

Domenico di Micco

Il comparatista italiano e l'antropologia giuridica

Alla ricerca di una nuova teoria generale del diritto

From Comparative Law to Legal Anthropology. The Italian path to a New General Theory of Law

This paper seeks to provide a reconstruction of the events that, within the field of legal science, have led to the recent emergence of legal anthropology as a subject of interest to jurists, albeit in dialogue with anthropologists. In this context, it is possible to conclude that contemporary legal anthropology is no longer confined to the description of isolated practices that are perceived as alien to the European perspective. Instead, it is oriented towards the development of a comprehensive historical analysis of law, with the objective of establishing a new theoretical framework for the discipline that is capable of integrating the insights that had been excluded by the positivistic approach. In this sense, legal anthropology aims to identify some stable universal rules that can be applied across diverse human cultures, despite the inherent instability of these cultures.

Keywords: Comparative Law, Legal Anthropology, General Theory of Law, Diversity, Human Cultures.

1. Premessa

Quale rapporto lega l'antropologia culturale, la comparazione giuridica e l'antropologia giuridica? O, per meglio dire, come si colloca l'antropologia giuridica rispetto a quella culturale e che cosa c'entra in tutto ciò la comparazione?

Sono queste le domande che introducono il presente contributo giacché, proprio negli incerti legami che corrono tra queste discipline, si gioca tutto il senso dell'antropologia giuridica quale materia del giurista, ovvero sottratta ad altre possibili collocazioni che, forse anche più intuitivamente, la porrebbero invece nel grembo dell'antropologia culturale.

Non v'è infatti alcun dubbio che, perlomeno a una prima impressione, l'antropologia culturale sembrerebbe poter esercitare su quella giuridica una sorta di attrazione gravitazionale, certamente molto più forte di quella che per converso attribuiremmo alla comparazione; tuttavia, tale percezione è in realtà tanto immediata quanto fuorviante. Come cercheremo infatti di ricostruire in queste pagine, perlomeno nell'esperienza italiana l'antropologia giuridica non si esaurisce in seno all'antropologia culturale ma si completa nell'approdo alla scienza giuridica, soprattutto quale conseguenza della straordinaria apertura alla diversità che gli studi comparatistici – e in particolare la sistemologia¹ – hanno inaugurato a partire dalla seconda metà del secolo scorso².

Ovviamente ciò non dev'essere però frainteso. Non si sta qui affermando che l'antropologia giuridica non debba nulla alla ben più consolidata antropologia culturale, dalla quale ha invece senz'altro mutuato esperienze, metodi e sapere³. Ciò che si vuole qui sottolineare è che l'antropologia giuridica – oggi fatta largamente dai giuristi – pur partendo dalla preziosa lezione degli antropologi, si è però posta domande e prospettive di ricerca molto diverse⁴; ed è allora proprio per questa ragione che è opportuno considerarle due scienze diverse seppur fortemente affini⁵.

Di certo, quanto ad affinità, hanno messo entrambe l'uomo al centro delle loro indagini anche se, occorre precisare, non già l'uomo in quanto tale bensì in quanto individuo che è in relazione con altri individui⁶. È infatti proprio questa dimensione relazionale della natura umana a costi-

¹ R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, [1956], 12° ed., R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, Paris, 2016; K. Zweigert, K. Kotz, *Einführung in die Rechtsvergleichung: Auf dem Gebiete des Privatrechts*, [1969], 3° ed., Tübingen, 1996; A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, [1996], 4° ed., Torino, 2018; M.A. Glendon, M.W. Gordon, P.G. Carozza, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, [1982], 4° ed., Eagan, MN, 2016.

² G.F. Ferrari, «Le origini storiche della comparazione pubblicistica», in *DPCE*, 1, 2012, 3 ss.; M. Serio, *Gli albori della comparazione giuridica nella "Critica di una Scienza delle legislazioni comparate" (1857) di Enrico Amari*, in *Ann. dir. comp.*, Napoli, 2012, 411-449; L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto: Raccolta di saggi*, Padova, 2016.

³ E. Grande, «L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto», in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 467.

⁴ R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007; G.F. Ferrari, recensione a, in *DPCE*, 2, 2007, 540; F.S. Nisio, recensione a, *Quaderni fiorentini*, 2009, 1869-1876; L. Mancini, *Introduzione all'antropologia giuridica*, Torino, 2015.

⁵ R. Motta, *Riflessioni e aggiornamenti su antropologia giuridica e discipline confinanti*, Torino, 2006.

⁶ G.P. Murdock, *Anthropology and "human relations"*, in 4(2) *Sociometry* 140-149 (1941); R. Axelrod, W.D. Hamilton, *The Evolution of Cooperation*, in 211 *Science* 1390 (1981); S.C. Levinson, *On the human "interaction engine"*, in N.J. Enfield, S.C. Levinson (eds.), *Roots of human sociality: Culture, cognition and interaction*, London, 2006, 39-69.

tuire il centro di queste discipline giacché proprio i molteplici legami che intercorrono tra gli individui – si pensi ai rapporti di parentela⁷, al rapporto con il soprannaturale⁸, all'organizzazione gerarchica, sociale e politica⁹ – fanno dell'uomo quell'animale particolarmente sociale che aveva già affascinato Aristotele e poi molti altri dopo di lui fino a Rousseau¹⁰.

Proprio nel tentativo di comprendere e spiegare questi molteplici rapporti, l'antropologia ha infatti dato corso – in oltre centocinquanta anni di attività – alle più svariate prospettive di indagine e, dopo una prima e più risalente fase di studi fondativi ma lontani dall'osservazione diretta – la cosiddetta fase degli *armchair anthropologists*¹¹ – inaugurò l'età delle indagini sul campo, alle quali non si sarebbe mai più sottratta¹². Così, le ricerche nelle relazioni che intercorrono tra gli individui, tra l'individuo

⁷ Tra le molte opere dedicate al tema si segnalano, per il tempo storiografico in cui si collocano e che le separa, L.H. Morgan, *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, Washington, 1871 e R. Fox, *Anthropologie de la parenté*, Paris, 1972; C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 1949.

⁸ Il rapporto con il soprannaturale è certamente uno dei temi maggiormente esplorati in antropologia. A inaugurarli, soprattutto in ambiente francese, fu A. Leroi-Gourhan, *Les religions de la préhistoire, Paléolithique*, Paris, 1964; per un saggio dell'interesse del giurista al tema M. Graziadei, *La giustizia nei monoteismi. Convergenze e divergenze*, in *Daimon*, 2004, 185 ss.; S. Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, 2005.

⁹ Le organizzazioni umane sono sorprendentemente numerose e varie nella storia dell'umanità. A. Ambrose, *The Study of Human Social Organisation*, in *Social Organisation of Animal Communities*, London, Symp. Zoo. Soc., 1965; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto: genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari, 2013.

¹⁰ J. Rousseau, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, Amsterdam, 1762.

¹¹ Tra questi si ricordano, quali padri della disciplina, studiosi come J. Frazer, *The Golden Bough: A Study in Comparative Religion*, London, 1915; E.B. Tylor, *Primitive Culture*, 1871; Id., *Anthropology: An Introduction to the Study of Man and Civilization*, 1881; L.H. Morgan, *Ancient Society*, Chicago, 1877.

¹² Il passaggio fu invero composito e si realizzò attraverso esperienze disgiunte. Sul finire dell'Ottocento la ricerca di tratti culturali stabili sulla base dell'analisi nella diversità spaziale diede vita, in area tedesca e americana, al *diffusionismo* che conobbe ampia fortuna soprattutto grazie al lavoro di studiosi come F. Boas, *Anthropology and Modern Life*, London, 1928; E. Sapir, *Language: an Introduction to the Study of Speech*, New York, 1921; R. Lowie, *Primitive Society*, New York, 1920; A. Kroeber e C. Kluckhohn, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions - The History of Human Culture, its Role in Social Sciences*, Cambridge, MA, 1952. In Francia, invece, i lavori di É. Durkheim, *Règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895, e M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Paris, 1925, inaugurarono la cosiddetta *scuola sociologica francese* che, attraverso l'osservazione empirica, consolidò l'idea per la quale i fenomeni sociali precederebbero e prescinderebbero dall'individuo, aprendo di fatto le porte a un'altra fortunata idea che è quella di cultura come coscienza collettiva. La grande svolta, che inaugurerà la moderna antropologia, arriverà però solo con la cosiddetta *osservazione partecipante* e con il metodo del *funzionalismo* prima (R. Radcliffe-Brown, *Social Structure*, Oxford, 1949; B. Malinowski, *Argonauts of the Western Pacific*, 1922; E. Evans-Pritchard, *The Nuer*, Oxford, 1940) e soprattutto dello *strutturalismo* poi (C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Paris, 1958) che, facendo sue le acquisizioni della linguistica di Ferdinand de Saussure e Roman Jakobson da una parte e quelle della

e il gruppo o tra più gruppi di individui diedero vita all'antropologia sociale; quelle nei segni, ovvero nelle tracce e nelle manifestazioni grafiche dell'uomo, all'antropologia artistico-espressiva e le domande circa il rapporto esistente tra uomo e soprannaturale inaugurarono l'antropologia filosofico-religiosa; e tutte insieme, e senza pretesa di esaustività, sono appunto solitamente indicate con il nome di antropologia culturale, in evidente continuità con l'ampio novero delle cosiddette scienze umane e sociali¹³. Con tutt'altra analisi e con tutt'altro metodo, non mancò neppure l'indagine nelle evidenze biologiche e genetiche¹⁴, dalla quale nasceranno invece l'antropologia fisica e la paleoantropologia che, diversamente da quanto affermato per l'antropologia culturale, hanno invece necessariamente attinto alle conoscenze e al metodo delle scienze naturali; e così, in questa composita molteplicità della scienza antropologica – o, forse, dovremmo più opportunamente dire *delle scienze antropologiche* – il concetto di antropologia è allora diventato una sorta di collettore teleologico e l'antropologia si è tramutata in una scienza sostanzialmente onnivora, cui neppure il fenomeno giuridico ha potuto sottrarsi¹⁵.

Solo un sistema di regole – quali che esse siano – può infatti consentire l'esistenza di un gruppo ed è proprio in ragione di ciò che, ben presto, gli antropologi – si noti, non i giuristi! – iniziarono a prestare attenzione alle molte espressioni di giuridicità che incontravano nei diversi gruppi umani. Ciononostante, e pur dando atto delle migliori intenzioni, quelle indagini risultarono a lungo incapaci di tradursi in una riflessione davvero organica, compiuta e sistematizzante, giacché si limitavano perlopiù a racconti isolati e descrizioni estemporanee delle pratiche osservate qua e là al di fuori della tradizione occidentale. Tutto ciò, ritengo, per l'insieme di tre circostanze.

La prima va rintracciata nel fatto che ad avviare tali ricerche furono appunto gli antropologi e gli etnologi che, per quanto raffinati cultori delle rispettive discipline, non possedevano certo le conoscenze giuridiche necessarie per poter riconoscere, mappare e comprendere davvero il fenomeno giuridico nelle sue molteplici manifestazioni né avrebbero avuto ragione di porsi domande di teoria giuridica.

psicoanalisi di Sigmund Freud dall'altra, dimostrerà l'unità psichica del genere umano con la conseguente esistenza di categorie universali della mente.

¹³ E.A. Schultz, R.H. Lavenda, *Cultural Anthropology: A Perspective on the Human Condition*, 1987.

¹⁴ L. Cavalli-Sforza, *L'evoluzione della cultura*, Torino, 2004.

¹⁵ G. Custred, *A History of Anthropology as a Holistic Science*, Lanham, 2016.

La seconda fu invece una sorta di peccato originale dell'antropologia che nacque – non a caso proprio nell'età contemporanea e nel pieno dell'avventura coloniale – come sguardo dell'uomo occidentale sulla diversità e sulla varianza di tutto ciò che occidentale non era¹⁶. In altre parole, sebbene il termine *antropologia* abbia in sé le migliori intenzioni di una scienza rivolta a tutta la condizione umana, nella sua pratica ha vissuto a lungo come disciplina fatta da Occidentali per essere applicata all'uomo non occidentale; con tutti limiti, oggi evidenti, che da un simile atteggiamento poterono derivare¹⁷.

La terza circostanza va infine ravvisata nel momento storico in cui tutto ciò avvenne. Se è infatti certamente vero che l'Ottocento coloniale ha stimolato l'Europeo come mai prima di allora all'osservazione e allo studio della diversità umana, è però altrettanto vero che l'Ottocento è stato anche il secolo in cui la cultura giuridica occidentale – e soprattutto quella continentale – è diventata prima convintamente positivista e poi anche marcatamente dogmatica, ripudiando di fatto ogni altra forma di giuridicità che non fosse il prodotto positivo di un legislatore squisitamente statutale, monopolista nella creazione del diritto e nella sua interpretazione¹⁸. Di fatto, proprio nel momento in cui la colonizzazione dava all'Europeo la possibilità di osservare un diritto fatto di pratiche religiose e magiche, di usi che prescindono da corrispondenti impalcature concettuali, di tradizioni orali e di molte altre forme in cui una regola può realizzarsi, per converso – e, forse, paradossalmente – fioriva in Europa il mito di un diritto interamente razionale, positivo, espresso e puramente tecnico. E allora ben si spiegano le molte difficoltà dell'Europeo nel capire come fosse fatto il diritto africano.

¹⁶ Diffusamente in M. Aime, *Antropologia*, Milano, 2016; D. Lorimer, *Theoretical racism in late-victorian anthropology, 1870-1900*, in 31(3) *Victorian Studies*, 405-430 (1988).

¹⁷ Per una puntuale e meditata ricostruzione di quando e come l'antropologia iniziò a occuparsi anche dell'indagine nel diritto europeo e sul quadro attuale di tali ricerche, M. Graziadei, *The Anthropology of European Law*, in *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, 2020, 262-279.

¹⁸ Così P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 223: «[...] il rigoroso legalismo illuministico e rivoluzionario, fatto proprio dello statalismo imperversante nell'Ottocento – un legalismo che si trasforma addirittura in legolatria – esige che, con il momento finale della solenne promulgazione e pubblicazione del comando, la legge si presenti come una realtà perfettamente chiusa e compatta, imm modificabile dai fatti successivi che essa incontra nella sua esistenza storica, modificabile unicamente da una futura – contraria o, comunque, diversa – volontà dello stesso legislatore». La citazione di Grossi ci aiuta a spiegare ciò che avvenne nel diritto continentale. Si segnala al lettore che un discorso un po' diverso meriterebbe il *common law* dove certamente arrivò il positivismo ma, per la storia stessa di quell'esperienza giuridica, non si sostanziosò mai nella pretesa del monopolio del legislatore per la creazione del diritto.

Oggi l'antropologia giuridica è una disciplina completamente diversa, fatta perlopiù dai giuristi – e non solo dagli antropologi – e volta non già a descrivere questa o quella pratica remota agli occhi dell'Europeo bensì a *soddisfare, attraverso la ricerca in una macro-storia del diritto, i bisogni di una nuova teoria generale del diritto*, che sia cioè capace di riammettere nelle strutture ermeneutiche del giurista tutto ciò che il positivismo aveva escluso¹⁹. Il tutto nel tentativo di poter tracciare così alcune regole universali stabili anche nel variare instabile delle culture umane.

Il presente contributo intende allora raccontare così l'avventura italiana dell'antropologia giuridica "fatta dai giuristi"; emancipandola cioè dall'ombra – sia pur fraterna – dell'antropologia culturale e ripercorrendo così i cambiamenti che avvennero nella scienza del diritto negli ultimi due secoli giacché a quelli, a ben vedere, si deve la nascita di questa disciplina quale materia del giurista.

2. La diversità del diritto e l'atlante che non abbiamo

Se volessimo azzardare una semplificazione, potremmo facilmente dire che il giurista ora studia, ora interpreta, ora applica, talvolta crea un corpo di regole più o meno composite e coerenti che nell'insieme indichiamo con il nome di diritto. Se poi guardassimo, però, con maggiore attenzione ai singoli elementi che incontriamo in questa coraggiosa sintesi, dovremmo ben presto iniziare a tracciare in essa tali e tanti *distinguo* da rendere l'assunto di fatto quasi impraticabile. Occorrerebbe infatti chiarire, ad esempio, chi sia il *giurista* di cui parliamo: è forse il teorico delle università o è piuttosto l'avvocato, forse il giudice, il notaio o il consulente del legislatore? La domanda è d'obbligo, dal momento che questa ricca pluralità di attori riflette invero possibilità, approcci, mentalità e compiti così diversi tra loro da trovare difficilmente, all'atto pratico, la stessa unitaria sistemazione che si vorrebbe nel concetto di giurista²⁰.

Allo stesso modo, e forse a maggior ragione, dovremmo poi anche distinguere opportunamente nel novero delle azioni che questi soggetti pongono in essere rispetto al diritto, poiché *studiare il diritto* da parte del teorico, *interpretare la regola per applicarla* da parte del giudice, *invocarla* da parte dell'avvocato o *crearla* da parte del legislatore sono infatti pratiche così diverse che, per quanto si intreccino vistosamente nel quotidiano di

¹⁹ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit.

²⁰ Lord Goff, *Judge, Jurist and Legislature*, in 2(1) *The Denning Law Journal* 79-95 (1987).

queste figure, implicano contesti, domande, esigenze e metodologie che restano però profondamente lontane le une dalle altre.

E se, non paghi, guardassimo infine anche a che cosa dovrebbe essere quel *corpo di regole che va sotto il nome di diritto*, troveremmo anche qui una così vasta e frastagliata molteplicità di contenuti – dai diritti umani alle regole di circolazione dei monopattini elettrici – da rendere la generalizzazione poco più di una mera speculazione. In altre parole, al di sotto dello sforzo encomiabile che è proprio di ogni sintesi, e dietro la potenza evocativa che ogni generalizzazione sottopone al nostro sguardo, *il fenomeno giuridico esiste solo nell'irriducibile complessità del suo molteplice* che è ben lontano da qualsivoglia compiuta sintesi²¹. A complicare ulteriormente le cose si aggiunga poi che nessuno degli elementi qui richiamati può dirsi davvero universale: quegli elementi non sono cioè né pacificamente validi in tutte le culture umane né sono stabili in quelle che li hanno acquisiti²². Se prendiamo, ad esempio, la figura del giurista scopriamo che essa non esiste nel diritto tradizionale africano, né in quello tradizionale cinese, giapponese, australiano, né in quello delle molte culture indigene delle Americhe e neppure nella – per noi ben più domestica – Grecia antica²³, a riprova del fatto che è possibile avere un diritto anche senza avere il giurista²⁴. Come è noto, il giurista nasce infatti a Roma e, a ben vedere, anche nell'esperienza dell'Occidente vive di alterne fortune, ora appoggiandosi al sacro, ora proclamandosi artefice del potere laico, ora legittimando il suo operare nell'autorevolezza del passato, ora proponendosi come il tecnico che dà alla società un prodotto nuovo e squisitamente razionale.

Analogamente, poi, neppure la figura del giudice può dirsi un universale stabile nel tempo e nelle culture. Sono infatti molte quelle che hanno praticato e praticano il giudizio senza ricorrere alla figura di un giudice professionale: giudicano gli anziani, giudica il capo, giudica l'uomo del sacro, giudicano i pari e così via e, a ben vedere, anche quei caratteri che a noi sembrano ormai scontati – ovvero un tecnico del diritto che sia autonomo e indipendente dal potere politico – sono in realtà un

²¹ R. Ballard *et al.*, *Legal practice and cultural diversity: Introduction*, in *Id. Legal Practice and Cultural Diversity*, London, 2016, 15-22; R. Sacco, *Diversity and Uniformity in the Law*, in *49 Am. J. Comp. L.* 171 ss. (2001); P.H. Glenn, *Legal traditions of the world: Sustainable diversity in law*, Oxford, 2014.

²² D. di Micco, *Diversità del diritto e delle culture nella visione popolare e nel pensiero dotto*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, Torino, 2014, 270-275.

²³ «Com'è noto, la figura del giurista come cultore scientifico del diritto non esisteva nella Grecia classica», così F. Gorla, *Il giurista nell'Impero romano d'Oriente*, in L. Burgmann, *Fontes minores XI*, Frankfurt, 2005.

²⁴ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit., 96 ss.

approdo piuttosto recente anche per l'Occidente e, anche qui, coesistono idee molto diverse per ciò che riguarda, ad esempio, la formazione del giudice, l'accesso alla carriera e, soprattutto, il rapporto che corre tra la sua sentenza e la legge (pensiamo, ad esempio, al giudice di *common law* e a quello di matrice giacobino-napoleonica)²⁵; sicché, anche laddove percepiamo unitarietà, troviamo in realtà una diversità piuttosto accesa.

Ovviamente, neppure le fonti del diritto vanno immuni da queste evidenze²⁶. Il diritto spontaneo, la consuetudine, la tradizione, la norma rivelata dal soprannaturale, la norma creata dall'uomo e legittimata dal sacro, la norma di produzione statale o quella di produzione privata, la regola fatta dal legislatore o quella che emerge dalle prassi mercantili e molto altro ci ricordano che il primato della legge e il faticoso monopolio del legislatore statale (che in Occidente hanno riscritto integralmente la gerarchia delle fonti espungendo o relegando le altre a poco più di meri accidenti) sono in realtà condizioni relative nelle culture e piuttosto recenti anche nella nostra giacché, sebbene l'Occidente tenda spesso a trasformarli in un mito universale e senza tempo, in realtà non vanno più in là di Napoleone.

In altre parole, se immaginassimo di possedere *l'atlante che non abbiamo* – ovvero quello in cui è disegnata la macro-storia del diritto dell'umanità – vi osserveremmo che il fenomeno giuridico non si realizza ovunque allo stesso modo, né nello stesso momento né tanto meno con gli stessi ingredienti e che questi, anche quelli che ci sembrano i più scontati, sono in realtà sempre relativi sia nello spazio sia nel tempo; fino all'apparente paradosso di un'umanità che ha conosciuto e conosce un diritto con e senza lo Stato, un diritto con e senza il legislatore, un diritto con e senza la legge e persino con e senza il giurista²⁷. *Varianza e divenire*, quali due grandi regole del fenomeno giuridico nel suo insieme. Vedremo questo

²⁵ A. Gambaro, *Il successo del giurista*, in *Foro It.*, 1983, V, 85 ss.; L. Cristanelli, *Formazione e selezione del magistrato in un'analisi comparata di civil law*, in *DPCE*, 3, 2008, 1515 ss.; R.C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, tr. it. L. Ascheri Lazzari, *I signori del diritto: giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991.

²⁶ R. Mac Donald, *Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle*, in *Sociologie et sociétés*, 1986, 45 ss.; R. Sacco, *Il diritto non scritto*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 1999; A. Pizzorusso, *Consuetudine*, voce in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988; G. Zagrebelsky, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970; N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; L. Mengoni, *Diritto vivente*, in *IUS*, 1, 1988, 14-26; R. Sacco, *Mute law*, in *Legal Theory and the Social Sciences* 395-407 (2017).

²⁷ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit.

sull'atlante che non abbiamo; e lo vediamo oggi, proprio grazie agli sforzi della comparazione e dell'antropologia giuridica.

3. Strumenti di lavoro instabili

Al pari di ogni altro studioso, il giurista lavora indossando delle “lenti” che permettono l'osservazione, l'elaborazione e infine la sistemazione dell'oggetto cui si appresta. Fuor di metafora, egli indaga il fenomeno giuridico attraverso una serie complessa di filtri²⁸, di cui in parte è certamente consapevole – penso qui alla dotazione tecnico-metodologica²⁹ – e in parte decisamente meno; e penso qui ai valori, al sentire sociale, agli usi e agli impliciti che sono propri della cultura cui egli appartiene³⁰. L'uno e l'altro filtro, combinati insieme, risultano così nel *modo* – tutt'altro che neutro – in cui il giurista si avvicina al diritto, condizionandone le domande, il ragionamento, l'interpretazione e, ovviamente, anche le risposte. A ciò si aggiunga inoltre che entrambi i filtri di cui parliamo non sono né universali comuni alle diverse culture né possono dirsi stabili nel tempo di ciascuna di quelle. *Varianza e instabilità* sono dunque le condizioni dei filtri con cui lavora il giurista.

È infatti oggi pacifico che da una cultura all'altra mutino i valori, le tradizioni, i riti, la percezione dei ruoli sociali, l'idea stessa di democrazia, quella di partecipazione, il rapporto maggioranza-minoranza, la natura della regola (sacra o laica) e via dicendo. Allo stesso modo, molti di questi aspetti mutano poi anche nel tempo di ciascuna cultura; ed è facile pensare qui ancora una volta ai valori (si prenda ad esempio la questione, un tempo impensabile per ogni paese cattolico, della dissolubilità del matrimonio che oggi è invece un dato acquisito pressoché ovunque) o alle sensibilità sociali (pensiamo, per esempio, a come sia mutata la percezione dell'omosessualità nel mondo occidentale nel giro di pochi decenni, dove si è passati dalla sua forzosa negazione o espressa condanna al suo, più o meno ampio, riconoscimento giuridico quale legittima forma di unione affettiva meritevole di tutela da parte dell'ordinamento). Insomma, come ebbe a dire Paul Freund, il giudice “non dovrebbe mai essere influenzato

²⁸ D. di Micco, *Interpretazione della regola: una lettura antropologica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VIII, sezione civile, Torino, 2016, 457-462.

²⁹ R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2015; P.G. Monateri, *Advanced Introduction to Comparative Law*, London, 2021; D. di Micco, *La comparazione alla prova del mondo che cambia*, in *DPCE*, 1, 2020, 3-25.

³⁰ *Ibidem*.

dal tempo del giorno, ma sarà inevitabilmente influenzato dal clima del tempo³¹.

Non lontano da questo variare, troviamo poi anche l'instabilità che attiene al secondo filtro, ovvero al metodo e all'apparato tecnico che costituisce lo strumentario del giurista; si pensi, ad esempio, per restare anche solo nell'ambito della comparazione, a come in pochi decenni si sia passati da un predominante strutturalismo, alla sua critica, all'avvento del funzionalismo, alle promesse della *law and economics*, alla sua crisi, fino alle tendenze metodologiche più recenti quali, ad esempio, l'analisi quantitativa dei dati. Da tutto ciò si ricava allora l'evidenza di quanto sia *relativo* il lavoro del giurista, la sua dotazione metodologica, il suo sguardo sul fenomeno giuridico e, soprattutto, il diritto stesso.

Certamente anche questa è oggi una lezione acquisita; ma è però bene ricordare come questa consapevolezza sia maturata solo in tempi abbastanza recenti e non senza difficoltà e fatica. La cultura giuridica occidentale ha infatti rifiutato a lungo di considerare le altre tradizioni giuridiche come depositarie di un vero e proprio diritto, ovvero pienamente alternativo a quello occidentale. Di fatto, tutto ciò che non si presentava nelle forme e nei canoni del diritto occidentale era visto dall'Europeo come mera pratica di usi e consuetudini, del tutto irrazionali a suoi occhi. E questo – come vedremo – dipese in larga parte dai profondi cambiamenti che interessarono la scienza giuridica occidentale lungo tutto il diciottesimo secolo.

4. L'Ottocento giuridico e i suoi effetti collaterali

L'Ottocento era stato un secolo di grandi ambizioni anche per il giurista che pensò, come mai prima di allora, di poter davvero costruire un ordinamento giuridico armonico, non contraddittorio e soprattutto interamente razionale.

Ad alimentare queste speranze furono come sempre gli arrangiamenti della storia e tre di questi, ritengo, ebbero in ciò un ruolo particolarmente determinante. Il primo fu la Rivoluzione francese che aveva chiuso il secolo precedente portando in dote alle teorie del giurista l'unitarietà del soggetto di diritto; e l'istituto della proprietà ne raccolse forse i segni

³¹ È interessante notare come la citazione di Freund sia stata fatta da Ruth Bader Ginsburg in almeno due importanti momenti della storia costituzionale federale statunitense, ovvero quando le è stato chiesto del suo successo nei casi di discriminazione sessuale negli anni '70 con l'American Civil Liberties Union e in occasione della conferma del matrimonio omosessuale da parte della Corte nel 2015.

più evidenti³². Il secondo venne invece dalle luminose promesse del legislatore napoleonico – ora monopolista e onnipotente – che poté sfrondare quel diritto, frutto di incoerenti stratificazioni medievali, sostituendolo con un nuovo diritto che si dichiarava interamente positivo, razionale e istituzionale³³. Il terzo, infine, fu l'idea di *Nazione* e si dimostrerà così dirompente nell'immaginario del giurista da condizionarlo, di fatto come poco altro nella sua lunga storia, per oltre un secolo. In seguito alla disfatta di Napoleone, la pretesa reazionaria di Metternich finirà per creare le condizioni ideali per quei moti di libertà, sovranità e autogoverno che andranno poi sotto il nome di Primavera dei popoli e che si tradurranno appunto in quell'idea di Nazione che si imporrà rapidamente come desiderabile in tutta Europa³⁴.

Per il giurista tutto ciò segnerà l'inizio di un paradigma completamente nuovo e richiederà riflessioni nuove anche per la scienza giuridica tutta³⁵. A ben vedere, infatti, la pretesa di monopolio nella creazione del diritto che fu del legislatore napoleonico aprì di fatto la strada all'idea di un diritto interamente coincidente con la legge, ovvero all'idea per cui la regola coinciderebbe con il suo dettato normativo, lasciando quindi ben poco spazio all'interpretazione³⁶. E ci sarebbe poi voluto molto tempo per invertire la rotta³⁷.

Da quella premessa il passo al dogmatismo fu breve e fu essenzialmente tre cose: si iniziò ad assumere i contenuti del diritto come dogmi, ovvero a credere che concetti e definizioni precedano il fatto e ne prescindano (che è poi il processo opposto alla logica scientifica); si ricavò poi da questo una rispondente teoria generale del diritto (intesa quindi come forme e strutture del ragionamento giuridico); e da ultimo si utilizzò un modello logico-argomentativo fondato sulla sussunzione e sul sillogismo. E la riscoperta del diritto romano sarà la non casuale occasione per tentare di creare, a partire da quell'antico corpo di regole, un ordinamento

³² P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit.

³³ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, 2014.

³⁴ A. Wimmer, F. Yuval, *The Rise of the Nation-State across the World, 1816 to 2001*, in 75(5) *American Sociological Review* 764-790 (2010).

³⁵ A. Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007.

³⁶ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit.

³⁷ F. Génys, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 2° ed., 1919.

interamente concettuale e positivo³⁸; che penserà però, erroneamente, di poter prescindere *dai* fatti e potersi calare *sui* fatti³⁹.

Il giurista europeo costruiva così l'idea di un diritto interamente istituzionalizzato e positivo, con una corrispondente gerarchia delle fonti nella quale non avrebbero più trovato posto – o ne avrebbero trovato uno decisamente ridotto – gli usi, le consuetudini e ogni altra forma di diritto spontaneo che finirono così o per essere assorbiti nella legge (e, attraverso quella, positivizzati nell'ordinamento) o relegati allo scalino più basso di quella rigida gerarchia⁴⁰.

In altre parole, l'Ottocento segnò un profondo irrigidimento nel paradigma del diritto occidentale e così anche nella mentalità del giurista. Se è vero infatti che il "cesareo gladio" del legislatore poté finalmente dare al diritto quel carattere di unitarietà e uniformità che mai si era raggiunto prima, è però altrettanto vero che questo comportò alcuni effetti collaterali tutt'altro che irrilevanti per ciò che riguarda le fonti del diritto e soprattutto segnò un netto cambio di passo per il giurista occidentale che da quel momento iniziò a far coincidere il diritto unicamente con il prodotto positivo dell'autorità statale che poi, nel nascente mito della Nazione, troverà infine anche un valore identitario tanto nuovo quanto pericoloso⁴¹. In quel passaggio il giurista occidentale si mise alle spalle il lungo Medioevo, che era stato irrimediabilmente policentrico e acefalo per ciò che riguarda le istituzioni e il fenomeno giuridico, e diventò "municipale" – per usare un'espressione ormai desueta – ovvero rinnegò ogni altra forma di giuridicità che non fosse quella interamente positiva dello Stato; fino al paradosso per cui un giurista medievale avrebbe forse avuto strumenti

³⁸ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, [1814], trad. it. *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Verona, 1857; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Berlin, 1882.

³⁹ Penso qui espressamente alla famosa teoria della piramide concettuale formulata da Georg Friedrich Puchta, *Kursus der Institutionen*, [1841], che apparve rapidamente in una trad. it. *Corso delle istituzioni*, Napoli, 1854.

⁴⁰ Significativo è quanto affermano sul punto J. Ghestin, G. Goubeaux e M. Fabre Magnan nel loro celebre *Traité de droit civil. Introduction général*, Paris, 1994, 514: «Théoriquement la loi et la coutume son sur un pied d'égalité [...] Il n'est pas contestable que, aujourd'hui, la loi écrite a le dessus sur la coutume».

⁴¹ S.L. Paulson, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, N. Bersier Ladavac, P. Chiassoni, A. Sardo, a cura di, Milano, 2023. I sei scritti di Paulson, pubblicati tra il 1994 e il 2021 e raccolti in questa pubblicazione, forniscono una spiegazione storico-causale di due differenti tesi che, nel secondo dopoguerra, avevano sostenuto Gustav Radbruch e Lon L. Fuller, circa il rapporto tra positivismo giuridico e regime nazista. Secondo Radbruch il positivismo giuridico avrebbe reso inerte la Germania di fronte al nazionalsocialismo (tesi della deresponsabilizzazione); Secondo Fuller, invece, il positivismo giuridico avrebbe dato un contributo rilevante all'avvento del regime nazista (tesi della causalità).

di gran lunga maggiori per comprendere il diritto africano di quanti non avrà poi, per davvero, il giurista positivista e dogmatico dell'età coloniale.

5. Il difficile incontro con la diversità

Conclusi anche gli ultimi processi di unificazione nazionale in Europa, il finire dell'Ottocento e i primi tre decenni del Novecento vedranno le potenze europee raggiungere l'apice di quell'avventura coloniale che già da tempo avevano intrapreso e che, soprattutto in Africa, realizzerà le loro ambiziose politiche espansioniste. Ma cosa pensò l'Europeo di fronte all'Africano e viceversa? E, in particolare, che percezione ebbe l'Europeo del diritto africano?

La più moderna antropologia ci spiega, opportunamente, che la diversità non dovrebbe essere giudicata e che, al contrario, l'incontro con l'altro dovrebbe avvenire sulle premesse della relatività delle soluzioni culturali (ivi comprese anche quelle giuridiche); eppure, a ben vedere, storicamente l'incontro con l'altro non avviene mai in questo modo né tanto meno sul piano del relativismo delle culture⁴². Al contrario, *l'incontro con l'altro avviene sempre sul terreno della misurazione – superiorità o inferiorità – e del conseguente giudizio*⁴³. È noto che i Conquistadores avessero chiesto a Roma di inviare nelle Americhe delle commissioni per stabilire se i nativi avessero o meno l'anima; ed è altrettanto noto che i nativi, dal canto loro, catturando un Europeo, lo immergevano sott'acqua per vedere se fosse anch'egli mortale o di natura divina. Sappiamo poi che molti gruppi riservano per sé l'appartenenza alla condizione umana, escludendo da quella gli altri che, di conseguenza, finiscono per essere collocati idealmente nel mondo animale. Non troppo lontano da qui, ricordiamo poi come anche i Greci, premendo su un evidente marcatore linguistico, chiamassero *barbari* tutti i non Greci.

In altre parole, tutti questi esempi ci raccontano di come l'uomo incontra l'uomo e difficilmente si riconosca. L'incontro con l'altro non avviene mai sul terreno di una bianca neutralità da salotto; al contrario, incontriamo l'altro con tutto ciò che siamo, ovvero con la nostra cultura, con le nostre usanze, con le nostre tradizioni e ovviamente anche con il nostro diritto; e questo "tutto" entra vigorosamente nella misurazione dell'altro, che sarà così giudicato – superiore a noi o inferiore a noi – in

⁴² C. Lévi-Strauss, *Race et histoire. Race et culture*, Paris, 1952.

⁴³ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit., 63 ss.

ragione di tutte le sue usanze, della sua lingua, del suo vestire, del suo cibo, del suo livello tecnologico e anche del suo diritto.

Si spiega così, ad esempio, il lungo e complesso sistema delle capitolazioni con cui, per circa quattrocento anni, le potenze europee cristiane negoziarono con quelle musulmane – pensiamo, ad esempio, all'impero ottomano – un sostanziale regime di esenzione/deroga per i loro cittadini dal sistema giuridico di quei Paesi; il che ben dimostra come l'Europeo storicamente non accetti di essere sottoposto a un diritto non europeo⁴⁴.

Con queste premesse, è allora facile immaginare che cosa possano aver pensato gli Europei di fronte al diritto africano, ovvero di fronte a un diritto tradizionale di natura sacro-religiosa, non scritto e non statutale, creato attraverso la sua stessa pratica e amministrato – non senza l'intervento del soprannaturale – ora dagli anziani, ora dal capo, ora dall'uomo del soprannaturale. Nella migliore delle ipotesi hanno visto tutto ciò come una pratica giuridica “barbara” alla quale non si sarebbero mai sottoposti.

In altre parole, la cultura giuridica dell'Europeo di fine Ottocento era ormai del tutto incapace di riconoscere e ammettere la possibilità di avere diritto anche al di fuori dei canoni del positivismo statutale all'occidentale e, di conseguenza, l'incontro con il diritto dei popoli non occidentali, ivi compreso quello africano, fallì vistosamente.

Si badi, ciò non significa che gli Europei non videro la diversità; al contrario, fecero anche numerosi tentativi di studiarla e persino di trasporla nelle forme del diritto positivo coloniale. Ciò che non fecero – ed è invece proprio ciò che fa oggi l'antropologia giuridica fatta dai giuristi – è provare a leggere quel diritto *insieme* a quello europeo, per tentare di esplorare così le grandi regole della condizione umana tutta. Quelle forme di giuridicità furono infatti guardate dall'Europeo come il coacervo di usanze, pratiche, riti e consuetudini, interessanti soprattutto dal punto di vista etnografico e antropologico; e ciò non sorprende, se pensiamo al trattamento che gli usi e le consuetudini avevano ricevuto in Europa, solo qualche decennio prima, con l'avvento del monopolio del legislatore statutale.

L'Europeo iniziò così a porre su una pericolosa linea evolucionista la diversità delle culture e ovviamente anche quella del diritto. Pensò infatti che i destini dell'umanità evolvessero in un'unica grande tensione

⁴⁴ C. Guazzaroni, *L'abolizione delle Capitolazioni in Egitto*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 5, 3, 1938, 285-292; M.P. Pedani, *La dimora della pace. Considerazioni sulle capitolazioni tra i paesi islamici e l'Europa*, in *Quaderni di studi arabi*, 1996, 1-111; M. Semboloni, *Gli italiani di Tunisia: storia, evoluzione e integrazione della comunità italiana in una non colonia italiana*, in *Africana: rivista di studi extraeuropei*, XXVI, 2020, 143-152.

che porterebbe da uno stadio arcaico-ancestrale, attraverso uno barbarico, verso uno stadio finale di fioritura della civiltà; e ovviamente la cultura europea identificò se stessa con quest'ultimo stadio relegando di conseguenza il diritto africano allo stadio arcaico e ancestrale⁴⁵. Tutto ciò rifletteva inevitabilmente il giudizio di fondo che l'Europeo andava maturando circa la propria superiorità culturale e si tradusse in almeno due conseguenze dirette⁴⁶. La prima fu la conferma di quel netto rifiuto dell'Europeo a sottoporsi a forme di diritto non occidentali che già abbiamo visto a proposito delle capitolazioni; la seconda fu che, proprio in ragione di quella idea evolucionista che oggi sappiamo essere priva di fondamento, l'Europeo sentì il bisogno – in parte autentico e in gran parte pretestuoso – di “aiutare” i popoli sottomessi nel loro cammino verso la “civilizzazione”. E il virgolettato è d'obbligo.

L'Europeo si preoccupò quindi di avere un proprio diritto da applicare a se stesso (modellato su quello della madrepatria, ma creato a uso dei coloni, non senza risultare spesso più innovativo della soluzione metropolitana) e al massimo a un eventuale conflitto con l'autoctono ma, al contempo, si disinteressò quasi completamente al diritto praticato dall'autoctono con l'autoctono⁴⁷. Così – ironia della sorte – lontano dagli interessi dell'Europeo, il diritto africano poté continuare a vivere nell'oralità e attraverso la sua pratica, con tutti quei caratteri che l'Europeo non accettava più nella sua idea di diritto. Di fatto, utilizzando una chiave di lettura contemporanea, potremmo anche dire che ciò che si verificò in Africa in quel frangente fu un sostanziale pluralismo giuridico, inteso quale coesistenza nello stesso tempo e nel medesimo spazio di due o più sistemi giuridici alternativi tra loro che, come rette parallele, vissero di fatto senza punti di contatto⁴⁸. Per un cambiamento significativo nel modo in cui si guarderà

⁴⁵ Questi studi sono oggi noti come evolucionismo sociale o unilineare e trovarono il loro principale teorico in L.H. Morgan. Successivamente, dopo il loro superamento, queste teorie saranno riprese negli anni Quaranta e Cinquanta del Novecento in chiave multilineare da studiosi come Julian Steward, Elman Service, Leslie White e andranno sotto il nome di neoevoluzionismo.

⁴⁶ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit., 68 ss.

⁴⁷ A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit.

⁴⁸ G. Swenson, *Legal pluralism in theory and practice*, in 20(3) *International Studies Review* 438-462 (2018); J. Griffiths, *What is legal pluralism?*, in 18(24) *The journal of legal pluralism and unofficial law* 1-55 (1986); S.E. Merry, *Legal pluralism*, in 22(5) *Law & society review* 869-896 (1988); R. Michaels, *Global legal pluralism*, in 5(1) *Annual Review of Law and Social Science* 243-262 (2009).

al diritto extra-europeo si dovrà attendere la decolonizzazione e la nuova fase della cosiddetta "assistenza tecnica"⁴⁹.

6. Il nuovo ordine del mondo: tra scelte obbligate, continuità e cambiamento

Come è noto la seconda guerra mondiale segnerà la fine del mondo che abbiamo sin qui descritto. Le potenze europee, uscite infatti trasfigurate dal conflitto, dovranno prendere atto del nuovo ordine globale con la crescente forza economica e militare degli Stati Uniti da una parte e il modello alterativo dell'Unione Sovietica dall'altra, e finiranno – dopo secoli di ostentata egemonia – per essere riassorbite nell'orbita d'influenza del primo in aperta contrapposizione con il secondo. Si chiuderà così la pretesa europea sul mondo.

Il nuovo corso porterà con sé profondi cambiamenti dentro e fuori dall'Europa. Nel giro di un decennio, il doveroso processo di decolonizzazione vedrà infatti le colonie africane trasformarsi in Stati sovrani che da questo momento saranno chiamati al loro autogoverno (anche se questo non significherà affatto l'automatica dismissione di ogni tentativo di ingerenza da parte di alcuni paesi europei).

Dal punto di vista del diritto pubblico, a riprova della viscosità del modello occidentale, le scelte dell'indipendenza si tradurranno in una pressoché totale adesione ai modelli europei: la dottrina dello Stato, la divisione dei poteri (che l'Europeo declamava in Occidente ma non applicava nelle colonie), le logiche della partecipazione democratica su base maggioritaria e tutti gli altri cardini del modello pubblicista occidentale – che quest'ultimo aveva traumaticamente elaborato lungo secoli di esperienze e di esperimenti – furono di fatto trapiantati in una tradizione culturale, quella africana, che a tutto ciò restava invece profondamente estranea; e in larga parte si spiegano così i molti rigetti e i numerosi adattamenti che ne seguirono⁵⁰.

Per ciò che riguarda il diritto privato, il discorso si fece da subito meno lineare. La scelta di dar forma allo Stato secondo i canoni del mo-

⁴⁹ R. Sacco, M. Guadagni, R. Aluffi, L. Castellani, *Il diritto africano*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 1995.

⁵⁰ M. Alliot, *L'acculturation juridique*, in J.L.F. Poirier (dir.), *Ethnologie générale*, Paris, 1968, 1180-1236, Id., *Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États de l'Afrique francophone et à Madagascar*, in J.L. F. Poirier, M. Alliot, (dir.), *Études de droit africain et de droit malgaches*, Paris, 1969, 529 ss; E. Le Roy, *L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi*, in *La connaissance du droit en Afrique*, Symposium de Acad. Roy. des Sciences d'Outr., Bruxelles, 1985, 210-240.

dello europeo portava con sé inevitabilmente l'introduzione di un legislatore all'europea (ovvero con la pretesa di un sostanziale monopolio della creazione delle regole, interamente scritte). Il legislatore indusse quindi l'idea della legge e dunque quella del codice e, da ultimo, quella di un apparato giudiziario – tecnico, pubblico, terzo e imparziale – pronto ad applicarlo secondo i canoni del giudizio all'occidentale. Ma *quale* diritto si sarebbe dovuto adottare? Meglio un diritto privato di matrice europea – e magari proprio quello lasciato dall'Europa – o meglio un diritto autoc-tono, magari ricavato dalla positivizzazione delle regole del diritto tradizionale? E in che misura questa seconda soluzione si sarebbe dimostrata percorribile?

Se da una parte l'idea di conservare il diritto del colonizzatore strideva sonoramente con l'idea stessa di indipendenza e autogoverno, dall'altra però l'idea di tradurre in legge un così polverizzato e multiforme sistema di regole che variano da villaggio a villaggio, da gruppo a gruppo, da caso a caso e che vivono unicamente nell'oralità, attraverso la loro stessa pratica, si rivelò da subito un'impresa disperata e così, tra le due vie, finì per prevalere nettamente la prima⁵¹.

Come già accennato poc'anzi, di fatto la discontinuità – tanto desiderata con il sogno dell'indipendenza – finiva, perlomeno dal punto di vista del diritto, per realizzarsi nel paradosso di una evidente continuità che fu palese sul piano del diritto pubblico dove si ebbe un trapianto pressoché diretto del modello statuale europeo. Sul piano del diritto privato, invece, le forme del diritto privato europeo – la legge e il codice – beneficiarono, per così dire, di un trapianto indotto, ovvero di ciò che avveniva nel campo del diritto pubblico ma per ciò che riguarda i contenuti fu invece necessaria una più ampia rimodulazione, talvolta anche profonda, dovuta al fatto che proprio le regole dei modelli privatistici europei in alcune materie riflettevano una distanza culturale netta dai popoli africani. Così, ad esempio, se il diritto dei contratti e quello commerciale francese poté facilmente trapiantarsi nel diritto privato delle ex colonie francesi senza subire grosse rivisitazioni⁵², lo stesso non si può dire per il diritto di famiglia francese che, al contrario, non poteva riflettere ed esprimere il sentire valoriale e religioso dei popoli africani.

In altre parole, all'atto dell'indipendenza, il modello europeo si rivelò complessivamente vincente, risultando di fatto come l'unica via percorri-

⁵¹ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit.

⁵² Con riguardo, ad esempio, all'armonizzazione del diritto commerciale, si pensi al lavoro svolto da OHADA – *Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* – nelle ex colonie francesi.

bile per un diritto *ufficiale* dello Stato. Tuttavia, nel marcato contrasto che esiste in Africa tra realtà urbane e sconfinite realtà rurali, questo diritto di stampo europeo riuscì ad avere ben poca penetrazione al di fuori delle città; il diritto positivo all'europea ha infatti bisogno di scrittura, di tecnici, di apparati organizzati, ovvero di tutto ciò che manca nelle aree rurali dell'Africa. La conseguenza fu dunque che, lontano dalle città, si continuò a praticare il diritto tradizionale africano in tutta la sua frastagliata ed estemporanea varietà di forme e soluzioni; diversamente dal modello europeo, infatti, esso non necessita affatto di scrittura, né di legislatore, né di legge, né di tribunali o tecnici. La regola del diritto africano tradizionale vive infatti attraverso la sua stessa pratica e si realizza nell'interazione costante con la dimensione del trascendente, in una moltitudine di fonti e legittimazioni che il modello giuridico occidentale non è più disposto a riconoscere.

In tutto ciò, neppure l'Europa poté mancare il confronto con il cambiamento e il giurista troverà ancora una volta nuove "lenti" per guardare il diritto. Se la prima guerra mondiale aveva infatti sepolto tre imperi, aprendo dapprima lo spiraglio di un'età nuova per le democrazie sociali e per i popoli per poi però cedere rapidamente il passo all'avanzata di regimi e dittature tra le più nefaste della storia⁵³, il secondo conflitto mondiale segnerà invece tragicamente la fine di quel travagliato ventennio e la ritrovata democrazia che ne seguirà imporrà riflessioni profonde.

La Germania, spezzata dal peso delle sue responsabilità, opererà per un vero e proprio "anno zero", istituzionale quanto morale. L'Italia, al contrario, tra amnistie e auto-assoluzioni – "Italiani, brava gente", dopo tutto! – si accontenterà di deporre Casa Savoia e passare dalla forma monarchica dello Stato a quella repubblicana, senza ulteriori epurazioni o grosse discontinuità. La Francia risusciterà gli spiriti più reconditi della sua fiera identità e si aggrapperà a De Gaulle che li sugellerà poi nella quinta repubblica del 1958. L'Inghilterra, pur avendo vinto a pieno titolo la guerra, si risveglierà nella rapida e inevitabile fine del suo impero nonché nell'amara evidenza del suo ridimensionato peso sullo scacchiere mondiale. La Spagna e il Portogallo dovranno attendere altri trent'anni prima di tornare alla vita democratica mentre su tutto il Vecchio continente, già all'indomani della fine della guerra, calerà pesante l'ombra di una rigida cortina a separare l'Occidente da quello che diverrà il suo incubo più grande.

⁵³ H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1951.

In tutto ciò neppure il diritto e il giurista rimarranno gli stessi. Anche in questo caso a subire le revisioni più profonde fu senza dubbio il diritto pubblico (penso soprattutto a come le Costituzioni furono chiamate a segnare il nuovo corso democratico dei popoli europei) mentre, per converso, il nucleo del diritto privato – opportunamente epurato dei suoi contenuti discriminatori e illiberali introdotti dalle dittature – potrà però sopravvivere senza grossi rimaneggiamenti: il codice civile italiano del 1942 e il BGB tedesco ne sono forse gli esempi più lampanti.

Tuttavia, se ci limitassimo a questa riflessione, il quadro di quel passaggio storico resterebbe assai incompleto. Il cambiamento maggiore fu infatti quello che si ebbe *nella mentalità del giurista*, costretto dagli eventi a rimettere in discussione quella teoria generale del diritto positivista con tutte le sue dogmatiche certezze; e sarà allora proprio questo netto cambiamento nella cultura giuridica europea – ben visibile nell'esperienza italiana – a gettare le premesse per la comparazione giuridica prima e per la nascita, alcuni decenni dopo, della moderna antropologia giuridica.

7. Comparare e reinventare la scienza del diritto

«La rottura con il passato di giurista tendenzialmente dogmatico concettualista e l'apertura verso una concezione storicistica del diritto (base per la comparazione) sono segnate dalla mia prolusione pavese del 6 dicembre 1946 "Il sentimento del diritto soggettivo in A. de Tocqueville". Essa viene dopo un periodo di gestazione, fatto anche di altri studi storici quindi sulla via concettualistica: ma poi, fino al 1941-42, presi un'altra via; né posso qui dire come»⁵⁴. Con queste parole, raccontando se stesso, Gino Gorla riassume il senso della sua esperienza in quella complessa transizione.

A ben vedere, già nel suo lavoro del 1941 – *L'interpretazione del diritto* – Gorla aveva ampiamente affrontato la questione del metodo, affermando che il processo interpretativo non poteva ridursi a una mera concatenazione di concetti e di dogmi ma che, al contrario, avrebbe dovuto realizzarsi attraverso la concreta ricostruzione dell'attività storica del legislatore; in altre parole, l'interpretazione del diritto non doveva essere – come era stata sino a quel momento – un'attività astratta di sistemazione concettuale delle regole bensì doveva essere un processo di conoscenza storica di quelle e delle loro effettive possibilità semantiche.

⁵⁴ G. Gorla, *Ricordi della carriera di un comparatista*, in *Foro it.*, 1980, parte V, 1 ss.

Pur seguendo suggestioni diverse⁵⁵, negli stessi anni anche Rodolfo Sacco si dedica al tema dell'interpretazione, insistendo polemicamente già dal titolo sul *concetto* che di tale processo si aveva⁵⁶. L'interpretazione, dunque, così a lungo mortificata dal positivismo e dal dogmatismo, si riscoprì al centro di una nuova visione del fenomeno giuridico e venne consapevolmente usata da quella generazione di giuristi italiani quale grimaldello per scardinare il concettualismo e le strutture logiche del diritto dogmatico, che troppo a lungo avevano negato all'interprete il posto che gli spetta⁵⁷.

Così, grazie alla contaminazione benefica di altre discipline quali la storia, la linguistica comparata, la sociologia e l'antropologia, in quel momento il giurista italiano si mise alle spalle l'Ottocento con i suoi miti – il legislatore e la legge – e il dogma dei suoi concetti e riscoprì, in una sorta di realismo all'italiana, la necessità di una costante aderenza al fatto a discapito del concetto.

Questo comportò un'evidente crisi di quella teoria generale di stampo ottocentesco; crisi che si tradusse però rapidamente in un nuovo spazio mentale per il giurista: uno spazio vuoto ma seducente, in cui poter creare da capo strutture ermeneutiche capaci di ripristinare una gerarchia delle fonti più aperta di quella che il mito della legge aveva ristretto e imposto sino ad allora.

Con queste premesse, il raffronto con la diversità del diritto – la comparazione – fu quindi inevitabile. Venendo infatti meno l'apparato positivo-dogmatico che trovava nei confini della nazione tutte le sue solide certezze, l'idea di guardare al diritto straniero (per capire come fosse fatto davvero il diritto interno) fu tentazione e bisogno al tempo stesso. E si scoprì così che, al di fuori del diritto statale, la giuridicità era davvero tanta. Il comparatista riscoprì – è proprio il caso di dirlo, *riscopri* – che ci può essere diritto anche in assenza di Stato, di legislatore, di giurista, di codici, di scrittura e addirittura in assenza di concetti corrispondenti alla regola praticata. E persino nella mutezza⁵⁸.

⁵⁵ Le suggestioni cui visibilmente si ispirò il giovane Rodolfo Sacco furono quelle provenienti dalla cultura torinese di quegli anni, dove una autorevole scuola di glottologia (si pensi al lavoro di Bartoli, *Saggi di linguistica spaziale*, Torino, 1945) operava secondo il metodo del dif-fusionismo e dello strutturalismo linguistico saussuriano. Non a caso, sempre a Torino, nel 1950 anche Norberto Bobbio si dedicherà al rapporto che lega il diritto e la lingua: N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 352.

⁵⁶ R. Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto* [1947], rist. A. Gambaro (cur.), Torino, 2003.

⁵⁷ Per un approfondimento sulla destrutturazione del pensiero positivista e sulle sue più estreme conseguenze G. Bognetti, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, in *DPCE*, 4, 2005, 1529 ss.

⁵⁸ R. Sacco, *Mute law*, cit.

In altre parole, in quella rivoluzione il comparatista rimise sul banco molte cose che erano state dismesse dal giurista europeo dell'Ottocento: le fonti mute, la concorrenza di più centri di creazione della regola, la dimensione tacita del diritto e molto altro ancora; e tutto ciò pose e richiese una nuova teoria generale del diritto che non avrebbe più potuto limitarsi a fotografare unicamente il diritto statutale all'europea ma che, al contrario, avrebbe dovuto saper tenere insieme a quello anche – ad esempio – il soprannaturale e il magico del diritto africano, le consuetudini vive e non cristallizzabili, la regola rivelata dal sacro nel diritto islamico e ogni altra forma di giuridicità in cui si esprime e si realizza la vasta molteplicità della condizione umana fino a lambire la più vasta cornice delle regole del mondo animale, cui l'uomo cerca da sempre di sottrarsi pur essendone irrimediabilmente parte⁵⁹.

Domenico di Micco
Università degli Studi di Torino
Dipartimento di Giurisprudenza
Lungo Dora Siena, 100
10100 Torino
domenico.dimicco@unito.it

⁵⁹ A. Gianola, *L'analisi etologica del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 805 ss; R. Caterina, *Dominanza e possesso (e proprietà?) in alcune società non umane*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 449 ss; R. Sacco, *Due scimpanzé e una bacchetta*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2005, 763 ss.

