

Il Pluralismo Giuridico

Luca Giuseppe Pes

luca.pes@unito.it

2003

INDICE SOMMARIO

PRESENTAZIONE	6
1. La ricerca.....	6
2. Lo scopo della ricerca	7
3. L'oggetto: che cos'è il pluralismo giuridico?	9
4. Piano dell'opera	10
MOTIVAZIONI INTRODUTTIVE.....	13
1. Globalizzazione e diritto comparato.....	13
2. Il ruolo della politica e l'autonomia del diritto	19
3. Il principio di sovranità.....	23
4. Le fonti del diritto	27
PARTE PRIMA.....	33
LE ORIGINI DEL PLURALISMO GIURIDICO	33
Capitolo Primo.....	33
Fenomeni di diversità giuridica nel passato delle società	
occidentali: alcuni esempi	33
1. Introduzione	33
2. Il diritto medioevale	34
3. La formazione del diritto inglese nella competizione tra	
giurisdizioni locali e corti regie	37
Le origini del pluralismo giuridico	42
Capitolo Secondo	44
La matrice antropologica.....	44
1. Introduzione	44
2. Le prime definizioni antropologiche di pluralismo	46

3. Il paradigma evolucionista	49
4. L'oggetto dell' antropologia	52
5. Il campo di prova della colonizzazione	54
6. Un nuovo oggetto per l' indagine antropologica.....	55
7. Sviluppi successivi	58
8. Conclusione	60
Capitolo Terzo.....	62
Altre matrici: teoria generale e sociologia del diritto.....	62
1. Introduzione.....	62
2. Presupposti teorici: oltre la norma	64
3. Santi Romano oltre il normativismo	67
4. Santi Romano e il pluralismo giuridico.....	70
5. Il contesto: la nuova realtà sociale determinata dalla diffusione del capitalismo urbano-industriale	73
6. Sociologia del diritto.....	77
7. Rapporti tra la matrice antropologica e quella sociologica: tra ignoranza reciproca e convergenza	79
PARTE SECONDA.....	85
MODERNE DOTTRINE DEL PLURALISMO.....	85
GIURIDICO.....	85
Capitolo Quarto.....	85
Transizione.....	85
1. Introduzione	85
2. Anni '40-'60: un vuoto?	86
3. Alla frontiera degli anni '40.....	89

Capitolo Quinto.....	94
Stati Uniti (1930-1965).....	94
1. Introduzione	94
2. Il realismo giuridico americano	94
3. Nuovi caratteri del pluralismo giuridico americano	98
4. The Cheyenne Way: un'opera interdisciplinare	100
5. The Cheyenne Way e il pluralismo giuridico	103
6. Limiti.....	106
7. Sintesi (1930-1965).....	107
Capitolo Sesto	111
La riscoperta del pluralismo giuridico.....	111
1. Premesse: il rapporto diritto e cultura	111
2. Il ricorso al pluralismo giuridico	114
3. Nuove direzioni per l'antropologia giuridica: gli apporti della comparazione.....	115
4. Antropologia giuridica delle società complesse.....	118
5. Parallelamente, in Europa.....	121
6. Condizioni strutturali differenti.....	123
7. La teoria di Leopold Pospisil: i "livelli giuridici"	126
8. Sally Falk Moore: i campi sociali semi-autonomi	131
Capitolo Settimo	141
Temi e tendenze del dibattito transnazionale.....	141
1. Introduzione	141
2. Alcuni contributi teorici nell'area francofona	142
3. La radicalizzazione della posizione teorica pluralista.....	147
4. Un bilancio teorico: gli apporti critici e i limiti.....	151
5. La Commission on Folk Law and Legal Pluralism e la nozione di Folk Law.....	159

6. Il tema dei diritti dell'uomo e la ricerca di un approccio trans-culturale	162
7. Law and development.....	170
8. I paesi non appartenenti alla tradizione occidentale	175
9. La classificazione dei sistemi giuridici.....	182

PARTE TERZA 190

**PLURALISMO GIURIDICO CONTEMPORANEO:
NUOVA RISCOPERTA? 190**

Capitolo Ottavo190

Nuovi ambiti di applicazione.....190

1. Introduzione.....	190
2. Post-colonialismo e global legal pluralism.....	192
3. La teoria di un nuovo ordine giuridico	198
4. Limiti e pericoli degli approcci post-moderni al pluralismo giuridico	200

Conclusioni206

1. Le barriere nazionali e quelle disciplinari	207
2. Nuova frontiera: le barriere cognitive.....	214

BIBLIOGRAFIA.....218

Opere lette e consultate	218
Dizionari ed enciclopedie	225
Periodici.....	225
Risorse web	225

PRESENTAZIONE

1. La ricerca

Il pluralismo giuridico è un tema molto generale. Per uno studente, una tale ampiezza è considerata piuttosto pericolosa. Per dirla con le parole di Umberto Eco, “o farà una piatta rassegna di nomi e di opinioni correnti, o darà alla sua opera un taglio originale e verrà sempre accusato di omissioni imperdonabili”¹. Mi preme dunque avvertire che la ricerca è limitata da alcuni propositi iniziali, che ho cercato di mantenere come guide nel corso della mia indagine.

Primo, intendo compiere un volo panoramico nella storia giuridica del '900, alla ricerca degli elementi di continuità tra le varie dottrine del pluralismo giuridico. Si tratta di una tesi monografica o una tesi panoramica? Pur non vedendo in modo chiaro il confine tra queste impostazioni, l'intenzione è quella di una tesi monografica sul pluralismo giuridico. Tesi storica o tesi teorica? Questa dicotomia mi sembra ancora più difficile da cogliere: lo scopo generale della ricerca (su cui più avanti) è teorico, la narrazione del suo oggetto è storica (una storia alla ricerca di *che cosa sia* il pluralismo giuridico).

¹ Cfr. U. ECO, *Come si fa una tesi di laurea*, Milano, Bompiani, 1977, p. 7

In secondo luogo, il tema -ampio e non completamente dominato- vuole riflettere una scelta metodologica (del candidato e del suo relatore) nella direzione dell'apertura della riflessione giuridica a dimensioni inter-disciplinari. Avremo modo di constatare quanto questa tendenza all'abbattimento delle barriere disciplinari faccia parte della storia del pluralismo giuridico.

In terzo luogo, la ricerca -a cui sono stati dedicati sei mesi intensi, ed altri sei nella sua preparazione- vuole essere parte di un progetto, sia personale, sia coordinato dal relatore, di più ampio respiro. Dunque la redazione della tesi di Laurea ha rappresentato soprattutto un'occasione -a cui ho dedicato tutta la curiosità di cui dispongo- per conoscere, in alcuni casi anche solo superficialmente, una letteratura il più possibile vasta. Imparare ad orientarmi all'interno di essa, più che cercare di giustificare una mia tesi, è ciò che ha maggiormente mosso la mia determinazione.

Spero che questi tre propositi, che hanno indirizzato la mia curiosità, valgano a mitigare nel lettore la sensazione di un'eccessiva pretenziosità ("pretendere di avere cose a cui non di ha pieno diritto o far cose superiori alle proprie forze")².

2. Lo scopo della ricerca

² Vocabolario della Lingua Italiana, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989

L'idea guida è dunque quella di individuare ed esporre le linee di continuità nell'evoluzione di un *modello* giuridico di portata generale.

Lo scopo immediato è far luce su un tema che è oggi sempre più conosciuto e diffuso. Per fare ciò ho deciso di ripercorrerne le origini. Lo scopo teorico generale è *stressare* il modello giuridico pluralista, cioè verificare, alla luce delle più importanti sollecitazioni del mondo contemporaneo, la sua "tenuta"³. Il primo passo in questa direzione consiste nel superare i limiti territoriali a cui normalmente le teorie pluraliste si riferiscono, parlando di pluralità di sistemi giuridici su un *dato territorio*, ed immaginare un modello di portata generale in grado di spiegare l'interazione di forze giuridiche sempre più indipendenti dai confini nazionali.

Lo schema del pluralismo giuridico è adatto a rappresentare le realtà, a cui sempre più spesso viene applicato, come i fenomeni di globalizzazione del diritto? Il pluralismo giuridico a cui molti oggi si riferiscono, è la stessa dottrina a cui, storicamente, possiamo attribuire quel nome? Quale ideologia si nasconde oggi dietro l'impiego e la riscoperta del pluralismo giuridico?

³ Per *stressare* intendo, come nel linguaggio medico, analizzare "la risposta funzionale con cui l'organismo reagisce ad uno stimolo più o meno violento di qualsiasi natura" (*Vocabolario della Lingua Italiana*, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989). Metaforicamente il modello giuridico pluralista rappresenta l'organismo e la realtà contemporanea lo stimolo.

La risposta a queste domande è importante per verificare la capacità del modello giuridico pluralista di rappresentare le realtà alle quali viene applicato con un soddisfacente tasso di realismo. Mi sembra però che una dottrina giuridica oltre a rappresentare la realtà, dovrebbe anche fornire gli strumenti per operare all'interno di essa. L'aspetto più affascinante dello studio del diritto è proprio questa sua ambivalenza: il diritto è una combinazione di forza e legittimazione (o consenso), di imposizione autoritativa e di elementi culturali spontanei. Per questa ragione il giurista chiede ad una teoria non soltanto una rappresentazione astratta della realtà del diritto (riflessione scientifica), ma anche degli strumenti di "ingegneria sociale" che facciano apparire legittimo il controllo (giuridico) sulla società. Alla luce di ciò, è opportuno sottoporre il frequente ricorso al pluralismo giuridico ad un *test* ulteriore: si tratta solo della fotografia di una realtà di fatto oppure anche di una teoria che consente al giurista di mantenere un controllo sulla società? Questo interrogativo, la cui risposta costituisce un scopo ulteriore alla verifica della "tenuta", tormenterà le nostre conclusioni.

3. L'oggetto: che cos'è il pluralismo giuridico?

Esistono naturalmente diverse definizioni di pluralismo giuridico. Per chiarezza espositiva e per delimitare sin da ora l'oggetto dell'indagine, ne adottiamo una, semplice ed ampia:

la situazione di coesistenza di una molteplicità di sistemi giuridici (o ordinamenti, o livelli, o insiemi ordinati di regole) che interagiscono [su di un medesimo territorio]⁴

Secondo una distinzione classica, questa definizione è formulata da una prospettiva di diritto oggettivo. Da una prospettiva soggettiva possiamo definire il pluralismo giuridico come *la situazione in cui uno stesso individuo è soggetto a più di un sistema giuridico (o ordinamento, o livello, o insieme ordinato di regole).*

4. Piano dell'opera

La struttura dell'esposizione che segue è determinata dalla consapevolezza che nella storia del pluralismo giuridico vi siano stati dei momenti di impulso, determinanti per le applicazioni e gli svolgimenti successivi. Così, su una base largamente condivisa, possiamo immaginare che il concetto di pluralismo giuridico, nel

⁴ Cfr. M. GUADAGNI, *Legal Pluralism*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, P. Newman Ed., 1998, p. 542. Nella definizione di Guadagni compare anche l'elemento territoriale, che, come puntualizzato più sopra, preferirei omettere

corso del '900, abbia compiuto un'odissea intellettuale⁵ intorno a tre tappe fondamentali, che definiscono la struttura del nostro discorso.

Una prima parte è dedicata alle *origini* del concetto di pluralismo giuridico. Si tratta di un settore piuttosto insidioso, sul quale manca una letteratura specifica. Il principale problema è rappresentato dalla diffusione di approcci teorici assai simili in ambiti disciplinari diversi, che normalmente si ignorano. Ciò rende difficile individuare in modo unitario le origini della riflessione. Mi è parso dunque utile frammentare il discorso, ricorrendo all'idea di diverse *matrici*.

La seconda parte tratta dei contributi considerati "classici" della riflessione sul pluralismo giuridico. Mi è sembrato interessante porre particolare attenzione alle origini del clima culturale in cui essi si collocano. Il "punto di fuga" di questa seconda parte è rappresentato da una svolta fondamentale: l'impiego del concetto di pluralismo giuridico nella comparazione tra società semplici e complesse. Grazie a questa svolta nasce un vero e proprio dibattito transnazionale nel quale il concetto di pluralismo giuridico è applicato ai temi più vari.

La terza parte affronta più brevemente il tema del ricorso contemporaneo al concetto di pluralismo giuridico, nei dibattiti che riguardano i vari aspetti della globalizzazione del diritto. Alla luce della storia dell'evoluzione del concetto, sarà necessario muovere qualche rilievo critico, in particolare quando il pluralismo giuridico è

⁵ l'immagine è di Sally Engle Merry (S. E. MERRY, *Legal pluralism*, in *Law and Society review*, 1988, p. 869 ss)

utilizzato secondo un'attitudine argomentativa *debole* e "post-moderna".

MOTIVAZIONI INTRODUTTIVE

1. Globalizzazione e diritto comparato

Globalizzazione è un termine sovraccarico di significati. Lo usiamo, qui, in riferimento a tre processi -economico, tecnologico e normativo- che coinvolgono in modo particolare il diritto. L'elemento che accomuna queste tre dimensioni -e dunque la nostra "definizione" di globalizzazione- è la tendenza alla riduzione ed al superamento di *barriere*. Per ora limitiamoci ad intendere *barriere* in un senso intuitivo.

Una prima componente o dimensione della globalizzazione è quella economica. In gran parte delle regioni della terra assistiamo alla progressiva eliminazione delle barriere al libero commercio ed alle attività economiche in genere. Istituzioni mondiali come la WTO, le varie zone di libero scambio, i mercati comuni, le unioni economiche, ecc... hanno come funzione istituzionale principale la promozione del libero commercio e delle attività economiche, per mezzo dell'abbattimento di barriere (tariffarie, normative, e di altri generi). La conseguenza di ciò è una crescente integrazione economica⁶.

⁶ sulla maggiore integrazione delle economie nazionali cfr. J. STIGLITZ, *La globalizzazione ed i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2002

Processi tecnologici, in particolare lo sviluppo della *information technology*, costituiscono un secondo aspetto di globalizzazione. Tutte le tecnologie dotate di capacità connettive sono, o tendono ad essere, fondamentalmente globali. Le reti che ne permettono il funzionamento non seguono i confini nazionali. La loro utilizzazione contribuisce a ridurre le barriere geografiche e ridefinisce i concetti di spazio, tempo e distanza⁷.

La straordinaria e spettacolare sinergia tra tecnologia e mercato fa di questi gli attori principali della “globalizzazione”⁸. Il terzo aspetto -regolativo- è meno frequentemente portato in evidenza. Negli ultimi decenni assistiamo ad un superamento di barriere locali, nazionali, regionali, anche a livello normativo. In una dimensione istituzionale, la World Bank o la WTO ed altre organizzazioni internazionali hanno sicuramente acquisito un ruolo importante nello stabilire norme e procedure, che trovano applicazione o influenza a livello globale. In una dimensione più informale, l’interazione tra soggetti, dotati o no di poteri normativi, produce non solo una maggiore circolazione di modelli, ma anche regolamentazioni, che si diffondono o si impongono a livello planetario in modo “soft”. Costituiscono esempi studiati di questa

⁷ per una bellissima analisi delle conseguenze antropologiche, sociali e giuridiche delle tecnologie connettive cfr. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Il Mulino, 2002

⁸ Cfr. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 7: “Tecnologie e mercati, accomunati da una parallela energia cinetica appaiono i motori della globalizzazione”

diffusione i modelli di regolamentazione antitrust⁹, come l'azione transnazionale delle organizzazioni non governative, per esempio Amnesty International o U.S. Aid.

Quali effetti, questi fenomeni materiali, produrrebbero sul diritto? Quali aspetti della teoria o del metodo di un giurista ne sarebbero coinvolti?

La maggior parte dei giuristi, soprattutto pratici, è ancora fortemente legata al proprio sistema giuridico municipale. Il diritto, oggi, non appare certo come una delle sfere più globalizzate della vita sociale. Anche gli avvocati delle grandi *law firms* transnazionali impiegano gran parte del loro tempo in istanze caratterizzate da un forte legame con il territorio, che richiedono la conoscenza di regolamentazioni e procedure particolari, come quelle fiscali, del lavoro, dei contratti in ambito locale. Tuttavia, nonostante che il diritto -ed i modi di produrlo, insegnarlo, applicarlo- continui a manifestare un forte legame con il territorio, *esiste* oggi un ambito giuridico internazionale, e pertanto esistono giuristi che, occupandosene, rilevano le influenze della globalizzazione sul diritto.

Una delle conseguenze più dirette è sicuramente la crescente difficoltà di interpretare i problemi giuridici in rapporto al contesto di un solo ordine giuridico “chiuso”, come uno Stato nazionale, una

⁹ in materia antitrust i frequenti scambi di informazione tra varie agenzie, come quelle americane e europee, incentiva a pensare i problemi normativi in modo analogo ed applicare le medesime norme e procedure. Cfr. D. GERBER, *The U.S.-European Conflict Over the Globalization of Antitrust*

società, un sistema giuridico o una “famiglia”. In questo senso, secondo l’autorevole opinione di William Twining, tutti i giuristi sono oggi necessariamente comparatisti: “Because almost no society, community, or nation is completely autonomous or self-contained, most legal scholars have to deal with the phenomena of legal pluralism, multiple levels of ordering, and interlegality. Furthermore, nearly all description and interpretation involves at least implicit comparison. *In a loose sense, we are all comparatists now*”¹⁰. In altre parole la globalizzazione mette in crisi un metodo giuridico “chiuso” e spinge spesso il giurista a considerare un contesto transnazionale, anche quando la sua analisi è focalizzata su problemi locali: “for most legal scholars the maxim should be: think global, focus local”¹¹.

Il diritto comparato è la disciplina che si presenta meglio equipaggiata per rispondere a questa domanda di transnazionalità. Il suo metodo, infatti, consente di contestualizzare un problema giuridico locale a “livelli” diversi da quello dell’ordine giuridico nazionale. Così, oltre allo Stato o ad una istituzione del diritto internazionale, il comparatista è abituato a riferire le sue analisi particolari ad una *mentalità* o *cultura giuridica*, ad un *sistema*, a una *famiglia*, a un *modello* capace di circolare, ecc... L’immagine che i comparatisti sono soliti utilizzare per descrivere l’approccio

Law: A Legal Experience Perspective, 34 New England Law Review 123, 1999, p. 123 ss.

¹⁰ Cfr. W. TWINING, *Globalization and Legal Theory*, Butterworth, 2000, p. 255

metodologico a differenti livelli di generalizzazione è quella della osservazione geografica aerea. Il giurista, come il cartografo, sceglie un certo grado di generalizzazione nella descrizione e nella simbolizzazione della realtà che intende rappresentare¹². A seconda del livello scelto il contenuto della rappresentazione cambia: un'osservazione più generale tralascia alcuni dettagli, ma palesa elementi che non era possibile scorgere a livello più dettagliato. Questo approccio a differenti livelli di generalizzazione -che costituisce forse il cuore del metodo della comparazione- tende oggi a diventare indispensabile in molti ambiti della ricerca giuridica. Sotto questo aspetto, il diritto comparato rischia forse di perdere la propria autonomia disciplinare.

L'idea che un problema giuridico, per essere adeguatamente compreso, debba essere analizzato in più livelli, richiede di essere ulteriormente implementata, anche nell'ambito del diritto comparato. I livelli, che il comparatista è solito individuare in modo statico e descrittivo, magari ricorrendo all'analisi della loro stratificazione storica, manifestano un crescente grado di interazione. In altre parole il discorso giuridico è sempre più caratterizzato da ciò che nella

¹¹ Cfr. W. TWINING, *Globalization and Legal Theory*, Butterworth, 2000, p. 252

¹² per un serio e bellissimo approfondimento dell'analogia tra il diritto e la cartografia, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading; Toward a Postmodern Conception of Law*, in 14 *Journal of Law and Society* 279, 1987; disponibile anche in francese, B. DE SOUSA SANTOS, *Droit: une carte de lecture déformé. Pour une conception post-moderne du droit*, in *Droit et Société* 10/1998, p. 363-390. L'autore sviluppa l'analogia in riferimento ai tre principali problemi della trasposizione della realtà su una cartina geografica: la scala, la proiezione, la simbolizzazione. Ognuno di questi tre temi

linguistica si descrive con il termine *diglossia* (l'analogia tra il diritto e la linguistica ha già prodotto risultati fondamentali nel diritto comparato)¹³. La diglossia è la “coesistenza, in una stessa comunità sociale, di due sistemi linguistici”, di cui, di solito, uno è dotato di maggior prestigio ed è utilizzato nella lingua scritta, l'altro è considerato inferiore e si utilizza nella strada, nella letteratura popolare e nelle soap-operas¹⁴. Analogamente, nel mondo giuridico esiste un diritto internazionalizzato -o globalizzato- accanto, o a volte al di sopra, del settore nazionale o locale¹⁵. Tra questi due ambiti -globale e locale- esiste una forte interazione. Ciò costringe anche il gius-comparatista ad approfondire le riflessioni sul pluralismo giuridico, allo scopo di comprendere più a fondo e dare maggior importanza a queste dinamiche di inter-legalità.

Faremo riferimento, nei paragrafi che seguono, ad alcuni dei temi più significativi, che oggi incentivano qualsiasi giurista ad adottare i metodi della comparazione e del pluralismo giuridico.

comporta una scelta che il cartografo (giurista) deve prendere in relazione alla destinazione ed ai fini della sua rappresentazione

¹³ com'è noto, a questa analogia è particolarmente affezionato Rodolfo Sacco (cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992, in particolare pp. 27-42), la stessa nozione di *formante*, per esempio, è mutuata dalla fonetica

¹⁴ Cfr. la voce *diglossia*, in *Vocabolario della Lingua Italiana*, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989

¹⁵ In un recente saggio di Francis Snyder si applica con precisione il concetto di diglossia all'interazione tra locale e globale nel diritto, argomentando anche come il livello globale (fortemente americanizzato) costituisca una forma considerata elevata e dotata di grande prestigio. Cfr. F. SNYDER, *Governing Globalization*, in *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, M. LIKOSKY Ed., Butterworth Lexis Nexis, 2002, p. 65 ss.

2. Il ruolo della politica e l'autonomia del diritto

Il dato sistemologico più importante della tradizione giuridica occidentale è la concezione del diritto come autonomo strumento di controllo sulle altre sfere di regolamentazione della vita sociale, come la politica, la religione, la tradizione, ecc...¹⁶. A causa di varie contingenze storiche, tanto nel mondo di common law quanto in quello di civil law, l'idea della superiorità della *rule of law* si è affermata con particolare vigore nei confronti della sfera politica. Il diritto occidentale si è così sviluppato in strettissimo legame con la politica, o meglio, con il controllo di legittimità sui detentori del potere¹⁷.

Un dato molto significativo della realtà contemporanea, del quale si occupano molti sociologi, è la ridefinizione del ruolo della politica come strumento di controllo della società. Alla luce della nostra concezione del diritto, questa ridefinizione ha dei riflessi importanti sul rapporto tra politica e diritto. Niklas Luhmann osserva che fenomeni giuridici globali vanno emergendo in relativo isolamento

¹⁶ Cfr. A. GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in P. Newman (ed.), *The New Plagiarist: A Dictionary of Economics and the Law*, 1998; ed anche U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, I, 775

¹⁷ Tutto ciò può essere chiamato costituzionalismo. L'idea occidentale di legalità si è sviluppata con particolare riferimento al controllo delle istituzioni politiche. L'ordine che il diritto impone alla società è, in questo senso, indiretto, cioè mediato dal controllo sulla sfera politica, che a sua volta controlla più direttamente la società

dalla politica, e ciò implica che “l’accoppiamento strutturale tra diritto e politica per il tramite delle costituzioni non ha alcuna corrispondenza al livello della società mondiale”¹⁸. Sulla stessa linea di pensiero Gunter Teubner nota che “la globalizzazione odierna non è la graduale emergenza di una società mondiale sotto la leadership della politica interstatale, ma è un processo altamente contraddittorio e frammentato in cui *la politica ha perso il suo ruolo di guida*. Nonostante l’importanza delle relazioni internazionali e del diritto internazionale pubblico e privato, *la politica e il diritto hanno ancora il loro centro di gravità nello Stato-nazione [...]* Gli altri settori sociali hanno chiaramente sorpassato la politica e il diritto sulla strada della globalizzazione e stanno fondando i loro villaggi globali, indipendentemente dalla politica”¹⁹.

Il discorso di Teubner si basa su un presupposto largamente condiviso²⁰, cioè l’attuale disallineamento tra la politica e gli altri settori sociali, o meglio, le altre sfere di direzione e controllo della

¹⁸ Cfr. N. LUHUMANN, *The Code of the Moral*, *Cardozo Law Review* 14, 1993, pp. 995-1009

¹⁹ Cfr. G. TEUBNER, “*Global Bukowina*”: *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, trad. it. “*La Bukovina globale*”: *il pluralismo giuridico nella società mondiale*, *Sociologia e politiche sociali*, a. 2, n. 2, 1999, p. 52. Il corsivo è nostro.

²⁰ Per un’opinione contraria cfr. P. LEGRAIN, *Open World - The Truth About Globalization*, Abacus, Londra, 2002. Nella recensione di Salvatore CARRUBA, su *Il Sole 24 Ore* del 15/6/2003, p. 14, leggiamo: “La globalizzazione, al contrario di molti preconcetti, non è un destino ma una scelta [...] Questo fa giustizia di una delle armi polemiche più diffuse, secondo la quale la globalizzazione ridurrebbe o eliminerebbe gli spazi per la politica, alla quale non resterebbe che piegarsi ai dettami del Fondo monetario o delle grandi multinazionali. Nulla di meno vero: la globalizzazione richiede più politica e più responsabilità”

società. Gli “altri settori o sottosistemi sociali”, che occupano il campo tradizionalmente proprio della politica, sono così identificati: “non soltanto l’economia, ma anche la scienza, la cultura, la tecnologia, i sistemi sanitari, i servizi sociali, il settore militare, i trasporti, i *media* della comunicazione e il turismo, [i quali] sono oggi giorno “sistemi mondiali”, [...] autoriproduttivi, in vittoriosa competizione con la politiche degli Stati-nazione”²¹.

A causa dello stretto legame strutturale che collega il diritto alla politica, e caratterizza la mentalità del giurista della *western legal tradition*, questi si trova in particolare difficoltà nel comprendere le dinamiche della globalizzazione e nel cogliere una eventuale globalizzazione del diritto. Come nota Jean-Philippe Robé²², una teoria politica (leggi positivista) del diritto risulta oggi inadeguata a rappresentare le principali dinamiche che effettivamente regolano la società. In questo quadro il giurista, che mira a mantenere il massimo grado di controllo del diritto sulla società, dovrebbe essere incentivato ad evitare rappresentazioni “politiche” del diritto, che confinano il suo ruolo al controllo di un settore -quello della politica- privo di effettivo potere di gestione delle dinamiche sociali.

Il pluralismo giuridico sembra un risposta adeguata alla sfida che gli altri settori giuridici globalizzati impongono al diritto. Non è

²¹ Cfr. G. TEUBNER, “*Global Bukowina*”: *Legal Pluralism in the World Society*, cit., p. 52

²² Cfr. J. F. ROBE’, *L’ordre juridique de l’entreprise*, *Droits*, n° 27, 1997, p. 168. Il suo discorso è interessante perché utilizza il pluralismo giuridico per rappresentare l’ordine giuridico dell’impresa, un ordine che non è più spiegabile secondo le categorie di una visione positivista e statale del diritto.

detto che nel futuro la politica non riconquisterà il suo ruolo di guida, anzi, in una certa misura, sarebbe ragionevole pensarlo²³; tuttavia appare altrettanto ragionevole che ciò avverrà con modalità nuove e strumenti diversi da quelli attuali (i quali dipendono da una concezione della sovranità statale che appare in profonda crisi: ce ne occuperemo più oltre). Nel momento storico in cui viviamo, il giurista ha urgenza di elaborare strumenti che gli consentano una migliore comprensione della realtà contemporanea, al fine di attuare un migliore controllo su di essa. Nell'immagine tecnicistica e altamente complessa, con la quale viene presentato oggi il diritto, si trascura troppo spesso che, nella visione occidentale del mondo, gli strumenti giuridici sono i mezzi per realizzare la *giustizia*²⁴. Se la vita sociale si esplica in assetti sempre nuovi, è compito del diritto comprenderli e sottoporli a vaglio critico. La rilevanza e la profondità del ruolo del diritto come meccanismo istituzionale di controllo della società, dipende dalla capacità del diritto come scienza di fornire una adeguata interpretazione della realtà.

²³ Teubner stesso avverte: "La sua relativa lontananza dalla politica internazionale non varrà a proteggere il diritto globale dalla ripoliticizzazione. Al contrario, la stessa ricostruzione delle (trans)azioni sociali ed economiche in quanto processo giuridico globale ne mina il carattere non-politico ed è la base per la sua ripoliticizzazione" (G. TEUBNER, "*Global Bukowina*": *Legal Pluralism in the World Society*, cit., p. 50)

²⁴ per un'appassionata difesa di questo punto di vista cfr. L. NADER, *Le forze vive del diritto*, trad. it. Elisabetta Grande, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, ancora da pubblicare. La Nader ricorda che in ogni società studiata dagli antropologi esistono strumenti per soddisfare un bisogno che pare universale, quello di giustizia. Segue un'appassionante difesa della litigiosità *nelle corti* (nelle quali si definiscono il torto e la ragione) e del ruolo, centrale per la nostra cultura giuridica, dell'*attore* civile.

Per usare ancora una volta le parole di Teubner “il diritto globale può essere spiegato adeguatamente soltanto da una teoria del pluralismo giuridico”²⁵.

3. Il principio di sovranità

La *sovranità* è descritta nei manuali di diritto pubblico come un attributo ed un elemento essenziale dello Stato. Il termine può essere inteso in due significati tra loro collegati: da un lato esso “caratterizza l’ordinamento giuridico dello Stato come originario e indipendente”, dall’altro “si identifica con la supremazia dell’ordinamento statale (e dell’apparato autoritario da esso istituito) rispetto agli altri ordinamenti minori”²⁶. La Costituzione italiana ricorre per ben tre volte alla parola *sovranità* nei primi dodici articoli, che costituiscono i suoi Principi fondamentali. In particolare l’art. 1 attribuisce la sovranità al popolo, con le parole: “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della

²⁵ G. TEUBNER, “*Global Bukowina*”: *Legal Pluralism in the World Society*, cit., p. 50. L’autore prosegue, indicando ciò che utilizzeremo come una traccia del nostro discorso sul pluralismo giuridico nel ‘900: “Il diritto globale può essere spiegato adeguatamente soltanto da una teoria del pluralismo giuridico, la quale ha recentemente compiuto con successo la svolta dal diritto delle società coloniali ai diritti delle diverse comunità etniche, culturali e religiose degli Stati-nazione moderni. Essa deve ora fare un’altra svolta: dai gruppi ai discorsi. Dovrebbe focalizzare l’attenzione su di un nuovo *corpus* giuridico che emerge dai vari processi di globalizzazione in molteplici settori della società civile, indipendentemente dal diritto degli Stati-nazione”

²⁶ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, IX ed. a cura di Gaetano Silvestri, Giuffrè, 1997, p. 186

Costituzione”. E’ evidente da questa formulazione che nella Costituzione italiana, come in ogni ordinamento giuridico di tipo liberal-democratico, il principio di sovranità è utilizzato al fine di rappresentare l’incontro e l’equilibrio tra la legittimazione politica di tipo democratico (principio democratico: la sovranità appartiene al *popolo*) e le regole dello Stato di diritto (principio della *rule of law*: il popolo la esercita nelle forme e nei *limiti* della Costituzione).

E’ noto che l’idea di sovranità risale al XVI secolo, in particolare all’opera di Jean Bodin (*Six livres de la Republique*), precisata in seguito da quella di Thomas Hobbes (nel *Leviathan* e nel *De Cive*), ed è ben espressa dalle parole *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*. Sebbene il concetto di sovranità sia giunto sino a noi, nel corso del XX secolo esso ha dovuto subire due grandi ridimensionamenti, che ne hanno intaccato la centralità, ed hanno giustificato un dibattito sulla sua “crisi”.

Il primo è la crisi dei fondamenti individualistici dello Stato liberale ottocentesco, che porterà alla nascita dello stato sociale, agli inizi del ‘900. Giuristi della sensibilità di Santi Romano, il quale nel 1909 pronuncia la sua celebre prolusione *Lo Stato moderno e la sua crisi*, iniziano a contrastare le rappresentazioni moniste dell’ordinamento giuridico, al fine di dimostrare la sostanziale irriducibilità di questo ad un atto di volontà sovrano. Il principio di sovranità, nella sua accezione liberale, viene criticato come uno di quei concetti che, lungi dal rappresentare la realtà del diritto, dimostrano “la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per far rispecchiare e valere la sua

struttura in seno a quella dello Stato²⁷. Criticandone la retorica, Romano afferma energicamente che “la così detta volontà popolare ha assai poche probabilità di trovare nei parlamenti il suo fedele oracolo”²⁸. Questa critica, in realtà, risulterà notevolmente ridimensionata dall’emergere di teorie giuridiche più aggiornate sul passaggio dallo stato liberale ottocentesco allo stato sociale. In sostanza potremmo intenderla come un semplice adeguamento del principio di sovranità nazionale, da una concezione liberale ad una liberal-democratica.

Il secondo ridimensionamento del principio di sovranità è costituito dal fenomeno di integrazione mondiale, cominciato nel secondo dopoguerra e tuttora in corso. Se più sopra abbiamo descritto la fine della sovranità in senso liberale, qui potremmo parlare di crisi della sovranità nazionale. L’idea per cui lo Stato detiene un pieno controllo del territorio delimitato dai propri confini politici appare oggi dotata di scarsa capacità rappresentativa: il controllo dello Stato risulta infatti sempre meno “pieno”, a causa della crescente integrazione. Le singole sovranità nazionali danno vita a organizzazioni internazionali dotate di soggettività e partecipano a zone di integrazione regionale, che limitano le proprie competenze. L’autonomia del settore privato si manifesta in modalità sempre più trans-nazionali. Secondo alcuni autori, come il noto filosofo e

²⁷ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi, discorso per l’inaugurazione dell’anno accademico della R. Università di Pisa*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909, p. 28; ora nel volume con lo stesso titolo, Milano, 1969

²⁸ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 27

sociologo tedesco Jurgen Habermas, non ci stiamo muovendo verso un ennesimo aggiornamento del concetto di sovranità (da nazionale a supra-nazionale), bensì verso il suo tramonto: il luogo della sovranità, occupato finora dallo Stato-nazione è semplicemente *vuoto*²⁹. Assistiamo all'emergere di un nuovo paradigma giuridico *post-sovrano*³⁰.

L'ottica del pluralismo giuridico sembra adeguata a rappresentare l'organizzazione giuridica post-sovrana. Sia a livello regionale (come l'UE può dimostrare), che a livello mondiale, si delinea l'immagine di un ordinamento composto da più sfere decisionali diverse dagli Stati e dotate di un certo grado di autonomia. Lo Stato rappresenta sicuramente una delle più importanti agenzie di normazione e regolamentazione della società sul proprio territorio, ma non è più solo in tale funzione. Lo Stato continua a detenere, formalmente, il monopolio della produzione normativa, ma

²⁹ Cfr. J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, 2002. Per un'esempio di questo pensiero applicato alla recente guerra americana all'Iraq, cfr. J. HABERMAS, *La pace dei vincitori*, in *Internazionale* n° 487, 9-15 maggio 2003, p. 20ss. Habermas descrive l'atteggiamento degli Stati Uniti come "il passaggio dallo stato-nazione a potenza egemone", ed afferma che "gli Stati Uniti, sotto forma di amministratori fiduciari, assumono il ruolo in cui le Nazioni Unite hanno fallito. Che cosa può impedirlo?"

³⁰ Sulla stessa linea, Ugo Pagallo (*Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Cedam, 2001, p. 94) nota che "se alcuni aspetti peculiari della riflessione giusfilosofica sembrano proprio riflettere, storicamente, la crisi attuale dello stato sociale, non di meno è importante sottolineare che neppure il principio di sovranità -che, come si è notato, ha un ruolo così importante nell'orientare le interpretazioni fondative degli ordinamenti giuridici contemporanei gode, a sua volta, di buona salute. In effetti, il concetto di sovranità quale venne elaborato alla fine del Cinquecento, come risposta teorica delle monarchie nazionali alla crisi irrimediabile del complesso ideale

la “finzione” che è alla base di ciò non è mai stata così evidente: altri centri normativi, più o meno istituzionali, sono in palese concorrenza con esso. Se il paradigma della sovranità nazionale ha perduto capacità rappresentativa, non sembra che oggi possa essere completamente sostituito da un’idea sovra-nazionale di sovranità. Il pluralismo giuridico, considerando una pluralità di centri normativi, costituisce un’alternativa ad ogni teoria incentrata sullo Stato come istituzione politica sovrana.

4. *Le fonti del diritto*

Gunter Teubner si è impegnato a svelare ed analizzare il nesso tra la scoperta di nuove forme di diritto spontaneo, come la *lex mercatoria*, ed il successo di teorie giuridiche decostruttive dell’ordine gerarchico delle fonti³¹. Il nesso è semplicemente la pressione dei fenomeni di globalizzazione sul diritto, i quali implementano l’importanza di un *global law without a state*, che non sembra avere un supporto istituzionale riconducibile interamente alla politica internazionale ed al diritto internazionale pubblico. In altre parole, si tratta di un vero e proprio diritto spontaneo, cioè non

unitario europeo che l’età media aveva elaborato e realizzato, volge ora al termine del suo ciclo storico”.

³¹ si veda, in particolare, G. TEUBNER, *The King’s Many Bodies: The Self-deconstruction of Law’s Hierarchy*, 31 *Law and Society Review* 763, 1997; ed anche G. TEUBNER, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social System*, *American Journal of Comparative Law*, Winter 1997

completamente controllato da istituzioni politiche. Si potrà sostenere che fenomeni come la *lex mercatoria* sono retti da un proprio ordine giuridico, ma sarebbe una palese finzione rappresentare questo ordine come il prodotto della regolamentazione di istituzioni internazionali, che operano secondo il diritto internazionale pubblico.

Dopo aver trattato i recenti cambiamenti del ruolo della sfera politica e del concetto di sovranità nazionale, sembra quasi scontato toccare il tema degli straordinari mutamenti nel panorama delle fonti del diritto. Per esempio, come potrebbero essere rappresentate, oggi, le fonti del diritto civile italiano^{32?}

Sulla base di una impostazione statualistica e positivista, si potrebbe affermare che l'unica fonte del diritto sia lo Stato, organo che, grazie a meccanismi istituzionali che trovano la loro base nel principio di sovranità, trasforma in legge la volontà della nazione. Una tale retorica delle fonti del diritto risulta, ovviamente, obsoleta ed inadeguata. Se essa può rappresentare un ideale (liberale e democratico) a cui aspirare, è tuttavia lontana da una descrizione realistica delle fonti del diritto.

L'impostazione che caratterizza il *mainstream* dei giuristi di oggi, si basa sulla constatazione di una pluralità di fonti extra-statali del diritto. Anche solo per effetto dell'integrazione europea e della presenza di fonti regionali, nessun giurista italiano può oggi ricorrere

³² quanto segue è frutto di riflessioni personali, scaturite dal simposio *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, tenutosi il 21 Maggio 2003, presso l'Archivio di Stato di Torino. Hanno animato l'interessante discussione sul tema delle fonti del diritto Pietro Berlingeri, Ugo Mattei (organizzatore dell'incontro) e Salvatore Patti.

ad una rappresentazione puramente statale del diritto, in modo che questo coincida con la volontà espressa dal circuito politico nazionale. Tuttavia la posizione dominante, pur riconoscendo una pluralità di fonti, le colloca in un *unico ordinamento giuridico*, che è ovviamente quello statale. Così, se il diritto non coincide interamente con la volontà dello Stato, quest'ultimo *riconosce* le fonti non-statali di diritto. In tal modo si può salvare una visione positivista del diritto, poiché lo Stato, in sede di riconoscimento, attua un certo controllo (di meritevolezza, potremmo dire).

Le fonti dell'ordinamento giuridico comunitario trovano efficacia sul territorio dello Stato italiano per effetto della disposizione di cui all'art. 11 Cost. che stabilisce una auto-limitazione di sovranità. Le "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" sono direttamente applicate in base all'art. 10 Cost. Le altre norme internazionali del diritto pattizio entrano a fare parte dell'ordinamento giuridico italiano per effetto di specifiche disposizioni di legge. Le fonti regionali si basano sul riconoscimento espresso titolo V della Costituzione. L'autonomia privata, che si esprime per mezzo del contratto, è riconosciuta (e limitata) dall'art. 1322 c.c., ed è lo Stato ad attribuirle "forza di legge" (art. 1372 c.c.).

Sebbene, dunque, le norme di cui è costituito l'ordinamento giuridico italiano provengano anche da fonti diverse dalla volontà dello Stato espressa nella legge (pluralità di fonti extra-statali), lo Stato esercita un controllo sulla meritevolezza del loro contenuto. Nessuna fonte del diritto, dunque, sfugge al riconoscimento statale, e giustamente si può affermare che la fonte statale (simbolicamente, la

legge) è superiore ad ogni altra, poiché è l'unica che non deve essere riconosciuta.

Cerchiamo di criticare questa tradizionale impostazione, che presenta oggi alcuni punti deboli. Infatti, di fronte alla realtà giuridica contemporanea, essa può dimostrarsi assai limitante, se non un vero e proprio artificio retorico. In ultima analisi, per attuare il controllo che garantisce la sua superiorità, lo Stato dispone di due strumenti: la Costituzione, o meglio il meccanismo di controllo di costituzionalità, ed il controllo giudiziario sull'autonomia contrattuale. Questi strumenti appaiono in realtà sempre più *deboli*, se si considera l'enorme importanza di quella che dovrebbe essere la loro funzione: controllare le altre fonti in rapporto al diritto dello Stato.

Il controllo di *costituzionalità*, alla luce della dottrina dell'esaurimento del potere costituente, dovrebbe gestire l'integrazione delle fonti extra-statali contemplate dalla Costituzione (diritto internazionale, UE, regioni, ecc...). La Corte Costituzionale è titolare di questo potere di controllo, che esercita secondo le modalità previste dalla Costituzione stessa. Da un punto di vista comparatistico, notiamo che la struttura centralizzata del nostro controllo di costituzionalità, per cui i controllori sono inevitabilmente vicini al potere politico, lo rende molto poco penetrante ed, in definitiva, molto poco effettivo, rispetto ad esperienze giuridiche analoghe (in primis, quella nord-americana). Il controllo che la Corte dovrebbe svolgere sulle questioni politicamente più scottanti, può ben essere visto come una mera legittimazione retorica di assetti di potere

semplicemente più forti dello Stato. Potremmo realisticamente immaginare una decisione della nostra Corte Costituzionale che disconosca la partecipazione italiana alla NATO o all'Unione Europea?

Sul piano civilistico, il controllo giudiziario sull'autonomia contrattuale, svolge la stessa funzione. Il giudice, per riconoscere la forza di legge della regolamentazione privata, compie un controllo sui requisiti del contratto, in particolare la causa, e sulla meritevolezza degli interessi di cui si richiede la tutela. Tale controllo, essendo decentrato e diffuso, non presenta gli stessi inconvenienti del controllo di costituzionalità. A prima vista dunque, sembra uno strumento assai efficace per controllare la meritevolezza degli interessi del settore privato. In realtà, però, anche in questo caso vi sono situazioni in cui emergono evidentemente attori privati *più forti* dello Stato. I giuristi sanno che alcune clausole dei contratti che un consumatore stipula con una società multinazionale, sono semplicemente nulle. Le società ne sono perfettamente a conoscenza, consultano i migliori giuristi, ma continuano a diffondere contratti scritti senza riguardo al singolo diritto nazionale. Come dare una spiegazione giuridica a tutto ciò? E' inevitabile calare la logica giuridica nella realtà. La società multinazionale calcola semplicemente un costo: quanti consumatori agiranno in giudizio? Quanto costeranno loro i mezzi procedurali per agire? Secondo un calcolo costi-benefici è possibile dimostrare che la società non avrà alcun interesse a che le sue clausole siano riconosciute dal diritto statale. In questa, come in molte altre situazioni, non appare forse assai limitante

la retorica stato-centrica che domina il tema delle fonti del diritto? Non è forse il segnale che, anche in questo settore fondamentale della riflessione giuridica, sia necessario cominciare a pensare il diritto nell'ottica di una *pluralità di ordinamenti giuridici* (pluralismo giuridico) e non soltanto una pluralità di fonti extra-statali all'interno dell'*unico* ordinamento giuridico statale?

Limitando il proprio orizzonte alle sole fonti riconosciute dallo Stato, in un realtà in cui molti rapporti di forza prescindono dai poteri di questo, il giurista compie una notevole auto-limitazione del proprio ruolo. Limitare il proprio oggetto d'indagine all'ordinamento giuridico statale significa occuparsi di una parte sempre meno importante della *vera* regolamentazione sociale.

PARTE PRIMA

LE ORIGINI DEL PLURALISMO GIURIDICO

Capitolo Primo

Fenomeni di diversità giuridica nel passato delle società occidentali: alcuni esempi

1. Introduzione

Dal punto di vista della sua teorizzazione, il pluralismo giuridico è tema che riguarda essenzialmente la riflessione giuridica del XX secolo. Ciò non significa, tuttavia, che il fenomeno della compresenza di una pluralità di ordinamenti giuridici non sia stato osservato anche nelle realtà giuridiche del passato. Prima di trattare le riflessioni teoriche sul pluralismo giuridico, desideriamo dunque presentare, a mo' di introduzione esemplificativa, qualche generalissima riflessione su due realtà giuridiche del passato: il medioevo e l'età formativa del common law inglese. Quello che, dal

nostro punto di vista, accomuna queste realtà è che, come spesso mettono in luce i rispettivi specialisti, esse risultano incomprensibili nei loro caratteri profondi senza adattarsi a pensare il diritto in termini di pluralità di ordini normativi.

2. Il diritto medioevale

E' nota non solo allo storico del diritto, la pluralità di forze che si sottendono all'ordine giuridico medioevale e ne sono una delle caratteristiche più evidenti. La più recente dottrina sul medioevo giuridico è solita avvertire il lettore della "peculiarità" della mentalità giuridica medioevale in rapporto alla nostra. Per una rappresentazione storicamente realistica risulta assolutamente indispensabile adattarsi a pensare il diritto in termini pluralisti, in quanto tale ottica è intimamente propria alla mentalità giuridica medioevale³³.

A partire dal IV sec. d.C. lo storico del diritto ci parla di "diritto volgare" per alludere alla progressiva diffusione di un diritto parallelo a quello "ufficiale". Da questa data, tradizionalmente, inizia l'esperienza giuridica medievale. Uno degli aspetti peculiari e

³³ Traiamo questa impostazione dalle bellissime premesse di Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, 1995; Grossi invoca addirittura lo schema della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano: "[...] lo storico del diritto non esita a far sua l'ipotesi teorica di Santi Romano, che rivela la sua fertilità anche sul piano storico-giuridico. [...] ora il

problematici che la caratterizzano, è la grande tolleranza del regime politico verso processi di formazione del diritto diversi e legittimati da altre fonti. L'esperienza giuridica mostra ostentatamente una grande complessità. E, se sul piano socio-culturale questa complessità corrisponde ad una pluralità di valori, sul piano giuridico equivale ad una "pluralità di tradizioni e di fonti di produzione all'interno di uno stesso ordinamento politico"³⁴. E' questo il pluralismo giuridico medievale. Due sono gli assi su cui si manifesta: su un piano orizzontale, la coesistenza di diritti dei "gruppi sociali", siano essi gruppi etnici, religiosi o corporativi, su quello verticale, la dicotomia tra i diritti locali (*iura propria*) e il diritto comune (*ius commune*).

Per l'uomo del primo medioevo l'appartenenza ad una stirpe ed il mito del sangue rappresentano valori indiscussi, pertanto il principio con cui si applica il diritto è quello della "personalità". "Lege Langobardorum vivens", "lege Romanorum vivens": così, in una controversia, ogni singolo utente del diritto, all'interno dello stesso regime politico, indica il proprio ordinamento, a seconda della particolarità del ceppo etnico a cui appartiene. Il giudice pone ogni cura nello stabilire le tradizioni giuridiche dell'attore e del convenuto, annota le professioni solenni di appartenenza a un diritto o ad un

discorso può e deve calarsi a verificare la proposta metodologica romaniana nel tessuto della civiltà medievale".

³⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., a p. 55 si afferma: "Il richiamo alla consuetudine sembra ammonirci però che il pluralismo giuridico medievale non è soltanto corallità di culture giuridiche, ma si concreta su un piano squisitamente tecnico in una corallità di fonti di produzione. La chiave interpretativa essenziale di tutto l'ordine giuridico medievale -quella che ci preme di sottolineare al lettore- è che i detentori del

altro, e ragiona in conseguenza delle possibili soluzioni³⁵. Più in generale, ogni gruppo socialmente forte, non soltanto un gruppo etnico, pretende di essere giudicato in base al diritto speciale con cui si autodisciplina, e magari da giudici espressione del gruppo stesso: sarà inizialmente il caso del chierico, soggetto al diritto canonico; in seguito tale pretesa sarà avanzata con successo dal mercante, parte del *coetus mercatorum*, le cui attività sono regolate dalla c.d. *lex mercatoiria*, e così poi per tutti gli altri diritti corporativi.

Come ricordato più sopra, tale dinamica pluralista si svolge non soltanto in un contesto di assenza-debolezza del potere politico, ma in piena armonia con la mentalità giuridica del tempo, e dunque in un quadro di sostanziale disinteresse del potere politico (a regolamentare la società) e di grande autonomia del campo giuridico. Nella concezione medievale il diritto è essenzialmente un “dato” spontaneo, che nasce dal fatto (*ex facto oritur ius*) e tende a auto-legittimarsi nella sua effettività: i detentori del potere politico costituiscono soltanto *una* delle fonti di produzione del diritto e, ai nostri occhi moderni, sembrano rinunciare ad imporre un ordine alla società.

L’asse verticale del pluralismo giuridico medievale è la compresenza sullo stesso territorio di *iura propria*, cioè norme particolari, consolidate in consuetudini o emanate localmente da monarchi e città libere, e di *ius commune*, sistema giuridico

potere costituiscono *una* fonte fra le molte chiamate all’edificazione di quell’ordine; senza dubbio non la sola, e nemmeno la prevalente.”

³⁵ Cfr. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, p.117

“universale” elaborato dai giuristi delle università. Coesistono, e si applicano in uno stesso tempo ed in uno stesso luogo, un diritto di carattere universale (*commune omnium*, cioè a chi si riconosce nella *crīstianitas*) e uno di carattere particolare (proprio di una comunità più o meno ristretta). Il diritto comune, linguaggio giuridico condiviso da tutta l’Europa, non significa diritto unico, anzi implica l’esistenza dei diritti particolari.

Anche su questo piano lo storico ci insegna che il potere politico persevera nell’atteggiamento generale di sostanziale indifferenza verso buona parte del giuridico. Non è tanto la sua “debolezza” che conta come dato fondamentale nella ricostruzione dell’esperienza giuridica medievale, quanto piuttosto il suo atteggiamento di indifferenza, condizionato dalla grande autonomia della sfera giuridica; sono, questi, elementi di una mentalità e di un atteggiamento culturale a noi lontano, dei quali è tuttavia indispensabile tenere conto nella ricostruzione storica della realtà giuridica medievale.

3. La formazione del diritto inglese nella competizione tra giurisdizioni locali e corti regie

Il modello del pluralismo giuridico è stato applicato con successo anche alla formazione storica del sistema giuridico

anglosassone³⁶. Del resto, come è stato dimostrato da Maurizio Lupoi³⁷, molte delle caratteristiche profonde del modello di common law risalgono all'alto medioevo, la cui realtà istituzionale e culturale è caratterizzata da un ampio pluralismo giuridico.

Tra gli aspetti della mentalità giuridica medioevale, vi è il fatto che l'amministrazione della giustizia non è per nulla una prerogativa del re, quanto piuttosto un potere esercitato dai baroni, che assicura loro una rendita (del tutto simile a quelle derivanti da altre attività e privilegi) ed è legato ai confini del loro dominio feudale³⁸. La diffusione del *common law*, inteso come diritto applicato dal sistema centralizzato delle corti del Re, equivale ad una espropriazione e una centralizzazione di queste prerogative baronali. In poco più di un secolo dal loro arrivo (convenzionalmente, la battaglia di Hastings, del 1066), i re normanni costruirono, con l'aiuto dei chierici, un sistema amministrativo e giudiziario grazie al quale la giustizia regia era regolarmente dispensata da membri della loro immediata corte. Tuttavia, come sopra ricordato, nella mentalità medioevale il diritto e l'amministrazione della giustizia non sono tra le prerogative esclusive del sovrano, al quale spetta solo il compito eminente di conservare la pace e la giustizia. La competenza delle corti del Re è limitata a due soli tipi di cause. Il primo rientra nella concezione tradizionale dei

³⁶ Per un simile approccio, cfr., tra molti altri, U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996; ed anche J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971

³⁷ Cfr. M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1995

³⁸ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 52

vincoli di vassallaggio: le questioni attinenti all'investitura dei primi vassalli (*tenants in chief*). Il secondo rappresenta invece un punto di rottura con la concezione estremista dell'organizzazione feudale: tutti i litigi in cui è messa in forse la pace del regno (*pleas of the Crown*). Questo secondo tipo di cause costituisce, ovviamente, la base dell'espansione della giurisdizione regia; ma il *common law* come sistema giudiziario centralizzato si afferma in modo progressivo ed in competizione con le corti locali, ed ha la meglio su queste ultime grazie alla maggiore efficienza delle sue procedure e dei suoi rimedi, espressi dal sistema dei *writs*, inventato dai chierici della cancelleria regia. L'affermazione del *common law* avviene dunque secondo dinamiche competitive (*forum shopping*), nel quadro di una pluralità di giurisdizioni (corti locali e corti regie) e, conseguentemente, di una pluralità di rimedi e diritti procedurali e sostanziali applicabili.

Qualche secolo più tardi, l'affermazione dell'*equity* ripete le stesse dinamiche. Prima di costituirsi in una branca separata del diritto inglese, infatti, l'*equity* rappresenta una situazione di pluralismo giuridico, analoga a quelle esaminate più sopra. Non solo si tratta di una giurisdizione diversa dalle altre (*Common Pleas, King's Bench, Exchequer*), con propri rimedi e proprie procedure, ma, ciò che più conta, costituisce un vero e proprio "sistema" giuridico coesistente con quello di *common law*, fornito di una propria visione della giustizia³⁹. Il concetto di *equity* appare nel corso del XV sec., in un

³⁹ Cfr. J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 25; cfr. anche A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici*

momento in cui le corti di common law, ormai affrancatesi dal controllo diretto del Re, sono criticate su tutti i fronti: per la loro lentezza, i loro costi, l'inefficienza e l'eccessivo tecnicismo, l'arcaicità dei sistemi di prova. I litiganti insoddisfatti si recavano a chiedere giustizia presso il Cancelliere del Re, di regola un ecclesiastico (*the keeper of the King's conscience*). Questi, col pretesto di amministrare l'*aequitas*, creò in poco tempo una vera e propria corte, dotata di un proprio personale e di una propria avvocatura. La struttura monocratica di questa corte, rappresentava una prima differenza rispetto alla tradizione giuridica del *common law*; si trattava di una giurisdizione di coscienza, *in personam*. La procedura era di tipo inquisitorio e quasi esclusivamente scritta, sul modello romano-canonistico. Il diritto sostanzialmente applicato rifletteva i principi della coscienza del Cancelliere, che erano quelli del diritto canonico e quelli che la dottrina della Chiesa doveva fargli percepire come equi. Il Cancelliere, in pratica, si ispirava ad un'etica di matrice religiosa largamente condivisa (la morale cristiana). Quest'ultimo è il punto più importante: i valori difesi dall'*equity* rappresentano una visione quasi alternativa della giustizia, rispetto ai rimedi di *common law*.

La corte del Cancelliere nasce, in primo luogo, dall'esigenza di fornire nuovi rimedi e colmare le lacune del *common law*. L'evoluzione di quest'ultimo è, da una parte sollecitata dalla grande accelerazione economica prodotta dall'entrata dell'Inghilterra nel

comparati, Torino, Utet, 1996, p. 98-113; e U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996, p.12-18

circuito mercantile europeo, dall'altra clamorosamente ingabbiata dalla rigidità delle *forms of action*, conseguente alla chiusura del registro dei *writs* (avvenuta nel 1258). Ma il successo della sua giurisdizione porta il Cancelliere a occuparsi non solo di colmare le lacune (come con la creazione del *trust*), ma anche, e soprattutto, di questioni per le quali il common law offriva già dei rimedi (come in materia contrattuale, in particolare dolo ed errore). Fino all'epoca della sua "cristallizzazione" in certe materie (nel corso del 1600 l'*equity* diventerà un settore del diritto inglese) vi è una autentica situazione di pluralismo giuridico, e non soltanto a livello giurisdizionale e rimediale, ma a livello di veri e propri sistemi giuridici, che importano una propria visione di ciò che è giusto.

Le origini del pluralismo giuridico

Il tema di questa prima parte è l'individuazione delle "origini" del pluralismo come dottrina giuridica. Il termine *matrice*, in senso figurato, è forse il più adeguato a descrivere l'approccio che adotteremo nei capitoli che seguono⁴⁰. Procederemo infatti individuando le matrici principali della concezione moderna del pluralismo giuridico, nelle riflessioni parallele di tre discipline: l'antropologia giuridica, la teoria generale del diritto e la sociologia giuridica. Osserveremo che all'interno di ognuna di esse si è, in un primo momento, intuito il fenomeno del pluralismo giuridico, e, in seguito, si è proceduto all'elaborazione di strumenti teorici e tassonomici specifici, in altre parole all'elaborazione di una teoria giuridica pluralista. Concluderemo con una valutazione delle possibili influenze e dei rapporti reciproci tra queste riflessioni, che si presentano contemporaneamente in ambiti disciplinari diversi. Lo scopo che ci proponiamo è quello di abbozzare un quadro storico e teorico delle origini del pluralismo giuridico, che spieghi come degli approcci non tradizionali al diritto, elaborati da prospettive diverse,

⁴⁰ Cfr. Vocabolario della Lingua Italiana, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989: "MATRICE: s.f. [dal lat. *matrix* -icis "madre; utero"] [...] in senso fig., ciò che costituisce l'origine, la causa fondamentale, l'elemento ispiratore, e sim., di un fatto o di un avvenimento: matrice culturale, storica [...]"

possano interessare anche il giurista⁴¹.

⁴¹ Non esiste, allo stato delle mie ricerche, una letteratura specifica sul tema delle origini del pluralismo giuridico. Ogni autore che tratta il tema richiama, a titolo introduttivo, capostipiti diversi: dalle riflessioni etnologiche, all'opera di Malinowski, dalla teoria dell'istituzione, alla sociologia, ai movimenti antiformalisti in genere. Quello che ci accingiamo a compiere è dunque un percorso piuttosto personale, sulla base del dato –questo sì, condiviso da tutti- che le origini di una riflessione pluralista sul diritto siano da ricercarsi agli inizi del XX secolo

Capitolo Secondo

La matrice antropologica

1. Introduzione

La locuzione *pluralismo giuridico* è impiegata per la prima volta in sede antropologica. L'antropologo inglese John Sydenham Furnivall (1878-1960) la utilizza in un'opera sull'economia dell'Indonesia del 1939⁴². L'espressione vuole indicare un fenomeno che in realtà è già stato intuito, e chiamato con altri nomi, fin dall'inizio del XX secolo, da alcuni antropologi olandesi studiosi dello stesso territorio. Sono considerati i veri "fondatori" del pluralismo giuridico, nell'ambito della riflessione antropologica sul diritto, gli autori della *Adat law school*, scuola olandese di diritto

⁴² J.S.Furnivall, *Netherlands India: a study of plural economy*, Cambridge, 1939. Il dato è noto; ne troviamo conferma in P. L. VAN DEN BERGHE, *Pluralism*, in *Handbook of social and cultural anthropology*, a cura di J.J. HONIGMANN, Rand McNally, Chicago; Cfr. anche in Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, trad. it a cura di R. Aluffi Beck Peccoz, presentazione di P. G. Monateri, N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992

consuetudinario diretta da Van Vollenhoven⁴³ (*Adat* è la parola indonesiana che indica il diritto tradizionale locale). Gli autori di questa scuola si dedicano a studi etnografici sulle popolazioni dell'Indonesia, territorio conquistato dall'Olanda fin dal XVII secolo. Van Vollenhoven, in particolare, è forse il primo di questi a interessarsi al fenomeno del pluralismo giuridico: già nel 1901 egli osserva che i sottogruppi associativi che costituiscono le società da lui studiate sono dotati di un proprio diritto⁴⁴. L'idea verrà ripresa e confermata, per i quarant'anni successivi, dall'osservazione etnografica dei suoi stessi allievi.

Le osservazioni degli autori della *Adat law school* sul pluralismo giuridico sono sufficientemente vicine al contenuto delle teorie più moderne, da poter essere considerate come punto di partenza e di riferimento per una indagine sulle origini del concetto di pluralismo giuridico. Tuttavia, almeno per l'antropologia dei primi quarant'anni del XX secolo, sembra prematuro parlare di *teorie* del pluralismo giuridico. Più semplicemente si tratta della scoperta e dell'osservazione di una proprietà o caratteristica-base, comune ad alcune società prive di un potere centralizzato. Una vera e propria teorizzazione del pluralismo giuridico emergerà progressivamente con la critica ed il superamento del paradigma evolucionista, e, soprattutto, con lo sviluppo delle ricerche sul campo coloniale. Per

⁴³ Cfr. la voce *pluralisme juridique (anthropologie)*, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDG, 1993, p.449. Oggi, presso l'università di Leida, è attivo uno dei più importanti istituti per la ricerca gius-antropologica, che porta proprio il nome del fondatore della Adat Law School (cfr. <http://www.metajuridica.leidenuniv.nl>)

effetto di queste due condizioni fondamentali l'antropologo inizia ad interessarsi alle interazioni tra gruppi socio-culturali, ed il fenomeno del pluralismo giuridico potrà essere finalmente posto al centro della teoria impiegata nella rappresentazione di una società. Nei paragrafi seguenti cerchiamo di ricostruire, in un rapido schizzo, le tappe di questo passaggio cruciale dall'intuizione del pluralismo giuridico alla sua teorizzazione⁴⁵.

2. Le prime definizioni antropologiche di pluralismo

Che cosa intendevano gli autori della scuola olandese per pluralismo giuridico? Secondo quanto apprendiamo dal resoconto di Pierre L. Van den Berghe -poiché le loro opere sono in lingua olandese nonché molto difficili da trovare- essi indicavano una proprietà comune alle società da loro studiate. In queste società distinti gruppi sociali e/o culturali coesistono all'interno delle frontiere di un unico sistema politico e condividono un sistema economico

⁴⁴ Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 72

⁴⁵ Lo scopo è quello rispondere alla domanda: perché il pluralismo, che è sempre esistito nel diritto e nella società, viene teorizzato proprio in questo momento? Le tesi che seguiamo per risponderci sono essenzialmente quelle sostenute da Norbert Rouland e da Pierre Van Den Berghe. Il primo pone l'accento sul cambio di paradigma scientifico: solo dopo la critica all'evoluzionismo è pensabile il pluralismo in termini teorici; il secondo invece insiste più sul ruolo di una avanguardia di studiosi, che cerca una alternativa critica agli studi etnografici del momento, caratterizzati da un eccessivo particolarismo. A parte il fatto che le due osservazioni sono collegate, abbiamo cercato di mettere in rilievo che entrambe si fondano sul sopravvenire di una condizione storica indispensabile: la colonizzazione.

comune. Benché questi due fattori li rendano interdipendenti, i gruppi dimostrano di mantenere un certo grado di autonomia, soprattutto in alcune sfere della vita sociale, come quella familiare, ricreativa o religiosa, nelle quali i loro comportamenti si presentano anche molto differenziati⁴⁶.

Come sopra accennato, ciò che evidenziavano gli autori olandesi non è poi molto lontano dalle osservazioni contemporanee del fenomeno pluralista. Tuttavia, alla luce delle elaborazioni successive, si potrebbero rimarcare due particolarità. In primo luogo il fenomeno pluralista è rappresentato in senso essenzialmente orizzontale, cioè riferendosi alla semplice coesistenza di gruppi sociali e non tenendo conto di eventuali dinamiche gerarchiche; essi si limitano ad affermare che i gruppi sono interdipendenti dal punto di vista politico ed economico, ma i loro rapporti si svolgono su un piano di parità. In secondo luogo -e ciò pare ancora più importante- il concetto così impiegato mostra una certa staticità: il pluralismo è un dato di fatto, una caratteristica di questo tipo di società, in cui i gruppi sociali semplicemente coesistono; gli antropologi olandesi non ritengono particolarmente interessante studiare le eventuali relazioni all'interno di questa pluralità.

E' necessario, però, contestualizzare queste due debolezze, poiché esse sono in realtà legate ad un'unica mentalità. Come ogni

⁴⁶ Cfr. P. L. VAN DEN BERGHE, *Pluralism*, in *Handbook of social and cultural anthropology*, a cura di J.J. HONIGMANN, Rand McNally, Chicago, 1973, p. 961

scienziato, infatti, l'antropologo opera all'interno di un paradigma⁴⁷ epistemologico. Nel suo uso moderno questa parola indica il modello di riferimento idealtipico, che costituisce la "visione del mondo" di una comunità scientifica, in altre parole, il condiviso orizzonte concettuale e il contesto storico e categoriale che dota di significato i problemi scientifici⁴⁸. Da un punto di vista temporale questi primi contributi si collocano nel contesto culturale dell'evoluzionismo⁴⁹, corrente che domina le scienze umane durante tutta la seconda metà del XIX sec. e parte del XX. Sebbene il pluralismo giuridico non sia facilmente concepibile in un'ottica evoluzionista, proviamo ora a leggere le debolezze della definizione della scuola olandese come influssi (o residui, o influenze) di quella mentalità. Ne risulta che il concetto di pluralismo giuridico, proposto per la prima volta dalla

⁴⁷ Cfr. la voce *paradigma*, in *Vocabolario della Lingua Italiana*, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989: "nel linguaggio filos., termine usato da Platone per designare le realtà ideali concepite come eterni modelli delle transeunti realtà sensibili, e da Aristotele per indicare l'argomento, basato su un caso noto, a cui si ricorre per illustrare uno meno noto o del tutto ignoto. Con altro sign., il termine è stato recentemente introdotto nella sociologia e nella filosofia della scienza per indicare quel complesso di regole metodologiche, modelli esplicativi, criteri di soluzione di problemi che caratterizza una comunità di scienziati in una fase determinate dell'evoluzione storica della loro disciplina: a mutamenti di paradigma sarebbero in tal senso riconducibili le cosiddette "rivoluzioni scientifiche".

⁴⁸ Il padre del concetto moderno di paradigma in senso epistemologico è Thomas KUHN (*La struttura delle rivoluzioni scientifiche. Come mutano le idee della scienza*, Torino, Einaudi, 1978). Per una applicazione alla teoria del diritto cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva della democrazia*, trad.it. Leonardo Ceppa, Guerini, 1996, in cui il cap. 9 è intitolato, appunto, "paradigmi dal diritto".

⁴⁹ Per la loro collocazione in questo senso cfr. VAN DEN BERGHE, *Pluralism*, cit.

scuola olandese, nasce in un contesto ed in un momento non facile per farsi strada.

3. Il paradigma evoluzionista

In sede antropologica, possiamo definire l'*evoluzionismo unilineare* come la teoria che considera le società umane “un insieme coerente ed unitario, sottoposto a leggi di trasformazione globali e generali, che fanno passare tutte le società attraverso fasi identiche nel loro contenuto e nella loro successione e si incastrano armoniosamente le une nelle altre”⁵⁰. Le società “selvagge” o “primitive” rappresentano, in questa visione, uno stadio di sviluppo originario attraverso il quale sono passate le nostre stesse civiltà. L'evoluzione sociale di tutte le società sarebbe scandita dal susseguirsi delle medesime tappe evolutive verso la civilizzazione.

Cosa fa l'antropologo nel contesto culturale dell'evoluzionismo? L'antropologo raccoglie dati di carattere etnografico, particolari e geograficamente localizzati, ma lo fa per documentare (e giustificare) un sistema generale di evoluzione culturale, o comunque riferisce implicitamente quei dati a un tale sistema. Lungi dal raccogliere, comprendere e classificare solamente dei dati, il suo ruolo scientifico è, in realtà, particolarmente ambizioso.

Una prova di questa mentalità, a livello metodologico, è costituita dal fatto che egli non si reca sul campo, ma lavora in biblioteca come uno storico. L'idea di recarsi sul campo pareva allora incongrua e gli antropologi ritenevano di guadagnare tempo ricorrendo a coscienziosi osservatori di cui disponevano in diverse parti del mondo⁵¹. Secondo quanto riporta Norbert Rouland, al termine della vita James Frazer rispose un giorno ad un interlocutore che gli chiedeva se avesse mai visto uno solo di quei primitivi ai quali aveva dedicato tutta la sua opera: "Dio me ne guardi!".

In forza delle leggi dell'evoluzionismo, per tutta la seconda metà del XIX sec., gli scienziati sociali si impegnano in un'attività ambiziosa: cercano di fare la storia comparata di tutte le società conosciute. Lo stile e la mentalità del tempo appaiono permeati dall'enciclopedismo e dalla sistematicità.

In Germania, per esempio, prende vita una sorta di *teoria generale dell'evoluzione del diritto*, profondamente influenzata dalla sistematica della Scuola storica, dai Pandettisti e dalle teorie di Savigny e Jhering. La rivista *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, apparsa per la prima volta nel 1878, ne contiene gli esempi più significativi. Il suo scopo dichiarato è affiancare allo studio del diritto romano e germanico, quello di altri sistemi più esogeni, al fine di poter in seguito costruire una teoria generale dell'evoluzione del diritto.

⁵⁰ N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 51

⁵¹ N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 53

Nello stesso clima si colloca il primo grande tentativo di sintesi dell'evoluzionismo giuridico, che è l'opera di Hermann Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, pubblicata nel 1893 (e tradotta da Bonfante nel 1906⁵²). L'autore afferma chiaramente la portata sistematica e lo spirito enciclopedico ed universale: "Quando si conoscerà tutta la giurisprudenza etnologica, si scoprirà un sistema giuridico universale, espressione del volere e del potere dell'essere umano". Un rapido sguardo all'opera rende evidente l'influsso della pandettistica: una parte generale (di cinquecento pagine) precede una parte speciale (di ulteriori cinquecento pagine), che è organizzata semplicemente sulla struttura classica delle *Istituzioni* di Gaio; mentre il testo descrive in modo teorico ed universale il diritto dei popoli primitivi, in nota compaiono le osservazioni etnografiche riferite a paesi geograficamente e culturalmente lontanissimi, come l'India, la Grecia, la Mesopotamia.

Anche in Italia, nello stesso periodo, appaiono contributi pregni di questo spirito che, per dirla eufemisticamente, oggi risulterebbe quasi poetico⁵³: numerosi articoli apparsi sulla *Rivista*

⁵² L'intento di Bonfante è pervenire ad una migliore conoscenza dell'antico diritto romano utilizzando i dati dell'etnografia ed i metodi della comparazione. Nella *Prefazione dei traduttori* all'opera di Post leggiamo (p. XIV): "Nei riguardi storici è inapprezzabile il servizio che essa [la scienza del diritto comparato] rende. Anzitutto, più si procede a ritroso del tempo, e più la storia del diritto di un determinato popolo diviene lacunosa; fenomeno costante e naturale. *E' impossibile a mente umana riempire tali lacune quando manchino le fonti [...]. Unica via positiva è in questi casi l'osservazione dei diritti che per qualunque ragione offrono evidenti analogie nel rapporto in questione e si trovano in uno stadio di sviluppo più arretrato del diritto che si vuol ricostruire.*"

⁵³ Cfr. Alba NEGRI, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1983

italiana di Sociologia, e giuristi come D'Aguanno e Mazarella, espongono convinzioni metodologiche centrate su rigore logico e precisione della costruzione sistematica di questa teoria generale dell'evoluzione del diritto. Il tutto appare giustificato dalla centrale convinzione che tutte le società passino necessariamente attraverso eguali stadi di evoluzione giuridica e sociale⁵⁴.

4. *L'oggetto dell'antropologia*

Questo quadro generale condiziona indirettamente l'oggetto dell'analisi antropologica. A che cosa si interessa l'antropologo evoluzionista? Qual'è l'oggetto del suo studio?

L'antropologia ha sempre studiato la cultura, e lo fa anche in questo periodo. La mentalità evoluzionista, però, presupponendo che l'evoluzione sia un processo unilineare ed interno a una società, tende a concepire i gruppi sociali come unità culturali essenzialmente *chiuse* (un tutto relativamente omogeneo, integrato, indipendente, auto-regolantesi). Per individuare i gruppi sociali, unità-base dell'indagine antropologica, si utilizzano demarcatori culturali. I criteri principali, a questo fine, possono essere: una lingua reciprocamente comprensibile, dei sistemi di valori religiosi e tradizionali simili, dei

⁵⁴ A proposito degli autori citati in questo paragrafo e, in generale, della mentalità evoluzionista nel diritto cfr. Alba NEGRI, *Il giurista dell'area*

principi comuni di organizzazione della parentela e del matrimonio, dei principi educativi comuni, dei sistemi di norme giuridiche simili. Individuato in tal modo, il gruppo, più che rappresentare l'unità di base dell'indagine antropologica, costituisce ed esaurisce l'oggetto dell'indagine stessa.

Non è concepibile, né sarebbe interessante, lo studio delle *relazioni* tra questi gruppi, poiché, nell'ottica evoluzionista, essi sono destinati ad evolversi seguendo identiche dinamiche (di civilizzazione). Tuttalpiù se ne può fare la comparazione, ma non potrebbe essere un oggetto di studio serio il confronto e il contatto tra queste unità.

Dovrebbe essere più chiaro, ora, che il pluralismo giuridico è difficilmente concepibile in un'ottica di tipo evoluzionista, quantomeno perché, se l'antropologo non si interessa alle possibili relazioni tra i gruppi, non sarebbe un tema interessante. Questo spiegherebbe perché il concetto non nasca nel corso dell'ottocento, bensì in un contesto e in un momento di crisi del paradigma evoluzionista dominante. I primi anni del novecento sono tuttavia un periodo di transizione, dunque constatiamo la presenza di qualche eco: così come descritto dalla scuola olandese il pluralismo giuridico è un semplice strumento conoscitivo, che consente all'antropologo di rappresentare sul piano teorico uno stato di fatto: l'esistenza di una *pluralità* di regole ed ordinamenti giuridici in un contesto sociale politicamente ed economicamente unitario. Al momento della sua nascita lo strumento pluralista indirizza l'indagine dell'antropologo, lo

aiuta ad individuarne l'oggetto, ma non si pone come una teoria sociale alternativa alla tradizionale rappresentazione antropologica della realtà, marcata ancora dall'evoluzionismo.

5. Il campo di prova della colonizzazione

Già alla fine del XIX sec. appaiono chiare differenze tra le caratteristiche dell'evoluzione biologica, ben rappresentata dalle teorie darwiniane, e quelle dell'evoluzione culturale. Per l'evoluzionismo unilineare inizia una crisi che prosegue fino agli anni '40 del XX sec. In risposta al suo declino assistiamo ad un duplice movimento, teorico e pratico. Sul piano teorico si propongono nuove alternative, come il *relativismo culturale* (F. Boas, 1858-1942), il *diffusionismo* (Graebner), le teorie dell'*acculturation*, il *funzionalismo* (Malinowski), le quali contestando l'idea di evoluzione culturale, pongono l'accento sui risultati del contatto e della interazione tra gruppi culturali. Negli anni quaranta, inoltre, ritorneranno in auge teorie neo-evoluzioniste, opportunamente corrette, sotto il nome di *evoluzionismo multilineare*.

Ciò che più ci interessa, in questo cambio di paradigma, non è tanto l'aspetto teorico, quanto piuttosto l'aspetto pratico-metodologico: parallelamente alla disponibilità di un territorio coloniale, si sviluppa in questo periodo una *antropologia giuridica applicata*. La vera novità, che determina nuove risposte teoriche, è

in realtà il lavoro di campo dell'antropologo in prima persona sui territori coloniali. E' soltanto grazie all'osservazione della realtà sul campo (delle società colonizzate) che potranno emergere le principali aporie della teoria dell'evoluzione culturale unilineare, che, fino ad allora, aveva costituito il paradigma dominante. Solo a questo punto vengono mosse critiche severe al metodo dell'antropologo che si comporta come uno storico, lavorando in biblioteca su documenti di natura diversa. Alla luce dell'osservazione etnografica dei primi del '900 le teorizzazioni sull'evoluzione culturale iniziano a sembrare delle generalizzazioni affrettate, piuttosto che i sistemi teorici, universalmente applicabili a tutte le società, descritti dai loro autori.

Abbiamo, più sopra, contestualizzato storicamente e culturalmente questa mentalità ottocentesca, e proprio la relativizzazione storica ci fa notare la portata del cambiamento metodologico intervenuto sul campo di prova della colonizzazione. Siamo in un momento di cesura e di grande cambiamento. Lo Stato coloniale offre all'antropologo un nuovo spazio, che prima non era pensabile: una società multietnica all'interno di confini politici artificiali

6. Un nuovo oggetto per l'indagine antropologica

Nel corso degli anni '30 si impongono nuovi modelli per l'analisi dei mutamenti culturali, che descrivono mutamenti eterogenei,

cioè risultati del *contatto* tra differenti “gruppi culturali” (Malinowski, Redfield, Linton). L’oggetto principale dell’indagine antropologica rimane la cultura, sulla base della tradizionale distinzione tra sfera biologica e sfera culturale. Eppure l’adozione del nuovo paradigma sembra aver mutato, in qualche misura, gli interessi dell’antropologo. L’evoluzione sociale appare per la prima volta caratterizzata da dinamiche significativamente diverse da quella biologica, e non è più adeguatamente spiegabile solo come un processo di adattamento selettivo all’ambiente esterno (secondo l’analogia con l’evoluzione biologica). L’antropologo è interessato a studiare e porre in evidenza anche altri fenomeni, come i processi di *cross-fertilisation* mediante i quali culture, anche assolutamente non legate tra loro, danno vita a ibridi vivi. Con la colonizzazione il “fuoco” dell’indagine antropologica si sposta dal gruppo culturale inteso come unità chiusa alla più larga società multi-etnica, prodotto della colonizzazione: una società artificiale, delimitata da confini politici. L’antropologo inizia a considerare le *relazioni* tra i gruppi culturali, i quali, prima, erano concepiti separatamente e singolarmente. Il territorio su cui si insedia lo Stato coloniale diventa un’unità indipendente e praticabile, diventa il nuovo terreno di studio, all’interno del quale studiare le dinamiche di interazione culturale. L’unità conoscitiva di base rimane il gruppo culturale, individuato secondo i criteri classici ricordati più sopra (lingua, economia, ecc...). La novità, di cui la colonizzazione è condizione essenziale, consiste nel fatto che l’antropologo inizia a prendere in considerazione le complesse dinamiche di interazione tra gruppi e modelli culturali, in particolare quelli tra colonizzati e

colonizzatore. Tutto ciò gli consentirà finalmente di elaborare teorie di un certo respiro⁵⁵.

Davanti alle nuove possibilità offerte dal contesto coloniale, i limiti dei precedenti approcci non possono che saltare agli occhi. Da un punto di vista teorico infatti essi sono rifiutati in quanto basati su leggi evolutive largamente rinnegate, da un punto di vista etnografico sono criticati per l'eccessiva limitatezza dei soggetti, che non permette di considerare gli aspetti dinamici dell'interazione culturale. Uno dei modi di leggere l'emersione teorica del pluralismo giuridico in questo preciso momento storico d'inizio secolo, è concepirlo come il prodotto della tensione tra il *mainstream* degli antropologi, che si dedicava a studi di campo eccessivamente specifici da un lato, e, dall'altro, gli importanti processi sociali in corso ovunque nel mondo,

⁵⁵ Nel 1926, MALINOWSKI pubblica *Crime and Custom in savage society* (London, Routledge & Kegan Paul, 1926, trad. it. di G. MANCUSO, *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972). Secondo l'opinione di Francesco REMOTTI (*Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Torino, 1982, p. 30-31) quest'opera segna la nascita di una visione antropologica del diritto. Malinowski concepisce il campo giuridico come un insieme di norme effettive, la cui effettività è prodotta "da un definito meccanismo sociale di forze vincolanti, basato, come sappiamo, sulla reciproca dipendenza, e realizzato nell'equivalente ordinamento dei servizi reciproci" (ed. it. p. 91). In effetti questa definizione coincide con il campo d'indagine dell'antropologia giuridica moderna, che guarda alle norme giuridiche come parte del processo generale di controllo sociale (cfr. S. F. MOORE, *Law and Anthropology*, *Biennial Review of Anthropology*, 1969, p. 252-300). Per quanto riguarda il nostro tema, anche se le osservazioni di Malinowski non sembrano dare conto del pluralismo giuridico, ne costituiscono tuttavia un quadro teorico.

in particolare nelle aree che erano diventate le “riserve di caccia” degli antropologi, cioè i territori colonizzati⁵⁶.

7. Sviluppi successivi

Dagli anni '40 in poi assistiamo a un incremento degli studi antropologici sulle società pluraliste, cioè sui territori coloniali. Molti autori si servono del concetto di pluralismo giuridico, o si riferiscono al suo significato, per descrivere le società multi-etniche, risultato della colonizzazione europea. Tale oggetto dell'indagine antropologica rimarrà invariato fino agli anni '60, a partire dai quali gli antropologi si dedicheranno all'elaborazione di un modello applicabile anche alle società complesse; sarà, questa, una grande svolta nell'impiego del concetto di pluralismo giuridico, in cui ebbe un ruolo importante anche l'apporto della sociologia. In conseguenza di quanto detto, i contributi pubblicati tra gli anni '40 e '60, sebbene interessanti nel merito, non rappresentano momenti particolarmente significativi alla luce dell'evoluzione del concetto e delle sue applicazioni.

Meriterebbero sicuramente un cenno le opere di Redfield⁵⁷ e Gluckman⁵⁸. Anche quando non utilizzano la parola “pluralismo”,

⁵⁶ Cfr. VAN DEN BERGHE, *Pluralism*, cit., che spiega l'emersione delle prime teorie pluraliste in antropologia come la necessaria conseguenza teorica del nuovo contesto coloniale

questi autori si riferiscono energicamente al suo contenuto, ponendo al centro delle loro riflessioni i rapporti che intercorrono tra la comunità locale e la società coloniale nel suo insieme, considerata come ordine normativo superiore.

Un'altra opera interessante, su cui ci soffermeremo in seguito, è *The Cheyenne Way*, di Llewellyn e Hoebel, pubblicata nel 1941 e considerata -insieme all'opera di Malinowski- uno dei fondamenti dell'antropologia giuridica. La sua caratteristica più significativa consiste nell'interdisciplinarietà del metodo, favorita anche dalla diversa formazione degli autori: Adamson Hoebel è un giovane antropologo, Karl Llewellyn è uno dei maggiori esponenti del realismo giuridico americano ed insegna *jurisprudence* e diritto commerciale.

A questi contributi principali se ne potrebbero aggiungere altri, di carattere maggiormente etnografico: Radcliffe-Brown⁵⁹ sul Sud Africa, Boeke⁶⁰ (un economista tedesco) sull'Indonesia, Little⁶¹ sulla Sierra Leone, Van Lier⁶² sulle Indie Occidentali, Nash⁶³ su Guatemala e Messico.

⁵⁷ REDFIELD, *The folk culture of Yucatan*, Chicago, University of Chicago Press, 1941

⁵⁸ GLUCKMAN, *An analysis of a social situation in modern Zululand*, Manchester, Manchester University Press, 1958

⁵⁹ A. R. RADCLIFFE-BROWN, *On Social Structure*, Journal of The Royal Anthropological Institute 70, 1940

⁶⁰ J. H. BOEKE, *Economics and Economic Policy of Dual Societies, as Exemplified by Indonesia*, Institute of Pacific Relations, New York, 1953

⁶¹ K. LITTLE, *Structural Change in The Sierra Leone Protectorate*, Africa 25, 1955

⁶² R. A. J. VAN LIER, *The Development and Nature of Society in the West Indies*, Royal Institute for the Indies, Amsterdam, 1950

8. *Conclusione*

Identificati e descritti questi primi riferimenti antropologici al concetto di pluralismo giuridico, muoviamo, a conclusione di questa sezione, due osservazioni di carattere riepilogativo. E' interessante rilevare che l'emergere di una riflessione teorica sul pluralismo giuridico è strettamente legata a due circostanze di un determinato momento storico, l'inizio del '900:

1) *La crisi ed il superamento del paradigma evoluzionista.* Proprio nel primo quarantennio del '900 cambia il paradigma dell'indagine antropologica, e, di conseguenza, l'oggetto di questa: dall'osservazione -statica- di gruppi culturali chiusi, all'analisi -dinamica- delle loro interrelazioni. Se nel quadro delle teorie evoluzioniste il pluralismo è un semplice strumento conoscitivo, esso diventa un punto centrale degli approcci emergenti che mettono in evidenza le dinamiche di *acculturation* e di *cross-fertilisation*. In questo cambiamento teorico il pluralismo può essere riconsiderato da semplice strumento marginale a vero e proprio concetto-chiave della teoria utilizzata per rappresentare la società. In questo senso più ampio esso contribuirà sicuramente, negli anni successivi, ad elevare

⁶³ M. NASH, *The Multiple Society in Economic Development: Mexico and Guatemala*, *American Anthropologist* 59, 1957

lo stile dei discorsi antropologici da un modello di tipo etnografico (studio di campo), a un modello di tipo teorico-esplicativo, che avvicina l'antropologia alle altre scienze sociali, e la rende utilmente fruibile anche per il giurista.

2) *Il campo di prova della colonizzazione.* L'esperienza della colonizzazione costituisce non soltanto il contesto storico, ma anche una delle condizioni essenziali per lo studio e la teorizzazione del fenomeno del pluralismo giuridico. Nel passato delle società occidentali, come precedentemente illustrato, vi sono stati momenti giuridici marcatamente pluralisti, che possono essere oggi storicamente ricostruiti soltanto ricorrendo al modello del pluralismo giuridico. La situazione coloniale fornisce un campo d'indagine, attuale per l'antropologo d'inizio secolo, in cui interagiscono gruppi culturali eterogenei, organizzati almeno su due livelli, quello tradizionale e quello del colonizzatore. Un'analisi antropologica della società coloniale e/o dei suoi aspetti giuridici non può non tenere in conto le dinamiche di relazione tra questi gruppi sociali, pena la sua totale incapacità di rappresentare la realtà. Quale migliore strumento, nella rappresentazione della situazione giuridica coloniale, del pluralismo giuridico?

Capitolo Terzo

Altre matrici: teoria generale e sociologia del diritto

1. Introduzione

In alcune voci enciclopediche sul pluralismo giuridico si distinguono diverse prospettive o ottiche disciplinari (le nostre matrici)⁶⁴. Abbiamo osservato che ai primi del '900 la riflessione etnografica ed antropologica si concentrava sulle c.d. società semplici o primitive, generalmente a potere diffuso⁶⁵, le quali si trovavano in

⁶⁴ Questa è in effetti l'impostazione di voci enciclopediche importanti come quella di J. C. BELLEY e di N. ROULAND, *Pluralisme juridique*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993. Gli autori declinano il discorso sul pluralismo giuridico in due voci distinte: una più generale che tratta soprattutto gli aspetti sociologici, l'altra dedicata specificamente alla teoria antropologica. Altro esempio in tal senso è P. L. VAN DEN BERGHE, *Pluralism*, in *Handbook of social and cultural anthropology*, a cura di J.J. HONIGMANN, Rand McNally, Chicago, 1973. Qui l'Autore distingue il discorso politico (che fa risalire a Toqueville) dal discorso più propriamente antropologico (Furnivall). Si veda anche la voce di M. CORSALE (*Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*) che affronta il tema nell'ottica della teoria generale del diritto e poi in quella sociologica.

⁶⁵ La distinzione tra società a potere centralizzato e società a potere diffuso, che non corrisponde necessariamente a quella tra società semplici e complesse, è stata introdotta nel campo dell'antropologia politica da FORTES e EVANS-PRITCHARD, *African Political Systems*, Londra, 1940, cfr. p. 5: "It will be noted that the political systems described in this book fall into two

luoghi incontaminati o quasi. Il superamento del paradigma evolucionista contribuiva, nei primi quarant'anni del secolo, a spostare l'oggetto della riflessione verso lo studio delle dinamiche sociali interne alla società multi-etnica creata dalla colonizzazione, nella quale si incontravano la mentalità "civilizzata" del colonizzatore e quella "primitiva" del colonizzato. Proprio nello stesso periodo discipline diverse dall'antropologia elaboravano riflessioni teoriche molto vicine.

Agli inizi del '900 la sociologia del diritto veniva distinguendosi dalla sociologia generale, che, secondo la classica distinzione fatta da Auguste Comte, aveva lo stesso oggetto dell'etno-antropologia, cioè lo studio delle dinamiche sociali, ma riferiva la sua indagine alle moderne società industrializzate, cioè a società complesse⁶⁶. Come vedremo in seguito, le osservazioni della nascente sociologia del diritto considerano il pluralismo giuridico come un dato essenziale nella rappresentazione teorica delle relazioni

main categories. One group, which we refer to as Group A, consist of those societies which have centralised authority, administrative machinery, and judicial institutions -in short, a government- and in which cleavages of wealth, privilege, and status correspond to the distribution of power and authority. [...] The other group, which we refer as Group B, consist of those societies which lack centralised authority, administrative machinery, and constituted judicial institutions -in short which lack government- and in which there are no sharp divisions of rank, status or wealth."

⁶⁶ Sulla distinzione del campo d'indagine della sociologia da quello dell'etno-antropologia e quella tra società semplici e complesse, che ne è alla base, hanno insistito in modo particolare Auguste Comte e Emile Durkheim. Cfr. A. COMPTE, *Cours de philosophie positive (1830-1842), Ire et 2e leçon*. Paris, Librairie Larousse, janvier 1936. Per una storia della nascita della sociologia, cfr. la voce *sociologia*, in Dizionario di Antropologia, a cura di Ugo Fabietti e Francesco Remotti, Zanichelli, 1997; si veda anche R. TREVES, *Sociologia del diritto*, in Enciclopedia del diritto.

sociali nelle società industrializzate. L'osservazione del fermento della realtà sociale, prodotto dalla massiccia industrializzazione nei paesi avanzati, è un compito che, nei primi trent'anni del secolo, la sociologia condivide con molte altre discipline, in particolare con la filosofia, la scienza politica e il diritto, almeno nell'opera dei giuristi più attenti e sensibili alla realtà del loro tempo.

Anche nella scienza del diritto dei primi del '900, in particolare nella dottrina francese ed italiana sull'ordinamento giuridico, emergono alcune posizioni teoriche affini alle considerazioni della sociologia. Anche quando gli autori, con prospettive disciplinari differenti, si ignorano, esiste forse un denominatore comune nell'osservazione dei legami tra i mutamenti sociali d'inizio secolo e l'introduzione massiccia del modo di produzione industriale.

Nei paragrafi che seguono ci soffermeremo sulla teoria generale del diritto ed in particolare sull'opera di Santi Romano, che ci sembra un esempio di sensibilità giuridica assai significativo. Faremo lo stesso con la riflessione sociologica. Vorremmo giungere a sottolineare il rapporto tra le riflessioni teoriche e i fenomeni socio-economici d'inizio secolo.

2. Presupposti teorici: oltre la norma

Il nucleo caratteristico delle teorie dell'ordinamento giuridico consiste nella critica e nel superamento della concezione tradizionale

del diritto come insieme ordinato o sistema di norme. In opposizione all'antico sforzo di definire il diritto, cercando di individuare le differenze tra la norma giuridica e quella degli altri settori di regolamentazione sociale (la morale, la religione, ecc...), i teorici dell'ordinamento giuridico tendono a considerare il diritto come un sistema o un insieme di elementi, non solo normativi, posti in una rete di relazioni. Secondo questa impostazione il giurista è tenuto a rappresentare la realtà del diritto in modo empirico. L'oggetto della sua attenzione è un sistema complessivo di esperienza giuridica, costituito anche da elementi diversi della pura dimensione normativa⁶⁷. Al di là delle norme formali, la vita del diritto sta nei contesti di produzione e di esplicazione delle regole.

Questo modo di intendere è molto diffuso nella teoria generale del diritto dei primi del '900. Ne sono espressione, in particolare, la c.d. teoria dell'istituzione di Hauriou⁶⁸, in Francia, e, in Italia, quella dell'ordinamento giuridico di Santi Romano⁶⁹; su un

⁶⁷ Cfr. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 1006

⁶⁸ Cfr. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910; ID, *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre, la Liberté*, Paris, 1925, trad. it. W. CESARINI SFORZA, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967.

⁶⁹ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1947; ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1909, ora nel volume con lo stesso titolo, Milano, 1969

Sussistono naturalmente delle differenze tra le impostazioni di Hauriou e Romano. In una lettera del 1919 indirizzata da Hauriou a Santi Romano, ringraziandolo per la copia omaggio de *L'ordinamento giuridico*, è scritto: "Il y a surtout entre nos deux travaux une différence de but et d'orientation. Vous avez visé à l'ordre juridique et j'ai visé une théorie de l'Etat" (cfr. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'Ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, I, p. 243 ss., ora in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974).

piano più filosofico l'impostazione di Duguit⁷⁰ in Francia e di Harold Laski nel mondo anglosassone; su un piano più sociologico l'opera di Von Stein e Von Gierke⁷¹ in Germania, di Ehrlich⁷² in Austria e, poco più tardi di Gurvitch⁷³ in Francia. Tutti questi autori hanno in comune una grande sensibilità giuridica nei confronti del fenomeno sociale. Ne consegue sempre una certa sottovalutazione dello Stato, il quale, nelle visioni più radicali, viene considerato un apice superfluo del processo dell'organizzazione sociale⁷⁴. In altre parole essi sono generalmente portati ad escludere che vi sia un solo ordinamento giuridico, quello statale.

Per quanto riguarda il nostro tema questa impostazione molto diffusa costituisce un quadro teorico che rende possibile l'elaborazione di un approccio pluralista nella scienza giuridica d'inizio secolo⁷⁵. Il suo fondamento -l'alternativa o il superamento alla rappresentazione del diritto come un insieme di norme-

⁷⁰ Cfr., per esempio, Leon DUGUIT, *Le droit social, le droit international et la transformation de l'Etat*, Alcan 1922, trad. it. a cura di B. Paradisi, *Il diritto sociale, il diritto internazionale e la trasformazione dello Stato*, Edizioni Leonardo Casa Editrice Sansoni, 1950

⁷¹ Cfr., per esempio, Otto Von GIERKE, *Das Deutschen Genossenschaftsrecht*, Weidmann, Berlin

⁷² Cfr., per esempio, ELRICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen-Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976

⁷³ In particolare GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935

⁷⁴ Cfr. A. NEGRI, *Pluralismo*, in Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, vol. 27: scienze politiche, p. 296

⁷⁵ Naturalmente non è il solo approccio teorico che consente di pensare il pluralismo giuridico; anzi, dal punto di vista della storia successiva delle teorie pluraliste, non è forse stato così determinante.

rappresenta non soltanto una delle “condizioni di pensabilità”⁷⁶ del pluralismo giuridico, ma uno dei possibili contributi della teoria generale del diritto alle più moderne teorie pluraliste. In questo senso dunque la riflessione teorico-generale dell’inizio del ‘900 si pone come una delle matrici del pluralismo giuridico in senso moderno. Vorremmo ora soffermarci, a titolo esemplificativo di questo modo di vedere, sulla concezione dell’ordinamento giuridico proposta in Italia da Santi Romano.

3. Santi Romano oltre il normativismo

Nel 1918 viene pubblicata a Firenze la prima edizione de *L’ordinamento giuridico* di Santi Romano⁷⁷. Fin dalle pagine introduttive l’autore muove dall’insufficienza della concezione del diritto in senso obbiettivo concepito come norma, e mira -con questo saggio di teoria generale- ad una definizione del fenomeno giuridico

⁷⁶ Da un punto di vista teorico, il pluralismo giuridico presuppone un approccio che superi il normativismo, cioè esige una rappresentazione della realtà del diritto che non consideri solo le norme (o le regole formali), ma anche un insieme di altri elementi. Tuttavia non intendiamo porre in un rapporto esclusivo e necessario pluralismo giuridico e teoria dell’ordinamento giuridico: quest’ultima è solo una delle più notevoli manifestazioni (una epifania, un fenotipo) di un approccio teorico comune a molte riflessioni di differente origine e impostazione.

⁷⁷ Il saggio appare per la prima volta in due fascicoli degli “Annali delle Università toscane”, nel 1917 e nel 1918. Poi viene stampato per intero a Pisa nel 1918, e, infine, ne esce una seconda edizione (Firenze, Sansoni, 1946) che è rilevante per le cospicue note aggiuntevi dall’autore, in cui si discutono le opinioni critiche dei vari contraddittori nel giro di un trentennio.

che vada *oltre le norme*⁷⁸. L'idea generale è che il diritto debba ricondursi al concetto di società (*ubi societas ibi ius*)⁷⁹. Il diritto non è, né può essere, soltanto forma: l'istituzione (la forma), non è separabile, né materialmente, né concettualmente dal suo contenuto (l'ordinamento giuridico), così come la vita non si può distinguere dal corpo vivente. L'insegnamento più significativo dell'opera di Romano è la grande cura a non scindere mai la norma giuridica dall'organizzazione sociale in cui questa è prodotta o in cui questa si esplica. Amministrativista e costituzionalista, Romano non può non tenere in gran conto lo Stato, ma l'interrogarsi sulle ragioni prime del diritto e sulle sue radici lo porta a scegliere un luogo di osservazione coraggioso e privilegiato, una sorta di terreno di frontiera tra il potere statale e l'organizzazione sociale.

Nella ricerca di una definizione del diritto che vada oltre le norme formali, Romano suggerisce dunque un (nuovo) oggetto su cui concentrare l'indagine del giurista: concetto chiave della sua teoria è quello di istituzione⁸⁰, o meglio *le istituzioni*, nelle quali il diritto si esprime come ordinamento giuridico. E', in sostanza, istituzione "qualsiasi ente o corpo sociale"⁸¹ che abbia un'esistenza obbiettiva e

⁷⁸ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 21-23, par. 10

⁷⁹ Romano indica come corollari di questa idea generale: 1) la definizione di diritto deve contenere l'idea di *ordine sociale*; 2) la definizione di diritto deve esprimere il diritto come *organizzazione* [cfr. pp. 21-23, par. 10]. La definizione dell'istituzione, molto generica, già dotata di una sua giuridicità, costituisce uno dei punti più criticati delle tesi di Romano (cfr. M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in Enciclopedia del diritto)

⁸⁰ Il concetto di istituzione è evidentemente mutuato dalla filosofia del diritto francese (cfr., più sopra in nota, a proposito della corrispondenza con Hauriou)

⁸¹ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 29-33, par. 12

concreta⁸². Le istituzioni sono le nuove unità conoscitive di base dell'indagine scientifica del giurista, che ne studia la struttura ed il funzionamento interni, così come, all'esterno, i loro rapporti e relazioni. In questo quadro Romano si oppone strenuamente all'identificazione dello Stato con l'unico ordinamento giuridico possibile, idea che egli giudica contraria alla storia ed alla realtà, conseguenza di una inesatta ed esagerata valutazione dell'affermazione storica dello Stato liberale moderno⁸³. La critica allo Stato come unica istituzione giuridica della società è un altro dei temi che avvicina la teoria romaniana al pluralismo giuridico⁸⁴.

⁸² Altri elementi sono indicati (par. 12), anche se la loro elencazione non è essenziale ai fini del nostro discorso: 2) che sia manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo; 3) che sia dotato di una propria individualità; 4) che rappresenti un'unità ferma e concreta e non muti al mutare dei suoi elementi.

⁸³ Le parole di Romano a riguardo sono profetiche: "E' vero che molti enti che prima erano verso lo Stato indipendenti o, almeno, più indipendenti, sono stati adesso attratti nella sua orbita o, se già c'erano, in un'orbita ancora più ristretta. E' altresì vero che, in conseguenza di ciò, il loro ordinamento giuridico si è talvolta fuso con quello statale, più o meno completamente. Ma è da negarsi nel modo più reciso, che il sistema statale sia diventato l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile. *Se fosse poi il caso di abbandonarsi a profezie, sia pure facili, si potrebbe mettere in rilievo che è probabile che essa segua, in un futuro non lontano, un procedimento proprio inverso.* La così detta crisi dello Stato moderno implica per l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente" (pp. 92-93).

Questa relativizzazione del controllo totale dello Stato fa di Romano un precursore di uno dei temi dell'antropologia giuridica, anzi, il tema su cui si è principalmente sviluppata. Lo sfondo storico e culturale di tutto il corso dell'opera è l'idea, esagerata e spettacolarizzata dal giurista, dell'affermarsi dello Stato liberale ottocentesco, della sua straordinaria forza unificante, dell'ideale di uguaglianza, della sua pretesa volontaristica di poter regolare e riscrivere tutta la vita sociale attraverso la legge.

⁸⁴ La stessa antropologia giuridica nasce come disciplina, nel XX sec., dai discorsi antropologici (della seconda metà del XIX sec.) che hanno come obbiettivo principale porre in discussione l'identità tra diritto e Stato

4. Santi Romano e il pluralismo giuridico

Nell'opera di Romano, *L'ordinamento giuridico* è preparato da una riflessione ventennale sui temi della crisi dello Stato liberale e sulla pluralità degli ordinamenti giuridici⁸⁵, un'"avventura intellettuale" marcata dalla riscoperta della complessità dell'universo giuridico⁸⁶. Avventura che ha inizio nei primi saggi di diritto costituzionale⁸⁷, che trovano poi il loro punto di raccolta e conclusione nel discorso inaugurale pisano *Lo stato moderno e la sua crisi* del 1909-10, e una sistemazione teorica matura ne *L'ordinamento giuridico*, del 1917-18, che possiamo considerare a giusto titolo come punto di riferimento della riflessione romaniana sul tema.

(cfr. la voce *antropologia giuridica*, in Dizionario di Antropologia, a cura di Ugo Fabietti e Francesco Remotti, Zanichelli, 1997).

⁸⁵ Cfr. la ricostruzione di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico*, Giuffrè, 2000, p. 109; ed anche la meticolosa e molto documentata "ipotesi" di S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'Ordinamento giuridico" di Santi Romano*, cit.

⁸⁶ Il giudizio è di GROSSI, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico*, cit.

⁸⁷ Ad esempio, *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione*, 1897; *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899; *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, 1902; *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, 1903; *Le prime carte costituzionali*, 1907; *Diritto e correttezza costituzionale*, 1909; oggi tutti raccolti in S. ROMANO, *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990)

Quali sono questi ordinamenti giuridici diversi dallo Stato, ai quali Romano dà così grande importanza? In tutta l'opera vi sono continui riferimenti all'ordinamento giuridico internazionale ed al diritto canonico, aree in cui anche il giurista tradizionale ravvisa una certa autonomia dallo Stato (anche se l'ottica romaniana permette di descriverli con una insolita freschezza, oltre che ad evidenziarne, in modo assai convincente, la giuridicità)⁸⁸. La vera portata innovativa è tuttavia il riferimento, parimenti costante, alle istituzioni ignorate dall'ordinamento giuridico statale, o considerate illecite, o regolate, ma considerate prive di una propria giuridicità interna. L'illiceità, concepita nell'ottica romaniana, è un mero problema di relazione. Un'organizzazione è giuridica in quanto dotata di un proprio ordine effettivo, negarne la giuridicità costituisce un apprezzamento di carattere etico: il giurista ne constata l'esistenza obbiettiva e ne

⁸⁸ In riferimento al diritto internazionale Romano critica la sua identificazione col solo diritto pattizio e la conseguente negazione dell'esistenza di un diritto, inteso come ordine giuridico, diverso dalla somma delle volontà particolari degli Stati sovrani. Egli confuta energicamente la rappresentazione tradizionale, evidenziando una netta antitesi, un "artificio di logica poco convincente": come fa il diritto internazionale contemporaneamente a dipendere dalla volontà degli Stati ed imporsi ad essa? (cfr. pp. 93-94, par. 28)

Per una bellissima rappresentazione in chiave pluralista dell'ordine giuridico internazionale, ispirata anche dall'insegnamento di Santi Romano, si veda l'impostazione di MIELE, *La comunità internazionale*, Torino, 1997.

In riferimento al diritto canonico, Romano ne evidenzia l'autonomia dall'ordinamento statale "che non le deriva dallo Stato, ma riposa sul suo stesso ordinamento". La sua organizzazione è pienamente giuridica, anche quando è solo parzialmente riconosciuta dallo Stato, che ne garantisce "effetti civili". Le sanzioni spirituali ed interne restano sempre, per loro natura, vere sanzioni giuridiche, anche quando ad esse non si aggiungano quelle civili. Per esempio, lo Stato può consentire il matrimonio degli ecclesiastici, la Chiesa può -giuridicamente!- vietarlo (cfr. S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, cit., p. 99).

osserva -se ne è interessato- l'organizzazione, che spesso è simile a quella dello Stato, perché mossa dalle stesse esigenze. A parte le organizzazioni illecite, Romano si riferisce alla famiglia, alla fabbrica, allo stabilimento, all'azienda, alla scuola, al convitto, al circolo di divertimento, tutte le organizzazioni sociali dotate di "regolamenti interni", di cui lo Stato non si occupa se non quando una misura disciplinare -interna- ha leso gli interessi di qualcuno, che ricorre alla giustizia statale; il loro ordinamento giuridico è quindi regolato da quello statale solo per una certa parte, restando autonomo per il resto.

Anche la struttura bipartita dell'opera risulta interessante: la parte prima tratta de "il concetto di ordinamento giuridico", la seconda de "la pluralità degli ordinamenti giuridici e le loro relazioni". Quindi Romano, dopo aver isolato dei nuovi oggetti epistemologici, ed aver affermato la *pluralità* delle istituzioni e, di conseguenza, degli ordinamenti giuridici, ritiene interessante che il giurista si occupi anche dei loro *rapporti* (cioè il loro interagire, il loro reciproco ignorarsi o riconoscersi), perché proprio di questi rapporti è costituita la vita sociale dell'uomo⁸⁹. Anche se il giurista non è interessato al contenuto dei numerosi "ordinamenti giuridici" presenti nella società (tra di essi quelli illeciti), deve comunque tenere conto della loro esistenza e, soprattutto, delle loro relazioni con gli altri ordinamenti, e

⁸⁹ La concezione del cittadino-individuo come unico soggetto di fronte allo Stato è insufficiente anche per il giurista, essa è riflesso di un "peccato d'origine" del modello di organizzazione statale frutto della rivoluzione francese: quello di essere eccessivamente semplice (cfr. S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 15).

principalmente con lo Stato. A tale riguardo Romano denuncia che il problema è ignorato dalla dottrina, se non con riguardo al diritto internazionale e canonico⁹⁰. Nella seconda parte dell'opera egli cerca, pertanto, di tracciare le linee fondamentali di uno "schema di relazioni tra tutti i possibili ordinamenti giuridici". Sebbene la classificazione di questi rapporti risulti un po' artificiosa, l'idea che ne è alla base è genuinamente interessante⁹¹.

5. *Il contesto: la nuova realtà sociale determinata dalla diffusione del capitalismo urbano-industriale*

Romano descrive il suo *L'ordinamento giuridico* come un'opera di "teoria pura" e pertanto "senza data"⁹². Si tratta invece, secondo un'opinione che condividiamo pienamente, di un testo "datatissimo"⁹³. Non affermiamo ciò in chiave di critica, ma, al contrario, per esaltare una delle più apprezzabili e rare doti di un

⁹⁰ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 86-88, par. 25

⁹¹ Per citare uno degli esempi frequenti di Romano, l'*azienda* o l'organizzazione di uno stabilimento industriale costituiscono un diritto obbiettivo, che prevede rapporti di sovra-subordinazione; il diritto civile dello Stato lo risolve in un semplice *contratto* fra soggetti posti in posizione paritaria. Ebbene, la vera disciplina -giuridica!- non nasce dal contratto, ma dall'*organizzazione* interna dell'impresa. Per giunta il diritto civile contempla solo una parte dei rapporti che realmente si svolgono.

⁹² Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 97

⁹³ Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico*, cit., p.

giurista, in cui Romano si distingue: la *sensibilità*⁹⁴. In anni dominati da formalismo e legalismo, in cui il giurista limita il diritto (cioè i propri interessi ed il suo stesso ruolo) esclusivamente allo Stato, Romano - amministrativista e costituzionalista- guarda alla realtà nel “fermento dell’ora attuale”⁹⁵ e critica l’astrazione e il carattere ideologico dell’impostazione tradizionale. Tale critica, basata su un’analisi storica dell’affermarsi dello Stato liberale ottocentesco e della sua impostazione volontaristica, rimane costantemente sullo sfondo de *L’ordinamento giuridico*, opera di teoria “pura”. E’ descritta, invece, con chiarezza ne *Lo Stato moderno e la sua crisi*⁹⁶, discorso tenuto a Pisa nel 1909. Possiamo leggere la riflessione qui contenuta quasi come la spiegazione e il presupposto della teoria pluralista de *L’ordinamento giuridico*. Che cosa spinge Romano a denunciare l’insufficienza della concezione del diritto come norma emanata dallo Stato? A quale realtà (sociale) si riferisce indicando un pluralità di ordinamenti giuridici diversi dallo Stato?

Nel discorso pisano, la “crisi dello Stato moderno” è constatata sotto un duplice profilo: come “l’effetto di forze

⁹⁴ Condividiamo questo giudizio sempre con Grossi (*Scienza giuridica italiana, un profilo storico*, cit., p. 109): “[...] è l’itinerario di un giurista novecentesco di grande impegno e di grande sensibilità, non privilegio di lui soltanto, ma privilegio di ogni giurista che sappia respirare appieno l’aria del nuovo secolo e che abbia certamente il coraggio di mettersi sul naso occhiali penetranti e di guardare senza prevenzioni, senza plagi interiori, senza mitologie da conservare ad ogni costo”.

⁹⁵ L’espressione è contenuta ne *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 30

⁹⁶ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi, discorso per l’inaugurazione dell’anno accademico della R. Università di Pisa*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909, ora nel volume con lo stesso titolo, Milano, 1969

disgregatrici”, ma anche come “fenomeno concernente le relazioni interstatuali”⁹⁷. Romano osserva il fatto che “in seno ad esso, e sovente, contro di esso, si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta tendono a unirsi e collegarsi fra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutti hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl’individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro interesse economico”⁹⁸. In altre parole il contesto storico e sociale a cui Romano riferisce la sua riflessione giuridica è la grande complessificazione sociale ingenerata dall’industrializzazione agli inizi del XX secolo, in Italia come in altri paesi europei; egli si dimostra particolarmente sensibile al fenomeno del sindacalismo, che saggiamente non limita affatto all’ambiente operaio, ma intende come un fenomeno “più complesso e integrale, esteso a tutte le classi, cioè a tutti i gruppi di individui appartenenti ad una data società fra cui esiste una interdipendenza particolarmente stretta, pel fatto che servono ad una funzione del medesimo ordine nella divisione del lavoro sociale”⁹⁹. In tal modo non solo coglie nel segno, isolando un fenomeno reale e significativo, e dimostrando di essere un uomo di cultura, ma -cosa più rara per un giurista- afferma con coraggio che ciò ha delle *conseguenze giuridiche*.

In conclusione, dunque, Santi Romano muove dall’esigenza di elaborare un modello teorico, che permetta di dare conto di una

⁹⁷ Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, 1918, ora in *Scritti minori*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990).

⁹⁸ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 13

serie di fenomeni rilevanti nella realtà sociale ed economica dell'inizio del '900, realtà comune ai paesi che andavano industrializzandosi. La sua teoria cerca di considerare questo cambiamento sociale, che determina la crisi della concezione liberale dello Stato e quindi obbliga il giurista a ripensare la teoria generale.

Siamo tentati di chiederci se l'aggiornamento dell'analisi giuridica proposto da Romano sia esclusivamente il frutto della sua osservazione diretta della realtà d'inizio secolo o anche un'apertura a impulsi di altre scienze sociali¹⁰⁰. Ci piacerebbe propendere per la seconda ipotesi: nel suo tempo, egli fu sicuramente un uomo di cultura¹⁰¹; tuttavia non sembra di poter concludere che gli apporti di altre scienze sociali abbiano effettivamente influenzato il suo lavoro: ad eccezione del tradizionale dialogo con la filosofia politica, Romano non adotta un metodo interdisciplinare. Questo punto lo distingue abbastanza nettamente dagli approcci più moderni al pluralismo giuridico soprattutto se si considera che, in questi ultimi, l'apertura metodologica principale avviene in relazione a due scienze pochissimo considerate da Romano: l'antropologia e la sociologia. In particolare -nello stesso periodo, fuori d'Italia- la sociologia formulava riflessioni molto simili e prendeva ad oggetto proprio l'organizzazione spontanea di quei fermenti sociali nella nuova società

⁹⁹ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 21

¹⁰⁰ Cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'Ordinamento giuridico" di Santi Romano*, cit., p. 270

¹⁰¹ Romano conosce l'opera di scienza politica di Mosca e Pareto, quella economica di Tangorra, Ricci e Einaudi, partecipa alle discussioni politiche nazionali, e diventerà anche senatore

urbano-industriale che avevano colpito anche la grande sensibilità giuridica di Santi Romano.

6. Sociologia del diritto

Tra gli autori reputati fondatori della sociologia del diritto¹⁰², Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch si distinguono per l'insistenza nel presentare il pluralismo giuridico come problema centrale della loro indagine e della loro disciplina.

Eugen Ehrlich pubblica nel 1913 la sua opera fondamentale, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*¹⁰³. Il centro di gravità della realtà sociale del diritto -cioè l'oggetto della sociologia del diritto in quanto disciplina- non risiede in proposizioni giuridiche formali ufficialmente emanate dallo Stato (*rechtssatz*), ma piuttosto in ciò che Ehrlich chiama "diritto vivente" (*rechtsleben*). La vita del diritto della quale intende occuparsi il sociologo del diritto consiste nell'insieme di regole effettivamente seguite dagli individui, siano esse

¹⁰² Se la sociologia generale nasce intorno allo studio delle relazioni interne alla società urbano-industriale, la sua branca giuridica ha come oggetto il rapporto diritto-società (infatti, negli Stati Uniti, viene denominata *Law and society*). Per un'introduzione, R. TREVES, *Sociologia del diritto*, in Enciclopedia del diritto; ed anche R. TREVES, *Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, 1993

¹⁰³ E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen-Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976. Uno sguardo a questa edizione italiana, complice forse anche la traduzione relativamente recente, rivela una straordinaria attualità. Nel 1936 la sua opera è stata tradotta e pubblicata negli Stati Uniti (*Fundamental Principles of the Sociology of Law*)

spontanee od imposte, statali o legittimate da un'altra fonte. Queste regole sono da considerarsi giuridiche in quanto ricoprono la funzione di assicurare un *ordine* all'interno ad ogni gruppo sociale o associazione di cui è costituita una società.

La prospettiva sociologica dovrebbe suggerire al giurista che la società moderna ed industrializzata del XX secolo non è ben rappresentata dalla ricostruzione giuridica di stampo illuminista come somma di individui privati contrapposti al potere pubblico dello Stato. I soggetti che realmente si contrappongono allo Stato, sui quali dunque influisce più direttamente il potere di regolamentazione statale, sono piuttosto le "associazioni" (aggiornando la terminologia di Ehrlich, oggi potremmo dire "sottogruppi associativi"). Ogni individuo tende ad obbedire, consapevolmente o inconsapevolmente, innanzi tutto all'ordine giuridico interno delle associazioni delle quali fa parte. In quest'ordine Ehrlich ravvisa un diritto "cooperativo", che armonizza le relazioni tra individui. Il diritto a fonte statale sponsorizza un ordine interno generale, che si impone ai sistemi giuridici delle associazioni. Questo diritto è per sua natura "conflittuale".

Il pluralismo giuridico di Ehrlich consiste dunque in una visione orizzontale della società e dei molteplici ordini, più o meno spontanei, mediante i quali essa è regolata.

Un'altra riflessione sociologica fondamentale sul pluralismo giuridico e quella di Georges Gurvitch (*L'expérience juridique et la*

philosophie pluraliste du droit, 1935)¹⁰⁴. Per mezzo di un approccio di tipo storico, l'autore si dedica a decostruire la finzione unitaria dell'osservazione dei fenomeni giuridici, tipica del XX secolo. Gurvitch ritiene, che nelle società industrializzate e socialmente complesse, il diritto si manifesti in almeno tre dimensioni: a) Il diritto emanato formalmente dello Stato; b) il c.d. "droit social", cioè l'ordine giuridico derivante da una qualche forma di socialità (nel senso inteso anche da Ehrlich); c) il c.d. "droit inter-individuel", cioè la regolamentazione privata che riposa sugli scambi tra gli individui.

La contrapposizione tra un diritto formale dello Stato e un diritto o quasi diritto informale della società è considerata da Gurvitch profondamente inadeguata a rappresentare i veri rapporti tra la regolamentazione statale e la vita reale del diritto nella società, perché in qualsiasi ambito, più o meno intensamente regolato dallo Stato, è determinante la dinamica tra varie fonti di legittimazione più o meno ufficiali.

7. Rapporti tra la matrice antropologica e quella sociologica: tra ignoranza reciproca e convergenza

Nel trattare le origini del concetto di pluralismo giuridico abbiamo giustapposto le riflessioni dell'antropologia, quelle della

¹⁰⁴ J. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935

teoria generale del diritto e quelle della sociologia giuridica. Sarebbe ora naturale interrogarsi sull'esistenza di un legame tra le osservazioni in questi diversi ambiti disciplinari, nei quali contemporaneamente sviluppano una prospettive ed un metodi riconducibili al pluralismo giuridico.

Secondo Norbert Rouland¹⁰⁵, le riflessioni antropologiche e sociologiche sul pluralismo giuridico hanno in pratica la stessa origine. Stigmatizzando un atteggiamento molto frequente nella letteratura giuridica francese, egli indica come sostanzialmente analoghe le riflessioni giuridiche della sociologia (Ehrlich, Gurvitch) e quelle antropologiche (dall'*Adat Law School* in avanti) dei primi quarant'anni del secolo. In effetti, da un punto di vista generale, si potrebbero anche rilevare alcuni contatti: nella bibliografia di *The Sociology of Law* (1942) di Gurvitch, per esempio, compaiono alcune opere di antropologia giuridica; le ricerche di Ehrlich nelle zone rurali dell'Austria-Ungheria tengono conto tanto dei metodi etnografici quanto di quelli sociologici; Durkheim (*De la division du travail social*, 1893) ha trattato congiuntamente temi di sociologia generale, sociologia giuridica e antropologia. Sullo specifico tema del pluralismo, tuttavia, non sembrano documentabili influenze dirette e significative tra gli ambiti disciplinari che abbiamo trattato. Le tre discipline, a inizio secolo, non manifestano legami particolarmente stretti. In pratica tra antropologia e sociologia (e in misura maggiore

¹⁰⁵ Cfr. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, trad. it a cura di R. Aluffi Beck Peccoz, presentazione di P. G. Monateri, N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992, p. 72-76

tra antropologia e teoria generale del diritto) è tracciabile una netta separazione di campo: gli etno-antropologi operano nei territori coloniali, studiando società pre-statali, pre-letterate, pre-industriali, mentre i sociologi-filosofi operano nelle società industrializzate, dotate di Stato e scrittura. A margine di questo dato, notiamo anche che i rispettivi autori provengono generalmente da aree culturali, geografiche e linguistiche diverse: l'etnologia e l'antropologia giuridica si sviluppano principalmente in Olanda e nei paesi anglofoni, la teoria generale e la sociologia del diritto soprattutto in Francia, Italia e paesi francofoni.

Detto questo, non possiamo fare a meno di evidenziare due aspetti di convergenza: da un lato il clima teorico-culturale che accomuna tutte le scienze umane del tempo, dall'altro il presentarsi storico-materiale di situazioni sociali simili che determinano, in campi disciplinari diversi, risposte teoriche comparabili. Questo secondo punto ha una rilevanza particolare. L'idea di fondo, che ci limitiamo ad accennare, potrebbe essere la seguente: la colonizzazione -nelle società non industrializzate- e l'affermazione del modello di società capitalistica -nelle società urbano-industriali- non solo sono fenomeni avvenuti nello stesso periodo storico, ma hanno anche prodotto risultati sociali simili.

Sul territorio coloniale il diritto ufficiale dello Stato colonizzatore non si sostituisce al diritto indigeno. La rappresentazione della situazione giuridica di un territorio colonizzato deve ricorrere all'idea di *stratificazione* e pensare il diritto

nell'interazione di almeno due ordini normativi, quello del colonizzatore e quello autoctono. La stessa idea unitaria di un diritto indigeno, consuetudinario e senza Stato, si rivela una finzione prodotta dalla mentalità dell'osservatore occidentale; la realtà operativa del diritto locale è meglio rappresentata in termini pluralisti. Parallelamente, nelle società industrializzate, l'inizio del secolo coincide con grandi cambiamenti sociali prodotti dalla massiccia e definitiva diffusione del sistema di produzione industriale. La concezione liberale dello Stato non appare più in grado di rappresentare adeguatamente le dinamiche giuridiche effettivamente all'opera nella società (*law in action*).

Così, l'ambiente di operazione dell'etno-antropologo (lo stato coloniale) e quello del sociologo (la società urbano-industriale) presentano, agli inizi del '900, caratteristiche strutturali in qualche modo simili. E' naturale, dunque, che le osservazioni antropologiche e sociologiche sul pluralismo giuridico presentino notevoli punti di convergenza, anche quando s'ignorino reciprocamente.

Diversi autori si sono interrogati sulle ragioni del ricorso parallelo al pluralismo giuridico in varie discipline. Così come sulla questione collegata, del legame tra inizio del '900 ed emergere del concetto di pluralismo nelle scienze sociali. Antonio Negri, per esempio, guardando essenzialmente alla scienza politica, insiste sul contesto strutturale e politico: il pluralismo nasce in polemica contro il totalitarismo fascista, ed è il comune denominatore delle teorie sostenute da un risoluto atteggiamento contro le esperienze totalitarie. Addirittura, al di là delle sue rappresentazioni teoriche, il fenomeno

stesso può essere letto come una sorta di reazione che la società ha opposto ai tentativi dello Stato di estendere l'ambito delle proprie competenze¹⁰⁶. Simile, in quest'ultimo aspetto, è l'opinione di Leon Ingber che interpreta le fluttuazioni tra rappresentazioni teoriche moniste e pluraliste del diritto in rapporto di dipendenza diretta dalle fluttuazioni dei rapporti di potere che esistono tra lo Stato e i gruppi sociali¹⁰⁷. Norbert Rouland, infine, osserva che “nelle nostre società moderne, la tendenza dello Stato al dirigismo, nata dalle necessità del primo conflitto mondiale, si fa sentire proprio da questo periodo e si fonda in modo del tutto naturale sulle concezioni unitarie del diritto lasciate in eredità dal XIX secolo”¹⁰⁸. In conclusione, un certo ruolo, nella formazione indipendente di approcci pluralisti in diverse scienze sociali, dovette giocare la circostanza storica del tentativo dello Stato di estendere l'ambito delle proprie competenze.

Quanto abbiamo scritto finora porta a concludere per una prima “fioritura” del concetto di pluralismo giuridico nella cultura europea tra il 1900 e il 1940. L'antropologia continuerà a condurre studi di campo anche oltre questa data, la sociologia elaborerà categorie fondamentali, ma, come vedremo più oltre, bisognerà attendere l'inizio degli anni '70 perché l'antropologia giuridica produca, al di là delle tendenze monografiche, teorie di un'ampiezza comparabile alle riflessioni d'inizio secolo. Pensiamo a questo

¹⁰⁶ Cfr. A. NEGRI, *Pluralismo*, in Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, vol. 27: scienze politiche, p.294

¹⁰⁷ Riportato in N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992, p. 76

¹⁰⁸ Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992, p. 76

periodo come una “riscoperta” o una “seconda fioritura” del pluralismo giuridico.

PARTE SECONDA

MODERNE DOTTRINE DEL PLURALISMO

GIURIDICO

Capitolo Quarto

Transizione

1. Introduzione

Nel tratteggiare una storia della riflessione giuridica pluralista, mi è sembrato interessante partire da matrici che potrebbero sembrare un po' remote. Gli autori di cui abbiamo scritto finora, come Santi Romano, Ehrlich, Gurvitch, ecc..., sono spesso citati nei contributi più recenti sul pluralismo giuridico, segno, questo, che esistono una certa unità e una certa continuità nell'utilizzazione del concetto. Tuttavia, al di là della frequenti citazioni, i rapporti tra i giuristi contemporanei che parlano di pluralismo giuridico e queste

matrici d'inizio secolo, non devono essere necessariamente visti come un'unica riflessione.

Giunti alla fine degli anni '30, dobbiamo constatare un fortissimo calo, se non un vero e proprio arresto, dell'attenzione giuridica al tema del pluralismo. Infatti, a causa di alcune ragioni, di cui tratteremo nei seguenti paragrafi, non è facile sostenere che, in Europa continentale, le riflessioni d'inizio secolo ebbero un seguito nel ventennio successivo. Sposteremo dunque la nostra attenzione sul continente americano, per scoprire che, anche grazie ad alcuni fenomeni di "emigrazione" scientifica, questo si rivela un terreno particolarmente fertile e fortunato per lo sviluppo delle teorie giuridiche pluraliste.

2. Anni '40-'60: un vuoto?

Di fronte all'arresto della riflessione, che abbiamo descritto come prima fioritura del pluralismo giuridico, sembra interessante riflettere su alcuni dati fondamentali della realtà europea:

- Anche successivamente agli anni '40, l'antropologia continua a produrre studi di campo, ed utilizza, anzi presuppone, il concetto di pluralismo giuridico; tuttavia questi studi sono di carattere etnografico, e non verranno elaborate teorie di un'ampiezza comparabile a quelle d'inizio secolo.

- Le guerre e le concezioni totalitarie, che infiammano l'Europa, evidenziano un dirigismo dello Stato, che viene sponsorizzato in modo naturale da concezioni unitarie del diritto. Né le concezioni pluraliste elaborate dalla teoria generale del diritto, né la nascente sociologia, sembrano rappresentare adeguatamente la realtà.

- La sociologia, anche grazie alle emigrazioni di molti intellettuali tedeschi, trova invece negli Stati Uniti il suo terreno ideale. Rifiutando la visione della società, predominante nell'Europa degli anni '30 (che troverà una triste espressione nei totalitarismi), la sociologia propone una netta alternativa metodologica al materialismo storico¹⁰⁹; costituendo dunque una corrente di opposizione al marxismo, incontrerà grande successo negli Stati Uniti, dove quest'ultimo non attecchisce, se non in ambienti elitari. Quella che era una scienza astratta, fortemente influenzata dalla filosofia, diventa, in America, una vera scienza sociale, sviluppando una metodologia di ricerca empirica che in Europa era stata anticipata solo da Ehrlich e Weber¹¹⁰.

- L'apertura interdisciplinare caratteristica del realismo giuridico americano, che domina l'ambiente accademico degli anni

¹⁰⁹ Cfr. la voce *Weber*, in *Enciclopedia Garzanti di Filosofia*, ed. Garzanti, 1993, in particolare p. 1213

'30, rappresenta un clima ideale per lo sviluppo e la combinazione di teorie giuridiche e apporti socio-antropologici.

Tenuto conto di queste considerazioni, piuttosto che constatare un termine dell'attenzione giuridica per il tema del pluralismo, mi sembra più interessante spostare il baricentro della nostra analisi negli Stati Uniti. E' qui infatti che, grazie a certi fattori preliminari che faremo oggetto di studio, il pluralismo giuridico riemergerà con vigore come uno dei temi centrali del dibattito giuridico nel corso degli anni '60 e '70, in particolare all'interno di una riflessione più ampia su *law and society*, che coinvolge tutti i settori del diritto (oltre che discipline specifiche come l'antropologia e la sociologia).

Indichiamo, fin da ora, un limite, che è bene sottolineare. Tra i tratti distintivi più forti degli apporti teorici continentali al pluralismo giuridico vi erano la critica alla concezione liberale dello Stato (Santi Romano), o l'opposizione al suo ruolo centralizzatore (Ehrlich), o in alcuni casi la polemica antitotalitaria (Gurvitch). In Europa, un'ottica giuridica pluralista si afferma nel quadro di varie correnti scientifiche che si oppongono al formalismo del giurista che guarda al solo diritto emanato formalmente dallo Stato: in Francia la "rivolta contro il formalismo" di Geny, Duguit, Hauriou, in Germania la "rivolta contro il formalismo concettuale" dell'ultimo Jhering, ed il movimento del

¹¹⁰ Cfr. R. TREVES, *Sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1993, p. 142 ss.

diritto Ibero di Ehrlich e Kantorowicz. Con il passaggio negli Stati Uniti, soprattutto per influsso della sociologia americana, alcuni di questi caratteri forti del pluralismo giuridico continentale risultano mutati, e il pluralismo viene proposto in un'ottica più funzionalistica.

Anche in Europa, dove il pluralismo si è legato alla critica della concezione ottocentesca e liberale dello Stato, si erano già manifestati alcuni legami teorici col fenomeno dell'emersione dello stato sociale (Ehrlich, Gurvitch). Anche negli Stati Uniti che, come tutti i movimenti nell'orbita del realismo giuridico, il pluralismo pare strettamente legato all'attuazione del Welfare State e al New Deal¹¹¹. Questo legame sarà, forse, una delle principali cause del mutamento in senso funzionalistico, accennato più sopra.

Ciò che vorrei mettere a fuoco nelle pagine seguenti è, tuttavia, il percorso che permetterà al pluralismo giuridico di diventare uno strumento nella riflessione del giurista americano: in questo contesto, infatti, è destinato ad assumere molti dei suoi caratteri moderni.

3. Alla frontiera degli anni '40

¹¹¹ Cfr. Dalia TZUK, *The New Deal Origins of American Legal Pluralism*, Florida State University Law Review, Fall 2001

In Europa, dopo gli anni '30, la teoria generale del diritto abbandona ogni ottica socio-giuridica e, con essa, il tema del pluralismo giuridico, ed è dominata dal formalismo di Hans Kelsen¹¹².

Parallelamente, la riflessione sociologica "emigra", in gran parte, negli Stati Uniti, dove troverà finalmente un terreno fertile per svilupparsi.

Le sorti del pluralismo giuridico, sul continente europeo, sono dunque legate al solo ambito disciplinare dell'antropologia giuridica. Proviamo a tracciare un quadro geografico della situazione.

Tra il 1900 e il 1940 l'Olanda fu il paese più produttivo in antropologia giuridica. Anche oltre gli anni '40 prosegue con costanza l'opera degli antropologi olandesi della *Adat Law School*, grazie ad autori come F. D. Holleman, G. Van den Steenhoven (che precedono la generazione di autori degli anni '70, più conosciuti ed al centro del dibattito già il larga misura transnazionale, come J. Griffiths, F. Von Benda-Beckmann, G. Van den Berghe). Tuttavia i loro lavori non sono molto conosciuti, sia perché l'Indonesia costituisce un campo con cui pochi antropologi hanno familiarità, sia soprattutto perché non tradotti in inglese. Questa scuola non può

¹¹² un bel esempio del contrasto tra l'approccio antiformalistico che è alla base del pluralismo giuridico e l'approccio formalistico alla base del monismo kelseniano, è il dibattito tra Ehrlich e Kelsen, apparso tra il 1915 e il 1916 su *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Lo apprendiamo da un interessante libro in cui vengono giustapposti brani dei due sudditi dell'impero austro-ungarico, uno a Vienna, l'altro in Bucovina: EHRLICH e KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di Agostino CARRINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. E' singolare notare come entrambi spesso muovano dagli stessi problemi, arrivando a soluzioni diametralmente opposte.

quindi fornire un grande impulso alla diffusione dei modelli gius-antropologici.

Nelle altre parti d'Europa l'antropologia giuridica tarda ad attecchire. Il colonialismo ha lanciato un certo interesse per gli studi etnografici, sia nel campo dell'indagine sull'evoluzione storica dei sistemi giuridici (v. in Italia, Bonfante), sia negli studi sul diritto nelle colonie; tuttavia, per molto tempo, non si è andati oltre.

In Italia le migliori ricerche etnografiche restano, forse ancora oggi, quelle di Cerulli, Scarpa, Colucci, sulla Somalia e l'Etiopia, fra il 1915 e il 1927. Una ricerca gius-antropologica si svilupperà solo nel corso degli anni '80 con l'opera Francesco Remotti (1982), Alba Negri (1983), Riccardo Motta (1985, 1986).

In Belgio, nonostante la disponibilità di un territorio coloniale, l'ambiente universitario non mostra interesse per la disciplina e produce solo alcuni studi viziati di eurocentrismo. Si dovranno attendere gli anni '70 per la nascita di una autentica riflessione gius-antropologica (J. Vanderlinden, G. Malengreau, J. Pauwels).

In Francia si resta legati alle formulazioni dell'evoluzionismo, ormai superate da tempo; formati alla scuola dell'antropologia applicata, i giuristi coloniali alterano il diritto tradizionale nel tentativo di codificarlo nei *coutumiers* o sedendo nei tribunali consuetudinari. Nel 1965 M. Alliot e J. Piorier (allievi del grande romanista H. Lévy-Bruhl che, per l'uso dell'etnologia, potremmo paragonare al nostro Bonfante) fondano il *Laboratoire d'anthropologie juridique* a Parigi, istituzione, ancora oggi molto attiva, a cui si può legare l'antropologia giuridica francese.

Di fronte alla grande scarsità di materiali e di riflessioni sul pluralismo giuridico in Europa continentale, dopo il 1940 (ad eccezione dell'Olanda, che continua, però, una tradizione etnologica molto specifica), la nostra ricerca può intraprendere una di due direzioni possibili.

La prima è concludere che l'interesse giuridico per l'antropologia sia scemato con l'inizio della decolonizzazione; di conseguenza dovremmo constatare una frattura col riemergere del pluralismo giuridico in senso moderno nel corso degli anni '60-'70. Ciò è in parte vero: in questo periodo in Europa continentale si diffondono principalmente studi di etnografia giuridica che, perduto l'universalismo *à la* Post, rinunciano ad aspirazioni comparatistiche ed a concettualizzazioni di ampio respiro¹¹³.

La seconda direzione significa sostenere che negli anni '40 assistiamo ad un passaggio di testimone, uno spostamento del baricentro della riflessione sul pluralismo dall'Europa continentale alla letteratura anglofona, in particolare verso gli Stati Uniti. Propendiamo per la fondatezza della seconda ipotesi, di una continuità che mi sembra supportata, inoltre, dal plausibile parallelismo con quanto avvenne in altri campi del sapere¹¹⁴.

¹¹³ Cfr. Alba NEGRI, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 121

¹¹⁴ Per una dettagliata informazione sul fenomeno e le sue conseguenze nei diversi campi del sapere, cfr. H. Stuart HUGHES, *Da sponda*

a sponda, l'emigrazione degli intellettuali e lo studio della società contemporanea (1930-1965), Il Mulino, 1977

Capitolo Quinto

Stati Uniti (1930-1965)

1. Introduzione

Possiamo immaginare che il pluralismo giuridico sia stato veicolato negli Stati Uniti, sia dalla sociologia che dall'antropologia; sicuramente è su questo terreno che incontra una serie di condizioni strutturali e di fattori particolarmente favorevoli per il suo sviluppo. Fra questi spiccano: il clima interdisciplinare portato dal realismo giuridico, il fermento intellettuale frutto delle emigrazioni, soprattutto tedesche, dal continente, l'impulso alla ricerca universitaria fornito dal New Deal e la nascita del Welfare State, la cui filosofia di fondo si lega al pluralismo giuridico. Cerchiamo di analizzare alcuni di questi fattori strutturali del panorama giuridico nord-americano.

2. Il realismo giuridico americano

Il realismo, corrente dottrinale della scienza giuridica americana tra gli anni '20 e gli anni '60, costituisce una risposta teorica alternativa al formalismo langdelliano¹¹⁵. Da un punto di vista epistemologico si tratta di un "cambio di paradigma" di scientificità (fenomeno ricorrente nella scienza del diritto¹¹⁶): "dall'analogia coi metodi delle scienze naturali, il paradigma scientifico fu quello delle

¹¹⁵ Cfr. MATTEI, Ugo, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996. Nel 1871, Christopher Columbus Langdell, in qualità di preside della Harvard Law School, rivoluzionò gli aspetti più importanti dell'insegnamento del diritto: regolò su basi più rigide l'accesso alla Law School, triplicò la durata dei corsi (da uno a tre anni), e soprattutto mutò la didattica, abolendo la lettura ed il commento di esposizioni trattatistiche, per sostituirla con raccolte di casi giurisprudenziali selezionati dal docente che dovevano essere letti e studiati dagli studenti prima delle lezioni in modo da rendere proficua l'analisi e la discussione in classe. La premessa basilare della visione di Langdell era che lo studio del diritto doveva essere uno studio scientifico, in quanto era rivolto alla *scoperta dei principi giuridici i quali emergono dai materiali giuridici prodotti dalla storia*.

¹¹⁶ E' un'idea largamente condivisa nello studio dell'evoluzione giuridica e soprattutto nella comparazione dei sistemi giuridici, che la scienza del diritto europea si è quasi sempre dotata di un paradigma scientifico esterno ad essa, e su tale registro ha adeguato i propri metodi e stili d'indagine. Cfr. DUFOUR, *Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne*, in P. AMSELEK (ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, 1994, pp. 147 ss.; v. anche A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, p. 250: "E' questo bisogno di legittimarsi come scienza teoretica volta alla conoscenza del diritto ciò che spiega la costante imitazione in seno alla giurisprudenza europea dei modelli epistemologici già accreditati altrove. Nella loro attività di *interpretatio* del testo giustiniano i Glossatori imitarono le tecniche filologiche già collaudate nell'esegesi biblica [...]. I giuristi Culti del '500 muteranno queste tecniche alla luce di quelle, ben più filologicamente corrette, collaudate in campo letterario dagli umanisti. La diffusione del pensiero razionalistico in filosofia, ben esemplificato dal successo delle opere di Cartesio, si tradurrà in un nuovo modo di intendere la costruzione del giuridico cui si dedicarono gli esponenti della Scuola del diritto naturale. [...] La demolizione kantiana dei postulati del Giusnaturalismo ebbe immediato riscontro nella rivoluzione metodologica di cui si fece banditore von Savigny [...]. La dottrina tedesca dell'ottocento scivolò dal vigoroso positivismo scientifico della prima metà [...] al positivismo legislativo della seconda metà [che] presentava l'innegabile vantaggio di

scienze sociali, prima fra tutte la sociologia, la quale aveva preso ad osservare la dinamica del sociale seguendo metodi di analisi che parevano affidabili e forieri di grandi scoperte¹¹⁷. La riflessione comparatistica osserva che il movimento realista americano, come già il formalismo di Langdell, è, in realtà, fortemente influenzato dalla speculazione giuridica continentale, in particolare quella tedesca (nonostante la scarsa frequenza di citazioni in questo senso)¹¹⁸.

La sociologia non venne additata solo come modello metodologico¹¹⁹, ma anche come fonte di apporti conoscitivi direttamente fruibili per il giurista. In questa direzione si distinse Roscoe Pound che divenne *Dean* della Harvard Law School (lo stesso ruolo di Langdell) e fu uno dei più influenti giuristi accademici americani. E' lui l'autore della celebre contrapposizione tra "law in the books" e "law in action"¹²⁰, che è una delle basi culturali della critica realista al formalismo. Nel ricorso a questi temi sociologici è evidente l'influsso di Ehrlich, nella ricerca di una spiegazione esaustivamente scientifica dei fenomeni istituzionali, come anche nella

scimmiettare nel timbro e nel registro di analisi i metodi delle scienze naturali allora catapultate al vertice del prestigio culturale".

¹¹⁷ Cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 186

¹¹⁸ G. Gilmore (*Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, Giuffrè, 1988) e altri hanno poi evidenziato il carattere un po' declamatorio dell'opposizione realista al formalismo, e la sua evoluzione in un nuovo formalismo: "i formalisti langdelliani affermavano che il diritto era una scienza, i realisti che era una scienza sociale". Cfr. anche MINDA, *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna, Il mulino, 2001, p. 58

¹¹⁹ Nel 1936, per esempio, venne tradotto Ehrlich; in Italia bisognerà attendere il 1976. Cfr. E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, transl. by Walter E. Mell, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

¹²⁰ R. Pound, *Law in the books and law in action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910, p. 12 ss.

terminologia, che riprende la distinzione tra “diritto vivente” (*rechtsleben*) e “proposizione giuridica” (*rechtssatz*)¹²¹.

Accanto a Pound opera il giudice Oliver Wendell Holmes, che contribuisce a spostare l’attenzione dei giuristi americani sull’analisi del *legal process*, ed è padre della celebre, citatissima frase: “La vita del diritto non è mai stata la logica, è stata l’esperienza. Le necessità del periodo, le prevalenti dottrine morali e politiche, le intuizioni di *public policy* deliberate o inconsce, persino i pregiudizi che i giudici condividono con i loro fratelli uomini hanno fatto assai più del sillogismo nel determinare le regole attraverso cui gli uomini devono essere governati”¹²².

Terzo personaggio eminente del realismo giuridico americano è Karl Llewellyn, anch’egli pesantemente indebitato con la cultura dell’Europa continentale, in particolare quella tedesca. Questo grande giurista è autore di un’opera fondamentale, in cui molti vedono la nascita dell’antropologia giuridica: si tratta di *The Cheyenne Way*, scritta nel 1941, insieme a Adamson Hoebel, un suo giovane allievo antropologo. Su di essa ci soffermeremo più oltre.

Vogliamo sostenere l’osservazione di una certa continuità della riflessione pluralista, trapiantata negli Stati Uniti, con la sociologia e l’antropologia europee, su due argomenti. Da un lato è stato già da tempo riconosciuto un certo debito con la scienza

¹²¹ ELRICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen-Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976. Abbiamo già ricordato che l’opera di Ehrlich fu pubblicata negli Stati Uniti nel 1936

¹²² HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1923

giuridica continentale, da Langdell in avanti¹²³; dall'altro gli Stati Uniti, negli anni '30, rappresentano una terra nella quale si rinvengono le condizioni per il successo di molti spunti e dottrine che nei paesi d'origine hanno ottenuto minor credito. Il parallelismo tra Langdell e la pandettistica, e tra il realismo e la giurisprudenza libera, possono essere degli esempi di questo doppio legame culturale tra Europa e Stati Uniti. Il caso della sociologia ancora più evidente¹²⁴.

3. Nuovi caratteri del pluralismo giuridico americano

Quanto sopra detto per giustificare una continuità, non significa naturalmente che l'incontro con i temi del dibattito realista non influisca in modo relevantissimo sul contenuto di questa tradizione. L'aspetto forse maggiormente determinante in questo senso fu una caratteristica generale degli autori appartenenti al realismo, la tensione verso l'apertura interdisciplinare: "la convinzione di fondo era che gli altri scienziati sociali avessero elaborato strumenti conoscitivi più adatti alla comprensione della società complessa,

¹²³ cfr. OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, in 14 A.B.A. Journal 75, 1928

¹²⁴ sul ruolo e la fortuna della sociologia come paradigma del realismo giuridico americano cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, in particolare p. 186; ed anche G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995; trad. it di Cristina Colli, *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001

rispetto agli strumenti dell'analisi giuridica tradizionale¹²⁵. La ragione prima per cui i realisti criticano come non aderente alla realtà il modello giuridico formalista -la maggiore complessità sociale indotta dall'industrializzazione- è, in fondo, analoga a quella che si proponeva in Europa all'inizio del secolo. E' noto infatti che l'esempio di scomporre le correnti giuridiche in analisi settoriali, tipico del realismo (i vari movimenti *law and...*, che si affermeranno più tardi), nacque proprio negli anni del New Deal, quando alcuni giuristi sposarono l'ottica gius-sindacale che imponeva di ripensare le singole regole del diritto dal punto di vista degli interessi dei lavoratori¹²⁶.

In seguito emergeranno gli studi e le tendenze più vari (femminismo giuridico, *law and literature*, *gender studies*, ecc..., fino all'attuale decostruzione del discorso giuridico¹²⁷), tenute insieme dalla comune adesione all'idea che sia ormai tramontata l'illusione nella neutrale impersonalità delle regole giuridiche, sostituita da un dialogo critico tra le diverse tendenze particolari, che si avvalgono del contributo di altre scienze sociali. Il diritto gode di una certa autonomia, in armonia con uno dei fondamenti della tradizione giuridica occidentale, è ancora una "scienza"; ma, in quanto scienza

¹²⁵ MATTEI, Ugo, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 159

¹²⁶ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, p. 219. Abbozziamo un parallelismo con i temi di alcuni giuristi continentali di cui abbiamo parlato più sopra: Santi Romano, che guarda al fenomeno sindacale nel suo complesso, Ehrlich, che parla del diritto sociale, e Gurvitch, che addirittura collega la filosofia del pluralismo giuridico all'anarchismo di Proudhon, in opposizione al marxismo.

¹²⁷ Cfr. S. COLOMBO, *femminismo giuridico*, in Dig. civ., vol 6, Torino, Utet, 1990; e anche MINDA *Teorie Postmoderne del diritto*, cit., p. 213ss. e 247 ss.

“sociale” è chiamato a confrontarsi con altre discipline. Questa idea di diverse ottiche adottabili dal giurista -se non, addirittura, dell'esistenza di una molteplicità di *verità* nel diritto- si incontra con uno dei presupposti filosofici del pluralismo giuridico, l'esistenza di una molteplicità di visioni della giustizia e del diritto in seno ai vari gruppi sociali¹²⁸. Sicuramente si tratta di un altro dei punti di contatto e di influenza tra l'eredità del pluralismo giuridico continentale e l'ambiente giuridico americano dominato dal realismo.

4. The Cheyenne Way: un'opera interdisciplinare

Durante l'estate del 1935 un celebre giurista ed un giovane antropologo si avventurano a *Lame Deer*, in Montana, per studiare la cultura giuridica dei nativi Cheyenne, in particolare la risoluzione dei conflitti, un tema classico dell'antropologia anglo-americana. Dopo altri soggiorni sul campo e vari anni di elaborazione dei materiali raccolti, venne pubblicato, nel 1941, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*.

Perchè un professore di *Jurisprudence* e diritto commerciale si occupava di antropologia culturale e di “diritto primitivo”? Si tratta di una direzione coerente con la sua ricerca o forse di un divertimento

¹²⁸ sulle relatività dell'idea di giustizia come presupposto del pluralismo giuridico ha insistito particolarmente Jaques VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971

di un grande giurista eclettico, o ancora di una divagazione etnografica? E' comunemente riconosciuto che questo studio, inserito in un vasto progetto di ricerca¹²⁹, costituisce parte integrante della *realistic jurisprudence* di Llewellyn e del suo approccio antiformalista, empirico e sociologico al diritto¹³⁰. Si tratta di uno dei primi sforzi di combinare gli studi di diritto a quelli sociologici (*law and society*) e antropologici, in un'ottica, dunque, inter-disciplinare.

The Cheyenne Way non è un'opera isolata. In quel momento la nascente riflessione antropologica sul diritto si domandava se esistessero regole qualificabili come giuridiche in società senza scrittura, prive di un potere centralizzato, e addirittura prive di un ceto giuridico professionale¹³¹. Llewellyn utilizza il caso dei Cheyenne per rispondere affermativamente alla questione e fornire una dimostrazione pratica del credo fondamentale della *jurisprudence* realista: lo studio dei *processi* sociali, che costituiscono la vita vera del diritto, non può essere separato, se non arbitrariamente, da quello

¹²⁹ si trattava del "Project #81: Research in American Indian Law", finanziato dalla Columbia University, di cui facevano parte anche antropologi come Boas e Chamberlain. Per questa e altre informazioni sul contesto di *The Cheyenne Way*, cfr. MEHROTRA, Ajay K., *Law and The "Other": Karl N. Llewellyn, Cultural Anthropology, and The Legacy of The Cheyenne Way*, 26 *Law and Society Inquiry* 741, Summer 2001.

¹³⁰ Tra gli altri autori che hanno scritto sul realismo americano, v. N. E. H. HULL, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, University of Chicago Press, 1997; e anche William TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Norman, University of Oklahoma Press, 1973, che documenta come *The Cheyenne Way*, e con essa il ricorso all'antropologia, fu sia il prodotto del primo empirismo realista dell'autore, sia un'ispirazione importante per i lavori successivi.

¹³¹ Cfr. E. GRANDE, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in *Rivista critica del diritto privato*, a.XIV, n.3, settembre 1996, pp. 468-9

delle regole formali. L'esperienza della ricerca e della identificazione di un "diritto" nella società Cheyenne, senza legislatore, senza giurista e senza Stato, è illuminante non soltanto sul piano etnografico. Llewellyn stesso presenterà *The Common Law Tradition*¹³² -la sua opera fondamentale, del 1960- come "the anthropological jurisprudence of American appellate courts", e ancora come "[the] study of law-ways and primitive law among the higher United States legal shamans"¹³³.

La più importante eredità di questa monografia è forse il metodo su cui è basata la ricerca. Llewellyn e Hoebel introducono in antropologia giuridica il metodo del *case-study*¹³⁴. Rifuggendo dalle categorie della dogmatica giuridica, che riflettono necessariamente le impostazioni culturali della società a potere centralizzato, gli autori adottano una "trouble-case methodology", in pratica un metodo empirico basato su casi (*case study*) e finalizzato a porre in evidenza il funzionamento concreto delle procedure di risoluzione dei conflitti ("case-based and process-centred"). Questo approccio, mutuato dalla tradizione giuridica anglo-americana, costituirà a lungo il paradigma di riferimento negli studi di antropologia del diritto¹³⁵. Le osservazioni sul materiale raccolto seguendo questo metodo sono

¹³² Karl LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding appeals*, Boston, Little Brown, 1960

¹³³ secondo quanto riportato da HOEBEL, *Karl Llewellyn: Anthropological jurisprudence*, Rutgers Law Review 18, 1964, pp. 735-56

¹³⁴ Cfr. F. REMOTTI, *Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Torino, 1982, p. 40; ed anche E. GRANDE, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, cit., pp. 471 ss.

condotte in un'ottica interdisciplinare, tipica dello stile argomentativo del realismo giuridico. Un isolato approccio al “dover essere” delle norme è incompleto senza una comprensione dell’“essere” dei fatti, delle procedure, delle relazioni sociali.

Case study e metodo interdisciplinare sono, in definitiva, le due novità metodologiche, nonché due aspetti inevitabilmente legati. Nel contesto storico degli anni '30, nella prospettiva romantica, neo-evoluzionista dello sviluppo delle culture giuridiche e delle istituzioni, si tratta veramente di un'opera innovativa.

5. The Cheyenne Way e il pluralismo giuridico

Le modalità di risoluzione dei conflitti presso i Cheyenne sono l'oggetto principale del libro. Tuttavia anche il tema del pluralismo giuridico è sicuramente centrale.

Da un punto di vista teorico Llewellyn è molto cauto con le categorie: evita accuratamente una definizione universale di “diritto”, così come di “diritto Cheyenne”, riconoscendo che la categoria occidentale di diritto può escludere processi sociali rilevanti ed effettivi, e che alcune società possono addirittura non disporre affatto della categoria diritto, e non per questo sono sprovviste di strumenti di controllo sociale che noi non esiteremmo a chiamare giuridici. Il

¹³⁵ Cfr. E. GRANDE, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, cit.

modo con cui Llewellyn risolve il (falso) problema della delimitazione di un campo d'indagine o, se si preferisce, della definizione del diritto, è illuminante: “Non tento di dare una definizione del diritto...Una definizione, infatti, contemporaneamente esclude ed include. Demarca un ambito; inserisce qualcosa all'interno di esso ed esclude qualcos'altro: e l'esclusione è quasi sempre arbitraria. *Io non desidero escludere nulla dall'ambito del giuridico*”¹³⁶. Questo approccio, derivato dall'antropologia culturale, ed in particolare da Malinowski¹³⁷, non sarà che enfatizzato dalle successive teorie antropologiche del diritto e del pluralismo giuridico.

Nell'osservazione pratica di una cinquantina di casi gli autori descrivono situazioni in cui si manifestano contrasti tra gruppi sociali differenti, la cui risoluzione è affidata a procedure e metodi diversi. Si notano, ad esempio, delle differenze notevoli tra le dispute a livello dei membri di un gruppo familiare e quelle tra tribù¹³⁸. Nelle prime - che insorgono in casi come la negligenza del marito nei suoi obblighi matrimoniali o gli “abusive spouses”- la famiglia (della moglie) arbitra il conflitto, regola il compromesso e stabilisce le punizioni. La disputa rimane nel “social field of the family”. Il secondo genere di conflitti, invece, viene deciso a un livello più alto e centralizzato, da una

¹³⁶ secondo quanto riportato in W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Norman, University of Oklahoma Press, 1973, p. 571

¹³⁷ Questo tipo di ottica antropologica sul mondo giuridico è stata inaugurata da Malinowski che, in *Crime and Custom in a Savage Society* (1926), la chiama “broad conception”. Per questa ragione, ed a giusto titolo, quest'opera è considerata la fondazione dell' antropologia giuridica. Per l' importanza di una *broad conception* nello studio antropologico del fenomeno giuridico, v. oltre a proposito di Sally Falk Moore.

istituzione politica che risponde ad una logica giuridica diversa (“The Council of Forty-four”) e richiama differenti procedure e differenti norme. I soggetti che sono coinvolti nelle dispute sono parte, contemporaneamente, di due ordinamenti giuridici, cioè modi di risoluzione dei conflitti, dotati ognuno di proprie regole e procedure, che noi possiamo, a giusto titolo, classificare come giuridiche. Ciò che colpisce maggiormente gli autori è l’armonia e la mutua cooperazione su cui poggiano il funzionamento e la coesistenza di questi meccanismi.

In pratica possiamo concludere che Llewellyn e Hoebel furono dei veri pionieri nel campo del pluralismo giuridico¹³⁹. Essi illustrarono la società Cheyenne come contenente un corpo di sottogruppi stratificati, dotati ognuno di proprie “law-ways”. Anticiparono, in pratica, la visione stratificata dei differenti “levels of the law” introdotti nel 1971 da Leopold Pospisil (sul quale v. più avanti).

¹³⁸ cfr. LLEWELLYN e HOEBEL, *The Cheyenne Way*, Norman, 1941, pp.182-187

¹³⁹ molti considerano *The Cheyenne Way* come una delle prime riflessioni giuridiche sulla coesistenza di diversi -e spesso confliggenti- norme e processi sociali in seno a differenti gruppi. Cfr. il giudizio di Joan VINCENT, *Anthropology and Politics: Visions, Traditions, and Trends*, Tucson, University of Arizona Press, 1990; ed anche Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, Trad. it a cura di R. Aluffi Beck Peccoz, presentazione di P. G. Monateri, N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992, p. 73

6. Limiti

Nonostante i suoi fondamentali apporti, l'opera presenta due limiti, con riferimento al modello di pluralismo giuridico proposto.

Il primo è di carattere teorico: gli autori perpetuano la gerarchia neo-evoluzionista tra società primitive e moderne, e sulla base di questa dicotomia fondano tutta la loro analisi. Da questo punto di vista esprimono una visione, in larga parte, superata.

Il secondo limite, derivato dal primo, è la descrizione dei Cheyenne come un gruppo intoccato e isolato dal resto del territorio americano. Di conseguenza il pluralismo giuridico che gli autori descrivono è limitato alle interazioni interne alla cultura Cheyenne. In altre parole, essi adottano una visione un po' romantica, che ignora qualsiasi tipo di fattori esterni e immagina la cultura come un sistema fondamentalmente chiuso¹⁴⁰. Anche questa visione della cultura risulta in gran parte superata da concezioni più dinamiche, che tengono conto delle connessioni tra società e forze più globali¹⁴¹. Il capitalismo americano in espansione, la dipendenza economica e commerciale, l'imperialismo espresso dai trattati con gli Stati Uniti¹⁴²,

¹⁴⁰ per questa critica sulla ignoranza delle *external pressures*, cfr. sempre A. K. MEHROTRA, *Law and The "Other": Karl N. Llewellyn, Cultural Anthropology, and The Legacy of The Cheyenne Way*, 26 *Law and Society Inquiry* 741, Summer 2001

¹⁴¹ per un esempio, cfr. S. E. MERRY, *Colonizing Hawaii: The Cultural Power of Law*. Princeton, N.J., Princeton University Press, 2000

¹⁴² proprio in quegli anni, in pieno New Deal, erano al centro del dibattito politico gli assetti tra lo Stato Federale e i Nativi nord-americani. E' curioso, e indicativo dell'atteggiamento di cui sopra, che su queste leggi non si sia soffermata molto l'attenzione di chi studiava il pluralismo giuridico

lo stesso progetto di ricerca di due antropologi sul quel terreno, erano forze esterne che premevano sulla cultura Cheyenne, alterandone significativamente i suoi assetti giuridici; tuttavia il modello di pluralismo giuridico di Llewellyn e Hoebel non sembra tenerne conto. Il loro studio si conclude così: “All [is] in full flux - while the buffalo vanish, and the white man moves inexorably in. Cheyenne law leaped to glory as it set”¹⁴³. I due autori riconoscono che la cultura Cheyenne, come tutte le culture, è in costante movimento, è qualcosa di vivo; tuttavia non comprendono che quel movimento non è limitato alle sole interazioni interne. Essi non applicano il modello di pluralismo, da loro elaborato, per dare spiegazione del *come* e del *perché* “the buffalo vanish, and the white man moves inexorably in”.

7. Sintesi (1930-1965)

La ricerca gius-antropologica negli Stati Uniti continua, e con essa la descrizione del pluralismo giuridico in società “primitive”, arricchita dai fondamentali apporti di *The Cheyenne Way*. Proseguono gli studi di Hoebel, basati su diverse comunità di nativi americani (*The Function of Law*, 1945). Lo stesso autore scrive il

interno agli indiani d'America. Cfr. D. TZUK, *The New Deal Origins of American Legal Pluralism*, Florida State University Law Review, Fall 2001

¹⁴³ LLEWELLYN e HOEBEL, *The Cheyenne Way*, Norman, 1941, p. 340

primo, diffuso, manuale di antropologia giuridica, *The Law of The Primitive Man*, del 1954. Nello stesso periodo emergono altri due giovani autori americani: Max Gluckman (*Custom and Conflict in Africa*, 1955) e Leopold Pospisil (*The Nature of Law*, 1956).

Tutte le opere di questo periodo, nell'area americana, presentano dei tratti comuni, ascrivibili alla letteratura antropologica anglofona¹⁴⁴. Ne indichiamo quattro, particolarmente discordanti con gli sviluppi successivi:

- a) poco spazio al cambiamento storico: gli antropologi tengono in scarsa considerazione quanto velocemente stiano mutando i loro stessi soggetti di studio, sotto la pressione di influenze esterne di cui loro stessi sono espressione. La variabile costituita dal tempo è tenuta in scarsa considerazione. Una prova questo atteggiamento è nel metodo: a differenza di quanto avviene oggi, essi non sono soliti ritornare più volte sullo stesso campo d'indagine in periodi diversi;
- b) scarsa attenzione alle dinamiche di acculturazione, cioè al contatto e alle influenze tra le società studiate e le più ampie dinamiche in cui esse sono coinvolte (è forse, questo, un riflesso dell'atteggiamento dell'antropologo inglese nelle proprie colonie, dove vigeva il sistema della

¹⁴⁴ Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 104

*indirect rule*¹⁴⁵, in cui cioè le influenze dirette tra diritto coloniale e diritto autoctono erano meno consistenti e meno evidenti);

- c) presentazione delle società studiate come totalità omogenee, isolate ed autosufficienti, di cui vengono studiate le sole dinamiche interne (in conformità col paradigma funzionalista);
- d) metodologia essenzialmente basata sull'analisi processuale (secondo la tradizione antropologica e la mentalità del common lawyer): il diritto si rinviene nelle dispute e nelle modalità di risoluzione dei conflitti.

A fronte di queste caratteristiche concludiamo che l'apporto del realismo giuridico alla riflessione antropologica sul diritto sia stato essenzialmente di carattere metodologico, in senso ampio (interdisciplinarietà e apertura del diritto al dialogo con la sociologia e l'antropologia). Sul piano dei contenuti ha contribuito a concepire il diritto come un dato universale, esistente in ogni società (*ubi societas*

¹⁴⁵ E' noto che nella colonizzazione, in particolare quella africana, vi furono essenzialmente due modelli di gestione delle popolazioni colonizzate: il modello francese di *assimilazione*, e quello inglese della *indirect rule*. La differenza è molto semplice: i francesi hanno scavalcato i locali imponendo il loro controllo in modo diretto e impedendo così di fatto la creazione di un'amministrazione e di una borghesia di matrice africana; gli inglesi hanno investito sulla popolazione locale in modo da creare una classe media che potesse crescere e parzialmente sostituire i messi inglesi. Entrambi i modelli,

ibi ius), ed a dimostrare che le dinamiche e le concezioni fondamentali alla base dell'ordine sociale tra società "diverse", sono in realtà comparabili. Sulla strada suggerita dal realismo, sarà proprio l'avvento della comparazione a superare i principali limiti indicati più sopra, riflessi di una impostazione, in fondo, ancora segnata dall'evoluzionismo.

però, sono estranei alla mentalità locale e la difficoltà della post-colonizzazione è stata la dimostrazione.

Capitolo Sesto

La riscoperta del pluralismo giuridico

1. Premesse: il rapporto diritto e cultura

Abbiamo individuato un periodo di seconda fioritura del pluralismo giuridico, a partire dalla metà degli anni '60. Per capire la ragione dell'incremento di attenzione giuridica sul tema del pluralismo, è interessante osservare che cosa succede nella *jurisprudence* americana di quegli anni: gran parte del successo delle teorie del pluralismo giuridico può essere infatti spiegato guardando alle "nuove" concezioni del rapporto tra diritto e cultura, e tra diritto e società, che si affermano a metà degli anni '60¹⁴⁶. Affidiamoci al racconto di Gary Minda, in una recente storia della teoria contemporanea del diritto. Minda ci dice che tra gli anni '60 e '70 assistiamo al declino delle teorie del *legal process*, tipiche del realismo giuridico, e l'inizio di qualcos'altro: "Gli studi in molte facoltà

¹⁴⁶ per le informazioni relative a questo paragrafo, il riferimento costante è a G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, New York University Press, 1995; trad. it di Cristina Colli, *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna, Il mulino, 2001; ed anche GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven, 1977, trad. it. a cura di A. Gambaro e U. Mattei, *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, Giuffrè, 1988.

di giurisprudenza erano considerati una disciplina autonoma, poiché il ragionamento e la metodologia giuridici erano ritenuti abbastanza diversi da quello delle altre discipline accademiche nelle varie università. L'autonomia degli studi giuridici era relativamente sicura agli inizi degli anni settanta, ma in seguito diversi eventi sia interni sia esterni al diritto spinsero i teorici a mettere in dubbio la propria fede nell'autonomia del diritto. L'*Età della fede* era finita; era giunta l'*Età dell'inquietudine*¹⁴⁷. Quali sono questi eventi esterni ed interni?

Le forze esterne sono quelle sociali e culturali: i tardi anni '60 sono per gli Stati Uniti un periodo di trasformazione politica, intellettuale e sociale. “Dovunque si voltasse, la generazione del *baby boom* [degli anni '60, n.d.r] era bombardata da simboli culturali di dissoluzione e frammentazione. Le dinamiche di classe, razza, età, genere, religione e orientamento sessuale rendevano davvero difficile accettare l'idea che un diritto oggettivo ed autonomo fosse capace di fornire “soluzioni” ai problemi sociali contemporanei”¹⁴⁸. Erano gli anni della guerra in Vietnam, delle contestazioni contro la cultura materialistica di massa, delle divisioni razziali, che coinvolgevano in modo drammatico il diritto. Il caso *Brown vs. Board of Education*¹⁴⁹ ne fu l'emblema, ed è oggi riconosciuto che proprio la

¹⁴⁷ Cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., p. 109-110; il corsivo è dell'Autore.

¹⁴⁸ Cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., p. 116

¹⁴⁹ *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S.483, 493 (1954). Come è noto, lo scenario di questo importante caso, è la segregazione razziale nelle scuole della cittadina di Little Rock, Arkansas. Il giudice Earl Warren, nominato dal presidente repubblicano conservatore Eisenhower a capo della corte suprema, procede all'*overruling* di *Plessy vs. Ferguson* (164 US 537), il caso che, enunciando la *doctrine* “*separate but equal*”, fondava l'argomento

sua decisione era espressione dell'“idea nuova”, destinata a indicare il cammino successivo: bisogna riconoscere che il diritto contribuisce alla costruzione della realtà sociale. L'esame tradizionale dei problemi giuridici adottava una concezione “ingenua” del rapporto tra diritto e cultura.

Le forze interne del cambiamento furono rappresentate da posizioni teoriche innovative sul ruolo del diritto in rapporto alla cultura in generale e al mutamento sociale in particolare. Minda individua due articoli (di rottura) che esprimono e segnano il nuovo corso nel pensiero giuridico americano: *The Problem of Social Cost* (1961), di Ronald Coase¹⁵⁰, e *The New Property* (1964), di Charles Reich¹⁵¹. Coase dimostra che un diritto non si può astrarre dalla logica dei mercati; i titoli giuridici riconosciuti dalla legge hanno senso solo in termini di costi contrattuali. Secondo Reich, un diritto non si può astrarre da considerazioni di potere politico: nello Stato burocratico moderno si manifesta una crescente dipendenza dei cittadini dalle loro relazioni con lo Stato. La prospettiva teorica che li accomuna è una attenzione forte e problematica ai rapporti del diritto con la società e la cultura. Soluzioni giuridiche efficaci per i problemi della società richiedono una risposta giuridica relativa al contesto.

secondo cui la Costituzione federale non vietava l'*apartheid*. Cfr. il giudizio di U. MATTEI, *Common Law, il diritto anglo-americano*, Torino, Utet, 1992, p. 203: “Quella decisione [...] mutò profondamente la stessa immagine del ruolo delle corti federali, non più meri organi decisionali, ma addirittura controllori attivi dell'effettività dei programmi di disseggregazione da esse stesse ordinati”.

¹⁵⁰ R. COASE, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, p. 1

¹⁵¹ C. REICH, *The New Property*, *Yale Law Journal*, 73, 1964, p. 733

Così la teoria giuridica non può essere separata dal contesto sociale ed economico.

2. Il ricorso al pluralismo giuridico

Per chiarificare i collegamenti tra questo momento della riflessione giuridica americana e il ricorso al pluralismo giuridico, potremmo sintetizzare quanto detto più sopra in due punti:

a) Il caso *Brown* esprime l'idea che il diritto debba avere un ruolo forte nel gestire i problemi sociali, e nel contribuire alla creazione della realtà sociale. Questo ruolo potrà essere occupato dal diritto soltanto se i giuristi approfondiranno e problematizzeranno il rapporto tra diritto e mutamenti sociali. Non è un caso se tra i temi dominanti, nel dibattito *law and society*, negli anni '60-'70, saranno i rapporti tra *law and development*¹⁵², *law and modernisation*, e tra *law and social change*¹⁵³. La complessità del contesto culturale e sociale su cui il giurista pretende di influire invoca quasi naturalmente un'ottica pluralista, e l'antropologia giuridica dimostra, con la sociologia, di possedere già strumenti adatti. Il giurista americano ricorre agilmente, e senza pregiudizi, alla tassonomia di queste

¹⁵² Cfr., per esempio, D. M. TRUBEK, *Max Weber on the rise of Capitalism*, Wisconsin Law Review, 1972; FRIEDMAN, *Legal culture and social development*, in *Law and the behavioural sciences*, 1964, p.1000

discipline, nel momento in cui si propone di esplorare le complesse modalità in cui il diritto può influire sulla realtà sociale, ingenerandone cambiamenti (magari anche nel senso dello *sviluppo*).

b) La revisione dell'impostazione tradizionale (orientata al *legal process*), invocata da Reich e Coase, impone una maggiore attenzione al contesto sociale e culturale in cui opera il diritto. Il giurista deve guardare alle complesse dinamiche di interazione tra il diritto e la società. L'antropologia e la sociologia propongono delle concezioni della società molto adatte a questo scopo, ed insegnano a considerare la pluralità dei gruppi sociali, le diverse reazioni di questi alle pressioni esterne, i loro diversi gradi di autonomia e di autoregolamentazione normativa interna. Esistono altre regole non "giuridiche" che influenzano in modo efficace il comportamento sociale, esistono regole giuridiche che non sono emanate dallo Stato (*unofficial law*); lo stesso diritto dello Stato (*official law*) esiste solo in quanto mediato dagli effetti provocati dalla sua applicazione all'interno di un gruppo sociale.

3. Nuove direzioni per l'antropologia giuridica: gli apporti della comparazione

¹⁵³ Cfr. S. F. MOORE, *Law and social change*, in *Law and Society review*, 1973, p. 719

Il riflesso di quanto Reich e Coase affermano a livello di *jurisprudence* è ben rappresentato da un articolo di Laura Nader, *The Anthropological Study of Law*, del 1965¹⁵⁴. Come scrive Riccardo Motta, “la Nader ha infatti mostrato come i risultati delle inchieste etno-antropologiche sui sistemi giuridici tradizionali producano risultati utilizzabili anche per migliorare l’efficienza dei sistemi giuridici moderni. Di qui [...] l’impressione di poter credere in quelle costruzioni concettuali presenti nello studio delle complessità sociali, a partire dall’accostamento fra studi giuridici in prospettiva antropologica e in prospettiva sociologica”¹⁵⁵. Gli impulsi proposti sono numerosi. Innanzi tutto si tratta di una reazione contro le tendenze troppo monografiche dell’etno-antropologia, che sa essere anche noiosa quando è letta da un giurista; la Nader sottolinea l’utilità di generalizzare le descrizioni empiriche e ragionare in un’ottica comparata, anche mantenendo come base lo studio della composizione dei conflitti. L’antropologia, interrogandosi sulla natura del diritto, ha il compito di dimostrare che il c.d. sistema giuridico costituisce solo una parte di un più vasto sistema di controllo sociale che, secondo l’insegnamento del realismo giuridico, non può essere

¹⁵⁴ Cfr. L. NADER, *The Anthropological Study of Law*, in *The Ethnology of Law*, suppl. di *The American Anthropologist*, 1965; sulla centralità di questo articolo di cesura e sulla rilevanza del cambiamento che rappresenta, cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992; ed anche R. MOTTA, *L’addomesticamento degli etnodiritti*, Unicopli, Milano, 1994; ed anche E. GRANDE, *L’apporto dell’antropologia alla conoscenza del diritto. (piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in *Rivista critica del diritto privato*, a.XIV, n.3, settembre 1996, 467-500

¹⁵⁵ R. MOTTA, *L’addomesticamento degli etnodiritti*, Unicopli, Milano, 1994, p. 158

nettamente separato dal primo (se non al costo di fornire una rappresentazione artificiosa e poco utile della realtà).

La nuova direzione più promettente per l'antropologo-giurista sembra essere l'attenzione per il discorso interculturale, l'analisi delle dinamiche di contatto, relazione e influenza tra gruppi sociali e culturali. Non è necessario un terreno esotico: utilizzando gli strumenti dell'antropologia e della sociologia, i cui campi tendono quindi a convergere, il giusantropologo può prendere ad oggetto i sottogruppi, in generale minoritari o in condizione di inferiorità, di società globali (come le grandi città americane) e le procedure non statali di composizione dei conflitti. Lo slancio che a breve caratterizzerà questo tipo di studi è ben testimoniato dalla fondazione della prestigiosa *The Law and Society Association*¹⁵⁶, nel 1964; due anni più tardi questa associazione inizierà a pubblicare una delle più importanti riviste giuridiche americane, la *Law and Society Review*.

In questo clima vivace comincia una risistemazione di notevole importanza: l'antropologia giuridica deve studiare non soltanto le civiltà tradizionali, ma anche le società moderne e complesse, campo tradizionalmente occupato dalla sociologia. Oltre a questo allargamento del campo d'indagine dell'antropologo Laura Nader indica la novità più importante, che costituirà il paradigma

¹⁵⁶ Cfr. <http://www.lawandsociety.org>: "The Law and Society Association, founded in 1964, is a group of scholars from many fields and countries, interested in the place of law in social, political, economic and cultural life. Members bring training in law, sociology, political science,

degli studi gius-antropologici più moderni, e cioè l'utilità dell'arte di *comparare* (le osservazioni, come gli strumenti tassonomici) tra società diverse. La comparazione nell'antropologia giuridica porterà, come ha fatto nel diritto e nella linguistica¹⁵⁷, a grandi risultati. Solo grazie a una dimensione comparata potranno cadere contrapposizioni speculari, che sembravano tanto ovvie quanto insormontabili, come quelle tra società primitive e moderne, semplici e complesse; di contro, emergeranno costruzioni concettuali, che abbracciano società considerate tradizionalmente "diverse", sottolineando somiglianze che non si erano viste né potevano vedersi in una prospettiva non comparata. Il pluralismo giuridico ne è uno splendido esempio.

4. Antropologia giuridica delle società complesse

Ritengo che, a partire dal 1965, inizi un momento determinante per il pluralismo giuridico (forse la *vera* riflessione

psychology, anthropology, economics, and history as well as in other related areas to the study of sociolegal phenomena".

¹⁵⁷ Per intuire il parallelismo tra il diritto comparato e la linguistica (disciplina *comparata* per sua stessa natura) e comprendere come entrambe siano una scienza, basterebbe soffermarsi su queste parole: "La differenza tra un poliglotta e un linguista ci può aiutare a capire la differenza che passa tra un comparatista e un semplice conoscitore di diversi sistemi giuridici. Il poliglotta conosce molte lingue, ma non sa misurare le differenze, né quantificarle, cose che, tutte, il linguista sa fare. Così il comparatista possiede un insieme di nozioni e di dati appartenenti a diversi sistemi giuridici, e sa inoltre porli a confronto, misurandone le diversità o somiglianze". Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992, p. 17, n. 34

moderna)¹⁵⁸. Nasce, in pratica, “l’antropologia giuridica delle società complesse”. Negli anni ‘80 (fallito il movimento *law and development* e con esso, anche una compiuta autonomia del discorso giuridico), questo nuovo indirizzo delle scienze sociali è pienamente consolidato, e da vita a nuovi orizzonti disciplinari e interdisciplinari¹⁵⁹. Norbert Rouland parla di un’invasione da parte degli antropologi nei domini scientifici tradizionalmente praticati da altri specialisti¹⁶⁰. Ma il fenomeno può essere visto anche dal lato inverso: gli accentuati scollamenti fra Stato e società, fra regole giuridiche ed esigenze sociali sempre più varie e diversificate, fanno crescere l’interesse di giuristi e dei sociologi per l’antropologia giuridica, che mostra di aver già elaborato strumenti idonei a dare conto di questi fenomeni di complessità sociale.

Il risultato è comunque una certa combinazione dei campi e degli strumenti scientifici di sociologia e antropologia, tanto che alcuni concludono, oggi, per il non senso della loro distinzione (per esempio J. Griffiths). E’ possibile che questo confronto interdisciplinare abbia

¹⁵⁸ Cfr. l’impostazione di M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Torino, Giappichelli, 1996. L’introduzione dedicata al pluralismo giuridico (scritta da Luca Castellani), prende le mosse dagli inizi degli anni ‘70. In nota (pag. 5) si avverte: “Naturalmente vi sono opere fondamentali antecedenti a quella data, scritte per lo più da antropologi, che presuppongono la nozione di pluralismo giuridico: per tutte, basti pensare a HOEBEL-LLEWELLYN, *The Cheyenne Way*”.

¹⁵⁹ Tra i primi a notarlo cfr. Gadacz, che dedica un libro ai concetti del “nuovo” indirizzo, *Toward an Anthropology of Law in Complex Societies: an Analysis of Critical Concepts*, Western Publishers Co., Calgary, 1982; cfr. anche l’articolo di SNYDER, *Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction*, *British Journal of Law and Society*, 8, 2, winter

¹⁶⁰ N. ROULAND, *Chroniques d’Anthropologie juridique: L’Anthropologie juridique des sociétés complexes*, Droits, 1987

fornito una delle spinte fondamentali alla “maturità” del pluralismo giuridico. Sicuramente un confronto interdisciplinare così ravvicinato è un elemento di grande differenza rispetto alla situazione continentale nella prima metà del secolo, in cui gli scienziati sociali, anche quando non si ignoravano reciprocamente, ed erano sensibili agli stessi fenomeni, non combinarono tuttavia i loro sforzi. Ed anche rispetto all’interdisciplinarietà sponsorizzata dal realismo americano degli anni ‘40, sembra che si sia andati decisamente oltre¹⁶¹.

Già a partire dagli anni ‘60, gli studi sociali tendono a svelare che certe strutture della regolamentazione della società, che si possono osservare presso società “semplici”, esistono (o almeno sono comparabili con quelle esistenti) anche nelle società complesse. La *comparazione*, come abbiamo insistito più sopra, è naturalmente un elemento-cardine in questo nuovo modo di procedere¹⁶². L’antropologia giuridica si inserisce a pieno titolo tra i movimenti culturali che tentano di offrire una risposta costruttiva alle questioni aperte dal realismo giuridico, così come l’analisi economica o la scuola del *legal process*¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. G. MINDA, *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna, Il mulino, 2001, che colloca la fine della concezione moderna del diritto (e l’inizio della parcellizzazione post-moderna in una pluralità di discorsi giuridici), proprio nelle varie tendenze che, dai primi anni ‘80, superano l’autonomia delle singole discipline.

¹⁶² Il progresso è notevole, se si cfr. con le critiche mosse *supra* a *The Cheyenne Way*: come altre opere etnografico-antropologiche, analizza un pluralismo di gruppi sociali interno ad una società, ma non guarda alle relazioni (che pure vi erano) tra questa società e altri fattori esterni.

¹⁶³ Cfr. E. GRANDE, *L’apporto dell’antropologia alla conoscenza del diritto. (piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, cit., in particolare pp. 488-489: “L’antropologo del diritto è in tale compito agevolato dal fatto che le sue ricerche lo pongono a contatto con società in cui difficilmente è

5. Parallelamente, in Europa...

Anche in Europa, però, qualcosa di muove, proprio negli stessi anni. Partiamo da qualche dato: nel 1965 viene fondato il *Laboratoire d'anthropologie juridique*, diretto da Michel Alliot e Etienne Le Roy, presso l'Università Paris I - Sorbonne. Nel 1977 nasce il centro *Droit et culture*, diretto da Raymond Verdier¹⁶⁴. Queste due importanti istituzioni, a cui ancora oggi è legato il dibattito gius-antropologico in Francia, sono il segno di una rinascita e di un nuovo corso.

Abbiamo già indicato, come periodo particolarmente fiorente per l'ottica socio-antropologica europea, i primi trent'anni del XX

avvenuto il divorzio, classico del mondo giuridico occidentale, fra diritto e tradizione. L'assenza in tali contesti di una linea di demarcazione netta fra regola giuridica e regola sociale, fra regola giuridica e regola religiosa, fra giudice e capo tradizionale, nonché la mancanza di un giurista professionista che abbia formalmente impermeabilizzato il diritto dagli altri meccanismi di controllo sociale, rendono più agevole l'individuazione di quei fattori socio-culturali che contribuiscono a determinare le dinamiche e le scelte giuridiche anche nel mondo occidentale, ma che qui operano in maniera assai più crittotipica. *Di qui il grande interesse teorico di un' "analisi antropologica del diritto" che rivendichino insieme agli altri movimenti law and... un ruolo come metodologia idonea ad essere applicata a tutto campo.*

¹⁶⁴ A questi dati bisogna aggiungere almeno la pubblicazione, in Belgio, dell'opera collettanea a cura di GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971; ed in particolare la sintesi di Jaques VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*. Nel 1978, nell'orbita della scuola antropologica olandese, viene fondata la *Commission on folk law and legal pluralism*, che, dal 1981, pubblica il *Journal of Legal Pluralism*. Ancora nel 1981, inoltre, inizia le pubblicazioni la prima rivista

secolo. Abbiamo posto in relazione questa prima fioritura con le principali evoluzioni teoriche, e, soprattutto, col fenomeno della colonizzazione. Dopo la seconda guerra mondiale, con l'inizio della decolonizzazione, la riflessione antropologica sul continente europeo mostra un nuovo slancio¹⁶⁵. Due sono le nuove strade della ricerca. Da un lato lo studio dell'*acculturation juridique* negli Stati post-coloniali (cioè la ricezione dei modelli giuridici del colonizzatore), dall'altro lo studio delle società complesse, o più precisamente, la *comparazione* tra società semplici e complesse. Anche in Europa, dunque, sembra cadere la separazione comptiana tra sociologia e antropologia¹⁶⁶, e una vera antropologia giuridica delle società complesse, sembra sostituirsi all'etnologia. Norbert Rouland parla di una definitiva "rupture avec l'exotisme"¹⁶⁷. Non possiamo che notare un parallelismo con gli Stati Uniti, evidente soprattutto nelle due direzioni intraprese dalla ricerca.

francese di antropologia giuridica, *Droit et Cultures*, edita dal centro omonimo.

¹⁶⁵ Cfr. ROULAND, *Chroniques d'Anthropologie juridique: L'Anthropologie juridique des sociétés complexes*, *Droits*, n°5, 1987, p.143; Rouland colloca questo nuovo impulso proprio nel 1965, nel contesto della decolonizzazione e della "rupture avec l'exotisme". La vitalità del nuovo indirizzo dell'antropologia giuridica delle società complesse, in Francia, è poi testimoniata dalle regolari *Chroniques d'Anthropologie juridique*, che lo stesso Rouland scrive sulla rivista *Droits* (cfr. n° 3, 1986; n°10, 1989; n°11, 1990; n°16, 1992); per una visione d'insieme cfr. N. ROULAND, *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, Paris, ed. Odile Jacob, 1991.

¹⁶⁶ Cfr. A. COMPTE, *Cours de philosophie positive (1830-1842), Ire et 2e leçon*. Paris, Librairie Larousse, janvier 1936

¹⁶⁷ Cfr. ROULAND, *Chroniques d'Anthropologie juridique: L'Anthropologie juridique des sociétés complexes*, cit.

6. Condizioni strutturali differenti

Sebbene l'idea di applicare le categorie antropologiche anche alle società complesse sia comune ad entrambe le esperienze, possiamo comunque rilevare delle differenze tra la rinascita europea e quella nord-americana. Nel contesto americano questa rinnovata attenzione è frutto di un'evoluzione della teoria del giurista, della *jurisprudence*. Sul continente europeo, invece, è frutto di una nuova direzione che l'antropologia (culturale e sociale, così come giuridica) intraprende con la decolonizzazione. Ne conseguiranno alcune divergenze significative. Ciò non è constatabile tanto sul piano dei contenuti -anzi, dagli anni '70 in avanti il dibattito sarà animato da un alto coefficiente di confronto transnazionale- quanto piuttosto sul ruolo, sull'influenza e sull'impatto della riflessione antropologica e delle sue categorie nei confronti del *mainstream* dei giuristi. Come avremo modo di concludere più avanti, negli USA l'antropologia giuridica fa parte di un dibattito vivace, all'interno della riflessione su *law and society*; la sua ottica e la sua tassonomia sono qualcosa con cui si confronta sovente anche una dottrina giuridica tradizionale. In Europa, almeno fino agli anni '90, "l'antropologia giuridica è un settore depresso"¹⁶⁸. Mentre in Francia la disciplina è presente solo nel settore della ricerca e non in quello dell'insegnamento (fino al

¹⁶⁸ P. G. MONATERI, presentazione a N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992, p. IX.

1989), ed è affidata alle sole due istituzioni ricordate più sopra, negli Stati Uniti è insegnata in 31 *colleges* e *law schools* già nel 1973, e in 60 nel 1981¹⁶⁹ (un raddoppio in otto anni).

La comparazione tra società semplici e complesse e lo studio delle dinamiche di acculturazione sono direzioni comuni al dibattito nord-americano ed europeo (o, meglio, anglofono e francofono). Tuttavia abbiamo già ricordato che negli USA questi temi rientrano nella riflessione del giurista tradizionale, che è confrontato molto più frequentemente col dibattito modernizzazione, sviluppo, imperialismo contro diversità culturale, pluralismo. Le condizioni strutturali della scienza giuridica, ed anche della stessa realtà sociale americana, sembrano enormemente più favorevoli allo sviluppo della riflessione sul pluralismo giuridico. Temi assai ampi come il rapporto tra diritto e mutamento sociale (*law and social change*, tema della riflessione di Max Weber¹⁷⁰, nonché titolo di un famoso articolo di Sally Falk Moore), o tra diritto e “sviluppo” (*law and development*, che ha rappresentato un’intera tendenza della letteratura giuridica nord-americana), costituiscono il contesto culturale delle riflessioni gius-antropologiche, così come quello di qualsiasi altra riflessione giuridica che voglia dirsi seria nel panorama nordamericano. In Europa questi temi sono confinati in discipline che ostentano autonomia e spesso chiusura disciplinare: “sociologia”, “sociologia giuridica”,

¹⁶⁹ Fonte: N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., sulla base delle statistiche fornite dalla *Association Francaise d'Anthropologie du Droit* (AFAD)

“antropologia culturale”, “antropologia sociale”, “antropologia giuridica”.

Abbiamo evidenziato un parallelismo -sia nei tempi, che nei temi principali- tra l'esperienza americana e quella europea, nella rinnovata attenzione del giurista per il pluralismo giuridico. Abbiamo, tuttavia, limitato le analogie, notando differenze strutturali tra l'emersione di una riflessione pluralista nel contesto giuridico americano e quella manifestatasi in Europa. Alla luce di queste divergenze mi sembra, per ora, più interessante insistere sui fondamenti del dibattito americano, che mostra connessioni più vive con il resto della riflessione giuridica. Tratterò, dunque, i contributi europei in seguito, anche se cronologicamente potrebbero essere esposti a questo punto.

Alcune opere ed articoli, che compaiono nel panorama americano degli anni '60-'70, possono essere considerati a giusto titolo come “fondativi”, soprattutto perché il dibattito successivo si sviluppa principalmente attorno alla loro discussione critica. Spiccano, in questo senso, i contributi di Leopold Pospisil e di Sally Falk Moore.

¹⁷⁰ Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it. a cura di P. Rossi, *Economia e Società*, Milano, 1961, in particolare il cap. VII, dedicato alla sociologia del diritto.

7. La teoria di Leopold Pospisil: i “livelli giuridici”

Nel corso degli anni '50 il “manuale” di antropologia giuridica (tra l'altro, il primo) era *The Law of The Primitive Man* di Adamson Hoebel. Nel 1971 esce un secondo “manuale”, che riflette la nuova impostazione (di metà degli anni '60): *Anthropology of Law, A Comparative Theory*, di Leopold Pospisil¹⁷¹.

Questo celebre giurista, antropologo del diritto, è nato a Praga e lì ha studiato diritto all'università, rimanendo impressionato dalla logica sistematica del diritto romano. Trasferitosi negli Stati Uniti, ha potuto confutare la sua originaria impostazione legalistica, studiando sociologia all'università e conseguendo un master in antropologia. Terminata, nel 1952, la sua formazione sui libri, egli inizia a studiare società diverse, compiendo studi sul terreno. Prima gli indiani Hopi in Arizona, poi i Kapauku Papuans della Nuova Guinea, poi i Nunamiut Eskimo in Alaska, ed infine le popolazioni del Tirolo in Austria. A differenza del metodo di Llewellyn e Hoebel, che sono i suoi principali ispiratori, Pospisil compie più soggiorni in luoghi, ma soprattutto in tempi diversi; questo gli permette di valutare variabili importanti come il mutamento storico e le pressioni che lo ingenerano. Basandosi sull'esperienza di venti anni di ricerche giuridiche su terreni così diversi, Pospisil scrive quest'opera

¹⁷¹ Cfr. F. REMOTTI, *Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Torino, 1982, p. 45-47.

Il contenuto di questo paragrafo è basato su L. POSPISIL, *The Nature of Law*, Transactions of The New York Academy of Sciences, II, 18, 8,

apparentemente ambiziosa: si tratta infatti di “a systematic theory of law (of “procedure”) and my first theoretical attempt to analyse substantive law by a method of potential cross-cultural applicability”¹⁷².

Anthropology of Law propone un’indagine teorica su alcuni caratteri centrali del diritto, come uno degli strumenti di cui la società dispone per mantenere l’ordine al proprio interno. Tuttavia, anziché proporre l’ennesima definizione antropologica del concetto di diritto, Pospisil cerca di individuare delle categorie scientifiche (come appunto il pluralismo giuridico), che possano dare conto di realtà giuridiche diverse, tra cui anche quelle delle società complesse. E’ così che la teoria dei “legal levels and multiplicity of legal systems”¹⁷³ si propone come tema centrale di una riflessione antropologica sul diritto. Vediamo di analizzare il pluralismo giuridico secondo Pospisil.

Come molti altri autori, Pospisil parte dalla critica alla tendenza, diffusa tra i giuristi fin dall’epoca dei romani, di dissociare il diritto dalla struttura della società e dei suoi sottogruppi. Nella mentalità del giurista appartenente alla *Western Legal Tradition*, è fortemente radicata l’idea dell’autonomia del campo giuridico (*rule*

1956; L. POSPISIL, *Anthropology of law, a comparative theory*, Harper & Row, 1971; L. POSPISIL, *Law*, in Quaderni fiorentini, XIV, 1985

¹⁷² Cfr. L. POSPISIL, *Anthropology of law, a comparative theory*, cit., prefazione p. XIII.

¹⁷³ è questo il titolo del cap. IV di *Anthropology of Law*, già pubblicato nel 1967 in un articolo sul *Journal of conflict resolution* (vol. 9, n. 1, p. 2-26).

of law)¹⁷⁴; questo condizionamento culturale lo porta a concepire il diritto come un'entità, da un lato, distinta dalla struttura della società, nella quale il diritto stesso esiste ed opera, dall'altro, relativa alla società nel suo insieme (*level of society as a whole*), non tenendo conto delle sue articolazioni. Questa impostazione mostra dei limiti nel momento in cui il giurista decida di confrontarsi con le società studiate dagli etno-antropologi, poiché queste società risulterebbero semplicemente prive di "diritto". Indispensabile, dunque, alla comparazione giuridica come ad una riflessione antropologica sul diritto, è adottare un'ottica diversa da quella tradizionale (valida solo per fenomeni municipali), che potremmo definire approccio socio-giuridico. In tal senso Pospisil richiama la tradizione di Gierke, del suo allievo Ehrlich, di Weber, di Malinowski, di Llewellyn e Hoebel: il loro modo di concepire il fenomeno giuridico è la base su cui edificare un'antropologia del diritto, poiché presenta l'innegabile vantaggio di collegare il diritto alla *structure of society*.

Spostata l'attenzione sulla *societal structure*, cioè sulla frammentazione della società nei suoi sottogruppi costitutivi, il discorso può essere generalizzato: "Any human society, I postulate, does not possess a single consistent legal system, but as many such

¹⁷⁴ per la nozione di *Western Legal Tradition*, cfr. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983; v. anche A. GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in P. Newman (ed.), *The New Plagiarist: A Dictionary of Economics and the Law*, 1998; e anche J. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, trad. it., Milano, 1973; per una descrizione in chiave necessariamente comparatistica dell'autonomia della *rule of law*, cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996; ed anche P. G. MONATERI, *Il modello di civil law*, Torino, Giappichelli, 1997

systems as there are functioning subgroups. Conversely, every functioning subgroup of a society regulates the relations of his members by its own legal system, which is of necessity different, at least in some respects, from those of the others subgroups”¹⁷⁵.

L’antropologia giuridica non deve considerare il diritto come un attributo esclusivo di una società, intesa come un tutto unico, ma deve tenere in considerazione i meccanismi giuridici di controllo sociale messi in atto dai vari sottogruppi.

I sottogruppi sono poi caratterizzati da un grado, minore o maggiore, di “inclusiveness” (inclusività, integrazione)¹⁷⁶, cioè di capacità di comprenderne altri al proprio interno. Il tipo di gruppo sociale e il suo grado di inclusività possono quindi fungere da criteri ordinatori per una rappresentazione della società più realistica di quella tradizionale. La molteplicità dei sistemi giuridici interni a una determinata società, non è un fenomeno disordinato, ma si traduce, in questo modo, in una gerarchia di livelli giuridici, che per Pospisil sono l’insieme dei sottogruppi dello stesso tipo e inclusività.

Un individuo è quindi sottoposto a tutti i differenti sistemi giuridici dei sottogruppi di cui è membro. In funzione di vari fattori, tra i quali anche il grado di complessità sociale, le prescrizioni di un sottogruppo, come quelle di un livello giuridico, possono essere in contraddizione con quelle di un altro (in senso orizzontale e verticale), e meccanismi diversi (non sempre quello della legalità statale) risolvono queste contraddizioni.

¹⁷⁵ Cfr. L. POSPISIL, *Anthropology of Law*, cit., p. 98-99

¹⁷⁶ Cfr. L. POSPISIL, *Anthropology of Law*, cit., p. 107

Sebbene gli esempi contenuti in *Anthropology of Law* siano spesso relativi alle ricerche di campo di Pospisil, non mancano i riferimenti ad altre tradizioni giuridiche studiate dal diritto comparato (come quella cinese, quella Inca), e a quella occidentale¹⁷⁷. Nel campo del diritto comparato, come in quello dell'etnologia, una rappresentazione pluralista della realtà giuridica si rivela *indispensabile*, al fine di individuare e riunire una serie di regolamentazioni sociali che corrispondano al nostro concetto di diritto (per fare del *diritto* comparato bisogna chiarire che cosa comparare)¹⁷⁸. Nel campo interno alla tradizione giuridica occidentale, la costruzione di Pospisil è utile per far emergere aspetti non tenuti in conto dalla rappresentazione tradizionale del diritto, come i giudizi di illegalità (di una regolamentazione a livello familiare, per esempio) o di criminalità (dell'organizzazione mafiosa, per esempio)¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cfr. L. POSPISIL, *Anthropology of Law*, cit., pp. 112-126

¹⁷⁸ su questi problemi cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992. Il par. 9, a pag. 24, è significativamente intitolato "L'esperienza comparatistica ha bisogno dell'esperienza antropologico-giuridica", e vi si conclude: "Lo studio dell'etno-diritto potrebbe indurci a ristudiare in diritto spontaneo delle società avanzate".

¹⁷⁹ senza saperlo, Pospisil tocca un tema di Santi Romano. Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1947, p. 37-38. Romano spiega inoltre che "è perfettamente vano proporsi [...] di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, del costume, delle c.d. convenzioni, dell'economia: anche nelle società primitive (sic!) non si tratta di confusione o indifferenziazione di elementi, ma del fatto che il diritto ha per contenuto una ricca serie di principi tratti dal costume o dalla credenza religiosa".

Lo schema dei “livelli giuridici” è applicabile ad ogni società. Non si tratta di un universalismo romantico (*à la Post*), ma piuttosto di un contributo *teorico* (per Pospisil i livelli giuridici sono una *categoria* astratta, idonea a comprendere, classificare e comparare una serie di fenomeni): sia la tribù, sia le nazioni moderne non sono un’amalgama indifferenziato, ma sono piuttosto un “mosaico strutturato di sottogruppi”, caratterizzati da un ben definito criterio di appartenenza, di composizione e da un certo grado di inclusività. “Ogni sottogruppo deve in larga parte la propria esistenza a un sistema giuridico che è suo proprio e che regola il comportamento dei suoi membri”. La molteplicità dei sistemi giuridici all’interno di una società riflette precisamente il modello o lo schema dei sottogruppi di cui è costituita.

8. Sally Falk Moore: i campi sociali semi-autonomi

Nel 1973 sulla rivista *Law and Society* esce un articolo che avrà molta fortuna nel panorama del pluralismo giuridico e dell’antropologia del diritto. Si tratta di *Law and Social Change*, di Sally Falk Moore¹⁸⁰.

L’autrice colloca il suo contributo nell’ambito di un dibattito che coinvolge molti scienziati sociali americani nel corso degli anni

‘60-’70: quello sui rapporti tra diritto e mutamento sociale (*legal innovation and social change*)¹⁸¹, che muove dalle fondamentali domande *è il diritto uno strumento oggettivamente efficace per influire sul comportamento sociale? Quali sono (e a che costi) gli strumenti alternativi? Mediante quali dinamiche il diritto dello Stato influenza l’organizzazione della società?*

Moore illustra come il diritto sia dotato di una affascinante duplicità: da un lato è uno strumento di ingegneria sociale (dunque influenza la società), dall’altro è riflesso di una data cultura (dunque è influenzato dalla società). Moore ritiene che lo studio del diritto debba tenere conto di entrambe le componenti, e debba quindi mettere in luce il contesto sociale in tutta la sua complessità. Questa puntualizzazione appare più che mai necessaria, poiché nei nostri sistemi politici fortemente centralizzati, con i loro apparati tecnologici e comunicativi, si è spesso tentati di instaurare una relazione diretta e unilaterale tra diritto, concepito semplicemente come comando, e cambiamento sociale. Questa visione è basata sull’assunto che le relazioni sociali siano suscettibili e necessitino di un controllo razionale da parte dell’uomo, e che lo strumento privilegiato per esercitare questo controllo sia il diritto. Ciò porta a stressare, in

¹⁸⁰ S. F. MOORE, *Law and social change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Studies*, in *Law and Society review*, 1973, p. 719

¹⁸¹ Il dibattito trae probabilmente origine dalle riflessioni marxiane e weberiane sui rapporti tra diritto e mutamento economico e sociale. Oltre al tema generale del mutamento sociale, molti autori (per es. David Trubek e Marc Galanter) si sono occupati di come il diritto possa incentivare lo sviluppo economico (*law and development*); la stessa analisi economica del

modo retorico, solamente una delle componenti del diritto, che è in realtà un fenomeno molto più complesso. Il giurista che voglia studiare le modalità con cui il diritto ingenera i mutamenti sociali, e voglia interrogarsi sugli effetti concreti di una regolamentazione giuridica (e magari imparare a prevederli), deve ricorrere ad una visione meno semplificatoria e meno retorica, considerando una pluralità di prospettive, anche diverse da quella dello Stato. Il diritto va considerato come un aggregato complesso di diverse componenti politiche e culturali, tra cui principi, norme, idee, regole, ma anche pratiche, usi e attività delle *agencies* di legislazione, amministrazione, giudizio ed esecuzione. Si tratta di un'impostazione critica e problematica, ma indispensabile a chi voglia occuparsi di *law and social change*.

Lo strumento centrale del contributo di Sally Falk Moore è il concetto di *semi-autonomous social field*. L'enfasi sul monopolio dell'uso legittimo della forza da parte dello Stato non deve oscurare il fatto che, tra il corpo politico dello Stato e gli individui, vi siano interposti corpi sociali dotati di una propria organizzazione e un proprio ordine giuridico¹⁸². Questi corpi sociali intermedi hanno la

diritto, nasce intorno al dibattito sulle modalità con cui utilizzare il diritto per influire sul mercato.

¹⁸² Su questo aspetto, Moore si appoggia a “what Weber called a “legal order”. Weber argued that the typical means of statutory coercion applied by “private” organisations against refractory members is exclusion from the corporate body and its tangible or intangible advantages, but that they also frequently exert pressure on outsiders as well as insiders” (M. Weber, *On Law in Economy and Society*, 1954, p. 18-19); la rilevanza e la “giuridicità” dei gruppi sociali intermedi tra il cittadino e la Stato, è tema che

capacità di creare delle regole, che influiscono sul comportamento degli individui; tuttavia la loro autonomia è varia, e non è completa, poiché è limitata da altri gruppi (con pretese di controllo gerarchico). Il sociologo rappresenta questa realtà, isolando diversi “campi sociali” che pone ad oggetto della sua osservazione. Moore fa riferimento ai “livelli giuridici” di Pospisil, ricorrendo al concetto di semi-autonomia dei vari campi sociali, cioè “the fact that it can generate rules and customs and symbols internally, but that it is also vulnerable to rules and decisions and other forces emanating from the larger world by which it is surrounded. The semi-autonomous social field has rule-making capacities, and the means to induce or coerce compliance; but it is simultaneously set in a larger social matrix which can, and does, affect and invade it, sometimes at the invitation of person inside it, sometimes at its own instance”¹⁸³. Rispetto alla ricostruzione gerarchica di Pospisil, Moore propone una visione più orizzontale, che isola dei “campi sociali” come entità auto-regolantesi, ma dà maggiore risalto ai rapporti e alle dinamiche di *pressione* tra questi¹⁸⁴, sia verso l’interno che verso l’esterno. Inoltre Moore riduce giustamente il problema dell’individuazione e dell’esistenza concreta dei corpi sociali ad una questione di ottica: *social field* è un campo di

rimanda alla tradizione socio-giuridica descritta più sopra (Gierke, Ehrlich, Gurvitch).

¹⁸³ S. F. MOORE, *Law and Social Change*, cit., p. 720

¹⁸⁴ John Griffiths, come vedremo più avanti, sottolinea l’originalità della visione orizzontale del pluralismo giuridico di S. F. Moore, concepito come la risultante delle interrelazioni dei campi sociali. Questo permette di osservare che l’individuo non obbedisce soltanto al diritto statale, ma anche a regole -giuridiche o no- provenienti da molteplici autorità e coordinate in

osservazione artificiale (non un *corpo*), che non è necessariamente “reificato” in un’associazione (come intendevano Gierke ed Ehrlich) o ad altro fenomeno istituzionale, ma è una categoria astratta utilizzata per rappresentare una dinamica sociale.

Il contenuto dell’articolo è un esercizio di comparazione tra due oggetti curiosamente lontani: un segmento del settore dell’industria del *pret-à-porter* a New York City e una tribù della Tanzania (i *Chagga*, che vivono sul monte Kilimanjaro).

Moore osserva che il mercato della moda nel settore del *pret-à-porter* da lei analizzato presenta caratteri stagionali e che la sua domanda è particolarmente mutevole e variabile, poiché influenzata dalle mode. Le esigenze del mercato, che conseguono a queste caratteristiche strutturali del settore, si trovano in accentuato contrasto con la disciplina legislativa in materia. In particolare la pianificazione contrattuale, vincolata da obblighi di legge, prevede assetti considerati dal mercato troppo rigidi e poco adatti alla flessibilità della domanda. Una osservazione approfondita del funzionamento del settore fa emergere chiaramente l’interazione tra la regolamentazione sponsorizzata dallo Stato (limiti legali e pianificazione contrattuale) e quella extra-legale (*non contractual relations in business*)¹⁸⁵. Le prime sono garantite dalla azionabilità presso le corti, attività che comunque comporta dei costi, spesso

campi sociali semi-autonomi. Cfr. J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n°24, 1986, p. 29 ss.

poco adatti ai tempi e ai modi di finanziamento del settore. Le seconde appaiono come una regolamentazione spontanea, spesso in palese violazione dell'assetto contrattuale. Le violazioni tuttavia non sono praticamente mai reclamate davanti alle corti, e questa *reasonableness* dimostrata dai soggetti che formalmente avrebbero diritto di agire, è ricompensata mediante un sistema complesso di favori e relazioni sociali di tipo amichevole ed informale¹⁸⁶. In questo modo il sistema studiato da Moore tende all'equilibrio (anche i lavoratori, che potrebbero apparire contraenti deboli, sono organizzati in strutture che danno loro eguale forza contrattuale).

I *Chagga* del monte Kilimanjaro sono considerati un modello positivo di "sviluppo", favorito dalla prosperità che deriva loro dalle grandi coltivazioni di caffè. Questa tribù, tra il 1963 e il 1964, ha assistito a cambiamenti giuridici ed economici apparentemente radicali per via di leggi nazionali loro imposte: l'introduzione del socialismo, l'abolizione della proprietà privata, l'abolizione della *chefferie*, e l'introduzione di un nuovo sistema amministrativo. Nella mentalità giuridica socialista il diritto ha un ruolo particolarmente enfatizzato nella pianificazione centralizzata dell'economia e

¹⁸⁵ Su cui v. anche S. MACAULAY, *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *American Sociological Review* 55, 1963

¹⁸⁶ Tra i favori Moore osserva un sistema di doni di (costosi) vestiti, eccedenti la produzione, che i lavoratori sono organizzati per rivendere e, soprattutto, la possibilità di utilizzare le macchine, in momenti di scarsa domanda, per fabbricare vestiti da loro disegnati o su commissione di altri. Le relazioni sociali amichevoli sono poi essenziali in un settore di limitate dimensioni, in cui la violazione delle regole (*legal, non legal, illegal*) del gioco viene sanzionata con l'*out of business*. Moore indica i personaggi-chiave di questo equilibrio, che, in forza della loro posizione, devono

nell'ingegneria sociale¹⁸⁷. Moore illustra che nella sua attuazione pratica presso i *Chagga*, le innovazioni legali hanno colpito soltanto le parti più appariscenti e formali del sistema giuridico tradizionale. Dal punto di vista operativo si sono verificate interazioni profonde col contesto sociale locale, che prevedeva una diversa distribuzione delle risorse, rispetto a quella pianificata dalle riforme socialiste. "In the *Chagga* situation as in most others, much that is new co-exist with and modifies the old, rather than replacing it entirely. [...] To understand these rules, legal, non legal or illegal, it is essential to know something of the working social context in which they are found. [...] It tempers any tendency to exaggerate the potential effectiveness of legislation as an instrument of social engineering [...]"¹⁸⁸. L'esempio dei *Chagga* mostra come un campo sociale autoregolante e dotato di forte autonomia può essere dotato di un controllo più effettivo nell'allocazione delle risorse, rispetto a quello della legge dello Stato, e comunque è in grado di contribuire ad attuare qualsiasi pressione esterna in modo da garantire cambiamenti minimi del sistema giuridico tradizionale.

In entrambi i contesti coesistono regole operative e dichiarazioni legali. Il diritto dello Stato vi trova uno spazio variabile e non assoluto. Nella prospettiva statale le regole che effettivamente

dimostrare reciproca stima e fiducia. Cfr. S. F. MOORE, *Law and Social Change*, pp.723-729

¹⁸⁷ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati, cit.*, pp. 427-440; G. AJANI, *Il modello post-socialista*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 1-8; cfr. anche LOSANO, *Le teorie di Marx e Engels sul diritto e sullo Stato*, Torino, 1969; CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969

¹⁸⁸ Cfr. S. F. MOORE, *Law and Social Change, cit.*, p. 742

influenzano il comportamento dei soggetti possono essere *legali* (sponsorizzate e sanzionate dallo Stato stesso), *non legali* (cioè non provenienti dallo Stato) o *illegali* (cioè contrarie al diritto dello Stato). La differenza essenziale tra questi tipi di regole non sta nella loro effettività, né nella presenza di sanzioni. Nei contesti esaminati tutte sono effettive, e dotate di sanzioni (a tutte queste dovrebbe interessarsi il giurista). La differenza sta principalmente nelle diverse fonti da cui provengono e da cui sono applicate e sanzionate (diverse *agencies*, ognuna dotata di una propria logica, cioè un proprio sistema di regole).

Lo scopo teorico generale a cui mira l'articolo di Sally Falk Moore è quello di mostrare che i processi, che rendono efficaci regole generate all'interno di un campo sociale (regole non statali), costituiscono, spesso, le stesse forze che determinano il grado e le modalità dell'applicazione delle regole legali imposte dallo Stato¹⁸⁹. Il concetto di *semi-autonomous social field* ha tuttavia una portata molto ampia, e generalizzata dalla stessa autrice:

- da un punto di vista teorico costituisce un approccio particolarmente valido per quantificare il problema dell'influenza dell'innovazione legale sul contesto sociale. Al di là della retorica della obbligatorietà della legge, consente una quantificazione della interazione tra il comando legale e l'organizzazione sociale, la quale

¹⁸⁹ Cfr. S. F. MOORE, *Law and Social Change*, cit., p. 721

riposa in gran parte su regole spontanee. Inoltre permette di relativizzare il diritto ufficiale dello Stato (*legal rules*), concependolo come solamente uno dei diversi fattori che influenzano le decisioni che i soggetti prendono (anche sulla base di *non legal rules* o di *illegal rules*)¹⁹⁰;

- da un punto di vista più pratico chiarisce le modalità di applicazione effettiva del diritto ufficiale dello Stato, dunque è utile al giurista che vuole prevedere ed osservare le conseguenze pratiche di una riforma legale. Spesso le riforme legislative non raggiungono gli scopi previsti, non solo a causa della cattiva conoscenza dell'oggetto della regolamentazione, ma anche delle dinamiche di interazione tra l'organizzazione sociale che ne è oggetto e l'innovazione legale: il concetto di *semi-autonomous social field* fornisce informazioni sui processi della vita sociale nelle società complesse, cioè quei processi su cui una innovazione giuridica vuole influire;

¹⁹⁰ è particolarmente interessante notare il parallelismo con l'impostazione introdotta da Coase (*The Problem of Social Cost*, v. più sopra) e con l'ottica della Analisi Economica del Diritto: il comportamento di attori razionali nel mercato è influenzato da una pluralità di fattori (razionali e irrazionali) e soprattutto di costi ed incentivi; l'imposizione legale è soltanto uno di essi, per essere efficace e raggiungere gli scopi previsti, deve tenere conto di tutti gli altri incentivi del settore che intende regolare. Cfr. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole: analisi economica del diritto civile*, Bologna, il Mulino, 1999, in particolare pp. 720. Cfr. S. F. MOORE, *Law and Social Change*, cit., p. 743: "The law (in the sense of State enforceable law) is only one of a numbers of factors that affect the decisions people make, the actions they take and the relationships they have ", e ancora "The operatives "rules of the game" include some laws and some other quite effective norms and practices"

- da un punto di vista metodologico, infine, definisce delle aree di studio nella giovane disciplina dell'antropologia giuridica delle società complesse, e quantifica il grado di connessione di un gruppo sociale con la società nel suo insieme. Inoltre la valutazione quantitativa del grado di semi-autonomia, fornisce una base per rinnovare le classificazioni sistemologiche nel diritto comparato, approfondendo in particolare le differenze tra società semplici e complesse. Quest'ultimo è un aspetto meno sviluppato di altri dall'articolo di Moore¹⁹¹, ma verrà in seguito ripreso da autori importanti.

¹⁹¹ in realtà la stessa Moore se ne occuperà più tardi: cfr. S. F. MOORE, *Legal Systems of The World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographic Resources*, in Leo LIPSON and Stanton WHEELER (eds.), *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1986

Capitolo Settimo

Temi e tendenze del dibattito transnazionale

1. Introduzione

Sally Falk Moore e Leopold Pospisil hanno forse scritto i contributi “fondativi” del dibattito moderno sul pluralismo giuridico, che in seguito si articolerà in varie direzioni tematiche. Prima di affrontare, nei paragrafi che seguiranno, questi vari “temi” constatiamo che sul piano della riflessione più generale sono stati scritti numerosi altri interventi, che potremmo classificare come teorici, descrittivi e di sintesi. L’incremento della letteratura sul pluralismo giuridico, a partire dagli anni ‘70, documenta da un lato il sedimentarsi di una “esperienza” e di una base concettuale condivisa da molti autori, dall’altra la vasta espansione e diversificazione geografica della riflessione. Gli autori di queste sintesi teoriche si impegnano nel sistematizzare una visione pluralista del diritto. Potremmo dire che essi si collocano in una prospettiva di *legal theory* e si domandano quali apporti possa fornire l’esperienza del pluralismo giuridico alla concezione generale che il giurista ha del fenomeno giuridico.

Tutte le sintesi teoriche sul pluralismo giuridico condividono generalmente tre caratteristiche: a) il legame con la descrizione etnografica, che privilegia l'osservazione concreta dei processi "giuridici" rispetto alle dottrine teoriche; b) una visione critica delle categorie giuridiche (tassonomia), viziate di etnocentrismo e chiusura disciplinare; c) accentuato legame con la cultura e attenzione per la cultura giuridica in una data società¹⁹²

2. Alcuni contributi teorici nell'area francofona

Nel 1971, in Belgio, viene pubblicato un volume dal titolo *Le pluralisme juridique*. Si tratta di una ricerca collettiva, curata da John Gilissen, per il *Centre d'Histoire et d'Etnologie Juridiques* di Bruxelles. Si confrontano sul tema giuristi francofoni che si interessano alla storia, all'etnologia, alla filosofia, alla sociologia. Gli interventi iniziali introducono la nozione di pluralismo giuridico e tentano di offrire un quadro di riferimento teorico generale.

Gilissen¹⁹³ chiarisce direttamente che il tema del pluralismo giuridico si pone in netta opposizione al legame esclusivo tra diritto e Stato che contraddistingue la teoria giuridica tradizionale.

¹⁹² Cfr. M. MUNDY, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, Ashgate, 2002, p. XIX

¹⁹³ J. GILISSEN, *Introduction a l'étude comparée du pluralisme juridique*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971

Quest'ultima è accusata di impedire una vera prospettiva storica, poiché, alla luce dei suoi parametri di giuridicità, gran parte delle società storicamente esistite risulterebbero prive di diritto. Sul piano delle fonti, inoltre, il ruolo della consuetudine apparirebbe marginalizzato in modo inaccettabile, per chi si occupi di altri periodi storici, come l'antichità o il medioevo, ed altre società, come l'India e la Cina. Occorre dunque relativizzare la concezione *monista* del diritto rispetto alla realtà storica e culturale contingente i sistemi giuridici occidentali. Tuttavia, anche sul piano della rappresentazione teorica del fenomeno giuridico nella nostra società, è giunta l'ora di compiere un aggiornamento: “meme dans les systèmes juridiques actuels des pays européens, la conception unitaire du droit ne semble pas tenir compte de la réalité. Elle rejette hors du domaine juridique d'innombrables règles de comportement social, aussi obligatoires que celles qui sont imposées par les lois étatiques, parce que sanctionnées de manière similaire”¹⁹⁴.

Una simile impostazione ci permette di osservare una caratteristica tipica del discorso sul pluralismo giuridico nell'area francofona: da un punto di vista teorico il pluralismo giuridico è concepito, senza mezzi termini, come una alternativa (uguale e contraria) ad una visione monista del diritto o, addirittura, allo stesso positivismo giuridico. Questo carattere radicale -e un po' ambizioso-

¹⁹⁴ J. GILISSEN, *Introduction a l'etude comparée du pluralisme juridique*, cit, p. 8

è particolarmente evidente nell'opera di Jaques Vanderlinden¹⁹⁵. Nel suo contributo alla stessa opera collettanea egli propone innanzitutto una definizione, resa celebre dalla sua successiva diffusione. Il pluralismo giuridico è: “*l’existence, au sein d’une société déterminée, de mécanismes juridiques différentes s’appliquant à des situations identiques*”¹⁹⁶. Tale definizione è particolarmente larga e comprensiva. Innanzi tutto si parla di una pluralità di “meccanismi”, concetto ben più ampio e comprensivo di quello di “norme”. Inoltre non necessariamente devono coesistere dei “sistemi”: anche una regola isolata e non integrata in un insieme strutturato e complesso è un esempio di pluralismo giuridico¹⁹⁷. Infine si distingue la semplice “pluralità” dal vero e proprio pluralismo di meccanismi giuridici, sulla base del fatto che questi ultimi si applicano a situazioni di fatto identiche. Così, nell’articolo di Vanderlinden, costituiscono esempi ricorrenti di pluralismo giuridico il caso del diritto commerciale, che sottopone il commerciante a regole giuridiche diverse da quelle applicate al comune cittadino in situazioni identiche, il diritto delle immunità diplomatiche, che riconosce al personale diplomatico benefici che non si applicano agli altri cittadini,

¹⁹⁵ Gli elementi su cui si fondano i giudizi che seguono sono, oltre ai contributi citati in nota, gli incontri svoltisi all’Università di Lione nel corso dell’anno accademico 2000-2001 tra il 25 e il 31 gennaio, nei quali ho avuto occasione di conoscere l’Autore.

¹⁹⁶ J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*, GILISSEN, cit., p. 19

¹⁹⁷ in questo senso l’Autore prende le distanze dalle impostazioni, definite più filosofiche, di Santi Romano ed altri, sulle quali si sofferma un altro contributo dello stesso libro: cfr. L. INGBER, *Le pluralisme juridique dans l’oeuvre des philosophes du droit*, in GILISSEN, *Le Pluralisme juridique*, cit., p. 57 ss.

o ancora i minori, che beneficiano di un particolare statuto di protezione civilistica, che li distingue dagli adulti.

Alla definizione segue uno studio sulle cause, l'oggetto e le manifestazioni concrete del pluralismo giuridico, che riprende i temi e gli esempi della tradizione della sociologia giuridica e della teoria generale del diritto, francese in particolare. Ciò che più colpisce non è tanto la classificazione, un po' artificiosa, delle varie manifestazioni di pluralismo giuridico, ma l'insistenza sulla inadeguatezza teorica del monismo: "toutes les causes du pluralisme semblent pouvoir se ramener à un phénomène fondamental, savoir le caractère inadéquat, à des degrés divers, de l'unité du droit. Celle-ci se justifie le plus souvent par des considérations relevant d'un idéal égalitaire d'une part ou d'un désir d'efficacité du droit de l'autre; mais, dans la pratique, cette double aspiration se heurte à des obstacles multiples qui sont à l'origine de la diversification qui caractérise le phénomène pluraliste". Vanderlinden si occupa senza timori reverenziali della stessa "definizione del diritto", intendendo in modo radicale che il pluralismo giuridico ne comporti una sua propria, diametralmente opposta a quella monista, tipica del positivismo giuridico.

Notiamo una certa differenza rispetto all'atteggiamento della letteratura in lingua inglese, più cauto. Sally Falk Moore, per esempio, suggerisce al giurista di considerare le "*broad conceptions*" di Malinowski riguardo al diritto¹⁹⁸, cioè aprire gli occhi

¹⁹⁸ Moore cita: "analyse all the rules conceived and acted upon as binding obligations, to find out the nature of the binding forces, and to classify the rules according to the manner in which they are made valid"

sull'importanza di *altre* regole effettive che influenzano l'applicazione del diritto statale, all'interno di un contesto sociale. Quest'attenzione, richiesta al giurista che cerca una rappresentazione più fedele della realtà, non presuppone tuttavia un capovolgimento radicale della teoria giuridica: si tratta piuttosto di *un* approccio, convincente ed efficace rispetto al fine di far luce sulle dinamiche di interazione tra diritto e mutamento sociale. Non è così per Vanderlinden, che dal 1971 ad oggi si è avventurato più volte “sur la pente savonneuse de la définition du droit” concludendo, in definitiva, che il giurista è costretto ad ammettere ciò che antropologi e sociologi gli suggeriscono da tempo, cioè che il diritto sia “un espèce au sein d'un genre, celui des reseaux normatifs”¹⁹⁹. A questo punto viene naturale domandarsi se sia ancora possibile una prospettiva “giuridica” sulla realtà, diversa da quella del sociologo o dell'antropologo e, soprattutto, se la definizione pluralista del diritto non sia costruita, in negativo, su una semplice opposizione speculare al positivismo giuridico, ed in fondo sia priva di effettiva sostanza.

[MALINOWSKI, *Crime and Custom in savage society*, London, Routledge & Kegan Paul, 1926, trad. it. di G. MANCUSO, *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972, p. 23]. Cfr. S. F. MOORE, *Law and Social Change*, cit., p. 720

¹⁹⁹ Cfr. VANDERLINDEN, *Les Droits Africains entre Positivismes et Pluralismes*, in Bulletin des séances de l'Académie royale de sciences d'outre mer, n° 46, 2000, p. 16, disponibile anche sul sito <http://sos-net.eu.org/reds/dhdi>. In particolare la *definizione* pluralista del diritto sarebbe: “le réseau social normatif contrôlé par l'Etat aux cotés duquel cohabiteraient, sur un pied d'autonomie complète, une multitude d'autres, placés sous le

3. La radicalizzazione della posizione teorica pluralista

L'apporto di John Griffiths, direttore del *Journal of Legal Pluralism*²⁰⁰, continua e radicalizza le posizioni teoriche adottate dai contributi precedenti, sulla via della ricerca di una definizione del diritto che possa fondare una teoria giuridica pluralista. Si tratta dunque di un altro articolo di sintesi, che consolida e riordina il materiale precedente sul tema. Griffiths si distingue per esprimere una concezione estremamente antipositivista e antistatale, la sua teoria è infatti generalmente ricordata come “teoria ipercritica del pluralismo giuridico”²⁰¹.

L'autore olandese propone una sua definizione iniziale ed ipotetica di fenomeno pluralista, come “the presence in a social field of more than one legal order”²⁰². La ricerca di una una definizione di pluralismo giuridico utilizzabile come base per una teoria descrittiva del diritto (*descriptive theory of law*), rimane comunque il fine a cui tende l'articolo.

Come molti altri anche Griffiths parte dalla descrizione dell'ideologia del centralismo (*legal centralism*) e ne decostruisce le origini. Relativizzata storicamente e culturalmente la rappresentazione monista ed unitaria del fenomeno giuridico, Griffiths si sofferma comunque sulla sua critica: da un lato questa è inadeguata per una

contrôle de collectivités extrêmement diverses utilisant à cette fin des modalités extrêmement variables”.

²⁰⁰ Cfr. J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n°24, 1986

²⁰¹ Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 82

rappresentazione teorica accurata della realtà giuridica (in altre parole si tratta di una semplificazione ideologica), dall'altro manifesta una totale inutilizzabilità nella comparazione tra società semplici-primitive e società complesse-moderne. Fin qui nulla di nuovo, Griffiths condivide il contesto e l'impostazione teorica con gli autori precedenti: il pluralismo è una vera e propria teoria generale del fenomeno giuridico (o almeno lo spunto per elaborarne una), "legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion"²⁰³.

A questa "pars destruens" segue una rassegna critica di quelle che dovrebbero essere le alternative teoriche ad una rappresentazione monista, cioè le dottrine del pluralismo giuridico²⁰⁴. La sua rassegna riordina i contributi sul tema e si conclude affermando che tutti -quali più quali meno- sono viziati da una visione stato-centrica e dunque ascrivibili ad una ideologia contraria ad un autentico pluralismo giuridico. Griffiths concorda essenzialmente con la visione di Sally Falk Moore e adotta il suo concetto di *semi-*

²⁰² Cfr. J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, cit., p. 1

²⁰³ Cfr. J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, cit., p. 4

²⁰⁴ Nel suo articolo Griffiths considera e sottopone a critica HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975; GILISSEN, *Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique*, GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971; VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971; POSPISIL, *Anthropology of law, a comparative theory*, Harper & Row, 1971; SMITH, *Corporations ans Society*, London, 1974; EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen-Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976; MOORE, *Law and social change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Studies*, in *Law and Society review*, 1973, p. 719

autonomous social field, ritenendolo il migliore strumento a disposizione del giurista per la rappresentazione della realtà sociale. “Legal pluralism is an attribute of a social field and not of “law” or of a “legal system”. A descriptive theory of legal pluralism deals with the fact that within any given field, law of various provenance may be operative. It is when in a social field more than one source of “law”, more than one “legal order”, is observable, that the social order of that field can be said to exhibit legal pluralism”²⁰⁵. Tuttavia Griffiths rimprovera a Moore di non essere andata fino in fondo e di non aver chiarito quali delle attività regolative interne ad un *social field* siano “diritto” e quali no. In altre parole Moore non fornisce una definizione (anti-statale, anti-positivista) di “diritto” e perciò, agli occhi di Griffiths, tende a ricadere nel *pattern* del centralismo, lasciando intendere di identificare semplicemente il diritto con lo Stato²⁰⁶.

²⁰⁵ Cfr. J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, cit., p. 38

²⁰⁶ La critica di Griffiths mi sembra contestabile in almeno due punti. In primo luogo, l'articolo della Moore, intitolato *Law and Social Change*, non discute il pluralismo giuridico sul piano della teoria generale e della definizione del diritto, ma sul piano della chiarificazione dei rapporti tra diritto e mutamento sociale. In virtù di questa impostazione Moore rifugge saggiamente da una definizione teorica del campo giuridico ed anzi vuole proprio richiamare l'utilità per il giurista di adottare un approccio più ampio nei confronti delle regole sociali, che lo renda maggiormente consapevole delle dinamiche diritto-società. In questo senso propone un'ottica sul fenomeno giuridico che lei stessa ricollega alle “broad conceptions of Malinowski”, un'ottica cioè antropologica. In secondo luogo se Moore tende a ricadere nella identificazione del “diritto” con lo Stato, questa identificazione è tutt'altro che “semplice”, si tratta invece di una impostazione molto problematica per il giurista, che deve abbandonare la retorica della *obbligatorietà* della norma e prendere in considerazione il contesto sociale complesso che determina il grado e le modalità della sua concreta realizzazione.

Intendendo chiarire “what is law”²⁰⁷ Griffiths radicalizza il discorso della Moore: “pursuing Moore’s analysis to its conclusions and rejecting her last-minute lapse into legal centralism, it follows that *law is the self-regulation of a “semi-autonomous social field”* [...] The self regulation of a semi-autonomous social field can be regarded as more or less “legal” according to the degree to which it is differentiated from the rest of the activities in the field and delegated to specialized functionaries. But differentiated or not, law is present in *every* semi-autonomous social field, and since every society contains many such fields, legal pluralism is a universal feature of social organization”²⁰⁸.

Con la concezione ipercritica espressa da Griffiths la tendenza alla radicalizzazione dell’impostazione pluralista, sul piano della teoria giuridica, tocca forse il suo culmine. Mi sembrano valide le stesse critiche rivolte più sopra a Gilissen e Vanderlinden: il campo giuridico è sostanzialmente indistinguibile dalle altre forme di regolamentazione sociale, poiché il diritto è, in senso radicalmente orizzontale, la regolamentazione di un campo sociale semi-autonomo, legittimata dalle fonti più varie. I tempi sono dunque maturi per un bilancio ed una critica, che evidenzii alcuni limiti.

²⁰⁷ Cfr. il titolo del par. 4 pag. 38 (J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, cit.)

²⁰⁸ Cfr. J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, cit, p. 38

4. Un bilancio teorico: gli apporti critici e i limiti

L'“odissea intellettuale”²⁰⁹ del concetto di pluralismo giuridico parte dalla scoperta del “diritto” nelle società semplici e approda, nel corso degli anni '70, al dibattito sulle qualità pluraliste del diritto delle società complesse. In questo percorso abbiamo individuato una certa continuità, soprattutto nella posizione teorica di tutti gli autori che se ne sono occupati, posizione critica nei confronti dell'identificazione del diritto con l'attività normativa dello Stato e con la rappresentazione unitaria e centralizzata del fenomeno giuridico. Quando i primi contributi di sintesi sul tema cercano di sistematizzare una concezione pluralista del diritto in opposizione a quella centralista, diventa più facile individuare i pregi e i limiti teorici della loro impostazione. Non è un caso che tra gli anni '80 e '90 alcuni autori abbiano sentito l'esigenza di fare un bilancio critico nei confronti delle scarse basi teoriche del pluralismo giuridico.

E' necessario innanzi tutto ammettere l'importanza di alcuni apporti critici fondamentali dell'impostazione pluralista nei confronti delle rappresentazioni teoriche alternative.

- Il giurista è invitato a prendere le distanze dall'ideologia del centralismo e a predisporre a pensare vari ordini normativi sempre coinvolti ed in interazione col diritto dello Stato; solo in questo modo

²⁰⁹ la bella immagine è di S. E. MERRY, *Legal pluralism*, in *Law and Society review*, 1988, p. 869

potrà prendere coscienza di forme (spontanee) di regolamentazione sociale *altre* rispetto al diritto statale (imposto).

- L'attenzione sul contesto storico corregge una grande debolezza dell'impostazione positivista, la quale si astrae dalla realtà sino al punto di rendere quasi impossibile una prospettiva storica che permette di contestualizzare il diritto in una cultura ed in una mentalità giuridica.

- L'attenzione al contesto culturale ed ideologico di ogni sistema normativo permette di pensare il diritto non solo come un *set* di comandi, espressione del potere politico di coercizione, ma principalmente come un sistema culturale, ideale e simbolico per mezzo del quale certe forme di relazione sociale sono tutelate come naturali e giuste.

- L'attenzione alle dinamiche di imposizione egemonica di un sistema giuridico e di resistenza dei sustrati precedenti, come nel caso coloniale, evidenzia i limiti del diritto come strumento di ingegneria sociale. La posizione egemonica del diritto statale sull'ordine spontaneo della società non è costituita solo dalla forza obbligatoria di questo, ma anche da elementi culturali che vanno ben oltre l'imposizione e l'esecuzione di un comando²¹⁰.

²¹⁰ frequentemente nella letteratura anglofona, non solo sul pluralismo giuridico, si utilizza il concetto gramsciano di *egemonia*. Per un'applicazione al tema della globalizzazione del diritto e del ruolo degli Stati

Chiariti tuttavia questi apporti *critici*, che mettono in guardia il giurista contro il bagaglio ideologico dell'impostazione positivista, non possiamo dire che le "sintesi" sul pluralismo giuridico abbiano fatto emergere una alternativa particolarmente credibile sul piano della teoria generale del diritto. In un articolo che tiene conto di una letteratura già molto vasta, Sally Engle Merry si domanda giustamente: "Why it is so difficult to find a word for non-state law? It is clearly difficult to define and circumscribe these forms of ordering. Where do we stop speaking of law and find ourselves simply describing social life? It is useful to call all these forms of ordering law? *In writing about legal pluralism, I find that once legal centralism as been vanquished, calling all forms of ordering that are not state law by the term law confounds the analysis*"²¹¹.

Sul piano della delimitazione di un campo d'indagine per il giurista, ovvero di una rappresentazione della realtà sociale che gli consenta di poter operare efficacemente su di essa, il pluralismo giuridico ha dimostrato tutta la sua utilità. Quando però alcuni autori pretendono andare oltre l'impostazione critica e di edificare una teoria giuridica alternativa, dotata di una propria definizione del diritto, si rendono evidenti alcuni limiti.

Sotto questa luce la migliore critica mirata a provare l'inconsistenza teorica del pluralismo giuridico è forse quella di Brian

Uniti, cfr. U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, 10 *Indiana J. Global Legal Studies*, 2002

Tamanaha, un autore olandese che nel 1992 pubblica un articolo intitolato *The Folly of “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism*²¹². Dopo averne commentato la crescente diffusione e la sua accettazione ormai accademica, l'autore intende dimostrare che il concetto di pluralismo giuridico è fondato su una base che si rivela instabile se sottoposta ad un controllo analitico.

Il punto fondamentale della critica di Tamanaha alla base teorica del pluralismo giuridico è la sostanziale ambiguità di tutti gli autori considerati²¹³ nei confronti del problema della definizione del diritto. Il credo fondamentale dei pluralisti è: lo Stato non ha il monopolio del diritto, il diritto è generato da ogni sorta di ordine normativo, dunque ogni forma di controllo sociale è “diritto”. Apparentemente si tratta di un problema di carattere nominalistico: essi vorrebbero includere nel significato della parola diritto qualsiasi tipo di ordine normativo. L'atenato intellettuale di questo modo di vedere è considerato Bronislaw Malinowski²¹⁴, il quale ragionava secondo un'ottica socio-antropologica nella quale le regole del diritto imposto dallo Stato, non presentano caratteri particolari rispetto alle

²¹¹ S. E. MERRY, *Legal pluralism*, in *Law and Society review*, 1988, p. 878, il corsivo è nostro

²¹² B. Z. TAMANAHA, *The Folly of “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, 20, 1993, pp. 192-217; pubblicato anche in Martha MUNDY, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, Ashgate, 2002

²¹³ in realtà il riferimento principale e costante è la sintesi di J. Griffiths (*What is Legal Pluralism?*, cit.); ma vengono considerati anche Malinowski, Hoebel, Weber, Ehrlich, Pospisil, Moore e Merry.

²¹⁴ Cfr. B. MALINOWSKI, *Crime and custom in savage society*, London, Routledge & Kegan Paul, 1926, trad. it. di G. MANCUSO, *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972

altre norme che presiedono, altrettanto efficacemente, al funzionamento della società.

Il pluralismo giuridico, o meglio l'approccio socio-antropologico al diritto, sottolinea criticamente il contrasto tra regole statuali e regole non statuali. Ehrlich, per esempio, illustra un'antitesi teorica tra la proposizione giuridica (regola di condotta) e la vita del diritto (regole di comportamento sociale)²¹⁵; la sua distinzione è simile a quella di Roscoe Pound tra *law in the books* e *law in action*²¹⁶. Tuttavia finché si sottolinea, su un piano teorico, l'opposizione tra regole statali e regole non-statali, si continua a descrivere il fenomeno giuridico dalla prospettiva tradizionale dello Stato, allargando semplicemente il significato del termine diritto anche a regolamentazioni legittimate da fonti diverse. All'interno di questa logica risulterebbe impossibile trovare un termine che definisca positivamente questo diritto "non-statale"²¹⁷.

Coloro che teorizzano il pluralismo giuridico vanno oltre, e, estremizzando uno spunto critico, pretendono di porre su un piano di *equivalenza* i due tipi di regolamentazione (come fanno Giffiths e Vanderlinden). A questo punto non ha più senso parlare di diritto dal punto di vista dello Stato, poiché si cadrebbe nella contraddizione logica indicata da Tamanaha come *legal includes non-legal*: una

²¹⁵ Cfr. EHLRICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen-Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976, in cui l'autore distingue *Rechtssatz* (proposizione giuridica) da *Rechtsleben* (vita del diritto)

²¹⁶ Cfr. R. POUND, *Law in the books and law in action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910, p. 12 ss.

²¹⁷ Cfr. più sopra le domande di S. E. Merry

categoria (diritto) che include un concetto (diritto dello Stato) ed anche il suo contrario (diritto non dello Stato)²¹⁸. La sola soluzione per uscire dall'impasse logica *legal includes non-legal* è forgiare una definizione del diritto alternativa, che prescindendo dalla prospettiva dello Stato. Nella ricerca di questo tipo di definizione, trans-culturale, di un campo giuridico Tamanaha sostiene che i vari autori praticamente sottintendono che il pluralismo sia un dato di fatto obbiettivo della realtà sociale; essi osservano il *fatto*²¹⁹ di una pluralità di ordini giuridici, e lo dicono comune a tutte le società. L'*ideologia* morale e politica dello Stato nazione moderno vizia la teoria giuridica tradizionale; uno studio del diritto empirico ed analitico, in una parola autenticamente scientifico, chiamerebbe da sé in causa il pluralismo giuridico, dimostrandone la superiore capacità di rappresentazione della realtà.

Tamanaha ritiene che non sia stato raggiunto nessun risultato utile su questa strada, dunque è meglio limitarsi ad una prospettiva critica, che continui a distinguere, secondo l'insegnamento di Ehrlich -

²¹⁸ La posizione di Tamanaha va comunque criticata. Il fatto che egli cerchi di dimostrare l'illogicità teorica del pluralismo giuridico di contro alla logicità di una impostazione statale, ci pone di fronte agli stessi falsi problemi del carattere più o meno "giuridico" di certe soluzioni ed alla necessità di una definizione del diritto che non confonda il campo giuridico con quello socio-antropologico. A coloro che contestano la "comparabilità di tutti i sistemi e di tutte le soluzioni", Rodolfo Sacco risponde: "l'etnodiritto ha gli stessi caratteri funzionali e strutturali di fondo del diritto dei paesi sviluppati: garantisce un certo ordine sociale, mediante il ricorso a regole dotate di effettività. [...] è diritto, perché è la risposta alla esigenza di ordine sociale in quella data società" (R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 23)

²¹⁹ Pensiamo alle parole di J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, cit., p. 4: "*Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion.*"

e crediamo anche di S. F. Moore- due fenomeni diversi: l'imposizione statale (*institutionalised identification and enforcement of norms*) e il diritto vivente (*concrete patterns of social ordering*). Si potrà poi osservare che la regolamentazione sociale diversa da quella dello Stato potrà essere anch'essa più o meno istituzionalizzata (ad immagine dello Stato), potrà anche essere chiamata diritto o quasi diritto (*law like*), ma non rientrerà mai, da un punto di vista logico, nella categoria del giuridico; quindi continuare a parlare di "diritto" non apporta nessun beneficio, anzi confonde i fenomeni di cui il giurista si occupa. "[...] legal pluralism remind us that there is a useful comparative perspective on state law, or put differently, a comparative perspective on institutionalised norm-enforcement, of which state law is just one manifestation. [...] *This comparative perspective is an analytical tool for orienting the field of study, not the foundation-stone for a universal (or postmodern) legal science*"²²⁰. Il consiglio rivolto ai pluralisti è dunque di non utilizzare il termine diritto come sinonimo di ordine normativo, e limitarsi, nel campo della teoria generale del diritto, ad una prospettiva critica.

La critica di Tamanaha, volendo dimostrare una sorta di inutilità o impossibilità *logica* del pluralismo giuridico²²¹, è eccessiva,

²²⁰ B. Z. TAMANAHA, *The Folly of "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism*, cit., p. 102-103

²²¹ in una prospettiva realista la *logica* è una scienza che serve a poco nel diritto. Come insegna Oliver Wendell Holmes "la vita del diritto non è

tuttavia solleva delle questioni importanti e suscita qualche riflessione. Il suo discorso ha come referente -almeno testuale- la concezione ipercritica e radicale di pluralismo giuridico forgiata da John Griffiths, e solo superficialmente mi sembra generalizzabile all'impostazione di altri autori. Anzi proprio il contenuto della critica a Griffiths mette in evidenza una sorta di deriva teorica del concetto di pluralismo giuridico dalle prime teorizzazioni moderne (Pospisil, Moore) a metà degli anni '80. Sia Vanderlinden sia Griffiths tendono, in modo effettivamente ambizioso, a concepire il pluralismo come carattere base di una teoria del diritto alternativa al positivismo giuridico e ritengono questo ambito una delle strade più promettenti per la futura ricerca. Nonostante alcuni autori -soprattutto francesi- si impegnino ancora oggi nella ricerca di definizioni universali e trans-culturali²²², possiamo affermare che la loro aspettativa è stata sostanzialmente smentita: lo strumento teorico del pluralismo giuridico si è diffuso ed affermato in molte aree dello studio del diritto, ma il veicolo di questa diffusione non è stata la ricerca di una definizione del diritto né la teoria generale, area in cui, in fondo, non ha portato ai risultati auspicati dagli autori più radicali.

mai stata la logica ma l'esperienza" (*The Common Law*, Cambridge, Mass., 1881).

²²² seguendo il racconto di N. ROULAND (*Anthropologie Juridique*, cit.) apprendiamo che una delle direzioni della ricerca del Laboratoire d'Anthropologie Juridique di Parigi (l'istituzione francese più prestigiosa nel campo dell'antropologia giuridica) è proprio la ricerca di una definizione del diritto, in particolare "[...] M. Alliot e E. LeRoy si propongono di dimostrare che la rappresentazione fattane dai giuristi tradizionali, basata sulla legge, e che lo presenta [il diritto] come un settore della vita sociale, accanto all'economico, al politico e al religioso, non ha valore interculturale e vale soltanto per le nostre società"

Pochi anni più tardi, la diffusione di un'attitudine interpretativa sempre più critica del giurista nei confronti del suo oggetto epistemologico²²³ e l'affermarsi dell'impostazione scettica tipica dello stile post-moderno nel diritto, avrebbero provveduto ad allontanare il dibattito teorico sul pluralismo giuridico dalla pretesa di costituire la base di una teoria generale ed universale del diritto. La fortuna del concetto sarà invece dovuta alla sua utilità come strumento di analisi e rappresentazione in singole aree della riflessione giuridica. Nei paragrafi che seguono cerchiamo di illustrarne le principali, frammentando il discorso in *temi*.

5. *La Commission on Folk Law and Legal Pluralism e la nozione di Folk Law*

Al X congresso della Société Internationale de Droit Comparé (Budapest, 1978), la delegazione olandese propose un

²²³ La critica di Tamanaha può essere considerata anche sotto questo aspetto. Egli vede nelle affermazioni di Griffiths un salto a piè pari di qualsiasi problematica interpretativa, e ribatte, citando Karl Popper, che "diritto" è un costrutto sociale, e dunque un "concetto" di diritto deve necessariamente precedere l'osservazione empirica del "fenomeno" giuridico, il quale non è pensabile al di fuori di un contesto di categorie culturali. Cfr. TAMANAHA, *The Folly of "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism*, cit., p. 89. Il diritto comparato, però, ci insegna a prendere consapevolezza degli aspetti crittotipici della concezione occidentale del diritto, e ci consente dunque di comparare tutti i sistemi e tutte le soluzioni effettive senza porci il problema del loro grado di "giuridicità" (Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 20 ss.)

progetto di ricerca sui fenomeni di *folk-law* nel modo contemporaneo, tanto nelle società in via di sviluppo, quanto in quelle dell'occidente. Fu così che in breve tempo nacque a Nimègue, in Olanda, la *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, per iniziativa del Prof. Geert Van den Steenhoven. Questa istituzione testimonia la vitalità della scuola olandese e conta oggi 350 membri tra giuristi, antropologi ed altri specialisti di scienze sociali, provenienti da ogni regione del mondo e costituisce perciò un luogo di incontro privilegiato. Negli ultimi 20 anni ha curato alcune pubblicazioni e organizzato numerosi incontri su temi che rientrano nel suo obiettivo principale, cioè “promouvoir la connaissance et la compréhension du pluralisme social et juridique en accordant une attention particulière aux problèmes théoriques et pratiques résultant de l'interaction entre le droit indigène et le droit étatique”²²⁴. I temi trattati nel prisma della nozione di Folk Law sono molteplici, per esempio “le istituzioni statali ed il loro impiego da parte del Folk Law” (Bellagio, 1981), “la condizione giuridica e lo statuto effettivo delle minoranze etniche e culturali” (Vancouver, 1983), “la previdenza sociale formale e informale” (Tutzing, 1986), “Folk Law e diritti autoctoni in una prospettiva comparatistica” (Sidney, 1986), “il pluralismo giuridico nelle società industriali - la posizione socio-giuridica della donna nelle società in trasformazione - il diritto dei gruppi alla fine del XX secolo: strategie di aiuto al quarto mondo” (Zagabria, 1988). Dal 1981 la Commissione cura inoltre la

²²⁴ Cfr. il sito internet della *Commission*: <http://www.jur.kun.nl/cflp/>

pubblicazione di una *newsletter* e soprattutto del *Journal of legal pluralism* (già *Journal of African Law Studies*), una delle fonti principali in materia.

Il fuoco della nozione di *Folk Law* è posto sulle forme non-statali di regolamentazione sociale, che sono quelle meno considerate nel discorso giuridico. Il termine *Legal Pluralism* pone invece l'accento sulle dinamiche complesse di relazione tra *Folk Law* e *State Law*. La stessa scelta del nome della Commissione ha offerto ai suoi membri la possibilità di confrontarsi con il problema della delimitazione e denominazione del loro campo d'indagine. La locuzione *Folk Law* è scelta per indicare l'oggetto della riflessione socio-antropologica sul diritto, arricchitasi con l'introduzione di una prospettiva comparata tra società semplici e complesse: "Folk Law is primarily people's law - law generated or accepted by the people, whether the whole people as in customary-law societies, or a fraction of the people, as in legally pluralist societies"²²⁵. E' implicito nella nozione l'abbandono della ricerca teorica di una definizione del diritto-problema che, in verità, tormenta solo la dottrina francese- e l'adozione negli studi giuridici di una concezione ampia, quale quella considerata da Malinowski prima e da Llewellyn ed Hoebel poi. Il realismo giuridico americano ha dimostrato che una tale prospettiva, "senza confini", è possibile ed utile nello studio del diritto. L'adozione

²²⁵ Cfr. ALLOT, A. e WOODMAN, G. (eds.), *Introduction*, in *People's Law and State Law, The Ballagio Papers*, Dordrecht: Foris, 1985; Norbert Rouland spiega che per *Folk Law* è opportuno intendere non esattamente "diritto popolare", ma piuttosto ciò che l'antico diritto francese

di una prospettiva comparatistica, come proposto da Laura Nader (1965), rende possibile relativizzare la tassonomia della *western legal tradition* pur restando nell'ambito di un discorso giuridico, migliorando la conoscenza delle categorie mediante le quali altre culture pensano il diritto.

6. Il tema dei diritti dell'uomo e la ricerca di un approccio transculturale

Confrontato con la tematica dei diritti dell'uomo²²⁶ l'antropologo del diritto, così come il gius-comparatista, manifesta una certa tendenza naturale ad assumere posizioni critiche, che svelino le impostazioni culturali e le categorie fondamentalmente eurocentriche del dibattito. Egli è naturalmente portato a collocarsi su una posizione di relativismo culturale, che evidenzia le differenze di soluzioni giuridiche tra culture diverse²²⁷. Questo atteggiamento trova, tra le altre, anche una giustificazione di tipo strutturale: l'antropologia culturale ed il diritto comparato si nutrono di differenze, il ruolo

chiamava *droit des gents*, cioè il diritto che i gruppi umani si sono dati indipendentemente dallo Stato (*Antropologia giuridica*, cit., p. 89)

²²⁶ In questo paragrafo mi riferisco all'espressione "diritti dell'uomo" con riferimento alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata a Parigi dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948

²²⁷ Questo atteggiamento è evidente nell'approccio e nell'impostazione generale di qualsiasi antropologo, cfr., per esempio, N. ROULAND, *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, Editions Odile Jacob, Paris, 1997

scientifico da loro esercitato è essenzialmente la misurazione e la spiegazione dalle analogie e delle divergenze tra i modelli studiati. E' naturale dunque che i loro cultori siano portati a difendere la diversità culturale ed a valorizzarne l'importanza come un valore (preservando allo stesso tempo la legittimazione del proprio compito scientifico)²²⁸. Chiarita questa impostazione, che può costituire anche un limite, è agilmente comprensibile che il pluralismo giuridico (e la riflessione gius-antropologica nel suo complesso) non sia stato considerato uno strumento particolarmente utile nel dibattito sui diritti dell'uomo, preferendo gli antropologi porre l'accento sulla semplice *pluralità* e diversità di risposte culturali alle esigenze di protezione di valori fondamentali.

L'antropologo del diritto è abituato ad individuare e relativizzare i fondamenti culturali delle categorie impiegate nel ragionamento giuridico. L'accusa che egli tendenzialmente rivolgerà ai fondamenti teorici del discorso sui diritti umani è di presentare un collegamento troppo stretto con la filosofia occidentale elaborata negli ultimi tre secoli (in particolare quella del diritto naturale), a discapito di altre tradizioni culturali che pure hanno elaborato risposte giuridiche agli stessi problemi posti dalla tutela di valori

²²⁸ Anche il diritto comparato allerta il giurista sui costi ed i rischi dell'unificazione e dell'uniformazione, tendendo naturalmente a preservare la diversità come un valore, o quantomeno la condizione stessa per la possibilità di comparare. Consideriamo quanto riportato da R. SACCO (*Introduzione al diritto comparato*, cit.) a proposito di una recensione di Jaques Vanderlinden: "Una prima sorpresa è la trentina di pagine (cioè un terzo della prima parte [...]) dedicati da D. Kokkini-Iatridou a *ciò che costituisce la negazione stessa del diritto comparato, ossia l'unificazione del diritto. In sè esse sono ottime [...]*

fondamentali²²⁹. Tale critica può essere essenzialmente condivisa dai teorici dei diritti dell'uomo che, riconosciute le origini filosofiche razionaliste ed individualiste della categoria, argomentano che questa abbia ormai superato i confini del contesto culturale in cui è stata elaborata e si stia progressivamente affermando come nozione globalmente valida e comune a tutte le culture. Sul piano teorico rimane però diffusa tra gli antropologi l'opinione che i diritti dell'uomo rappresentino in realtà un "cavallo di Troia"²³⁰, cioè il veicolo di una logica estranea alle culture in cui penetrano. Da un punto di vista politico dunque essi sono accusati di costituire dei nuovi strumenti nella continuazione del disegno coloniale, e di fornire una retorica che sponsorizza delle nuove forme di imperialismo. Così la critica antropologica tradizionale continuerà a domandarsi: *esistono veramente dei valori trans-culturali? un valore non ha forse senso solo in un contesto culturale dato? è davvero possibile che una nozione elaborata all'interno di una cultura possa andare oltre i confini di questa ed essere compresa e condivisa da tutti?*²³¹

ma perché insistere su un fenomeno indubbiamente interessante, ma che ha il risultato di rendere inutile e impossibile la comparazione giuridica?"

²²⁹ una classica impostazione critica, svolta molto bene da N. ROULAND, *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, cit., in particolare pp. 171-236

²³⁰ Utilizzano questa immagine sia Norbert Rouland (*Aux confins du droit*, cit.), Sally Engle Merry (*Global Human Rights and Local Social Movements in a Legally Plural World*, cit.), R. Panikkar (*Is the Notion of Human Rights a Western Concept?*, cit.)

²³¹ Per un'ottima critica costruttiva a partire da questi interrogativi, in un'ottica filosofica ed antropologica cfr. R. PANIKKAR, *Is the Notion of Human Rights a Western Concept?*, Diogenes, 120, pp. 75-102, pubblicato

Per un certo tempo gli antropologi hanno potuto interrogarsi criticamente su queste domande ed assumere spesso posizioni “relativiste” in opposizione speculare a quelle “universaliste” adottate dai sostenitori dei diritti dell’uomo. Il dibattito, nel suo complesso, si presentava in termini puramente teorici (universalismo contro relativismo) e, come puntualizzato più sopra, il tema del pluralismo non poteva giocarvi grande ruolo. In Francia, per esempio, Michel Alliot e Etienne Le Roy si occupavano del tema in una prospettiva antropologica già a partire dagli anni ’60; tuttavia, per i trent’anni successivi i loro studi non hanno dimostrato altro che la sostanziale estraneità alle culture non occidentali della concezione dell’uomo che fonda i nostri diritti universali²³². Non solo essi ne criticano il contenuto sostanziale ed i valori retrostanti, ma s’interrogano sulla universalità della mentalità rimediale veicolata da questi “diritti”, individuali e soggettivi²³³ (per mentalità rimediale intendo l’idea che si debba ricorrere ad un’autorità per ottenere coattivamente la realizzazione di un proprio diritto). Le moderne società occidentali infatti pensano il diritto soggettivo come un rimedio contro l’arbitrio del potere, ma la visione del diritto e, prima ancora dell’uomo, nella

anche in P. SACK, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, 1992

²³² Cfr., per esempio, M. ALLIOT, *Protection de la Personne et Structure Sociale (Europe et Afrique)*, 1953-1989 Recueil d’articles, contributions à des colloques, textes du recteur Michel Alliot, Paris, LAJP, 1981; ed anche E. LE ROY, *Communautés d’Afrique Noire et protection des droits de l’individu face au pouvoir – Problématiques, modalités et actualité*, Bulletin de la Société Jean Bodin, 1982

²³³ L’argomento è ancora oggi ottimo; per un’applicazione, basata sulla critica della *right-based* strategy sottostante al discorso dei diritti

mentalità tradizionale africana o in estremo oriente è piuttosto differente. Ne consegue che è strutturalmente difficile individuare un fondamento antropologico dei diritti umani, poiché la stessa categoria di diritto è di tipo culturale, dunque fondata su concezioni dell'uomo e dei rapporti tra uomini profondamente differenti.

In tempi più recenti, tuttavia, l'espansione geografica globale del tema dei diritti dell'uomo, così come la sua importanza dal punto di vista storico, hanno reso indispensabile anche per l'antropologo ripensare l'apporto critico tradizionale e, superandolo, affrontare il tema in modo più costruttivo. Nel panorama degli anni '80-'90 (successivo alla fine della guerra fredda) si è assistito ad una espansione particolarmente forte di livelli giuridici regionali come la Comunità Europea o il N.A.F.T.A., ed a quella di altri livelli giuridici transnazionali e globali come il discorso sui diritti dell'uomo ed il sistema delle Nazioni Unite²³⁴, che ne è il principale strumento di diffusione. Si sono in pratica rafforzati contesti interculturali o addirittura spazi culturali comuni²³⁵, che hanno aumentato il confronto

dell'uomo cfr. S. E. MERRY, *Human Rights and Local Social Movements in a Legally Plural World*, cit.

²³⁴ Cfr. S. E. MERRY, *Global Human Rights and Local Social Movements in a Legally Plural World*, Canadian Journal of Law and Society, 12, 1997, pp. 247-271, pubblicato anche in M. MUNDY, *Law and Anthropology*, in The International Library of Essays in Law and Legal Theory, second series, Dartmouth, Ashgate, 2002, in particolare p. 324 ss.

²³⁵ vedremo più avanti le interessanti riflessioni della sociologia e della teoria generale e post-moderna del diritto (globale), per il momento cfr. *Law: A Map of Misreading; Toward a Postmodern Conception of Law*, in 14 *Journal of Law and Society* 279, 1987; disponibile anche in francese, B. DE SOUSA SANTOS, *Droit: une carte de lecture déformé. Pour une conception post-moderne du droit*, in *Droit et Société* 10/1998, p. 363-390; ed anche G. TEUBNER, "Global Bukowina": *Legal Pluralism in the World Society*, in G.

tra culture, le quali, per molti aspetti, non possono più essere considerate (e comparate) utilmente come sistemi isolati ed impermeabili²³⁶. Vista sotto queste luce, una teoria genuinamente trans-culturale dei diritti dell'uomo, anche se pare ancora in larga parte da edificare, si colora di un interesse concreto, di cui precedentemente era priva, anche per l'antropologo del diritto.

Solo in seguito a questi cambiamenti il tema del pluralismo giuridico²³⁷ comincerà ad essere utilmente combinato con quello dei diritti dell'uomo ed applicato nella ricerca (antropologica prima che giuridica) di valori universali e degli strumenti per tutelarli. Non è un caso che ciò sia avvenuto soltanto in tempi recenti (anni '80-'90), in rapporto alla riscoperta moderna del concetto di pluralismo giuridico (anni '60-'70): il contesto della riflessione sui diritti dell'uomo appare infatti profondamente mutato. Ritroviamo traccia di ciò nelle parole di Christoph Eberhard, un giovane studioso francese, interamente dedito al tema: “[...]si le monde “rétrécit” de plus en plus, il devient par ce fait aussi davantage interculturel. Continuer a raisonner dans

TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997 (pp. 3-28)

²³⁶ Cfr. C. EBERHARD, *Les droits de l'homme face à la complexité: une approche anthropologique et dynamique*, *Droit et Société* 51/52-2002, p. 456: “Nous ne savons pas si nous nous acheminons vers un “millénaire des droits de l'homme”, mais ce qui est sur c'est que la manière d'aborder la question des droits de l'homme est en train de se renouer d'une manière originale dans le contexte contemporain de globalisation.”

²³⁷ L'osservazione di una molteplicità di livelli o ordini giuridici collocati non solo in una dimensione geograficamente orizzontale (*side-to-side*), ma anche in una dimensione verticale (*up-and-down*), rende interessante l'analisi delle interrelazioni tra i vari livelli locali, statali, nazionali, regionali e globali, cioè la ricerca sul pluralismo giuridico. Cfr. S. E. MERRY, *Global Human Rights and Local Social Movements in a Legally Plural World*, cit.

des termes universalistes et relativistes n'apparaît donc plus comme satisfaisant. Une mise en tension créatrice des diverses traditions, leur enrichissement mutuel et leur articulation réciproque, bref un approche pluraliste basée sur une démarche dialogale semble indispensable²³⁸.

L'area francese si dimostra oggi sicuramente la più produttiva, e la più interessata al tema. La riflessione è particolarmente viva all'interno di alcune arene ed istituzioni di ricerca, tra queste figurano: il *Laboratoire d'Anthropologie Juridique* (LAJP)²³⁹, fondato nel 1965 da Michel Alliot e diretto oggi da Etienne LeRoy, il Centro *Droit et Cultures*²⁴⁰, fondato da Raymond Verdier nel 1979, il *Reaseau Droit, Cultures, Langages* (1995)²⁴¹ e il *Reseau Européen Droit & Societé*²⁴². Le principali riviste su cui vengono pubblicati i risultati delle ricerche sono *Droit et Cultures*, *Droit et Societé* e *Droits*, oltre alla pubblicazione on-line sui rispettivi siti, ormai sempre più diffusa. Tutti questi centri di ricerca universitaria hanno sempre dedicato una parte rilevante delle proprie risorse ed attività alla ricerca antropologica sul tema dei diritti dell'uomo. Oggi, in particolare è attivo, in seno al LAJP, il *Groupe de travail Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel* (DHDI)²⁴³, che riunisce i principali ricercatori in materia. La sua

²³⁸ Cfr. C. EBERHARD, *Les droits de l'homme face à la complexité: une approche anthropologique et dynamique*, cit., p. 456

²³⁹ Accessibile da <http://penelope.u-paris10.fr/gdr1178/lajp.htm>

²⁴⁰ Accessibile da <http://www.u-paris10.fr/gdr1178/centredc.htm>

²⁴¹ Accessibile da <http://penelope.u-paris10.fr/gdr1178/dclbis.htm>

²⁴² Cfr. <http://www.reds.msh-paris.fr/>

²⁴³ Cfr. <http://sos-net.eu.org/reds/dhdi>

creazione (1998) e la rilevante ed autorevole produzione scientifica (consultabile interamente in <http://sos-net.eu.org/reds/dhdi>) sono il sintomo dell'attualità e dell'importanza del tema dei diritti dell'uomo per la dottrina francese. Sempre Christoph Eberhard distingue le due fasi dell'attenzione antropologica per i diritti dell'uomo, illustrando il mutamento di contesto che ha portato alla creazione del gruppo : "La première est celle des années 1980 où ce thème n'était pas vraiment d'actualité, ni dans le domaine politique, ni dans le domaine de la recherche scientifique. C'est à cette époque qu'émerge au LAJP la réflexion sur les droits de l'homme au travers d'un questionnement sur la (prétendue) universalité du droit occidental. Elle débute sous la forme d'un questionnement du modèle étatique occidental et de son droit en rapport avec l'explicitation de l'originalité du modèle communautaire et de la coutume caractéristiques des sociétés traditionnelles africaines. Elle se cristallise ensuite dans l'élaboration d'une démarche comparative originale qui constitue encore aujourd'hui les fondements de la recherche sur les droits de l'homme au LAJP. Dans une deuxième phase, correspondant aux années 1990, la demande d'une réflexion interculturelle sur les droits de l'homme s'accroît, et la recherche s'oriente de la remise en question de l'universalisme vers un questionnement sur des approches interculturelles possibles. Ceci s'explique aisément si nous gardons à l'esprit que 1989 est l'année de la chute du mur de Berlin qui marque le passage d'un monde dichotomique partagé entre le "monde libre" et le "monde communiste" auxquels s'ajoutent les "nations non alignées" à un monde qui s'affirme de plus en plus pluripolaire et dans

lequel souffle un "vent de démocratisation". On peut caractériser cette période par une application plus spécifique et plus explicite des résultats des années 1980 à des interrogations touchant aux droits de l'homme lesquels peuvent être répartis selon deux axes de recherche : l'un portant plutôt sur l'élaboration d'une théorie ou d'une théorisation interculturelle des droits de l'homme, l'autre s'intéressant davantage aux problématiques de l'interculturalité par rapport à des situations concrètes relatives aux droits de l'homme²⁴⁴.

7. Law and development

L'attention per la relazione tra diritto e sviluppo, a differenza della tematica dei diritti umani, ha origini relativamente remote. Inoltre, almeno nei tempi più risalenti, l'area culturale protagonista è quella anglofona, nordamericana in particolare. Il tema ha origini sociologiche: già Max Weber si interrogava criticamente sulle modalità (vantaggi e limiti) con cui utilizzare il diritto come strumento per influenzare l'economia ed ingenerare mutamenti nella società²⁴⁵. In *Economia e Società*, in particolare nella sezione dedicata alla sociologia del diritto, Weber compie un'analisi storica

²⁴⁴ C. EBARHARD, *Les Droits de l'Homme au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris – Origines et développement d'une problématique*, in *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, n° 23, Juillet 1998, p. 23-24

dei legami tra i caratteri del diritto e l'ascesa del modo di produzione capitalista nell'area europea. La conclusione a cui giunge, in un'ottica storica, evidenzia un ruolo molto importante giocato dal diritto, così come strutturato e concepito in occidente, nello sviluppo del capitalismo. In un'ottica comparata la stessa conclusione dimostra che altre civiltà, dotate di mentalità e strutture giuridiche diverse, non hanno raggiunto gli stessi risultati. I caratteri essenziali che differenziano il diritto occidentale da altri sistemi giuridici, come l'autonomia della *rule of law*, il basso livello di discrezionalità, l'alto grado di prevedibilità della norma giuridica, sono stati determinanti per la nascita e la diffusione dell'economia capitalista. Se c'è un legame tra lo sviluppo del capitalismo e i caratteri strutturali del sistema giuridico, quest'ultimo potrà utilmente essere visto come uno dei principali motori dello sviluppo economico.

Il dibattito scientifico nord-americano sul tema *law and development*²⁴⁶, prende le mosse proprio dalla confutazione delle idee fondamentali di Weber sulle relazioni tra strutture giuridiche e

²⁴⁵ Per un'ottima analisi riassuntiva, che chiarisce il pensiero di Weber sui rapporti diritto-sviluppo, cfr. D. M. TRUBEK, *Max Weber on the rise of Capitalism*, Wisconsin Law Review, 1972, p. 822-867

²⁴⁶ Tra i contributi più conosciuti, cfr. M. GALANTER, *The Modernisation of Law*, in Myron Weiner, ed., *Modernisation: the dynamics of growth*, Voice of America, N.P. 1966; GALANTER e TRUBEK, *Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States*, 1974, Wisconsin Law Review, p. 1062; FRIEDMAN, *Legal Culture and Social Development*, in *Law and Society Review*, 4, 1969, pp. 29-44, ma già apparso in *Law and the behavioural sciences*, 1964, pp. 813-821; SEIDMAN, *Law and Development: a General Model*, in *Law and Society Review*, 6, 1972, pp. 311-342; D. TRUBEK, *Law, Planning and Economic Development*, in *Yale Law Journal*, 1972; TRUBEK, *Toward a social theory of law: an essay on the study of law and development*, 1972, 82 *Yale Law Journal*, p. 1

sviluppo economico, ma appare anche fortemente influenzato dai movimenti realisti e post-realisti (ragione del suo epicentro negli USA). Alla base del discorso troviamo la stessa esaltazione delle capacità del diritto come strumento di ingegneria sociale, che abbiamo tratteggiato descrivendo il contesto in cui nasce la riflessione antropologica sulle società complesse. Durante gli anni '60 ed i primi '70, il diritto appare (ai giuristi nord-americani) un strumento potente, capace di creare giustizia sociale nel "primo mondo" (cfr. più sopra il contesto del caso *Brown*), e di ingenerare, nei paesi del "terzo mondo", lo sviluppo e la c.d. modernizzazione. Questa letteratura incita i paesi non occidentali ad adottare norme giuridiche e istituzioni che favoriscano lo sviluppo economico, un'attività non molto diversa da quella oggi condotta per mezzo delle istituzioni internazionali che propongono modelli giuridici di sviluppo.

L'entusiasmo iniziale sarà progressivamente raffreddato nel corso degli anni '70 dalla diffusione di studi maggiormente critici, i quali evidenziano i limiti delle capacità del diritto di trasformare la società, le difficoltà di pianificare e prevedere con precisione le conseguenze delle riforme legali, e la necessità di pensare il campo giuridico in connessione più stretta con l'economia, la religione e la mentalità culturale in generale (anche i contributi di Sally Falk Moore possono essere letti in questo senso). Si dichiara generalmente la "morte" del movimento *law and development* verso la metà degli anni '70. Tuttavia, come dimostra oggi la sua importanza internazionale, l'attenzione giuridica al tema dello sviluppo è tutt'altro che tramontata. Essa appare però inserita in un contesto più

dinamico, che tratta la dimensione giuridica in modo inseparabile da quella sociale, politica ed economica, le quali si esprimono anche in ordini normativi diversi da quello statale. Questi ultimi sono particolarmente presenti ed importanti nel contesto dei paesi c.d. in via di sviluppo. Oggi l'interesse per il pluralismo giuridico nel campo del diritto dello sviluppo deriva proprio dalle interrelazioni tra queste dimensioni, le cui esigenze sono spesso rappresentate da poteri, agenzie e strutture diverse (ad esempio a livello locale, statale, regionale, ecc...).

L'approccio antropologico più moderno ha criticato la nozione di "sviluppo" come etnocentrica, mettendone giustamente in luce l'estraneità per molte culture tradizionali. Anche all'interno del nostro stesso contesto culturale sono evidenti gli influssi della mentalità evolucionista e del colonialismo su questa nozione. Fino a metà dell'ottocento infatti il termine "sviluppo" aveva un significato simile a quello che oggi conserva nel campo della fotografia, come sinonimo di rivelare, svelare, rendere visibile un'immagine latente²⁴⁷. Nei significati che il termine acquista successivamente a questa data non è difficile individuare una visione del mondo radicata nella sola cultura occidentale, costituita, ad esempio, dall'idea illuminista di Progresso, dalla visione lineare del tempo di matrice giudaico-cristiana, dall'idea che l'uomo domini razionalmente la natura e gli

²⁴⁷ Cfr. le voci *sviluppare* e *sviluppo*, in *Vocabolario della Lingua Italiana*, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989

altri esseri viventi, dalla concezione della società come organismo caratterizzato da una crescita, ecc...²⁴⁸

Levy Strauss (*Razza e Storia*, 1952) ha dimostrato che non esiste una evoluzione unica e monodirezionale del cammino umano e soprattutto non è giustificato applicare ad ogni civiltà i criteri tecnici e cumulativi che caratterizzano gli esiti (essi stessi discutibili se commisurati a valori o a differenti maniere di intendere le conoscenze e i loro usi sociali) della civiltà industriale europea²⁴⁹. Oggi ciò rimane certamente valido sul piano teorico e morale, però sarebbe difficile, o poco utile, svolgere ulteriormente questa posizione, perché praticamente nessuna società si può sottrarre al confronto con i modi di vita occidentali. Per l'antropologia si è reso indispensabile un cambiamento simile a quello prodottosi nel campo dei diritti dell'uomo: dal sostenere relativisticamente una pluralità di "sviluppi" propri ad ogni cultura allo studio delle interrelazioni tra diversi livelli che propongono modelli di sviluppo. In altre parole oggi lo "sviluppo" non è costituito da un insieme di ricette economico-giuridiche, che possono circolare ed essere esportate come la tecnologia, i transistor e le Land Rover; ma non appare neanche come un insieme di strade percorse da varie culture indipendentemente le une dalle altre. L'interesse del tema sta proprio nei risultati prodotti dall'interazione di vari modelli di sviluppo, rispondenti ad esigenze ed interessi diversi. Nel futuro sembra

²⁴⁸ Cfr. N. ROULAND, *Aux confins du droit*, cit., pp. 138-199

²⁴⁹ Cfr. la voce *progresso*, in *Enciclopedia Garzanti di Filosofia*, ed. Garzanti, 1993

abbastanza improbabile che in questa situazione complessa di pluralismo lo sviluppo possa essere favorito rafforzando un dominio dello Stato su ogni settore economico e sociale, come avvenuto nella storia dell'occidente. In realtà le direzioni già intraprese dai paesi in via di sviluppo sembrano essere più complesse ed originali, e il pluralismo giuridico lo strumento indispensabile per rappresentare questa complessità²⁵⁰.

8. I paesi non appartenenti alla tradizione occidentale

A partire dalla sua formulazione moderna il pluralismo giuridico è stato incluso tra gli strumenti del diritto comparato, in qualità di concetto idoneo a rappresentare un fenomeno comune a più di una tradizione giuridica. Il suo impiego è stato duplice:

²⁵⁰ Per una panoramica sul tema, che tratteremo in seguito, cfr. un attuale programma di ricerca del Max Planck Institute for Social Anthropology, diretto dal Prof. Franz Von BENDA-BECKMANN, in cui si legge: "But there are other developments as well. State law itself seems to open up to more plurality, i.e. it recognises influences from international law, while under certain circumstances customary and religious law is acknowledged in countries where it was unheard of before. Recently, international and trans-national laws, such as conventions of the United Nations concerning indigenous peoples, international human rights and trans-national economic regulations (lex mercatoria) and institutions like the General Agreement on Tariffs and Trade, the World Trade Organisation, the World Bank, the Asian Development Bank, bilateral development agencies as well as trans-nationally operating non-governmental organisations (NGO) have begun to play an increasingly important role in the course of globalisation processes. Not only do they regulate international relations, but they often have a direct impact on social and economic relations in small-scale settings within nation states" (<http://www.eth.mpg.de/research/legal.html>)

comprendere diritti considerati “diversi”²⁵¹, specie nella macro-comparazione (oggetto del presente paragrafo) e fornire un criterio per la classificazione dei sistemi giuridici (oggetto del prossimo).

Il lavoro del comparatista presuppone che questi si collochi in una posizione di terzietà rispetto agli oggetti studiati, allo scopo di misurare le analogie e le differenze tra i sistemi giuridici senza cadere nell’errore di interpretare un sistema per mezzo delle categorie di un altro²⁵². In molti ammettono oggi l’insufficienza delle categorie elaborate dalla scienza giuridica occidentale per comprendere i sistemi non appartenenti alla *Western Legal Tradition* (d’ora in poi WLT). Da un punto di vista più pratico, questi limiti sono evidenziati dalle difficoltà di proporre un modello ideale di sviluppo giuridico, che non sia un trapianto del diritto occidentale e sia compatibile con le realtà socio-culturali locali²⁵³. Il diritto comparato ha dunque

²⁵¹ Nella classificazione di René David (*Les grands systèmes de droit comparé*, Dalloz, Paris, 1982) le famiglie dei diritti musulmano, indiano, cinese, giapponese e africano, erano confinate nel capitolo “*autres conceptions de l’ordre social et du droit*”, preceduto da quelli dedicati alla famiglia romano-germanica, alla famiglia dei diritti socialisti e a quella di common law. Questa impostazione è oggi largamente superata nella sistemologia, che classifica i sistemi secondo criteri meno etnocentrici.

²⁵² Sul fine del diritto comparato e sulla sostanziale differenza che intercorre tra la scienza di *comparare* i sistemi giuridici e la *conoscenza* di uno o più diritti stranieri cfr. quanto già scritto più sopra

²⁵³ Era il 1962 quando il grande comparatista René David, autore della prima e migliore riflessione sulla classificazione dei sistemi giuridici (*Les grands systèmes de droit comparé*, cit.), fu incaricato dal governo dell’Etiopia di redigere il progetto del codice civile. Egli stesso si propone di scrivere “un système nouveau [...] dont la base serait fournie par des considérations d’ordre économique plus que par l’observation de données sociologiques: le Code étant conçu comme un instrument politique destiné à dessiner dans certaines voies le développement du pays, plutôt que comme un recueil folklorique de coutumes qui souvent entraveraient ce développement [...]” (R. DAVID, *La réforme du Code Civil dans les Etats Africains*, Annales

grande bisogno di strumenti tassonomici il più possibile trans-culturali, in vista di uno dei suoi scopi principali: conoscere e spiegare tradizioni giuridiche differenti da quella occidentale, che risulterebbero semplicemente non-giuridiche se misurate con i parametri del giurista municipale.

L'area del diritto comparato in cui l'impiego del modello pluralista è più diffuso è tradizionalmente lo studio dei diritti africani²⁵⁴. La tipica situazione di pluralismo giuridico studiata in questo campo è quella creata principalmente per effetto della colonizzazione, cioè il fenomeno della *stratificazione*²⁵⁵. Senza un'analisi stratigrafica il "diritto africano" è praticamente impossibile da rappresentare. Per dirla con Rodolfo Sacco, "la molteplicità di modelli presenti in ogni territorio africano pone un problema a chi voglia conoscere il diritto di quel continente: come ordinare il materiale da studiare? *La risposta è univoca. La cultura africana dev'essere studiata cogliendo ordinatamente gli strati che si sono sovrapposti*"²⁵⁶.

Gli "strati" generalmente considerati sono:

Africaines, 1, 1962, p. 161). La conseguenza fu duplice: il Codice Civile etiope non è stato praticamente mai applicato dalla popolazione, né ha contribuito allo "sviluppo" del paese.

²⁵⁴ Cfr. M. GUADAGNI, *Legal Pluralism*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, P. Newman Ed., 1998

²⁵⁵ Specie nella letteratura anglofona (Sack, Hooker) si parlava di dualismo tra diritto coloniale e diritto tradizionale, ma già prima del periodo coloniale la diffusione dello strato religioso shariatico sullo strato tradizionale costituiva un esempio di pluralismo giuridico.

²⁵⁶ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, p. 544; il *corsivo* è nostro.

1. il diritto consuetudinario (con le sue varianti locali, dunque *i* diritti consuetudinari);
2. il diritto di natura religiosa (Sharia islamica nella maggior parte dei casi, ma anche diritto copto o di matrice cristiana);
3. il diritto di matrice europea (a partire dall'epoca coloniale);
4. i modelli ispirati ai paesi socialisti europei o asiatici;
5. il diritto ufficiale dello Stato indipendente;
6. i modelli transnazionali in contesti giuridici regionali e internazionali.

Sebbene questi strati si siano sedimentati in epoche storiche differenti, nessuno di essi si è completamente sovrapposto al precedente, dando vita ad una interazione tra sistemi giuridici diversi a seconda delle aree del diritto (la matrice religiosa, per esempio, sarà più forte nelle relazioni familiari, quella trans-nazionale nelle relazioni economiche).

In questa accezione il pluralismo giuridico sembra essere un carattere particolarmente forte del diritto africano, che lo accomuna alle altre culture giuridiche che hanno vissuto l'esperienza della colonizzazione europea, ma lo distingue alquanto dalla tradizione giuridica occidentale. Tuttavia la rappresentazione pluralista del diritto africano non si è fermata alla descrizione dei fenomeni di stratificazione. Essa ha dato risultati interessanti anche nello studio del c.d. mimetismo giuridico e del diritto sommerso.

Come scrive Marco Guadagni “la modernizzazione del diritto in Africa, cioè, intesa come adozione ufficiale di modelli giuridici stranieri, appare sempre più non come una reale opera di riforma, ma come un’operazione di facciata, volta ad accreditare all’esterno un’immagine moderna del paese e delle sue strutture sociali, dietro alla quale la realtà giuridica locale si evolve invece secondo itinerari diversi”²⁵⁷. E’ difficile oggi dare una rappresentazione verosimile di un diritto africano, senza tenere in conto molti di questi aspetti “mimetici”, ingenerati dalle pressioni interne ed esterne per la modernizzazione del diritto. Così lo Stato indipendente adotta costituzioni modellate su quelle dell’ex-madrepatria, che prevedono la separazione dei poteri e forme di democrazia parlamentare pluripartitica. Lo stesso accade per l’organizzazione amministrativa e il diritto procedurale, importati dalla realtà europea. Le istituzioni dell’economia internazionale impongono adeguamenti nel campo del diritto economico e sociale. La comunità internazionale richiede l’introduzione di strumenti che garantiscano la tutela dei “diritti umani”. Tutti i mutamenti giuridici ingenerati da questo tipo di pressioni, rivelano spesso che un modello giuridico, che non è in grado di funzionare nella realtà locale, è stato importato o imitato al fine di accreditare una certa immagine del paese o di ottenere certi aiuti. La realtà del diritto segue altre direzioni.

L’altro fenomeno messo in luce dal filtro del pluralismo giuridico è l’esistenza del c.d. diritto sommerso, cioè il diritto che non

²⁵⁷ M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 30

è ufficialmente espressione dello Stato. Spesso ed in molti campi, infatti, lo Stato africano non è in grado di estendere l'effettivo dominio del suo diritto in tutto il paese, e dunque non è in grado di imporsi sulle forme di regolamentazione spontanea legittimate da altre fonti. Questo tipo di regolamentazione spontanea, che copre i vuoti della copertura giuridica statale, può risultare illecita, cioè in contrasto con una regolamentazione statale più o meno efficace (ma il giurista africanista non può permettersi di ignorare i fenomeni di illiceità, confinandoli nel campo del non-diritto), o a volte semplicemente non ufficiale, cioè non riconosciuta o regolata dallo Stato (*unofficial law*). La rilevanza di questo fenomeno e le analogie con alcune dinamiche attuali nelle società industrializzate, hanno indotto nel 1981 la redazione della rivista *African Law Studies* a mutare il nome in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*.

Un'altra area degli studi comparatistici che ha posto in evidenza l'indispensabilità del pluralismo giuridico è quella dei diritti asiatici. Sul tema è particolarmente interessante la prospettiva del giurista giapponese Masaji Chiba²⁵⁸. Le sue numerose opere dimostrano la specificità culturale di una concezione asiatica del diritto, fondamentalmente differente da quella occidentale. Il fatto di essere un giurista non appartenente alla WLT, gli permette di

²⁵⁸ Cfr. ad esempio M. CHIBA, *Asian indigenous law, in interaction with received law*, Londra-New York, 1986; M. CHIBA, *Legal pluralism: toward a general theory through Japanese legal culture*, Tokyo, 1989; CAPELLER e T. KITAMURA, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, 1998

presentare i propri dati in modo positivo e non per differenza rispetto al modello occidentale. Il punto di partenza per costituire ed utilizzare categorie giuridiche non occidentali è prendere in considerazione tutte le regole che operano in un dato contesto socio-culturale, nonché le strutture che ne permettono il funzionamento ed i fattori esterni che condizionano quest'ultimo. Lo schema fondamentale che Chiba utilizza al fine di descrivere i diritti della famiglia asiatica e renderne possibile una comparazione con quella occidentale è articolato su tre livelli: *official law*, ovvero il diritto dello Stato o da questi riconosciuto, *unofficial law*, ovvero il diritto effettivamente applicato ma non riconosciuto dallo Stato, *legal postulate*, ovvero l'insieme di valori e ideali che fondano e legittimano il diritto statale e non-statale²⁵⁹. Quest'ultimo concetto ha una rilevanza particolare, in quanto costituisce la vera e propria identità culturale di un sistema giuridico (*identity postulate of a legal culture*). In questa categoria, che il comparatista non può non tenere in considerazione, rientrano quei "fattori esterni" che condizionano la concezione ed il funzionamento di un sistema giuridico nel suo complesso.

La tenuta di questo schema sarà verificata non solo con riferimento alla famiglia asiatica²⁶⁰; l'opera di Chiba consente anche di far luce nella ricerca di criteri classificatori non etnocentrici dei sistemi giuridici.

²⁵⁹ M. CHIBA, *Legal pluralism: toward a general theory through Japanese legal culture*, cit., p. 54

²⁶⁰ M.CHIBA, *Asian indigenous law, in interaction with received law*, cit.; i vari contributi, coordinati da Chiba, provengono da India, Tailandia, Egitto, Iran, Sri Lanka e Giappone.

9. La classificazione dei sistemi giuridici

I comparatisti sono soliti classificare i sistemi giuridici in famiglie. Alla base di questa attività vi è la convinzione che certe caratteristiche profonde, macroscopiche, che accomunano alcuni sistemi distinguendoli da altri, possano essere meglio colte²⁶¹. La classificazione che si è imposta nei manuali istituzionali di sistemologia è essenzialmente quella proposta da René David nel 1962²⁶². Come abbiamo ricordato più sopra in nota, egli divide il suo manuale in quattro aree: a) common law, b) civil law, c) paesi socialisti, d) “autres conceptions de l’ordre social et du droit”, in cui rientrano le tradizioni giuridiche diverse da quella occidentale, come quelle musulmana, indiana, cinese, giapponese e africana. E’ significativo ricordare che David introduce il punto d) nel modo seguente: “Quatre titres seront successivement consacrés au droit musulman, au droit de l’Inde, aux droits de l’Extreme-Orient et aux droits de l’Afrique et du Madagascar. *Ces droits, il est à peine besoin de le noter, ne constituent pas une famille. Ils sont, les uns par rapport aux autres, des étrangers. Le seul élément qui nous ait conduit à en grouper l’étude dans la quatrième partie de cet ouvrage est le fait*

²⁶¹ Per la dimostrazione dell’utilità scientifica della classificazione in famiglie -cosa che avviene anche in altre scienze, prima fra tutte la linguistica- cfr. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

²⁶² Cfr. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit.

qu'ils s'appuient, les uns et les autres, sur des conceptions toutes différentes de celles qui prévalent dans les pays d'Occident; il nous a paru fondamental de montrer, en les étudiant, que les modes de pensée occidentaux ne règnent pas de façon exclusive ni incontestée dans le monde'²⁶³.

Nonostante questa saggia puntualizzazione oggi una tale classificazione è accusata di etnocentrismo e sicuramente se ne rende necessaria di una revisione. La riscoperta del pluralismo giuridico e la migliore conoscenza dei sistemi giuridici non appartenenti alla tradizione occidentale, hanno reso possibile e necessario individuare criteri di classificazione meno euro-centrici²⁶⁴. Inoltre dai tempi di René David -era il 1962- vi sono stati mutamenti di grande rilievo nella carta geografico-giuridica del mondo. Tra questi, il crollo dell'ideologia comunista nell'Europa orientale, il suo contemporaneo successo in Cina, l'accresciuta rilevanza del diritto giapponese, la presa di coscienza delle peculiarità del mondo islamico, la crescente indipendenza del mondo africano, il venir meno della netta contrapposizione *common law/civil law*, ricomprese oramai nella nozione di tradizione giuridica occidentale²⁶⁵. La critica

²⁶³ Cfr. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit., p. 366, il corsivo è originale

²⁶⁴ Su questo punto insiste Luca Castellani nell'introduzione a M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, cit., pp. 11-12

²⁶⁵ Cfr. U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, I, 775; insistono su questi punti anche i redattori dell'opera *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di Antonino Procida Mirabelli di Lauro (cit.), il cui manifesto recita: "La carta geografico-giuridica del mondo è oggetto di mutamenti epocali che vanno dalla graduale convergenza fra i sistemi occidentali, al ridimensionamento del modello socialista, alla presa di coscienza del mondo

all'impostazione euro-americano-centrica²⁶⁶ e la comparsa di strumenti che consentono una classificazione alternativa hanno portato alla proposta di introdurre una famiglia "pluralista" al posto di quella "residuale" di R. David.

Tra i primi in questo senso si è distinto Filip Reyntjens²⁶⁷, un autore belga. Egli sottolinea che nella presentazione di David le concezioni giuridiche diverse da quella occidentale sono considerate su un piano molto astratto e, in fondo, poco realistico (nel senso di *law in action*). In particolare non viene data abbastanza rilevanza alle dinamiche di interazione tra queste mentalità giuridiche "altre" e i campi normativi effettivamente operanti nella realtà, primo fra tutti l'ordine giuridico statale. Come notano anche Gordon Woodman e Masaji Chiba, a partire dall'epoca coloniale certe strutture giuridiche occidentali, come lo Stato -e oggi i modelli proposti dalle agenzie internazionali- si sono diffuse in tutto il mondo, e praticamente ogni paese è tenuto a confrontarsi con l'egemonia dei modelli giuridici

giuridico non occidentale. Di fronte a tale accelerazione storica la comparazione giuridica è chiamata ad una radicale revisione delle proprie categorie ordinanti. La dottrina occidentale stenta a star dietro al cambiamento. La presente opera mira a raccogliere la sfida sul presupposto che, in una prospettiva non eurocentrica, i diversi modelli di organizzazione sociale fondati sulla prevalenza del diritto (*rule of law*), su quella della politica (*rule of politics*) o su quella della tradizione (*rule of tradition*) abbiano tutti la medesima dignità. Di qui il superamento della sistemologia tradizionale". I firmatari sono G. AJANI, F. CASTRO, M. GUADAGNI, U. MATTEI, P. G. MONATERI, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

²⁶⁶ Tra le più citate J. VANDERLINDEN, *A propos des familles de droits en droit civil comparé*, in *Hommages a R. Dekkers*, 1982

²⁶⁷ Cfr. F. REYNTJENS, *Note sur l'utilité d'introduire un système juridique "pluraliste" dans la macro-comparaison des droits*, *Revue de droit internationale et de droit comparé*, 1991, p. 41-50

occidentali²⁶⁸. Come sappiamo dall'esperienza dell'antropologia giuridica dell'epoca coloniale²⁶⁹, la ricezione di questi modelli ingenera situazioni di accentuato pluralismo giuridico. Ne consegue che tradizioni giuridiche storicamente autonome e diverse si trovano accomunate dal criterio unificatore del pluralismo giuridico, che consente di osservare una prevalenza *quantitativa* delle componenti non statali del diritto effettivamente applicato, a differenza di quanto accade nei sistemi euro-americani, dove il diritto statale occupa una posizione assolutamente centrale.

Proseguendo sulla strada indicata da Vanderlinden e Reyntjens, altri autori si sono mossi nella ricerca di classificazioni non eurocentriche dei sistemi giuridici. Nell'opera di Chiba²⁷⁰, per esempio, alla raggiunta consapevolezza dell'unità dei sistemi giuridici appartenenti alla *Western Legal Tradition*, viene contrapposta una visione non-occidentale del diritto, di cui la prevalenza quantitativa del pluralismo giuridico è uno dei tratti caratterizzanti. Constatato però che il pluralismo giuridico è un dato universale, l'Autore propone un sistema di classificazione basato su tre dicotomie, che danno ragione delle tensioni presenti nei vari sistemi. Ogni sistema

²⁶⁸ Cfr. G. WOODMAN, *Droit comparé général*, in CAPELLER e T. KITAMURA, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, 1998, p. 120

²⁶⁹ gli antropologi inglesi furono i più attenti a individuare un dualismo (*legal dualism*) tra il diritto coloniale importato e le altre regolamentazioni locali; Per tutti M.B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975

²⁷⁰ le due opere a cui ci riferiamo sono sempre *Asian indigenous law, in interaction with received law*, cit., e *Legal pluralism: toward a general theory through Japanese legal culture*, cit.

giuridico può così trovare una collocazione sulle tre coordinate fondamentali individuate da Chiba:

- *official law – unofficial law*, cioè la tensione tra diritto creato o riconosciuto dallo Stato e ordini normativi diversi dallo Stato;
- *legal rules – legal postulates*, ovvero la tensione tra regole formalizzate e i valori ideali, che giustificano, orientano l'interpretazione, suppliscono e adattano le regole formali;
- *indigenous law – transplanted law*, tensione che da ragione dei fenomeni di circolazione e di trapianto giuridico.

In un articolo del 1994 Ugo Mattei ha proposto una tripartizione sistemologica dinamica fondata sul ruolo del diritto come strumento di organizzazione sociale: 1) la prevalenza del diritto (*rule of law*); 2) la prevalenza della politica (*rule of politics*); 3) la prevalenza della tradizione filosofica e religiosa (*rule of tradition*)²⁷¹. La dinamicità consiste nel fatto che “elementi della *rule of law* (Western Legal Tradition) sono oggi riscontrabili ad un livello più o meno superficiale del diritto in tutti i sistemi del mondo. Lo stesso è

²⁷¹ Cfr. U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, I, 775

vero di elementi degli altri due modelli”²⁷², in ciò la maggiore distinzione dalla rappresentazione (statica) di David. Il livello di osservazione a cui l’Autore propone di collocarsi è quello del diritto come “organizzazione sociale”²⁷³, nel senso ampio di regole che presiedono alla gestione della generalità dei rapporti sociali quotidiani, sia nella loro dimensione fisiologica che in quella patologica (trasgressione). Il criterio di classificazione è un criterio di *prevalenza*, cioè una valutazione quantitativa di elementi che potrebbero trovarsi in tutti i sistemi. Ogni sistema giuridico, dunque, può essere collocato su un punto del perimetro di un triangolo equilatero, i cui vertici sono *Law*, *Politics* e *Tradition* (“come tre punti cardinali di un’immaginaria mappa giuridica del mondo”)²⁷⁴:

- la prevalenza della *rule of law* caratterizza la tradizione giuridica occidentale. Essa è basata su: a) l’*autonomia* del circuito giuridico nettamente distinto da quello politico; b) la *secolarizzazione* del diritto a cui consegue la legittimazione essenzialmente tecnica

²⁷² Cfr. U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, cit., p. 781

²⁷³ Questa prospettiva ricorda quella espressa da Von Hayek in merito all’unitarietà del concetto di “ordine” (cfr. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, 1982, trad. it. di Pier Giuseppe Monateri, *Legge, legislazione, libertà. Critica dell’economia pianificata*, Il saggiatore, 1994, p. 48 ss.). L’ autore concepisce l’ ordine “costruito” dalla legge (*taxis*) e l’ ordine spontaneo della società (*cosmos*) come due specie in seno ad un genere unitario

²⁷⁴ Cfr. U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, cit., p. 793

(e non religiosa, né politica) del giurista. Il punto a) segna il divorzio ideale tra diritto e politica, collocato simbolicamente all'epoca di Sir Edward Cooke, il punto b) quello tra diritto e tradizione, prodotto dalla c. d. rivoluzione universitaria del XII sec.;

- la prevalenza della *rule of politics* è presente in quei sistemi che in cui i circuiti del diritto e quelli della politica non presentano sfere di competenza autonome [punto a)]. In questa macro-famiglia rientrano molti paesi dell'area ex-socialista ed anche i paesi in via di sviluppo africani e latino-americani;
- la prevalenza della *rule of tradition* riunisce i sistemi in cui il divorzio diritto / tradizione-religione non si è verificato [punto b)]: una importantissima sfera di rapporti che noi consideriamo giuridici, sono governati da regole che (noi consideriamo) di natura tradizionale o religiosa. Questa categoria potrebbe denominarsi tradizione giuridica orientale e riunisce il diritto dei paesi musulmani, il diritto indiano e induista, e il diritto dell'estremo oriente (Cina, Giappone), di matrice confuciana.

Il pregio di questa classificazione sistemologica risiede sicuramente nella sua *dinamicità*, nel senso ricordato più sopra. Le

famiglie non sono più pensabili come contenitori statici (v. David), ma come paradigmi di organizzazione sociale, “modelli” a cui ogni sistema può essere considerato più o meno prossimo, sulla base di un giudizio complessivo di *prevalenza* (cioè un giudizio quantitativo)²⁷⁵.

Un limite all’universalità di questo approccio può essere rappresentato dal fatto che le tradizioni giuridiche diverse da quella occidentale sono classificate, in definitiva, sulla base di un “divorzio ideale” avvenuto nella storia della cultura occidentale²⁷⁶. Di conseguenza il giudizio di prevalenza, che consente di classificare questi sistemi “altri”, misura soprattutto la loro distanza dalla concezione occidentale del diritto. La tripartizione proposta non perde comunque la sua validità, soprattutto se si considerano le circostanze contemporanee per cui, come ricordato più sopra, praticamente ogni paese è tenuto a confrontarsi con l’egemonia dei modelli giuridici occidentali.

²⁷⁵ Questa è sostanzialmente l’impostazione di alcuni trattati recenti di Sistemi Giuridici Comparati, nella cui organizzazione la divisione in *modelli* ha sostituito quella, più statica, il famiglie. Cfr., in particolare, *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Torino, Giappichelli, 1997

²⁷⁶ La classificazione di M. Chiba sembra evitare questo limite e presentarsi come meno etno-centrica

PARTE TERZA**PLURALISMO GIURIDICO CONTEMPORANEO:
NUOVA RISCOPERTA?****Capitolo Ottavo****Nuovi ambiti di applicazione***1. Introduzione*

I “temi” indicati più sopra continuano a costituire degli ambiti promettenti nell’impiego del concetto e degli strumenti del pluralismo giuridico, e continuano ad essere oggetto di contributi anche molto recenti, nel quadro di alcuni dibattiti, largamente transnazionali e interdisciplinari, veicolati sia dalla lingua inglese che da quella francese.

E’ da rilevare, tuttavia, che negli ultimi anni sono emersi ambiti di applicazione del pluralismo giuridico del tutto nuovi e particolarmente significativi. Molti tra i più autorevoli giuristi, ma

anche sociologi, antropologi, filosofi, hanno cominciato ad interessarsi a temi legati alla c.d. *globalizzazione del diritto*. Come in tutti gli altri ambiti disciplinari, il vocabolo “globalizzazione” si dimostra essenzialmente privo di un campo semantico preciso, ed è dunque difficile utilizzarlo in senso tecnico. In via generale possiamo comunque affermare, che attualmente è in corso un dibattito, condotto esclusivamente in lingua inglese sulle più importanti riviste giuridiche anglo-americane, intorno alle dinamiche giuridiche conseguenti alla globalizzazione dell’economia, ed ai temi della mondializzazione, dei rapporti economico-giuridici post-coloniali, delle forme giuridiche di egemonia e di neo-imperialismo. Nei frequenti simposi ed incontri che ormai sono dedicati a questi temi, si usa spesso la locuzione *law and globalization*.

Questi dibattiti potrebbero determinare -o, forse, hanno già determinato- una certa diffusione del pluralismo come strumento a cui si ricorre sempre più sistematicamente per interpretare la realtà giuridica. Sempre più spesso il pluralismo costituisce il *framework* per le riflessioni sulle dinamiche di globalizzazione nelle prospettive più eterogenee: commercio transnazionale, economia internazionale, diritto privato, antropologia del diritto, diritto comparato, ecc... Una ricerca sul sito Westlaw, che riunisce le principali riviste giuridiche americane, può facilmente documentare come le parole *legal pluralism* ricorrano sempre più frequentemente e sempre più spesso associate al vocabolo *globalization*²⁷⁷. Nei paragrafi che seguono ci

²⁷⁷ La locuzione *Legal pluralism* compare nei testi di 1056 articoli, in 185 dei quali è associata al termine *globalization*. *Globalization* compare nel

occupiamo di due aree particolarmente vive di questo dibattito, che potremmo denominare *global legal pluralism*.

2. *Post-colonialismo e global legal pluralism*

Alcuni autori hanno recentemente sostenuto che la situazione economico-giuridica di molti territori ex-coloniali riproduce un ordine giuridico simile a quello coloniale²⁷⁸. Nell'approfondimento di questa analogia sono state riprese le categorie del pluralismo giuridico elaborate con riferimento al contesto coloniale, le quali evidenziano un dualismo tra l'ordine giuridico del colonizzatore (oggi transnazionale) e quello locale. Come nella situazione coloniale, anche oggi questi due ordini si presentano formalmente separati (nelle competenze, nei poteri, nella giurisdizione), ma rivelano in realtà profonde interazioni, che il concetto di pluralismo giuridico è in grado di spiegare.

titolo di 683 articoli. Gran parte del materiale delle riviste giuridiche americane, disponibile sul sito www.westlaw.com, riguarda solamente anni molto recenti. E' da notare che una simile raccolta di materiale dottrinario non ha alcun paragone sul continente europeo, nei quali i principali siti che contengono documenti giuridici, come quello dell'Unione Europea, ignorano semplicemente la dottrina

²⁷⁸ Cfr., per esempio, D. M. TRUBEK, Y DEZALAY, R. BUCHANAN, J. R. DAVIS, *Global Restructuring and the Law: Studies on Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas*, in *Case Western Law Review*, 44, 1994, p. 407 ss.; oppure E. DARIAN-SMITH, P. FITZPATRICK, *Laws of the Postcolonial (Law, Meaning and Violence)*, University of Michigan Press, 1999

Molti processi produttivi dei beni di consumo di massa (televisioni, giocattoli, computers, frigoriferi, ecc...), sono segmentati e geograficamente dispersi tra vari siti. Ogni impresa multinazionale gestisce un proprio network produttivo (IPN, *International Production Network*), che attraversa i confini di molti Stati. Questo network è assimilabile ad una rete informatica poiché è fortemente decentralizzato, e, generalmente, ogni stadio produttivo (come i siti o nodi di una rete) è sostituibile con alcune alternative²⁷⁹. Molti segmenti sono gestiti da imprese che organizzano temporaneamente la propria produzione secondo le esigenze dell'impresa che figura "produttrice" del bene di consumo, la quale, in realtà, gestisce e organizza la catena, che porta al bene finito.

Spesso questi segmenti produttivi sono localizzati in paesi che consentono all'acquirente di minimizzare i costi e pertanto offrono regimi fiscali favorevoli, forza lavoro a buon mercato e debole ingerenza di ogni tipo di legislazione locale (in particolare ambientale e lavoristica). Molte zone del sud-est asiatico, che un secolo fa costituivano zone franche (FTZ, *Free Trade Zones*), nel secondo dopoguerra si sono evolute nelle cosiddette *Export Processing Zones* (EPZ), le quali, oltre a garantire i vantaggi fiscali delle prime, si sono organizzate per la trasformazione e la produzione dei prodotti, che vengono esportati ovunque nel mondo. Nella produzione di beni

²⁷⁹ L'immagine risulta forse più chiara, pensando alla struttura di Internet o ad una ragnatela (*web*): le informazioni che si trasferiscono da un punto A ad un punto B, sono veicolate da un certo numero di punti intermedi. I percorsi che l'informazione può compiere per arrivare a destinazione di chi la richiede sono molteplici ed intercambiabili.

di consumo i segmenti tecnologicamente meno sofisticati, che richiedono maggiore forza lavoro, sono localizzati in EPZ. In queste zone le imprese locali, create spesso con la stretta partecipazione di organismi internazionali (come l'UNIDO, agenzia dell'ONU per lo sviluppo del settore industriale²⁸⁰) e del governo locale, interessato ad attrarre investimenti (infatti, di solito, predispone un apposito ministero), orientano le proprie strutture alle esigenze del “produttore” di beni di consumo²⁸¹.

Questa realtà ingenera una situazione di dualismo giuridico, che alcuni giudicano una prosecuzione della situazione coloniale²⁸². Su un territorio indipendente e sovrano interagiscono palesemente due domini politico-giuridici, quello locale e quello transnazionale. La separazione delle competenze e dei poteri tra questi due domini non può essere netta, ed è sempre frutto di una negoziazione tra interessi transnazionali e locali. E' sufficiente collegarsi a un sito internet di una di queste zone di produzione e esportazione, per percepire il grado di

²⁸⁰ Cfr. www.unido.org. Nel sito, l'agenzia Onu si descrive così la propria attività: “UNIDO, the United Nations Industrial Development Organization, has been working with governments, business associations and individual companies to solve industrial problems - and equip them to help themselves - for more than 30 years. With the march of globalization, UNIDO has never been needed more”.

²⁸¹ le informazioni contenute in questo paragrafo sono tratte dallo studio di M. LIKOSKY, *Dual Legal Orders: From Colonialism to High Technology* (manoscritto non ancora edito)

²⁸² Cfr. M. LIKOSKY, *Dual Legal Orders: From Colonialism to High Technology*, cit.; lo stesso autore ha organizzato a Lancaster (26-27 maggio 2003) un seminario sulla applicabilità delle categorie giuridiche coloniali a profili attuali del commercio transnazionale

interazione e lo strettissimo legame tra le esigenze della produzione transnazionale e quelle della politica locale²⁸³.

Lo schema del pluralismo giuridico è risultato utile non solo per descrivere il dualismo che caratterizza un certo territorio, ma anche per rappresentare direttamente gli aspetti giuridici dei *networks* di produzione dei beni di consumo. Per fornire un esempio, sull'etichetta della famosa bambola *Barbie*²⁸⁴ è scritto "made in China". Sappiamo dalla confezione, che questo giocattolo è prodotto dalla Mattel Inc. di El Segundo, California. Ma la catena produttiva di quest'oggetto è piuttosto complessa. Infatti nella regione di Guandong, nel sud della Cina, vi sono solo alcuni stabilimenti della Mattel, cioè i locali in cui le bambole vengono principalmente assemblate. Dunque dalla Cina provengono la forza lavoro, l'elettricità, ed un insieme di altre infrastrutture, che permettono l'attività sul territorio. E dalla Cina proviene anche il cotone di cui sono fatti i vestiti. Dal Giappone invece proviene il nylon di cui sono fatti i capelli, Taiwan raffina il petrolio proveniente dall'Arabia Saudita e lo trasforma in etilene con cui vengono fatte le parti plastiche del corpo. I macchinari per la gran parte dei processi

²⁸³ Chi scrive ha consultato www.epz.zw (Zimbabwe), www.bangladesh-epz.com (Bangladesh), www.philexport.org (Filippine), www.stph.net (India), www.fepz.com (India); per un'esempio concreto e di grande rilevanza si veda il sito di uno dei parchi tecnologici più grandi del mondo, chiamato la silicon valley del sud est asiatico: il Malaysia Multimedia Super Corridor (www.mdc.com.my), che si estende su un territorio di 15x50 Km a sud di Kuala Lumpur

provengono da Giappone, Stati Uniti ed Europa. Gli stampi -gli strumenti più costosi di tutto il processo produttivo- da Stati Uniti, Giappone e Hong Kong. Dagli Stati Uniti proviene anche il cartone per il *packaging* e i pigmenti per le colorazioni. Le operazioni bancarie e assicurative sono localizzate ad Hong Kong, che provvede anche al trasporto dei materiali grezzi e dei prodotti finiti²⁸⁵.

La frammentazione di questa catena produttiva è attuata in gran parte per mezzo di contratti, retti dalle regole del commercio internazionale. Tuttavia sarebbe assai riduttivo rappresentare il suo funzionamento ricorrendo unicamente all'idea di accordi tra gli attori che partecipano a singoli segmenti produttivi. Un giurista è abituato a domandarsi "chi governa questi processi?" oltre l'accordo tra i loro partecipanti, quali istituzioni, quali logiche giuridiche ne sono coinvolte? Ogni segmento produttivo, in realtà, coinvolge istituzioni, norme e procedimenti, in parte locali (aspetti fiscali, contratti locali, rapporti con i lavoratori, rapporti con le istituzioni locali), in parte globali (contratti internazionali, assetti finanziari, rapporti con istituzioni internazionali). L'idea del prodotto, il design, alcune forme di commercializzazione coinvolgono sia il diritto della proprietà intellettuale di vari paesi, sia quello internazionale contenuto nei TRIPS (gli accordi in seno al WTO). La disciplina del lavoro non è

²⁸⁴ l'esempio è tratto da F. SNYDER, *Governing Globalization, in Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, M. LIKOSKY Ed., Butterworth Lexis Nexis, 2002, p. 65 ss.

²⁸⁵ Davanti ad una simile catena produttiva multinazionale il giurista prova una certa difficoltà ad applicare il suo concetto unitario di "impresa". Cfr. J.P. ROBE', *L'ordre juridique de l'entreprise*, Droits, n° 27, 1997, pp. 163-177

influenzata solo dalle legislazioni locali, ma anche dai codici di condotta adottati dalle multinazionali e dalla pressione di organizzazioni non governative. L'assetto ed il funzionamento dell'intera catena produttiva non è influenzato solo dalle esigenze dell'offerta e dalla domanda del mercato, ma anche dalle restrizioni che a queste possono imporre istituzioni locali e internazionali (per esempio produrre prodotti in Cina assoggetta il produttore che vuole commercializzarli in Europa a delle restrizioni quantitative).

Se immaginare una catena di contratti internazionali tra privati risulta riduttivo, l'approccio che è forse più adatto a rappresentare questo tipo di assetti giuridici è pensare ad una rete, che collega diversi "siti": compiere una qualsiasi operazione, utilizzando questa rete (come produrre e commercializzare una *Barbie*), coinvolge una molteplicità di logiche giuridiche, se non proprio di ordinamenti. In ognuno di questi siti il diritto è coinvolto ed ha un certo ruolo, che può esprimersi in forme *hard*, come trattati e convenzioni internazionali (GATT), patti di integrazione regionale (NAFTA, Mercosur), istituzioni internazionali (UE), o in forme *soft* più o meno formalizzate, come la pratiche transnazionali delle grandi *law firms*, o gli INCOTERMS della Camera Internazionale di Commercio, o ancora i "codici di condotta" tra le società multinazionali di un certo settore.

3. *La teoria di un nuovo ordine giuridico*

Anche se il diritto è una dimensione della cultura particolarmente legata al territorio e all'esistenza di istituzioni formali (il legislatore, i giudici, l'amministrazione, ecc...), oggi risulterebbe problematico sostenere che non esiste un settore giuridico internazionale, popolato di istituzioni sovra-statali. Anche se la grande maggioranza degli operatori del diritto conosce ed applica solamente il proprio diritto nazionale, è innegabile che esistano le grandi *law firms*, e, con esse, una pratica giuridica trans-nazionale.

Nel diritto, il settore internazionale manifesta senza dubbio un'importanza crescente, e ciò ha portato alcuni giuristi ad impegnarsi sulla strada della globalizzazione giuridica, teorizzando l'emersione di un ordine giuridico mondiale²⁸⁶. Quest'ordine, più che sostituire le regolamentazioni nazionali, coesiste con esse ed esercita certe pressioni ed influenze²⁸⁷. Alla pari di ogni ordinamento giuridico anche quello internazionale è costituito tanto di elementi *formali* (trattati, convenzioni, accordi tra Stati sovrani, che talvolta danno vita

²⁸⁶ Cfr. L. M. FRIEDMAN, *One World: notes on the emerging legal order*, in *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, M. LIKOSKY Ed., Butterworth Lexis Nexis, 2002, pp. 23-40; ed anche G. TEUBNER, "Global Bukowina": *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, trad. it. "La Bukovina globale": *il pluralismo giuridico nella società mondiale*, *Sociologia e politiche sociali*, a. 2, n. 2, 1999, p(pp. 3-28)

²⁸⁷ *ordine giuridico mondiale* va dunque inteso nel senso di *livello*, una sorte di strato che si sovrappone e interagisce con alcuni altri. A tale riguardo rimandiamo alle motivazioni introduttive, nelle quali abbiamo trattato la configurazione giuridica *a livelli* paragonandola ad una situazione di *diglossia*.

a vere e proprie istituzioni politiche sovra-nazionali) quanto di elementi *informali* (consuetudini, pratiche, prassi contrattuali, documenti e regole non imperativi, rapporti di forza).

Prescindendo dalla distinzione pubblico-privato, che può essere molto fuorviante in ambito internazionale²⁸⁸, una caratteristica sempre più evidente del settore giuridico sovra-statale è la straordinaria prevalenza degli elementi informali su quelli formali. Una tale prevalenza è ormai in grado di mettere in crisi qualsiasi rappresentazione dell'ordine internazionale, basata sulle categorie classiche del diritto internazionale pubblico. Questa disciplina, secondo una trasposizione dell'atteggiamento del giurista nazionale, si occupa principalmente di istituzioni formali e dunque rappresenta soltanto una parte dell'ordine giuridico internazionale. Non è escluso che, nel prossimo futuro, le istituzioni internazionali raggiungano un miglior controllo sul settore informale, tuttavia, nella situazione attuale, non si può non considerare l'influenza e la centralità di quest'ultimo.

Secondo Gunter Teubner "il diritto globale (non internazionale!) emergente è un ordinamento di genere proprio, che non deve essere commisurato agli *standard* dei sistemi giuridici nazionali. Esso non è -come viene comunemente inteso- un *corpus* di diritto sottosviluppato, che ha certe deficienze strutturali in confronto al diritto nazionale. Piuttosto, il suo carattere peculiare in quanto diritto a pieno titolo lo distingue dal tradizionale diritto degli Stati-nazione. Tali caratteristiche possono essere spiegate dalla differenziazione

²⁸⁸ Cfr. A. MIELE, *La comunità internazionale*, Torino, Giappichelli, 1997

nell'ambito della stessa società mondiale. Mentre il diritto globale manca di supporti politici ed istituzionali a livello globale, è strettamente accoppiato con i processi socio-economici globalizzati. [...] Il diritto globale può essere spiegato adeguatamente soltanto da una teoria del pluralismo giuridico [...]”²⁸⁹. Del resto, già per Santi Romano, il diritto internazionale costituiva l'esempio principale della pluralità degli ordinamenti giuridici; egli sosteneva giustamente che il pluralismo giuridico fornisce un'ottica *indispensabile* per rappresentare una società acefala come quella internazionale, la quale, altrimenti, non sarebbe dotata di alcun carattere di giuridicità²⁹⁰. In mancanza di istituzioni politiche globali e sovrane, l'alternativa a negare l'esistenza di un diritto internazionale può solamente essere quella di pensare al fenomeno giuridico in termini pluralisti.

4. Limiti e pericoli degli approcci post-moderni al pluralismo giuridico

A partire dagli anni '90 si è fatto un grande impiego del concetto di pluralismo giuridico. Lo stile post-moderno del discorso

²⁸⁹ Cfr. TEUBNER, Gunter, “*Global Bukowina*”: *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, trad. it. “*La Bukovina globale*”: *il pluralismo giuridico nella società mondiale*, *Sociologia e politiche sociali*, a. 2, n. 2, 1999, p. 50

²⁹⁰ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1947, pp. 92-93

giuridico, che si diffonde tra i giuristi sulle due sponde dell'atlantico, ne ha sicuramente favorito l'attuale ulteriore riscoperta²⁹¹. Una riflessione post-moderna del diritto si basa su alcuni elementi di cui abbiamo accennato nelle nostre motivazioni introduttive, che sono comuni a molte correnti critiche e antiformaliste: il declino della politica, la crisi della sovranità nazionale, la relatività delle concezioni della giustizia, ecc...

Il nocciolo della riflessione giuridica sul post-modernismo proviene dai vari movimenti post-realisti americani, in particolare dallo stile dei *Critical Legal Studies*, che, a partire dagli anni '90, è stato importato sul continente europeo²⁹² (altri aspetti della riflessione, in particolare le sue basi filosofiche, sono invece stati elaborati da pensatori europei). I movimenti successivi al realismo giuridico per primi hanno abbandonato la ricerca di fondamenti autonomi ed indipendenti del diritto ed hanno pensato il campo giuridico non tanto come espressione del circuito politico dello Stato, quanto come un *sapere*, monopolizzato da professionisti e profondamente legato alle altre scienze dello spirito, come la letteratura, l'arte, la filosofia. Alla base di tale atteggiamento - costruttivo, poiché costituisce la ricerca di una *vera* legittimazione scientifica del diritto, alternativa al mito della sua legittimazione

²⁹¹ Cfr. U. MATTEI, *Hard Minimal Code Now - A Critique of "Softness" and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*, in S. GRUNDMANN e J. STUYCK (eds.), *An Accademic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law International, 2002, pp 215-233

politica- vi è un profondo scetticismo nei confronti dello Stato, della razionalità e della legittimazione dei suoi poteri regolativi (lo stesso scetticismo che domina le riflessioni sul post-moderno). Quest'attitudine scettica costituisce oggi il paradigma e lo stile dominante dei dibattiti giuridici più caldi sul vecchio continente, come la Costituzione politica europea, la codificazione (cioè la costituzione *economica* dell'Europa), i diritti dell'uomo, l'americanizzazione del diritto europeo, la sua unificazione, ecc...²⁹³

Per rappresentare la realtà contemporanea, l'“avanguardia” post-moderna ha eliminato il positivismo giuridico, lo stato-centrismo, la dogmatica, le rappresentazioni gerarchiche dell'ordinamento giuridico. Lo stile del discorso giuridico, prima negli Stati Uniti ed oggi anche in Europa, si è avvicinato al *pastiche*, cioè l'impiego di differenti modi di pensare e di differenti prospettive (stili, linguaggi, codici), i quali costituiscono punti di vista ugualmente legittimi e possibili. Il ragionamento giuridico è stato finalmente concepito come una tecnica argomentativa e comunicativa, riconoscendo tra l'altro il grande ruolo che nel diritto occidentale hanno sempre avuto il professionalismo, la tecnica e la cultura. L'idea del diritto come volontà di una comunità territoriale che si esprime per mezzo del processo politico è considerata una retorica, un mito non adatto a

²⁹² Cfr. U. MATTEI, A. DI ROBILANT, *The Art and the Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, Tulane Law Review, march 2001, p. 1053 ss.

²⁹³ per il punto sul dibattito della codificazione europea e le influenze dell'“americanizzazione” cfr. U. MATTEI, *Hard Minimal Code Now - A Critique of “Softness” and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*, cit.

rappresentare il reale funzionamento dei processi giuridici (anche se questi miti hanno un'importantissima valenza simbolica e pratica, la riflessione *scientifica* sul diritto ha il compito di descrivere la realtà²⁹⁴).

Quando l'avanguardia post-moderna ha “scoperto” il pluralismo giuridico, il ricorso ad esso è divenuto una moda²⁹⁵. L'attitudine scettica di questi pensatori si è coniugata perfettamente con l'ottica pluralista, che permette di studiare l'interagire di una pluralità di logiche. Le richieste di un diritto “soft” hanno richiamato l'attenzione sull'importanza e sul funzionamento del diritto informale e vivente, studiato dai teorici del pluralismo giuridico, in particolare sociologi ed antropologi. La retorica moderna sul bisogno di armonia e conciliazione in vece delle liti in giudizio, ha portato ad approfondire le tecniche della giustizia informale e conciliativa, studiate dagli antropologi²⁹⁶.

Si potrebbero fare molti altri esempi sulle assonanze tra il pluralismo giuridico e la visione post-moderna del diritto. Crediamo tuttavia che, ripercorrendo la storia del pluralismo giuridico, come abbiamo fatto, si riveli il carattere piuttosto acritico e superficiale di

²⁹⁴ Nel manifesto del *Cardozo Electronic Law Bulletin* (www.jus.unitn.it/cardozo/home.html) compare la seguente frase di Guido Calabresi: “As a scholar it is my job to look in dark places and try to describe, as precisely as I can, what I see”

²⁹⁵ cfr. J. MORET-BAILLY, *Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques*, *Droits*, n° 35, 2002, p. 195 ss. (“la mode est au pluralisme juridique”)

²⁹⁶ per un ottimo approfondimento sul tema della risoluzione alternativa delle dispute e dei suoi legami con l'ideologia del capitalismo avanzato, cfr. L. NADER, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, UC

questa sua ulteriore riscoperta. Figlio di atteggiamenti fortemente *critici*, il discorso giuridico pluralista è oggi utilizzato come uno dei tanti strumenti per legittimare equilibri di fatto e di potere, secondo un'attitudine piuttosto conservatrice. In altre parole, come è accaduto per l'analisi economica del diritto, e per altri movimenti sviluppatisi negli Stati Uniti nel secondo dopoguerra, il momento del trapianto sul continente europeo ha coinciso con il cambiamento dell'ideologia con cui il pluralismo giuridico viene pensato ed impiegato: da corrente critica progressista a legittimazione, conservatrice, dello *status quo*.

Tutti i movimenti giuridici post-moderni manifestano, in effetti, una pericolosa ambiguità: da una parte essi si impegnano nella critica dei dogmi con cui il giurista cela il reale funzionamento del diritto, ma dall'altra esprimono un profondo scetticismo sulle possibilità di controllare questi processi che fanno funzionare effettivamente il diritto. Il pluralismo giuridico è oggi utilizzato per affermare la giuridicità di processi non controllati dallo Stato (il diritto delle pratiche commerciali internazionali, le regolamentazioni globali dell'ambiente, le pressioni dell'ordine economico mondiale, ecc...), ma allo stesso tempo è il segnale dell'assenza di controllo del giurista su quei processi. Il pericolo di questa impostazione è costituito dal suo eccessivo scetticismo, a cui si giunge sostenendo che la realtà del diritto è costituita da forze che il giurista, in definitiva, non può controllare. Dietro questa posizione, profondamente giustificatoria, di osservatori passivi, i giuristi "post-moderni" celano forse l'ideologia

del tardo capitalismo, che preme per allentare il controllo giuridico sulla sfera (privata) dei grandi interessi economici. Il ricorso superficiale al pluralismo giuridico è forse soltanto uno stile per affermare un'ideologia fortemente conservatrice. Averne cercato e ripercorso la storia fino a queste pagine, è stato uno stimolo per andare oltre.

Conclusioni

Abbiamo cercato di illustrare il pluralismo giuridico, descrivendone le principali linee di continuità nel corso del XX secolo. In questa panoramica, speriamo di aver tracciato in modo sufficientemente nitido, i contorni di una posizione teorica e metodologica dotata di una sua specificità. Come abbiamo spesso accennato, oggi stiamo vivendo un certo successo ed un frequente ricorso sia al metodo del diritto comparato, sia all'impostazione pluralista. Questo successo, che li fa apparire strumenti giuridici alla moda, è sicuramente dovuto alle condizioni strutturali dei più importanti processi di globalizzazione del diritto, che essi sono equipaggiati a rappresentare meglio di altri ambiti disciplinari. In sostanza, il diffuso richiamo al pluralismo giuridico negli ambiti più vari del diritto, è spiegato dal fatto che si tratta di una teoria che permette al giurista di operare indipendentemente da alcuni contesti, che oggi perdono progressivamente la loro centralità e la loro autonomia, primo fra tutti il contesto giuridico nazionale e la sua gerarchia di fonti.

Riprendendo il termine *barriere* utilizzato nell'introduzione, immaginiamo che pensare il diritto in termini pluralisti consenta di superarne fondamentalmente tre: le *barriere politico-territoriali*

rappresentate dai confini tra gli Stati, le *barriere disciplinari* tra il diritto e le altre scienze, le *barriere cognitive* tra il giurista-comparatista e l'oggetto del suo studio. Il diritto comparato, che ha assunto la propria fisionomia moderna nel corso del XX secolo, è un fedele testimone di questi processi di progressivo abbattimento e superamento.

1. Le barriere nazionali e quelle disciplinari

Non è necessario soffermarci a dimostrare come, nel corso del '900, praticamente tutti i settori della vita sociale (l'economia, lo sport, il lavoro, ecc...) abbiano mostrato una crescente transnazionalità. Ed appare anche scontato che questo fenomeno di integrazione mondiale abbia subito una straordinaria accelerazione a partire dal secondo dopoguerra, e rientri oggi tra gli aspetti della c.d. globalizzazione. In questo quadro, le frontiere dei singoli Stati nazionali hanno rappresentato *barriere* sempre più agilmente superabili per tutti i settori della vita sociale. Tra questi, anche il diritto ha rimodellato i propri confini, espandendosi oltre quelli del territorio nazionale. Ciò è avvenuto sicuramente con la creazione di spazi politici internazionali governati dal diritto e non più necessariamente legati ad un territorio (la Società delle Nazioni, l'ONU, l'Unione Europea, e tutte le istituzioni del diritto internazionale pubblico). Ma la maggiore spinta nel superamento

delle barriere giuridiche nazionali è stata forse la crescente transnazionalità del settore *privato*. Grazie al commercio e agli scambi transnazionali, la pratica, come l'insegnamento del diritto hanno dovuto elaborare strumenti ed ottiche parzialmente indipendenti dal diritto interno.

Dunque, almeno a partire dal momento in cui le economie nazionali hanno cominciato a reggersi sullo scambio transnazionale, gli ordinamenti giuridici statali hanno conosciuto una certa apertura. Nello studio di questa crescente transnazionalità, il diritto comparato si è rivelato uno strumento indispensabile. Il diritto, come ogni fenomeno sociale, viene pensato e compreso mediante categorie contingenti dal punto di vista culturale; al fine di conoscere correttamente un diritto diverso dal nostro, è indispensabile il ricorso all'arte di comparare. Misurando le analogie e le divergenze tra modelli giuridici, la comparazione è l'unico strumento che permette di relativizzare le categorie municipali del giurista (che ogni giurista inevitabilmente possiede) ed evitare di interpretare i modelli stranieri alla luce della centralità della propria cultura²⁹⁷. Proprio su questo punto il diritto comparato si distingue dalla semplice conoscenza del diritto straniero, la quale è una raccolta di dati basata sul pericoloso

²⁹⁷ Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 6: "Si può tuttavia osservare che l'abitudine a riflettere sulla molteplicità dei modelli giuridici porta a non disconoscere il carattere naturale e legittimo del pluralismo culturale e giuridico; e a guarire il giurista dall'atteggiamento (istintivo e spontaneo, ma anti-scientifico) di chi interpreta l'universo alla luce della centralità della propria cultura. Hanno conosciuto questo punto di vista sviante (e ne stanno guarendo) i continentali, convinti della superiorità dei sistemi romanisti, e gli euroamericani, convinti dell'inferiorità del diritto dei popoli senza scrittura".

presupposto che questi siano correttamente interpretabili con le categorie e la mentalità di chi li raccoglie (nel medesimo senso, abbiamo ricordato più sopra, il linguista si distingue dal poliglotta). Per dirla con le parole di Rodolfo Sacco “si potrà osservare che a molti (specie ai pratici) preme, talora, la conoscenza del diritto straniero, e non la comparazione. Ma lo studio del diritto straniero è reso assai difficile e presenta grossi rischi di malintesi, se non si appoggia ad una robusta preparazione comparatistica”²⁹⁸.

La innegabile apertura degli ordinamenti giuridici nazionali ha dotato, negli ultimi anni, il diritto comparato di una sorta di vantaggio, una *leadership* sulle altre discipline²⁹⁹. Il comparatista elabora una tecnica per mettere a confronto diversi modelli e misurarsi con categorie e classificazioni non conosciute dal diritto nazionale. I suoi strumenti scientifici sono largamente indipendenti dalle epifanie territoriali, come fu per il metodo dogmatico dei pandettisti, come accade oggi nelle università nord-americane³⁰⁰. Il pluralismo giuridico, almeno da quando il comparatista si è interessato alla macro-comparazione (cioè la comparazione di tradizioni e mentalità giuridiche che sembrano molto lontane), è uno di questi strumenti. L'indipendenza scientifica dalla pratica locale del diritto ha consentito al diritto comparato di superare agilmente il progressivo abbattimento

²⁹⁸ Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 18

²⁹⁹ Cfr. TWINING, William, *Globalization and Legal Theory*, Butterworth, 2000, p. 255

³⁰⁰ Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 169 ss.; il capitolo dedicato a “la comparazione nella formazione del giurista” comincia così: “I grandi insegnamenti giuridici fioriscono quando le scuole hanno cura

delle barriere politiche nazionali (fenomeno tuttora in corso) e lo ha reso meglio preparato di altri settori disciplinari ad affrontare le tematiche della globalizzazione del diritto e l'emersione di un nuovo *ius commune* o di un "diritto senza stato"³⁰¹.

Oltre ad essere stato testimone del progressivo abbattimento dei confini tra Stati, il diritto comparato ha svolto un ruolo attivo nell'abbattimento delle barriere disciplinari, che, nel XX secolo, hanno reso il giurista uno degli intellettuali più isolati dal resto della cultura.

La chiusura disciplinare del mondo giuridico è evidente ai cultori delle altre scienze; in pratica, gli unici interlocutori del giurista continentale del '900 sono stati la filosofia e la scienza politica (escludendo la medicina e la psicologia, i cui apporti sono stati relegati in settori particolarissimi). Questo atteggiamento di chiusura è tradizionalmente giustificato dalla specificità del discorso giuridico e dal suo elevato grado di tecnicismo. Si aggiunga che per molti autori del secolo scorso il diritto si identifica col potere di regolamentare la società, un potere gestito dal processo politico *per mezzo* degli strumenti giuridici³⁰². E' chiaro che, in una tale concezione

di parlare ad un livello più elevato della regola giuridica immediatamente applicabile"

³⁰¹ Tra i più celebri G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997

³⁰² Von Hayek lo descrive così: "Così interpretato l'insieme delle leggi, il diritto, che nel senso primitivo di *nomos* era inteso come una barriera posta ad ogni potere, diviene invece uno strumento per il suo uso" (F. A. Von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, 1982,

positivistica della realtà giuridica, in cui il diritto si identifica con il dato positivo imposto dal circuito politico, la “scientificità” del discorso giuridico sia individuata nella razionalità e nella purezza logico-formale. Il riflesso di questa impostazione sarà la chiusura metodologica e l’assenza di inter-disciplinarietà: il giurista non ha, in fondo, grande necessità di dialogare con altre scienze³⁰³.

Il realismo giuridico, che ha lasciato un’impronta indelebile nell’atteggiamento del giurista nord-americano, aveva combattuto il formalismo langdelliano come una forma di positivismo che conduce, mediante l’astrattezza del ragionamento, all’autoreferenzialità del discorso giuridico e alla chiusura disciplinare. Come abbiamo ricordato più sopra, una caratteristica innovativa degli autori appartenenti al realismo è l’apertura inter-disciplinare, basata sulla convinzione che la realtà sociale avesse raggiunto un grado di

trad. it. di Pier Giuseppe Monasteri, *Legge, legislazione, libertà. Critica dell’economia pianificata*, Il saggiatore, 1994, p. 118)

³⁰³ paradossalmente i giuristi positivisti dell’epoca di Kelsen non hanno approfondito il dialogo nemmeno con le scienze che adottavano i loro stessi paradigmi (purezza logico-formale e neutralità assiologica), come la matematica. Avrebbero probabilmente scoperto l’opera del grande matematico austriaco, emigrato negli Stati Uniti, Karl Goedel, il quale, negli stessi anni di Kelsen, si dedicava al campo logico-formale della matematica. Nel 1931, all’età di 25 anni, pubblicò su un periodico scientifico tedesco un lavoro relativamente breve dal titolo poco rassicurante: “Sulle proposizioni formalmente indecidibili dei PRINCIPIA MATHEMATICA e di sistemi affini” (i PRINCIPIA MATHEMATICA sono il monumentale trattato di A.N. Whitehead e Bertrand Russell sulla logica della matematica) in cui egli sorprendentemente affermava con una geniale dimostrazione *l’indimostrabilità della coerenza di un qualunque sistema matematico, ovvero l’impossibilità di costruire all’interno della matematica sistemi i cui principi, o assiomi, siano non-contraddittori fra loro.* (fonte: <http://www.multiwire.net/pri/sand/godel.htm>. Un corso di *Philosophie du droit* del Prof. Jean Pascal Chazal, seguito da chi scrive presso l’Università

complessità tale da non poter essere spiegato dall'astrazione del concettualismo langdelliano. I realisti per primi hanno introdotto la convinzione che per comprendere la realtà sociale nella sua complessità era necessario accantonare l'autonomia disciplinare del diritto e ricorrere agli strumenti conoscitivi di altri scienziati sociali (abbiamo anche ricordato che, in questa nuova impostazione, la disciplina che funse da paradigma fu la sociologia). La progressiva perdita di fede nell'autonomia disciplinare del diritto ha portato i giuristi post-realisti degli anni '60-'70 a frammentare l'insegnamento e la ricerca giuridica nei vari movimenti *law and...*, i quali esprimono l'impossibilità di isolare il sapere giuridico dal resto della cultura.

Anche se il pluralismo giuridico è nato prima dell'apertura metodologica realista, abbiamo già riconosciuto che soltanto grazie a quest'ultima esso viene riscoperto. Soltanto con l'intensificarsi del dialogo con la sociologia e l'antropologia, e grazie al ricorso alla comparazione, il pluralismo giuridico assume la sua fisionomia moderna. Il nostro tema stesso, dunque, è basato sul superamento delle barriere disciplinari.

Sul continente europeo l'apertura metodologica della scienza giuridica è avvenuta solo molto recentemente. Il diritto comparato ne è stato uno dei principali veicoli. Sebbene i vari movimenti antiformalisti abbiano spesso fatto ricorso alla sociologia, la riflessione comparatistica ha aperto nuovi orizzonti disciplinari. Le più celebri riflessioni antropologiche di Rodolfo Sacco (*Il diritto muto*,

di Lyon III, nell'anno 2000-2001, ebbe ad oggetto precisamente questo parallelismo tra Kelsen e Goedel)

L'occupazione, Sulla società di fatto, Il possesso)³⁰⁴ esprimono la necessità di studiare il dato giuridico (in particolare le sue funzioni primarie, le sue origini) tenendo in conto gli apporti fondamentali dell'antropologia, della genetica, dell'etologia, tutte scienze che si occupano del comportamento dell'uomo³⁰⁵. La ricezione e la diffusione dell'analisi economica del diritto, grazie all'attenzione di molti comparatisti³⁰⁶, ha reso evidente, anche sul continente europeo, quarant'anni dopo *The Problem of Social Cost*, l'inutilità di pensare le norme giuridiche senza tenere conto della realtà dei costi transattivi, e dunque del contesto economico su cui le norme influiscono (il diritto opera nel contesto studiato anche dall'economista, non c'è ragione di non aprirsi alla sua conoscenza). Recentemente i progressi dell'ontologia applicata stanno sollevando l'interesse dei giuristi, in particolare nei campi dei diritti immateriali, come la proprietà intellettuale³⁰⁷ (queste realtà giuridiche sono , per

³⁰⁴ Cfr. R. SACCO, *L'occupazione: atto di autonomia*, Cedam, 1994; R. SACCO, *Il diritto muto*, Rivista di diritto civile, n°6, 1993, pp. 689-702; R. SACCO, *Il possesso*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, Giuffrè 1988; R. SACCO, *Sulla società di fatto*, Rivista di diritto civile, n°1, 1995, pp. 59-70

³⁰⁵ Al recente congresso dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC) (Pisa, 22-24 maggio 2003) l'Autore ha dedicato energie ulteriori all'apertura scientifica del giurista: il suo intervento ha invocato il dialogo con la filosofia ("il diritto è *pensato*, a pensare ci insegnano i filosofi, e ci suggeriscono modelli"), la storia ("il diritto è *effettività, reale, storia*, lo storico studia la diacronia del reale"), l'economia ("qual'è la migliore combinazione possibile per organizzare le risorse dell'uomo"), l'antropologia (come affrontare l'*evoluzione* giuridica e la diffusione dei modelli), l'etologia e la genetica.

³⁰⁶ Tra i quali, per esempio, Ugo Mattei e Roberto Pardolesi,

³⁰⁷ Cfr. per esempio, P. DI LUCIA, *Che diritto hanno le cose senza corpo?* (scritto disponibile sul sito del centro di filosofia sociale dell'Università di Pavia, <http://cfs.unipv.it>). In quest'ordine di idee Maurizio

l'ontologo, "oggetti sociali": approfondirne le qualità può essere molto utile per trattare del loro regime giuridico). Anche i cultori del diritto civile, sull'esempio di Rodolfo Sacco, iniziano a dimostrare interesse e sensibilità per i problemi connessi ai rapporti tra diritto e etologia³⁰⁸.

2. Nuova frontiera: le barriere cognitive

Già a partire dagli anni '80 gli antropologi che svolgevano ricerche di campo hanno acquisito una maggiore consapevolezza critica della loro posizione rispetto alle cose da loro osservate e ai loro informatori. Leggiamo nel bellissimo libro di Laura Nader: "Gli antropologi avevano notevolmente sottovalutato la misura in cui le tradizioni occidentali, politiche e religiose, strutturano gli aspetti del diritto relativi al controllo sociale. [...] A causa del background degli analisti e del loro essere prigionieri delle proprie categorie culturali e della propria ideologia disciplinare, le discussioni teoriche circa gli stili del diritto apparivano appesantite da giudizi di valore. Oggi i ricercatori tendono a riconoscere ed esaminare più spesso le componenti ideologiche che stanno alla base dei loro studi del

Ferraris (il più noto ontologo italiano) partecipava all'ultimo congresso della AIDC

³⁰⁸ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alla scienza giuridica. Il concetto di diritto*, IV ed., Milano, 1992; ed anche A. GIANOLA, *Evoluzione e diritto*, *Rivista di diritto civile*, II, 1997, p. 413 ss.

diritto³⁰⁹. Giunti al fondo della nostra analisi, possiamo affermare di credere che il pluralismo giuridico, come anche il contatto tra diritto e antropologia, rechi al giurista un vantaggio assai simile, lo aiuti cioè a individuare le categorie culturali, in particolare le proprie, sottese alle dinamiche giuridiche, che sempre più spesso si presentano come neutrali.

Il discorso giuridico -almeno nella sua concezione occidentale, la quale oggi ha una diffusione globale- manifesta una certa tendenza a presentarsi come fenomeno prevalentemente tecnico, spesso riflesso di mutamenti economici necessari. Utilizzando un'immagine del recente congresso biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato³¹⁰, potremmo assimilare la funzione del pluralismo giuridico a quella di un *prisma*: la luce del diritto, filtrata dalla lente pluralista, viene scomposta nelle sue policrome componenti³¹¹. Una riflessione scientifica sul diritto, arricchita dagli strumenti dell'antropologia, presenta la sua utilità proprio nella capacità di relativizzare, quantificare e descrivere in modo credibile i

³⁰⁹ Cfr. L. NADER, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, UC Press, 2002, trad. it. di Elisabetta Grande, *Le forze vive del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, ancora da pubblicare, pp. 86-87

³¹⁰ *Scienza e Diritto nel Prisma del Diritto Comparato*, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, 22-24 maggio 2003

³¹¹ L'immagine del prisma era già propria di Luca Castellani, nel capitolo introduttivo di M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 20. L'autore ritiene che il pregio di una osservazione pluralista del diritto sia quello di rendere un'"immagine assai più simile all'originale". Sebbene ciò sia in parte vero, in tempi più recenti, si è giustamente abbandonato il tema del pluralismo giuridico come strumento per ottenere un'impossibile obbiettività scientifica.

“livelli”, gli “strati” o i “componenti”³¹² dell’immagine unitaria del diritto. Da un punto di vista cognitivo, relativizzare il proprio ruolo rispetto all’oggetto osservato consente di rinunciare alla ricerca di una impossibile neutralità scientifica, fornendo al contempo un’immagine verosimile (ed utilizzabile) della realtà giuridica. Più che una perfetta rappresentazione della realtà, il pregio del modello pluralista consiste nel fornire al giurista un insieme di strumenti, che gli consentano di relativizzare e misurare le varie componenti di un discorso giuridico rappresentato come unitario, con particolare attenzione a quelle in cui egli stesso è direttamente coinvolto.

Questa sorta di relativizzazione, che il giurista compie soprattutto in relazione al proprio ruolo ed alla propria provenienza culturale, sembra costituire oggi uno dei più urgenti mutamenti del metodo giuridico, per affrontare in modo approfondito le dinamiche di globalizzazione. L’emergere di un livello giuridico globale³¹³ fortemente influenzato dall’egemonia del modello nord-americano, richiede strumenti adatti ad interpretarlo. La tradizionale impostazione metodologica del diritto comparato pare in affanno di fronte al diffondersi di un modello occidentale con cui tutti gli altri sistemi, ad un livello più o meno superficiale, sono tenuti a confrontarsi. Il comparatista si è sempre posto in una posizione di terzietà rispetto

³¹² Com’è noto i *formanti*, figure dell’analisi strutturale di Rodolfo Sacco, prima del 1979 erano chiamati dall’autore *componenti*

³¹³ questa locuzione ricorre frequentemente. Si veda per esempio G. TEUBNER, *One World: notes on emerging legal order*, in *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, M. LIKOSKY Ed., Butterworth Lexis Nexis, 2002

agli oggetti osservati³¹⁴. Questa neutralità scientifica, poiché presuppone una certa neutralità dell'osservatore, è oggi sempre più difficile da conseguire: il modello giuridico a cui appartiene l'osservatore stesso è presente, almeno ad un livello superficiale, in ogni oggetto osservato. Ciò non significa la fine del diritto comparato, la quale potrebbe essere dichiarata soltanto davanti alla constatazione dell'unificazione totale del diritto, e quindi della fine della diversità giuridica³¹⁵. Il contesto attuale, tuttavia, richiede degli strumenti tassonomici e concettuali, che consentano di relativizzare diverse componenti nel diritto, al fine di poter preservare il compito scientifico e l'utilità stessa del diritto comparato.

³¹⁴ questo tema riecheggia il dibattito tra Rodolfo Sacco e Vittorio Denti, che animò le quinte "Giornate dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato", tenutesi a Torino nel 1979. Il primo intende il diritto comparato come scienza, il secondo come metodo. Denti afferma che "l'analisi strutturale quando si sposta dall'interno di un ordinamento alla comparazione, *perde necessariamente la sua pretesa neutralità*". Sacco chiede alla comparazione di "demitizzare strumenti di conoscenza abusivi: di sostituirli con il dato storico, e ottenere così una conoscenza valida. La comparazione, infatti, contesta e distrugge le generalizzazioni affrettate; dissolve le questioni meramente nominalistiche; essa non si esaurisce nel rilievo delle differenze e delle somiglianze, ma è protesa alla ricerca delle ragioni di queste; la comparazione cerca la law in action e non la law in the books; la prima è diritto effettivamente vigente, realtà, soluzione sostanziale, la seconda è diritto apparente, sovrastruttura, non diritto" (Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992, p. 14)

³¹⁵ cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

BIBLIOGRAFIA**Opere lette e consultate**

- AJANI, Gianmaria, *Il modello post-socialista*, Torino, Giappichelli, 1999
- ALLOT, A. e WOODMAN, G. (eds.), *People's Law and State Law, The Bellagio Papers*, Dordrecht: Foris, 1985
- BELLEY, J. C., ROULAND, N., *Pluralisme Juridique*, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993
- BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983
- BUSSANI, Mauro, DERRIDA, Jaques, VATTIMO, Gianni, *Diritto, Giustizia, Interpretazione: Annuario filosofico europeo*, Laterza, 1998
- CAPELLER, W. e KITAMURA, T., *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, 1998
- CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, Presse Universitaire de France, 1978
- CASSESE, Sabino, *Ipotesi sulla formazione de "L' Ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, I, p. 243 ss., ora in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974
- CASTELLANI, Luca, *Alcune novità in tema di antropologia e comparazione*, in Cardozo electronic law bulletin (<http://www.jus.unitn.it/cardozo/home.html>), 1996
- CHIBA, Masaji, *Asian indigenous law, in interaction with received law*, Londra-New York, 1986
- CHIBA, Masaji, *Legal pluralism: toward a general theory through Japanese legal culture*, Tokyo, 1989
- CHIBA, Masaji, *Three Dichotomies of Law in Pluralism*, Tokai Law Review, n°1, 1987, pp. 1-11; pubblicato anche in P. SACK, *Law and Anthropology*, in The International Library of Essays in Law and Legal Theory, second series, Dartmouth, 1992
- COLOMBO, S., *femminismo giuridico*, in *Dieg. civ.*, vol 6, Torino, Utet, 1990
- COOTER, Robert, MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, PARDOLESI, Riccardo, ULEN, Thomas, *Il mercato delle regole: analisi economica del diritto civile*, Bologna, il Mulino, 1999.
- CORSALE, Massimo, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*
- DAVID, René, *Les grands systèmes de droit comparé*, Dalloz, Paris, 1982
- DERRIDA, Jaques, *Force de loi: le fondement mystique de l' autorité*, 11 Cardozo Law Review 919-1046, 1990

- EBERHARD, Christoph, *Les Droits de l' Homme au Laboratoire d' Anthropologie Juridique de Paris – Origines et développement d' une problematique*, in *Bulletin de liaison du Laboratoire d' Anthropologie Juridique de Paris*, n° 23, Juillet 1998, p. 23-24
- EBERHARD, Christoph, *Les Droits de l' Homme Face à la Complexité: una approche anthropologique et dinamyque*, *Droit et Societé* 51/52-2002, pp. 455-486
- EHRlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen-Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976
- EHRlich e KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di Agostino CARRINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992
- FAVALI, E. GRANDE, M. GUADAGNI, *New Law for New States, politica del diritto in Eritrea*, Torino 1998
- FERRARESE, Maria Rosa, *Il diritto al presente*, Il Mulino, 2002
- FERRARESE, Maria Rosa, *Istituzione*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fisher*, vol. 5: Sociologia, Milano, Feltrinelli, 1964, p. 189
- FITZPATRICK, Peter, *Law and Societies*, in P. SACK, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, 1992
- FORTES e EVANS-PRITCHARD, *African Political Systems*, Londra, 1940
- FRIEDMAN, Lawrence M., *Legal culture and social development*, in *Law and the behavioral sciences*, 1964, pp. 813-821, trad. it. Di Giovanni Tarello, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978
- FRIEDMAN, Lawrence M., *One World: notes on the emerging legal order*, in *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, M. LIKOSKY Ed., Butterworth Lexis Nexis, 2002, pp. 23-40
- GALANTER, Marc, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1, 1981
- GALINDO, Fernando, *The Communicative Concept of Law*, *Journal of Unofficial Law and Legal Pluralism*, n° 41, 1998, p. 111 ss.
- GAMBARO, Antonio, SACCO, Rodolfo, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996
- GAMBARO, Antonio, *Western Legal Tradition*, in P. Newman (ed.), *The New Plagrove: A Dictionary of Economics and the Law*, 1998
- GERBER, David J., *Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law*, *Tulane Law Review*, March, 2001, p. 949 ss.
- GIANOLA, A., *Evoluzione e diritto*, *Rivista di diritto civile*, II, 1997, p. 413 ss.
- GILISSEN, John (Ed.), *Le pluralisme juridique*, Ed. de l' Université de Bruxelles, 1971
- GILISSEN, John, *Introduction à l' étude comparée du pluralisme juridique*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l' Université de Bruxelles, 1971
- GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven, 1977, trad. it. a cura di A. Gambaro e U. Mattei, *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, Giuffrè, 1988
- GONIDEC, *Reflexions sur le droit et l' Etat en Afrique*, in Penant, 1984, p. 16 [RIV. 763]

- GRANDE, Elisabetta, *Imitazione e diritto, ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, Giappichelli, 2001
- GRANDE, Elisabetta, *L'apporto dell' antropologia alla conoscenza del diritto. (piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in *Rivista critica del diritto privato*, a.XIV, n.3, settembre 1996, 467-500
- GRIFFITHS, John, *Four Laws in Interaction in Circumstances of Legal Pluralism: First step Toward an Explanatory Theory*, in ALLOT, A. e WOODMAN, G. (eds.), *People' s Law and State Law, The Ballagio Papers*, Dordrecht: Foris, 1985
- GRIFFITHS, John, *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n°24, 1986
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, 1995
- GROSSI, Paolo, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico*, Giuffrè, 2000
- GUADAGNI, Marco, *Il modello pluralista*, Torino, Giappichelli, 1996
- GUADAGNI, Marco, *Legal Pluralism*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, P. Newman Ed., 1998
- GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935
- HABERMAS, Jurgen, *La pace dei vincitori*, in *Internazionale* n° 487, 9-15 maggio 2003, p. 20ss
- HARDT, Michael, NEGRI, Antonio, *Impero : il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2002
- HAYEK, Friedrich August von, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, 1982, trad. it. di Pier Giuseppe Monateri, *Legge, legislazione, libertà. Critica dell' economia pianificata*, Il saggiatore, 1994
- HOEBEL, Adamson, *Karl Llewellyn: Anthropological jurisprudence*, Rutgers Law Review 18, 1964, pp. 735-56
- HOEBEL, Adamson, *The Law of The Primitive Man. A study in comparative legal dynamics*, Harvard University Press, 1954, trad. it., *Il diritto nelle società primitive. Uno studio comparato sulla dinamica dei fenomeni giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1973
- HOOVER, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975
- HUGHES, H. Stuart, *Da sponda a sponda, l' emigrazione degli intellettuali e lo studio della società contemporanea (1930-1965)*, Il Mulino, 1977
- HULL, N. E. H., *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, University of Chicago Press, 1997
- INGBER, *Le pluralisme juridique dans l' oeuvre des philosophes du droit*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l' Université de Bruxelles, 1971
- KENNEDY, Duncan, *The Three Legal Globalizations Thesis: classical legal though 1880-1900; the antiformalist/social 1900-1950; pragmatic/rights consciouness 1950-2000*, paper non pubblicato, 2001
- LIKOSKY Michael (Ed.), *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, Butterworth Lexis Nexis, 2002
- LIKOSKY, Michael, *Dual Legal Orders: From Colonialism to High Technology* (manoscritto non ancora edito)
- LLEWELLYN, Karl, HOEBEL, Adamson, *The Cheyenne Way*, Norman, 1941

- LUHUMANN, Niklas, *The Code of the Moral*, *Cardozo Law Review* 14, 1993, pp. 995-1009
- LUPOI, Maurizio, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1995
- MACAULAY, *Private Government*, in Leo LIPSON and Stanton WHEELER (eds.), *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1986
- MACAULAY, S., *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *American Sociological Review* 55, 1963
- MALINOWSKI, Bronislaw, *Crime and custom in savage society*, London, Routledge & Kegan Paul, 1926, trad. it. di G. MANCUSO, *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972
- MATTEI, Ugo, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, 10 *Indiana J. Global Legal Studies*, 2002
- MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, 1997
- MATTEI, Ugo, *Common Law, il diritto anglo-americano*, Torino, Utet, 1992
- MATTEI, Ugo, DI ROBILANT, Anna, *The Art and the Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, *Tulane Law Review*, march 2001, p. 1053 ss.; apparso anche in italiano: *International Style e Postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Prime Note Critiche*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2001, p. 89 ss..
- MATTEI, Ugo, *Hard Minimal Code Now - A Critique of "Softness" and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*, in S. GRUNDMANN e J. STUYCK (eds.), *An Accademic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law International, 2002, pp 215-233
- MATTEI, Ugo, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996
- MATTEI, Ugo, *Legal Pluralism, Legal Change and Economic Development*, in FAVALI, E. GRANDE, M. GUADAGNI, *New Law for New States, politica del diritto in Eritrea*, Torino 1998
- MATTEI, Ugo, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, I, 775
- MEHROTRA, Ajay K., *Law and The "Other": Karl N. Llewellyn, Cultural Anthropology, and The Legacy of The Cheyenne Way*, 26 *Law and Society Inquiry* 741, Summer 2001
- MERRY, Sally Engle, *Global Human Rights and Local Social Movements in a Legally Plural World*, *Canadian Journal of Law and Society*, 12, 1997, pp. 247-271, pubblicato anche in M. MUNDY, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, Ashgate, 2002
- MERRY, Sally Engle, *Legal pluralism*, in *Law and Society review*, 1988, p. 869 ss.
- MERRYMAN, John, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, trad. it., Milano, 1973
- MIELE, Alberto, *La comunità internazionale*, Torino, 1997
- MINDA, Gary, *Postmodern legal movements : law and jurisprudence at century's end*, New York, New York University Press, 1995, trad. it. di Cristina Colli, *Teorie Post-derne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001

- MISTELIS, Loukas A., *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations*, *International Lawyer*, Fall, 2000, p. 1055 ss.
- MONATERI, Pier Giuseppe, *Il modello di civil law*, Torino, Giappichelli, 1997
- MONATERI, Pier Giuseppe, *Pensare il diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1994
- MOORE, Sally Falk, *Law and Anthropology*, *Biennial Review of Anthropology*, 1969, p. 252-300
- MOORE, Sally Falk, *Law and social change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Studies*, in *Law and Society review*, 1973, p. 719
- MOORE, Sally Falk, *Legal Systems of The World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographic Resources*, in Leo LIPSON and Stanton WHEELER (eds.), *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1986
- MORET-BAILLY, Joel, *Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques*, *Droits*, n° 35, 2002, p. 195 ss.
- MOTTA, Riccardo, *L'addomesticamento degli etnodiritti*, Unicopli, Milano, 1994
- MOTTA, Riccardo, *Teorie del diritto primitivo : un'introduzione all'antropologia giuridica*, Milano, Unicopli, 1986
- MUNDY, Martha, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, Ashgate, 2002
- N'TAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, 2002, dispense del corso tenuto alla Faculté internationale de droit comparé (2ème cycle, Cluj, Romania)
- NADER, Laura, *The Anthropological Study of Law*, in *The Ethnology of Law*, suppl. di *The American Anthropologist*, 1965, pubblicato anche in P. SACK, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, 1992
- NADER, Laura, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, UC Press, 2002, trad. it. Elisabetta Grande, *Le forze vive del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, ancora da pubblicare
- NEGRI, Alba, *Il giurista dell' area romanista di fronte all' etnologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1983
- NEGRI, Antonio, *Pluralismo*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer*, vol. 27: scienze politiche, p.294
- PANIKKAR, R., *Is the Notion of Human Rights a Western Concept?*, *Diogenes*, 120, 1982, pp. 75-102, pubblicato anche in P. SACK, *Law and Anthropology*, in *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, second series, Dartmouth, 1992
- POSPISIL, Leopold, *Anthropology of law, a comparative theory*, Harper & Row, 1971
- POSPISIL, Leopold, *Law*, in *Quaderni fiorentini*, XIV, 1985
- POSPISIL, Leopold, *The Nature of Law*, *Transactions of The New York Academy of Sciences*, II, 18, 8, 1956
- POST, A. Erman, *Ethnologische Jurisprudenz*, 1893, tr. it. a cura di P. BONFANTE, *Giurisprudenza Etnologica*, Torino, 1906
- POUND, Roscoe, *Law in the books and law in action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910

- REMOTTI, Francesco, *Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Torino, 1982
- REYNTJENS, F., *Note sur l' utilité d' introduire un système juridique "pluraliste" dans la macro-comparaison des droits*, Revue de droit internationale et de droit comparé, 1991, p. 41-50
- ROBE', Jean-Philippe, *L' ordre juridique de l' entreprise*, Droits, n° 27, 1997, pp. 163-177
- ROMANO, Santi, *L' ordinamento giuridico*, Firenze, 1947
- ROMANO, Santi, *Lo Stato moderno e la sua crisi, discorso per l' inaugurazione dell' anno accademico della R. Università di Pisa*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909, ora nel volume con lo stesso titolo, Milano, 1969
- ROMANO, Santi, *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990)
- ROULAND, *Introduction historique au droit*, PUF, 1998
- ROULAND, Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, trad. it a cura di R. Aluffi Beck Peccoz, presentazione di P. G. Monateri, N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, 1992
- ROULAND, Norbert, *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, Editions Odile Jacob, Paris, 1997
- ROULAND, Norbert, *Chroniques d' Anthropologie juridique: L' Anthropologie juridique des sociétés complexes*, Droits, n°5, 1987
- ROULAND, Norbert, *Pluralisme juridique*, dictionnaire de sociologie juridique, Paris, LGDJ, 1988
- SACCO, Rodolfo, *Crittotipo*, in Digesto IV ed., Torino, Utet, 1993
- SACCO, Rodolfo, *Formante*, in Digesto IV ed., Torino, Utet, 1993
- SACCO, Rodolfo, *Il diritto muto*, Rivista di diritto civile, n°6, 1993, pp. 689-702
- SACCO, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992
- SACCO, Rodolfo, *Modelli notevoli di società*, in *Cardozo Lectures in Law* a cura di P. G. Monasteri e U. Mattei, Padova, Cedam, 1991
- SACK, Peter, *Law and Anthropology*, in The International Library of Essays in Law and Legal Theory, second series, Dartmouth, 1992
- SANTOS, Bonaventura de Sousa, *Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism*, in Richard ABEL (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Vol I, New York Academic Press., 1982
- SANTOS, Bonaventura de Sousa, *Law: A Map of Misreading; Toward a Postmodern Conception of Law*, in 14 *Journal of Law and Society* 279, 1987; anche in francese, ID., *Droit: une carte de lecture déformé. Pour une conception post-moderne du droit*, in *Droit et Société* 10/1998, p. 363-390
- SANTOS, Bonaventura de Sousa, *Law: A Map of Misreading; Toward a Postmodern Conception of Law*, in 14 *Journal of Law and Society* 279, 1987; disponibile anche in francese, B. DE SOUSA SANTOS, *Droit: une carte de lecture déformé. Pour une conception post-moderne du droit*, in *Droit et Société* 10/1998, p. 363-390
- SNYDER, Francis, *"Folk Law" and Historical Transitions: Some Conceptual Issues*, in ALLOT, A. e WOODMAN, G. (eds.), *People' s Law and State Law, The Ballagio Papers*, Dordrecht: Foris, 1985
- SNYDER, Francis, *Anthropology, Dispute Process and Law: A Critical Introduction*, *British Journal of Law and Society*, vol. 8, n° 2, Winter 1981; pubblicato anche in P. SACK, *Law and Anthropology*, in The

- International Library of Essays in Law and Legal Theory, second series, Dartmouth, 1992
- SNYDER, Francis, *Governing Globalization*, in *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, M. LIKOSKY Ed., Butterworth Lexis Nexis, 2002, p. 65 ss.
- STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, 2002
- TAMANAH, Brian Z., *The Folly of "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, 20, 1993, pp. 192-217; pubblicato anche in Martha MUNDY, *Law and Anthropology*, in The International Library of Essays in Law and Legal Theory, second series, Dartmouth, Ashgate, 2002
- TEUBNER Gunter, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996
- TEUBNER, Gunter, "*Global Bukowina*": *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, trad. it. "*La Bukovina globale*": *il pluralismo giuridico nella società mondiale*, *Sociologia e politiche sociali*, a. 2, n. 2, 1999, pp. 3-28
- TEUBNER, Gunter, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social System*, *American Journal of Comparative Law*, Winter 1997
- TEUBNER, Gunter, *De Collisione Discursum: Communicative Rationalities in Law, Morality, and Politics*, *Cardozo Law Review*, March, 1996, p. 902 ss.
- TEUBNER, Gunter, *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*, *Law and Society Review*, 1989, p. 727 ss.
- TEUBNER, Gunter, *The King's Many Bodies: The Self-deconstruction of Law's Hierarchy*, *31 Law and Society Review* 763, 1997
- TREVES, Renato, *Sociologia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*
- TREVES, Renato, *Sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1993
- TRUBEK, David M., *Max Weber on the rise of Capitalism*, *Wisconsin Law Review*, 1972
- TWINING, William, *Globalization and Legal Theory*, Butterworth, 2000
- TWINING, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Norman, University of Oklahoma Press, 1973
- TZUK, Dalia, *The New Deal Origins of American Legal Pluralism*, *Florida State University Law Review*, Fall 2001
- VAN DEN BERGH, C. J. J., *Le pluralisme juridique en droit romain*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l' Université de Bruxelles, 1971
- VAN DEN BERGHE, Pierre L., *Pluralism*, in *Handbook of social and cultural anthropology*, a cura di J.J. HONIGMANN, Rand McNally, Chicago, 1973
- VANDERLINDEN, Jaques, *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*, in GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Ed. de l' Université de Bruxelles, 1971
- VANDERLINDEN, Jaques, *Les Droits Africains entre Positivism et Pluralisme*, in *Bulletin des séances de l' Académie royale de sciences d' outre mer*, n° 46, 2000, disponibile anche sul sito <http://sos-net.eu.org/reds/dhdi>
- VINCENT, Joan, *Anthropology and Politics: Visions, Traditions, and Trends*, Tucson, University of Arizona Press, 1990
- WOODMAN, Gordon, *Droit comparé général*, in CAPELLER e T. KITAMURA, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, 1998

Dizionari ed enciclopedie

- Dictionnaire de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1988
Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993
Dizionario di Antropologia, a cura di Ugo Fabietti e Francesco Remotti, Zanichelli, 1997
Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffré
Enciclopedia Garzanti di Filosofia, ed. Garzanti, 1993.
Enciclopedia Treccani, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma
Handbook of social and cultural anthropology, a cura di J.J. HONIGMANN, Rand McNally, Chicago, 1973
The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, P. Newman Ed., 1998
Vocabolario della Lingua Italiana, Istituto della enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989

Periodici

- Droit et Cultures*, Paris, Association Francaise Droit et Cultures
Droit et Société: revue internationale de théorie et de sociologie juridique, Paris, LGDJ
Droits: revue française de théorie juridique, Paris, Presses universitaires de France
Journal of Law and Society, Oxford, Blackwell Publishing
Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Los Angeles, Foundation for the Journal of legal pluralism in association with the African studies center
Law & society review : the journal of the Law and society association, Law and society association, Hampshire House, University of Massachusetts
Revue de Droit Internationale et de Droit Comparé
Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, Société de législation comparée
Rivista Critica di Diritto Privato, Bologna, Il Mulino

Risorse web

- Commission on Folk Law and Legal Pluralism* (<http://www.unb.ca/cflp/>)

- Dipartimento di Scienze Giuridiche – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* (<http://www.jus.unitn.it/>): portale giuridico. Contiene un vasto archivio video di conferenze e seminari, ed ospita alcuni siti di interesse giuridico
- Global Jurist* (<http://www.bepress.com/gj/>): rivista giuridica on-line. Editors: Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri, Alberto Monti
- Groupe de Travail Droits de l' Homme et Dialogue Interculturel* (<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/hdi>): gruppo di studio interno al Laboratoire d' Anthropologie juridique (Paris I - Sorbonne). Contiene molto materiale sul tema (dalle tesi di dottorato agli articoli sulle riviste francesi più importanti)
- Istituto Internacional de Sociologia Juridica de Oñati*: (<http://www.iisj.es>)
- Laboratoire d' Anthropologie Juridique de Paris (LAJP)* (<http://penelope.u-paris10.fr/gdr1178/lajp.htm>): il laboratorio fondato nel 1963 e diretto da Etienne Le Roy
- Laboratoire de recherche sociétés en développement dan l' espace et dans le temps (SEDET)*: (<http://www.sedet.jussieu.fr/sedet>): laboratorio di ricerca interdisciplinare presso l' università Paris VII – Denis Diderot
- Law and society association* (<http://www.lawandsociety.org>)
- Max Planck Institute for Social Anthropology* (<http://www.eth.mpg.de/dynamic-index.html>): sito che contiene una ricca documentazione sui progetti di ricerca del Prof. Franz von Benda-Beckmann, attuale direttore della *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*
- Réseau Droit, Cultures, Languages* (<http://penelope.u-paris10.fr/gdr1178/dclbis.htm>): portale giuridico del Centre Droit et Culture, presso l' Università Paris X – Nanterre. Contiene il sito della *Association Francaise d' Anthropologie du Droit* (A.F.A.D.), e quello della rivista *Droit et Culture*
- Reseau Européen Droit & Societé* (<http://www.reds.msh-paris.fr/>): la rete che pubblica la rivista *Droit et Societé* (per buona parte on-line)
- The Cardozo Electronic Law Bulletin* (<http://www.jus.unitn.it/cardozo/home.html>): la prima rivista di dottrina giuridica on-line europea. Editors: Prof. Pier Giuseppe Monateri e Prof. Ugo Mattei
- The School of Oriental and African Studies (SOAS)* (<http://www.soas.ac.uk/>)
- Van Vollenhoven Instituut* (<http://www.metajuridica.leidenuniv.nl>): uno dei principali istituti di ricerca di antropologia del diritto. E' consultabile on-line il catalogo della fornitissima biblioteca
- Westlaw* (www.westlaw.com): il più noto portale per la ricerca giuridica. Pubblica -on line e full text- tutte le principali riviste giuridiche americane

