

# PLURALISMO GIURIDICO

*Itinerari contemporanei*

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

a cura di PAOLO CAPPELLINI e GIOVANNI CAZZETTA

MICHELE GRAZIADEI

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

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

1. *Il tema.*

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

---

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

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

## 2. *Il diritto in movimento.*

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

---

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

<sup>(3)</sup> A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974. La seconda edizione è del 1993: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens, Georgia, University of Georgia Press, 1993<sup>2</sup>; la traduzione italiana risale al 1984: ID., *Il trapianto di norme giuridiche. Un « approccio » al diritto comparato*, Napoli, E.S.I., 1984. L'Autore è poi tornato sul tema in ulteriori scritti.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>(5)</sup> Sullo stato dell'arte sia consentito rinviare a: M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmerman, Oxford, Oxford University Press, 2019<sup>2</sup>, p. 441 e ss.; tra i manuali si veda soprattutto M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022<sup>3</sup>, p. 287 e ss. Nel seguito, si parlerà indifferentemente di trapianti di norme, di circolazione di modelli, di *legal transfers*, intendendo ciascuna di queste espressioni come utile anche per richiamare tutte le altre invalse in questo settore degli studi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

### 3. *Formanti, crittotipi.*

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>(56)</sup> Su cui P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », L (2021), p. 1 e ss.; K. VON BENDA-BECKMANN, B. TURNER, *Legal Pluralism, Social Theory, and the State*, in « The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », L (2018), 3, p. 255 e ss.; si veda inoltre il capitolo dedicato al pluralismo nel volume di W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006<sup>2</sup>, p. 82 e ss.

<sup>(57)</sup> Il tema è stato pienamente sviluppato in R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 2019<sup>7</sup>, p. 55 e ss.

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

<sup>(65)</sup> SACCO, ROSSI, *Introduzione*, cit., p. 117 e ss.

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

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

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

---

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

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

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

(69) Indicazioni essenziali in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2018<sup>4</sup>, p. 404.

#### 4. Legal transfers, *lingua e diritto*.

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

nicazione del messaggio normativo affidato alla lingua del diritto <sup>(81)</sup>.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>(92)</sup> Ivi, pp. 52-53.

<sup>(93)</sup> GAMBARO, SACCO, *Sistemi*, cit., p. 126 e ss.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>(100)</sup> Per una discussione di carattere generale: M.J. TREBILCOCK, M. MOTA PRADO, *Advanced Introduction to Law and Development*, Cheltenham, Elgar, 2021<sup>2</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## 7. Conclusioni.

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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