per non parlare delle varie distinzioni nelle prime forme di industria come quella laniera a Firenze con i pettinatori, tintori, lanaioli, ecc. (8).

Mobili erano anche i confini tra lavoro autonomo e subordinato. Si poteva essere imprenditore autonomo, ma comunque dipendente, perché inserito in un ordine di mercato dominato da singoli elementi. Sono pochi i settori del diritto in cui le circostanze reali e la mutevole situazione economica hanno portato a una così grande varietà di rapporti giuridici.

Importante in questo mondo di professioni è anche il loro rapporto con *l'ordine politico*. L'organizzazione del lavoro e delle singole professioni è sempre stata un fattore di integrazione di una comunità o, se si vuole vederla in modo diverso, di possibilità di controllo dei lavoratori da parte del potere politico. Diversi esempi storici possono essere utilizzati per studiare il complesso ruolo delle corporazioni professionali nella struttura costituzionale di una città, o di una repubblica, come a Venezia, dove la diversità di mestieri,

(7) Come dimostra Andrea CARACAUSSI, *I salari*, in *Storia del lavoro in Italia*, cit., p. 103 e ss.

(8) Dal punto di vista della storia economica e sociale, Andrea CARACAUSSI, *Dentro la bottega. Culture del lavoro in una città d'età moderna*, Venezia, Marsilio, 2008.

professioni con le loro diverse forme di rappresentanza e rituali aveva un proprio significato costituzionale ⁽⁹⁾.

Laski non aveva in mente questi tipi di associazioni e rapporti, ma soprattutto la chiesa e i sindacati ⁽¹⁰⁾. Comunque si può parlare di pluralismo in un senso descrittivo, non normativo, osservando i mondi del lavoro dell'epoca prima del 1800.

3. *Pluralismo, codificazione e astrazione nel diritto del lavoro.*

Joachim Rückert chiama il diritto di questo periodo prima del 1800 « Dienst-Recht » (diritto dei vari rapporti di servizio) ⁽¹¹⁾: è infatti anacronistico parlare di diritto del lavoro, perché questo segue principi uniformi come diritto speciale dei lavoratori subordinati. In tanti paesi, questa tensione del diritto del lavoro verso la figura astratta del lavoro subordinato sottoposto a certi conflitti d'interesse e esigenze sociali è un prodotto del XX secolo. Nasce come frutto della critica all'assetto individualistico del diritto civile a partire dalla seconda metà del XIX secolo ⁽¹²⁾ e ha prodotto soprattutto effetti nel periodo successivo alla Prima Guerra mondiale. In Germania, ad esempio, un passo importante avviene con la Repubblica di Weimar, quando l'idea dei contratti collettivi, la protezione contro il licenziamento e altri principi del movimento sindacale socialdemocratico furono incorporati in varie leggi. A prima vista, il diritto del lavoro significava standardizzazione, creazione di norme astratte emanate da uno Stato, in parte anche create dalla giurisdizione, con influsso della dottrina.

In Italia una grande opera di sintesi e astrazione del contratto di lavoro fu svolta da Lodovico Barassi ⁽¹³⁾. In Germania, Walter Kaskel si impegnò subito dopo la Prima Guerra mondiale per formare un sistema di diritto del lavoro. La costruzione di un sistema

⁽⁹⁾ Ivone CACCIAVILLANI, *La Costituzione di Venezia*, Padova, 2018, p. 105 e ss.

⁽¹⁰⁾ Vedi *infra*.

⁽¹¹⁾ Joachim RÜCKERT, *Dienstrecht und Dienst-Recht in der Frühen Neuzeit*, in *Usus modernus pandectarum. Festschrift für Klaus Luig*, a cura di Hans-Peter Haferkamp, Tilman Reppen, Colonia, 2007, pp. 175-198.

⁽¹²⁾ CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 13 e ss.

⁽¹³⁾ In Italia una grande opera di sintesi e astrazione fu condotta da Lodovico BARASSI, *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901.

richiedeva lo sviluppo di principi. Kaskel elaborò almeno le idee di base che considerava caratteristiche del nuovo diritto del lavoro ⁽¹⁴⁾. Egli afferma che il diritto del lavoro e il diritto degli impiegati sono separati. Per il resto, però, standardizzazione e astrazione sembravano essere in primo piano. In precedenza, il diritto del lavoro era « fondamentalemente dipendente dal tipo di impresa » ⁽¹⁵⁾. La sistematizzazione e l'astrazione dovevano aprire la strada alla codificazione del diritto del lavoro. Nel nuovo sistema erano emersi principi comuni per un gran numero di rapporti di lavoro. Il loro obiettivo era soprattutto la tutela del lavoratore. Questo obiettivo è stato raggiunto attraverso l'attuazione di misure classiche già discusse nel XIX secolo sotto la voce « protezione dei lavoratori », come la regolamentazione dell'orario di lavoro ⁽¹⁶⁾, o di varie misure sociali come l'indennità di disoccupazione, l'assistenza sanitaria, il reinserimento di persone gravemente disabili, che per Kaskel erano regole di diritto pubblico nel sistema del diritto del lavoro ⁽¹⁷⁾.

Manuali come quelli di Kaskel dimostrano che elementi per una codificazione del diritto del lavoro esistevano. Il progetto di codificazione era anche formulato come obiettivo nella Costituzione di Weimar (Art. 157 WRV). Alla fine, non fu realizzato per vari motivi ⁽¹⁸⁾. Ma anche senza essere confluito in un codice, il diritto era sempre di più segnato da principi astratti che seguivano le esigenze della società industriale, espresse in varie leggi specifiche in materia di diritto del lavoro individuale e collettivo. Nella letteratura recente è stato sottolineato che alcuni importanti sviluppi del diritto del lavoro hanno trovato una base anche nel BGB ⁽¹⁹⁾, spesso descritto come complesso di norme meramente formali, inadeguato per le sfide poste dalla questione sociale.

I rapporti di lavoro rurali sono stati gradualmente adattati ai nuovi modelli. La grande differenza epocale tra città e campagna si

⁽¹⁴⁾ Walter KASKEL, *Das neue Arbeitsrecht. Eine systematische Einführung*, Berlino, 1921³, p. 26 e ss.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 27.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 131 e ss.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 27 e s.

⁽¹⁸⁾ Thomas BOHLE, *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik*, Tübingen, 1990.

⁽¹⁹⁾ Joachim RÜCKERT, *Historisch-Kritischer-Kommentar zum BGB, vor § 611*, Tübingen, 2013, p. 752 e ss.

stava così lentamente sciogliendo (almeno a livello concettuale, se non sempre nella pratica). Nelle campagne fu introdotta la giornata di otto ore, e furono aboliti i regolamenti speciali per i domestici e i braccianti ⁽²⁰⁾. Seguendo il modello dell'industria, il contratto collettivo doveva fare breccia in diversi settori e diventare il paradigma di una moderna politica salariale che tenesse conto delle esigenze della società di massa. In Germania, il 1919 è stato un punto di svolta importante per un cambiamento intanto graduale, finché la situazione è cambiata completamente con l'avvento della dittatura dopo il 1933.

Astrazione e codificazione sono stati presentati come l'opposto del pluralismo (in questo caso il termine è appropriato), poiché le generalizzazioni fanno valere il potere normativo dello Stato nei confronti della prassi giurisprudenziale ma anche — così si può aggiungere dal punto di vista della storia del diritto del lavoro — del mondo cetuale delle professioni. È ovvio che l'opera di Paolo Grossi potrebbe fornire spunti preziosi per una riflessione sulle regole del lavoro tra il mondo concreto delle varie realtà sociali e l'idea della codificazione ⁽²¹⁾. Il mondo del lavoro può essere collocato nel « medioevo pluralista » descritto da Grossi. La narrazione storica dell'« assolutismo giuridico » si riferisce al diritto privato che aveva un rapporto complesso con il diritto del lavoro. Si può osservare che la grande impresa di astrazione in quest'ultimo campo non è avvenuta intorno al 1800, nella stagione epocale della codificazione. Tanti elementi che rispecchiano la diversità del mondo cetuale non hanno perso la loro rilevanza durante il XIX secolo. L'abolizione dei corpi intermedi in seguito alla rivoluzione francese non ha portato all'unificazione del diritto del lavoro, visto che le codificazioni avevano incorporato regole sul contratto di servizio che tradizionalmente copriva solo una parte dei problemi tipici per i rapporti di lavoro. Soprattutto il tramonto del mondo corporativo ha portato alla creazione di molti standard statali per regolamentare il mondo del lavoro. Tuttavia, questi sono stati suddivisi in diversi settori. Nel settore industriale, molti modelli di vecchie norme nate nell'ambito

⁽²⁰⁾ Thorsten KEISER, *Die vorläufige Landarbeitsordnung vom 24. Januar 1919 und das Landarbeiterrecht*, in « Arbeit und Recht », 2021, 3, p. G5 e ss.

⁽²¹⁾ Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

delle corporazioni erano usati come modelli per la nuova legislazione, soprattutto per quanto riguarda il contratto individuale di lavoro. Ciò dimostra che la storia del diritto del lavoro è una storia di « assolutismi » e astrazioni, ora a sé stanti ora in connessione con il diritto privato.

4. *Il mondo delle tariffe: nuove pluralità in Germania nel XX secolo.*

Ma anche durante il periodo dell'unificazione e astrazione sono emersi nuovi fenomeni di pluralità. Si possono osservare anche all'interno del mondo industriale. I colletti bianchi sono apparsi sulla scena, in Germania soprattutto con la Repubblica di Weimar. Hanno sviluppato una nuova immagine di sé e hanno voluto distinguersi dagli altri in termini di stile di vita, comportamenti di consumo e attività nel tempo libero. In nessun caso volevano essere lavoratori. Alla coscienza di classe opponevano una nuova forma di individualismo, descritta in modo impressionante nelle famose opere sociologiche di Siegfried Kracauer ⁽²²⁾. Tuttavia, non hanno voluto rinunciare alle conquiste sociali della tutela dei lavoratori. Ciò che gli operai cercavano di ottenere attraverso i contratti collettivi, i colletti bianchi cercavano di conseguire individualmente davanti ai tribunali del commercio, in Germania precursori degli odierni tribunali del lavoro. Soprattutto, però, i diritti dei colletti bianchi si sono sviluppati attorno a uno speciale regime di assicurazione sociale che era ritagliato sugli appartenenti a questo nuovo status di forza del lavoro ⁽²³⁾. Questo esempio dimostra che per il diritto del lavoro i legami con il moderno diritto della sicurezza sociale hanno sempre svolto un ruolo importante. Gli intrecci hanno aumentato in modo significativo la complessità delle fonti del diritto e, a loro volta, hanno portato alla pluralità.

Un'altra tesi è che la pluralità in tempi di astrazione potesse essere realizzata attraverso il diritto del lavoro collettivo, più preci-

⁽²²⁾ Siegfried KRACAUER, *Die Angestellten. Aus dem neuesten Deutschland*, Francoforte sul Meno, 1971 (ristampa della pubblicazione nella *Frankfurter Zeitung* del 1929).

⁽²³⁾ Thorsten KEISER, *Angestellte zwischen Rechts- und Sozialgeschichte: Forschungsfragen zur Entstehung einer Arbeitnehmerkategorie*, in « *Rechtsgeschichte - Legal History* », 30 (2022), pp. 173-182.

samente attraverso lo strumento del contratto collettivo. Per quanto riguarda i livelli salariali esisteva una varietà di tariffe, determinate da strategie e potenziale dei sindacati ed altri fattori economici e sociali (24). Di conseguenza, Kaskel escludeva i regolamenti dei salari anche dai suoi sforzi di sistematizzazione generale e affermava che, secondo lui, non erano riconoscibili principi uniformi (25). Nel contratto collettivo, « la misura dei salari può essere suddivisa in diversi gruppi o classi » (26). Quando si tratta di tariffe il concetto astratto di lavoratore torna a essere concreto e suddiviso in vari gruppi, come lo era prima. Pluralità significa anche diversità di interessi. Questi si riflettono nel contratto collettivo. Molti autori hanno sottolineato che il nuovo fenomeno andava ben oltre l'articolazione degli interessi privati nel quadro dei contratti. Santi Romano, ad esempio, ha sottolineato il carattere giuridico dei contratti collettivi (27). Quindi si può dire che il contratto collettivo è stato un fattore capace di riportare elementi di pluralità normativa in un mondo sempre più omogeneo.

Come risultato intermedio, si può affermare: nel diritto del lavoro c'è sempre stata una forte pluralità di norme. Lo sviluppo del diritto del lavoro del XX secolo, in particolare, può essere descritto anche come una storia di standardizzazione, seguendo le esigenze della società industriale di massa, creando la figura del lavoro subordinato e un diritto diverso dal diritto privato e dal diritto pubblico. Allo stesso tempo, nel corso del secolo si possono osservare sempre nuove frammentazioni del diritto del lavoro, in parte attraverso nuove forme di lavoro che cercano di rendere più flessibile il « rapporto di lavoro normale » (28), in parte per minare le sue conquiste sociali. Si potrebbero citare anche parole chiave che si sono diffuse a partire dagli anni '90, come « società post-indu-

(24) Sabine RUDISCHHAUSER, *Geregelte Verhältnisse. Eine Geschichte des Tarifvertragsrechts in Deutschland und Frankreich (1890-1918/19)*, Colonia, 2017, p. 613 e ss.

(25) KASKEL, *Arbeitsrecht*, cit., p. 153.

(26) *Ibidem*.

(27) Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 10.

(28) Thomas PIERSON, *Die juristische Implementation und (De-) Regulierung des sogenannten Normalarbeitsverhältnisses nach 1949*, in « Savigny Zeitschrift (Germanistische Abteilung) », 130 (2013), pp. 305-325.

striale»⁽²⁹⁾, con pretese di flessibilità che possono contribuire a rendere più incerti i confini tra lavoro dipendente e autonomo⁽³⁰⁾. Se un aumento o una persistenza della pluralità delle norme e delle giurisdizioni può essere osservato e associato con pluralismo, ciò dipende dalla definizione⁽³¹⁾. Chi definisce « pluralismo » corre il rischio di scivolare in anacronismi. Quindi può essere utile guardare la storia concettuale del pluralismo.

5. *Riflessioni concettuali su pluralismo e diritto del lavoro.*

La storia del pluralismo come concetto è stata molto diversa nei vari Paesi europei. Non è possibile in questa sede fornire una panoramica anche solo approssimativa dei vari concetti di pluralismo e delle loro implicazioni normative e politiche. Si possono solo fare alcune osservazioni parziali e contestuali. In Italia (e non solo), Santi Romano è certo chiaramente identificato con il pluralismo giuridico e indicato come un pioniere di questa direzione⁽³²⁾. Il diritto del lavoro è presente nell'opera di Santi Romano. Esamina il rapporto tra i regolamenti aziendali interni e la legge statale, nonché il contratto collettivo⁽³³⁾. Sottolinea l'intreccio tra la legge statale, che riconosce le norme autonome delle parti sociali sulla base di un contratto, e altre norme che nascono nel quadro di un'istituzione formata da lavoratori e datori di lavoro⁽³⁴⁾. Questi ultimi dovrebbero affiancarsi al diritto statale ed essere caratterizzati da proprie

(29) Pietro COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, in *Diritto e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta, Milano, 2009, p. 21 e ss. (49).

(30) Per la discussione scientifica in Italia, Paolo GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in « Rivista italiana di diritto del lavoro », 28 (2009), 1, p. 5 e ss. (24).

(31) Per uno spaccato sulla scienza del diritto del lavoro della Germania ovest sotto il profilo del pluralismo Thilo RAMM, *Pluralismus ohne Kodifikation. Die Arbeitsrechtswissenschaft nach 1945*, in *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, a cura di Dieter Simon, Francoforte sul Meno, 1994, pp. 449-528.

(32) In Germania l'interesse principale per Romano era concentrato sul suo istituzionalismo più che sulle sue riflessioni sulle pluralità degli ordinamenti. Vedi Santi ROMANO, *Die Rechtsordnung*, mit einem Vorwort hg. von Roman Schnur, Berlino, 1976, p. 6.

(33) Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951², p. 127.

(34) Ivi, p. 128 e s.

sanzioni distinte dal diritto statale ⁽³⁵⁾. Il complesso rapporto tra diritto statale, diritto privato e autonomia nel mondo del lavoro potrebbe anche essere discusso in dettaglio da una prospettiva storico-giuridica. Terminologicamente e concettualmente, almeno il concetto di istituzione è centrale per Romano. Non parla di pluralismo giuridico, ma di pluralità di ordini giuridici, dove « ordine » ha ancora una volta un significato specifico.

« Pluralismo » è un termine più antico che ha avuto a lungo un significato in filosofia, ma è diventato un concetto politico solo all'inizio del XX secolo ⁽³⁶⁾. Come già anticipato sopra, il britannico Harold Laski metteva in discussione la supremazia dello Stato. Lo Stato era secondo lui solo una delle varie associazioni a cui l'uomo poteva appartenere. Laski coniò il termine « pluralismo » nel 1915 ⁽³⁷⁾. Nella prima fase del pensiero pluralista, i sindacati, insieme alle chiese, erano il prototipo di un'associazione al di fuori dello Stato, ma su un piano di parità con lo Stato ⁽³⁸⁾. Sul piano della storia delle idee, viene sottolineata l'influenza di Otto von Gierke, la cui riflessione fu diffusa in Inghilterra attraverso Maitland. La figura decisiva è stata la « vera personalità associativa » (*reale Verbandspersönlichkeit*) di Gierke. Ha permesso di riconoscere i gruppi sociali e le corporazioni come entità reali e di renderli indipendenti dal riconoscimento giuridico dello Stato sovrano ⁽³⁹⁾. Maitland affronta questo problema in un saggio del 1903 ⁽⁴⁰⁾. Qui si discute la questione della « personalità di gruppo », che si colloca alle soglie tra diritto e normatività non giuridica ⁽⁴¹⁾. In questo contesto, il riconoscimento degli effetti giuridici delle associazioni reali si col-

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ Voce *Pluralismus*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, a cura di Joachim Ritte e Karlfried Gründer, vol. VII, Basilea, 1989, p. 988 e ss.

⁽³⁷⁾ Adolf Matthias BIRKE, *Pluralismus und Gewerkschaftsautonomie in England: Entstehungsgeschichte einer politischen Theorie*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1978, p. 204.

⁽³⁸⁾ Con riferimenti a Laski e altri autori inglesi Joseph H. KAISER, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlino, 1956, p. 316 e ss.

⁽³⁹⁾ Vedi p.e. OTTO VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 3, Berlino, 1881, p. 2 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Frederic MAITLAND, *Moral Personality and Legal Personality*, in *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, a cura di H.A.L. Fisher, vol. III, Cambridge, 1911, pp. 304-320.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 314.

loca nel noto percorso evolutivo « Dallo status al contratto »⁽⁴²⁾. Maitland vedeva nel riconoscimento della personalità giuridica dei gruppi un'ulteriore tappa di uno sviluppo progressivo che, dopo aver superato lo status, doveva aggiungere al contratto un elemento ulteriore. Attraverso il contratto, si arriva a qualcosa che il contratto non può spiegare, cioè la « personalità del gruppo organizzato »⁽⁴³⁾. Una maggioranza di persone fondata su un contratto si basa su una decisione di volontà, con la quale è possibile far valere gli interessi individuali e rendere evidente una pluralità di opinioni, richieste e pretese. Ciò che va oltre, tuttavia, è sottratto alla volontà dell'individuo, e quindi al suo potere giuridico di plasmarlo. Maitland indica uno spazio di normatività al di là della legge. La questione decisiva è chi può descrivere e giudicare questo spazio.

Si possono fare paragoni con l'istituzionalismo di Santi Romano. La corrente inglese del pluralismo, tuttavia, se si considera davvero importante la ricezione di Gierke, è sorta anch'essa sull'humus di un certo pensiero associativo che si contrapponeva ad un altro: il diritto poteva essere comunitario, reale, concreto, organico (e per quanto riguarda Gierke: germanico). Il modello opposto era allora quello romano, astratto, individualista, liberale. Come è noto, l'apprezzamento per il diritto che sorge dai fatti, dalla realtà sociale, confluisce con diverse connotazioni politiche nelle principali correnti all'inizio del XX secolo. Inevitabilmente, quando si pensa al diritto del lavoro si delinea la figura dell'impresa come entità di fatto, come complesso sociale⁽⁴⁴⁾. In molte concezioni, doveva offrire una via d'uscita a quello che veniva percepito come il dilemma del liberalismo.

La narrazione storica di livelli intermedi autonomi, che può essere interpretata a posteriori come sfumatura del discorso sul pluralismo e che è scomparsa attraverso il movimento di astrazione del diritto naturale, non è presente in questa forma semplificata nell'opera di Gierke. In termini di storia del diritto, è interessante ricollegare il tema del pluralismo al primo periodo moderno e medievale in relazione al mondo del lavoro. Ci si rende conto che la

(42) Ivi, p. 315.

(43) *Ibidem*.

(44) Arndt RIECHERS, *Das "Unternehmen an sich". Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Tubinga, 1996.

legge della corporazione e la legge dello Stato erano intrecciate in molti modi. Se guardiamo alle fonti italiane e tedesche, ad esempio, possiamo notare modelli simili di una complessa storia di autonomia e dipendenza. Se guardiamo alle raccolte di leggi di Firenze del primo periodo moderno, ad esempio, troviamo numerose norme sul lavoro che erano tipiche dell'epoca in tutta Europa. I prezzi e le tariffe salariali, ma anche i regolamenti sugli accordi contrattuali dei rapporti di lavoro sono presenti in gran numero ⁽⁴⁵⁾. La corporazione è in parte autonoma, ma compete con le autorità a vari livelli, sia in termini di giurisdizione che di contenuto del contratto di lavoro. Questo intreccio di storie di norme (autonome, corporative e statali) nel campo del lavoro dovrebbe essere ulteriormente esplorato per una storia del pluralismo giuridico nel rapporto di lavoro.

6. *Conclusione: pluralismo e problema della rappresentanza.*

Quando si può parlare di pluralismo nel diritto del lavoro? Il concetto ha ancora senso oggi? Cosa significa per la storia del diritto? In primo luogo, si potrebbe dire che l'alba della modernità è stata caratterizzata dalla 'de-pluralizzazione'. Il concetto moderno di lavoratore era un concetto astratto. Era ed è un'astrazione e questo è, in un certo senso, paradossale. La dottrina giuridica dell'inizio del XX secolo, cioè il periodo in cui è emerso il terreno fertile del pluralismo (giuridico-politico), criticava le astrazioni del diritto naturale come il peccato originale di un diritto che contrapponeva solo l'individuo e lo Stato, trascurava i gruppi sociali (la cui diversità era così importante per Laski) e quindi spingeva le persone all'isolamento. Allo stesso tempo, però, sono state le astrazioni a rendere possibile la creazione di un nuovo diritto sociale del lavoro nel XX secolo e ad ancorarvi l'idea di solidarietà. A tal fine, erano necessarie la figura del lavoro dipendente e alcune connotazioni astratte, che coglievano i pericoli di questo gruppo di persone come rischi e cercavano di mitigarli. In questo modo, le richieste di « protezione dei lavoratori », che erano legate alla retorica di classe, alla fine sono diventate sempre più universali. In Germania, a

⁽⁴⁵⁾ Si possono trovare in *Leggi di Toscana riguardanti Affari di Commercio, Agricoltura, Arti ecc.*, vol. 4 a) 1475-1598, e b) 1601-1758.

differenza dell'Italia, la codificazione uniforme del diritto del lavoro non ha avuto successo. Ciononostante, lo Stato aveva creato leggi importanti che consolidavano i principi del diritto del lavoro. In assenza di codificazione, la giurisprudenza ha svolto un ruolo particolare nella formazione delle regole del diritto del lavoro in Germania, ma la norma astratta è rimasta comunque importante.

Il pluralismo non era però eliminato dal mondo giuridico. I contratti collettivi sono emersi come una nuova categoria di fonti giuridiche, che hanno proprio lo scopo di tenere conto della pluralità dei diversi gruppi sociali. Va tenuto presente che l'ascesa dei contratti collettivi è andata di pari passo con l'ascesa della sociologia come nuova scienza di punta del XX secolo. La «personalità associativa reale» di Gierke, che aveva ispirato almeno un importante filone del concetto di pluralismo nella storia delle idee, era stata staccata dalle sue implicazioni giuridiche e metafisiche tedesche. È stata la sociologia a riportarlo sulla terra. Ciò che rimaneva era il sociale come fenomeno che si presta all'analisi scientifica. Il quadro normativo di riferimento del diritto germanico è passato in secondo piano. Come è noto, Hugo Sinzheimer è stato l'autore più importante in questa direzione e le sue idee sono state notate non solo in Germania ⁽⁴⁶⁾. Per lui, il pensiero della contrattazione collettiva si colloca al di là del diritto romano, del diritto privato e delle forme tradizionali di pensiero contrattuale, una direzione che era piuttosto rappresentata da Philipp Lotmar ⁽⁴⁷⁾.

Anche se dal punto di vista terminologico il «pluralismo», a differenza di Laski, non aveva un ruolo particolare per Sinzheimer, il movimento dei contratti collettivi può essere visto come un'espressione particolare dell'idea di pluralismo. Una parola chiave di Sinzheimer era «autodeterminazione sociale» ⁽⁴⁸⁾. Almeno in un certo senso era in linea con l'idea di pluralismo di Laski, perché entrambi si preoccupavano di dare ai gruppi sociali un'autonomia di

⁽⁴⁶⁾ Sandro BLANKE, *Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900*, Tubinga, 2005, p. 12 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Vedi da ultimo Philipp LOTMAR, *La giustizia e altri scritti*, a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler, Milano, 2022.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Susanne KNORRE, *Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung: Hugo Sinzheimer (1875-1945), eine politische Biographie*, Francoforte sul Meno, 1991.

progettazione di vita autodeterminata, che era importante per Laski ⁽⁴⁹⁾.

Ma i problemi sono evidenti. Erano già evidenti nella fase iniziale delle riflessioni di Laski sul pluralismo. Assegnare una « personalità reale » a un gruppo sociale è problematico, perché in questo modo si presuppone necessariamente che molti individui abbiano una volontà comune. Ciò è stato chiaramente riconosciuto dal filosofo americano Morris Cohen, che ha esaminato criticamente gli insegnamenti di Laski dopo la Prima Guerra mondiale ⁽⁵⁰⁾. Il potenziale autoritario anti-individualista di questa visione del pluralismo è stato così messo in evidenza. La rappresentazione dei membri del gruppo e la relazione del gruppo con l'individuo rimanevano problemi che difficilmente potevano essere risolti con i modelli generali di pensiero della discussione sul pluralismo in Inghilterra. In una certa misura, lo stesso Laski aveva riconosciuto questi problemi ⁽⁵¹⁾. Nel caso concreto del diritto del lavoro la rappresentanza dei lavoratori era tuttavia meno importante per lui. In uno scritto legato alla situazione politica quotidiana, egli auspicava che tutti i lavoratori fossero iscritti ai sindacati. Li considerava elementi essenziali « nel processo di sviluppo della vita democratica » ⁽⁵²⁾. Considerava l'individualismo e la libertà dei singoli lavoratori di decidere dei propri rapporti contrattuali come espressioni di un individualismo superato. La logica conclusione era la rappresentanza di tutti i lavoratori nei sindacati ⁽⁵³⁾. Naturalmente era consapevole dei dilemmi e dei problemi reali di attuazione di questa richiesta, anche per quanto riguarda i dipendenti dirigenti, che regolarmente non aderiscono ai sindacati ⁽⁵⁴⁾. Vedeva anche il pericolo che i sindacati di massa potessero diventare unità burocratiche governate in modo autocratico invece che organismi democra-

⁽⁴⁹⁾ Vedi BIRKE, *Pluralismus und Gewerkschaftsautonomie*, cit., p. 212.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 213.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 216.

⁽⁵²⁾ Harold J. LASKI, *Trade Unions in the new Society*, Londra, 1950, p. 150 e s.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 153.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 156 e ss.

tici rappresentativi dei lavoratori (55). Si potrebbe dire che Laski vedeva la tensione tra la necessaria disciplina nell'applicazione degli interessi e la pluralità di opinioni dei portatori di questi interessi (56).

Nonostante questi problemi, il principio del pluralismo era utilizzato per sostenere le richieste di autonomia sindacale. Tuttavia, questo riguardava soprattutto l'Inghilterra. In Germania, il termine ha conosciuto fortuna soprattutto al di fuori del diritto del lavoro. Nello stesso diritto del lavoro di oggi, il pluralismo non evoca più le associazioni unanimemente positive di un tempo. Il termine « pluralità di contrattazione collettiva » si riferisce alla molteplicità confusa di diversi regolamenti di contrattazione collettiva in un'azienda (57). Questo può portare a collisioni tra diversi contratti collettivi se sono stati concordati da diversi sindacati con lo stesso datore di lavoro. La legislazione tedesca ha risolto questo problema di pluralità a favore del sindacato con il maggior numero di iscritti (58).

Sebbene il termine svolga un ruolo importante per la giurisprudenza come programma di tolleranza e integrazione, la « pluralità della contrattazione collettiva » in Germania ha quindi anche un aspetto negativo quando si tratta del livello tecnico del diritto del lavoro. Anche questo episodio, di poco conto nel grande panorama della storia giuridica europea, rimanda alla questione di fondo del pluralismo, ovvero chi può rappresentare chi e come. Questo è un punto cruciale, perché il pluralismo non significa solo il riconoscimento dell'esistenza di un gruppo, ma anche la concessione di diritti e opportunità di partecipazione legalmente garantite. Se si vuole dare una risposta democratica a queste domande, sono necessarie condizioni quadro affidabili e legittimate democraticamente per regolare tali opportunità di partecipazione. Si tratta di una sfida attuale per dare forma al pluralismo, non solo nel campo del diritto del lavoro.

(55) Sul problema in Italia cfr. Paolo PASSANITI, *Diritto del lavoro e rappresentanza politica. Una riflessione sulla storicità dei diritti sociali*, in « Lavoro e diritto », 32 (2018), 2, pp. 291-306.

(56) LASKI, *Trade Unions*, cit., p. 170 e ss.

(57) Peter HANAU, *Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus*, in « Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht », 2003, p. 128 e ss.

(58) § 4a Tarifvertragsgesetz (TVG). Vedi Detlef HENSCHKE, *Art. 9 GG*, in *Arbeitsrecht*, a cura di Wolfgang Däubler et al., 2022⁵, Rn. 89.

NICOLÒ LIPARI

GLI APPRODI PLURALISTICI DEL DIRITTO CIVILE (*)

1. Il termine « pluralismo » non appartiene ai modelli ricostruttivi dei civilisti italiani e, a ben vedere, nemmeno al loro lessico abituale. All'esito di una attenta analisi da me condotta sui manuali istituzionali di diritto privato circolanti nelle nostre Università — che oggi sono alcune decine e non più i due o tre della mia stagione universitaria — è risultato che l'espressione non ricorre mai (fatta eccezione per il manuale di Pietro Rescigno fra i classici e per quello di Francesco Macario fra i nuovi) ⁽¹⁾. Vi si parla della pluralità degli ordinamenti giuridici, con questa formula intendendo riferirsi al problema tecnico volto ad analizzare, con gli strumenti propri della scienza del diritto, le reciproche relazioni cui dà luogo la molteplicità degli ordinamenti giuridici, ciascuno assunto in un suo consolidato e definitivo modello, prima fra tutte quella legata alla contemporanea appartenenza di un medesimo soggetto a due ordinamenti diversi, in ipotesi espressivi di regole fra di loro confliggenti ⁽²⁾. Non del pluralismo come modello teorico, che invece va

(*) Il testo, arricchito da un corredo di note, costituisce la relazione svolta nel quadro del convegno tenutosi a Firenze il 20-21 ottobre 2022 sul tema « Pluralismo giuridico: itinerari contemporanei ».

⁽¹⁾ Cfr. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, ed. a cura di G.P. Cirillo, Milano, Kluwer Ipsoa, 2000, p. 13 e ss.; F. MACARIO, *Introduzione al diritto privato. Parte generale. Soggetti, obbligazioni, contratto*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 89.

⁽²⁾ Intendo qui riflettere sul modo con cui i civilisti intendono il pluralismo come modo d'essere della giuridicità e quindi nella sua connotazione di principio nell'esperienza contemporanea. Non mi soffermerò invece sull'analisi in concreto di tutti quei fenomeni giuridici che sono espressione della complessità: dalle leggi decodificanti ai codici di settore, dai regolamenti c.d. indipendenti a quelli delegificanti, tutti fenomeni che denunciano un approccio meno astratto e generale, ma semmai più dettagliato e specifico, alla complessità, fenomeni che sono stati oggetto di attenta analisi, ma senza

ormai assunto quale connotato essenziale del diritto nella stagione del postmoderno, implicando una spiegazione sociologica del fenomeno giuridico e spostando l'ottica dell'analisi dal momento di posizione della regola a quello della sua concreta attuazione nel vissuto dell'esperienza storica ⁽³⁾.

L'impianto dei nostri corsi universitari è ancora fortemente influenzato dall'ideologia della codificazione e dalla convinzione che il diritto vada ricondotto ad una fonte esclusiva e unificante ⁽⁴⁾. La stessa Costituzione viene letta come una fonte da sovraordinare, in chiave interpretativa, all'elencazione di cui all'art. 1 delle disposizioni preliminari, rispettando tuttavia la logica della gerarchia entro

tuttavia assumerli ad occasione per un ripensamento in generale dello stesso modo d'essere della scienza giuridica.

⁽³⁾ In questa prospettiva rimangono decisive le riflessioni di P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021. Nella sua corrente accezione il pluralismo è una dottrina che considera la realtà come costituita da una pluralità di componenti o di principi, in antitesi con i tentativi di far derivare la molteplicità delle cose da un'unica sostanza originaria. In altri termini, al di là della pluralità delle forme in cui si manifesta l'esperienza giuridica, l'espressione pluralismo va riservata ad una teoria che offra della pluralità caratteristica della fenomenologia socio-giuridica una peculiare interpretazione. Non può cioè essere confusa la pluralità delle formazioni socio-giuridiche con il pluralismo come discorso di sapere che mette a fuoco la pluralità. Secondo Grossi il monismo giuridico, fatto proprio dalla civiltà moderna nata dalla rivoluzione francese, consiste nella pretesa della assoluta monopolizzazione da parte dello Stato della intera dimensione giuridica. Il pluralismo giuridico, emerso intensamente in quel secolo postmoderno che è il Novecento, consiste invece nella riscoperta del nesso inscindibile tra il diritto e la società, con la conseguenza che quello non può non rispecchiarla fedelmente nella sua complessità, articolandosi in una pluralità di assetti normativi (fra i quali è prevalente lo Stato, però congiuntamente ad altre dimensioni del « sociale »). B. PASTORE, *Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 50 (2021), p. 399, mette in evidenza come le teorie antiformalistiche hanno fornito, tra l'altro, un contributo alla fondazione della sociologia del diritto, che ha visto nel pluralismo giuridico un luogo teorico centrale per la riconcettualizzazione del rapporto tra diritto e società.

⁽⁴⁾ Se è vero che per secoli il diritto è stato identificato con la legge e che su questa simbiosi è stato fondato l'intero apparato categoriale della giuridicità, bisogna onestamente riconoscere che l'impianto ideologico che sottosta a questa consolidata tradizione continua a caratterizzare la struttura organizzativa e didattica delle nostre Facoltà giuridiche.

una dimensione sostanzialmente formalistica ⁽⁵⁾. Non mi consta che sia stato neppure tentato, in sede istituzionale, di ridefinire l'intero impianto, rendendo avvertito lo studente che l'ottica pluralistica implica il superamento della sola fonte costituita dal comando e rilancia il paradigma che proprio la scienza privatistica aveva contribuito ad approfondire, secondo il quale il diritto non è soltanto comando ma anche *ratio* e *logos* ⁽⁶⁾.

Il passaggio, che si è consumato nella seconda metà del secolo

⁽⁵⁾ Segnalo, ad esempio, E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2021⁴, p. 11. La Costituzione non può essere intesa come una fonte sovraordinata, ma semmai come un modo di intendere la giuridicità in chiave evolutiva e prospettica. Siamo passati dalla statica alla dinamica del diritto. La Costituzione non è semplicemente una fonte superiore, ma è semmai una fonte di diversa natura, un diritto *ex parte societatis*. Il diritto che si riconduceva all'unicità della fonte statale era un diritto che pretendeva di imporsi dall'alto, un diritto rispetto al quale ciascuno poteva porsi in chiave di accettazione o di rifiuto: subirlo obbedendo o negarlo disubbidendo. Il diritto della molteplicità, quello che non è ma si fa, non si esaurisce nelle sostanze normative (legislative o costituzionali che siano), ma va colto nella relazione tra le azioni passate, positivizzate nei vari oggetti giuridici, e l'azione che deve essere accettata come giusta dalla comunità interpretativa. D'altra parte il riferimento alla Costituzione, che parla un linguaggio diverso rispetto a quello dei codici e che quindi non può semplicemente essere letta come fonte sovraordinata alla legislazione ordinaria, finisce in concreto per attualizzare quel patrimonio di valori che le forze sociali e politiche che hanno sconfitto la dittatura hanno voluto porre a fondamento del nuovo ordine costituzionale. Un ordine che non si impone dall'alto, ma si condivide dal basso in chiave di ragionevolezza.

⁽⁶⁾ È appena il caso di ricordare che spiriti illuminati avevano da tempo avvertito i rischi di ricondurre il diritto al puro momento normativo. Pietro Piovani (cfr. P. PIOVANI, *Introduzione al Problema della scienza giuridica* di G. CAPOGRASSI, Milano, Giuffrè, 1962) dice molto bene che « la considerazione del diritto come legge non è capace di comprendere in sé e dare ragione di tutta intera la sfera dell'esperienza giuridica ». Ciò che conta per il giurista non è la legge come tale, ma la legge come fonte saliente e momento essenziale (ma pur sempre momento) di una realtà organica e unitaria che può chiamarsi ordinamento giuridico. Secondo Capograssi, non basta che il comando sia posto, che sia *praeceptum positum*: occorre che sia obbedito, accolto, eseguito, applicato; occorre che sia tale da farsi obbedire, accogliere, applicare. Lo *jus* è molto più del mero *jussum*. Il diritto non è una proposizione comandata, ma un'esperienza ordinata. Si tratta di una prospettiva che è del tutto estranea al panorama che viene oggi offerto a chi si avvia allo studio del diritto. Vedere l'applicazione del diritto non tanto come diritto che va applicato o come diritto che è stato applicato, ma come diritto che si applica dovrebbe essere l'ambizione difficile da offrire ai nostri studenti per abituarli a guardare al diritto come esperienza.

scorso e che ho tentato di analizzare in altro luogo (7), del diritto da scienza teoretica a scienza pratica non è in alcun modo chiaramente offerto a chi oggi si avvia allo studio del diritto, tanto è vero che non vi è sostanziale differenza di struttura tra i manuali di nuovo conio e quelli di più risalente tradizione, questi ultimi essendo risultati aggiornati solo con la tecnica di progressive aggiunte o integrazioni all'interno di una struttura rimasta sostanzialmente immutata (8). Le

(7) Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017; ID., *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019; ID., *Elogio della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2021.

(8) È ovvio che una simile tecnica di aggiornamento finisce inevitabilmente per perpetuare la logica codicistica sulla quale i manuali erano strutturati. L'ottica del pluralismo contraddice con l'ideologia della codificazione. Alle radici delle codificazioni del secolo decimonono c'è un'esperienza di stabilità, di prevedibilità dei comportamenti dei soggetti pubblici e privati. Il diritto si risolve nelle leggi dello Stato e le leggi dello Stato si chiudono nella struttura, fissa e durevole, dei codici civili. Il codice civile (il codice per eccellenza) è stato concepito come la trascrizione normativa di esigenze, schemi di azione, interessi assunti come antropologicamente, socialmente, economicamente essenziali (tanto da svolgere una funzione che a lungo fu ritenuta propriamente costituzionale: cfr., per tutti, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1961, p. 391 e ss.). In un momento in cui le costituzioni si ponevano in un terreno astratto, ad un livello filosofico-politico, il codice diventa l'autentica « costituzione » dell'età borghese. Il codice civile è la cornice normativa dell'autodeterminazione socio-economica dei soggetti e delle loro libere relazioni contrattuali e tuttavia è al contempo l'emblema di una sovranità che si pone come la condizione di possibilità del giuridico *tout court*. È ovvio che l'idea stessa di codificazione muoveva da una prospettiva unitaria, assorbente. In questa chiave il panorama civilistico è apparso depurato da ogni complessità e, ridotto entro la cornice della statualità alla struttura del codice, si è risolto in un nitido disegno di giuridiche geometrie abbastanza insensibile all'usura del tempo. Si può semmai aggiungere che era sottesa a questa prospettiva, in un'ottica giusnaturalistica, la convinzione che il legislatore avesse individuato, letto e tradotto in regole la natura stessa delle cose. Oggi il centro di gravità rappresentato del codice si è disperso nel moltiplicarsi di centri di gravità che ciascuna normativa speciale reca in sé. A ben vedere anche il diritto, abbandonate le vecchie paratie di una scienza teoretica, riflette quella differenziazione che Luhmann ha teorizzato con riguardo a tutti i sistemi sociali. La visuale policentrica del postmoderno rompe questa prospettiva. Poiché l'ottica del codice è l'ottica del monismo giuridico, è impossibile un aggiornamento di manuali costruiti entro quell'ottica in una prospettiva che si muova su presupposti radicalmente diversi. L'ottica costituzionale riflette proprio questo radicale capovolgimento perché guarda alle persone, non agli individui, perché si struttura su di uno schema ordinante di principi connotati da un grado elevato di elasticità.

matricole di oggi, come quelle di sessant'anni fa, sono convinte che il diritto discende dalla fonte statuale. Un esempio per tutti: nell'ultima edizione del Trabucchi, il manuale su cui io mi sono formato e che oggi è giunto alla cinquantesima edizione, si legge testualmente che la statualità è caratteristica essenziale del comando giuridico, in quanto « è lo Stato che crea o riconosce le norme obbligatorie e garantisce l'osservanza dell'ordinamento giuridico » ⁽⁹⁾. Non dissimile l'impostazione del Torrente-Schlesinger, laddove si legge che oggetto del corso è « il sistema di regole che riceve forza e attuazione attraverso l'autorità dello Stato italiano » ⁽¹⁰⁾. È ovvio che, se si continua a misurare la giuridicità con un metro statualistico, si perde in radice ogni prospettiva pluralistica e si nega il significato del passaggio del diritto da scienza teoretica a scienza pratica. Si continua cioè a predicare che oggetto dell'analisi del giurista sia un

⁽⁹⁾ Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2022²⁰, p. 1615.

⁽¹⁰⁾ Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021²⁵, p. 5. L'esperienza contemporanea dovrebbe ormai averci abituati a misurarci con una realtà in cui gli Stati non sono più i padroni della partita perché devono confrontarsi con fenomeni sociali, economici, politici di portata ubiquitaria, transnazionale, transfrontaliera: dal commercio internazionale al terrorismo, ai fenomeni migratori, alle imprese multinazionali, tutti fatti rispetto ai quali i collaudati strumenti degli ordinamenti statuali appaiono manifestamente insufficienti. Si tratta di fenomeni che hanno ormai acquisito una tale evidenza da costringerci a rivedere l'orizzonte entro il quale collocare e ripensare le nostre categorie. Da qui l'impostazione della stessa storiografia che mentre, nella sua fase ottocentesca, aveva ricondotto il processo storico all'unità (teleologica e sistematica) dello Stato, agli esordi del terzo millennio tende a ricostruire l'intera fenomenologia socio-giuridica attraverso il prisma della teoria 'pluralista'. Occorre evitare che lo Stato-nazione getti la sua ombra 'monistica' su di una società essenzialmente plurale e conviene adottare uno schema ad essa più congeniale, proprio perché capace di valorizzare la molteplicità delle sue forme socio-giuridiche [sul punto, lucidamente, P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 50 (2021), p. 117 e *passim*]. Osserva R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Roma-Bari, Laterza, 1975, p. 42 che lo Stato liberal-borghese del diciannovesimo secolo era uno Stato di istituzioni giuridiche. A ben vedere, il pluralismo del diritto finisce per essere un riflesso di quel pluralismo individuato da Rosenfeld [cfr. M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998), a cura di G. Pino, Bologna, il Mulino, 2000] come elemento distintivo della comunità politica odierna.

sistema di norme dettate, non un contesto di comportamenti vissuti, praticati, condivisi ⁽¹¹⁾.

2. Vi sono, al fondo di un'impostazione di questo tipo — che non è propria soltanto di moduli universitari passivamente reiterati nel tempo, ma che caratterizza i modelli assolutamente prevalenti nei *mass-media* —, le sedimentazioni di una cultura che in Italia ha operato da ostacolo all'accettazione di paradigmi di segno pluralistico. Prima vi è stato l'acceso nazionalismo innescato dalla prima guerra mondiale e poi la cultura del fascismo, il quale si legittimava come la forza capace di sottrarre lo Stato alla decadenza cui la liberal-democrazia lo avrebbe condannato e faceva della nazione (e della sua incarnazione nello Stato) uno degli elementi portanti della propria retorica politica. Il nazionalismo (che da noi è tuttora molto duro a morire) è stato, in questa stagione, il collante di una visione monistica del diritto, perché lo Stato veniva rappresentato come l'organica espressione di un 'popolo', non più inteso quale somma casuale di individui, ma come la risultante di una tradizione unitaria capace di imprimere ad esso una precisa e inconfondibile identità. A sua volta, l'individuo non è l'essere umano come tale, ma è plasmato dall'appartenenza ad un popolo storicamente individuato e trova in questa appartenenza il fondamento dei suoi diritti e delle sue libertà. Il *telos* immanente all'intera storia della nazione è appunto lo Stato unitario ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Nella loro impostazione classica i nostri manuali erano improntati ad una scienza giuridica caratterizzata da una estrema decantazione, proprio perché costruita su di un paesaggio purificato da scorie fattuali (cfr. P. GROSSI, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le modalità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobbuono, Bari, Cacucci, 2009, p. 17 e ss.). Se al legislatore era riservato il potere di attingere di là dal fossato e rendere giuridica una fattualità altrimenti irrilevante, la scienza giuridica, ricondotta alla dimensione della teoria, non poteva che assumere un ruolo secondario. Ai giuristi di oggi, quali che siano le stratificate sedimentazioni di una cultura universitaria che incontra ancora molte difficoltà a liberarsi dalle sedimentazioni del passato, è chiesto di transitare da una visione statocentrica ad una visione genuinamente ordinamentale del diritto.

⁽¹²⁾ Cfr. COSTA, *Il "pluralismo" politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, cit., p. 101. La cultura del fascismo ha certamente determinato in Italia il fiorire di una cultura giuridica antipluralista. È infatti parte integrante della strategia retorica del totalitarismo la celebrazione dell'unità: l'unità della razza nel nazionalsocialismo, l'unità

A ben vedere, le sedimentazioni di una simile impostazione culturale non sono state sovvertite nemmeno dall'avvento della nostra Carta costituzionale, la quale era invece connotata da un impianto intrinsecamente pluralistico, perché, a prescindere dalle resistenze che la sua attuazione ha incontrato quando addirittura si pretendeva che nelle sue norme di principio dovesse essere semplicemente letta come un indirizzo al futuro legislatore, rimane ancora fortemente radicata la convinzione che essa valga al massimo quale chiave di lettura delle previsioni del codice, non come un radicale sovvertimento della sua struttura. Se, nell'ottica dei costituenti, l'azione giuridica dipende dalla dinamica delle forze politico-sociali che, lungi da poter essere collocate in una zona esterna ed indifferente al giuridico, devono essere trattate come vere e proprie fonti dell'ordinamento, devono essere intese come il fondamento materiale, socio-politico dell'organismo giuridico-normativo, allora il punto di partenza dell'analisi non può più essere offerto dal testo del legislatore, ma l'intero impianto ricostruttivo va ripensato in un'ottica radicalmente diversa.

A questo proposito è sintomatico il modo con cui i manuali trattano il principio di ragionevolezza, che, proprio nella prospettiva del pluralismo, deve oggi essere inteso come « un principio architettonico del sistema »⁽¹³⁾, un « requisito obiettivo del diritto »⁽¹⁴⁾, « l'unico vero fattore di chiusura dell'ordinamento, coprendo lacune di costruzione ordinamentale che non sarebbero altrimenti colmabili, riplasmando e rendendo duttili i materiali normativi troppo rigidamente formati ovvero integrandoli e variamente riconforman-

della nazione-Stato e in generale l'unità di una massa che si identifica nella parola d'ordine del regime nel fascismo. È ovvio che la prospettiva democratica ha rotto in radice un simile paradigma, perché essa non si caratterizza come volontà unitaria di un soggetto collettivo, ma piuttosto come il dispiegarsi di una pluralità. La democrazia non è il potere di un *demos* unitario, ma piuttosto l'interazione tra gruppi e poteri diversi: è una poliarchia.

⁽¹³⁾ Cfr. L. D'ANDREA, *Il principio di ragionevolezza come criterio architettonico del sistema*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, Giappichelli, 2002, p. 331 e ss.

⁽¹⁴⁾ Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 204.

doli in modo adeguato ai casi e rispondente ai valori » (15). Alcuni non ne parlano affatto (16), altri lo collocano fra le clausole generali (17), in tal modo sovvertendone la funzione perché lo degradano da criterio di rilevanza sociale che giudica della stessa legittimità della legge a procedimento interpretativo che trova nella legge il suo fondamento giustificativo; altri ancora lo intendono, limitativamente, come criterio, sempre di fonte normativa, che valga a neutralizzare il rischio di un trattamento omogeneo per situazioni dissimili (18).

(15) Così A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in « Ars Interpretandi », 2002, p. 310.

(16) Per esempio, TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale*, cit., ma v. anche P. ZATTI, V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, Cedam, 2002⁹ nonché F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2017¹⁸.

(17) Cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 76.

(18) Così F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto civile*, Bari, Cacucci, 2017, p. 27. Il tema della ragionevolezza dovrebbe davvero diventare centrale nel processo formativo della nuova generazione di giuristi. L'ottica del pluralismo rompe qualsiasi tentativo di ricondurre ad un indice esclusivo ed unificante la dimensione della giuridicità. C'è stata una stagione in cui non c'era una *ratio* che faceva da resistenza all'*uctoritas*, ma c'era un'*uctoritas* che si presentava essa stessa come *ratio*. Nel momento in cui oggi incentriamo il processo applicativo del diritto sul principio di ragionevolezza è evidente che riconduciamo il fondamento della giuridicità (e quindi la sua forza vincolante) ad un principio di ragione condiviso dalla collettività dei consociati. Non è più dunque l'autorità che fa la legge, con la conseguenza che lo scienziato del diritto debba limitarsi a riprodurre una realtà già data, in termini sostanzialmente analoghi a quelli con cui lo scienziato della natura conosce il proprio oggetto, ma questa deriva la sua vincolatività non da una preesistente sostanza normativa, ma dal modo d'essere di un tessuto relazionale teso ad attuare valori sostanziali e procedurali. È chiaro che una prospettiva di questo tipo sovverte in radice i criteri che avevano per secoli indirizzato il processo applicativo del diritto nell'ottica che assegna al diritto il ruolo di una scienza teoretica legata alla peculiarità di un dettato che si tratta di « interpretare », assumendolo tuttavia avalutativamente nei modi in cui è stato espresso dalle volontà del potere. Se la complessità struttura e determina il contesto che rende possibile la comprensione stessa di ogni svolgimento dell'agire umano, se essa è presente nel tutto o nelle sue singole parti, se è costitutiva degli orizzonti e degli stati di vita dei consociati, modellandone in maniera continua i comportamenti, non avrebbe senso un modo di intendere il diritto che ne prescindesse. E la complessità, proprio perché è duttile e sempre variabile, non può accontentarsi di regole dettate dall'alto una volta per tutte, ma esige invece principi di condotta, direttive di azione che siano in qualche modo tratti dalla stessa esperienza storico-sociale dove essa si esprime. La regola viene accolta e praticata, nella varietà delle situazioni, non perché imposta, ma perché condivisa e ragionevolmente accolta. All'o-

3. La cultura giuridica corrente, che è poi la cultura riflessa nel modo di intendere e di operare della gran parte degli operatori pratici del diritto, assume, in buona sostanza, il sapere giuridico ancora come un sapere veritativo o descrittivo ed esprime resistenza ad un approccio che non può che essere invece di segno costruttivo, valutativo, ipotetico, dubitativo, in linea con il metodo delle scienze pratiche e nell'ottica di una visuale necessariamente pluralistica. Nel suo ultimo prezioso volume Paolo Grossi ripercorre la storia del diritto civile nel nostro Paese dalla fine del XIX secolo ad oggi ⁽¹⁹⁾, cogliendone tutti gli spunti, anche i più nascosti, che possano in qualche modo costituire, se non una rappresentazione, quanto meno un prodromo, una lontana sollecitazione del pluralismo. La maggior parte di questi spunti, tuttavia, hanno rappresentato significative preveggenze, felici anticipazioni di un futuro che rimane ancora lontano dal modo corrente di intendere il diritto da parte di coloro (giudici, avvocati, titolari dei nostri corsi universitari) che ne sono i quotidiani gestori. Sintomatico mi pare l'esempio offerto dai manuali di diritto privato che oggi rappresentano, nella totalità delle Università italiane, il primo impatto del giovane studente con la dimensione della giuridicità, spesso condizionandone inesorabilmente tutta l'attività futura.

D'altra parte, si deve riconoscere che, al di là delle aperture segnalate da Grossi, i condizionamenti offerti dai paradigmi del passato incontrano ancora molte difficoltà ad essere rimossi. In un suo recente saggio uno dei più rappresentativi civilisti della generazione successiva alla mia, Aurelio Gentili ⁽²⁰⁾, tenta di tratteggiare un panorama dell'intera civilistica italiana, ma lo fa muovendo ancora da un paradigma qualificativo che io credo l'esperienza giuridica contemporanea debba considerare oggi inesorabilmente superato. Assumere, preliminarmente ed apoditticamente, che i giuristi, a differenza degli altri scienziati, non spiegano ma prescrivono, significa evidentemente negare il diritto come storia. La storia, ovvia-

peratore teorico e pratico del diritto è oggi richiesto un impegno ricostruttivo, non meramente esecutivo. È singolare dover constatare che una simile prospettiva non venga oggi neppure sfumatamente offerta a chi si avvia allo studio del diritto.

⁽¹⁹⁾ Cfr. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit.

⁽²⁰⁾ A. GENTILI, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2019, p. 39 e ss.

mente, non può mai essere prescritta. Muovere dal presupposto che il diritto sia scienza di norme, che non esistono in natura, ma solo nel discorso come significati prescrittivi e che è quindi scienza normativa, perché non dice le cose così come stanno ma come debbono stare, implica negare quello che è il connotato qualificante del diritto contemporaneo inteso come scienza pratica. Se i giuristi del passato potevano ignorare la realtà, quelli del presente debbono farsi carico dell'analisi della medesima. Muovendo dal presupposto che non è dei fatti che il giurista deve fare scienza, è ovvio che viene a mancare un comune terreno di confronto con coloro che ormai si rifanno al paradigma dell'effettività, non a quello della validità (21). Sul presupposto che il metodo della civilistica sia sempre stato il metodo positivistico (inteso come il metodo volto ad intendere e ad applicare il dettato legale), Gentili caratterizza la civilistica italiana in funzione dei diversi modi in cui si è reagito agli eccessi del formalismo, al vizio di autoreferenzialità, alle frustrazioni del cognitivismo e li classifica in quattro categorie: conservatori, riformatori, rivoluzionari, reazionari (22). Tutto sommato mi ha fatto piacere essere collocato fra i rivoluzionari, anzi fra i più radicali fra costoro, se con ciò si intende dire che è ormai inevitabile sovvertire in radice il metodo tradizionale. Per Gentili, mentre è difficilmente contestabile la *pars destruens* (pluralismo delle fonti, importanza dei principi, presenza dei valori), in quanto i giuristi che non ne tengono conto parlano di un diritto che non c'è più, meno condivisibile sarebbe invece la *pars construens*, in quanto essa pone il problema dell'arbitrio dell'interprete sulla scelta dei valori e dei principi e sul modo di applicarli. Ciò che sarebbe, a suo avviso, inquietante è che, se il diritto è ciò che

(21) Nel momento in cui il principio disciplinatore non è più la ferrea validità, ma la sfuggente effettività, la logica del monismo viene meno e tutto si riconduce inesorabilmente ad un'ottica di segno pluralista. Laddove cioè si constata che il canone vincente non è più la validità, ma l'effettività, si attenua il confine tra *ius* e *facta* fin quasi a vanificarsi, giacché il fatto non riceve l'attributo della giuridicità da una investitura *ex alto*, ma dalla sua intrinseca forza dinamica che gli consente di collocarsi incisivamente in seno alla società. In conseguenza di ciò il perno dell'ordine giuridico si è spostato dal momento confezionatorio della legge al momento interpretativo, l'unico che consenta alla volizione astratta di diventare positiva, ossia ordinamento di una esperienza.

(22) Cfr. A. GENTILI, *La scienza giuridica*, cit., p. 44 e ss.

è stato deciso dalla scelta dell'interprete, allora non è ciò che decide quella scelta ⁽²³⁾.

Sta qui, a mio avviso, il nodo del problema e la difficoltà della cultura giuridica corrente a liberarsi (in chiave pluralistica) dalle catene del legalismo con la conseguente diffusa diffidenza sul ruolo della magistratura. Nel momento in cui si accentua non più semplicemente la normatività, ma l'essenziale storicità del diritto, la realtà dell'esperienza giuridica mostra la coesistenza e l'addizionarsi di molteplici forme e relazioni esistenziali diverse fra loro e in continuo movimento, ed è ovvio che è necessario trovare a valle, in funzione delle peculiarità del caso da disciplinare, un luogo in cui la pluralità di questi indici trovi un suo punto di mediazione e di equilibrio ⁽²⁴⁾. Rispetto ad un diritto che si fa nei modi in cui la società condivide ed attua gli indici di valore che ne costituiscono il tessuto connettivo, non ha più senso il rispetto di una legalità fine a se stessa, perché ciascuno di noi, e il giudice in primo luogo, è chiamato ad interrogarsi sulla legalità della legge. Un interrogativo di questo tipo era un tempo del tutto inimmaginabile, posto che la legge era fonte e misura della legalità e ne disegnava il perimetro ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ È ovvio che un'impostazione di questo tipo contraddice in radice ad una prospettiva di segno pluralistico. Il pluralismo non è soltanto qualcosa che sta di fronte a noi, un oggetto da reperire e da decifrare, insomma un elemento integralmente appartenuto al « linguaggio-oggetto » della ricerca, ma, prima d'essere una componente dell'oggetto, è una dimensione del soggetto, uno strumento dell'interprete, una categoria previa che permette di assumere come pluralistica una determinata formulazione discorsiva anche là dove manchi un preciso riscontro lessicale. Una simile prospettiva risulta in radice esclusa se si assume, in chiave di principio, che la scelta debba preesistere all'intervento dell'operatore.

⁽²⁴⁾ Si tratta di una realtà che non può più essere negata senza negare l'evidenza. G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, Esi, 2017, sposta inesorabilmente il punto di riferimento dell'analisi da un dato di partenza a un dato di arrivo, esprimendo una realtà che ancora i modelli correnti incontrano difficoltà a recepire. Quando l'art. 6 del Trattato di Maastricht fa riferimento alle « tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario », fonda l'intero impianto del Trattato su di un profilo storico enucleabile da un contesto culturale, non da un testo normativo.

⁽²⁵⁾ Un'impostazione di questo tipo implica anche il superamento di un altro dei paradigmi consolidati della nostra tradizione accademica, il concetto di sistema come presupposto qualificante dell'idea stessa di ordinamento giuridico. Molti anni fa, riflettendo, in un contesto radicalmente diverso rispetto a quello odierno, sull'insegnamento

4. Pur consapevoli che non si può possedere la verità se non nelle forme di doverla cercare ancora e che l'interpretazione è comunque un cammino senza sosta, un'impresa senza fine, un eterno nuovo inizio, quali che siano i nostri dubbi sull'incapacità del legislatore di farsi davvero eco autentica delle attese della società, noi siamo tuttora attraversati dal dubbio che il ruolo sempre maggiore offerto oggi alla giurisprudenza apra la strada a soggettivismi ed abusi ⁽²⁶⁾. Quelli che Irti chiama i « cancelli della parole » debbono

istituzionale di diritto privato, già avvertivo che solo « un insegnamento che si imponi in termini immediatamente problematici consente di non passare attraverso quella concettualizzazione dei dati sulla quale in definitiva si fonda il sistema » (cfr. N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, Laterza, 1974, p. XVIII). Al di là delle preoccupazioni di chi vede il superamento della prospettiva sistemica come un pericolo nel « fluire ossessivo di norme » (cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 75 e s.), va detto chiaramente che oggi l'ordine giuridico non può essere pensato come un sistema presupposto, definito. Se è indiscutibile che « l'appartenenza al medesimo ordinamento non dimostra che una pluralità di norme costituisca un sistema » (così N. IRTI, *Metodo sistematico e leggi speciali*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Treccani, 1991, p. 301), oggi è possibile pensare al sistema solo come esito, traguardo, risultato sempre variabile: un'idea di sistema che — come è stato esattamente rilevato (cfr. F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Roma, Treccani, p. 17) — saldando pensiero topico o problematico a pensiero giuridico, appaia non chiusa in una definita struttura di norme, ma aperta al divenire sociale. Siamo stati educati a pensare al sistema come un oggetto, un dato da analizzare, il risultato di un'operazione ricostruttiva nella quale siamo implicati. Solo in questo senso è possibile oggi recuperare l'affermazione di G. CAPOGRASSI [*Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Id.*, *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 165], secondo il quale « solo il sistema fa il vero giurista, il quale è colui che scopre che nella legislazione c'è più di quello che appare, ed esplicita esprime riduce a principio questo 'più' continuando lo slancio stesso del legislatore ». È ovvio tuttavia che la riorganizzazione sistemica delle fonti non deve implicare, come all'origine si era inteso secondo la logica rigida della gerarchia, una *reductio ad unum*, ma anzi salvaguardare e valorizzare la molteplicità e la pluralità. Come mi è accaduto altra volta di dire (cfr. LIPARI, *Elogio della giustizia*, cit., p. 108), se la norma sta ad un contesto sociale come il baricentro sta ad un corpo solido pesante (nel senso cioè che non possa esservi contesto sociale senza norme), è solo all'esito di un'analisi dell'intera struttura che potrà individuarsi la norma destinata a regolare le peculiarità di un determinato rapporto.

⁽²⁶⁾ Quella che è stata chiamata « la Babele del pluralismo » (così G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 170) viene governata dallo strumento che è rappresentato dalla centralità dell'interpretazione. Ma questa non suppone più strumenti certi e ben definiti come erano le fonti di un tempo. Si avvanza addirittura il dubbio che la costituzione di un ordine giuridico attraverso la via

comunque coniugarsi con una loro comprensibilità, accettabilità, realizzabilità. È una pura illusione che chi guarda ad un testo abbia un punto di riferimento più solido di chi guarda ad un contesto ⁽²⁷⁾. Come mostra una più che secolare esperienza ad una parola possono essere attribuiti significati del tutto alternativi. Un contesto viene invece sempre definito da una pluralità di indici (assiologici, comportamentali, istituzionali) che, in un determinato momento storico, finiscono per assegnargli un significato sufficientemente univoco. Quando ciò non accade significa che ci troviamo in uno di quei momenti di alta conflittualità rispetto ai quali sarebbe impossibile, in quanto sostanzialmente antistorico, ritrovare una sola risposta in chiave giuridica. Non si tratta dunque di un diritto che dipende dalla scelta dell'interprete, ma di un diritto condiviso, attuato, non semplicemente imposto ⁽²⁸⁾. Il diritto vivente, inteso come insieme di regole di azione generalmente condivise e socialmente praticate sollecita il riferimento al paradigma, necessariamente plurale, della c.d. comunità interpretativa ⁽²⁹⁾, un paradigma che i filosofi hanno

giudiziaria soffra strutturalmente di un « deficit democratico »: così S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, p. 144.

⁽²⁷⁾ Già l'individuazione del fattore tempo induceva ad uscire dal rigoroso monismo di Kelsen, perché, nel momento stesso in cui si riconosceva che il dover essere consegnato ad un enunciato poteva modificare nel tempo il suo contenuto precettivo, implicitamente si riconnetteva ad un indice esterno a quel testo la forza della sua asserita imperatività. Osserva giustamente G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 197 che « nel diritto non vi sono significati acontestuali, ma coesistono una pluralità di contesti e di standard linguistici che si intersecano e si sovrappongono fra loro, generati come sono da diverse attività umane intersoggettive. Ciò che costituisce una delle specificità del diritto, che non si riscontra in alcun altro ambito, è che ad un certo punto va deciso quale sia il contesto nel singolo caso pertinente ed è precisamente il giudice che lo sceglie *d'autorità* ».

⁽²⁸⁾ Osserva giustamente Vattimo che « l'ermeneutica è un'ontologia pluralista [...], in cui la pluralità non è un momento provvisorio che deve riscattarsi in una sintesi, in una unità finale, bensì condizione permanente, se si vuole, anche paradosso accettato » (cfr. G. VATTIMO, *Perché debole*, in *Dove va la filosofia italiana?*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 192).

⁽²⁹⁾ Sul punto della comunità interpretativa cfr. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000; ID., *Interpretazione, comunità giuridica e integrazione internazionale*, in « Persona y derecho », 2004, p. 315 e ss. Sul punto v. anche F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003; F. DI DONATO, *La costruzione giuridica del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*,

elaborato da tempo, ma che continua ad incontrare resistenze presso la comune dei civilisti. È appena il caso di segnalare che solo in questa chiave è possibile intendere l'errore con cui ci si continua a riferire alla c.d. « legge di Hume », secondo la quale nessun giudizio di valore può essere verificato in fatto. Se ciò è sicuramente vero con riguardo ad un giudizio individuale e soggettivo, certamente non lo è se ci si riferisce ad un giudizio condiviso e praticato da un'intera collettività sociale. Il diritto dunque non è ciò che è stato deciso dall'interprete, ma è ciò che l'interprete legge nel pluralismo di un intero contesto sociale. In sostanza, se è vero che nell'interpretazione si incarna il diritto, bisogna intendersi su quale ne sia l'oggetto. Fermo restando che l'interprete è l'unico in grado di saldare il dover essere, cioè la regola, nella complessa trama di vita dei consociati, assicurandone la necessaria dimensione storico-sociale, si tratta di intendere che la norma non può essere fatta discendere dall'alto di una enunciazione, ma deve essere connessa alle modalità di svolgimento di una più complessa realtà in funzione delle peculiarità del caso da disciplinare. Da qui l'ulteriore conseguenza — ancorché ancora del tutto estranea al panorama formativo dei nostri corsi universitari — che il diritto deve essere inesorabilmente diseguale, anche a prescindere dal rilievo che pure è necessario riconoscere al

Milano, Giuffrè, 2008. È appena il caso di dire che si tratta di un paradigma che non trova nessun, neppure sfumato, richiamo nei manuali istituzionali, che pure dovrebbero educare al processo applicativo del diritto. È appena il caso di segnalare che la prospettiva comunitaria costituisce una garanzia contro un altro dei rischi del pluralismo. Ha giustamente osservato Bobbio (cfr. N. BOBBIO, *Pluralismo*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, Utet, 1992, p. 789) che la battaglia che il pluralismo combatte « è sempre su due fronti: contro la concentrazione di tutto il potere nello Stato ma anche contro l'atomismo, in nome della concezione della società articolata in gruppi di potere che siano insieme al di sotto dello Stato e al di sopra degli individui, e in quanto tali costituiscano una garanzia dell'individuo contro lo strapotere dello Stato, da un lato, e una garanzia dello Stato contro la frammentazione individualistica, dall'altro ». Rescigno ha lungamente riflettuto sulla famiglia, le associazioni, i partiti, i sindacati, la Chiesa considerati, proprio in quanto tali, realtà sociali poste tra individuo e Stato, capaci anche di indirizzare il procedimento interpretativo (cfr. P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, il Mulino, 1966). Sul versante sociologico A. PIZZORUSSO, *I soggetti del pluralismo*, Bologna, il Mulino, 1980, indaga su « i soggetti del pluralismo ».

principio di cui al secondo comma dell'art. 3 cpv. cost. ⁽³⁰⁾. Proprio nel quadro di un contesto sociale pluralistico e multiculturale l'affermazione di un'eguaglianza culturalmente esigente diventa fulcro essenziale per liberare il diritto dalle strettoie di un formalismo fine a se stesso.

5. Quel che mi preme qui evidenziare è che, se si prescinde dalle posizioni di alcuni studiosi rappresentativi ⁽³¹⁾, il panorama della

⁽³⁰⁾ Io sono meno ottimista di Grossi sulla capacità del diritto civile contemporaneo di prendere effettivamente congedo dalla narrazione giuridica della modernità e dai suoi miti fondativi per avviarsi lungo la strada della postmodernità piena di ostacoli e di incertezze. Ove anche si voglia porre tra parentesi la posizione autoriflessiva ed astratta di Irti e quella assolutamente antistorica di Castronovo, che coglie proprio in quelli che sono gli elementi caratterizzanti del diritto contemporaneo i segni di una sua pretesa eclissi (cfr. G. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015), la maggior parte dei giovani civilisti si muove con un atteggiamento che io considero ambiguo: cita la novità delle nuove prospettive pluralistiche, ma come una sorta di sovrastruttura culturale incapace di connotare dal di dentro il procedimento interpretativo. L'interpretazione continua ad essere governata dal prevalente riferimento al testo e si continua a ritenere che qualsiasi profilo di inadeguatezza o di incongruità implicherebbe un giudizio che esorbita dai confini propri dell'operatore giuridico, teorico o pratico che egli sia. Alla tranquillante e immobile certezza di Lopez de Oñate si sostituisce l'incertezza del postmoderno: una incertezza che ancora terrorizza i giuristi ancorché Baumann abbia prospettato l'incertezza come un potente fattore di movimento e mutamento. L'incertezza avvicina il diritto ad un insopprimibile modello giudiziale, che la comune dei giuristi è ancora terribilmente restia ad accettare. Deposto il legislatore dal ruolo di monopolista esclusivo della giuridicità, non resta che l'interprete — giurista, giudice, operatore pratico — quale nuovo demiurgo della situazione, chiamato al gravoso compito di pilotare la navigazione nel labirinto di un mondo sempre più multiforme e complesso. Spiace dover constatare che le resistenze ad accogliere una tale realtà vengano anche da chi ha da tempo concorso ad evidenziare la crisi dello Stato: cfr., da ultimo, S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bologna, il Mulino, 2022.

⁽³¹⁾ È doveroso segnalare gli scritti di Pietro Perlingieri, di Umberto Breccia, di Vincenzo Scalisi. Senza entrare nel panorama della loro ricca produzione mi limito a tre semplici, ma peraltro sintomatiche, citazioni. Il primo, ripercorrendo la sua esperienza di studio in un colloquio con due suoi allievi, osserva che «l'interprete è chiamato a coordinare le disposizioni, a imporre gli interessi e a bilanciare i valori secondo l'assiologia costituzionale e nel rispetto delle peculiarità dei casi, nella consapevolezza che nessuna fonte è in sé autosufficiente»: cfr. P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, Esì, 2021, p. 24. Il secondo, richiamando l'art. 1 delle preleggi nel coordinamento con l'art. 12, osserva che «gli enunciati normativi di garanzia, che dovrebbero rendere reale il primo e attuale il

civilistica italiana, moltiplicato da una serie di indicatori fortemente innervati nel tessuto della cultura giuridica corrente, è ancora resistente ad accogliere la problematica dell'interpretazione, che oggi, nella realtà del pluralismo, assume un'importanza del tutto peculiare e che invece viene considerata come espressiva di una pericolosa tendenza all'individualismo. Se il diritto è chiamato a costruire modelli di convivenza capaci di tener conto delle varie forme di pluralismo, l'approccio ermeneutico costituisce un essenziale punto di riferimento proprio nella misura in cui comprende il diritto come pratica sociale interpretativa ⁽³²⁾. A ciò si aggiunga che risulta sostanzialmente estraneo alla struttura formativa dei nostri manuali anche il riferimento concreto alla tecnica del bilanciamento, una tecnica ovviamente di tipo interpretativo, che oggi costituisce strumento necessario per l'attuazione del pluralismo costituzionale, spostando la cognizione dei disaccordi dal piano astratto delle regole a quello concreto della pratica giuridica e consentendo, attraverso

secondo, sono soltanto un simulacro del passato, la cui vigenza formale, ove fosse rispettata alla lettera e non fosse collocata in un contesto radicalmente mutato, non avrebbe riscontri applicativi e, se mai li avesse, confliggerebbe con le basi costituzionali e con il movimento aperto dell'ordinamento nel contesto infranzoniano e nel contesto sovranazionale»: cfr. U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in ID., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 51 e s. Ha giustamente osservato il terzo che privatizzazione e relativizzazione, decentramento e policentrismo, funzionalismo e mobilità, deteriorabilità e sconfinatezza, posteriorizzazione e libera scelta della regola rappresentano altrettanto cifre del nuovo diritto globale, un diritto che si dispone più a rete che a piramide, che si fonda più sull'effettività che sulla validità: cfr., per una prospettiva di sintesi, V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, cit., p. 47 e ss.; per un chiaro panorama sul pensiero del molteplice cfr. ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 34 e ss.

⁽³²⁾ Cfr., da ultimo, ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 306. Questo a. individua nella coppia destrutturazione-pluralismo i tratti ampiamente caratterizzanti del diritto nel tempo presente. Meriterà comunque di essere approfondita la formula utilizzata da questo a. che definisce con uno slogan «postdiritto» lo spazio che noi abitiamo, in quanto ha perso le vecchie coordinate qualificanti. Mi rendo perfettamente conto del fatto che lo studioso del diritto che oggi voglia riflettere sul proprio ruolo e sull'oggetto delle sue ricerche difficilmente riuscirà a sottrarsi al senso di un'identità perduta. L'essenziale è che i giuristi delle nuove generazioni non si adagino nelle ripetitività di modelli ricostruttivi e argomentativi che ormai dobbiamo considerare assolutamente perenti.

un processo di natura argomentativa, di far prevalere ora l'uno ora l'altro dei principi confliggenti nel caso concreto ⁽³³⁾.

Il punto decisivo rimane, a mio giudizio, che solo l'ottica del pluralismo consente alla riflessione giuridica di liberarsi dalle strettoie di un'indifferenza contenutistica che inesorabilmente conduce al baratro del nichilismo ⁽³⁴⁾. Offrire all'operatore, nel quadro della costituzionalizzazione del diritto privato, un panorama di principi

⁽³³⁾ Il riferimento ai principi e alla necessità di un loro bilanciamento in chiave di ragionevolezza sposta l'accento dalla staticità e dalla monodimensionalità di una logica applicativa unicamente basata sulla norma alla potenzialità e alla dinamicità di una concretizzazione del diritto in continuo divenire. Il principio non ha né la rigidità né la secchezza del comando. La sua naturale elasticità lo rende permeabile ad una dinamica sociale che la logica di una legge quale fonte esclusiva del diritto tendeva ad incapsulare e irrigidire. La carica rivoluzionaria che il costituzionalismo postmoderno ha manifestato sta nel cercare il diritto non nella statica di un dettato (che è per definizione unico) al quale vengono assegnati i caratteri della certezza, della chiarezza, della determinatezza, ma nel sostrato valoriale di una società storica (che è per definizione plurale). Come enunciati normativi « a virtualità indefinita » (cfr. G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in « Ragion pratica », 6 (1998), 11, p. 146 e s.), i principi presentano « una eccedenza di contenuto deontologico ed assiologico rispetto alle comuni regole giuridiche » ed una capacità « illimitatamente nomogenetica » (F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1991, p. 3 e s.) e come tali essi giocano una funzione essenziale nel difficile governo del pluralismo delle fonti, dovendo essere di caso in caso ridefiniti e argomentativamente ricalibrati dall'interprete. Non si tratta più di muoversi sotto l'ombrello di una fonte prestabilita, ma di ricercare la fonte entro un quadro variegato e spesso concorrente per individuare il criterio della maggiore o minore adeguatezza della regola a rispondere alle esigenze del caso da risolvere. Il diritto si costruisce *in action* come continua impresa da edificare, riedificare e ricontestualizzare. È questo un paradigma che continua a rimanere rigorosamente estraneo ai modelli ricostruttivi offerti dalle nostre Facoltà giuridiche.

⁽³⁴⁾ Se si intende correttamente il pluralismo non come registrazione passiva di una pluralità, ma come consapevole ricerca di una sintesi che tenga conto della diversità, si supera anche l'atteggiamento rinunciatario del nichilismo giuridico, che abdica a qualsiasi valutazione in chiave di contenuto, tutto riconducendo alla forza di chi detta la regola. Se questa non va semplicemente accolta, ma desunta nel modo d'essere di un'esperienza vissuta o condivisa, allora inevitabilmente si recupera il raccordo tra diritto e giustizia e si comprende il fondamento della legittimità sostanziale delle regole. Pur in un contesto radicalmente diverso, Pugliatti ammoniva che « l'ordinamento giuridico è una cosa stessa con l'ordine sociale, e non qualcosa di staccato e sovraordinato ad esso » (cfr. S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Id., Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 3 nt. 1).

variamente emergenti dal contesto sociale, principi che sono all'uno tempo interni al diritto positivo ed espressivi di valori morali, inaugura una nuova connessione tra diritto e morale, una pratica dinamica che costringe l'intera teoria del diritto ad un radicale ripensamento ⁽³⁵⁾. Collocandomi all'interno di un'ottica di questo tipo personalmente ritrovo le motivazioni che ci accompagnarono, sul finire degli anni Sessanta, quando, insieme a Rodotà, Barcellona e pochi altri, ci sforzammo, spesso in polemica con i nostri stessi

⁽³⁵⁾ Nel momento stesso in cui si riconosce che il legislatore non è più libero, secondo il paradigma assolutamente prevalente in passato, ma è condizionato ai vincoli contenutistici della costituzione e del diritto europeo, che cioè la sua libertà dispositiva è condizionata dalle *rationes* costituzionali e, più in generale, dal canone della ragionevolezza, si rompono tutti gli schemi sui quali è stata costruita una solida cultura giuridica. Il giurista, pubblico amministratore o giudice, non ha più davanti a sé il diritto come oggetto prefabbricato cui adeguarsi, ma un diritto come « progetto » che, per la parte che gli spetta, deve contribuire a realizzare. Egli deve imparare a misurare il passaggio da una legalità sostanziale (incardinata appunto nella sostanza legislativa) ad una legalità procedurale (che valorizza l'agire giustamente), ovvero, per dirla con la formula felicemente coniata da Vogliotti (cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Milano, Giuffrè, spec. p. 420 e ss.), la transizione da una legalità-legittimità ad una legalità-giustizia. Nel momento stesso in cui si riconosce che non vale più la piramide delle fonti e che il diritto è governato da una pluralità di regole e principi dotati di eterogenee legittimazioni e provenienti da ordinamenti diversi e variamente intersecati è chiaro che il principio di legalità perde il suo originario significato e si riconduce ad una pluralità di indici sia la fonte istituzionale nella varietà delle sue articolazione, sia la prassi nei modi in cui manifesta ed esprime i valori socialmente condivisi. I vari gradi di legalità (costituzionale, comunitaria, transazionale) convivono e si sovrappongono conferendo al diritto un connotato di fluidità e di porosità che è ben lontano dall'antica « durezza » dell'ambiente nazionale. Che non può che trovare in sede giurisdizionale il suo punto di equilibrio. È appena il caso di suggerire che un'impostazione di questo tipo apre la riflessione sul concetto stesso di democrazia e sul modo come il diritto debba essere ripensato in un contesto democratico che è per sua essenza globale. A ciò si aggiunga che non basta constatare questa pluralità; occorre che l'esito della dialettica sia condiviso, considerato legittimo. In questa chiave il principio di ragionevolezza — intorno al quale, come si è detto, tende ad articolarsi il processo applicativo del diritto — diventa una sorta di sintesi tra il modo di intendere oggi la giuridicità e l'idea stessa di democrazia. La società tende ad autoordinarsi ed il diritto riflette questo processo. È appena il caso di notare che il riferimento alla ragione è sempre stato ritenuto connotato essenziale del pluralismo. John RAWLS (*Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, trad. it. Torino, Einaudi, 1994, p. 134), con riferimento al pluralismo politico, distingue tra « pluralismo ragionevole » e « pluralismo in quanto tale » osservando che il pluralismo è « il risultato della libera ragione umana in condizioni di libertà ».

maestri, di assegnare al diritto non più un ruolo di strumento neutrale, ma di guida nella dinamica di un mutamento che saliva dal basso, dall'esperienza storica di una società in rapido cambiamento di atteggiamenti, valori e modelli culturali ⁽³⁶⁾. Il punto di vista morale si incorporava all'interno del diritto positivo come elemento di controllo della legittimità sostanziale della legge ⁽³⁷⁾. Per una breve stagione alcuni intesero allora il superamento del monismo nel segno di una visione dicotomica della società, caratterizzata, in chiave marxista, dal conflitto di classe, e parlarono di un uso alternativo del diritto, inteso come espressivo di un procedimento interpretativo volto a privilegiare la presenza dei soggetti esclusi o delle classi subalterne ⁽³⁸⁾. Di quella esperienza va oggi conservata l'anima ispiratrice, che da un lato induceva ad assumere il diritto non nella rigidità di testi, ma nella dinamica di un'esperienza aperta alle attese dei consociati, dall'altro accentuava il significato rivoluzionario dell'art. 3 cpv. della nostra costituzione, che ancora incontra

⁽³⁶⁾ Sul punto mi limito a rinviare a E. SCODITTI, *Stefano Rodotà e i giovani civilisti degli anni Sessanta*, in « Questione giustizia », 2017, 2.

⁽³⁷⁾ Il diritto come forma, svincolato da ogni possibilità di giudicarne il contenuto, perde qualsiasi rapporto con la giustizia, alla cui attuazione dovrebbe essere strumentalmente indirizzato. Le drammatiche vicende del secolo scorso, al di là della formula di Radbruch (per alcune significative notazioni sul punto, cfr., di recente, F. VIOLA, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Torino, Giappichelli, 2021, spec. p. 57 e ss.), ci hanno dimostrato che, sotto l'apparente scudo del diritto, il potere può condurre addirittura ad esiti contro natura. D'altra parte, l'esperienza contemporanea, per fortuna parzialmente mitigata dai provvidenziali interventi della Corte costituzionale, ci ha posto di fronte ad un sistema legislativo che si è venuto mortificando in leggi disorganiche e contingenti, talora addirittura irragionevoli e incoerenti, per non parlare della triste stagione delle c.d. leggi *ad personam*. Ridurre il diritto alle strettoie della legge significa negarne la funzione e condannare gli utenti alla mera condizione di sudditi.

⁽³⁸⁾ Per un ripensamento di questa esperienza alla luce del diritto contemporaneo cfr. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 149 e ss. È appena il caso di ricordare che il monismo ha come antonimo non soltanto il pluralismo ma anche il dualismo. A ciò si aggiunga che in quegli anni era molto vivo il dibattito sull'incidenza delle scelte di politica del diritto nel processo applicativo dell'operatore giuridico. In un suo corso di filosofia del diritto del 1974 Lombardi Vallauri parlava della scienza giuridica come politica del diritto (cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofico-giuridica*, Firenze, Teorema, 1974). Secondo questa prospettiva la scienza giuridica positiva (*scilicet*: la giurisprudenza) non è altro che la formulazione del miglior possibile diritto. Intendendo con « possibile », positivo, valido, effettivo.

significative resistenze ad entrare nella pratica attuativa di un ordinamento che per essere autenticamente giusto deve anche essere inesorabilmente diseguale ⁽³⁹⁾.

Sta qui, a mio giudizio, il significato decisivo della prospettiva pluralistica, che io mi auguro possa riuscire, prima o poi, a penetrare nell'impianto formativo delle nostre strutture universitarie. Il diritto non è più espressione di un fluire normativo uniforme che muove da un unico centro di autorità. È stato giustamente osservato ⁽⁴⁰⁾ che questa realtà rende problematica ed oscillante la stessa nozione di positività del diritto, che il linguaggio corrente finiva con l'identificare con quella di statualità. Né deve spaventarci — come invece i *mass-media* continuano a contestare in quello che sta diventando un luogo comune — la centralità del momento giurisdizionale, che costituisce il necessario contraltare dell'erosione del primato della legislazione. Il giudice non è più chiamato semplicemente ad applicare le norme di fonte legislativa, ma a ricercare le ragioni normative — non certo univocamente precostituite — che sostengono una determinata soluzione del caso preso in esame. Egli diviene cioè il soggetto che è chiamato a coniugare la dimensione prescrittiva e quella autoritativa, mantenendo una comunicazione stretta e dinamica con le basi sociali ed etiche del diritto ⁽⁴¹⁾.

Tutto ciò implica, a mio giudizio, il definitivo accantonamento delle posizioni del c.d. nichilismo giuridico, secondo il quale la

⁽³⁹⁾ Sul punto cfr., da ultimo, N. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 2020, p. 15 e ss.

⁽⁴⁰⁾ ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 55 e ss.

⁽⁴¹⁾ Ammoniva giustamente Pugliatti che, quando la società e la storia bussano alla porta del giurista, egli non può fingersi sordo o tentare di abituarsi al rumore per non subirne la molestia. Il diritto deve cercare la sua legittimazione e la sua stessa legittimità non tanto dalla derivazione del potere politico, quanto piuttosto dalla sua capacità di stare in sintonia con i fermenti e le dinamiche della società. Che è in fondo l'ottica in cui si colloca, in chiave recettiva, la Corte costituzionale, quando riconduce il criterio sulla legittimità della legge al principio di ragionevolezza, cioè ad un criterio ancorato ai meccanismi di condivisione del contesto sociale. Intendere il diritto come fenomeno non verticale ma orizzontale, significa modificare radicalmente l'ottica delle riflessioni giuridiche. Quel che è essenziale ribadire è che, dalla metà del secolo scorso, si è venuto radicalmente modificando il modo di intendere l'oggetto della riflessione giuridica. L'intero edificio categoriale della modernità appare in disfacimento con la piramide delle fonti rovesciata e sconvolta, la legittimità scissa dalla legalità, l'astrattezza e la generalità dissolta nella concretezza e specificità del singolo caso, la validità sostituita dalla

complessità raggiunta dal diritto nella realtà moderna non sarebbe più governabile razionalmente, per cui andrebbe messa in discussione tanto la presenza di una scienza giuridica, quanto soprattutto il lavoro stesso di operatori professionalmente indirizzati alla sua edificazione, ai quali andrebbe assegnato un solo più modesto compito esegetico, di corto respiro. Si tratta di una posizione astorica, che contrasta con i caratteri intrinseci dell'esperienza giuridica e che certamente finisce per deresponsabilizzare la ricerca. Prendere atto del caotico materiale che la realtà sociale produce a fronte della crisi degli Stati nazionali e dell'intreccio singolare tra fonti giuridiche eterogenee che non si lasciano governare dal modello gerarchico tradizionale e che debbono coesistere in un sistema a rete ⁽⁴²⁾ significa da un lato acquisire il dato oggettivo di una pluralità, dall'altro assegnare alla scienza giuridica un nuovo e significativo ruolo, certamente diverso da quello che le attribuiva la tradizione del monismo secondo i paradigmi propri di una scienza teoretica.

Forse è proprio in questa chiave che, in una realtà radicalmente diversa rispetto a quella della prima metà del secolo scorso, va recuperata l'intuizione di Capograssi quando, sul presupposto che la scienza del diritto (intesa, in senso ampio, nei suoi due versanti, teorico e pratico) svolge una funzione individualizzatrice, volta ad amalgamare le novità della vita con l'unità dell'esperienza, affermava che essa, senza che ciò possa sembrare un paradosso, « è l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica » ⁽⁴³⁾. L'auspicio che mi permetto di formulare, al tramonto di una vita tutta dedicata a

effettività, l'obbedienza dalla osservanza, il diritto da eguale e monodico divenuto sempre più diseguale, complesso e plurale, mobile e fluido.

⁽⁴²⁾ Per questa problematica cfr. F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987², p. 441 e ss.; 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, pp. 43 e ss., 49 e ss.

⁽⁴³⁾ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), oggi in Id., *Opere*, II, Milano, 1959, p. 585 e ss. Per Capograssi il comando è tale perché è la volontà di un principio a cui l'azione deve uniformarsi e l'azione può obbedire al comando solo in quanto può assumere in sé questo principio che è il contenuto del comando. La scienza perciò non si inganna ed è guidata da un sicuro ed oscuro istinto quando il suo primo lavoro lo fa consistere nella ricerca dei principi che formano il contenuto del comando.

svincolare il diritto dalle strettoie di una legalità fine a se stessa, è che anche i civilisti della nuova generazione se ne rendano conto e prendano su di sé il peso e i rischi di una funzione volta a intendere il diritto nel suo autentico significato di strumento per l'attuazione di un risultato di giustizia ⁽⁴⁴⁾. Prima di configurare dei ragionevoli approdi è necessario che coloro che si misurano professionalmente con il diritto civile acquistino consapevolezza del mare in cui sono immersi.

⁽⁴⁴⁾ Ancorché questo implichi, probabilmente, un radicale cambiamento di quella che è la struttura portante dei nostri manuali istituzionali, si tratta di realizzare una conversione, un radicale cambio di mentalità. Si tratta di percorrere la strada maestra di una consapevole acquisizione della storicità del diritto. Il castello murato edificato dai nostri padri, con le mura cementate di legalismo e di formalismo, aveva inevitabilmente allontanato il diritto dal fatto e conseguentemente reso indeclinabili diritto e giustizia (rinvio su questo al mio *Elogio della giustizia*, cit.).

Cerimonia di intitolazione a Paolo Grossi
del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno
Firenze - Villa Ruspoli - 21 ottobre 2022

PAOLO CAPPELLINI

PAOLO GROSSI: UNA DEDICA, UNA PRESENZA

Oggi ci troviamo qui riuniti, nell'Aula Rossa di Villa Ruspoli, un'aula in cui alcuni di noi hanno avuto la ventura di ascoltare le lezioni dalla viva voce del prof. Paolo Grossi, e qualche tempo dopo anche di aiutarlo a fare esami; per tacere della partecipazione ai numerosissimi incontri, seminari e convegni da lui organizzati nei lunghi anni della sua direzione del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, la sua creatura prediletta, assieme alla rivista, i Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, che ha dato voce ed incarnato fin dall'inizio quel progetto culturale; ci troviamo qui riuniti, dicevamo, per una occasione che era importante, e conserva la sua importanza, pur avendo dovuto per necessità mutare di segno.

E oggi siamo infatti veramente in tantissimi; poche volte, credo di poter dire, la nostra aula ha visto una presenza così numerosa.

Ciò corrisponde certamente all'intendimento originario della nostra giornata, pensata per segnare — coll'invitare ad una riflessione a più voci su di un tema, quello del pluralismo giuridico e dei suoi itinerari contemporanei, tema caratterizzante quant'altri mai le prospettive scientifiche del Centro — i cinquant'anni dei Quaderni. Doveva essere una giornata di festa, una festa per Paolo. E noi allievi, con l'aiuto fattivo degli organi di Ateneo, avevamo pensato che questa festa, come ogni festeggiamento che si completi degnamente, anche in vista del compimento ormai vicino dei novant'anni di Paolo, potesse culminare con un regalo, un regalo un po' 'a sorpresa': l'intitolazione del Centro al suo Fondatore, a Paolo Grossi.

Conoscendo Paolo, che già in occasione dei suoi settanta anni ci aveva esplicitamente 'diffidato' dal mettere in cantiere forme di festeggiamento accademico consuete (Studi in onore, o quant'altro)

— diffida che solo grazie all'acume e alla perspicacia del suo compianto primo allievo maceratese, Mario Sbriccoli, e a incontri quasi 'carbonari' sul lago Trasimeno, eravamo riusciti ad aggirare — qualche timore lo nutrivamo. Tuttavia avevamo deciso di correre il rischio, convinti che il valore di simbolo di una intera parabola, che così, concretamente e visivamente, si incarna — parola carissima a Paolo, con riferimento proprio all'esperienza giuridica e al suo carattere di 'salvataggio' della società — ci sarebbe stato alla fin fine d'aiuto.

Purtroppo il 4 luglio Paolo Grossi ci ha lasciato e la festa si è tramutata in rimpianto.

Tutto quello che doveva avvenire alla sua presenza per allietarlo e dargli il senso della nostra vicinanza, ma anche di un'opera che raggiunge la sua maturazione e, compiuta, si può contemplare con legittima soddisfazione, pur mantenendo quell'atteggiamento di umiltà che era così consentaneo al suo modo di essere; tutto questo che magari avremmo potuto cogliere solo nel sorridere dei suoi occhi, o anche solo da qualche misurata considerazione, tutto questo dobbiamo compierlo senza di lui.

Credo però, anzi sono fermamente convinto, che se potessimo dare la parola a ciascuno dei presenti, delle età le più diverse, in quest'aula gremitissima, quasi ognuno di loro potrebbe raccontare la sua personale esperienza d'incontro con Paolo Grossi, l'attenzione e l'arricchimento da lui ricevuti in momenti diversi della propria vita, e non solo sul piano strettamente scientifico, dato che per lui gli incontri personali, e la considerazione attenta e partecipe della persona che di volta in volta gli stava di fronte, erano una delle cifre del suo essere, e, conseguentemente, una delle caratteristiche che più colpiva l'interlocutore. Ciascuno nel suo intimo credo stia rammentando queste esperienze; proprio per questo, allora, e forse non solo per questo, possiamo dire che lui è ancora veramente qui con noi. E in chiusura, grazie alla presenza dei suoi Cari, ne potremo fare ancora un'esperienza.

Non mi resta allora che ringraziare, nella mia veste di rappresentante del Centro che ha preso questa iniziativa, gli illustri ospiti che hanno generosamente accettato di arricchire con la loro presenza e la loro testimonianza questo incontro; la nostra Magnifica Rettrice, Alessandra Petrucci, che ci ha aiutato e sostenuto nell'ini-

ziativa di una dedica e di una intitolazione che avessero veste anche formalmente compiuta; la Presidente della Corte Costituzionale, Silvana Sciarra, che gli è stata collega, prima nell'Università di Firenze, e, successivamente, anche in Corte; S.E. il Cardinale Arcivescovo di Firenze, Giuseppe Betori, che, molti dei presenti ricorderanno, ha tenuto una commovente omelia alle esequie di Paolo in Santissima Annunziata; il Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Andrea Simoncini e la Presidente della Scuola di Giurisprudenza Paola Lucarelli, entrambi legati a Paolo non solo da vincolo di colleganza e di collaborazione, ma di profonda amicizia.

A questo punto mi correrebbe l'obbligo di ringraziare i rappresentanti delle istituzioni cittadine (Sindaco, Consiglio regionale, Prefettura) e di tutti gli organismi, istituti e accademie — molti dei quali hanno visto Paolo Grossi come socio o componente — che hanno voluto onorarci della loro presenza. Permettetemi di farlo poi personalmente al termine dei nostri lavori.

Una menzione particolare vorrei però riservare, visto l'amore e la cura che sempre Paolo ha riservato alla lingua e alla scrittura, all'Accademia della Crusca, anche perché la vedo qui rappresentata da due colleghi a Paolo — che come accademico aveva scelto la denominazione de « l'Insonne » — particolarmente cari: mi riferisco a Piero Fiorelli, fin dall'inizio suo collega *maior* (come affettuosamente lo chiamava) nell'insegnamento della Storia del diritto nella Facoltà fiorentina e, ancora fin dall'inizio, partecipe a quel Gruppo di ricerca che ha rappresentato il primo nucleo di quello che nel 1980 sarebbe diventato ufficialmente il Centro Studi, e Federigo Bambi, suo valente allievo e anch'egli accademico della Crusca. E un saluto particolare anche a Maurizio Stefanizzi, Generale Comandante della Scuola Allievi Marescialli dell'Arma dei Carabinieri, che è qui con noi, e che ha avuto occasione di avere ospite Paolo Grossi nelle aule della Scuola per lezioni, apprezzatissime da tutti gli allievi.

Lasciatemi, quasi in conclusione, esprimere un ringraziamento di cuore a Irene Stolzi, e ai nostri giovani, senza il cui apporto organizzativo (e supporto tecnologico) questa nostra giornata non avrebbe potuto essere realizzata.

Infine un particolarissimo e sentito saluto al dott. Andrea Valeri, nipote carissimo di Paolo, a sua moglie Carmen e alla figlia Francesca, non solo per la loro partecipazione e vicinanza, ma anche e

soprattutto perché ci rendono ancora una volta presente Paolo Grossi, certo in una veste per quasi tutti noi inaspettata.

Anche lui infatti ha voluto farci un regalo, un dono che ha potuto curare sino alle ultime bozze, l'ultimo suo libro, che ci raggiunge postumo. Ma non si tratta di un libro scientifico, bensì di un libro di favole: *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe*.

Ebbene, quasi a simbolo di una presenza, in altra veste, ma che non vorrei definire come semplicemente 'spirituale', e che ci impegneremo a continuare a testimoniare, proprio oggi la nipote Francesca ci potrà mostrare la prima copia del volume appena uscito.

L'intuizione che nella fantasia si trovi una delle scaturigini profonde dell'esperienza giuridica delle persone e del loro farsi comunità, l'invito al giurista a superare le secche di una visuale puramente logica e meccanicistica del diritto, per aprirsi, invece, per il tramite di una fantasia 'creatrice', in quanto capace di rinvenire nelle cose e nei rapporti la misura del loro giusto equilibrio; questa intuizione e questo invito, che riecheggiano nelle parole introduttive di Paolo alla sua opera giovanile, vengono a costituire non solo il viatico migliore per questa giornata, ma ci additano anche il percorso futuro che il Centro — nel suo nome, e con la sua presenza sempre viva — ha ancora davanti a sé.

ALESSANDRA PETRUCCI

SALUTO

Tra novembre e dicembre dello scorso anno, abbiamo celebrato il restauro della Palazzina di Piazza Indipendenza, Villa Ruspoli, dove si trova il Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, attivo ormai da oltre quarant'anni, sorto su iniziativa di Paolo Grossi nel 1971.

Questo istituto è stato riconosciuto nel 1980 come « organismo scientifico specializzato, annesso alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze », e nel 2003 come « Centro di ricerca, trasferimento e alta formazione dell'Università degli Studi di Firenze ».

Un fiore all'occhiello del nostro Ateneo.

Qui batte il cuore della ricerca storico-giuridica.

Grazie alla sua ricchissima Biblioteca, grazie alle sue iniziative, grazie alla pubblicazione dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, il *Centro* si è sempre più configurato come punto di riferimento per l'unità della scienza giuridica, confermandosi come fertile terreno d'incontro tra studiosi di diversi paesi. Qui, storici, filosofi e giuristi possono riflettere, esercitare la capacità critica, guardare a « radici e prospettive », in una dimensione europea. Interdisciplinarietà e transnazionalità: sono queste le parole-chiave a cui l'attività del *Centro* si ispira e i *Quaderni* offrono da cinquant'anni una testimonianza continua, costante, dinamica di questo lavoro che unisce giurista e società.

Paolo Grossi ce lo ha ricordato in tante occasioni dalle pagine dei *Quaderni*, a partire dalla prima pagina introduttiva del 1972, con cui invitava gli storici del diritto a recuperare l'unitarietà della *scientia juris* e i giuristi a recuperare la naturale, intrinseca, storicità del diritto.

Anche le relazioni di queste due giornate hanno ribadito questo principio, articolando le riflessioni lungo l'asse di temi che sono stati cari a Grossi: il problema della scienza del diritto e del pluralismo, il pluralismo in contesti particolari, come il Brasile o i Paesi africani, il diritto al lavoro, l'antropologia... Questi contributi hanno rappresentato un momento di approfondimento del grande insegnamento di Paolo Grossi, un'occasione di confronto critico — all'insegna dell'interdisciplinarietà e della transnazionalità — su temi da sempre cari al fondatore dei *Quaderni* e del *Centro di studi*.

È, quindi, naturale che il Centro di studi venga oggi dedicato a chi lo ha fortemente voluto e alimentato, con la forza del pensiero e delle azioni, con l'esempio, con il quotidiano impegno.

Sono grata a chi mantiene viva e vitale la tradizione del pensiero giuridico di Paolo Grossi, a Colleghe e Colleghi che proseguono lungo la direttrice che lui ci ha mostrato. Con questa cerimonia, si chiude un percorso iniziato all'indomani della scomparsa di Paolo Grossi, ma si apre il grande capitolo della sua eredità, a cui saprete sicuramente apportare linfa e vigore.

GIUSEPPE BETORI

SALUTO

Ringrazio per l'invito a questa cerimonia e porgo il mio saluto alla Presidente della Corte Costituzionale e a tutte le autorità e gli accademici presenti, lieto di portare il saluto mio e della Chiesa cattolica fiorentina a questo momento in cui si fa memoria del prof. Paolo Grossi intitolandogli il « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno » da lui fondato nel 1971.

Lo faccio nella consapevolezza che le mie parole poco o nulla potranno aggiungere a chi oggi parlerà con ben altra competenza accademica e istituzionale di un uomo che ha illustrato in forma così alta la ricerca scientifica nell'ambito delle scienze giuridiche. Ma Paolo Grossi ha collocato la sua professione di studioso e di docente delle discipline del diritto nel contesto di una personalità compiuta che lo ha proposto a tutti come un riferimento imprescindibile per un giudizio sapiente e un coerente comportamento nell'ambito della cosa pubblica.

Cercai di esprimere tutto questo nell'omelia delle sue esequie con parole in cui riconoscevo nell'incontro con lui « il dono che per ciascuno di noi, per questa città, per la nostra nazione e per il mondo tutto è stato l'illustre studioso, l'insigne e amato maestro, il retto servitore della cosa pubblica, l'uomo sensibile e pronto all'incontro ».

Come pastore di questa città che, nell'assumere la guida della Chiesa fiorentina, fui avvertito di poter contare sul prof. Grossi come una luminosa fonte di discernimento delle vicende umane, in quella omelia volli collegare — e da molti mi fu ribadito a ragione — questa immagine che Paolo Grossi offriva di sé anche alla sua radice di uomo di fede, per nulla ostentata, ma non nascosta, assai salda e profonda.

La fede, che pone le cose oltre la loro parzialità e caducità in una dimensione trascendente ha sostenuto il prof. Grossi nella ricerca di un sapere che potesse condurre al significato pieno del reale. Commentai in quell'omelia: « Sta qui la differenza tra un intellettuale e un saggio, tra un docente e un maestro, tra un funzionario dello Stato e un servitore del bene comune, testimone di verità e di veracità in grado di offrirci chiarezza e indicarci cammini sicuri ». Questo è stato per me Paolo Grossi. E, andando probabilmente oltre le mie competenze, ma profondamente convinto di questo assunto, mi permettevo di aggiungere:

In questa visione dell'umano in un orizzonte di trascendenza si inserisce il concetto di *'inventio'* applicato al diritto, realtà che si riceve e non si crea, e che nella nostra Costituzione fonda la priorità storica e logica della persona umana sullo Stato e del diritto sulla legge, nel quadro quindi di una idea fondamentale del diritto non frutto del potere politico o dello Stato, ma prodotto della capacità ordinante della società e della natura intrinsecamente relazionale dell'uomo.

Su questo lascito di una comprensione del diritto come argine contro ogni potere che voglia togliere all'uomo la sua dignità e come ascolto dell'umano e dei rapporti sociali, si aprono davanti a noi spazi ampi di responsabilità, per cui la doverosa memoria si fa impegnativa eredità.

SILVANA SCIARRA
PER PAOLO GROSSI

Ha scritto Paolo Grossi, nelle dediche dei suoi libri, che ha avuto la « buona sorte » di incontrare nei corsi universitari giovani studiosi, poi scrupolosamente e affettuosamente da lui seguiti nei meandri della carriera accademica, per farli divenire suoi allievi. Sono questi ora gli illustri e appassionati continuatori del suo magistero.

A me è toccata la fortuna di conoscerli nella mia vita fiorentina e di costruire con loro rapporti di profonda stima e di amicizia. Vederli qui presenti oggi restituisce a me e a quanti affollano questa sala un senso di comune appartenenza. Sono grata a loro per avermi inclusa nella cerimonia di intitolazione a Paolo Grossi del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno.

Il luogo in cui ora ci troviamo, Villa Ruspoli, è denso di ricordi, oltre che luogo simbolico dell'Università di Firenze. Ringrazio la Rettrice Alessandra Petrucci per la cura che ha dedicato nella valorizzazione di questo edificio, vero punto nevralgico dell'Ateneo fiorentino.

Mi concedo una breve parentesi di ricordi personali, dettati dallo sconcerto che ancora avverto per la scomparsa di Paolo e dal desiderio di rivedere la sua persona, come se fosse possibile riportarlo qui con noi ora.

La mia conoscenza di Paolo Grossi precede il mio ingresso nella facoltà di Giurisprudenza. Quando l'ho incontrato insegnavo a Siena; mi torna alla mente un iniziale senso di timore, quasi fossi intimidita dalla sua postura e al tempo stessa affascinata dal suo eloquio e dalla sua eleganza.

Da quelle prime sensazioni, la progressiva scoperta della sua umanità prorompente si è trasformata per me in un'ancora di amicizia e in un sostegno costante, personale oltre che intrecciato

con la mia vita accademica: qualche incontro proprio qui a Villa Ruspoli, qualche cena al ristorante Cafaggi, in un'atmosfera familiare piena di rispetto e cordialità.

Non posso non ricordare il seminario tenuto da Paolo Grossi per i dottorandi dell'Istituto Universitario Europeo, su invito del Professor Giuliano Amato e mio — entrambi in quegli anni, era il 1996, insegnavamo in quella università — ricordato nella Prefazione al libro *Scienza giuridica italiana*. Incredibile ma vero: quel libro nasce dalle intuizioni di Paolo espresse nel seminario fiesolano.

Le ultime pagine del libro sono dedicate ai « sentieri fertili della riflessione giuslavoristica » e in particolare al mio Maestro, Gino Giugni.

Da quelle frasi dell'autorevole storico del diritto è nata una rivisitazione dell'opera giugniana, descritta come « liberante ». La sua lettura ha poi assunto le caratteristiche di una vera e propria palingenesi. Non solo Paolo ha scelto di frequentare la comunità dei giuslavoristi e di pubblicare nelle « nostre » riviste scientifiche; quell'impulso a ricercare una sempre più precisa collocazione di Giugni nella cultura giuridica italiana del Novecento ha anche impresso maggiore rigore nell'individuare e collocare storicamente le figure accademiche che hanno caratterizzato le diverse scuole di pensiero in questa materia.

Penso alla ricerca, culminata in un convegno e poi una pubblicazione nei Quaderni fiorentini (XVI del 1987) sulle *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*.

Penso anche al libro di Giovanni Cazzetta *Scienza giuridica e trasformazioni sociali* che dà solide fondamenta storiche al diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento. Penso inoltre al libro curato da Gianguido Balandi e dallo stesso Cazzetta, all'esito di un fortunato incontro ferrarese, su *Diritti e lavoro nell'età repubblicana. Materiali dell'incontro di studio. Atti (Ferrara, 24 ottobre 2008)*.

Qui si chiude la parentesi dei ricordi personali, in cui ho voluto affiancare alla mia scoperta dell'umanità di Paolo Grossi la gratitudine come giuslavorista, per aver disegnato nuovi orizzonti di riflessione e aver proposto nuovi approfondimenti.

L'incontro con il giudice Grossi nel Palazzo della Consulta ha rappresentato un altro momento culminante della mia vita professionale, ancora una volta intrecciata con quella personale.

Ci sarà modo e tempo per ricordare la « sua » giurisprudenza e riflettere sul suo stile di giudice. Io non posso che limitare oggi il mio ricordo al suo insegnamento e alla sua umanità, tratti salienti della mia collaborazione con lui. Una collaborazione iniziata, oltre che nelle camere di consiglio, nella « Commissione Biblioteca », in cui si è andata delineando un'iniziale proposta di creazione dell'archivio storico della Corte costituzionale. Un primo incarico di approfondimento affidato ad Achille de Nitto, suo assistente di studio, nonché lettore attento dei suoi scritti — come amava ricordare — ha avviato un lavoro complesso, di cui spero si possa vedere presto l'esito finale.

La presidenza di Paolo Grossi, unanimemente acclamata dal Collegio, è stata caratterizzata da grande rigore, con qualche tratto di ironia, quando imponeva il rispetto dei tempi e lo faceva persino ricorrendo alla campanella, sia in udienza sia in camera di consiglio, ripristinando una consuetudine desueta. Grande la sua capacità di sintesi, il suo profondo rispetto manifestato verso le proposte dei giudici relatori e verso l'esito delle deliberazioni collegiali.

Il suo fascino come oratore, unito all'eleganza dei suoi gesti, si è confermato, tra l'altro, nel ricevere le delegazioni straniere e nell'ampliare l'alveo degli interlocutori, manifestando innate doti di comunicatore.

Si deve a lui la firma della prima « Carta d'intenti », sottoscritta l'8 gennaio 2018, tra la Corte costituzionale e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

È l'avvio del « Viaggio nelle scuole », con l'abile e convincente guida di Donatella Stasio, quale interprete del nuovo corso comunicativo che la Corte si accingeva a intraprendere. È vivo nella mia memoria il primo di quella che sarebbe poi divenuta una lunga serie di incontri, svoltosi presso l'Istituto tecnico agrario statale « Emilio Sereni », alla periferia di Roma, cui partecipò l'intero Collegio in un clima di entusiasmo e di condivisione.

Durante il suo mandato come giudice costituzionale, e poi come Presidente, Paolo non ha mai cessato di scrivere, non ha mai abbandonato il suo stile, anzi ha impresso originalità e perfino provocazione alla sua produzione.

Da storico del diritto ha dato alla Corte una voce autorevole, ne ha illustrato le solide radici istituzionali, e ne ha anche rivelato le

potenzialità. Ha agito sempre con un gesto attento ai più giovani, così come ha ininterrottamente fatto nelle aule universitarie.

Quella tradizione non deve essere abbandonata, anzi deve essere ampliata, perché arricchisce la visibilità della Corte come istituzione di garanzia.

Sono stati numerosi i suoi interventi pubblici, le conferenze e le lezioni tenute durante il mandato da giudice costituzionale.

Mi limito a evocare la lezione tenuta ai Lincei (ora in *Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato*, Bologna 2017) e la metafora adottata in quell'occasione, poi divenuta un segnale di continuità nel suo instancabile cammino di diffusione della cultura costituzionale: la Corte costituzionale è una valvola respiratoria per l'ordinamento giuridico italiano. Si potrebbe aggiungere che quel respiro si è tonificato grazie alla sua tenacia.

Delle Corti costituzionali, prodotto di un « tempo pos-moderno », ha scritto da storico e da giudice, aggiungendo che questo tempo si distende per tutto il Novecento, fino a lambire i nostri anni. Alle Corti costituzionali affida il suo pensiero critico, perché sia garantita la cura degli assetti politici genuinamente democratici e la tutela delle libertà dei singoli affinché, dall'essere tali libertà solo consacrate nelle carte, divengono concrete, cercando proprio attraverso le Corti la loro vera espressione.

Paolo Grossi ci ha insegnato a rispettare la Costituzione che si colloca — così ha scritto — a un livello più alto, « come sistema di principi intrinsecamente giuridici » in grado di condizionare le manifestazioni del potere legislativo. Si attua in tal modo, nella sua ricostruzione teorica, la demitizzazione della legge, affinché il cittadino possa sentirsi appagato di fronte alla legge.

La Costituzione — come non rammentare un'altra metafora ricorrente nel suo linguaggio — è la punta emergente di un più ampio continente, per buona parte sommerso. I valori costituzionali, così come i ghiacciai, sono in movimento: il loro spostamento è impercettibile, ma incisivo.

A me piace pensare, inseguendo le immagini che Paolo Grossi ci propone, che quei ghiacciai non si sciolgano mai e si salvino da una catastrofe ambientale. Mi piace anche ricordare che la tutela dell'ambiente, così come l'attenzione per le nuove generazioni sono stati per lui un impegno ricorrente nel percorso di giudice costituzionale.

Al costante coinvolgimento istituzionale si collega « l'invenzione del diritto », intesa come scoperta e reperimento.

Su queste note voglio concludere il mio breve e personale ricordo, evocando la citazione di una poesia di Mario Luzi che pone in apertura del libro *L'invenzione del diritto*: « Rimani tesa volontà di dire. Tua resti sempre e forte la nominazione delle cose. Delle cose e degli eventi. Non cedere umiltà e potenza ».

Un monito, un invito per tutti noi a difendere, ciascuno nel suo ruolo, i valori costituzionali, a farlo soprattutto per i più giovani, cui Paolo Grossi ha rivolto incessantemente la sua parola e il suo esempio.

PIETRO COSTA

PAOLO GROSSI: IL SAPERE COME ISTITUZIONE

Ci eravamo preparati a questo incontro come a una festa: a una cerimonia che avrebbe unito solennità ad allegria. Non eravamo certi che avremmo evitato le rimostranze del festeggiato, ma eravamo fiduciosi che egli avrebbe inteso e accettato il senso profondo della nostra iniziativa. La festa è stata impedita da un lutto improvviso e la cerimonia è divenuta un commosso esercizio della memoria. Non è però venuto meno il suo senso originario: rendere esplicito e solenne un vincolo da sempre evidente; il vincolo, vorrei dire di inerenza reciproca, fra Paolo Grossi e il Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno.

Tutti sappiamo che il Centro è stato pensato, progettato e realizzato da Paolo Grossi e poi da lui ininterrottamente diretto per trent'anni. Forse però può essere utile spendere qualche parola, che si aggiunga a quelle già pronunciate dalle Autorità e dai colleghi che mi hanno preceduto e insista sul significato che il Centro ha avuto nell'itinerario umano e intellettuale di Paolo Grossi.

Grossi era approdato a Firenze, come docente della Facoltà giuridica, dopo essere stato docente e preside a Macerata. Ricordo le sue prime lezioni fiorentine, tenute come professore incaricato di Diritto comune, nei primi anni Sessanta. Mi colpivano due aspetti: il giovane docente ci presentava il diritto non come un oggetto inerte e asettico, ma come parte integrante di una società e di una cultura; e la storia che di questo diritto egli illustrava era una storia 'lunga', che dal medioevo si protendeva verso la piena modernità. In sostanza, erano già percepibili, *in nuce*, le intuizioni destinate a divenire gli assi portanti della sua riflessione.

Basti pensare a un'opera, a mio avviso, assai significativa nella sua produzione: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*. Questa opera porta a maturazione un tema già emerso negli

scritti precedenti e destinato a rivestire una durevole importanza nella storiografia di Grossi: il tema del rapporto fra l'uomo e le cose. Ed è un'opera che, nel tentativo di comprendere la società medievale, così lontana dalla nostra, non esita a ricorrere a suggestioni audaci, a modelli insoliti, tratti dalla ricerca etnologica di Lévy-Bruhl (non si dimentichi che un'importante monografia su Lévy-Bruhl, scritta da Francesco Saverio Nisio, comparirà, molti anni dopo, nei volumi della Biblioteca del Centro di Studi).

Già alla fine degli anni Sessanta sono poste le basi di un avvincente programma euristico, che trova nel *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* una prima, eloquente manifestazione. Si noti un particolare: Grossi affida il miglior frutto dei suoi studi precedenti e la premessa di future e impegnative ricerche non a un'appartata e ingombrante monografia, ma a un agile corso universitario. *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* è un libro destinato agli studenti (e le prime versioni dell'opera erano già uscite nella forma artigianale di semplici 'dispense').

Siamo agli inizi della parabola intellettuale ed esistenziale di Grossi e tuttavia sono già percepibili in filigrana non soltanto alcune costanti della sua riflessione, ma anche un aspetto decisivo della sua vocazione: il legame forte (da lui tanto vissuto quanto teorizzato) fra la ricerca e la didattica. Si dirà: che la didattica presupponga la ricerca e che la ricerca si traduca in didattica è (o forse dovremmo dire era) una caratteristica strutturale dell'università (per intenderci) post-humboldtiana. Conviene però non farci sfuggire il timbro particolare che questo rapporto assumeva nella vita di Grossi.

La ricerca per Grossi era un'attività personale e solitaria. Era il frutto di una vocazione intellettuale che definiva i propri interessi conoscitivi e si sostanziava in un personale e inconfondibile stile di scrittura. Paolo Grossi era Paolo Grossi e tuttavia il mondo delle idee, anche delle sue idee, non aveva, ai suoi occhi, una consistenza sufficiente. Premeva in lui l'esigenza di riversare all'esterno, non solo con la scrittura ma anche con la viva voce, le sue convinzioni, di rivolgersi non tanto a un impalpabile 'lettore ideale' quanto a interlocutori in carne e ossa per coinvolgerli in un'esperienza condivisa.

Di questa esigenza, la lezione *ex cathedra* era un tramite indispensabile, ma non ancora sufficiente. Per quanto interlocutori

preziosi, gli studenti assiepati in una grande aula permettevano soltanto un dialogo troppo distante ed effimero. Era indispensabile che al grande cerchio degli studenti si affiancasse il piccolo cerchio degli allievi. L'insegnamento *ex cathedra* e la formazione di una Scuola erano due facce della stessa medaglia. Grossi aveva appena vinto il concorso per l'insegnamento di Storia del diritto a Macerata quando propone a uno dei suoi primi laureati — Mario Sbriccoli — di intraprendere sotto la sua guida la carriera universitaria. A Macerata come poi a Firenze, nei primissimi anni come negli ultimi del suo insegnamento, Grossi vede nello svolgimento della didattica come nella cura della sua Scuola due espressioni inseparabili della medesima esigenza esistenziale: l'esigenza di strappare la ricerca alla solitudine di cui pure si nutriveva per trasformarla in una pratica intersoggettiva, visibile e tangibile.

Didattica e Scuola non sono soltanto aeree esperienze spirituali, ma implicano un luogo, un'organizzazione, regole e vincoli: presuppongono, in una parola, una precisa dimensione istituzionale. Per Grossi, l'esigenza del dialogo con lo studente e con l'allievo può essere soddisfatta nella misura in cui viene convogliata nell'alveo di un'istituzione che stabilisce le direttive e la finalità. Paolo Grossi non aveva una particolare simpatia per Socrate: i suoi dialoghi erano — o avevano l'apparenza di essere — troppo improvvisati e casuali, mentre la comunicazione cui egli aspirava non doveva avere niente di estemporaneo o gratuito, ma trovava il proprio *ubi consistam* in un'istituzione — l'Università — di cui a sua volta era la linfa vitale.

Era con un'università così concepita che Grossi si identificava totalmente, vedendo in essa il luogo nel quale le esigenze profonde della sua personalità potevano trovare un'esplicazione piena e socialmente riconosciuta. Al contempo, egli non si faceva alcuna illusione, non idealizzava l'università immaginandola come una congrega di spiriti eletti. Dell'università egli conosceva tutti i segreti, il passato e il presente, le ombre e le luci. Natalino Irti ricorda che il primo consiglio che egli ricevette dal giovane Maestro fu quello di consultare scrupolosamente l'allora esistente Annuario che informava dell'avvicendamento dei professori. Era una sorta di disincantato realismo machiavelliano che gli permetteva di muoversi con accortezza nei meandri dell'istituzione universitaria.

Grossi conosceva i vizi e le insufficienze dell'istituzione che amava e tuttavia non dubitava che l'istituzione universitaria fosse la

forma necessaria della produzione e della trasmissione della cultura. A tenere insieme, in lui, l'impietosa consapevolezza dei difetti dell'università e la tenace convinzione della sua funzione culturalmente indispensabile contribuiva forse la distinzione, familiare alla sua cultura cristiana, fra la Chiesa visibile e la Chiesa invisibile, destinate a confondersi nel *mundus hic* senza però che il messaggio salvifico ne risultasse compromesso.

L'istituzione universitaria aveva per Grossi una sua laica sacralità che trovava nella Scuola la sua espressione primaria. È la Scuola che si fa veicolo della trasmissione del sapere nel trascorrere delle generazioni. Svincolato dall'istituzione, il sapere rischia di essere, nella migliore delle ipotesi, una fiamma improvvisa che non riesce a durare nel tempo. Di contro, è proprio nella Scuola che diviene concreta e tangibile la prestazione principale dell'istituzione: la capacità di assicurare alla ricerca individuale non solo uno spazio nel quale svolgersi e comunicarsi, ma anche, e forse soprattutto, una promessa di permanenza. L'istituzione sembra offrire alla ricerca il dono più raro: la possibilità di superare l'istante e gettare un pur fragile ponte fra generazioni diverse.

Molti di noi ricorderanno come Grossi fosse capace, anche grazie alla sua formidabile memoria, di illustrare le più complicate genealogie accademiche nelle più diverse discipline: era un vezzo e un gioco, ovviamente, ma era al contempo anche un sorridente omaggio ai tanti *martyres* di un sapere che grazie al suo radicamento istituzionale era riuscito a durare nel tempo.

Grossi aveva cercato assiduamente i propri Maestri e ha continuato a visitare le loro opere e a evocare le loro figure in tutto l'arco della sua attività: Maestri più lontani (come Capograssi, Calasso, Santi Romano) e più vicini (i Maestri dell'Ateneo fiorentino, da Enrico Finzi a Giorgio La Pira, a Salvatore Romano, a Pietro Piovani); e non dimentichiamo che uno dei suoi lavori storiografici più felici — lo *Stile fiorentino* — è dedicato proprio alla storia della Facoltà giuridica fiorentina e al pensiero dei suoi protagonisti.

Grossi frequenta e celebra i propri Maestri e si propone a sua volta, con schiettezza e semplicità, non *verbis* ma *factis*, come Maestro: nella convinzione che la Scuola fosse l'indispensabile tramite istituzionale di un sapere durevole, di una '*sapientia*' trasmessa attraverso le varie generazioni (e tutti ricordiamo come l'aggettivo '*sapenziale*' fosse uno stilema frequente nelle pagine di Grossi).

Essere un Maestro apparteneva alla sua vocazione primaria. Occorre però aggiungere che nel suo modo di esserlo si manifestava un singolare, anche se apparente, paradosso. Da un lato, infatti, data l'immagine 'sapienziale' che gli era cara, sarebbe stato ragionevole attendersi che la sua Scuola fosse una sorta di ordine conventuale ortodossamente omogeneo, refrattario a ogni diversità. Dall'altro lato, però, la realtà della Scuola sembrava manifestare caratteristiche opposte, mostrando una composizione culturalmente eterogenea.

Ricordo a questo proposito un episodio emblematico. Mi trovavo, con Grossi e altri suoi allievi, a Florianópolis in Brasile e il padrone di casa, il collega Arno Dal Ri, mise subito il dito, se non sulla piaga, certo sul paradosso. In che senso — ci chiedeva — la cosiddetta Scuola fiorentina è una Scuola? Le inclinazioni ideologico-politiche, le propensioni valoriali, le strategie di ricerca, le aree tematiche prescelte dai vari membri della Scuola sono diverse o addirittura incompatibili fra loro e diverse da quelle del Maestro. E allora come è possibile parlare di Scuola?

Un paradosso, appunto: ma più apparente che reale. Occorre sottolineare due aspetti. In primo luogo, se era 'sapienziale' l'immagine che Grossi aveva del sapere e della sua trasmissione, la sua concreta, quotidiana attività di Maestro è descrivibile soltanto presentandola come un'attività essenzialmente 'dialogica'. Uso il termine 'dialogo' in senso pregnante, pensando a Martin Buber e alla sua 'filosofia del dialogo': il rapporto fra il Maestro e l'allievo era il rapporto buberiano fra l'io e il tu. Era un rapporto sostenuto dalla logica del riconoscimento: dalla comprensione e dalla valorizzazione della singolare, irripetibile personalità del suo interlocutore, ancorché giovane o giovanissimo. Era una siffatta pratica del dialogo che rendeva la Scuola di Grossi un fenomeno rarissimo: una Scuola caratterizzata dall'esaltazione della pluralità di contro a una Scuola che, come troppo spesso accade, implica un'aperta o sostanziale adesione degli allievi agli articoli di fede del Maestro.

Il paradosso è risolto, allora? Lo è, a patto però di rispondere alla domanda di Arno Dal Ri: in che modo il trionfo della pluralità può comporsi con l'unitarietà di una Scuola? La risposta in realtà è semplice e risiede nelle direttrici fondamentali che Grossi adottava nell'organizzare la sua ricerca e al contempo proponeva ai suoi interlocutori. Queste direttrici erano in sostanza le seguenti: assu-

mere il diritto come una forma essenziale dell'esperienza collettiva; attribuire al diritto una sua specifica storicità; concentrare l'attenzione sulla dimensione discorsiva, culturale, dottrinarica del fenomeno giuridico. Appartenere alla Scuola fiorentina significava riconoscersi in questa cornice programmatica, rimanendo fermo che ciascuno avrebbe dato sostanza al programma seguendo le strategie e le inclinazioni che gli erano più congeniali.

Il diritto come esperienza, il diritto come storia, il diritto come discorso teorico, come 'pensiero' (come Grossi preferiva dire): erano questi i capisaldi del programma euristico che egli proponeva ai suoi studenti, ai suoi allievi e, infine, all'intera comunità scientifica.

Era però sufficiente formulare un programma di lavoro confidando nella sua intrinseca persuasività? Non per Grossi. Egli non aveva intenzione di apparire una *vox clamantis in deserto* né aveva particolari simpatie per i profeti disarmati. Per lui, ancora una volta, era essenziale predisporre un ambiente nel quale le parole acquisissero forza e stabilità. Il sapere nudo restava debole, finché sprovvisto del punto di gravitazione che solo la dimensione istituzionale poteva conferirgli. Nasce da questa convinzione di fondo la coraggiosa, quasi temeraria, idea, di fondare nel 1972 una nuova rivista: i « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ».

Il senso del progetto e i contenuti della rivista sono ovviamente noti a tutti i presenti, molti dei quali sono stati e sono attivamente partecipi della vita, ormai lunga, della rivista: una rivista-progetto, come la chiamava Grossi, non una rivista-contenitore. La rivista non intendeva raccogliere i contributi più vari purché ascrivibili alla casella disciplinare della storia giuridica. Essa voleva piuttosto mostrare *per facta concludentia* la fecondità di indagini che, da svariatissimi punti di vista, mettersero a fuoco la dimensione dottrinarica del diritto: il pensiero giuridico, appunto, evocato dal titolo stesso della rivista.

Il pensiero giuridico presente nel titolo della rivista si fregia anche di un aggettivo: 'moderno'. Questo aggettivo, per la storiografia giuridica dei primi anni Settanta, non indicava una semplice e innocua periodizzazione, ma conteneva, esso pure, un forte significato programmatico. La storiografia giuridica era infatti ancora prevalentemente medievistica ed erano maturi i tempi per una svolta. Proprio nel momento in cui Grossi lavorava alla fondazione

dei « Quaderni fiorentini », Giovanni Tarello, filosofo del diritto a Genova, varava i suoi « Materiali per la storia della cultura giuridica » e di lì a non molto Raffaele Ajello, a Napoli, avrebbe sollecitato la fioritura di studi 'modernistici'.

Era venuto il tempo di scoprire la modernità e i « Quaderni fiorentini » avrebbero dato il loro contributo al superamento di una lacuna storiografica ormai intollerabile. A sospingere Grossi verso lo studio della modernità interveniva tuttavia anche un elemento interno al suo specifico programma euristico. Se il diritto è la forma storicamente determinata dell'interazione sociale, esso deve essere ricostruito nell'integralità del suo sviluppo. È solo in una prospettiva secondo la quale il passato — tutto il passato — e il presente si integrano e si illuminano scambievolmente che diviene comprensibile un essenziale obiettivo programmatico dei « Quaderni fiorentini »: promuovere la collaborazione paritaria fra storici e giuristi nella comprensione del fenomeno giuridico.

È in questo clima e con queste finalità che prendono vita i « Quaderni fiorentini », che vengono pensati e organizzati dal loro fondatore esattamente come egli ha concepito e realizzato la sua Scuola: come la Scuola, così la rivista è unitaria in quanto concentrata su alcune fondamentali linee tematiche (la storicità del diritto, la rilevanza della sua dimensione teorica, l'integrazione fra storiografia e sapere giuridico) e al contempo è libera e plurale nei suoi specifici contenuti. In ognuno degli ormai cinquantuno volumi della rivista il lettore trova saggi ispirati alle più diverse prospettive, valutazioni, impostazioni e al contempo da ciascuno di essi può trarre suggestioni sulla componente teorico-culturale dell'esperienza giuridica.

Nascono i « Quaderni Fiorentini », confermandosi, nel corso del tempo, come uno strumento capace di mettere in contatto personalità e competenze diverse. La rivista voleva aprire uno spazio di condivisione, ma era, a sua volta, l'espressione di una, se pur embrionale, esperienza collettiva. Grossi concepisce in solitudine l'idea della rivista, ma ne prepara la realizzazione e ne cura lo sviluppo interagendo con un piccolo gruppo di (giovani e meno giovani) colleghi e amici e non esita a vedere in quel gruppo il soggetto collettivo capace di offrire alla rivista un solido sostegno istituzionale: nasce, nella forma provvisoria e sperimentale di un'as-

sociazione privata, il primo nucleo del Centro di Studi, che avrebbe continuato a operare all'insegna della stretta e fattiva collaborazione fra storici del diritto e giuristi e sarebbe divenuto una componente organica dell'Ateneo e della Facoltà giuridica di Firenze.

Firenze, appunto. Firenze non era per Grossi un indifferente indirizzo postale. Certo, le idee sono aeree e impalpabili, ma Grossi, proprio perché costantemente proteso a garantire a esse un retroterra istituzionale, sentiva il bisogno di localizzarle, di saldarle a un luogo, di 'territorializzarle' (uno dei suoi vezzi, che molti di noi ricorderanno, era rivendicare orgogliosamente la sua terragna ascendenza contadina). Istituzionalizzare le idee, collegarle a un luogo e investire quel luogo delle emozioni collegate all'appartenenza: è con questa esplicita e conclamata intenzione che Grossi ha voluto che i Quaderni si chiamassero « fiorentini » e che l'Ateneo e la Facoltà giuridica di Firenze fossero la loro sede obbligata.

È dunque dopo un lungo, ma coerente, giro che Grossi è pervenuto alla fondazione del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Il Centro può essere visto come l'esito conclusivo del costante assillo di Grossi di ancorare il suo programma euristico alla dimensione ordinata e strutturata dell'istituzione. Con un'istituzione deputata all'organizzazione di una specifica area di ricerca Grossi peraltro era già venuto in contatto grazie alla sua frequentazione dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato (una frequentazione motivata dal suo costante interesse per il rapporto fra l'essere umano e la produzione e l'appropriazione dei beni) e dell'Istituto era divenuto anche Segretario generale nel 1966. Ed è nell'Istituto di diritto agrario che Grossi aveva conosciuto e apprezzato la signora Alma Lelli. È in quel momento che ha inizio una collaborazione che sarebbe proseguita con la fondazione del Centro di Studi, di cui la signora Lelli sarebbe divenuta segretaria: una collaborazione quotidiana e intensa, che sarebbe durata, senza interruzione, fino all'ultimo giorno della vita di Paolo.

È possibile che l'esempio dell'Istituto fondato da Giangastone Bolla abbia influito sulla decisione di fondare un Centro che trovasse nei « Quaderni Fiorentini » la sua principale manifestazione, ma si proponesse anche come luogo di incontro e di accoglienza per giovani e meno giovani studiosi. Il motivo determinante della creazione del Centro di Studi era però interno alla parabola esistenziale

e intellettuale del suo fondatore e coincideva con la sua costante esigenza di assicurare alle idee il supporto ordinante e stabilizzante della dimensione istituzionale. Immagino che Grossi avrebbe usato, a questo proposito, una delle sue metafore preferite (una metafora oggi desueta, ma ancora circolante nella letteratura degli anni Quaranta e Cinquanta): la metafora (religiosamente pregnante) dell'incarnazione. Era urgente, per Grossi, dare corpo e sangue alle idee, promuovere la loro 'incarnazione' nella trama istituzionale dell'esperienza collettiva.

Il sapere come istituzione, dunque: come un processo creativo e comunicativo che può esistere nella sua pienezza soltanto se 'incarnato'. È appunto della vocazione di Grossi per le istituzioni che il Centro è l'espressione in qualche misura emblematica; e il generoso dono che Grossi ha fatto della sua biblioteca al Centro di Studi (una donazione, sottolineo, non un lascito *post mortem*) non è che uno dei tanti indizi dell'importanza vitale che il Centro rivestiva per lui.

Esiste per Grossi un circolo virtuoso fra il sapere e l'istituzione. Occorre però evitare un equivoco, che il termine 'istituzione' potrebbe (subliminalmente) provocare. Potremmo essere tentati di guardare all'istituzione attraverso la metafora della macchina: l'istituzione come un meccanismo, come un ingranaggio che funziona impersonalmente senza riguardo alla varietà e alla peculiarità dei singoli. O addirittura l'istituzione come un kafkiano, impenetrabile Palazzo. In realtà, era difficile che i tanti frequentatori del Centro cadessero in questo equivoco. Come si presentava il Centro di studi nella sua concreta quotidianità? È possibile che alcuni dei visitatori del Centro di studi, data la mole di pubblicazioni e di iniziative che a esso facevano capo, si attendessero stanze, uffici, corridoi, funzionari e infine, dio ascoso e irraggiungibile, il Direttore. Il Centro di Studi però, come tutti sappiamo, non corrispondeva esattamente a questa aspettativa. Il Centro coincideva con due stanze: una grande, occupata dalla signora Alma, e una piccola, utilizzata dal Direttore. La rivista, la collana di pubblicazioni, i convegni erano resi possibili dal lavoro quotidiano e dalla stretta collaborazione di due persone: la Segretaria e il Direttore. E la Segretaria non era un impersonale funzionario, ma era una persona intellettualmente ed emotivamente coinvolta nel lavoro collettivo e il Direttore non era il freddo motore della macchina, ma era un accogliente padrone di casa, interessato a interagire con i suoi ospiti.

La trama istituzionale con la quale Grossi si identificava non era la weberiana gabbia di acciaio: era la cornice entro la quale la sua attività intellettuale e le sue attività magistrali trovavano ordine e consistenza. Era una cornice che egli stesso aveva creato: i « Quaderni Fiorentini », il Centro di Studi non sarebbero esistiti senza la sua ‘decisione’ fondatrice. Il Centro era il ‘suo’ Centro; i Quaderni erano la ‘sua’ rivista. E tuttavia, quando gli veniva fatto osservare che il Centro e i Quaderni erano ‘suoi’, Grossi lo negava energicamente, rivendicando il carattere collettivo dell’uno e degli altri. Il suo rifiuto dell’aggettivo possessivo poteva sembrare una mera clausola di stile. In realtà, era un gesto assai più profondo e significativo. Era, ancora una volta, l’espressione della vocazione istituzionale iscritta in tutta la sua attività intellettuale e magistrale.

Grossi non negava ovviamente di essere il fondatore del Centro. Negava di esserne il padrone. La sua profonda comprensione della logica dell’istituzione lo induceva a ritenere che la creatura dovesse assumere una vita autonoma rispetto al suo creatore. L’istituzione vive di vita propria e trova nella sua autonomia la migliore garanzia di permanenza nel tempo. Era questa convinzione a impedire a Grossi di considerare il Centro una sua proprietà. Era questa convinzione a indurlo a interrompere, non in un punto di morte ma vent’anni prima, la sua direzione del Centro di Studi e dei « Quaderni fiorentini ». Il loro fondatore aveva deciso di fare un passo indietro: non perché inclinasse ad ascetiche, francescane rinunce, ma perché era certo che solo un’istituzione libera da ipoteche ‘proprietarie’ avrebbe garantito la continuità del progetto cui egli aveva dedicato la vita.

Tutto ciò, e molto altro ancora, avremmo voluto dire a Paolo nella cerimonia festosa che preparavamo per i suoi novant’anni. Ed eravamo pronti a fronteggiare le sue proteste. Gli avremmo detto che dare al Centro il suo nome non era una lesione dell’autonomia dell’istituzione, ma era la riconferma della sua essenziale funzione: la funzione di favorire la memoria non solo delle proposte e delle iniziative di cui era tramite, ma anche del Maestro che la aveva creata. Non so se lo avremmo convinto. Difficilmente però avrebbe potuto contestare la motivazione profonda della nostra iniziativa: l’esigenza di esprimere in forma solenne e pubblica il debito di gratitudine che lega tutti noi a Paolo Grossi.

INDICE SOMMARIO

<i>Itinerari contemporanei del pluralismo giuridico. Le ragioni di un Incontro</i> (P. Cappellini, G. Cazzetta, B. Sordi, I. Stolzi)	1
---	---

PARADIGMI

TOMMASO GRECO, <i>Il problema (della scienza) del diritto e le vie del pluralismo</i>	9
MICHELE GRAZIADEI, <i>Frontiere, legal transplants, comparazioni: le vie del diritto e l'incontro con il pluralismo</i>	23
CARLA FARALLI, <i>Pluralismo e teoria generale del diritto</i>	59
FABIO DEI, <i>Razionalità e relativismo nell'antropologia giuridica</i>	69

ESPERIENZE: IL CASO DELLA COLONIZZAZIONE PORTOGHESE

CRISTIANO PAIXÃO, <i>Pluralismo in gioco: le dispute sulla democrazia costituzionale brasiliana</i>	91
RICARDO SONTAG, <i>Ordine domestico e ordine statale nel Brasile del XIX secolo: la disciplina degli schiavi</i>	113
CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, <i>Colonial Justice in Mozambique (1915-1954): Preserving and Changing Indigenous Customary Law</i>	153
MASSIMO MECCARELLI, <i>Pluralismo giuridico e spazio eccedente. Il laboratorio storiografico brasiliano visto dall'Europa</i>	169

PROSPETTIVE

MASSIMO LUCIANI, <i>La Costituzione e il pluralismo</i>	197
ENZO CANNIZZARO, <i>Consuetudine e pluralismo normativo nel diritto internazionale</i>	229
THORSTEN KEISER, <i>Pluralismo e diritto del lavoro</i>	249
NICOLÒ LIPARI, <i>Gli approdi pluralistici del diritto civile</i>	265

Cerimonia di intitolazione a Paolo Grossi
del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno

PAOLO CAPPELLINI, <i>Paolo Grossi: una dedica, una presenza</i>	289
ALESSANDRA PETRUCCI, <i>Saluto</i>	293
GIUSEPPE BETORI, <i>Saluto</i>	295
SILVANA SCIARRA, <i>Per Paolo Grossi</i>	297
PIETRO COSTA, <i>Paolo Grossi: il sapere come istituzione</i>	303

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

GIUSEPPE BETORI

Cardinale Arcivescovo di Firenze

ENZO CANNIZZARO

Prof. Ordinario di Diritto internazionale - Università di Roma « La Sapienza »

PAOLO CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

PIETRO COSTA

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

FABIO DEI

Prof. Associato di Antropologia culturale - Università di Pisa

CARLA FARALLI

Prof. Emerito di Filosofia del diritto - Università di Bologna

MICHELE GRAZIADEI

Prof. Ordinario di Diritto comparato - Università di Torino

TOMMASO GRECO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Pisa

THORSTEN KEISER

Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte - Universität Gießen

NICOLÒ LIPARI

Prof. Emerito di Diritto civile - Università « La Sapienza » di Roma

MASSIMO LUCIANI

Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università « La Sapienza » di Roma

MASSIMO MECCARELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Macerata

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

Professora Auxiliar de História do Direito - Universidade nova de Lisboa

CRISTIANO PAIXÃO

Professor de História do direito e direito constitucional - Universidade de Brasília

ALESSANDRA PETRUCCI

Rettrice - Università di Firenze

SILVANA SCIARRA

Prof. Emerito di Diritto del lavoro - Università di Firenze; *Presidente della Corte costituzionale*

RICARDO SONTAG

Professor de História do Direito - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

IRENE STOLZI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
 Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
 Vol. 43 (2014) - Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
 Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
 Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
 Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
 Vol. 47 (2018), 8°, p. 816
 Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
 Vol. 49 (2020), 8°, p. 914
 Vol. 50 (2021) - Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze. Cinquant'anni di 'Quaderni fiorentini', due tomi in 8°, p. 1014
 Vol. 51 (2022), 8°, p. 788

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
 Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
 Atti, a cura di Paolo Grossi
 (1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
 Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
 (1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
 Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
 Vol. I: Da Hobbes a Bentham
 (1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
 (1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
 L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
 (1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
 con particolare riguardo alla Germania
 Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
 Vol. I (1980), 8°, p. 560
 Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
 (1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
 Trad. di Alessandra Maccioni
 (1981), 8°, p. 465

- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECULARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, **GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE**
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, **LO STATO IMMAGINARIO**
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 **STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO**
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, **STILE FIORENTINO**
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannoni, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici
(Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, *IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO*
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Arti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, *IURISDICTION*
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, *TRA LEGGE E CONTRATTO*
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, *NEL SEGNO DEI TEMPI*
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, *PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)*
(2006), 8°, p. XII-374

- 68 Franco Cipriani, *SCRITTI IN ONORE DEI PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, *INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO*
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, *SOCIETÀ, DIRITTO, STATO*
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, *L'ORDINE CORPORATIVO*
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, *RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE*
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)*
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, *SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI*
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, *IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"*
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, *CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA*
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, *ANTES LEYES QUE REYES*
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, *DIRITTO D'OLTREMARE*
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, *NOBILTÀ DEL DIRITTO*
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, *TRENT' ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE*
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312
- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

- 111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI"
Il tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192
- 116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370
- 117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese
della prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282
- 118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494
- 119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796
- 120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110
- 121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE
NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312
- 122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246
- 123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358
- 124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170

- 125 Francesco Migliorino, **LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI**
Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich
(2021), 8°, p. X-194
- 126 Floriana Colao, **UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA**
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento
(2021), 8°, p. XXXII-126
- 127 Franco Gaetano Scoca, **RISORGIMENTO E COSTITUZIONE**
(2021), 8°, p. XII-630
- 128 Gustav Radbruch, **FILOSOFIA DEL DIRITTO**
(2021), 8°, p. LXXII-234
- 129 Gianluca Russo, **GOVERNARE CASTIGANDO**
Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)
(2021), 8°, p. XXXII-362
- 130 **WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?**
CHE COSA C'È DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?
a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori
(2022), 8°, p. XXXIV-368
- 131 Giandomenico Dodaro, **GIULIANO VASSALLI TRA FASCISMO E DEMOCRAZIA**
Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)
(2022), 8°, p. XXXVI-402
- 132 Stefano Malpassi, **LA «DEMOCRAZIA ECONOMICA» AMERICANA**
Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)
(2022), 8°, p. VI-424
- 133 Lorenzo Serafinelli, **U.S. LAW SCHOOLS**
Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti
(2023), 8°, p. XXVI-362
- 134 **PLURALISMO GIURIDICO**
Itinerari contemporanei
Atti dell'incontro di studi - Firenze, 20-21 ottobre 2022
A cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta
(2023), 8°, p. IV-316

€ 39,00

024219763

ISBN 978-88-28-85340-4



9 788828 853404