

Formanti giuridici e pluralismo delle fonti nell'Asia meridionale

di Carmine Petteruti

Abstract: *Legal Formants and Plurality of Legal Sources in South Asia* – The essay analyzes the relationship between legal formants and plurality of legal sources in South Asia. The attention is focused on South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) and on the Indian legal system which represents the main reference in this context. The coexistence of an official law (state legal system) and unofficial law (personal laws) characterizes the Indian legal system, as in other South Asian countries. Thus, the formant of law is particularly relevant in the relationship between formants and legal sources, despite having a prevalent but not exclusive function. Indeed, tradition joins the habitual formants expanding the legal system and the legal sources. About that, the essay tries to check the impact of legal pluralism on integration processes. This study offers the opportunity to highlight the historically influence of India in South Asia both political and constitutional point of view.

Keywords: Sources of Law; Eur-Asia; South Asia; Personal Law; Legal Pluralism.

1. L'area euroasiatica nell'ordine globale

La necessità di utilizzare approcci diversi rispetto al passato nell'analisi dei formanti e delle fonti del diritto risulta evidente guardando ai processi di integrazione dei paesi dell'Eur-Asia, specie per quelle regioni, come l'Asia meridionale¹, che pur non essendo tradizionalmente comprese in quell'area geo-politica mantengono storicamente con essa legami culturali, politici ed economici. Il termine Eur-Asia fu proposto nel 1858 dal geografo tedesco C.G. Reuschle, nel suo *Handbuch der Geographie*, per indicare quel supercontinente, composto da Europa ed Asia, che comprende la Russia, l'Asia centrale (Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan, Turkmenistan, Uzbekistan) e la regione caucasica, individuando un'area che complessivamente si estende dal Mar Caspio alla Cina. Si tratta di un'area in cui la Russia ha da sempre giocato un ruolo centrale. Tuttavia la caduta del

¹ Come osserva D. Amirante, *“Una specie che si crede un genere”: il diritto pubblico comparato e i sedimenti della post-modernità*, in *Dpce online*, 42, 2020, www.dpceonline.it, pur rispecchiando stilemi e forme esteriori del *common law*, il diritto dell'Asia meridionale ha forti connotazioni originali e non può essere analizzato solo attraverso lo studio del *case-law* e del formante giurisprudenziale, secondo l'approccio tipico dei *common lawyers* anglo-sassoni.

muro di Berlino del 1989, oltre ad aver contribuito ad avviare un processo di rimodulazione degli equilibri geopolitici mondiali, ha rappresentato un evento storico rilevante nell'analisi dei processi di regionalizzazione eurasiatici². La riunificazione della Germania, la disgregazione dell'ex Unione Sovietica assieme al cambiamento delle principali aree di influenza economica, costituiscono tutti fattori che hanno prodotto effetti significativi sul piano politico, economico e sociale in quell'area geografica. Basti pensare agli effetti della disgregazione dell'Unione Sovietica con la nascita di circa cinquanta Stati indipendenti, aprendo a nuovi scenari economici e della sicurezza.

Come è stato osservato³, un primo cambiamento dell'ordine globale nasce dal progressivo passaggio dal sistema bipolare Stati Uniti-ex Unione Sovietica (quindi NATO-Patto di Varsavia)⁴ ad una fase di unipolarismo americano, coincidente con l'affermazione del capitalismo e della democrazia liberale come modelli di riferimento.

Questo nuovo assetto è stato accompagnato da un processo di globalizzazione sempre più ampio, grazie anche al supporto delle nuove tecnologie e dei sistemi di comunicazione che hanno aperto nuove opportunità economiche, specialmente ai Paesi dell'Europa dell'Est e ai Paesi asiatici, determinando anche un fenomeno di delocalizzazione della produzione economica occidentale, con conseguenti ripercussioni in termini di contrazione del mercato occidentale del lavoro ed espansione di quello orientale.

Il cambiamento innescato dalla caduta del muro di Berlino nell'ordine mondiale ha subito un ulteriore stravolgimento a causa dell'attentato del 2011 alle Torri Gemelle di New York, in seguito al quale vi è stata un'intensificazione dell'intervento americano sul fronte medio-orientale che in alcuni casi ha aggravato le condizioni di instabilità con il mondo

² E.D. Mansfield, H.V. Milner, *The new wave of regionalism*, in *International Organization*, 53, 3, 1999, 596 ss.; M.A. Molchanov, *New regionalism and Eurasia*, in S. Hua (ed.), *Routledge Handbook of Politics in Asia*, London-New York, 2018, 506 ss. L'Autore, richiamando le teorie del regionalismo, individua quattro fasi, *four waves of regionalism*, alle quali ne aggiunge una quinta: la prima risale alla metà del XIX secolo e ha riguardato in particolar modo l'Europa; la seconda si colloca tra la Prima e la Seconda Guerra Mondiale e riguarda gli accordi commerciali tra gli Stati; la terza si riferisce all'istituzione della CEE e del COMECON e ai blocchi commerciali dei Paesi in via di sviluppo tra la fine degli anni Cinquanta e gli anni Settanta; la quarta risale alla fine della Guerra Fredda segnata dai tentativi degli Stati Uniti di guidare il processo sulle tariffe doganali e sul commercio nell'ambito del GATT e del WTO. L'Autore individua, infine, una quinta 'ondata': «It can be argued that what we see now is the fifth wave of regionalism, characterized by the global spread and diversification of regionalist arrangements, institutions and agreements. This diversification grows parallel to the progressive decline of the American hegemony and factual pluralization of the regional centres of power».

³ C.M. Porteros, *La reconfiguración del orden global tras la caída del muro de Berlín*, in *Eurasia*, in *Boletín Económico de ICE*, 3063, 2015, 5 ss.

⁴ La fine della Guerra Fredda ha innescato processi di cooperazione in Europa e nel Sud-Est dell'Asia ma ha aggravato l'instabilità dell'Asia meridionale, soprattutto tra India e Pakistan.

musulmano. A ciò si aggiunge una non sempre condivisa azione militare americana da parte delle Nazioni Unite ed una maggiore partecipazione internazionale nella pianificazione delle azioni militari a scapito del ruolo propulsivo degli USA, come nel caso dell'Afghanistan in cui l'intervento americano si è collocato in un più ampio intervento organizzato in ambito internazionale⁵. Tutto, insomma, porta a considerare che il ruolo che gli USA avevano assunto in seguito alla disgregazione del blocco comunista si sia nel tempo affievolito. Questo processo ha ricevuto un'accelerazione con la crisi economica dei primi anni Duemila che ha generato una crisi del sistema capitalista, a cui si è aggiunta anche una crisi dei valori.

Questi eventi hanno modificato inevitabilmente l'assetto dell'ordine globale, aprendo a nuove incognite. Fra queste il ruolo politico ed economico dell'Unione Europea, che resta una questione ancora aperta rispetto ai rapporti con gli USA ma anche rispetto alla rivitalizzazione del ruolo della Russia⁶, specialmente nell'area eurasiatica. Altrettanto rilevante è il posizionamento che nuove realtà economiche come la Cina e l'India assumeranno nel panorama politico mondiale, aprendo ad una vasta possibilità di alleanze e di sviluppo dei rapporti internazionali, anche in funzione di esigenze legate alle questioni della sicurezza⁷. Il tutto in una prospettiva globale multipolare in cui il fenomeno della regionalizzazione dei rapporti tra gli Stati sembra imporsi sempre più frequentemente⁸.

⁵ Il ritiro delle truppe americane in seguito all'accordo di Doha del 2020 sottoscritto dall'ex Presidente D. Trump è coinciso con la riconquista da parte dei talebani di tutte le province afgane. La presenza americana dopo l'11 settembre 2001 aveva avuto origine dalla volontà di debellare le principali basi di Al Qaeda in cui era stato progettato l'attentato alle Torri Gemelle di New York.

⁶ T. Shaumyan, *The Eurasian factor in Russian foreign policy. Implications for India*, in K. Warikoo (ed.), *Eurasia e India. Regional Perspectives*, Abingdon, 2018, 93 ss. L'Autrice, richiamando la politica estera inaugurata da Vladimir Putin nel 2016, sottolinea la particolare attenzione riservata per la questione afgana e per i rapporti con la Cina e l'India, non solo sotto il profilo economico ma anche di quello della sicurezza.

⁷ La *human security* (che nello *Human Development Report* del 1994 viene definita come: «Safety from such chronic threats as hunger, disease and repression and; protection from sudden and harmful disruptions in the patterns of daily lives, whether in homes, Jobs or communities») si pone al centro di queste politiche nuove e si concentra sulla protezione dei diritti civili e dei valori democratici degli individui. Tuttavia diverse sono le sfide che in *South Asia* rappresentano un costante impedimento alla realizzazione appieno della *human security* e di una *cooperative security*. Le difficoltà sono riconducibili a numerosi fattori, tra i quali: le incessanti ostilità tra India e Pakistan (che, sull'orlo di un conflitto nucleare di qualche anno fa, rappresentano i due principali rivali nel territorio del *South Asia*), l'instabilità politica, le guerre civili e, in ultimo, la diffidenza degli Stati a cedere parte dei loro poteri ad una qualche autorità sovranazionale, peculiarità tipica di questi territori.

⁸ C.M. Porteros, op. cit., 12: «En definitiva, de la hegemonía y la unipolaridad estadounidenses hemos pasado a un mundo multipolar, con múltiples centros de atención pero ningún poder dominante en exclusiva. Y junto a esa dispersión de los focos de poder se observan otros dos fenómenos: la creciente regionalización en las relaciones internacionales – sobre todo económicas, pero también de seguridad – y la fragmentación no solo en numerosos centros de poder, sino por medio de múltiples actores – estatales y no estatales, medios, terrorismo, ONG

In questo quadro, dunque, deve svolgersi l'indagine volta a verificare l'esistenza di processi di integrazione dei Paesi dell'Eur-Asia tenendo conto che, a fronte della tradizionale perimetrazione dell'area geografica eurasiatica con il territorio che si estende dal Mar Caspio alla parte occidentale della Cina, in realtà le dinamiche dei rapporti competitivi e di collaborazione che si articolano in quell'area sono molto più estesi, coinvolgendo altri Paesi come quelli dell'Asia meridionale ed in particolare l'India, che proprio con l'Eur-Asia ha legami non solo di tipo economico ma anche storico, culturale e religioso⁹. Zone come la Siberia e Paesi come il Kazakistan o la Russia costituiscono importanti opportunità per l'India, che vede nell'Eur-Asia una possibilità di sviluppo e di rafforzamento nella competizione con la Cina. Non a caso la stessa Gran Bretagna nel periodo coloniale, ben consapevole dei legami storici dell'India con l'Asia centrale, non esitò ad individuare in quell'area obiettivi economici e politici¹⁰.

Questo rapporto dell'India con i Paesi dell'Eur-Asia non si è in realtà mai sopito, come testimonia, per esempio, la partecipazione dell'India alla *Shanghai Cooperation Organization* (SCO), nell'ottica di una cooperazione per agevolare la condizione di pace e di sicurezza in quell'area¹¹. Allo stesso tempo, attraverso lo spazio creato con l'*Eurasian Economic Union* (EAEU) per la circolazione di beni e di servizi, l'India ha cercato di assumere una posizione di rilievo anche sul piano economico, curando i propri interessi nei settori della tecnologia, della scienza, dell'energia, ecc.¹²

È chiaro che i processi di regionalizzazione hanno come finalità quella di creare condizioni di stabilità in cui, specialmente per *competitors* come

«minilateralismo», corporaciones, etcétera».

⁹ R. Netzahualcoyotzi, A. Furlong, *Geopolitics and Eurasia*, in *Suma de Negocios*, 3, 2012, 51: «Also several researches considerate Central Asia in a wider sense and include the rest of Afghanistan, north Pakistan and India, Tibet, Mongolia, autonomous Turkic republics of the Russian Federation (including Tatarstan) and Azerbaijan».

¹⁰ Nota è la contrapposizione tra Gran Bretagna e Russia in Medio Oriente ed in Asia che animò il XIX secolo, ricordata con l'espressione *The Great Game*. Sull'argomento si veda M. Ewans (ed.), *The Great Game. Britain and Russia in Central Asia*, Abingdon, 2004.

¹¹ La SCO è stata istituita nel 2001 da Cina, Federazione Russa, Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan e Uzbekistan per promuovere la cooperazione militare nelle regioni di confine. Nel 2005 hanno aderito l'India, il Pakistan e l'Iran. La SCO si propone di mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Tuttavia, la recente istituzione di questo organismo costituisce uno dei motivi del suo limitato peso regionale ed internazionale. Z. Huasheng, *The Shanghai Cooperation Organization at 5: Achievements and Challenges Ahead*, in *China and Eurasia Forum Quarterly*, 3, 2006, 105 ss.; A.J.K. Bailes, P. Dunay, *The Shanghai Cooperation Organization as a regional security institution*, in A.J.K. Bailes, P. Dunay, P. Guang e M. Troitskiy, *The Shanghai Cooperation Organization*, Stoccolma, 2007, 30 ss.

¹² G. Mahanta, *Eurasian regional economic cooperation. Opportunities and challenges*, in K. Warikoo (ed.), op. cit., 149. L'Autore sottolinea come l'India abbia mostrato un particolare interesse per l'area eurasiatica, aspirando ad assumere un ruolo importante in quella regione. Sotto questo profilo, gli interessi condivisi con Russia e Kazakistan, membri dell'EAEU, sui temi della sicurezza e dell'antiterrorismo costituiscono l'opportunità di accedere al grande mercato euroasiatico.

India, Cina, Giappone e Russia, è più facile attuare le strategie di crescita economica¹³.

La facilitazione di questi rapporti trova riscontro anche sul piano culturale e religioso se si pensa che Russia ed India condividono la tradizione dei *Veda*¹⁴, mentre la cultura buddista della Siberia presenta similitudini con quella dell'India himalayana¹⁵. Questi elementi inducono a ritenere che i fenomeni di regionalismo in atto nell'Eur-Asia non possono essere considerati soltanto sotto il profilo politico ed economico, ma necessitano di una considerazione più ampia che deve coinvolgere anche gli aspetti sociali delle popolazioni e delle etnie esistenti¹⁶. La prospettiva dei valori culturali, quindi, assume una rilevanza primaria, costituendo un elemento di unione per gli Stati, di costituzione di comunità culturali ed organismi sovranazionali creati per facilitare il commercio regionale, gli accordi di sicurezza uniti da interessi di difesa comuni, ecc., che dovrebbero avere una capacità vincolante e influenzare i loro comportamenti. Il tutto nell'ambito di dinamiche meno strutturate, più fluide ed aperte di quelle che hanno accompagnato il regionalismo, per esempio, nell'area europea, coinvolgendo una varietà di questioni ed interessi, tra il globale e il locale, comuni ai Paesi vicini.

Esistono, dunque, elementi che consentono di affermare che i fenomeni di regionalismo in atto nell'Eur-Asia non possono trascurare i contesti regionali o sub-regionali vicini, come nel caso dell'Asia meridionale ed in particolare dell'India, in considerazione della forte influenza esercitata sui Paesi confinanti non solo dal punto di vista politico ed economico, ma anche giuridico e sociale¹⁷.

¹³ S. Yilmaz, *Power Competitions Eurasia and Future Wars in Eurasia*, Istanbul Aydın University, *The First International Strategy and Security Studies Congress, Turkey and Eurasia Relations*, Istanbul, 22 March, 2013, www.academia.edu.

¹⁴ Con il termine *Veda* si identifica la conoscenza attraverso l'oralità, unica fonte possibile di conoscenza del *dharma* che identifica i comportamenti e i doveri che ciascun membro della comunità è tenuto a rispettare. Ma con il termine *Veda* si identificano anche i testi sacri della tradizione indù che, identificandosi con gli *shruti* (termine che identifica la parola dei saggi) e che quindi costituisce fonte per la conoscenza del *dharma*.

¹⁵ B.U. Kitinov, *Heritage in Central Asia. The case of nomads*, in K. Warikoo (ed.), cit., 66 ss.

¹⁶ Il fenomeno del regionalismo in atto può riferirsi in generale alla 'resistenza' al modello Occidentale e alla globalizzazione neocolonialista. M.A. Molchanov, op. cit.: «Thus, regionalism becomes a predominantly geopolitical development defined by the systemic distribution of material capabilities and the power maximization strategies of the states. It is seen as "an essentially political process informed by multidimensional economic and strategic factors"».

¹⁷ La supremazia geografica, economica, militare dell'India ha da sempre intimorito i Paesi confinanti, al punto che molti di essi sono ricorsi ad alleanze con potenze straniere allo scopo di difendere ed accrescere la propria sicurezza. Persino la creazione della SAARC (*South Asian Association for Regional Cooperation*) fu vista con diffidenza sia dall'India che dagli altri Stati confinanti che temevano per la loro indipendenza. Tale diffidenza ha poi realmente comportato un indebolimento delle concrete possibilità di creare una 'effettiva' organizzazione regionale di sicurezza.

2. Il ruolo delle organizzazioni regionali nei processi d'integrazione eurasiatici

Analizzando il ruolo delle organizzazioni regionali eurasiatiche è possibile rilevare che i principali fattori di cooperazione sono l'economia e la sicurezza. In seguito alla disgregazione dell'Unione sovietica, la diversificazione degli interessi economici tra i nuovi Stati indipendenti ha ulteriormente enfatizzato un'autonomia dei Paesi presenti in quest'area geografica nella individuazione e nel perseguimento di propri obiettivi. La composizione di queste organizzazioni conferma il forte legame esistente con i Paesi dell'Asia meridionale. Si pensi, ad esempio, al Programma CAREC (*Central Asia Regional Economic Cooperation*) istituito nel 1997 e sostenuto dall'*Asian Development Bank* (ADB) per promuovere la cooperazione economica tra i Paesi dell'Asia centrale che vede la partecipazione del Pakistan con Afghanistan, Azerbaigian, Cina, Georgia, Kazakistan, Kirghizistan, Mongolia, Tagikistan, Turkmenistan e Uzbekistan. I principali obiettivi del progetto possono essere riassunti nella cooperazione sulle iniziative finalizzate alla promozione dello sviluppo economico e dell'energia e alla riduzione della povertà. Tuttavia, in alcuni contesti la diversificazione degli interessi economici emerge in maniera evidente, come nel caso dell'*Eurasian Economic Community* (EurAsEC). Istituita nel 1995, la Comunità economica eurasiatica fu ratificata solo nel 2001. Di essa fanno parte la Bielorussia, Kazakistan, Kirghizistan, Russia, Armenia¹⁸. Nel 2006 si è autosospeso dalla Comunità l'Uzbekistan per una diversa visione sugli obiettivi economici e, secondo molti, per volontà di condurre autonomamente rapporti diretti con l'Occidente¹⁹. Lo scopo dell'EurAsEC è creare un sistema di cooperazione tra i Paesi membri rispetto alle dinamiche del commercio e dell'economia internazionale. Tra i vari obiettivi della Comunità vi è quello di attuare un'unione doganale con l'armonizzazione delle tariffe doganali e un mercato comune (attraverso la *Customs Union* ed il *Common Economic Space*) dei trasporti e dell'energia. Altro obiettivo è favorire il libero spostamento dei cittadini e coordinare una politica sociale finalizzata ad instaurare un mercato comune del lavoro e uno spazio comune per l'educazione e l'accesso ai servizi sanitari. Tuttavia, nell'ottica dei processi di integrazione, non va trascurato tra gli obiettivi della Comunità l'armonizzazione della legislazione nazionale, nell'ottica di un'armonizzazione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, per creare uno spazio giuridico all'interno della Comunità.

Una delle tappe fondamentali nel processo di integrazione delle regioni eurasiatiche è rappresentato dalla istituzione nel 2011 dell'*Eurasian*

¹⁸ Sono, invece, membri osservatori la Moldavia, l'Armenia e l'Ucraina.

¹⁹ L'Uzbekistan contestava, tra l'altro, che la Comunità economica eurasiatica costituisse un duplicato di altre organizzazioni come il *Commonwealth of Independent States* (CIS) e il *Collective Security Treaty Organization* (CSTO), oltre ad osteggiare la previsione dell'automatica adesione all' EurAsEC per gli aderenti alla *Customs Union*.

Economic Union (EAEU) tra Bielorussia, Kazakistan, Russia, Armenia e Kirghizistan, ratificata nel 2014. Si tratta di un'Unione prettamente economica e non politica che ha la finalità di coordinare le politiche monetarie ed economiche e di sviluppare le relazioni con l'Europa ed il resto dell'Asia. La Russia, in particolar modo, ha un evidente interesse a partecipare all'EAEU, che considera uno strumento utile per arginare l'espansione commerciale cinese nell'Asia centrale. In realtà è proprio questa 'dominanza' della Russia che preoccupa gli altri Stati, ponendosi il problema di enfatizzare gli obiettivi economici rispetto a 'minacce' di sopravvento politico.

Sicuramente l'EAEU rappresenta un interlocutore ideale per l'India che ha forti interessi in termini di presenza nell'Eur-Asia e soprattutto sul mercato eurasiatico, nella prospettiva di una serrata competizione commerciale con la Cina.

3. Il 'regionalismo del Sub-Continente indiano'. Le organizzazioni sovranazionali nell'Asia meridionale

Nell'ambito degli studi di diritto costituzionale comparato, fortemente influenzati dai modelli della *western legal tradition*, l'Asia meridionale costituisce una di quelle aree di minore interesse, nonostante la globalizzazione abbia riportato all'attenzione questa parte del mondo per la particolare rilevanza geo-politica assunta. In realtà, anche da un punto di vista squisitamente giuridico, l'Asia meridionale costituisce una regione particolarmente interessante per gli studi comparatistici i cui sistemi giuridici, come osserva W. Menski, appaiono più adatti dei sistemi giuridici e dei giuristi occidentali ad affrontare le sfide del diritto comparato e del pluralismo giuridico²⁰. Invero, la particolare modalità di ricezione di istituti occidentali e la diffusa opinione di considerare i sistemi giuridici dell'Asia meridionale come sistemi misti offrono una realtà di particolare interesse sia dal punto di vista costituzionale che comparatistico. A tal fine, è opportuno sottolineare che la perimetrazione di quest'area deve tener conto delle diverse definizioni ed inclusioni che rivelano gli studi su questa parte del continente asiatico. Rispetto alla non consolidata e non del tutto condivisa identificazione dell'Asia meridionale, vi è stata una progressiva minore utilizzazione del termine *Subcontinente indiano*, evidentemente ritenuto troppo indianocentrico, al quale è stato preferito quello di *South Asia* o di Asia meridionale. Il termine *South Asia*, frequentemente utilizzato nella letteratura americana, si 'contrappone' a quello di Sub-continente indiano nel tentativo di identificare quell'area geografica che comprende India, Pakistan, Bangladesh, Buthan, Nepal, Sri Lanka e Maldive, affrancandolo dall'egemonia indiana²¹. Non mancano ricostruzioni che includono in

²⁰ W. Mensky, *Beyond Europe*, in E. Özücü, D. Nelken, (eds.), *Comparative Law. A Handbook*, London, 2007, 189 ss.

²¹ In senso critico sull'utilizzo del termine *South Asia*, S. Mittal, G. Thursby, *Introduction*, in

quest'area altri Paesi come Maldive e Bhutan²². Per le questioni trattate nel presente contributo, si è ritenuto di considerare soprattutto l'esperienza dell'India, del Pakistan, del Bangladesh e dello Sri Lanka che insieme al Nepal sono citati nella ricostruzione proposta da P.R. Brass sulla base del criterio di sviluppo politico-istituzionale di quest'area²³.

Fra le organizzazioni internazionali che esercitano maggiore influenza in *South Asia* di certo la *South Asian Association for Regional Cooperation* (SAARC), di cui fanno parte Afghanistan, Bangladesh, Bhutan, India, Maldive, Nepal, Pakistan e Sri Lanka, riveste un ruolo centrale sul piano economico e politico. Si tratta di un'organizzazione nata come luogo istituzionale in cui discutere ed affrontare problemi comuni, ma fortemente condizionata da un approccio sovrano-centrico degli Stati membri²⁴. Dunque l'efficacia della sua azione è molto limitata rispetto agli ordinamenti degli Stati membri e, pur essendo un'organizzazione politica, la sua caratterizzazione dipende molto dal gruppo egemonico che assume la leadership al suo interno e dagli obiettivi economici e politici che vengono perseguiti²⁵. A dispetto di questa ridotta capacità di incidenza, gli stessi Stati partecipanti tendono a garantirne l'esistenza e l'operatività attraverso riunioni periodiche, perché rappresenta comunque un luogo istituzionale in cui costruire relazioni o quanto meno creare le condizioni per un clima di fiducia reciproca. Riunioni regionali regolari hanno promosso relazioni positive e costruito le giuste basi per una cooperazione attiva. Probabilmente nel caso della SAARC il motivo della propensione a mantenerne l'operativa

Id. (eds.), *Religions of South Asia. An Introduction*, London-New York, 2006, 3; E. Basile, M. Torri (a cura di), *Il subcontinente indiano verso il terzo millennio. Tensioni politiche, trasformazioni sociali ed economiche e mutamento culturale*, Milano, 2002.

²² D. Amirante, *Costituzioni e costituzionalismi dell'Asia meridionale*, in Id. (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Milano, 2019, 9. Vi sono contributi di studiosi che allargano ulteriormente l'area all'Afghanistan e al Myanmar. In questo senso, si veda M. Tikekar (ed.), *Constitutionalism and Democracy in South Asia*, Oxford-New Delhi, 2014; N. Nayak (ed.), *Cooperative Security Framework for South Asia*, New Delhi, 2013.

²³ P.R. Brass, *The Routledge Handbook of South Asia Politics*, New York, 2010.

²⁴ In realtà quest'approccio si ripropone in molte delle organizzazioni regionali presenti in Asia. S. Chesterman, *Asia's Ambivalence about International Law and Institutions: Past, Present and Futures*, in *European Journal of International Law*, 27, 2016, 945 ss. T. Hsien-Li, *Regional Organizations*, in S. Chesterman, H. Owada e B. Saul (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Asia and the Pacific*, Oxford, II, 2019, 39 ss. Secondo l'Autore: «APROs have been derided as 'talk-shops' or generators of rhetoric. More tellingly, the regional instruments adopted in APROs have very limited, if any, effect in the domestic orders of the member states – a clear sign as to as their respect for the international law that they make for themselves. It is inevitable that APROs consequently appear underwhelming and less effective».

²⁵ Al di là di quelle che possono essere le funzioni istituzionali, in molti casi le organizzazioni regionali svolgono il ruolo di luogo di confronto, di condivisione delle informazioni e di attenuazione del 'sospetto'. Non a caso molte delle organizzazioni regionali presenti in Asia nascono in momenti di instabilità politica e di diffidenza per consentire agli Stati membri di perseguire i propri obiettivi interni senza il timore di aggressioni esterne. T. Hsien-Li, op. cit., 42 ss.

è da ricercare nella preferenza per organizzazioni politiche flessibili, considerate maggiormente in grado di raggiungere obiettivi di interesse statale²⁶, più di quanto possano fare organizzazioni regionali caratterizzate da una maggiore normazione ed istituzionalizzazione²⁷. In questo quadro generale, altre organizzazioni regionali asiatiche come l'ASEAN e l'EAEU rappresentano sicuramente realtà più consolidate, specialmente in ambito internazionale, mentre la SAARC ha invece mantenuto un ruolo prettamente politico, più flessibile e di potenziale cooperazione. Il raggiungimento degli obiettivi²⁸ è demandato ad una struttura intergovernativa che vede la riunione dei capi di stato e di governo a cui si affiancano: il *Secretariat*, che ha la funzione di assistere gli organi di governo nella pianificazione della cooperazione regionale; il *Council of Ministers*, composto dai ministri degli esteri che intervengono sulle decisioni relative alla cooperazione regionale; lo *Standing Committee* che sovrintende all'attuazione dei progetti, assistito da *Technical and Action Committees*. Nata nel 1985 per promuovere la cooperazione economica e sulla sicurezza in un'area storicamente caratterizzata da tensioni e da una scarsa fiducia nei rapporti interstatali, essa ha visto nel tempo consolidarsi al suo interno la posizione dell'India a scapito degli altri Stati partecipanti²⁹.

Questa leadership è frutto di una storica posizione di influenza che da sempre l'Unione indiana ha avuto sui Paesi limitrofi, sia sul piano politico

²⁶ La SAARC, pertanto, si colloca nell'ambito delle organizzazioni regionali *'political and diplomatic'*, piuttosto che in quelle *'legal and institutional'*. La distinzione si basa sulla minore (le prime) o maggiore (le seconde) propensione degli Stati che vi partecipano a sviluppare processi di integrazione economica.

²⁷ In realtà, nella maggior parte dei casi è assai improbabile che vi possano essere all'interno delle organizzazioni regionali decisioni che trovano esecuzione diretta nei territori degli Stati che vi aderiscono. T. Hsien-Li, op. cit., 43 ss.: «This fear of regional institutions overstepping their boundaries is unwarranted as there is no way regional secretariats can override national sovereignty and make executive supranational decisions». L'Autore sottolinea come nell'area asiatica l'atteggiamento degli Stati sia stato spesso prevenuto rispetto all'azione delle organizzazioni regionali per un infondato timore di lesione della sovranità.

²⁸ La *SAARC Charter* includeva inoltre obiettivi come lo sviluppo socioculturale, la collaborazione in settori tecnici e scientifici e la cooperazione in forum globali su questioni di interesse comune.

²⁹ S.D. Muny, *Strategic Architecture in South Asia: Some Conceptual Parameters*, in N. Nayak (ed.), op. cit., 6 ss. Negli ultimi decenni si è assistito ad un radicale cambiamento del concetto di sicurezza in *South Asia*; il suo campo di applicazione si è ampliato, inglobando istanze nuove per i Paesi di quell'area, soprattutto dalla fine della Guerra Fredda. La domanda di sicurezza, infatti, genera implicazioni che travalicano i confini statali richiedendo l'azione collaborativa tra gli Stati. Ciò è tanto più vero in un mondo globalizzato che propone nuove sfide di portata trans-nazionale, di dimensioni tali da non poter essere efficacemente affrontate dai singoli Stati senza il supporto o la collaborazione degli altri Stati. La presa di coscienza degli Stati del *South Asia* di dover cooperare tra loro per far fronte alle cc.dd. *non-traditional security challenges*, ha comportato la necessità di attivarsi dinanzi a nuove problematiche e di tentare di realizzare una *cooperative security architecture* all'interno della regione del South Asia. Sull'argomento si veda S.S. Pattanaik, N. Nayak, *Does South Asia Need a Regional Security Architecture?*, in N. Nayak (ed.), op. cit., 52 ss.

che su quello giuridico costituzionale³⁰. Probabilmente anche tale fattore ha contribuito ad affievolire la capacità cooperativa della SAARC, come dimostra il fatto che l'accordo sull'istituzione di un'area di libero scambio è stato sottoscritto solo nel 2004, per entrare in vigore nel 2006³¹. D'altra parte, il boicottaggio del summit del 2016 ad opera dell'India, dell'Afghanistan, del Bangladesh e del Bhutan in seguito all'attacco alle forze di sicurezza indiane a ridosso del territorio del Kashmir da parte di jidhaisti con base in Pakistan dimostra la precarietà delle relazioni interne alla SAARC che ne compromettono facilmente l'efficacia³².

Episodi come questo spiegano l'attenzione che nel Sud dell'Asia viene data alla questione della sicurezza in chiave multidimensionale. In buona sostanza, i temi della sicurezza non sono soltanto quelli tradizionali per lo più legati al pericolo di attacchi dall'esterno, conflitti interni ed insurrezioni, ma anche quelli della *Non-Traditional Security (NTS)*: terrorismo, conflitti etnici, sicurezza energetica, delle risorse in genere e del cibo, catastrofi naturali (alluvioni, inquinamento, ecc.). Si tratta di questioni che incidono significativamente sulle possibilità di crescita economica, compromessa proprio dalla mancanza di un sistema stabile di cooperazione.

Gli scarsi risultati raggiunti con la SAARC oppure con la *South Asian Free Trade Area (SAFTA)* evidenziano la difficoltà che deriva dalla frammentazione regionale per motivi legati a ragioni etiche, religiose, di classe, ecc. In effetti, la crescita economica di quest'area è sostanzialmente legata a due opportunità: sviluppo dei rapporti con l'Est asiatico (in particolare con la Cina) oppure integrazione con l'economia indiana. In realtà, in questa prospettiva è l'India stessa a proporsi come *central-player*, come ponte tra l'economia Est asiatica e quella dell'Asia meridionale,

³⁰ K. Dash, *Domestic Support, Weak Governments, and Regional Cooperation: A Study of South Asia*, in *Contemporary South Asia*, 6, 1997, 68. Storicamente l'esperienza democratica indiana ha costituito un modello di riferimento anche in considerazione di una capacità di tenuta quando è stata messa alla prova: non solo nel momento di predominio di Indira Gandhi negli anni '60/'70, rivelando nel corpo elettorale il contrappeso più importante, ma più di recente con le elezioni che hanno portato per la seconda volta il Primo ministro N. Modi al governo con una maggioranza schiacciante, innescando il timore di mutamenti repentini nel rapporto esecutivo-legislativo. C. Petteruti, *Elezioni indiane 2019: la forma di governo parlamentare alla prova del fenomeno Modi*, in *Dpce online*, 4, 2019, 2679 ss., www.dpceonline.it; D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, Napoli, 2019, 72 ss.

³¹ I principali accordi economici promossi in senso alla SAARC sono: il *Framework Agreement for Energy Cooperation (Electricity)* del 2014 sul commercio transfrontaliero dell'energia elettrica; the *Limited Multilateral Agreement on Avoidance of Double Taxation and Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* del 2005. Quanto agli accordi di profilo più sociale, si segnalano: la *Charter of the SAARC Development Fund* del 2008, l'*Agreement on Establishing the SAARC Food Bank* del 2009; la *SAARC Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution* del 2002.

³² K.C. Dash, *The Challenge of Regionalism in South Asia*, in *International Politics*, 38, 2001, 206. Recentemente il Pakistan ha boicottato l'iniziativa assunta dall'India di indire una riunione dei Paesi membri per discutere le azioni di contenimento per il Covid-19 e scambiare *best practices*, contestando il tentativo di voler guidare l'iniziativa in sostituzione del *Secretariat*.

ponendo per i paesi come il Nepal, lo Sri Lanka e il Bhutan un problema di *market-access* nella realtà indiana. Questa necessità, dalla quale sembra tenersi lontano il Pakistan, potrebbe tramutarsi di fatto in un'opportunità di maggiore regionalizzazione dei rapporti e di maggiore cooperazione tra gli Stati del Sud Asia.

Ciò conferma che quando l'interesse sulla crescita economica prevale, gli Stati dell'Asia-Pacifico si impegnano per migliorare le loro relazioni, come accaduto in seno all'ASEAN e all'UEE. Laddove, invece, l'interesse strategico non è prevalentemente economico ma più diffuso e di ampia portata, le organizzazioni regionali assumono una connotazione più informale in cui il processo decisionale si basa molto sulla consultazione e sul consenso intergovernativo.

4. Influenza sul diritto internazionale della tradizione indiana

Nell'area del Sud Asia l'India ha storicamente avuto una forte capacità di influenza che emerge anche negli sviluppi del diritto internazionale. I poemi epici indiani del *Mahabharata* e del *Ramayana* (IX-VIII sec. a.C.) possono considerarsi come fonti antesignane del diritto internazionale moderno: il primo dedicato alla teorizzazione della guerra giusta (*dharmayuddha*); il secondo è dedicato all'uso proprio e improprio della forza. A queste fonti si affianca *Arthashastra*, trattato politico del I sec. a.C., e il concetto del *Dharma* sull'uso e il non uso della forza tra gli Stati, coltivato in particolar modo nel corso della dinastia Maurya del Regno Maghada³³, inaugurando concetti poi ripresi dal Mahatma Gandhi e dalla stessa Costituzione indiana del 1950. La fine del periodo coloniale e l'avvento delle Nazioni Unite non hanno determinato né una pace duratura in Asia né il suo primato nelle strutture di *governance* globale. Leader indiani come Jawaharlal Nehru e lo stesso Narendra Modi hanno spesso evocato la frase *vasudhaiva kutumbakam* (il mondo è una sola famiglia), presa dal *Maha Upanishad*, per sintetizzare la visione globale del Paese. Il termine è diventato parte del lessico diplomatico e dell'ortodossia indiana ed è spesso evocato per diverse questioni come i diritti umani, i cambiamenti climatici e persino la riforma del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Il *vasudhaiva kutumbakam* è un mondo ideale a cui bisogna aspirare e che può essere creato solo attraverso i negoziati. Vi è dunque una sollecitazione proveniente dal contesto giuridico e politico indiano a proporre, più che il contenuto di norme giuridiche, schemi di pensiero derivanti anche dalla tradizione indiana, che si affianca alla ricca tradizione asiatica precoloniale di diritto internazionale che per molto tempo è riuscita a preservare la pace e aumentare la prosperità tra i popoli della regione. Tradizione offuscata successivamente dalle norme e istituzioni del

³³ Il concetto di *Dharma* fu promosso in particolar modo dal sovrano più importante della dinastia Maurya, Ashoka, noto per il suo spirito di tolleranza, che praticò la religione buddista contribuendo alla sua diffusione riconoscendola come religione di stato.

periodo coloniale che, naturalmente, avevano come unico obiettivo quello di affermare tra i popoli asiatici il primato di regole e poteri non asiatici³⁴.

Tant'è che, secondo diversi studiosi, la continuità della tradizione giuridica indiana è stata interrotta, dando origine ad un diritto indiano completamente diverso da quello precoloniale e alla scomparsa dei sistemi tradizionali³⁵.

5. L'incidenza del costituzionalismo e del *legal pluralism* sullo studio delle fonti del diritto

L'esigenza di classificazione delle tradizioni giuridiche e la loro collocazione nelle famiglie giuridiche individuate sulla scia della classificazione proposta da R. David³⁶ ha probabilmente condizionato per lungo tempo l'approccio comparatistico, concentrandone l'attenzione sull'area eurocentrica o comunque occidentale. Ma queste classificazioni hanno mostrato i loro limiti di fronte a fenomeni di ibridazione dei modelli giuridici presenti soprattutto nell'area orientale. Questo approccio può determinare delle difficoltà nella comprensione di *non-Western legal systems*, perché tendenzialmente prende in considerazione solo il diritto statale trapiantato in questi Paesi, trascurando (o addirittura rifiutando) il diritto non statale informale. Tant'è che U. Mattei e P.G. Monateri³⁷, proprio nel tentativo di superare la prospettiva

³⁴ W.P. Singh Sidhu, *Regional Peace and Security*, in S. Chesterman, H. Owada, B. Saul (eds.), op. cit., 121 ss.

³⁵ D.R. Davis, *A Realist View of Hindu law*, in *Ratio Juris*, 3, 2006, 287 ss.

³⁶ R. David, *I grandi sistemi giuridici comparati*, Padova, 1980, 399. L'Autore, nell'ultimo capitolo del libro dedicato agli ordinamenti dell'Asia e dell'Africa, attribuisce alla famiglia giuridica romano-germanica, a quella socialista e a quella di *common law* «un'importanza fondamentale nel mondo contemporaneo». Oltre a raggruppare «gli Stati più potenti ed economicamente più sviluppati della terra» (Europa e America), queste famiglie hanno avuto una grande influenza in Africa ed in Asia, non esistendo Paese che non abbia recepito, in misura minore o maggiore, i principi di diritto europeo. Quanto ai rilievi critici sulla classificazione davidiana, si veda A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 2018, 12 ss. L'utilità del raggruppamento dei sistemi giuridici per famiglie trae origine proprio dalla ripartizione proposta da R. David. Il modello davidiano individua cinque sistemi giuridici (sistema occidentale, sistema sovietico, sistema islamico, sistema indiano e sistema cinese), riconducendo ad un unico sistema di diritto occidentale sia il sistema romanistico che quello di *common law*, identificando due gruppi: quello di diritto francese e quello di diritto anglo-americano. Per questo motivo, la classificazione proposta è stata criticata perché eccessivamente incentrata sulla prospettiva eurocentrica e americana, attribuendo agli ordinamenti extraeuropei una rilevanza residuale. Si vedano anche R. David, J.E.C. Brierley, *Major legal systems in the world today*, London, 1968, 17 ss.; K. Zweigert, H. Koetz, *An introduction to comparative law*, Oxford, 1998; B. de Sousa Santos, C.A. Rodriguez-Garavito (eds.), *Law and globalization from below towards a cosmopolitan legality*, Cambridge, 2005, 1 ss.

³⁷ U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997; U. Mattei, *Three pattern of laws: Taxonomy and change in the worlds legal system*, in *The American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, 23. U. Mattei individua tre modelli: il *Western Legal Tradition* (WLT) basato sul diritto professionale, il *Law of Development and Transition* (LDT) basato sul diritto politico e l'*Oriental View of the Law* (OVL) basato sulla regola del diritto tradizionale.

eurocentrica, hanno proposto una diversa classificazione delle tradizioni giuridiche basata sul modello di organizzazione del diritto. Come opportunamente sottolineato da R. Sacco «non bisogna pretendere troppo da una classificazione»³⁸; è inevitabile doversi rassegnare «all'ineluttabile variabilità e incompletezza delle catalogazioni che non possono essere statiche, rigide e infallibili perché inesorabilmente destinate a essere messe in discussione e superate dal moto di mescolanza e influenza reciproca»³⁹.

Il lavoro di classificazione condotto sullo sfondo del costituzionalismo del XIX secolo, ispirato dal modello westfaliano che sancisce la centralità della Costituzione come legge scritta, ha fatto sì che gli ordinamenti costituzionali indigeni e le loro fonti fossero percepiti come mere espressioni pre-giuridiche di uno stadio primitivo, piuttosto che come vero e proprio fenomeno giuridico⁴⁰. Tuttavia, a partire dal XX secolo, nell'ambito degli studi comparatistici, vi è stata una presa di coscienza sulla necessità di estrapolare il costituzionalismo dalla visione positivista del *national legal system*⁴¹, poco incline a spiegare i flussi politici, sociali ed economici contemporanei fuori dal contesto statale. Ciò ha generato quel fenomeno che va sotto il nome di *legal pluralism*, che identifica la presenza, all'interno di una certa società, di meccanismi giuridici differenti che si applicano a definizioni identiche⁴². Le indagini attorno al pluralismo giuridico hanno evidenziato come la produzione normativa possa non essere appannaggio esclusivo dell'autorità di un'unica fonte centralizzata (secondo l'impostazione tipica dello Stato-nazione), ma che vi possono essere diversi livelli di produzione delle norme giuridiche. Vale la pena in proposito richiamare il contributo di

Sulla stessa linea, M. Van Hoecke, M. Warrington, *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law*, in *International Comparative Law Quarterly*, 47, 1998, 495 ss.; H.P. Glenn, *Legal traditions of the world: Sustainable diversity in law*, Oxford, 2000. Quest'ultimo propone un concetto di *legal tradition* inclusiva della *non-law tradition*. L'Autore individua sette principali *legal traditions*: ctonia, talmudica, diritto civile, islamica, diritto comune, indù e confuciana.

³⁸ A. Gambaro, R. Sacco, op. cit., 14.

³⁹ C. Bassu, *Le famiglie giuridiche e le fonti del diritto*, in T.E. Frosini, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, 58.

⁴⁰ M.S. Randazzo, *Chthonic Legal Traditions towards Emic Understandings of Australian First Nations Constitutionalism: "Rooted" Constitutionalism and a Foundational Conceptual Apparatus for Inquiries into Australian First Nations Legal Orders*, in *Monash University Law Review*, 46, 2020, 145 ss.

⁴¹ H.P. Glenn, *The Capture, Reconstruction and Marginalization of "Custom"*, in *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, 613 ss.

⁴² La definizione è di G. Ajani, B. Pasa, *Diritto comparato*, Torino, 2013, 124. Si veda anche J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge 1995, 101. L'Autore rileva il limite del moderno costituzionalismo nel rappresentare il pluralismo giuridico delle società post-coloniali caratterizzate da un'ampia varietà di sistemi legali e consuetudinari. Come affermato da A. Hunt, G. Wickham, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, London, 1998, 39, il diritto non è, contrariamente alle percezioni tipiche della teoria giuridica, un fenomeno unitario.

C. Hahm⁴³, il quale sostiene che l'essenza del costituzionalismo va ricercata nella tradizione culturale e politica di un dato ordinamento giuridico⁴⁴. Pertanto, l'ampliamento del concetto di costituzionalismo richiede di identificare e definire la connessione tra costituzionalismo e tradizioni giuridiche, tenendo conto dei valori spesso non esplicitamente dichiarati, che sono alla base di tutti i sistemi o ordini costituzionali. Non a caso per l'Asia si può parlare di costituzionalismi più che di costituzionalismo, potendosi rintracciare esperienze che si rifanno al costituzionalismo liberale (*liberal constitutions*), altre che rivelano invece forti componenti teocratiche (*non liberal constitutions*) e altre ancora che prendono in prestito la forma costituzionale pur essendo anti-costituzionali⁴⁵. Seguendo la classificazione proposta da A.H.Y. Chen, è possibile in Asia individuare Paesi, come l'India, in cui si è sviluppato un costituzionalismo classico (*genuine constitutionalism*); Paesi come Cina e Vietnam in cui si è, invece, sviluppato un costituzionalismo di tipo leninista/stalinista (*communist/socialist constitutionalism*); Paesi, come Malesia, Singapore, Taiwan, in cui si è sviluppata una forma ibrida di costituzionalismo (*hybrid constitutionalism*) che fondono elementi di regimi democratici ed autoritari⁴⁶.

Queste caratteristiche devono essere tenute in adeguata considerazione nello studio delle fonti, specialmente in quei processi di ibridazione storicamente determinati da fenomeni di colonizzazione che hanno contribuito ad impiantare «su corpi normativi autoctoni, di legittimazione tradizionale o divina, forme di produzione del diritto

⁴³ C. Hahm, *Conceptualizing Korean Constitutionalism: Foreign Transplant or Indigenous Tradition?*, in *Journal of Korean Law*, 1, 2001, 162 ss.: «This means broadening the definition of constitutionalism beyond its usual referent of legal limitations on government powers through judicial review and other mechanisms codified in a written constitution. We must modify our understanding of constitutionalism to include political institutions, practices, and discourses that do not necessarily operate in terms of principles like the separation of powers, representative democracy, or even the rule of law (...) My proposal is to define constitutionalism simply as the practice of disciplining political power».

⁴⁴ Si può a tal proposito richiamare anche l'approccio di G. Mousorakis, *Comparative Law and Legal Traditions*, Cham, 2019, 131 ss., il quale propone come criterio di classificazione delle tradizioni giuridiche il comune denominatore culturale che contraddistingue i sistemi giuridici che si identificano nella medesima tradizione, ispirandosi alla definizione di tradizione giuridica elaborata da J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford, 1985, 2: «A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective». L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020, 31 ss.

⁴⁵ W.C. Chang, L. Thio, Kevin YL Tan, J. Yeh, *Constitutionalism in Asia. Cases and Materials*, Oxford, 2014, 5.

⁴⁶ A.H.Y. Chen (ed.), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge, 2014, 13 ss.

chiaramente mutate dagli archetipi occidentali, sia di *common law* che di *civil law*»⁴⁷. Se, dunque, il costituzionalismo ha posto l'idea che la costituzione scritta e rigida costituisce il vertice del sistema delle fonti, lo studio comparatistico delle fonti del diritto può aggiungere a questo schema la ricerca di ulteriori centri di produzione delle norme (di origine religiosa, culturale, ecc.) che effettivamente concorrono nella regolamentazione dei rapporti giuridici e che condizionano le decisioni.

Il contributo che può offrire il metodo comparatistico nello studio delle fonti del diritto è legato alla capacità di poter cogliere produzioni ibride del diritto, tenendo conto della relatività del concetto di fonte e di quel «poliformismo delle fonti»⁴⁸ in cui il diritto è prodotto, oltre che dalle fonti legali, anche da fonti *extra ordinem*⁴⁹.

In questa indagine, dunque, risulta utile la metodologia utilizzata da A. Pizzorusso nelle sue ricerche, anche sulle fonti del diritto, fatta di approcci sincronici e diacronici⁵⁰ in cui appare congeniale far riferimento alla dimensione materiale delle fonti più che a quella formale. Secondo questo approccio, a prescindere dal *nomen juris* e dalla individuazione *a priori* (considerando, per esempio, l'organo da cui promana), può essere considerata fonte del diritto ogni atto che abbia contenuto generale ed astratto e come tale sia in grado di modificare l'ordinamento esistente: introducendo nuove norme oppure sopprimendo, sostituendo o derogando norme preesistenti⁵¹. Come suggerisce W. Menski: «Globality-conscious legal scholarship therefore needs to become less idealistically committed to certain ideologies, more practicality-conscious and socially and culturally aware of existing pluralities, including more explicit recognition of various Southern perspectives»⁵². Ciò induce a richiamare anche per lo studio delle fonti del diritto quel fenomeno di “glocalizzazione” a cui fa riferimento lo stesso W. Menski⁵³ per sottolineare che la globalizzazione, più che fenomeno di

⁴⁷ L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, 12. Gli Autori sottolineano inoltre come la tradizionale dicotomia tra *common law* e *civil law* nell'analisi delle fonti si sia ridimensionata nel tempo per un fenomeno di convergenza per il quale l'idea di norma giuridica ed il ruolo della legge risultano essere molto meno distanti tra le due famiglie giuridiche.

⁴⁸ L. Pegoraro, A. Rinella, op. cit., 6 ss.

⁴⁹ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, 235. Sono quelle che l'Autore definisce fonti «funzionanti in modo abusivo ma ciò nondimeno applicate sulla base del principio di effettività».

⁵⁰ Approccio metodologico espressamente richiamato anche da L. Mezzetti, op. cit., 2.

⁵¹ R. Guastini, *Le fonti del diritto*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano, 2010, 46 ss.; N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 10 ss.

⁵² W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, New York, 2006, 17.

⁵³ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, op. cit., 4. Il testo di Menski, combinando diritto comparato e teoria del diritto, si propone di superare la metodologia tradizionale, evidenziando la necessità del riconoscimento del pluralismo giuridico e, pertanto, della differenza, sviluppando una metodologia per spiegarne gli effetti sulla teoria del diritto e sul diritto comparato. In questa prospettiva, l'Autore sottolinea la necessità di recuperare la dimensione sociale del diritto, emarginata dall'approccio positivo. In buona sostanza, Menski

uniformazione, si rivela come enfattizzazione del pluralismo giuridico⁵⁴. L'idea è quella di una "diversità illimitata", che il sociologo R. Robertson chiama appunto "glocalizzazione", riferendosi alla interazione esistente tra globale e locale e che dà vita, più che ad un processo universale, ad una diversificazione della realtà. In relazione a queste considerazioni, W. Menski sottolinea che il diritto è molto più di un insieme di norme imposte da chi controlla il procedimento di formazione delle leggi, criticando l'impostazione positiva del diritto, tipicamente occidentale. In tale senso le osservazioni di W. Twining⁵⁵, giurista che ha approfondito i temi della globalizzazione e delle sue ripercussioni sulla teoria del diritto, evidenziano come il pluralismo del diritto sia stato marginalizzato poiché la teoria occidentale del diritto è stata dominata da una concezione monista, dal monopolio statale della legge, dall'idea che non è legge ciò che non è prodotto dallo Stato.

Secondo W. Twining, fenomeni come quello della globalizzazione tendono a creare una maggiore interdipendenza. Questo, però, non vuol dire che la tendenza sia quella di un "governo universale" e tanto meno la fine dello Stato nazione (*Nation State*)⁵⁶.

In effetti, da questa dottrina si può estrapolare la considerazione per cui nella ricostruzione della teoria del diritto (e nell'ampliamento del concetto di diritto stesso) e delle sue fonti, valori come l'etica, la morale, la religione assumono un ruolo essenziale, come dimostrano, in particolare, l'esperienza asiatica e quella africana. Questo profilo ha suscitato nel

propone una metodologia che integra gli elementi etici e sociali del diritto in un'analisi giuridica pluralista per comprendere il ruolo del diritto nei vari contesti sociali.

⁵⁴ Il tema della globalizzazione meriterebbe un adeguato approfondimento per il quale, tuttavia, si rinvia a B. de Sousa Santos, C.A. Rodríguez-Garavito (eds.), op. cit., 2005; M. Waters, *Globalization*, London, 1995; H.P. Glenn, *Legal traditions of the world*, op. cit. Secondo Glenn esistono diverse globalizzazioni: per esempio, anche l'Islamizzazione può essere considerata una forma di globalizzazione. Questa linea di pensiero viene seguita anche dal sociologo indiano S.L. Doshi secondo il quale è necessario parlare di globalizzazioni piuttosto che di globalizzazione; egli sottolinea come la globalizzazione sia vista con timore dall'Asia e dall'Africa perché considerata come un nuovo tipo di imperialismo. S.L. Doshi, *Modernity, postmodernity and neo-sociological theories*, New Delhi, 2003, 352. Sul tema della globalizzazione e comparazione giuridica si veda V. Pepe, *Giambattista Vico e la comparazione giuridica*, Napoli, 2020, 160 ss.

⁵⁵ W. Twining, *Globalisation and legal theory*, London, 2000.

⁵⁶ In merito al problema del rapporto tra globalizzazione e ruolo dello "Stato nazione", si può richiamare la classificazione tra: iperglobalisti (*Hyperglobalists*) che affermano la fine del potere dello Stato; scettici (*sceptics*) i quali sostengono, invece, che la globalizzazione rafforza i poteri dello Stato; trasformazionisti (*transformationalists*) che, nell'ambito di un quadro incerto, confermano il ruolo dello Stato. D. Held, A. McGrew, D. Goldblatt e J. Perraton, *Global transformations: Politics, economics and culture*, in C. Pierson, S. Tormey (eds.), *Politics at the Edge: The PSA Yearbook 1999*, Londra, 2000, 15. Secondo W. Menski è un errore immaginare che possa esistere un sistema di regole unico, un solo linguaggio ed una sola cultura oppure una sola legge. Anche un fenomeno come quello della globalizzazione non può annullare le differenti tradizioni storiche. Secondo W. Menski l'uniformità globale può essere considerata soltanto in una visione idealistica che, tuttavia, non può annullare le diverse sfaccettature dell'esistenza umana. W. Menski, cit., 3.

dibattito dottrinale una critica al positivismo e alla tradizione giuridica occidentale che poco spazio hanno riconosciuto a queste esperienze giuridiche, ma soprattutto che non hanno pesato in maniera adeguata il ruolo di elementi extra-giuridici nella ricostruzione teorica del diritto e delle sue fonti.

Pertanto, appare interessante verificare l'incidenza del *legal pluralism* sui processi di integrazione dell'area euroasiatica focalizzando l'attenzione sull'Asia meridionale che, seppur tradizionalmente esclusa dalla perimetrazione del supercontinente, rivela con quell'area forti legami ed interazioni, sia sotto il profilo economico che politico e culturale. In tale contesto, appare di particolare interesse il ruolo assunto dall'India, che storicamente ha sempre esercitato sugli altri Paesi dell'Asia meridionale (Pakistan, Sri Lanka, Bangladesh, ecc.) una forte influenza, oltre a coltivare relazioni politiche ed economiche con i Paesi dell'Eur-Asia. L'esperienza indiana si rivela di particolare interesse sotto il profilo del sistema delle fonti e della stratificazione che caratterizza questo ordinamento, che ha generato forme di produzione ibride del diritto spingendo, sul piano del formante legislativo, a verificare l'incidenza delle fonti di produzione non formalizzate (*traditional and customary law*) rispetto a processi di integrazione attuati in seno alle organizzazioni regionali sud-asiatiche.

6. La tradizione come fonte del diritto

Non sempre e non tutto il diritto vigente in un ordinamento giuridico è dunque necessariamente diritto sorto in forme o modi legali⁵⁷. L'analisi delle fonti del diritto di un ordinamento giuridico, volta all'individuazione dei fattori da cui possono e debbono ricavarsi le norme, le prescrizioni, le regole dell'agire caratterizzate dal connotato della generalità, deve essere improntata all'individuazione non solo degli atti ma anche dei fatti sovraordinati, a cui è necessario conformarsi. Tale necessità deriva dal fatto che il sistema delle fonti, come complesso di regole sulla produzione delle norme che costituiscono un determinato ordinamento, potrebbe risultare non compiutamente descritto se trascurati i sistemi delle fonti propri di altri possibili ordinamenti normativi non statali, che interferiscono (e talvolta influenzano) con l'ordinamento giuridico di riferimento⁵⁸. La prospettiva che qui interessa trattare non è tanto quella dell'interferenza dell'ordinamento internazionale con quello degli Stati, ma piuttosto quella che riguarda il rapporto tra *state legal system* e *non-state legal systems*⁵⁹. Si può qui ricordare

⁵⁷ F. Modugno, voce *Fonti del diritto*, in *Digesto*, 2010.

⁵⁸ A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, 2008, www.astrid-online.it.

⁵⁹ Si pensi, ad esempio, al problema della poligamia in India abolita con la *Indian Hindu Law* del 1955 ma di fatto rimasta praticata e tollerata. N. Subramanian, *Making Family and Nation: Hindu Marriage Law in Early Postcolonial India*, in *The Journal of Asian Studies*, 3, 2010, 771 ss. Per una disamina delle sentenze più significative in materia di poligamia, si segnalano *Raz*

quanto affermato da A. Pizzorusso circa lo studio delle forme di produzione normativa: «Quello che però è ormai assolutamente necessario, per non condurre una ricerca manchevole o parziale, è che si tenga conto che ciascun ordinamento giuridico statale non può più essere considerato (se mai ha potuto esserlo in passato) come una monade isolabile da ogni altra entità di questo tipo».

In relazione agli ordinamenti extra ordinem, dunque, «fermo restando che, in sede “dommatica”, fonti e norme si determinano secondo un criterio legalistico e prescrittivo, bisogna sempre aver presente che non tutto il diritto oggettivo deriva dalle fonti formali previamente riconosciute e che neppure negli ordinamenti di tipo “chiuso” (ossia in quegli ordinamenti nei quali il sistema delle norme è rigorosamente condizionato dal sistema delle fonti) la disciplina positiva delle fonti è così rigida ed esaustiva da non lasciare qualche varco aperto alla creatività dell’esperienza giuridica ed al conseguente affermarsi, ora stabile ora episodico, di fenomeni normativi extra ordinem, in forza dei quali lo stesso sistema di partenza può risultare – provvisoriamente o permanentemente – modificato»⁶⁰. A maggior ragione questa ‘interferenza’ deve essere considerata tra fonti statali e fonti non statali soprattutto all’interno di quegli ordinamenti, connotati da un forte multiculturalismo e da radici religiose e tribali, in cui le fonti del diritto non statali non costituiscono elementi periferici del sistema legale statale, ma si collocano al centro delle dinamiche sociali, ponendo problemi di assoggettamento al “governo della legge”.

Ne consegue che la ricostruzione di un sistema delle fonti (da intendersi come insieme ordinato delle fonti di un ordinamento) richiede l’acquisizione della nozione dogmatica di fonte⁶¹ necessaria per delineare il sistema delle norme, tenendo conto che il criterio formale non sempre è idoneo all’individuazione della fonte e della norma. Certo è, invece, che l’organizzazione delle fonti richiede una normazione cosciente e una fonte delle regole sulla formazione e sulla trasformazione dell’ordinamento (quindi regole sulla formazione degli elementi che lo compongono, sulle loro relazioni e sulle modificazioni). Ma in alcuni ordinamenti può accadere che il sistema delle fonti non coincida con il sistema delle norme nel momento in cui queste vengono prodotte al di fuori del sistema delle fonti legali (condizione sufficiente, ma non necessaria della produzione normativa, come

Mohammad v. Saeeda Amina Begum, AIR 1976 Kant 200; *Khatoon v. Yaamin*, AIR 1982 SC 853; *Vilayat Raj v. Sunila*, AIR 1983 Delhi 351; *Shahina parveen v. Mohd Shakeel*, AIR 1987 Del 210; *Begum Subhanu v. Abdul Ghaffoor*, AIR 1987 SC 1103; *B Chandra Manikyamma v. B. Sudarsana Rao alias Saleem Mohammed*, 1988 CriLJ 1849.

⁶⁰ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 48.

⁶¹ Vale a dire i convincimenti logico razionali, le scelte ideologiche e politiche, e soprattutto risultanze e sedimentazioni storiche che hanno condotto a ritenere che norma giuridica sia quella prescrizione o asserzione qualificativa o costitutiva che si pone in via generale, preventiva e condizionante rispetto ad ogni altra manifestazione, determinazione e prescrizione giuridicamente rilevante. F. Modugno, op. cit.

osserva F. Modugno) e quindi attraverso l'esercizio della potestà legislativa dello Stato. Come affermato da autorevole dottrina, in qualsiasi ordinamento vi possono essere «norme vigenti ed applicabili, vigenti in quanto applicate, ossia efficaci, non prodotte da fonti legali»⁶². Ciò perché tutti gli atti e i comportamenti umani in grado di produrre diritto, proprio per la capacità che hanno, possono ritenersi egualmente vincolanti dal punto di vista giuridico. Dunque le fonti, o meglio le norme sulle fonti, più che a conferire forza agli atti e ai comportamenti normativi intervengono a disciplinarne la forza, regolandola ed eventualmente eliminandola⁶³. Quindi per identificare le fonti di un ordinamento giuridico è necessaria una verifica immanente dell'ordinamento giuridico stesso. Tale verifica è finalizzata a individuare anche le consuetudini costituzionali in virtù delle quali vengono identificati dall'ordinamento giuridico gli atti e i comportamenti umani in grado di produrre regole e precetti, individuando quelli che di essi sono effettivamente osservati, rivelando la propria capacità vincolante.

Lo stesso A. Pizzorusso, in merito al riconoscimento delle fonti all'interno dell'ordinamento⁶⁴, attribuisce al criterio formale una rilevanza minore rispetto a quello dell'effettività, dando seguito a quella dottrina che attribuisce alla consuetudine costituzionale non solo il compito di identificare le norme di produzione, ma anche di affermare la validità del diritto nato fuori di esse⁶⁵. Questa affermazione trova continuità nelle osservazioni di M. Chiba per cui è diritto dello Stato anche quello che non è prodotto dallo Stato⁶⁶.

A questa «frattura tra forma e sostanza» fanno richiamo anche L. Pegoraro e A. Rinella⁶⁷ i quali, con approccio critico sulle elaborazioni occidentali circa il concetto di diritto e in riferimento all'analisi comparatistica delle fonti, sottolineano la necessità del ridimensionamento del modello delle fonti post Westfalia legato alla sovranità e al primato dello Stato, conferendo al formante socio-culturale un più adeguato rilievo per

⁶² F. Modugno, op. cit.: «Alla produzione normativa predeterminata, ovvero alle regole sulle fonti, non corrisponde necessariamente l'insieme delle norme. Il cosiddetto sistema delle fonti a priori, pur tendenzialmente condizionando la produzione normativa, non la esaurisce, né la impedisce. Il sistema delle norme è, se possibile, un sistema empirico, costruibile a posteriori, a partire dal riscontro dell'efficacia (applicabilità) delle norme».

⁶³ C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, IX, 1961.

⁶⁴ A. Pizzorusso definisce fonti del diritto quegli atti e quei fatti dai quali, in base alle norme sulla produzione giuridica, deriva la creazione, modificazione e abrogazione di «disposizioni o norme suscettibili di valere come tali nell'ambito dell'ordinamento giuridico». A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici*, op. cit., 234.

⁶⁵ F. Sorrentino, *Pizzorusso e le fonti*, in P. Carrozza, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti, R. Tarchi (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, Torino, 2017, 38.

⁶⁶ M. Chiba (ed.), *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, Abingdon-New York, 2013, 5 ss.

⁶⁷ L. Pegoraro, A. Rinella, op. cit., XII. Secondo gli autori un diritto comparato costituzionale globale nella descrizione delle fonti non può limitarsi alle codificazioni normative imposte.

consentire l'inclusione di fonti del diritto come la tradizione che nella «comunità di riferimento, obbliga, vincola, a prescindere dal riconoscimento statale (...) se sorretta dal comune convincimento che “occorre fare così”»⁶⁸. D'altra parte, come osserva F. Modugno⁶⁹, anche le fonti legali sono vincolanti soltanto se «spontaneamente rispettate e fatte rispettare» in quanto si esprimono come ripetizione costante di comportamenti uniformi condivisi dai destinatari e sanzionati nelle loro violazioni da parte dei giudici.

Ebbene, in molti ordinamenti (per esempio quello indiano e quello cingalese, per citare alcune esperienze del Sud Asia) capita che le regole sociali, religiose e consuetudinarie assumano rilevanza di vere e proprie regole di condotta, spesso confliggendo con quelle prodotte dallo Stato. Rispetto a queste realtà, come osservato da A. Procida Mirabelli di Lauro, gli stereotipi occidentali possono risultare insufficienti ed insoddisfacenti alla ricognizione del concetto di diritto⁷⁰.

Il diritto Occidentale si è evoluto nel tempo seguendo la strada del riconoscimento e dell'affermazione dei 'diritti'. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, la *Dichiarazione universale dei diritti umani* approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 o, più di recente, la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del Consiglio d'Europa e i testi costituzionali del Dopoguerra, pur senza trascurare i doveri, hanno contribuito all'affermazione dei diritti fondamentali di ciascun individuo, l'affermazione dei quali costituisce uno dei pilastri di ogni sistema che possa dirsi democratico. Questo tipo di evoluzione può aver contribuito a trascurare l'altra faccia del diritto, quella dei 'doveri'. Non vi è dubbio che il riconoscimento di un 'diritto' comporta anche implicitamente l'affermazione di un 'dovere', quello di rispettarlo e non lederlo o comunque di assumere un comportamento tale da consentirne l'effettivo esercizio. Questo approccio richiede inevitabilmente l'intervento di un soggetto terzo (e

⁶⁸ Rispetto alla impostazione (affermatasi dal XIII sec.) che vuole la produzione del diritto nelle sole mani dello Stato, eventualmente negando efficacia alle norme non statali, diverse esperienze giuridiche, specialmente quelle storicamente provenienti da episodi di colonialismo, contrappongono al principio di territorialità quello di personalità del diritto con la convivenza di ordinamenti giuridici in uno stesso ambito territoriale, distinguendone l'applicazione sulla base di criteri di appartenenza delle persone. A Pizzorusso, cit., 48: «(...) l'accettazione del principio pluralistico come caratteristica della forma di stato che caratterizza ormai (...) gran parte degli stati del mondo, apre nuove prospettive anche in vista dell'applicazione del principio di personalità del diritto». Sui processi di decolonizzazione e rivendicazione delle tradizioni autoctone, si veda V. Pepe, *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in *Dpce online*, 4, 2019, 2569 ss., www.dpceonline.it.

⁶⁹ F. Modugno, op. cit. Secondo l'Autore, le regole sulla produzione del diritto sono effettivamente vigenti solo se assistite da una consuetudine costituzionale confermativa della loro vigenza. Solo in virtù di una tale consuetudine il sistema delle fonti riesce a porsi come «effettivamente e giuridicamente condizionante l'ordinamento normativo».

⁷⁰ L.J. Costantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1996, XXXV.

dell'ordinamento giuridico) che riconosce il 'diritto' ne stabilisca anche i limiti e le sanzioni che conseguono alla sua violazione.

Se però cambiamo prospettiva, ponendo al centro non l'affermazione di un 'diritto' ma quella di un 'dovere' (passando dalla prospettiva da «ciò che si può fare» a «ciò che si deve fare»⁷¹), il rapporto tra ordinamento e individuo può essere visto, più che nella prospettiva della tutela delle sue pretese, in quella della limitazione o conformazione dei propri comportamenti.

Ciò comporta che, in una prospettiva comparatistica⁷², per la ricerca delle fonti del diritto appare più congeniale la dimensione materiale di quella formale⁷³ per accertare se, al di là delle fonti statali, vi siano fonti non statali che sono legittimate a produrre norme in grado di condizionare le decisioni degli individui. Il *Dharma*, ad esempio, è un concetto centrale nell'elaborazione giuridica induista, includendo tutte le regole (moralì e religiose) a cui l'individuo deve conformarsi per avere un comportamento corretto, regole riconosciute vincolanti da una comunità per i suoi membri. Il *Dharma* costituisce, quindi, una fonte vincolante per il diritto indù. Dopodiché si tratta di capire come queste fonti sono o possono essere collocate nel sistema costituzionale, senza entrare in conflitto con i principi e i diritti riconosciuti a tutti i cittadini che appartengono all'ordinamento giuridico. Vale in proposito richiamare quanto afferma D. Francavilla, che cita sull'argomento le posizioni di W. Menski circa il rapporto tra Costituzione indiana e diritto indù, attribuendo alla prima il ruolo di «fonte del diritto hindu moderno», dovendo le Corti interpretare ed applicare il diritto indù conformemente ai principi costituzionali⁷⁴.

Ecco, allora, che in alcuni ordinamenti l'assetto delle fonti del diritto risente delle tradizioni e consuetudini preesistenti (si pensi, ad esempio, al *Veda* indiano), talvolta di origine religiosa (come il diritto ebraico o la *sharī'a*), altre volte di ispirazione religiosa (come nel caso del diritto indù). Per cui l'analisi delle fonti del diritto in ordinamenti caratterizzati da un forte multiculturalismo e da una forte complessità sociale, generata anche da vicende storiche, richiede un distacco da quelli che possono essere gli stereotipi dell'approccio positivista che contraddistingue la tradizione giuridica occidentale e che poco si interroga rispetto ad un diritto che non sia posto dall'ordinamento costituito. Al giurista positivo che, per l'appunto,

⁷¹ Per esempio, nel diritto musulmano la *sharī'a* indica al musulmano come deve comportarsi ed è imperniata sugli obblighi più che sui diritti. Stessa cosa il diritto indù in cui i *Śāstra*, opere sul comportamento umano, insegnano all'uomo come deve comportarsi (*dharma*).

⁷² L. Pegoraro, A. Rinella, op. cit., 5, quali sottolineano la relatività del concetto di fonte nell'indagine comparatistica, considerata la varietà dei fatti e degli atti che ne costituiscono il contenuto.

⁷³ R. Guastini, op. cit., 47. In senso materiale costituisce fonte del diritto ogni atto che, in base al suo contenuto, è in grado di produrre norme a prescindere da elementi formali (quali il *nomen juris*, l'organo da cui promana, ecc.).

⁷⁴ D. Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea. Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, 2010, 118.

si occupa del diritto 'posto', importa relativamente delle vicende dalle quali potrebbe originare il diritto ma che si collocano al di fuori di quelli che sono i meccanismi ed i processi di formazione dei principi e delle norme previsti dall'ordinamento costituito. In un'analisi comparatistica, invece, è necessario enfatizzare il profilo sociale delle norme e, dunque, il ruolo che il livello sociale può avere nella produzione delle norme stesse a prescindere dall'intervento dell'ordinamento costituito. In questo senso, l'idea di W. Menski è che, non potendosi realizzare una universalizzazione del diritto, la strada del pluralismo giuridico diviene una scelta necessaria⁷⁵.

7. Consuetudine e tradizione: identità o dicotomia?

Se il diritto è un linguaggio (normativo, prescrittivo o direttivo), una sequenza di enunciati⁷⁶, l'oralità non può che essere una delle caratteristiche del diritto. Dunque non solo il diritto scritto ma anche l'oralità può assurgere a fonte del diritto, certamente quando venga codificata (divenendo diritto scritto) ma anche quando, attraverso il 'passato', assume i connotati dell'astrattezza e della generalità, consolidandosi nel presente. La consuetudine è l'esempio più evidente di come l'oralità possa concorrere a produrre condotte uniformi quando attraverso l'*usus* generale, uniforme e costante la norma consuetudinaria diviene vincolante per la generalità dei consociati perché accompagnata dall'*opinio* di obbedire ad un precetto giuridico. D'altra parte, come è stato osservato dalla dottrina⁷⁷, se la funzione della norma è quella di condizionare le decisioni e i comportamenti degli individui che appartengono ad una determinata comunità, tenendo conto che l'origine delle norme non sempre è il prodotto di «una determinata volontà umana storicamente identificabile», anche le norme che originano da processi culturali che si sviluppano "più o meno insensibilmente" nel corso del tempo possono concorrere a definire quel perimetro nel quale sono identificate le decisioni e i comportamenti considerati leciti.

Se, dunque, il criterio dell'autorità politica è certamente prevalente nella ricerca delle fonti nell'ambito di un ordinamento, in alcune esperienze giuridiche il criterio dell'obbedienza alla divinità o quello di conformazione a condotte ripetute nel tempo consente di identificare in maniera più esaustiva, dal punto di vista della produzione, le norme e le loro fonti che effettivamente regolano le decisioni e i comportamenti degli individui che appartengono ad una determinata comunità⁷⁸.

⁷⁵ A. Watson, *Legal transplants: An approach to comparative law*, Athens, 1993, 100. In merito al dibattito su *legal transplants*, si veda H. Andrew, E. Örtücü (eds.), *Comparative law in the 21st century*, London-New York, 2002.

⁷⁶ R. Guastini, cit., 3 ss.

⁷⁷ A. Pizzorusso, cit., 5 ss.

⁷⁸ A. Pizzorusso, cit., 7. L'Autore sottolinea che l'unico criterio valido a misurare la giuridicità di una norma è quello dell'effettività dell'influenza da essa esercitata, mentre la sua effettività dipende dal grado di accettazione.

Può accadere, allora, di imbattersi in quelle che si potrebbero definire delle ‘consuetudini rafforzate’ vale a dire norme giuridiche consuetudinarie originate dalla tradizione oppure dal culto della religione che generano un vero e proprio sistema delle fonti accanto a quello di origine politica, assumendo un valore prevalente per la comunità in cui trovano applicazione⁷⁹. Come sottolineato dalla dottrina, la tradizione altro non è che la rappresentazione del reale basata «su un insieme di dati appresi in precedenza»⁸⁰. Dunque la tradizione è sicuramente diritto consuetudinario ma di essa fanno parte anche il diritto di derivazione religiosa e quello di derivazione culturale che, anche attraverso processi di codificazione, hanno influenzato l’evoluzione di alcuni ordinamenti giuridici.

H.P. Glenn sottolinea, a questo proposito, come la tradizione sia una caratteristica comune delle società e dei diritti (anche nel mondo Occidentale)⁸¹. Perché però la tradizione possa diventare tradizione giuridica, è necessario che concorrano due elementi: i) la continuità storica; ii) la trasmissione in un contesto sociale specifico. È, dunque, necessario che vi sia una circolazione costante delle informazioni dal passato al presente e che questo processo avvenga in uno specifico contesto sociale affinché si verifichi l’agire conforme: «Ciò che è stato catturato dal passato è intrinsecamente normativo e fornisce lezioni attuali su come dobbiamo agire»⁸².

Se, allora, la norma deve essere considerata nella sua effettività, il rapporto tra *state legal system* e *non-state legal systems* diviene un tema di indagine di particolare interesse, specie in quelle comunità in cui si registra una certa difficoltà ad assoggettarsi al “governo della legge”⁸³. Lo stesso H.P.

⁷⁹ Si pensi alla più antica delle tradizioni giuridiche quale è la legge ctonica (espressione utilizzata dal filosofo E. Goldsmith per sottolineare lo stretto legame con la terra) che costituisce il ‘prototipo’ delle tradizioni giuridiche legali nel mondo, connotata da esperienza, oralità e memoria. Si tratta di quella legge che è parte del costume o della tradizione di un popolo, differente dalla definizione tradizionale di legge che non ha un’origine collocabile nel tempo e che rifiuta ogni formalità nell’enunciazione del diritto. H.P. Glenn, op. cit., 115 ss.; E. Goldsmith, *The Way: An Ecological World-View*, Athens, 1992. Dando uno sguardo alle costituzioni sudamericane è possibile rinvenire nel testo delle leggi fondamentali riferimenti alle culture indigene originarie che assumono la valenza di principio normativo e di principio orientativo. È il caso del concetto di *buen vivir* (intesa come esistenza armoniosa) richiamato nella Costituzione dell’Ecuador del 2008 e in quella della Bolivia del 2009 per affermare i diritti della natura secondo una visione che richiama la cosmovisione dei popoli andini. S. Baldin, *la tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 48, 2015, 484 ss.

⁸⁰ L. Pegoraro, A. Rinella, op. cit., 20.

⁸¹ H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2010, 26.

⁸² H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, op. cit., 49.

⁸³ A.K. Giri, *Rule of Law and Indian Society Colonial Encounters, Post-Colonial Experiments and Beyond*, in *Jura Gentium*, 2000, www.juragentium.org; M.P. Singh, N. Kumar, *Examining India’s Common Law Identity. An Inquiry into India’s Legal Systems and Tradition*, Delhi, 2017, 6.

Glenn considera lo Stato come «un luogo di tradizioni sovrapposte» in cui, osserva, lo Stato stesso non è altro che «il riconoscimento istituzionalizzato dell'ascesa di una precisa tradizione» e che dovrebbe assurgere, come «spazio interculturale», a luogo di riconciliazione delle tradizioni. Non a caso P. Häberle afferma che le Costituzioni sono sinonimo di scienza della cultura, il luogo dove si condensa la cultura di un popolo⁸⁴.

Può, allora, la tradizione assumere la connotazione di formante? Formante è ciascun elemento che concorre a formare un sistema giuridico. Come opportunamente sottolineato da D. Francavilla, la tradizione (o le tradizioni) è parte del processo di legittimazione e di elaborazione culturale del diritto, come tale in grado di influenzare la formazione del diritto⁸⁵. Se si guarda ad alcune esperienze giuridiche come quelle del Sud Asia è possibile riconoscere una certa capacità della tradizione (anche se a connotazione religiosa), espressa soprattutto da *personal laws*, ad assumere una propria autonomia nell'ordinamento giuridico e a connotare anche il diritto statale. W. Menski afferma che i vari formanti di un ordinamento tendono ad influenzarsi (e talvolta anche a contraddirsi). Quindi, considerata l'influenza che la tradizione ha esercitato o esercita sui formanti tradizionali quali la legge, la dottrina e la giurisprudenza nell'ambito degli ordinamenti riconducibili al *South Asia*, non pare sconveniente attribuire alla tradizione (specialmente quella di matrice religiosa) la qualifica di vero e proprio formante.

8. L'ordinamento giuridico indiano tra tradizione, colonialismo e post-colonialismo

L'ordinamento indiano è caratterizzato dalla presenza di *personal laws* dovute alla forte eterogeneità culturale e religiosa, che richiede un'analisi delle fonti guardando ai compromessi giurisprudenziali generati da istanze comunitarie e statali nel quadro del costituzionalismo e del *legal pluralism*.

Proprio la prospettiva del pluralismo giuridico assume una particolare rilevanza nel diritto indiano, caratterizzato da un'ampia matrice religiosa che vede nell'induismo⁸⁶ il profilo più rilevante ma che rivela anche l'influenza del diritto musulmano, di quello cristiano e di quello dei parsì. L'ordinamento indiano rappresenta un modello significativo rispetto al problema della convivenza tra diritto statale, frutto della contaminazione di *common law* e applicabile alla generalità dei cittadini, e diritto personale, prevalentemente induista, testimonianza di diritti di matrice confessionale applicabile alla

⁸⁴ A tal proposito si veda G. Guidi, *Il patrimonio culturale tra paesaggio e agricoltura*, 9 aprile 2018, in www.dpce.it.

⁸⁵ D. Francavilla, op. cit., 20.

⁸⁶ Tra gli autori che sottolineano la particolare rilevanza del diritto indù nella società moderna e post-moderna anche nel diritto applicato dalle Corti, vi è sicuramente W. Menski, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford, 2003.

comunità indù ma anche ai sikh, ai jainisti e ai buddisti. La consapevolezza di questa coesistenza emerge nel testo dell'art. 13 della Costituzione indiana che riporta il termine *law* e *laws in force* senza però fornire una definizione dei due termini, limitandosi ad includere nel primo *ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom e usage*.

In realtà questa stratificazione è presente in altri ordinamenti giuridici della stessa area, come nel caso dello Sri Lanka. L'ordinamento cingalese rivela la presenza di un *official law*, quali sono il diritto romano-olandese ed il diritto inglese al quale si affiancano *territorial and personal laws (unofficial law)* che si relazionano tra di loro in modo sussidiario, sopperendo alle lacune che possono manifestarsi nei propri ambiti di applicazione. La componente del diritto romano-olandese è molto forte per quel che riguarda la disciplina degli istituti di diritto privato (successioni e donazioni, proprietà e possesso, negozi giuridici ed illeciti civili), come dimostrano anche i richiami contenuti nelle sentenze della Corte Suprema⁸⁷.

Come l'India, anche lo Sri Lanka ha subito le contaminazioni di un lungo e differenziato periodo di colonizzazione. Inizialmente colonia portoghese, l'Isola di Ceylon è poi divenuta colonia degli olandesi che, pur conservando il diritto indigeno, introdussero il *Roman-Dutch Law* che assunse nel tempo la valenza di *common law* o *residuary law* applicabile a tutta la popolazione presente sull'isola (prescindendo dal credo religioso, dall'etnia e dalla lingua dei singoli), con una funzione sussidiaria rispetto alle lacune che potevano rivelare gli ordinamenti Tamil, il *Kandyan Law* ed il diritto buddista per i cingalesi ed il diritto musulmano per la parte di popolazione di origine islamica⁸⁸. La scelta britannica di non alterare il quadro giuridico

⁸⁷ Il diritto romano-olandese costituisce quello che, nel caso affrontato dalla *Privy Council* nel 1972, *Kodeesvaran v. Attorney General* (72 NLR 332), fu definito come *indigenous common law*. Se si escludono alcuni Stati dell'Africa meridionale, lo Sri Lanka rappresenta l'unico Paese che applica ancora il *Roman-Dutch Law* nonostante sia ormai da tempo desueto in Olanda. Il termine fu utilizzato per la prima volta dal giurista olandese S. Van Leeuwen nella metà del 1600 per indicare la sua natura composita, costituita dalle consuetudini germaniche e dal diritto romano. G. Hamza, *L'influsso delle tradizioni del diritto romano e del diritto privato europeo-continentale sugli ordinamenti giuridici extraeuropei*- *Rassegna globale*, in *Riv. Int. Sc. Giur. Trad. Rom.*, 12, 2014, 27 ss.

⁸⁸ Queste caratteristiche collocano l'ordinamento dell'Isola di Ceylon a pieno titolo nei *mixed legal systems*, frutto di una tradizione giuridica che rivela tratti riconducibili alla cultura giuridica occidentale ed orientale nonché all'influenza religiosa che ancora oggi rappresenta un tratto caratterizzante, anche se non fondante, della Costituzione cingalese.

Seguendo l'impostazione di E. Öricü, l'ordinamento cingalese può essere considerato alla stregua di quegli ordinamenti caratterizzati da elementi provenienti da differenti tradizioni giuridiche che mantengono una loro rintracciabilità all'interno dell'ordinamento stesso e che pertanto ne fanno quello che potrebbe essere definito un ordinamento composito. Anche l'India rientra tra i sistemi misti complessi quale risultante della combinazione di diritto laico, diritto religioso e diritto consuetudinario.

Tale considerazione trova conforto nel saggio di F.A. Bary, *The Legal System of Sri Lanka*, in *Departmental Bulletin Paper*, 2003, 178: «Though not well integrated into a single system of law, the indigenous law and earlier transplanted laws together formed the indigenous

normativo esistente, consentendo l'applicazione anche nell'amministrazione della giustizia, fu una scelta legata soprattutto alla constatazione che il mantenimento di quell'assetto giuridico potesse costituire un efficace strumento di controllo della colonia. Tant'è che il consolidamento di *personal laws* avvenne tramite procedure di codificazione attuate attraverso il recepimento in atti con forza di legge che contribuirono ad una migliore sistemazione ed interpretazione di consuetudini e precedenti giudiziari.

Stessa considerazione può farsi per il Bangladesh, che accanto alla tradizione giuridica anglosassone rivela una forte influenza islamica, connotando l'ordinamento giuridico come il risultato di diverse stratificazioni di fonti e strumenti normativi che rivelano la lunga tradizione storico-giuridica precedente al periodo coloniale⁸⁹.

Nel caso dell'esperienza indiana, la consapevolezza di questa coesistenza tra diritto statale e diritto personale, anche se non sempre esplicitata, è comunque tenuta ben presente a tal punto da consentire la regolamentazione di alcuni rapporti giuridici (specialmente quelli di diritto civile) attraverso le regole tradizionali, con il limite delle norme costituzionali ed in particolare di quelle che tutelano i diritti fondamentali⁹⁰. Basti pensare al sistema delle caste e alle previsioni dell'art. 17 della Costituzione indiana che abolisce e vieta ogni forma di 'intoccabilità'. La giurisprudenza delle Corti non manca di affermare la prevalenza della legge statale rispetto alle regole che originano dagli usi e costumi. Recentemente, ad esempio, la Corte Suprema ha confermato la prevalenza delle disposizioni

structure of Ceylon law». Dunque, per la sua conformazione l'ordinamento giuridico dello Sri Lanka si pone a metà strada tra gli ordinamenti caratterizzati da elementi di differenti tradizioni giuridiche che perdono la loro identità nel *mixed system* al punto da non poter essere distinti dalla nuova entità, e gli ordinamenti caratterizzati, invece, da una forte eterogeneità delle tradizioni giuridiche. In relazione a tali classificazioni si vedano E. Örtücü, *Public Law in Mixed Legal Systems and Public Law as Mixed System*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 5, 2001, 2 ss.; B. Andò, "As Slippery as an Eel"? *Comparative Law and Polyjurial Systems*, in V.V. Palmer, M.Y. Mattar, *Mixed Legal Systems, East and West*, Routledge, London, 2015, 3 ss.; V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems. The Origin of the Species*, in AA.VV., *Annuario di diritto Comparato*, Napoli, 2013, 127 ss.

⁸⁹ L. Colella, *Lo Stato di diritto in Bangladesh: le sfide del costituzionalismo contemporaneo*, in D. Amirante (a cura di), op. cit., 188. Queste caratteristiche consentono di collocare il Bangladesh tra gli ordinamenti a egemonia della tradizione, in cui emerge il condizionamento di fattori religiosi rispetto alla regolamentazione di determinati rapporti. Diversamente dal Pakistan, però, il Bangladesh non ha acquisito i caratteri di uno Stato islamico, subendo una maggiore occidentalizzazione.

⁹⁰ Può a tal proposito richiamarsi la sentenza pronunciata dalla Corte Suprema indiana nella causa *Danial Latifi v. UOI*, (2001) 7 SCC 740 in merito al *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act (MWPRDA)* del 1986 e al dovere del marito musulmano di mantenere la moglie divorziata per il periodo dell'*iddat*, vale a dire per il periodo (variabile) in cui la donna non può prendere marito. Nella richiamata pronuncia la Corte Suprema, richiamando l'art. 14 della Costituzione indiana e le disposizioni del codice penale, ha sancito che il dovere di mantenimento si protrae oltre l'*iddat*, utilizzando una interpretazione considerata di equilibrio tra diritto personale musulmano e il codice di procedura penale indiano.

contenute nel *Hindu Marriage Act* del 1955, confermando che il divorzio formalizzato nei *Panchayat* non ha alcuna efficacia dal punto di vista della legge⁹¹. Non mancano, però, pronunce delle Corti che, invece, riconoscono la rilevanza dei costumi proprio in relazione allo scioglimento dei matrimoni davanti al *Panchayat* subordinatamente alla prova dell'esistenza della consuetudine in un determinato gruppo (come nel caso dei Jat del Distretto di Jalandhar) e dell'appartenenza dell'interessato a quel gruppo⁹². Il matrimonio, dunque, è sicuramente uno di quegli istituti che maggiormente subiscono la sovrapposizione tra diritto statale e diritto personale, con ripercussioni anche su aspetti previdenziali riferibili ai coniugi.

Non vi è dubbio che la forma dello Stato federale contribuisce al mantenimento e alla legittimazione della coesistenza tra diritto statale e diritto personale. A ciò si aggiunge l'organizzazione del governo locale ed in particolar modo dei *Panchayat* che contribuisce ad alimentare la tradizione giuridica. Tant'è che uno degli organismi principali del *Panchayat* è il *Gram Sabha*⁹³ che nella tradizione del *Veda*⁹⁴ (raccolta di canti, preghiere e detti che ispirano il modo di vita indù) ha un ruolo centrale come organizzazione comunitaria deputata alla risoluzione delle controversie, insieme al *Paishad*, sorta di consiglio di filosofi, e al *Samiti*, collegio deliberante su questioni politiche e aspetti di legislazione minore⁹⁵.

Tuttavia, si pone il problema della effettiva compatibilità delle *personal laws* rispetto alla Costituzione⁹⁶, specialmente per quel che riguarda i diritti fondamentali e la disparità di trattamento che può verificarsi nella disciplina degli istituti. Se pensiamo al matrimonio o al divorzio, confrontando il diritto indù, quello musulmano e quello cristiano, emergono differenze sostanziali rispetto allo status delle persone che lo contraggono⁹⁷. Per esempio, mentre

⁹¹ *Nishan Singh v. State of Punjab*, 2021 SCC; *Punjab-Haryana High Court Seema Devi Shakya And Anr v. State Of Haryana And Ors*, 15 ottobre 2020.

⁹² *Punjab-Haryana High Court Smt. Kuldip Kaur v. Amarjit Singh*, 2 settembre 2009 FAO No. M-5 of 2009 (O&M).

⁹³ Il *Gram Sabha* è l'assemblea del villaggio che cura i processi decisionali sulle esigenze del villaggio. Per una disamina sul governo locale indiano, C. Petteruti, *Il governo locale nell'ordinamento costituzionale indiano*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstel (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Torino, 2013, 84 ss.

⁹⁴ Il *Veda*, testo sacro della tradizione indù, è il diritto rivelato e rappresenta una delle tre componenti del diritto indù assieme alla *smriti*, diritto della tradizione (letteralmente la memoria) che consente la trasmissione delle regole contenute nel *Veda*, e i *sadacara* che sono le pratiche dei virtuosi, modelli di comportamento considerati normativi in virtù delle qualità delle persone che li mettono in atto.

⁹⁵ La particolarità del diritto induista sta proprio nel non identificare un'autorità costituita legittimata a riconoscere i precetti che condizionano le decisioni dei singoli individui. È la fonte stessa del diritto induista che assume autorevolezza, generando una tradizione che fa includere questa o quella opera precettistica nel corpo del *dharma*.

⁹⁶ D. Conrad, *Rule of Law and Constitutional Problems of Personal Laws in India*, in S. Saberwal, H. Sievers (eds.), *Rules, Laws, Constitution*, New Delhi, 1998, 209 ss.

⁹⁷ N.K. Vats, *Personal Laws: Are they Uniform or Personal in Character?*, in J. Kaur (ed.), *Human Rights Issues and Perspectives*, Chandigarh, 139 ss.

il diritto musulmano ammette che l'uomo possa sposare fino a cinque mogli, la poligamia è vietata sia dal diritto indù che da quello cristiano. Nel diritto musulmano, inoltre, il divorzio (*talaq*) può essere dichiarato anche in assenza della moglie.

Storicamente, il mantenimento delle *personal laws* fu uno degli aspetti che caratterizzò il periodo coloniale con i *British Regulations*. Tant'è che, quando nel 1781 fu istituita la Corte suprema indiana, fu stabilito che all'eredità, alle successioni, alla rendita fondiaria, ai beni e ai contratti, sarebbero state applicate le *personal laws*⁹⁸. Con la conseguente necessità di addivenire ad una codificazione di testi sacri religiosi a cui spesso era riconducibile la disciplina consuetudinaria di determinati rapporti, essendo per l'amministrazione inglese prioritario addivenire ad una codificazione dei testi sacri che avrebbero dovuto costituire la base del diritto indù e di quello musulmano. Quando, poi, a metà dell'800 fu introdotto un sistema giudiziario organizzato sul modello delle corti inglesi, l'interpretazione dei testi antichi da parte dei giudici acquistò prevalenza al punto da inglobare il diritto indù nel sistema giurisprudenziale britannico⁹⁹. Da quel momento, laddove non era possibile applicare il diritto indiano, la controversia veniva decisa in base a «equity and good conscience». Questo in alcuni casi determinò l'affermazione di principi diversi rispetto a quanto previsto dal diritto indiano che per alcuni aspetti (per esempio per i diritti delle donne nelle successioni) risultava incomprensibile agli schemi del diritto anglosassone¹⁰⁰. Come osservato da W. Menski¹⁰¹, il processo di modernizzazione avviato dagli inglesi ebbe come risultato quello di creare una situazione ibrida nella quale venivano comunque riconosciuti i rituali induisti nell'ambito di un processo di codificazione e unificazione ritenuti indispensabili per lo sviluppo della società. Di fatto questo processo di modernizzazione ebbe come effetto quello di rendere la cultura e il diritto indù *unofficial law*.

Con l'approvazione della Costituzione del 1950 si è ovviamente posto un problema di compatibilità delle *personal laws* con la Costituzione stessa,

⁹⁸ F. Agnes, *Personal Laws*, in S. Choudhry, M. Khosla, P. Bhanu Mehta (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford, 2016, 904.

⁹⁹ B.S. Cohn, *Colonialism and its Form of Knowledge: The British in India*, Oxford, 1997, 75: «After the reform of the Judicial system in 1864, which abolished the Hindu and Muslim law officers of the various courts of India, and after the establishment of provincial high courts, publication of authoritative decisions in English had completely transformed "Hindu law" into a form of English case law».

¹⁰⁰ F. Agnes, op. cit., 906. L'Autrice, nella ricostruzione dell'incursione del diritto inglese nel diritto indiano durante il periodo coloniale, rileva come gli inizi del '900, per rimediare agli inconvenienti generati alle donne nell'ambito delle successioni a causa di morte, fu introdotto l'*Hindu Women's Rights to Property Act* del 1937 per riconoscere un diritto di successione alle donne, il *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act* dello stesso anno per tutelare i diritti di proprietà delle donne sanciti nel Corano, il *Dissolution of Muslim Marriages Act* del 1939, che garantiva alle donne musulmane il diritto al divorzio e il *Parsi Marriage and Divorce Act* 1936 sul divorzio.

¹⁰¹ W. Menski, *Hindu Law*, op. cit., 24.

con particolare riferimento ai valori di eguaglianza e di non discriminazione rispetto alle discriminazioni riscontrabili, invece, nelle *personal laws* specialmente di genere. Questa contrapposizione ha posto il problema se le *personal laws* potessero rientrare nell'alveo dell'art. 13 e quindi fossero comprese nel termine *law* (che include usi e costumi) oppure in quello di *law in force*. Le *High Courts* e la Corte Suprema non hanno mancato di affrontare il tema della costituzionalità delle *personal laws* specialmente nell'ambito dei rapporti familiari (matrimonio, divorzio, ecc.) nel tentativo talvolta di superare altre volte di legittimare le consuetudini del diritto indù e di quello musulmano. Uno degli aspetti centrali di questa analisi giurisprudenziale riguarda, come detto, l'art. 13 rispetto al quale sono rintracciabili due diversi orientamenti. Uno sfavorevole ad includere le *personal laws* tanto sotto il termine *law* che sotto quello di *law in force*, condizionato dall'idea della necessità di un *Common Civil Code*, unica strada possibile per realizzare una uniformità nazionale. L'altro propenso ad includere le *personal laws* nella disposizione costituzionale¹⁰², che trova un precedente giurisprudenziale della Corte Suprema nel caso *Sant Ram v. Labh Singh*¹⁰³.

Il caso *State of Bombay v. Narasu Appa Mali*¹⁰⁴ ha probabilmente rappresentato la prima occasione per affrontare il problema. Occasione data dal *Bombay Prohibition of Bigamous Marriages Act* del 1946 accusato di violare il principio di eguaglianza e non discriminazione della Costituzione, avendo previsto il divieto di bigamia per gli Indù con esclusione dei Musulmani. In quella circostanza, la *Bombay High Court* sancì espressamente che le *personal laws* non rientravano nell'ambito delle *laws in force* essendo basate su precetti religiosi e che rispetto ad esse non potessero essere invocate le disposizioni della Parte III della Costituzione dedicata ai diritti fondamentali. Quella della *High Court* di Bombay fu sicuramente una pronuncia che, sebbene non proveniente dalla Corte Suprema, influenzò le pronunce successive sull'argomento¹⁰⁵.

Con l'indipendenza raggiunta nel 1947, l'India ha mantenuto un sistema giuridico a connotazione occidentale ma nel quale il formante della tradizione ha avuto un ruolo tutt'altro che secondario¹⁰⁶. Tale circostanza ha

¹⁰² D. Panadan, *Constitutionality of Personal Laws and Movement Towards Uniform Civil Code in India*, in *Journal of Dharma*, 40, 2, 2015, 213.

¹⁰³ *Sant Ram v. Labh Singh*, (1964) 7 SCR 756.

¹⁰⁴ AIR 1952 Bom 84.

¹⁰⁵ F. Agnes, op. cit., 910. L'Autrice sottolinea che: «The Bombay High Court shirked from its responsibility of examining the discriminatory provisions of personal laws against the touchstone of the newly enacted Constitution». Diforme da questa pronuncia fu quella della *High Court* del Kerala nel caso *Assan Rawther v. Ammu Umma* del 1971, che qualificò le *personal laws* (in particolare quelle indù e musulmane) come «law by virtue of the sanction of the sovereign behind it and is, for that very reason, enforceable through court». Sull'argomento si veda anche N. Yasuda, *Comparative Law and Globalization in Asian Perspectives: Two Proposals of Methodological Framework*, in M.P. Singh, N. Kumar (eds.), *The Indian Yearbook of Comparative Law*, Singapore, 2018, 6.

¹⁰⁶ Anche in questo caso l'espressione *unity in diversity* è sicuramente eloquente, a conferma di

indotto alcuni studiosi a sottolineare una differenza sostanziale del diritto indiano coloniale da quello post-coloniale, caratterizzato da una forte occidentalizzazione. Questa ricostruzione è criticata da W. Menski il quale, come R. Sacco, la ritiene fundamentalmente distorta, non dando la dovuta rilevanza all'*unofficial law* presente nell'India contemporanea e non riconoscendo la spinta del Sub-continente indiano verso la ricerca di una propria identità giuridica.

9. Il formante della tradizione nel sistema delle fonti del Sud Asia.

Il periodo del colonialismo inglese ha avuto inevitabili ripercussioni sui sistemi costituzionali dei Paesi dell'Asia meridionale e sul sistema delle fonti del diritto. Il riferimento è in particolare all'India, allo Sri Lanka, al Pakistan e al Bangladesh che rivelano caratteristiche riconducibili alla famiglia di *common law* ma che non consentono una piena coincidenza in virtù delle discrepanze generate da *legal transplants* che, anche nella fase post-coloniale, vedono la coesistenza tra un *official law*, basato sui modelli occidentali, e un *unofficial law* originato dalle consuetudini e dagli usi indigeni, che tutt'ora interviene nella regolamentazione dei rapporti giuridici¹⁰⁷. In effetti, nei Paesi asiatici, il diritto statale si basa sostanzialmente sul trapianto del diritto occidentale introdotto in epoca coloniale soprattutto per esigenze politiche e commerciali. Tale approccio e la scarsa disponibilità sociale a recepire il diritto imposto hanno fatto sì che le leggi indigene sopravvivessero sul piano sociale.

La stessa introduzione di un sistema delle Corti sul modello anglosassone, come avvenuto in India e nello Sri Lanka, ha avuto importanti conseguenze sul sistema delle fonti. Basti pensare all'incidenza del formante giurisprudenziale sulla evoluzione del diritto indiano alla sua anglicizzazione che, secondo alcuni¹⁰⁸, ha contribuito alla modernizzazione del diritto indù, sostituendo in epoca coloniale al *dharmasāstra*, e alla consuetudine le raccolte delle pronunce giurisprudenziali.

Si tratta di ordinamenti nei quali la Costituzione, a prescindere da quelle che possono essere le specifiche caratteristiche, costituisce la fonte

una intrinseca capacità dell'ordinamento indiano a valorizzare le differenze e a renderle un valore aggiunto.

¹⁰⁷ Secondo lo schema di M. Chiba, op. cit., *official law* è il diritto statale, ivi compreso quello riconosciuto ma non prodotto dallo Stato; *unofficial law* è, invece, il diritto non riconosciuto dallo Stato ma legittimato dal consenso di comunità presenti nella società; *indigenous law*, infine, è il diritto riconducibile ad una determinata cultura, ivi compreso quello antecedente ad una fase di recezione del diritto occidentale. N. Yasuda, op. cit., 12.

¹⁰⁸ J.D.M. Derret, *Religion, Law and State in India*, Londra, 1968, 316 ss. Di contrario avviso W. Menski, *Diritto dell'India*, in *Enc. Giur.*, XI, 1989, 12, il quale definisce il diritto anglo-indù come una «ibrida mostruosità» dovuta all'utilizzazione distorta dei testi giuridici indù ma soprattutto per una occidentalizzazione del diritto indù attraverso il ricorso al precedente giurisprudenziale e alla legislazione, trascurando le fonti tradizionali.

suprema. Tuttavia, non tutte le costituzioni degli ordinamenti sud asiatici possono, però, essere considerate laiche. In Pakistan e Bangladesh troviamo costituzioni che presentano una forte connotazione religiosa di stampo islamico. La Costituzione pakistana dichiara il Pakistan una repubblica islamica così come il Bangladesh, la cui Costituzione inizialmente rifiutò l'idea della repubblica islamica per poi sancire, con l'emendamento del 2011, l'Islam come religione della Repubblica del Bangladesh, sia pur prevedendo come dovere dello Stato quello di assicurare eguale status ed eguale diritto alle altre confessioni religiose, quella Hindu, quella Buddista e quella Cristiana espressamente richiamate nell'art. 2A.

La Costituzione indiana dichiara, invece, l'India come «Sovereign Socialist Secular Democratic Republic», sebbene il secolarismo indiano riveli tratti differenti rispetto ad altri contesti costituzionali laici. Il secolarismo indiano non può essere assimilato a quello americano (*separation of church and state*) oppure al concetto di laicità come può essere inteso in Europa. Esso si presenta, più che altro, come una sorta di bilanciamento tra le diverse fedi religiose praticate dalla popolazione, che emerge necessariamente anche nell'amministrazione della giustizia in cui le Corti sono chiamate a pronunciarsi anche su questioni relative alla applicabilità di consuetudini religiose 'codificate' nelle *personal laws*. Il diritto indiano, pertanto, non è mai stato identificato con il diritto indù, che ne costituisce una componente ufficiale ma non esclusiva.

Quanto alla Costituzione cingalese, pur proclamando lo Sri Lanka una Repubblica socialista democratica in cui è garantita la libertà di religione (artt. 9, 10 e 14), essa riconosce come compito dello Stato quello di proteggere e promuovere il *Buddha Sasana*.

Sebbene la Costituzione indiana non riporti una clausola di supremazia, essa costituisce parametro di legittimità della produzione legislativa e quindi si pone al vertice di un sistema delle fonti¹⁰⁹ caratterizzato da processi di pluralizzazione¹¹⁰ a cui si contrappongono altri di unificazione (come nel caso del codice civile) ed in cui il diritto territoriale, concepito come componente più moderna, è affiancato dal diritto personale. Il sistema delle fonti statali rivela l'influenza coloniale di *common law*, come nel caso della disciplina del diritto della proprietà intellettuale e del codice penale del 1860 (*Indian Penal Code*). Terminato il periodo coloniale, con l'indipendenza il sistema delle fonti fu comunque mantenuto con un ampio ricorso alla

¹⁰⁹ P. Viola, *Stato, sistema di governo, diritti e doveri nello sviluppo costituzionale indiano*, in D. Amirante (a cura di), op. cit., 76.

¹¹⁰ Come rileva D. Francavilla, op. cit., 104, non è da trascurare il fattore federalista dello Stato indiano e della inclusione di buona parte delle materie di diritto privato nell'ambito della competenza concorrente tra Stato centrale e Stati federali a cui si aggiungono fenomeni di imitazione tra gli Stati federali stessi. Conseguentemente, a fronte di una disciplina uniforme a livello federale, si possono verificare differenziazioni a livello statale, con una funzione di uniformazione sostanzialmente rimessa alla giurisprudenza.

legislazione e alla codificazione¹¹¹ di cui costituiscono un complemento la giurisprudenza ed il diritto consuetudinario. Come fonte immediatamente subordinata alla Costituzione, vi sono gli *Acts*, i quali hanno ovviamente trovato applicazione generalizzata ma che in alcuni casi (come nel caso del *Hindu Marriage Act* del 1850) hanno applicazione solo per alcune comunità. Sono equiparate alla legislazione le ordinanze d'urgenza del Presidente dell'Unione (art. 123 della Costituzione)¹¹², atti con forza di legge che, proprio per il carattere eccezionale, sono sottoposte ad una serie di limiti costituzionali come: la ratifica parlamentare, l'adottabilità nelle sole materie di competenza federale. A tali limiti si aggiungono quelli individuati dalla giurisprudenza della Corte Suprema soprattutto in ordine al problema della non reiterabilità¹¹³. Sebbene non espressamente citato nella Costituzione indiana, il *rule of law* costituisce un limite di legittimità delle ordinanze presidenziali¹¹⁴ e, in ogni caso, delle funzioni legislative dell'esecutivo¹¹⁵. A ben vedere, quella della decretazione d'urgenza è previsione che si ripete in altri ordinamenti dell'Asia meridionale come nel caso dello Sri Lanka dove il Presidente, capo dell'esecutivo, può assumere provvedimenti normativi per garantire la sicurezza pubblica, (prerogativa che accentua la tendenza ipersemipresidenziale della forma di governo cingalese) e il Pakistan, dove l'art. 232 prevede la possibilità del Presidente di adottare ordinanze in sostituzione del Parlamento che non sia riunito in seduta, con la facoltà di dichiarare lo stato d'emergenza¹¹⁶. Stessa previsione è riportata anche nella Costituzione del Bangladesh la cui forma di governo prevede, tuttavia, un ruolo del Presidente tendenzialmente di rappresentanza, essendo l'esercizio del potere esecutivo demandato al Primo Ministro.

Alle fonti primarie si aggiungono quelle di legislazione delegata (*delegated legislation*) quali *statutory, rules e regulations* che molto spesso, nell'ordinamento indiano, si sovrappongono agli atti di natura amministrativa dai quali è talvolta difficile distinguerle¹¹⁷, consistenti in atti

¹¹¹ Si possono in proposito citare l'*Indian Contract Act* del 1872, introdotto proprio per finalità di uniformazione, e l'*Uniform Civil Code* previsto dall'art. 44 della Costituzione la cui introduzione è tutt'ora oggetto di dibattito, a dimostrazione della rilevanza che le *personal laws* mantengono in materie come il diritto di famiglia e quello delle successioni.

¹¹² La medesima facoltà è prevista per i governatori degli Stati (art. 213).

¹¹³ *Dr D.C. Wadhwa v. The State of Bihar*, AIR 1987 SC 579. Sul diverso significato del termine *ordinance*, S. Dam, *Presidential Legislation in India. The Law and Practice of Ordinances*, Cambridge, 2014, 27 ss.

¹¹⁴ *Sudhakar v. A.P.*, AIR 2006 SC 3385.

¹¹⁵ *Kartar Singh v. Punjab*, (1994) 3 SCC 569.

¹¹⁶ Nella pratica, il ricorso alle ordinanze presidenziali è molto più ampio di quanto non sia previsto nella Costituzione indiana, configurandosi un fenomeno di vera e propria surrogazione legislativa rispetto al Parlamento. Come rileva S. Dam, op. cit., 7 ss. Tra il 1952 e il 2009 sono state promulgate 615 ordinanze.

¹¹⁷ La legislazione delegata mostra caratteristiche comuni a quella vigente nell'ordinamento britannico, in cui il monarca può emanare *orders, rules e regulations*, sentito il parere del *Privy Council*. Stessa facoltà hanno i singoli ministri che, sulla base della delega legislativa, possono

di delegificazione quali *rules, orders, by-laws, directions, schemes*¹¹⁸. I motivi della delegazione sono, secondo M. Chawla¹¹⁹, riconducibili: all'impreparazione del Parlamento a legiferare su questioni di profilo tecnico (*technicality*); alla necessità di intervenire su questioni sopravvenute o che non siano state contemplate nell'atto legislativo (*flexibility*); alla maggiore capacità di introdurre sperimentazioni e cambiamenti (*experiment*); alla capacità di intervenire tempestivamente in situazioni di emergenza (*emergency*).

Proprio in considerazione della coesistenza di diritto statale e diritto personale, il ruolo della giurisprudenza diviene tutt'altro che trascurabile, anche in relazione ai problemi di unità e uniformità accennati prima. Infatti, l'attività delle Corti si è rivelata nel tempo particolarmente significativa nella risoluzione di controversie che vedevano esposti soggetti più deboli come le donne o gruppi sociali svantaggiati. In questo senso il ruolo della Corte Suprema è stato significativo nel celebre caso *Shah Bano*¹²⁰ nella contrapposizione tra diritto personale musulmano e diritto territoriale in materia di mantenimento della moglie in caso di divorzio (*talaq*), affermando la prevalenza del diritto territoriale rispetto a quello personale ed in particolare dell'art. 125 del Codice penale, che punisce il marito che non assicuri il mantenimento alla moglie indigente, obbligandolo a provvedervi con una indennità di mantenimento mensile. In realtà, tale pronuncia è conforme all'orientamento manifestato nel tempo dalla Corte Suprema in merito ai problemi di coesistenza di diritto territoriale e diritto personale, ritenendo che eventuali contrasti, anche in relazione alla Costituzione, debbano essere risolti caso per caso. Emerge, dunque, il profilo laico dell'ordinamento indiano, che risalta ulteriormente se consideriamo come termine di paragone il sistema pakistano. Infatti, il ruolo della Corte Suprema pakistana appare fortemente condizionato sia dall'esistenza di un sistema giudiziario tribale che dalla presenza della Corte federale della *Shari'a* nello svolgere il sindacato giurisdizionale sostanzialmente destinato a verificare la conformità delle leggi ai precetti islamici. Questo spiega il perché la Corte, negli anni '90, abbia riconosciuto la possibilità dei tribunali di applicare il

assumere *statutory instruments*.

¹¹⁸ M. Chawla, *Delegation of Legislative Powers*, New Delhi, 2007, 11 ss. I *rules* sono norme emanate in esercizio del potere conferito da un atto normativo in base al quale può essere emanato un regolamento. Gli *orders* possono essere diretti a disciplinare l'azione amministrativa oppure avere natura regolamentare se di portata generale. I *by-laws* sono norme emanate da autorità semi-governative istituite con atto legislativo. I *directions* hanno natura regolamentare e possono consistere in raccomandazioni o disposizioni obbligatorie. In realtà con il termine *directions* vengono indicati anche gli atti con i quali il governo centrale fornisce indicazioni ai governi statali in merito all'applicazione delle leggi federali. Infine, gli *scheme* sono atti amministrativi utilizzati per circoscrivere l'ambito nel quale esplicitare l'azione amministrativa.

¹¹⁹ M. Chawla, op. cit., 5 ss.

¹²⁰ *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum* (1985) 3 SCR 844.

diritto islamico nella risoluzione delle controversie, riconoscendo la *Shari'a* legge suprema dello Stato, cui ricorrere in via diretta, anche in violazione di principi costituzionali e libertà fondamentali¹²¹.

10. Conclusioni

L'analisi del sistema delle fonti nell'Asia meridionale, ed in particolar modo nell'ordinamento giuridico indiano, rivela la presenza in quest'area di un *legal pluralism* rispetto al quale il problema del processo d'integrazione appare come *'non-issue'*. L'esperienza della SAARC, in questo senso, è sintomatica. Seppur gli Stati partecipanti tendano a garantirne la sua esistenza e operatività perché comunque ritenuta un luogo istituzionale in cui costruire relazioni e creare le condizioni per un clima di fiducia reciproca, questi tentativi appaiono fondamentalmente circoscritti ad esigenze di natura economica o della sicurezza. In realtà l'esperienza della SAARC segue, da questo punto di vista, l'assetto delle altre organizzazioni regionali presenti in Eur-Asia che rivela il perseguimento di obiettivi di carattere economico più che di integrazione socio-politica tra gli Stati. D'altra parte pensare ad una armonizzazione normativa in quest'area geografica sul tipo di quella europea, sostanzialmente incentrata sul diritto scritto, è del tutto fuorviante, come testimonia il formante della tradizione (soprattutto di matrice religiosa) all'interno dei singoli ordinamenti giuridici che esercita comunque un'influenza non trascurabile sia sul formante legislativo che su quello giurisprudenziale, determinando la convivenza di un *official law* e di un *unofficial law*, con la conseguenza che la disciplina di una determinata fattispecie può essere frutto della combinazione di più diritti. Sicuramente il sistema giuridico indiano rappresenta in tal senso un modello significativo non solo per le dinamiche che hanno determinato l'attuale assetto del diritto, passando per il diritto anglo-indù, ma anche per la presenza di un forte multiculturalismo recepito nel sistema costituzionale e che quindi legittima di fatto l'applicazione di tradizioni e consuetudini soprattutto induiste e musulmane, ponendo di volta in volta un problema di verifica di legittimità costituzionale specie per la tutela dei diritti del *Bill of Rights*.

Dall'esperienza indiana e dalla comparazione con gli altri Stati del *South Asia*, emerge la rilevanza del formante della tradizione, che va ad affiancarsi al formante della legge e a quello della giurisprudenza, come chiave di lettura dell'ibridazione del sistema delle fonti la cui caratteristica, se consideriamo il modello indiano, è quello di determinare la coesistenza di norme imposte (diritto statale) e norme congenitamente accettate (diritto personale). Queste ultime sono appunto le regole che non richiedono la ricerca di una fonte di legittimazione ma che rilevano rispetto al *rule of law* per il fatto stesso di essere congenite ad una determinata comunità che ne

¹²¹ M. Zinzi, *La Repubblica del Pakistan: uno stato a tendenza islamica*, in D. Amirante (a cura di), op. cit., 181.

riconosce e garantisce l'effettività. Il limite di queste fonti è probabilmente costituito da una scarsa attitudine all'uniformazione, come dimostra il dibattito mai sopito sulla introduzione di un codice civile uniforme in India, e la scarsa attitudine ad adattarsi ai cambiamenti sociali, sostanzialmente rimessa agli interventi della giurisprudenza. La diffusa coesistenza, dunque, del diritto statale e delle *personal laws* non solo nell'ordinamento indiano ma anche negli altri ordinamenti sud asiatici, da un lato alimenta il pluralismo giuridico in contrapposizione alle spinte uniformanti della globalizzazione; al tempo stesso, però, costituisce un potenziale ostacolo a limitazioni della sovranità e ai processi d'integrazione e di armonizzazione normativa che, pertanto, trovano solo nelle necessità di sviluppo economico e della sicurezza possibili percorsi di coesione.

Carmine Petteruti

Dip.to di Scienze Politiche

Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

carmine.petteruti@unicampania.it