

Oltre la tradizione giuridica occidentale: questioni e problemi dei sistemi normativi in “Eur-Asia” e Africa.

Riflessioni di sintesi. Gli “acquis” della comparazione oltre-occidente fra pluralismo giuridico e formanti

di Domenico Amirante

Abstract: «Beyond the Western legal tradition: questions and issues about the legal systems in Eurasia and Africa». Concluding remarks. The "acquis" of the comparison beyond West between legal pluralism and formants – The contribution summarizes the main topics discussed in the panel, highlighting the most innovative and significant aspects of the papers presented by the speakers.

Keywords: Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

I Convegni biennali dell’Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo ci permettono di fare il punto sugli attuali sviluppi in ambito comparatistico e di illuminare – talvolta tracciare – i percorsi dottrinali e di ricerca che impegnano il nostro Settore disciplinare. Se si pensa a quanto emerse a seguito del Convegno biennale di Lecce del 2016 su “La Comparazione giuridica e i suoi metodi”, il riconoscimento della necessità di andare oltre la tradizione giuridica occidentale segna una costante evoluzione. Oggi, infatti, sembra del tutto anacronistica l’etichetta di “mero interesse sportivo, domenicale e/o pionieristico” che fino a pochi anni fa accompagnava gli studi orientati verso culture considerate esotiche, in favore di una matura accettazione dell’importanza che oggi rivestono i sistemi giuridici dell’Asia, dell’Africa e dell’America latina. La comparazione che circa dieci anni fa veniva ancora definita “estrema” da molti comparatisti, risulta ormai definitivamente parte integrante degli studi comparatistici, e recenti pubblicazioni particolarmente rilevanti ne sono la prova. Penso qui non solo al crescente numero di corposi saggi ed articoli su riviste italiane e volumi collettanei apparsi negli ultimi anni, ma anche ad alcune coraggiose e metodologicamente rilevanti monografie dovute alla penna di giovani studiosi. In questa sede possiamo limitarci a ricordare, ad esempio, i volumi di Matteo Nicolini (su “l’altra *Law of the Land*” nel continente africano), di

Silvia Bagni (che teorizza una nuova forma di Stato, il “*Caring State*”), di Pasquale Viola (che illustra i profili del “costituzionalismo autoctono” in Asia), di Serena Baldin (sul “*buen vivir*” nel costituzionalismo andino) e di Maria Chiara Locchi (sui partiti politici ad orientamento religioso)¹. Queste monografie indicano chiaramente come lo “sguardo oltre occidente” garantisca non solo spunti euristici di grande interesse, ma possa offrire contributi maturi anche in termini di teoria generale del diritto.

Si tratta, quindi, di un notevole balzo in avanti per il diritto pubblico comparato italiano se pensiamo che, come ho già avuto modo di sottolineare², all’inizio degli anni duemila lo stesso concetto di tradizione giuridica non era stato ancora ampiamente accettato dalla nostra dottrina, che (pur utilizzando anche la categoria delle famiglie giuridiche) preferiva le classificazioni per “sistemi”, in ossequio ad una visione prevalentemente funzionalistica. In tale contesto, l’ambizione del *panel* che ho co-coordinato è stata quella di “sdoganare” definitivamente le esperienze che vanno oltre la tradizione occidentale, tendenza peraltro già evidenziata dai numerosi riferimenti in altre sessioni del Convegno pisano.

Fare comparazione su ordinamenti extra-occidentali necessita però di uno strumentario metodologico specifico, che abbandoni in parte gli schemi funzionalistici per approdare, invece, a un approccio di carattere “contestuale”, in tal modo privilegiando gli aspetti storici, l’analisi della dimensione politica e, soprattutto, di quella culturale. Proprio in riferimento a quest’ultimo aspetto, in tutto il Convegno, disseminati tra le pieghe del programma si scorgono riferimenti al formante culturale, elemento necessario per la comprensione di alcuni fenomeni giuridici. Sotto il profilo metodologico, nello studio degli ordinamenti oltre-occidente bisogna però fare attenzione a non abusare dell’approccio tipico di *common law*, basato essenzialmente sul formante giurisprudenziale, che lascia assai poco spazio all’analisi della struttura delle costituzioni e a temi cruciali come le forme di Stato e di governo. Altro importante spunto metodologico emerso dalle riflessioni di questi giorni ed in particolare da quanto affermato da Carmine Petteruti nella terza Sessione del Convegno, è quello che sottolinea come in molti ordinamenti si avverta (apertamente oppure sottotraccia) una forte contrapposizione tra formanti di origine statale e formanti di origine non-statale. In tal senso particolarmente utile può risultare rivolgersi all’ampio spettro degli studi sul pluralismo giuridico che, come suggerisce Werner

¹ M. Nicolini, *L’altra law of the land. La famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe*, Bologna, 2016; S. Bagni, *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013; P. Viola, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bologna, 2020; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019; M.C. Locchi, *La disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso*, Torino, 2018.

² D. Amirante, *Al di là dell’Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in DPCE, n. 1 (2015), 1-46; H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5th ed., Oxford, 2014.

Menski³, va inteso come un perimetro in cui coesistono in equilibrio il diritto positivo statale, quello a base etico-morale-religiosa, le influenze derivanti dall'ambito internazionale e le spinte del fattore socio-giuridico.

Per quanto riguarda il *panel* «Oltre la tradizione giuridica occidentale: questioni e problemi dei sistemi normativi in “Eur-Asia” e Africa», le relazioni da me coordinate hanno avuto un *focus* relativamente ampio, che va da temi generali all'analisi di specifiche questioni di interesse comparatistico. Quelle di Pasquale Viola e Tommaso Amico di Meane hanno trattato delle tematiche di carattere generale e il rapporto fra le esperienze del Sud dell'Asia e la teoria costituzionale. In particolare, il contributo di Pasquale Viola espone i caratteri autoctoni del costituzionalismo dell'Asia meridionale, che ha come capofila l'esperienza indiana, illustrando, attraverso un approccio interdisciplinare, come spesso la visione dei comparatisti sia inficiata dallo stesso errore strutturale della psicologia cognitiva di inizio Novecento, ossia la deduzione di regole generali da un campione ridotto e poco significativo che si assume essere “specchio” della realtà mondiale (il diritto pubblico comparato *mainstream* si limita ad analizzare solo il 19% degli Stati attualmente esistenti, cioè quelli riconducibili all'area euro-atlantica). Su questi temi si è soffermato anche Tommaso Amico di Meane, esaminando in particolare la tematica dei trapianti giuridici, descrivendo alcuni caratteri del costituzionalismo indiano, che ha in sé elementi fortemente originali e legati a un approccio pragmatico. A tal fine, pur richiamando i numerosi *legal borrowings*, il modello costituzionale prende in prestito (con un metodo *à la carte*) tutta una serie di strumenti del costituzionalismo occidentale, modificandoli, mescolandoli, contaminandoli a seconda degli obiettivi da raggiungere in relazione alle problematiche tipiche di quell'ordinamento, in tal modo favorendo una scarsa aderenza ai modelli. Da qui la metafora di Fali Nariman della quercia inglese – nella Costituzione indiana sono contenuti molti istituti che provengono dal periodo coloniale – che si è man mano trasformata in un fico del Bengala⁴. Quindi, più che di trapianto, e per usare una metafora affine, parlerei di “pantumazione di una specie vegetale” che assume connotazioni diverse perché viene irrorata da un terreno peculiare e, quindi, da elementi completamente autoctoni.

Il contributo di Luigi Colella affronta un tema centrale anche per le attuali questioni europee e occidentali: il fattore religioso e la sua influenza sugli ordinamenti giuridici. L'analisi si sofferma sull'esperienza di tre Stati dell'Asia meridionale, ossia India, Bangladesh e Pakistan, identificando spunti innovativi e sottolineando che in questi ordinamenti (in particolare in India) la libertà religiosa sia spesso intesa non come espressione individuale, ma come declinazione di un interesse collettivo, ossia un *group right*. A tal fine, questa relazione spiega come lo Stato debba creare le condizioni affinché

³ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge, 2006.

⁴ F.S. Nariman, *India's Legal System: Can It Be Saved?*, London, 2017.

ciascun gruppo che sia espressione di una confessione religiosa possa esercitare le proprie attività e quindi svolgere quella funzione sociale che viene considerata determinante nello sviluppo dei rispettivi sistemi costituzionali. Questo tipo di laicismo, fondato su una sorta di “assenza di secolarizzazione”, evidenzia lo sviluppo di idee legate al costituzionalismo e alla teoria dello Stato in chiave originaria, alimentando una concezione dello Stato-nazione diversa da quelle a cui siamo abituati a pensare. A tal riguardo, basti pensare che in Asia del Sud non si è mai verificato il quasi totale “azzeramento” di tutti i legami di carattere sociale o comunitario che ha contraddistinto, dalle rivoluzioni francese e americana in poi, il nostro costituzionalismo. Questo è un elemento strutturale e strutturante, quindi fondamentale, e può consentire di interpretare questi ordinamenti, anche in ragione della loro irriducibile complessità, come “post-moderni” (superando così la vulgata, purtroppo abbracciata anche da alcuni comparatisti, che vede qualsiasi permanenza della tradizione come “arcaismo” da condannare in nome del progresso).

Attraverso una comparazione trasversale o meridiana, cioè passando dal Tropico del Cancro al Tropico del Capricorno comparando due grandi democrazie multiculturali e federali come l’India e il Brasile, Maria Sarah Bussi analizza il ruolo del formante giurisprudenziale e come l’attivismo giudiziario diventi un elemento fondamentale per l’*enforcement* dei diritti sociali. In questi casi, il giudice – o meglio la relativa funzione – diventa un elemento indispensabile per il completamento del modello democratico, attraverso l’intervento in materia di concretizzazione dei diritti sociali. In particolare, questa attività non è vista come mero attivismo del singolo magistrato, ma come elemento strutturale del sistema costituzionale, che va a determinare l’affermarsi della democrazia e, di conseguenza, anche la sua qualità. Simili aspetti teorici si riscontrano anche nel contributo di Fulvia Abbondante, riferito all’eguaglianza di genere come cartina al tornasole delle problematiche di un ordinamento costituzionale. Questa relazione si è concentrata sulle esperienze di India e Pakistan, mettendo in luce, attraverso un approccio critico, alcuni elementi contraddittori se si considera la questione dalla prospettiva dei *group rights* e delle discriminazioni positive in riferimento agli statuti personali delle comunità, non solo indù o islamiche, ma anche appartenenti ad altre religioni – come, ad esempio, al sikhismo.

In conclusione, possiamo scorgere alcuni elementi comuni che emergono dalle traiettorie tracciate dai contributi qui presentati. Innanzitutto, è confermata la necessità di guardare essenzialmente ai formanti, quindi a un’idea di produzione normativa come processo, piuttosto che all’idea di fonte, che fa tendenzialmente riferimento al concetto francese (poi recepito dall’area di *civil law*) della legge come atto di volontà a caratterizzazione meramente congiunturale e politica. Diversamente, la fonte come formante coinvolge anche aspetti storici, sociologici e culturali. Il filtro dell’idea complessa del formante normativo è essenziale per la comparazione

oltre Occidente, che assume i caratteri di un confronto con il “nostro” diritto, ma che allo stesso tempo può svilupparsi in un parallelo Sud-Sud che si apre a forme di comparazione meridiana. In questi dialoghi, l’attenzione agli aspetti culturali e religiosi rappresenta un aspetto cruciale per una corretta impostazione metodologica. Le società non secolarizzate mostrano una tendenza spiccata verso la valorizzazione dei diritti sociali, dei diritti dei gruppi e delle comunità e, in generale, verso una concezione non individualistica del soggetto giuridico. Da ciò deriva che, se lo Stato-nazione ha potuto affermarsi sulla base di una concezione individualistica e monoculturale (esemplificata dalla Rivoluzione francese), questa antica (ma resistente) costruzione dogmatica entra oggi in conflitto con le necessità di un costituzionalismo plurale. Quest’ultimo si dimostra molto più adatto a gestire i problemi delle società complesse e le sfide derivanti dal multiculturalismo, fenomeno che, piaccia o meno, attraversa oggi anche le società occidentali, nonché ad affrontare la necessaria rilettura dei rapporti tra religioni, stili di vita/visioni comunitarie e sistema costituzionale.

Domenico Amirante

Dipartimento di Scienze Politiche

Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*

domenico.amirante@unicampania.it