

Il diritto comparato e lo studio delle forme alternative di giustizia

di *Giorgia Pavani*

Abstract: *Comparative law and the study of alternative justice systems* – This article presents the contents of the Congress “The unheard voices. Alternative forms of justice, within and beyond Western models” introduces the ideas that emerged in that Congress and now developed in this monographic issue, as well as giving a personal interpretation to a form of silence: that of doctrine in the field of contemporary manuals.

Keywords: Comparative law; Rights of Nature; Indigenous justice; Justice systems; Western law.

915

1. Premessa. Soggetti e riti

Con il presente scritto cercheremo di “tenere assieme” i contenuti emersi nel Convegno “Le voci inascoltate. Forme alternative di giustizia, dentro e oltre i modelli occidentali”, di introdurre gli spunti emersi in quella sede e ora sviluppati in questo numero monografico, nonché di offrire una interpretazione a *una* forma di silenzio: quella della dottrina nell’ambito della manualistica contemporanea.

Le parole impiegate nel manifesto – *voci inascoltate* e *forme alternative* – sottendono due prospettive diverse di lettura delle tendenze del *ius dicere* in un mondo globalizzato¹: da un lato, quella dei soggetti deboli (e tendenzialmente inascoltati) e, dall’altro, quella delle forme e dei riti non rientranti nella giustizia ordinaria.

Le due prospettive non sono alternative: fare luce sui soggetti che partecipano e sollecitano forme differenti di giustizia consente di evidenziare le debolezze del formalismo occidentale sia sul versante interno (nella risoluzione delle complesse problematiche che emergono nelle società pluralistiche occidentali), sia sul versante esterno (nella difficile tenuta ed esportabilità di modelli di giustizia nati e pensati per la società occidentale in contesti nei quali si stanno recuperando le tradizioni culturali autoctone e si sta ridefinendo

¹ Richiamando il titolo del Convegno dell’Associazione Italiana di Diritto Comparato del 2017, tenutosi a all’Università Suor Orsola Benincasa di Napoli i cui atti sono stati curati da C.A. d’Alessandro, C. Marchese, *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma, 2018.

giuridicamente il rapporto armonico tra l'uomo e la Natura)².

Ciò che unisce gli scritti qui raccolti è proprio il tentativo di conciliare la rappresentazione del formalismo tipico del pensiero liberale occidentale con il sostanzialismo tipico di culture che sono state dominate dal primo, ma si stanno sempre più emancipando.

I soggetti “deboli” che vengono raccontati nei prossimi articoli sono lo specchio delle voci inascoltate da una forma di organizzazione del potere giudiziario quale corollario del principio di separazione dei poteri (*iurisdictio* oltre l'*imperium*) impostata sui canoni rigidi del rispetto del rito e della forma del processo. Non sono i soggetti che rientrano nelle varie specie di minoranza (etnica, linguistica, ecc.) riconosciuti nei testi costituzionali già del secondo dopoguerra e quindi *uguali* anche nelle garanzie processuali, secondo il principio di eguaglianza formale. Non sono nemmeno i soggetti ritenuti “deboli” nella società occidentale, come le donne (violata, escluse dalla famiglia); i poveri, per i quali vengono predisposte forme di assistenza sociale e di ausilio nell'accesso alla giustizia, nell'ottica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno esercizio dei loro diritti, secondo il principio di eguaglianza sostanziale; non lo sono infine i migranti, i non cittadini, esclusi, tra l'altro, dall'abbandono del principio “no taxation without representation”³.

Le tendenze attuali mettono in luce nuovi fenomeni quali: le rivendicazioni dei popoli indigeni, le richieste di una giurisdizione islamica per fedeli musulmani fuori dagli Stati che professano l'Islam, l'emergere delle tematiche ambientali con violazioni della terra che si fanno ancora più pervasive nei territori segnati dal problema dei *desplazados*, il riconoscimento di nuovi soggetti di diritto (la Natura).

Ebbene, «cuando los excluidos tienen derecho»⁴, anche le forme e i riti cambiano: si rafforzano gli strumenti di giustizia ripartiva; si prendono in considerazione le decisioni dei tribunali di opinione⁵; la giustizia indigena diventa parallela; nelle società multiculturali i giudici ricorrono a tecniche ermeneutiche di inclusione e tutela delle differenze quale la c.d. *acomodation*; antiche forme triadiche di giustizia riaffiorano per tentare di risolvere controversie sganciandosi dal rito statalizzato; la legittimazione ad agire si espande rispetto a quella definita nei modelli occidentali, grazie a istituti come la *Public Interest Litigation*, che nel subcontinente indiano si è rivelato uno «strumento per il raggiungimento della

² Ci riferiamo ai paesi del “Sud del mondo” nei quali la dottrina propugna l'emersione di nuovi paradigmi epistemologici. Il riferimento è a B. de Sousa Santos, *Una Epistemología del Sur. La reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, Buenos Aires, 2009. V. però anche U. Baxi, *Towards a climate change justice theory?*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 7, No. 1, 2016, 7-31.

³ Si v. gli interventi al convegno “Essere migranti nel contesto italiano, europeo, latinoamericano: No taxation without representation”, organizzato dal Dipartimento di Diritto pubblico, italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, in collaborazione con il Centro studi sull'America latina del Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Bologna, il 7 novembre 2016.

⁴ B. de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, in B. de Sousa Santos, A. Grijalva Jiménez (ed.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, 2012, 13 ss.

⁵ Si rinvia a S. Fraudatario, *Dai diritti dei popoli ai diritti della natura. La voce dei tribunali di opinione*, in questa *Rivista*.

giustizia sociale e la concretizzazione dell'uguaglianza sostanziale in sede giurisdizionale»⁶.

Muovendo delle voci «(non del tutto inascoltate)»⁷ di alcuni soggetti, cambia la prospettiva del rendere giustizia, a seconda che si tratti di giustizia indigena, ambientale, di transizione, di opinione. Inutile cercare un *file rouge* nelle forme e nei riti (dai quali queste forme di giustizia si distaccano), né nell'organizzazione di un apparato giudiziario e di una magistratura che possa rispondere ai requisiti di indipendenza e imparzialità, se non a rischio di semplificare ed etichettare tutte queste forme con il riduttivo ed impreciso aggettivo "alternativo".

Le forme di giustizia qui menzionate sono molte, ma si può affermare con certezza che esse si contrappongono a una forma unitaria e monolitica di giurisdizione e di potere giudiziario, nel senso che vi si dà dopo la nascita dello Stato moderno (e soprattutto dove si accolga la teoria della divisione dei poteri)? E, quindi, che siano veramente "alternative"?

La storia insegna che, in base alla teoria della divisione dei poteri, gli ordinamenti moderni liberal-democratici hanno affidato in esclusiva a un apposito potere, o ordine, o branca, lo svolgimento della giurisdizione, che si identifica per profili oggettivi (il modo di esercizio della funzione: il processo) e soggettivi (le caratteristiche degli organi che esercitano la funzione).

Ciò ha permesso di distinguere la funzione giudiziaria dalla funzione amministrativa all'interno di un concetto di ordine di derivazione occidentale, legato alla tradizionale nozione di *rule of law*, alla separazione dei poteri, all'attività di controllo delle Corti e al carattere vincolante delle loro decisioni.

L'ordine però è un concetto storico e relativo, come insegnano i filosofi e gli storici delle dottrine politiche⁸. Ciò incide sulla giurisdizione: la funzione giudiziaria e il ruolo del giudice non solo sono cambiati nel tempo, ma mutano a seconda della società e dell'ordine in cui si inseriscono (e contribuiscono a costruire). Il giudice partecipa infatti alla costruzione dell'ordine, perché risolve le controversie applicando le norme giuridiche prodotte nel rispetto dell'ordinamento⁹.

Quello che ha circolato maggiormente – veicolato dal formante dottrinale e culturale – è un concetto di società (e di ordine) riconducibile a quel fenomeno, tipicamente europeo, che Ehrlich denominava "statalizzazione della giustizia", legato alla diffusa credenza che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le

⁶ Come ricordato da P. Viola, 'Giustizia sociale' e Public Interest Litigation nell'evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici, in questa *Rivista*, richiamando il pensiero di Baxi e della sua visione della PIL come una *Social Action Litigation*: U. Baxi, *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, Vol. 4, Article 6.

⁷ S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, in questa *Rivista*.

⁸ Sull'ordine come concetto storico e sulla "società come ordine", formatasi nel passaggio tra il XVIII e il XIX secolo, quando tramonta la società divisa in ordini, ovvero l'antica società per ceti, e cade il concetto di ordine «come presupposto ontologicamente formato», si veda M. Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, Macerata, 2010, 16 ss.

⁹ Sia consentito rinviare al mio capitolo "Il potere giudiziario" nel manuale di L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino-Buenos Aires, 2017, spec. § 4, 513 ss.

sue leggi. Questo modello, frutto della *western tradition*, è entrato in crisi di fronte a uno scenario globalizzato e non è più idoneo a coprire fenomeni culturali e giuridici che non si identificano con il concetto occidentale di società e di ordine. Infatti, in altre aree del globo le fonti statali non hanno il monopolio della produzione normativa e il «diritto trae immediatamente origine dalla società in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali», come lo stesso Ehrlich arriva ad affermare¹⁰.

Rispetto a questo tipo di giurisdizione si può quindi – se pure con una certa approssimazione semantica – parlare di forme alternative di giustizia. Infatti, il problema organizzativo (*come rendere giustizia?*) segue quello teorico, filosofico, politico (*cos'è la giustizia?* Se per giustizia si intende “trattare gli eguali in modo eguale”, è stato ricordato che gli uomini sono veramente uguali solo di fronte alla morte, raffigurata, non a caso, come la “grande giustiziera” che non fa distinzioni); ma l'interrogativo è anche “*quale giustizia?*”, perché di giustizia non ce n'è una sola¹¹ e non è necessariamente statale, visto che vaste regioni geografiche e culturali continuano a confidare in tribunali non statali.

2. Silenzi assordanti, voci soffocate, caos dei suoni. Le tante sfumature delle «voci inascoltate»

918

Nello studio dell'organizzazione della giustizia affiorano, più che in ogni altro campo, tutte le difficoltà di conciliare la produzione delle regole con la loro applicazione nei casi concreti; ancora prima, viene fuori la contrapposizione tra il diritto come sistema inglobante regole etiche, religiose, filosofiche, culturali, tradizionali, convenzionali, contrattuali, sociali, idonee a guidare la condotta dell'uomo, o come sistema che tali regole espelle, per confidare solo nel rito e nel rispetto di proposizioni/norme apposte da organi espressamente abilitati.

Per dare voce ai soggetti che confidano in talune regole etiche, religiose, tradizionali – e le rivendicano pure in società in cui ne vigono altre – giudici, legislatori (costituenti), studiosi si inseguono in una competizione in cui non c'è un vincitore, ma si possono apprezzare taluni scostamenti significativi.

La giustizia ambientale è un significativo esempio di interazione tra formanti: qui la “voce della Natura” assume timbri (tipologia) e volumi (intensità dell'attività) diversi, come dimostrano i casi proposti in questo fascicolo della Rivista. Essa si esprime, già da tempo, mediante un termine alquanto ampio (*environmental justice*), con il quale si fa riferimento sia all'attività di corti e tribunali specializzati – *Environmental Courts and Tribunals*, ECTs¹² –, sia alle «tutele giudiziali che non si esauriscono nel processo tradizionale, ma comprendono

¹⁰ E. Ehrlich, *La sociologia del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 2, 1922, 102 ss.

¹¹ Esordisce con queste riflessioni N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in A. Pizzorusso (ed.), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, 163.

¹² Etichetta nella quale operano enti diversi in Paesi di tradizioni giuridiche diverse: cfr. gli studi di G. Pring e C. Pring che nell'arco di dieci anni hanno stimato una crescita quadruplicata dei tribunali ambientali. G. Pring, C. Pring, *Environmental Courts and Tribunals: a guide for policy makers*, Nairobi, 2016.

autorità indipendenti para-giurisdizionali, agenzie nazionali e sovranazionali, tribunali d'opinione, organi di mediazione, individui, enti, soggetti qualificati scientificamente e associazioni ambientaliste»¹³.

Dall'eterogeneità dei casi proposti si può tuttavia evincere un ruolo strategico del formante giurisprudenziale che si apprezza tanto in un'attività di sintesi di una «legislazione ambientale [talvolta] ipersviluppata», quanto in un dinamismo creativo di situazioni giuridiche non espressamente tutelate dalla legge e/o dalla Costituzione.

Il ruolo fondamentale dei giudici nel «(ri)plasmare il panorama della *governance* ambientale»¹⁴ è il portato dei caratteri postmoderni del diritto ambientale, che ne risaltano i tratti interdisciplinari e il suo manifestarsi soprattutto attraverso “principi”, «operando più per la persecuzione di obiettivi che attraverso l'enunciazione di precetti»¹⁵. In tale contesto «la tutela giurisdizionale dell'ambiente, pur rappresentando soltanto uno degli elementi di un quadro certamente più ampio ed articolato, assume una notevole centralità perché la giurisdizione ha spesso svolto il ruolo di “battistrada” nell'affermazione di molti principi ed istituti del diritto ambientale». Ciò è avvenuto in passato, quando le Costituzioni non contenevano disposizioni *ad hoc* sull'ambiente (si pensi all'Italia, il cui silenzio permane), sia ai testi degli ultimi decenni, caratterizzati da un'ondata di “articoli ambientali” (e di Costituzioni “ecologiche”) in particolare nel Sud del mondo.

La rilevanza della giurisprudenza (ordinaria, non specializzata) nell'elaborazione della *earth jurisprudence* si rileva da tempo: basti ricordare che il dibattito scientifico in materia si è sviluppato da una sentenza adottata in un ordinamento – gli Stati Uniti d'America – che non riconosce formalmente i diritti della Natura e in un'epoca precedente all'ondata di Costituzioni “ecologiche”¹⁶.

Sicuramente, un ruolo attivo dei giudici si ha quando la giurisprudenza si muove in un contesto normativo (costituzionale e/o legislativo) che riconosce soggettività giuridica a enti naturali, come in Ecuador (il capitolo VIII della Costituzione del 2008 è dedicato ai “diritti della Natura”) o in Bolivia, dove la Costituzione del 2009 è improntata a una visione ecocentrica, pur non riconoscendo esplicitamente i diritti della Natura¹⁷, ma garantendo loro una protezione, oltre che in via legislativa, mediante l'assetto tripartito del potere giudiziario fra le giustizie ordinaria, agro-ambientale e indigena (art. 179 Cost.). Questo equilibrio tra formanti non ha però impedito il verificarsi del sostanziale

¹³ R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale: modelli a confronto*, in questa *Rivista*.

¹⁴ L. Kotze, A.R. Paterson (eds), *The Role of the Judiciary in Environmental Governance. Comparative Perspectives*, Preface, London, 2009, 23.

¹⁵ D. Amirante, *Giustizia ambientale e giudici verdi nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, in questa *Rivista*.

¹⁶ Il riferimento è al caso *Sierra Club v. Morton* del 1972 e alle *dissenting opinions* di due giudici della Corte Suprema, a favore dell'ampliamento dello *standing* per chi agisce a tutela dei diritti della Natura.

¹⁷ Il legislatore dà comunque voce al *suma kamaña* riconoscendo i diritti della Natura con la Legge 71 del 2010 (*Ley de derechos de la Madre Tierra*) e con la Legge 300 del 2012 (*Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien*).

incumplimiento delle prime sentenze ecuadoriane *pro natura*¹⁸.

Il ruolo creativo della giurisprudenza si afferma ancora più in assenza di una esplicita copertura costituzionale (ma in presenza di una concezione ecocentrica e non più solo antropocentrica dell'intero ordinamento giuridico). Succede così che le Corti riconoscono soggettività giuridica ai fiumi (al Río Atrato in Colombia¹⁹, al Gange e al Yamuna in India²⁰), all'Amazzonia²¹, ai ghiacciai (da cui originano i fiumi indiani)²², perfino all'intero regno animale²³. Ciò è stato possibile grazie all'apertura dello *standing* da parte delle Corti, le quali hanno accettato azioni processuali intraprese da quei soggetti "deboli" di cui si fa cenno nel § precedente, nonché hanno dato voce (tramite loro) al nuovo soggetto di diritto: la Natura in quanto tale, o i suoi componenti animati o inanimati²⁴.

In entrambi i Paesi si percepisce, più o meno nitidamente, «l'approccio critico allo sviluppo sostenibile [...] e la conseguente adesione alle nuove teorie ecocentriche dei diritti della Natura»²⁵.

920

I modelli mediante i quali la giustizia ambientale opera sono diversi e sono stati tipizzati dalla dottrina negli articoli che seguono. La forma organizzativa adottata incide sulla *res*, sul *petitum* e sulle formule della *litis contestatio*: «mentre in genere la giustizia si pronuncia su comportamenti o atti tipizzati, lo spettro di questioni su cui intervengono gli ECTs è molto ampio e può investire leggi, comportamenti, atti pubblici e privati, politiche ... »²⁶.

Significativo è il caso ricordato della giustizia agro-ambientale in Bolivia: il *Tribunal Agroambiental* e i *Juzgados Agroambientales* operano per difendere il diritto fondamentale a un ambiente salubre dei cittadini (anche in chiave intergenerazionale).

Quando la giustizia è espressione di un diritto tradizionale si possono verificare situazioni differenti, addirittura opposte: ci sono casi in cui essa viene soffocata perché lo stesso diritto tradizionale viene silenziato e diventa

¹⁸ V. il caso *Loja v. Río Vilcabamba* risolto dalla Corte provinciale di Loja, il 30 marzo 2011, seguito poi dal ricorso per *incumplimiento* di fronte alla Corte costituzionale (sent. n. 012-18-SIS-CC, del 28 marzo 2018, la quale non conferma l'inadempimento). I casi sono ricordati nell'articolo di S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, cit.

¹⁹ T-622 del 10 novembre 2016, emessa dalla *Sala sexta de revisión* della Corte costituzionale, dove si afferma perentoriamente che «9.31. la justicia [...] debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos».

²⁰ *Writ Petition (PIL) No.126 of 2014, sent. 20 marzo 2017* emessa dalla *High Court of Uttarakhand*.

²¹ STC 4360/2018 del 5 aprile 2018 emessa dalla Corte Suprema di Giustizia colombiana, *sala de casación civil*.

²² *Writ Petition (PIL) No.140 of 2015, sent. 30 marzo 2017* emessa dalla *High Court of Uttarakhand*.

²³ *Writ Petition (PIL) No. 43 of 2014, sent. 4 luglio 2018 2017* emessa dalla *High Court of Uttarakhand*.

²⁴ Per una riflessione sul tema v. M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Milano, 2017, 486 ss.

²⁵ S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, cit.

²⁶ R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale: modelli a confronto*, cit.

«invisibile», come dimostra la storia dei Paesi dell’Africa australe²⁷, altri in cui riceve un riconoscimento costituzionale al pari di quella ordinaria – come in Bolivia²⁸ – ma sconta notevoli difficoltà in termini di coordinamento, a causa di un’implementazione legislativa ancora di stampo coloniale²⁹.

Le esperienze post coloniali hanno matrici differenti che hanno portato a differenti soluzioni di “infiltrazione” del diritto coloniale, di controllo e di condivisione con il diritto tradizionale.

In Africa, il pensiero dominante europeo si impone mediante gli strumenti cartografici: nell’impossibilità di imbrigliare la cultura locale nelle categorie occidentali, la svuota per impiantare un diritto tribale occidentalizzato. Anche nei Paesi coloniali in cui si riconosceva il diritto consuetudinario, si manifestava una prevalenza del diritto europeo creando così una interazione a gradi differenti tra i sistemi giuridici, come è ben testimoniato dall’istituto del matrimonio negli ordinamenti africani³⁰.

«La *razionalità cartesiana* recide il legame tra società e diritto tradizionale, convertendo la prima in oggetto e il secondo in strumento di dominazione. Il continente africano diviene così area caratterizzata da «silenzio giuridico»³¹. Nell’Africa australe la giustizia tribale viene silenziata per quasi un secolo poiché i suoi caratteri ctoni non sono riconducibili a quella europea (la giustizia tribale ignorava il nostro concetto di *iurisdictio* e la figura del giurista³²; essa dialoga direttamente con il gruppo sociale e trae da esso i precetti da applicare³³).

²⁷ M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe*, in questa *Rivista*.

²⁸ La giustizia indigena non corrisponde a un metodo alternativo di risoluzione delle controversie (come invece lo sono l’arbitrato, la conciliazione, ecc.), ma a una giustizia ancestrale, espressione di culture preesistenti all’organizzazione statale. Le esperienze storiche dimostrano che le forme di relazione sono state diverse: la negazione, la coesistenza a distanza, la riconciliazione e la convivialità: B. Clavero, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, México, 1994, 36. Pure gli strumenti sono diversi: le leggi (Ecuador, Bolivia), la giurisprudenza dei Tribunali costituzionali (Colombia) o delle Corti supreme (USA). Le nazioni e i popoli indigeni originari contadini (che in Bolivia rappresentano la maggioranza della popolazione e godono del diritto costituzionale all’auto-identificazione culturale *ex art.* 21, c. 1), sono stati per anni oggetto delle politiche di sviluppo di Governi nazionali, istituzioni internazionali e organizzazioni non governative, recentemente abbandonate a favore di politiche ispirate a una cosmovisione andina e agli stili di vita degli indigeni. La «emergenza indigena», ha spinto le popolazioni indigene a cercare il controllo delle istituzioni locali: J. Bengoa, *¿Una segunda etapa de la emergencia indígena en América Latina?*, in *Cuadernos de Antropología Social*, 29, 2009, 8 ss. In Bolivia ciò avviene in armonia con il nuovo testo costituzionale che avvalorava l’idea di un patto sociale nuovo, basato sull’armonia fra tutte le componenti sociali che si esprimono in un nuovo paradigma basato sulla interculturalità e plurinazionalità e trovano voce nel *Tribunal Constitucional Plurinacional*.

²⁹ E. Buono, *Pluralismo jurídico igualitario: il mandato costituzionale “inascoltato” nel modello boliviano di cooperazione inter-giurisdizionale*, in questa *Rivista*.

³⁰ E. Andreoli, *Recognising traditional marriages; pluralismo ordinamentale, diritto e giustizia nell’Africa coloniale*, in questa *Rivista*.

³¹ M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe*, cit.

³² R. Sacco, *Il diritto africano*, Torino, 2006, 75 ss., 89 ss.

³³ Piuttosto che applicare quelli riconosciuti nelle leggi e nella Costituzione, come testimonia il caso *Kanane v The State*, nel quale *Court of Appeal* del Botswana rigetta la questione di costituzionalità del reato di sodomia perché la condotta sessuale è socialmente *riprovevole* e

La “categoria del silenzio” ricorre sia nella dominazione francese, sia in quella anglosassone mediate lo strumento delle compilazioni di diritto tradizionale redatte dalla madrepatria e, dunque, con l'imposizione del formante legislativo su quello culturale. La Francia propugna una politica assimilazionista, ma la possibilità di applicare il diritto locale è riconosciuta nell'adozione del *indigénat* come un'eccezione alla regola³⁴; Il Regno Unito riesce ad affermare la superiorità del diritto europeo nei possedimenti a *indirect rule* grazie ai *restatement*³⁵ i quali dispiegano i loro effetti oltre il periodo coloniale e lasciano alla giustizia tribale una pesante eredità europea³⁶.

Paradossalmente, è con la politica dell'esclusione dell'*apartheid* che il *customary law* inizia ad essere ammesso e ascoltato per i diversi gruppi razziali ognuno nel proprio sistema giuridico.

Il recupero dei diritti ctoni³⁷ – mai realmente scomparsi in Africa – si manifesta in varie forme. La capacità di sapere usare i formanti ereditati (ctoni e occidentali) e di poterli autonomamente plasmare in nuovi istituti è una delle caratteristiche degli odierni diritti africani.

Nelle società multi culturali-etniche-religiose-razziali il superamento dell'intolleranza si esprime in varie forme di *legal pluralism*³⁸ che affiorano nella realtà socio-giuridica. Ciò è testato, ad esempio, nelle esperienze canadesi e statunitensi, la cui giurisprudenza ha saputo trovare gli strumenti per dare risposta al multiculturalismo radicato nella società. Il riconoscimento della tradizione, della cultura, della religione si sta affermando anche con una *fiction* giudiziaria: quando i fedeli musulmani richiedono di poter assoggettare taluni aspetti della propria vita privata al diritto islamico in Paesi che non riconoscono la *Shari'a* nascono gli *Shari'a Councils*. Si tratta di organismi di natura religiosa nei quali i fedeli musulmani confidano per risolvere controversie familiari attraverso l'istituto della mediazione³⁹. Una rete di questi organismi opera in territorio britannico già dagli anni '80 e si sta espandendo in altri Paesi come il Canada e gli

non perché contrario ai principi costituzionali: [2003] 2 BLR 67, citato nell'articolo di M. Nicolini.

³⁴ G. Mann, *What was the 'Indigénat'? The 'Empire of Law' in French West Africa*, in *J. Afr. History*, 2009, 336.

³⁵ W. Twining, *The Restatement of African Customary Law: A Comment*, in *J. Mod. Afr. Studies*, 1963, 221-222; J. Vanderlinden, *La participation des facultés et institutions de recherche européennes au développement juridique africain*, in *J. Afr. L.*, 1971, 13 ss.

³⁶ Lo Stato colonizzatore, tendenzialmente, ha imposto ai popoli indigeni la tradizione giuridica eurocentrica basata su un modello di giustizia ordinaria, e pochi sono stati i tentativi riusciti di rivendicazione delle culture native (forse i Maori sono l'unico esempio riuscito di forte opposizione all'egemonizzazione britannica).

³⁷ R. Toniatti, *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in S. Bagni, G. Figueroa Mejia, G. Pavani, *La Ciencia del derecho constitucional comparado. Estudio en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo III, México, 2017, 1445 ss.

³⁸ Per una definizione si vedano, almeno: R. Griffiths, *What is legal pluralism?*, in *J. Legal Plur.*, 1, 1986; N. Rouland, *Aux Confins du droit*, Paris, 1991; J. Gilissen (cur.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1971.

³⁹ A. Rinella, *Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative*, in questa *Rivista*.

Stati Uniti⁴⁰, creando di fatto un ordinamento di matrice islamica che si sovrappone – per certe materie – agli ordinamenti statali (nei quali i fedeli musulmani non confidano per la disciplina di fatti relativi al loro *status* personale). Il proliferare di questi *Shari'a Councils* ha contribuito inoltre al rafforzamento di un fenomeno identificato dalla dottrina come «una sorta di pluralismo legale interno alla *Shari'a*»⁴¹, dovuto sia alle sue diverse interpretazioni da parte delle scuole islamiche, sia ai processi di ibridazione del diritto islamico rispetto agli ordinamenti interni⁴².

Infine, c'è un tema che non riguarda direttamente – o, per lo meno, non esclusivamente – il sistema giudiziario statale, ma ha a che fare con il “rendere giustizia” in particolari momenti storici, e con lo strumento giudiziario per eccellenza (il processo), utilizzato per dare voce e accertare verità che vanno oltre la sfera individuale. Si tratta della “giustizia di transizione”⁴³ o “giustizia post-autoritaria”⁴⁴.

Il secolo passato e l'inizio di quello attuale sono stati segnati da numerosi crimini internazionali commessi durante i periodi di totalitarismo e di autoritarismo in varie parti del mondo (dall'America latina, all'Europa mediterranea, continentale e dell'Est, all'Africa, all'Asia). L'idea di accertare i crimini del passato ha radici antiche, ma solo recentemente (dopo la II guerra mondiale) è stato superato l'atteggiamento, prevalente fino a quel momento, del perdono e l'applicazione dell'amnistia come strumento per favorire un rapido passaggio alla fase democratica.

Sia sul piano internazionale che su quello interno, il processo (penale), che per sua natura è lo strumento deputato alla ricerca della verità dei fatti e all'accertamento della responsabilità individuale, viene utilizzato per indagare il passato oscuro di uno Stato.

La giustizia di transizione si manifesta sotto diverse forme (punitiva, compassionevole, epurativa, compensativa ...), opera a più livelli (statale, internazionale), coinvolge soggetti e organi diversi (Commissioni create *ad hoc*,

⁴⁰ M.F. Cavalcanti, *Giurisdizione religiosa: la questione islamica in Canada e Stati Uniti*, in questa *Rivista*.

⁴¹ A. Rinella, M.F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *DPCE*, 1/2017, 75.

⁴² Cfr. I. Yilmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation State*, Aldershot, 2005, 31 ss.

⁴³ Gli studi di *transitional justice* appaiono negli ultimi 20 anni, parallelamente al diffondersi degli studi sulle transizioni democratiche. Il termine è onnicomprensivo e include vari strumenti giuridici impiegati per dirimere i conflitti con il passato. Per un inquadramento si veda R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford, 2000. La giustizia della transizione accomuna diverse esperienze sotto un'unica etichetta e, come è stato notato, contiene due “nozioni critiche”: la prima è la temporaneità delle misure che devono essere prese per «infondere confidenza nella costruzione della società post-dispotica»; la seconda è il rifiuto di un “winner-takeall approach”: M. Mutua, *A Critique of Rights in Transitional Justice: The African Experience*, in G. Oré Aguilar, F. Gomez Isa (eds), *Rethinking Transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Intersentia, Portland, 2011, 31.

⁴⁴ Uno studio di taglio comparato recente è A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di “giustizia post-autoritaria”*, Milano, 2012.

Tribunali internazionali, apparati statali preesistenti, popolazioni indigene ...), si impone per via legislativa.

Particolarmente attuale e interessante è il percorso della *justicia transicional de cierre de guerra* in Colombia, la quale «va más allá del mundo jurídico tradicional y ordinario: es la reconstrucción del tejido social»⁴⁵ e si inserisce nel contesto di pluralismo giuridico e culturale tipico del necostituzionalismo latino americano.

3. La dottrina manualistica contemporanea: un megafono (spento) per le «voci inascoltate»

C'è un luogo in cui molte delle voci che gli articoli oggi pubblicati in questa Rivista hanno contribuito a far emergere, continuano ad essere inascoltate; è il luogo deputato alla trasmissione del sapere per eccellenza: la manualistica.

Nella gara – senza vincitori – tra i distinti formanti, ce n'è uno che accumula più ritardo rispetto agli altri: è la dottrina occidentale, la quale, nei manuali di diritto costituzionale (interno e comparato), dà poca voce al potere giudiziario nella parte dedicata all'organizzazione dei poteri dello Stato e silenzia le varie forme di giustizia alternativa. Questa assenza impedisce di diffondere presso un pubblico più vasto quella dottrina specializzata che negli ultimi anni non si è limitata a un ruolo codificatore, ma al contrario ha forgiato gli altri formanti (si pensi solamente al sostegno culturale che la dottrina latinoamericana ha dato ai costituenti di Ecuador e Bolivia e al lavoro preparatorio che ha svolto nei confronti delle Corti colombiane, le quali hanno superato il silenzio legislativo ancorandosi ai principi della Costituzione e confidando in un appoggio dottrinale nella costruzione della soggettività giuridica della Natura) e sta delineando i contorni di una nuova disciplina giuridica del secolo XX, il Derecho constitucional indígena (DCI)⁴⁶.

In questo contesto culturale stride la scarsa apertura della manualistica, la quale dovrebbe essere invece il veicolo privilegiato per favorire una ventata di innovazione nello studio delle forme e dei riti della giustizia in un mondo globalizzato. È un megafono silenziato, quello della manualistica contemporanea, come emerge da una indagine condotta su un numero rilevante di testi di diritto costituzionale/pubblico comparato e – limitatamente ad alcuni Paesi – di diritto interno pubblicati degli ultimi anni⁴⁷, finalizzato a capire (se e) come la dottrina si occupa del potere giudiziario⁴⁸.

⁴⁵ L. Estupiñán Achury, M. Romo Ordóñez, *La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de sur y pluralismo*, in questo numero.

⁴⁶ P. Grández Castro, *Sobre el emergente derecho constitucional indígena en el espacio interamericano. Notas sobre el derecho a la consulta desde la experiencia peruana*, Memoria del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, Tomo II, 372 ss.

⁴⁷ G. Pavani, *Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea*, in C.A. d'Alessandro, C. Marchese, *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, cit., 15 ss.

⁴⁸ La ricerca dà conto, contestualmente, della diversa considerazione del diritto comparato nelle aree culturali di riferimento. Solo in Europa si colgono differenze significative: ad es., nei Paesi germanofoni il ricorso alla comparazione nella manualistica non è escluso, sebbene il diritto comparato tenda a sfumare nella teoria generale, visto che in quell'area il diritto comparato non si è affermato come autonomo settore disciplinare, ma costituisce una sorta di

Un dato preliminare consegna un quadro sconcertante dal punto di vista contenutistico: in molti manuali il capitolo sul potere giudiziario è «latente»⁴⁹, e ciò è in linea con il declino degli studi giuridici (un graduale distacco, quasi un abbandono, da parte dei giuristi, di alcuni aspetti rilevanti di questo tema) e il crescente interesse per l'amministrazione della giustizia da parte dei politologi, i quali hanno iniziato a considerarla un tema rilevante nel panorama dei fenomeni politici⁵⁰, affrontando, tra i primi temi, i processi decisionali e gli elementi in grado di influenzare le decisioni dei giudici, le loro garanzie di indipendenza⁵¹, la struttura delle Corti⁵², il loro ruolo e l'impatto sui processi di *policy making*, muovendo dal quadro normativo⁵³.

Quando è presente, il capitolo sul potere giudiziario risente dell'approccio del manuale ai grandi temi del diritto comparato (più o meno "eurocentrico") e del tipo di comparazione adottata (intraculturale o interculturale, non limitata a una sola tradizione giuridica e un'univoca concezione dell'organizzazione costituzionale dello Stato e del regime dei diritti fondamentali, ma aperta a una pluralità di esperienze che dia conto dei rapporti fra aree culturali diverse).

Attualmente l'impostazione eurocentrica e intraculturale è dominante, vista la provenienza della maggior parte degli autori dall'area culturale del costituzionalismo liberale.

Solitamente, i manuali di diritto costituzionale/pubblico comparato e interno pubblicati in Europa continentale seguono partizioni complesse, strutturate secondo logiche che ricordano quelle dei codici o delle Costituzioni e

appendice di altri settori, quali il diritto internazionale pubblico o il diritto privato internazionale (C.D. v. Busse, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden Baden, 2015, 53-91 per il capitolo sul potere giudiziario); in Francia il diritto comparato – per molti considerato «une méthode e non pas une discipline» (M.C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, 13) – fatica ad affermarsi come disciplina accademica e questa sofferenza si riversa sul dibattito scientifico e sull'autonomia scientifica della materia.

⁴⁹ Come ricordava Pizzorusso, con riferimento all'ordinamento italiano, «tra le discipline aventi ad oggetto quell'ampio settore degli studi umanistici che comprende l'aspetto giuridico dei fenomeni sociali, l'"ordinamento giudiziario" si presenta fra le più trascurate»: A. Pizzorusso, *Introduzione*, in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1976, 13.

⁵⁰ Nelle loro ricerche, i politologi hanno superato la netta separazione tra le sfere *giustizia* e *politica*, assimilando la funzione giudiziaria a quella burocratica e trattando le corti al pari di qualunque altra entità amministrativa nella quale non si eseguono solamente i dettati normativi (C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, 6. Ora si veda anche C. Guarnieri, P. Pederzoli, *Il sistema giudiziario. L'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2017). Ciò è particolarmente evidente nei Paesi dell'Europa continentale, dove il modello organizzativo cui si ispirano le magistrature è quello tipico delle burocrazie pubbliche: G. Di Federico, *The Italian judicial profession and its bureaucratic setting*, in *The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities*, 1976, Parte I, 40-57.

⁵¹ P.H. Russell, D.M. O'Brien (a cura di), *Judicial Independence in the age of democracy*, Charlottesville-London, 2001.

⁵² H.J. Abraham, *The judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France*, Oxford, 1993.

⁵³ M. Shapiro, *Courts: A comparative and political analysis*, Chicago-London, 1981.

sono ancorati a quella visione di potere originario e sovrano dello Stato e a quella forma-Stato «ordinata attorno alla *Drei-Elementen-Lehre*, [che] è divenuta per i costituzionalisti il modello da adottare per descrivere il diritto pubblico, che tutti o quasi i manualisti continuano a rappresentare come il diritto della organizzazione statale, costruito in sistema mediante la strumentazione del linguaggio logico-formale»⁵⁴.

Le ricadute sul capitolo del potere giudiziario – quando c'è – sono evidenti: il tema è prevalentemente incentrato sulla classica contrapposizione tra la funzione giudiziaria e la funzione amministrativa all'interno di quel concetto di ordine, di derivazione occidentale, di cui abbiamo dato conto inizialmente. In assenza di una propensione verso una comparazione eterogenea e quindi aperta, sul piano macrocomparativo, a forme di Stato e a sistemi giuridici diversi, difficilmente è possibile “mappare” la funzione giudiziaria in aree culturali profondamente diverse e ragionare più sulla funzione (il “rendere giustizia”) che sulla struttura. In un cambio di ottica, invece, assumerebbe uguale rilevanza la descrizione del funzionamento di un tribunale statale, di un *fuero indígena* (nel quale i membri della comunità indigena sono giudicati dal loro giudice naturale), del mito *panchayat* in India (reintrodotti oggi nella forma delle autorità amministrative), il *chotei*, senza che queste diverse manifestazioni della “funzione giudiziaria” siano necessariamente collocate all'interno di una scala assiologica, poiché ognuna di esse avrà un proprio valore nell'ordinamento a cui si riferisce.

Pure in una visione prettamente occidentale, i manuali trascurano il fenomeno dell'espansione del potere giudiziario che caratterizza il nuovo assetto dei sistemi giuridici contemporanei e che ha visto mutare il ruolo del giudice, specialmente nelle società pluralistiche di cui si dà conto nelle pagine che seguono⁵⁵. Il giudice oggi – utilizzando varie immagini evocate dalla letteratura – non si limita più al ruolo di «cane da guardia» (che può mordere)⁵⁶ e non riveste più la «posizione di distributore automatico di diritto»⁵⁷, ma cerca di affrontare la “sete dei diritti” individuali e collettivi, alimentata dal costituzionalismo liberale, nazionale e sovranazionale⁵⁸, convertendosi in un risolutore di conflitti che potrebbero/dovrebbero trovare una soluzione nel circuito della politica. Nei manuali giuridici, poco si parla sia di quel processo denominato “giudiziarizzazione

⁵⁴ Sono alcune delle considerazioni storiche sul legame tra Costituzione e costituzionalismo di A. Reposo, *Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo*, in Bagni-Figueroa Mejía-Pavani, a cura di, *La ciencia del derecho constitucional comparado. Homenaje a Lucio Pegoraro*, cit., Vol I, 1255.

⁵⁵ «Le strategie di accomodamento delle differenze culturali e religiose sollecitano fortemente le diverse componenti dell'ordinamento giuridico, ripercuotendosi sull'esercizio della funzione giurisdizionale con riferimento tanto al ruolo del giudice statale in rapporto al trattamento giuridico della diversità, quanto all'emersione di forme alternative di risoluzione delle controversie alla luce di norme giuridiche di matrice culturale o religiosa»: M.C. Locchi, *La complessità del “rendere giustizia” di fronte alla sfida del diritto*, in questa Rivista.

⁵⁶ M. Shapiro, *The European Court of Justice: of Institutions and Democracy*, in *Israel L.R.*, n. 1, 1998, p. 7.

⁵⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, Milano, 1968, II, 191.

⁵⁸ Questo concetto è illustrato da Friedman in più opere: L.M. Friedman, *Total Justice*, New York, 1994, e Id., *The Horizontal Society*, New Haven, 1999.

della politica”⁵⁹, o “governo dei giudici”⁶⁰, che caratterizza l’espansione del potere giudiziario, sia della sua progressiva frammentazione (sul versante interno e esterno).

Si dà conto, in molti manuali, della circolazione delle soluzioni giuridiche (e dei principi e delle idee) che avviene oggi in larga misura per via giurisprudenziale, grazie soprattutto all’apporto delle Corti costituzionali e delle Corti internazionali o transnazionali. Si rileva l’attacco all’unicità della giurisdizione nel mondo occidentale proveniente dall’esterno e meno dall’interno, da parte di molteplici soggetti che, non sempre, appartengono al corpo della magistratura. Si assiste a una crescita di “giurisdizioni private” (*Alternative Dispute Resolution*, arbitrati, ecc.), che non si risolvono nel contenzioso stragiudiziale, ma sempre più si inseriscono all’interno del processo, in forma collaborativa con l’autorità giudiziaria.

In via di principio, ciò ha posto alcuni problemi di ordine generale perché, storicamente, gli ordinamenti occidentali confidavano nel giudice e nella legge dello Stato per la risoluzione pacifica delle liti e ha comportato la perdita di centralità del giudice nel processo, il quale cede lo scettro a una serie di soggetti terzi estranei al corpo giudiziario.

La reticenza della manualistica a dar conto delle evoluzioni del *ius dicere* si nota forse di più in quei Paesi dove il passaggio dal monismo giuridico al pluralismo giuridico affonda le radici nelle Costituzioni e nella cultura del neocostituzionalismo latinoamericano. In questi contesti, il messaggio non solo non è aggiornato, ma è pure fuorviante, se la struttura dei manuali continua a rispecchiare una cultura giuridica dominante e egemonica, e continua a rappresentare lo Stato di diritto moderno secondo i principi fondamentali del diritto moderno eurocentrico (unicità della nazione, della cultura, del diritto, del sistema educativo ...). Con questa rappresentazione, la tradizione indigena non può che apparire come una «violazione del monopolio dello Stato». Se non si raccontano le voci del pluralismo, il messaggio culturale resterà immutato: «El primer campo de tensión y disputa se da entre el reconocimiento amplio de la justicia indígena y la tradición jurídica eurocéntrica plasmada en la arquitectura de la justicia ordinaria o estatal, en la teoría jurídica, los planes de estudios y en la formación profesional de los juristas en las facultades de derecho, en síntesis, en la cultura jurídica dominante»⁶¹.

Pure l’Africa offre uno scenario simile; la dottrina – formatasi fuori dal continente africano per mancanza di sedi universitarie prima dell’indipendenza – redige manuali globali, che non danno voce alle tradizioni giuridiche. Una “formula Starbucks del sapere giuridico” che continua a silenziare le culture locali.

⁵⁹ Una prima analisi e proposta di definizione si rinviene in C.N. Tate, T. Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995, ma si veda anche M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Judicialization & Politics*, Oxford, 2002, e M. Shapiro, *Judicialization of Politics in The United States*, in *Int. pol. sc. rev.*, n. 2, 1994.

⁶⁰ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre le législation sociale aux Etas-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921.

⁶¹ B. de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, cit., 18.

Sono silenzi soffocanti, che riaffermano una cultura dominante sulle altre, eppure, il silenzio ha anche un aspetto positivo: può rivelarsi uno strumento per ascoltare suoni e voci flebili, che difficilmente si potrebbero sentire in condizioni normali. John Cage *docet*⁶².

⁶² John Cage, *4'33''*, 1952.