



Corso di dottorato di ricerca in Scienze giuridiche
in convenzione con l'Università degli Studi di Trieste

Ciclo XXX

Epifanie del pluralismo giuridico
Uno studio di diritto comparato

Dottoranda

Denise Marino

Supervisore

Chiar. mo Prof. M. Bussani

Anno 2018

ABSTRACT

Il presente elaborato si propone di investigare il pluralismo giuridico insito nella tradizione giuridica occidentale. Con ‘pluralismo giuridico’ si intende il coesistere in una società di molteplici ‘strati’ di regole e rimedi, solo alcuni dei quali sono catturati dal diritto ‘ufficiale’, ossia quello espresso dalle decisioni giudiziali e dalle disposizioni contenute nelle costituzioni, nelle leggi e nelle regolamentazioni di fonte autoritativa. Al di là di tali norme, in ogni comunità, comprese quelle occidentali, si ritrovano cospicui insiemi di regole, prassi e strumenti di risoluzione delle liti, che fioriscono al riparo dalle istituzioni di diritto statale. Si tratta di soluzioni che il dibattito contemporaneo tende sovente a ignorare o trascurare, abbagliato com’è dai pregiudizi di marca positivista che da circa due secoli segnano la formazione accademica e sapienziale dei giuristi occidentali. Tuttavia, al netto delle percezioni e dei desiderata espressi dalla vulgata corrente, sul tappeto del diritto operativo la presenza di regole e strumenti di aggiudicazione di matrice non ufficiale si mostra pervasiva e rilevante ovunque, perfino presso le comunità che a vari livelli – domestico, regionale, ma anche globale – popolano lo scenario occidentale.

Alla luce di tale realtà, il presente lavoro mira ad analizzare e approfondire il ruolo e l’influenza che le regole e i rimedi di stampo non ufficiale occupano nella produzione e amministrazione quotidiana del diritto, con particolare riferimento a due settori specifici e cruciali dell’esperienza giuridica – quelli delle relazioni familiari e proprietarie. A tal fine, dopo aver ripercorso le istanze storiche e ideologiche da cui l’impostazione positivista e statalista dominante trae origine e fondamento, e averne così apprezzato la natura storicamente contingente, l’attenzione sarà rivolta alla dimensione operativa delle regole e dei rimedi che, con diversa intensità e raggio d’azione, governano il farsi del diritto all’ombra di, e talora in contrasto con le norme e le istituzioni di marca statale.

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I

IL 'DIRITTO' AGLI OCCHI DEL GIURISTA OCCIDENTALE MONISMO VS. PLURALISMO, IDEOLOGIA VS. REALTÀ

1. <i>Il 'diritto' in Occidente: dogmi, retaggi e ingenue equiparazioni</i>	9
2. <i>Origine, evoluzione e declino dell'idea legalista di 'diritto'</i>	13
2.1 <i>Premesse e promesse illuministiche: alle radici del mito</i>	13
2.2 <i>L'entusiasmo positivista e la sua secolare egemonia</i>	20
2.3 <i>Venti di crisi: 'droit non écrit', 'lebendes Recht', 'law in action'</i>	33
3. <i>L'avvento della riflessione pluralista</i>	42
3.1 <i>Il 'pluralismo giuridico': la riscoperta secolare</i>	44
3.2 <i>Recenti sviluppi e interpretazioni</i>	52

CAPITOLO II

FAMIGLIE E CONVIVENZE ALL'OMBRA DEL DIRITTO UFFICIALE

1. <i>Equilibri e dinamiche fra le mura domestiche</i>	65
2. <i>Famiglie e matrimoni: quale 'diritto' (e perché)?</i>	67
3. <i>Crisi e dispute coniugali: "All in the family"</i>	83
4. <i>Convivenze ai margini del diritto ufficiale</i>	95

5. <i>Scenari extra-familiari: forme 'altre' di convivenza abitativa.....</i>	103
---	-----

CAPITOLO III

LA PROPRIETÀ LITIGIOSA

1. <i>La proprietà fra antichi scenari e nuove sfide.....</i>	111
2. <i>Fondi rurali vs. quartieri urbani: mondi non così lontani</i>	116
3. <i>Arginare i conflitti: l'ufficialità mancata</i>	124
4. <i>Incontri e scontri in materia di proprietà intellettuale.....</i>	135
5. <i>Arte, mercato e diritto</i>	148
CONCLUSIONI.....	158
BIBLIOGRAFIA.....	163

INTRODUZIONE

In Occidente, la vulgata corrente dà per presupposto che il ‘diritto’ si risolva nella congerie di atti e regolamentazioni di fonte autoritativa provenienti da un’unica entità, quella statale. Il giurista occidentale afferma ciò con convinzione. Così facendo, egli riduce il fenomeno giuridico al solo diritto ‘positivo’, ossia a quel complesso di norme e strumenti di risoluzione delle liti posti esclusivamente dallo Stato e dalle sue diramazioni¹.

Indubbiamente, ‘diritto’ è anche questo. Ma tale visione trapela una serie di insidiosi e inevitabili equivoci, frutto di secolari derive positiviste².

Vero è che, da un lato, nelle disposizioni di leggi, costituzioni e sentenze giudiziali si celano le manifestazioni forse più evidenti, senz’altro più solenni, dell’esperienza giuridica occidentale. Dall’altro lato, tuttavia, altrettanto vero è che, al di là di tali testi, in ogni società, comprese quelle occidentali, si annidano cospicui insiemi di regole e rimedi, rispettivamente stabilite e applicati non dagli organi ufficiali dello Stato, bensì dalle varie comunità che di quella società fanno parte. Si tratta di soluzioni che sfuggono ai circuiti formali di aggiudicazione e che, nondimeno, controllano con elevati tassi di effettività le dinamiche quotidiane delle relazioni interpersonali³.

Il diffuso errore prospettico, proprio alla visione giuridica contemporanea, di considerare il diritto quale figlio dello Stato appare dovuto ad una serie di ragioni fra loro interrelate, le cui fondamenta affondano le radici in un’epoca precisa della storia del diritto occidentale. In effetti, è solo a partire dalla fine del XVIII secolo, ossia dalla cosiddetta era della “*modernità giuridica*”⁴, che in Occidente l’identificazione fra Stato

¹ M. Bussani, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 6-7; R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 91-92.

² P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 2007, pp. 5-7.

³ B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, 2^a ed., Butterworths, London, 2002, pp. 16 ss.; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 63, n. 1, 2015, pp. 78-79.

⁴ P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma – Bari, 2012, p. 4.

e diritto si tramuta in paradigma dominante, raccogliendo autorevolezza e sfornando proseliti tanto in seno alla dottrina continentale che a quella di *common law*⁵.

Da, e a causa di tale passato, la più parte dei giuristi tende oggi a ignorare – o tutt'al più a considerare espressione di mero 'folklore' giuridico – la mole di regole e rimedi di matrice extra-statuale cui le comunità occidentali sono solite fare ricorso al fine di auto-organizzare le proprie relazioni, interne ed esterne⁶.

È alla luce di tale realtà che il presente lavoro si propone di contrastare il mito, imperante in Occidente e nella sua formazione giuridica, della sinonimia fra Stato e diritto, investigando il ruolo che, entro quei confini, la non ufficialità è chiamata a rivestire nella produzione, esecuzione, e amministrazione quotidiana delle regole.

Prima di addentrarci nel vivo dell'analisi delle soluzioni operative, sarà però necessario approfondire le matrici storiche e ideologiche da cui tale visione trae origine e fondamento. A tal fine, il primo Capitolo offrirà una breve rassegna dei *Leitmotive* che da circa due secoli in Occidente contribuiscono a offuscare la percezione del fenomeno giuridico. Una siffatta prospettiva ci permetterà di meglio comprendere le ragioni e le realtà che sottendono il perdurante successo dell'impostazione positivista, fornendoci altresì quelle chiavi di lettura indispensabili alla mistificazione dei 'dogmi' su cui tale visione ancora oggi si erige (par. 1). Dalla Francia rivoluzionaria e dalle teorie giusrazionaliste fautrici del primato della legge quale fonte del diritto (parr. 2 e 2.1), l'attenzione sarà così rivolta alle correnti positiviste ottocentesche che, tanto al di qua che al di là dell'Oceano Atlantico, hanno saputo coltivare e rinvigorire, sull'onda dell'*esprit* legalista, il culto del 'monismo' statale (par. 2.2). Invero, ad eccezione di talune – e pur sempre minoritarie – voci anticonformiste a quell'epoca contemporanee (par. 2.3), è solo a partire dal XX secolo che contro i baluardi dell'ideologia statalista si scagliano gli esponenti del pluralismo giuridico (par. 3), cui si deve altresì il merito di aver fatto chiarezza sulla pluralità di regole e rimedi che informano gli equilibri di qualsiasi società, sia al di fuori dell'Occidente (par. 3.1) che entro i suoi confini (par. 3.2).

⁵ J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n. 24, 1985, pp. 2-3; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 13, n. 19, 1981, p. 1.

⁶ R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, cit., pp. 18-21.

Una volta acquisita sapiente consapevolezza circa l'esistenza e la dimensione dei diversi 'strati' non ufficiali che determinano il concreto dispiegarsi dei comportamenti individuali, potremo allora esplorare l'effettiva rilevanza di incentivi e sanzioni che, in riferimento ad alcuni settori specifici dell'esperienza giuridica occidentale, governano quei comportamenti. In particolare, più che altrove, è nell'ambito delle relazioni familiari e proprietarie che, come vedremo, si possono scorgere con evidenza i limiti di un'impostazione come quella statalista e le innumerevoli epifanie del pluralismo insito nella tradizione giuridica occidentale.

Il secondo Capitolo sarà così dedicato all'analisi della congerie di norme e strumenti di risoluzione delle liti che in Occidente disciplinano l'ambito della famiglia e delle altre forme di convivenza abitativa fra coloro che, per ragioni sentimentali, di parentela, o di semplice opportunità, decidono di condividere nel quotidiano uno spazio di vita in comune. Si tratta di ipotesi particolarmente paradigmatiche ai nostri fini, in quanto rivelano la pervasiva presenza della non ufficialità in contesti che la visione positivista vorrebbe monopolizzati dal solo diritto statale (par. 1). Tuttavia, come vedremo, a dispetto di tali convinzioni e pregiudizi, fra le mura domestiche le dinamiche delle relazioni interindividuali sono assoggettate a variegati regimi di regole e strumenti di risoluzione delle dispute che fioriscono indifferenti a, o in contrasto con, il diritto ufficiale.

In *primis*, ci occuperemo del complesso di norme e meccanismi sanzionatori di carattere extra-statale cui le famiglie di differente etnia e religione stabilmente radicate in Occidente sono solite fare ricorso per regolare e dirimere le proprie controversie familiari e coniugali (par. 2). In seguito, il fuoco dell'analisi si sposterà alle forme di coniugio che, al netto di affiliazioni etniche o religiose, esprimono valori in perfetta consonanza con quelli dominanti nella società di riferimento – ossia la società occidentale – ma che, nondimeno, sotto il profilo delle liti, specie di quelle che sorgono nelle situazioni di crisi e che sfociano poi in un divorzio, si rivelano in balia di regole e rimedi talora all'ombra di, e talaltra nettamente discosti da, le disposizioni e le istituzioni di marca statale (par. 3). Ampio spazio sarà poi dedicato alle convivenze '*more uxorio*', tanto fra soggetti del medesimo sesso che no, e alle diverse forme di interrelazione fra diritto ufficiale e non ufficiale cui quelle convivenze sono quotidianamente esposte (par. 4). Infine, chiuderanno il Capitolo alcune riflessioni circa

gli equilibri giuridici che scandiscono la vita di relazione di chi, per ragioni non sentimentali, decida di coabitare con altri individui, anche se poco più che sconosciuti (par. 5).

Nel terzo e ultimo Capitolo ci soffermeremo su un tema particolarmente caro alla visione statalista, ossia quello della proprietà privata. Sebbene attorno a tale istituto l'ufficialità non abbia mancato di edificare le proprie difese di carattere dogmatico, anche in tale ambito la divergenza fra le proclamazioni statali e la realtà operativa irrompe puntuale, acuitizzata dal rapido sovrapporsi in Occidente di processi trasformativi a carattere globale (par. 1). Una volta passate in rassegna le principali sfide che all'ora attuale costellano il panorama occidentale, e che di riflesso si estendono all'istituto della proprietà, tanto immobiliare che no, esamineremo nel dettaglio alcune delle più evidenti e pregnanti conseguenze che, sul piano giuridico, a tali sfide sono associate. Per quanto concerne il versante immobiliare, avremo pertanto modo di sottolineare come, sul terreno delle soluzioni operative, la distinzione tracciata dai discorsi di marca positivista fra proprietà fondiaria rurale e urbana non sia poi così netta. In tale ottica, l'attenzione sarà dapprima rivolta alle nuove forme di aggregazione comunitaria che, a causa dei processi di industrializzazione, urbanizzazione e gentrificazione, popolano con sempre maggiore assiduità i contesti rurali e urbani occidentali, ove i consociati, per soddisfare al meglio le proprie esigenze, sono soliti adottare regimi, istituzioni e circuiti di aggiudicazione da sé auto-creati (par. 2). In seguito, approfondiremo il ruolo occupato dalle norme e dai rimedi di diritto non ufficiale nel settore specifico della circolazione e gestione della proprietà fondiaria, oltre che dei rapporti di vicinato fra comunità dislocate su fondi urbani ed extra-urbani (par. 3). Abbandonato il versante immobiliare, seguiremo e individueremo le sfide lanciate all'ufficialità dall'affermarsi di alcune 'nuove' forme proprietarie, ossia quelle della proprietà intellettuale (par. 4) e della proprietà culturale (par. 5). Dall'esame delle interazioni fra regimi ufficiali e non ufficiali in tali contesti, emergeranno non solo le fragilità del diritto statale, ma soprattutto le ragioni della maggiore efficienza delle soluzioni a quel diritto alternative.

Alla luce dei dati e dei numerosi esempi riportati, sarà possibile muovere alcune considerazioni conclusive sul ruolo, sulla dimensione e sulla operatività degli strumenti offerti dalla non ufficialità e dal suo diritto. È una prospettiva, questa, che mira a

cogliere la realtà giuridica attraverso le regole e i rimedi che le comunità si danno, e che si rivelerà preziosa per meglio comprendere lo stesso diritto occidentale, i suoi meccanismi di evoluzione, e, soprattutto, il suo (velato, ma ciò non di meno impetuoso) pluralismo.

CAPITOLO I

IL 'DIRITTO' AGLI OCCHI DEL GIURISTA OCCIDENTALE

MONISMO VS. PLURALISMO, IDEOLOGIA VS. REALTÀ

1. Il 'diritto' in Occidente: dogmi, retaggi e ingenue equiparazioni

Nella visione corrente dell'insegnamento occidentale, 'il diritto' si identifica nel complesso di regole e rimedi stabiliti e applicati esclusivamente dallo Stato e dalle sue promanazioni.

In tale ottica, il giurista contemporaneo, di estrazione continentale o di *common law*, non esiterà ad affermare – o a dare semplicemente per scontato, reputando l'assunto di immediata evidenza – che lo Stato è l'unico ente incaricato di, e legittimato a creare 'diritto', così riducendo il fenomeno giuridico al solo 'diritto ufficiale', ossia a quello espresso dalle decisioni giudiziali e dalle disposizioni contenute nel testo di costituzioni, leggi e regolamentazioni di fonte autoritativa¹.

Interrogato sulle ragioni e sui fondamenti di siffatta percezione, il discorso del giurista percorre usualmente gli argomenti offerti dai 'dogmi' di marca positivista sui quali, da circa due secoli, si costruisce la sua formazione tecnica e sapienziale, e della cui saldezza egli non è mai stato chiamato a dubitare². Fra questi, troviamo il principio della separazione dei poteri, cardine del costituzionalismo liberale moderno, che prescrive la necessaria attribuzione delle funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria a tre organi fra

¹ Come sapientemente sottolineato da M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 6-7; R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, cit., pp. 91-92; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 5-7; B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, 2^a ed., Butterworths, London, 2002, pp. 16 ss.; J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, cit., pp. 2-3; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, cit., p. 1.

² M. Bussani, *A Pluralist Approach to Mixed Jurisdictions*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 6, n. 1, 2011, p. 163; W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, London – Edinburgh – Dublin, 2000, p. 232.

loro indipendenti³; nonché il mito della primazia della legge o della giurisprudenza – a seconda della tradizione di riferimento, di *civil* o di *common law* – quale fonte prevalente dei rapporti giuridici interindividuali delle comunità occidentali⁴. Ancora, non sfuggirà a quel giurista il dogma, imperante in Occidente, della certezza del diritto, intesa soprattutto come certezza del comando statale, ossia di un atto che per la sua provenienza soltanto reclama e ottiene immediata e universale obbedienza⁵. Infine, chiosano le sue argomentazioni le lezioni sulla rigida dicotomia fra ‘diritto pubblico’ e ‘diritto privato’, di cui specie sul continente si acclama l’eterna atemporalità⁶, ma su cui anche dall’altro lato della Manica e dell’Oceano Atlantico (sia pure con modalità proprie) non manca di costruirsi l’infrastruttura dell’educazione giuridica occidentale⁷. Sulla base della sua cieca, perché ideologica, fiducia nei dogmi positivisti, la vulgata corrente, di cui il nostro giurista costituisce una singola voce, si dimostra incapace di cogliere, prima ancora che analizzare una serie di indiscusse realtà, altrove ritenute di immediata evidenza⁸.

³ R. J. Cummins, *The General Principles of Law, Separation of Powers and Theories of Judicial Decision in France*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n. 3, 1986, p. 598.

⁴ Come vedremo meglio anche oltre (par. 2.2 del presente Cap.), sul continente è solo a partire dal XIX secolo che il dogma dell’onnipotenza della legge si tramuta in paradigma dominante. Profondamente radicato è invece il mito della primazia della giurisprudenza nei sistemi di *common law*, dove fin dai tempi dell’alto medioevo il diritto elaborato dalle corti è percepito come autorevole strumento di organizzazione dei rapporti sociali. Si v. in generale, H.J. Berman, *Law and Revolution, The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1983, pp. 445 ss.; U. Mattei, *Il modello di common law*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 4-6.

⁵ P. Grossi, *Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto*, in *Giustizia civile*, vol. 4, 2014, pp. 926-929; M. Fenwick, M. Siems, S. Wrzka, *The State of the Art and Shifting Meaning of Legal Certainty*, in Idd. (curr.), *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 6-7, 9.

⁶ Fin da Carbonnier, che scriveva: “*tout le droit se divise en deux parties: droit public et droit privé*”: J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction à l’étude du droit et Droit civil*, 6^a ed., vol. I, Presses universitaires de France, Paris, 1965, p. 39. La sua atemporalità, tuttavia, è stata sottolineata anche in tempi più recenti da N. Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, p. 3.

⁷ Come evidenziato da R. Sacco, *Il declino della distinzione e la visione dell’antropologo*, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (curr.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD Trento, 24-26 settembre 2015, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, vol. 24, Università degli Studi di Trento, Trento, 2016, p. 187. Vero è che sul fronte del ‘*common law*’ la distinzione fra ‘*public law*’ e ‘*private law*’ risulta meno netta e radicata, come sottolineano, fra gli altri, J.H. Merryman, *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, in *Journal of Public Law*, vol. 17, 1968, pp. 3-4, 7; R. Michaels, N. Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, n. 4, 2006, p. 846.

⁸ Che il diritto non si esaurisca nell’insieme di regole e rimedi di matrice statale è una realtà data per scontata in altri sistemi: così, in particolare, in seno ai paesi islamici, ove rispetto al diritto di marca

Il diffuso equivoco di considerare il ‘diritto’ come figlio dell’ autorità statale non sembra infatti tenere in adeguata considerazione un ventaglio di dati ulteriori: fra questi, il fatto che la forma di Stato di cui in Occidente si celebra il monopolio giuridico non rappresenta altro che una tappa, probabilmente intermedia, nella storia di lunga durata delle organizzazioni sovra-individuali⁹; che deroghe al tanto acclamato principio di separazione dei poteri sono ovunque praticate, seppure in maniera ufficializzata¹⁰; che l’osservanza di regole non provenienti da atti e autorità statali si riscontra ad ogni livello dell’esperienza giuridica¹¹; ancora, che al di fuori dei confini occidentali vi sono società che vivono benissimo senza conoscenza alcuna della dicotomia fra ‘pubblico’ e ‘privato’, mentre è perfino all’interno di quei confini – oltre che nei regimi del diritto

statale (‘*siyāsa*’), pari (se non maggiore) dignità giuridica è riconosciuta alla regola rivelata (‘*sharī‘a*’); parimenti, in India si distingue fra una consuetudine laica, il precetto statale e il ‘*dharma*’, ossia il complesso di norme etico-religiose cui è rimessa la prevenzione e la composizione dei conflitti di natura socio-familiare; ancora, in Cina si discerne il ‘*fa*’, la norma imposta dall’ autorità statale, dal ‘*su*’ ossia la consuetudine popolare e laica, dal ‘*li*’, il complesso di regole tradizionali imbevute di confucianesimo. Le medesime considerazioni potrebbero poi essere estese a una pluralità di ordinamenti ulteriori, come quello giapponese o dell’Africa sub-sahariana. Su tutto ciò, e su molto altro ancora, si v. ampiamente M. Bussani, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 28 ss.

⁹ P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 70, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 294 ss.; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma – Bari, 2002, pp. 3 ss. Tuttavia, almeno sul fronte della nascita dello Stato moderno, il dibattito corrente sembra consapevole del fatto che tale evento sia frutto di un momento preciso della storia occidentale: la più parte dei costituzionalisti, specie di quelli continentali, ne associa infatti l’origine ai Trattati di Pace di Westfalia del 1648, con cui si segnò la cessazione di ogni vincolo di subordinazione degli Stati all’Impero e alla Chiesa Romana. Sottolineano il dato, fra i tanti, M. Toscano, F. Filho, *Westphalia: a Paradigm? A Dialogue Between Law, Art, and Philosophy of Science*, in R.A. Miller, P. Zumbansen (curr.), *Comparative Law as Transnational Law: A Decade of the German Law Journal*, Oxford University Press, New York – Oxford, 2012, p. 57.

¹⁰ Si pensi, ad esempio, al potere di stampo esecutivo di concedere la grazia riconosciuto in molti ordinamenti occidentali al Presidente della Repubblica. Per una panoramica in chiave comparata sull’istituto, si rimanda al volume di A. Novak, *Comparative Executive Clemency: The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, Routledge, Abingdon, 2016. Del resto, sul più specifico fronte di *common law*, per secoli in Inghilterra, il Lord Chancellor ha riunito su di sé i ruoli di componente del governo, di presidente della Camera dei Lord e di supremo rappresentante del sistema giudiziario. Ciò è quanto avvenuto fino al più recente *Constitutional Reform Act 2005*: sul punto, si veda J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 310, 320 ss.

¹¹ Perfino di quella occidentale, e ciò ad esempio nel tempio stesso della statualità, ossia nel domestico diritto pubblico, ove sovente si parla di consuetudini, prassi, e convenzioni costituzionali: sul punto, si v. nel dettaglio A. Pizzorusso, *Le fonti costituzionali*, in A. Pizzorusso, S. Ferreri, *Le fonti del diritto italiano*, vol. I: *Le fonti scritte*, UTET, Torino, 1998, pp. 86-87; Id., *Le fonti terziarie*, in A. Pizzorusso, S. Ferreri, *Le fonti del diritto italiano*, vol. I: *Le fonti scritte*, cit., pp. 165-172. Per un approfondimento sulla distinzione fra consuetudini, prassi e convenzioni costituzionali, invece si v. T. Martines, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 69-74.

transnazionale e globale – che l'applicazione delle regole avviene sovente in maniera del tutto irrispettosa di, o indipendente da questa rigida divisione del mondo giuridico in due categorie¹².

È volgendo lo sguardo al suo passato, che il nostro giurista potrà acquisire più profonda consapevolezza della realtà in cui egli vive sommerso: un'attenzione che dovrà riservare non solo al periodo (ormai lontano) dell'epoca medievale, ove quella figura di legislatore o Stato a lui cara non era nemmeno ipotizzabile¹³, ma soprattutto all'età (a tutti noi più vicina) che va dalla fine del VIII secolo a quella del XIX secolo, e cui si ricollega la nascita dell'errore prospettico di stampo positivista che ancora oggi lo accompagna¹⁴.

È proprio a quel periodo della storia moderna occidentale che saranno dedicate le considerazioni del prossimo paragrafo (par. 2). Al fine di comprendere appieno le ragioni fondanti l'idea legalista e statalista di diritto, ripercorreremo le istanze storiche e dottrinali da cui essa trae origine (par. 2.1). Successivamente, passeremo in rassegna le principali correnti di stampo positivista che nel corso dell'Ottocento hanno coltivato tale visione (par. 2.2), senza tuttavia trascurare come perfino nell'epoca di massimo splendore del movimento non siano mancate alcune, seppur minoritarie voci ad esso contrarie (par. 2.3). Una volta abbandonato il secolo d'oro del positivismo giuridico e del suo formalismo, sarà la volta dell'analisi delle dottrine che si raccolgono attorno al concetto di 'pluralismo giuridico' (par. 3), i cui studi di matrice antropologica forniranno l'empirica evidenza di come in ogni comunità coloniale e post-coloniale (par. 3.1), ma anche occidentale (par. 3.2), il governo delle relazioni quotidiane

¹² R. Sacco, *Il declino della distinzione e la visione dell'antropologo*, cit., p. 189; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma – Bari, 2006, pp. 18-19.

¹³ In Occidente prima del XIX secolo il diritto vive senza che le comunità da esso regolate conoscano la stessa figura di legislatore a noi nota. Negli ambienti di *civil law*, il potere legislativo in senso moderno non esisteva né ai tempi del diritto romano classico e giustiniano, né successivamente all'emanazione del *Corpus iuris civilis* (sul pluralismo del sistema di diritto romano, si v. in particolare G.C.J.J. van den Bergh, *Legal Pluralism in Roman Law*, in *The Irish Jurist*, vol. 4, 1969, pp. 338-350). Ancora, più evidente è l'assenza del legislatore sul versante del *common law*, dove il potere legislativo è stato per secoli estraneo agli sviluppi del diritto inglese: in quei contesti, infatti, il 'diritto' veniva identificato nell'espressione e applicazione giudiziale delle consuetudini del regno formatesi in modo spontaneo nel corso del tempo. Su tutto ciò, si v. ampiamente, M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., p. 7; R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 6^a ed., UTET, Torino, 1992, pp. 180-184; U. Mattei, *Il modello di common law*, cit., pp. 4-5.

¹⁴ H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, cit., pp. 445 ss.

interindividuali sia in prevalenza rimesso a strati di regole e rimedi di carattere extra-statuale.

È attraverso la lente dello storico e dell'antropologo che perfino il nostro giurista potrà realizzare come il diritto viva anche al di fuori del sistema delle fonti positive, anche al di là delle categorie di 'diritto pubblico' e di 'diritto privato', pur senza quella figura di legislatore o di Stato cui da troppo tempo ormai egli ha dichiarato la sua ideologica fedeltà¹⁵.

2. *Origine, evoluzione e declino dell'idea legalista di 'diritto'*

Come anticipato, l'identificazione fra Stato e diritto, e sul versante continentale fra diritto e legislatore, si impone in un'epoca determinata (e piuttosto recente) della storia occidentale, in particolare allorché con la Rivoluzione francese si affida ai parlamenti un potere legislativo tendenzialmente illimitato, che sottrae autorità al diritto scolare, ai costumi e ai particolarismi feudali dell'era medievale, ormai percepiti come ingiustamente oppressivi¹⁶. È a partire da quel momento, che l'idea legalistica, nata in numerosi circoli e dibattiti, riesce a prevalere e imporre la sua visione: una concezione che nonostante confonda i concetti di 'legge' e 'diritto', 'diritto' e 'legislatore', 'Stato' e 'diritto', sarà comunque in grado, per i motivi che ci accingiamo ad esporre, di raggiungere e conquistare gli ambienti accademici occidentali, diffondendosi tanto da un lato che dall'altro del continente, fino a monopolizzare del tutto la formazione giuridica dei giuristi continentali e di *common law*¹⁷.

2.1 *Premesse e promesse illuministiche: alle radici del mito*

Le istanze storiche dalle quali l'idea legalista trae origine appaiono profondamente ancorate alla situazione di particolarismo giuridico in cui versa l'Europa di fine

¹⁵ R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, cit., pp. 18-21, 91-92.

¹⁶ R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 191-195.

¹⁷ Ancora oggi, almeno sul fronte continentale, il legislatore è considerato l'autorità suprema. Egli difatti non motiva nel merito le sue scelte, né si presuppone debba farlo: G. Gavazzi, *La motivazione delle leggi*, in *Il Politico*, vol. 39, n. 2, 1974, pp. 177-178.

Settecento e contro cui, in particolare in Francia, si crea un'insofferenza diffusa¹⁸. È proprio dalle esigenze di semplicità, uniformità e certezza giuridica di cui si è fatta portavoce una certa parte della borghesia che muove i suoi passi la dottrina giuridica dell'illuminismo, motore ideologico della Rivoluzione francese¹⁹.

Invero, l'idiosincrasia per la congerie di consuetudini, opinioni dottorali e decisioni giudiziali che caratterizzano il panorama giuridico dell'epoca è una battaglia che gli intellettuali illuminati di tutta Europa non esitano a intraprendere, gettando le fondamenta ideologiche per l'edificazione del primato del diritto statale e delle sue promozioni²⁰. Tuttavia, come anticipato, è soprattutto in Francia che il movimento giusrazionalista afferma a gran voce la necessità di sgombrare il terreno giuridico dalle 'coutumes' locali, dalle sentenze dei 'parlements' e dalle congetture scolari proprie al pluralismo giuridico dell'antico regime²¹, reputate seme e al contempo frutto del profondo stato di incertezza e ingiustizia sociale propria alla società francese di fine Settecento (ma anche di assetti assai poco funzionali ad un'economia di mercato sempre più insofferente ai costi del localismo giuridico)²².

Per quel ceto di filosofi, il vuoto da queste fonti lasciato dovrà essere colmato da un diritto nuovo, voce di un'unica autorità razionale ossia quella legislativa, incarnazione esclusiva del volere della nazione francese²³. Non del tutto immuni alle intuizioni di qualche collega d'oltremarica²⁴, illuministi come Jean-Jacques Rousseau e Charles-

¹⁸ Un ordine quello medioevale che si caratterizzava per essere alluvionale, pluralista ed extra-statuale: P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma – Bari, 1995, pp. 41 ss.; B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, pp. 377-381.

¹⁹ R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 193-194.

²⁰ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 107, 111.

²¹ Da secoli in Francia vigeva un dualismo di potere che opponeva la figura del re a quella dei 'parlements', ossia alle corti di giustizia cui durante l'antico regime era stata rimessa l'applicazione del diritto del regno. L'operato di queste istituzioni, tuttavia, si caratterizzava per l'imprevedibilità e l'arbitrarietà delle loro decisioni, e finì così ben presto con l'attirare il malcontento sia degli utenti delle regole, che del sovrano – quest'ultimo perché si vedeva erodere dai parlamenti sfere di potere sempre più ampie. Agli occhi del popolo francese la situazione fu resa ancora più insostenibile dall'incertezza giuridica determinata dal particolarismo giuridico fra 'droit écrit' di stampo romanista vigente nel sud del Paese e quello 'coutumier' di origine germanica del nord. Su tutto ciò e molto altro ancora, si v. R. Sacco, A. Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, 3^a ed., UTET, Torino, 2014, pp. 212 ss.

²² R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 194.

²³ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 111

²⁴ Il pensiero illuminista di Rousseau e Montesquieu risentì sicuramente dell'influsso delle teorie giusnaturaliste sul contratto sociale di Thomas Hobbes, e di quelle sulla divisione dei poteri e sulla naturalità del diritto di John Locke: I.M. Wilson, *The Influence of Hobbes and Locke in the Shaping of the*

Louis Montesquieu tessono il loro sapiente elogio alla ‘legge’ in quanto espressione della “*volontà generale*”²⁵, frutto della “*ragione umana*”²⁶, e per questo unico strumento in grado di farsi verbo e carico delle esigenze, delle libertà e delle prerogative dei sudditi (presto cittadini) della Francia pre-rivoluzionaria²⁷. È proprio a Montesquieu che si deve altresì l’elaborazione di un celebre principio fondante l’ordine liberal-costituzionale, ossia quello della separazione dei poteri e che intende affidare al legislatore una potestà normativa pressoché illimitata, relegando il giudice all’unico ruolo che in siffatto contesto gli è concesso rivestire, ossia quello di mera ‘bocca della legge’²⁸.

Gli ‘*homines novi*’ della cultura illuministica finiranno allora per identificare nel potere supremo, quello legislativo, l’interprete legittimo del diritto naturale: così facendo essi espongono il loro pensiero a derive di stampo autoritario, oltre che a una serie di critiche sull’ambiguità delle loro posizioni. Più o meno coscientemente, quei filosofi attribuiscono sostrato dottrinale al rafforzamento delle prerogative sovrane in capo ad un unico soggetto, contribuendo altresì all’edificazione di una figura la cui ‘legge’ reclama obbedienza non in quanto razionale, ma perché proveniente da un organo competente a legiferare – e per questo in maniera incoerente rispetto alle promesse di un diritto che si voglia *ipso facto* espressione della ragione umana²⁹.

Se con il giusnaturalismo illuminato, la riduzione del ‘*droit*’ alla ‘*loi*’ è processo ormai iniziato, è solo a seguito dello scoppio della Rivoluzione francese che esso troverà ufficiale e concreto coronamento³⁰.

Forti dell’impeto rivoluzionario, nei manifesti giacobini si ripercorrono le assunzioni dei filosofi dei lumi, creando attorno alla legge e al suo demiurgo quella complessa ma

Concept of Sovereignty in Eighteenth Century France, The Voltaire Foundation-Thorpe Mandeville House, Banbury, 1973, pp. 89 ss., 227 ss.

²⁵ J.J. Rousseau, *Contrat Social ou Principes du droit politique*, Marc Michel Rey, Amsterdam, 1962 (ed. orig. Chez Mouroer et Pinparé, Paris, 1797), p. 83.

²⁶ C.L. Montesquieu, *De l’Esprit des lois ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce, & c.*, vol. I, Garnier-Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1871 (ed. orig. Barillot et fils, Genève, 1748), p. 7.

²⁷ P. Grossi, *L’Europa del diritto*, cit., p. 111.

²⁸ Secondo cui il giudice deve limitarsi a un’applicazione letterale della legge, senza cioè interpretarla e creare così diritto: C.L. Montesquieu, *De l’Esprit des lois*, cit., vol. XI, p. 149.

²⁹ M. Bussani, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 7-8.

³⁰ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1966, p. 2; G. Ajani, B. Pasa, *Diritto comparato. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 332, 334.

necessaria infrastruttura di credenze e dogmi essenziali alla difesa e al sostentamento del mito legalista (oltre che ovviamente al suo immediato successo)³¹. Così, nelle Dichiarazioni e Costituzioni post-rivoluzionarie si ripete l'oratoria della legge 'generale' e 'astratta' che, in quanto tale, si erge a perfetta e unica garanzia di libertà, uguaglianza e certezza giuridica. In quei testi si ribadisce il rifiuto illuminista dell'idea di un diritto complesso e articolato, proveniente da fonti fra loro diverse e soprattutto di difficile (se non impossibile) controllo e correzione da parte dell'autorità statale – come invece era la consuetudine: ciò a cui si auspica è un diritto unitario, certo, e proveniente da un'unica fonte. La fonte che meglio risponde a queste esigenze, va senza dirlo, è la legge, posta al vertice di quelle piramidi gerarchiche normative, e su cui ancora oggi si costruisce la formazione accademica di qualsiasi giurista continentale³².

Prende così avvio il monismo giuridico, fondato su assiomi e verità dogmatiche che in quanto mito non è mai oggetto di vaglio critico e ragionato. La 'legolatria', come la definisce qualche voce autorevole³³, professa che la legge vada obbedita non in quanto giusta ma in quanto tale, ossia in quanto figlia di un legislatore – anticipando un concetto cardine delle correnti positiviste ottocentesche³⁴. Il dogma della certezza del diritto si fa strategia e legittimazione del monopolio statale, e sotto al velo della retorica che vorrebbe quelle sue regole a esclusivo appannaggio di una volontà generale e di una ragione naturale, si consegna la produzione del diritto nelle mani di un potere assoluto, in quel momento personificato dal generale Napoleone Bonaparte³⁵.

Gli intenti giusrazionalisti che avevano forgiato le prime teorie illuministiche, è il caso di dirlo, non sono mai stati così lontani³⁶.

Per i caratteri ad essa attribuiti, è sempre e solo al comando legislativo che può essere rimessa la rideterminazione dell'ordine giuridico post-rivoluzionario³⁷. Ecco che a

³¹ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 111-112.

³² M. Bussani, *Riflessioni conclusive*, in M. Bussani (cur.) *Il diritto italiano in Europa (1861-2014)*, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. V, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 747-754.

³³ Così, P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 113.

³⁴ Su cui v. meglio oltre, par. 2.2 del presente Cap.

³⁵ P. Grossi, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 927.

³⁶ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 134.

³⁷ Interessante è la lettura fornita su tale condizione da un giurista dell'epoca, Alexis de Tocqueville, che sottolinea come quanto conseguito sul piano normativo dalla Rivoluzione francese altro non è che l'apogeo di un disegno di accentramento politico di stampo monarchico iniziato secoli prima dai reali francesi: A. Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Les Éditions Gallimard, Paris, 1952 (ed. orig.

Rivoluzione assopita, il progetto di ridurre il diritto a unico corpo di regole scritte trova concreta realizzazione attraverso il ricorso alla forma del ‘codice’³⁸: le codificazioni napoleoniche si autoproclamano fonti unitarie, complete ed esclusive e diventano il simbolo di un modo nuovo di concepire il sistema delle fonti e di intendere il rapporto fra potere e diritto³⁹.

Fra queste codificazioni, l’incarnazione massima degli ideali illuministici è rappresentata dal Codice civile, figlio di colui di cui ancora oggi porta il nome⁴⁰. Invero, il progetto di elaborare un testo legislativo cui affidare la dimensione privatistica delle relazioni interpersonali è un disegno che troviamo già delineato in seno alle prime dichiarazioni costituzionali giacobine⁴¹. Fin dai suoi albori, infatti, la Rivoluzione intende occuparsi di temi cari al ceto borghese, come quelli della tutela della proprietà individuale e del riconoscimento dell’autonomia contrattuale⁴², e aspira a farlo per

Michel-Lévy frères, Paris, 1856), pp. 77 ss. Sulla sua figura, nonché più in generale sul processo di consolidazione dello Stato moderno in Francia e Inghilterra, si v. ampiamente, S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 22 ss.

³⁸ Il disegno napoleonico di accentramento del potere statale si concretizza attraverso l’emanazione di una serie di nuovi ‘codici’, non solo in ambito sostanziale (con il codice civile del 1804, commerciale del 1807 e penale del 1810) ma perfino processuale, attraverso l’adozione di due testi, uno di diritto processuale civile e l’altro di diritto processuale penale (rispettivamente, del 1806 e del 1808). Tali sforzi sottendono l’idea che la giurisdizione e la procedura siano prerogativa esclusiva dello Stato e vanno di pari passo con l’abolizione della pluralità di giurisdizioni dell’antico regime – avvenuta in realtà già in epoca rivoluzionaria con il ‘*droit intermédiaire*’ – e un’imponente riforma sull’organizzazione del sistema giudiziario francese (la cosiddetta ‘*grande loi*’ del 1810). Al pari degli altri modelli, il paradigma del monopolio processuale non mancherà di attecchire anche in altri contesti al di fuori della Francia, *in primis* quello italiano: N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 147-154.

³⁹ Da quel momento in avanti, infatti, il diritto verrà inteso quale strumento di controllo sociale: P. Grossi, *L’Europa del diritto*, cit., pp. 136, 142; Id., *Crisi del diritto, oggi?*, in *Diritto e Società*, vol. 1, 2011, pp. 39-40; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cit., pp. 49-50.

⁴⁰ Il Codice civile francese è universalmente noto anche come ‘*Code Napoléon*’: la redazione di una codificazione in materia civile è un impegno che stava particolarmente a cuore a Napoleone Bonaparte, come testimoniano le parole attribuitagli a Sant’Elena: “*La mia vera gloria non è quella di avere vinto quaranta battaglie; Waterloo cancellerà il ricordo di tante vittorie. Mentre ciò che non sarà mai cancellato, che vivrà eternamente è il mio codice civile*”. Testo così riportato da V. Barsotti, V. Varano, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 131.

⁴¹ Il riferimento è alla Costituzione francese del 1791, dove si legge dell’intento di redigere di lì a poco un codice semplice, chiaro e comune a tutto il regno: J.L.E. Lermnier, *Introduction générale à l’histoire du droit*, Imprimeire de Guiraudet, Paris, 1829, p. 283.

⁴² P. Grossi, *L’Europa del diritto*, cit., p. 130.

mezzo di un *corpus* legislativo che possa conferire concretezza al valore della statualità del diritto⁴³.

Il Codice si presenta come un'idea, un programma, oltre che come la costituzione materiale attraverso cui si raccontano i valori della nazione francese⁴⁴. È l'espressione fedele dell'assolutismo giuridico: è fonte che mira a essere completa, unitaria ed esclusiva, e a ridurre l'esperienza giuridica in un sistema articolato e definito di regole e definizioni, contemplando il numero più elevato possibile di istituti⁴⁵.

Il sistema normativo cui mira il Codice è chiaro e compiuto, depurato da quella congerie di consuetudini, atti giurisprudenziali e opinioni dottrinali che caratterizzavano l'antico regime⁴⁶. Sul fronte dei contenuti, in seno alle sue disposizioni (ri)emergono i baluardi dell'uguaglianza fra soggetti di diritto, dell'unità e della certezza giuridica: così, ad esempio, alla proprietà frazionata medioevale si sostituisce la proprietà individuale, compatta, assoluta ed esclusiva⁴⁷. Il soggetto di diritto è unico, con le medesime prerogative di qualsiasi altro, svincolato da diseguaglianze e restrizioni medioevali e capace di esprimere la sua volontà nelle forme e nei modi, anche quelli contrattuali, che preferisce⁴⁸.

Il *Code Napoléon* è altresì un modello, un paradigma destinato all'immediato e diffuso successo, e che per i suoi principi liberali, la coerenza di contenuti e le norme di ampio

⁴³ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 2; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cit., p. 50.

⁴⁴ J. Mailet, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 2, 1973, p. 111; G. Ajani, B. Pasa, *Diritto comparato. Casi e materiali*, cit., p. 364.

⁴⁵ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 137-138; G. Alpa, *The Italian Interpretation of the Code Civil and French Proposals for Recodification*, in *European Business Law Review*, vol. 17, 2006, pp. 1512-1514.

⁴⁶ Aspirazioni di chiarezza e completezza ricalcate dall'art. 4 del Codice che, nel punire il giudice che sul pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge rifiuta di giudicare, sottende il paradigma della sua assoluta comprensibilità e interezza: V. Barsotti, V. Varano, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 133.

⁴⁷ La proprietà privata individuale costituisce la colonna portante dell'intero Codice: non solo il secondo libro vi risulta espressamente dedicato (*"Dei beni, e delle differenti modificazioni della proprietà"*), ma perfino le persone di cui si occupa il primo libro (*"Delle persone"*) sono in prevalenza considerate nella loro proiezione patrimoniale, mentre gli istituti trattati nel terzo libro (*"Dei differenti modi coi quali si acquista la proprietà"*) come il matrimonio, i contratti, le obbligazioni, le successioni, e le donazioni sono tutti intesi quali mezzi circolatori di proprietà: P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 143-144; A. Gambaro, *Codes and Constitutions in Civil Law*, in A. Pizzorusso (cur.), *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems*, vol. 2, M. Nijhoff, Dordrecht – Boston – London, 1994, pp. 86-87.

⁴⁸ Il riferimento è a uno dei principi cardine abbracciati dal Codice in materia contrattuale, quello dell'autonomia privata: P. Grossi, *ult. op. cit.*, pp. 144-145.

respiro, si presta a una pronta e agile circolazione all'estero⁴⁹. Forte di queste caratteristiche e del sostrato ideologico su cui esso si fonda, dai confini francesi prende avvio un entusiasmo codificatorio che, sostenuto in parte dalle conquiste militari napoleoniche, ma soprattutto dal prestigio degli ideali di cui si faceva latore, in poco tempo dilaga su tutto il continente, acquisendo proseliti perfino al di là della Manica e dell'Oceano Atlantico: il secolo XIX è l'età del Codice, ed è proprio in quegli anni che dall'Est Europa alle Americhe si assiste all'affiorare di codificazioni civili, molte delle quali modellate sull'autorevole esempio napoleonico⁵⁰.

Tale fama e influenza è innanzitutto dovuta al culto che di quel *corpus* normativo fanno gli stessi giuristi francesi raccolti attorno all'appellativo di 'scuola dell'esegesi'⁵¹. Le loro opere, che si presentano come una rassegna dettagliatamente commentata articolo per articolo del *Code*, acclamano la perfezione del testo codicistico e delle sue norme in quanto incorporazione *par excellence* di un diritto 'nuovo', massima espressione dei valori di libertà e razionalità – e ciò perfino quando esso altro non è che il frutto del sapiente compromesso fra i principi giuridici illuministici e la tradizione romanistica⁵². In tale sistema, l'interpretazione viene ridotta ad un mero esercizio di logica deduttiva delle disposizioni del testo legislativo, *in primis* del *Code*: per coloro che saranno chiamati gli 'esegeti', 'diritto' è la 'legge scritta', 'diritto' è il 'diritto positivo', 'diritto' è il 'Codice'⁵³.

Fra i massimi esponenti del movimento troviamo i celebri nomi di Charles Aubry, Frédéric-Charles Rau, Charles Bonaventure Marie Toullier, Alexandre Duranton, Jean-Charles Demolombe, Raymond Théodore Troplong: è alle dottrine di questi come di

⁴⁹ G. Ajani, B. Pasa, *Diritto comparato. Casi e materiali*, cit., p. 402; R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 197-198; G. Alpa, *Dal Code civile al Codice civile del 1942 e ai progetti di ricodificazione*, in G. Alpa, G. Chiodi (curr.), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 25-28.

⁵⁰ Dal Codice civile belga e Albertino, entrambi del 1838, a quello del Regno d'Italia del 1865, dal Codice civile rumeno del 1864 a quello spagnolo del 1889. Notoria è poi l'influenza rivestita dalla codificazione napoleonica anche al di là dell'Oceano Atlantico, in particolare negli ordinamenti dell'America Latina, del Québec e della Louisiana. Su tutto ciò si v. nel dettaglio R. Sacco, A. Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 274-275.

⁵¹ R. Sacco, *Il diritto non scritto*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, vol. II: *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, UTET, Torino, 1998, p. 51.

⁵² G. Ajani, B. Pasa, *Diritto comparato. Casi e materiali*, cit., pp. 363-364, 391.

⁵³ Per una panoramica d'insieme sulla scuola dell'esegesi si v. J. Charmont, A. Chausse, *Les interprètes du Code Civil*, in *Le Code civil. Livre du Centenaire*, vol. I, A. Rousseau, Paris, 1904, pp. 131-172.

molti altri giuristi francesi che si ricollega la nascita del positivismo giuridico⁵⁴. In particolare, è il loro negare dignità scientifica all'interprete, è la loro assoluta fede al monopolio legislativo e al suo Codice⁵⁵, a rappresentare la chiave di volta della visione legalista: una visione che nel corso del XIX secolo sull'onda di altre correnti di stampo giuspositivista dilagherà in tutto l'Occidente, e con cui la riduzione del 'diritto' al solo 'diritto ufficiale' si farà ben presto strada fra le file e nei pensieri dei nuovi giuristi. Il tutto, l'abbiamo più volte sottolineato, fino a radicarsi nella coscienza di ognuno di loro.

2.2 *L'entusiasmo positivista e la sua secolare egemonia*

Il positivismo giuridico francese affonda dunque le radici nel giusnaturalismo illuministico, nella sua concezione razionalista della giustizia, nel diritto naturale come espressione della ragione umana⁵⁶. È tuttavia la codificazione napoleonica, l'abbiamo visto, a segnare il fiorire di dottrine positiviste fautrici del dogma dell'onnipotenza del legislatore e, in sede di interpretazione, dell'assoluta fedeltà al dettato codicistico⁵⁷. Con la scuola dell'esegesi, si giunge cioè alla definitiva convinzione che il diritto debba identificarsi non più con il diritto naturale o razionale, ma con quello 'positivo', posto dall'autorità statale⁵⁸. Tale ottica si rivelerà prevalente in Francia per tutto il XIX secolo e, attraverso l'accesa (e per certi versi paradossale⁵⁹) critica alle teorie giusnaturaliste da

⁵⁴ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 2.

⁵⁵ Una fede che porterà ad esempio Aubry ad affermare: "*Tutta la legge [...] ma nient'altro che la legge*", o Demolombe a ritenere che il diritto naturale sia rilevante solo in quanto consacrato dal diritto positivo. Sul punto, si v. ampiamente N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Cooperativa libraria universitaria torinese, Torino, 1961, pp. 70-84.

⁵⁶ Come abbiamo visto, infatti, la dottrina dell'obbligo morale di obbedienza alla legge nasce nel clima di matrice giusnaturalista dell'illuminismo giuridico: N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1977, pp. 114-117.

⁵⁷ R. David, J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 3^a ed., Stevens and Sons, London, 1985, pp. 66-67; M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 2.

⁵⁸ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., p. 8.

⁵⁹ Il giusnaturalismo e il positivismo giuridico raccolgono attorno a sé una tale varietà di accezioni da apparire talvolta come due facce della stessa medaglia. Sul punto, Bobbio infatti sostiene esista "*un limite tra positivismo e giusnaturalismo che taglia a metà la nostra stessa persona e per il quale ci accade di essere o positivisti o giusnaturalisti non secondo i tempi o le occasioni ma addirittura secondo la parte che rappresentiamo nella società*": B. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 12-13.

cui aveva mosso i suoi primi passi, si propagherà anche fuori dai quei confini, trascinandosi fino ai territori al di là della Manica e dell'Oceano Atlantico⁶⁰.

Invero, in Occidente il positivismo giuridico non si staglia come un movimento esclusivamente francese, ma è parte di un clima culturale più ampio che colleziona precursori e proseliti tanto da un lato che dall'altro del continente⁶¹.

Le ragioni della sua origine e successiva evoluzione sono molteplici e sono *in primis* di carattere storico: il movimento nasce in un momento preciso della cultura e delle istituzioni giuridiche occidentali, ossia quello dell'illuminismo giuridico e dello Stato moderno⁶². Il secolo che darà linfa al positivismo, l'Ottocento, è infatti il secolo della modernità, in particolare di quella giuridica, in cui tutto ha una sua precisa collocazione sistematica, in cui il diritto è solo quello previsto e determinato da un potere politico proveniente dall'alto⁶³. Tuttavia, è anche sul fronte degli argomenti dottrinali a fondamento dell'impostazione positivista che si celano le chiavi del suo secolare successo: l'equivalenza fra 'Stato' e 'diritto', al pari di quella fra 'diritto' e 'legislatore', appare al giurista liberale soluzione particolarmente attraente in quanto elimina la complessità dell'ordine giuridico tipica dell'antico regime, riconducendo il 'diritto' a un sistema chiaro e preciso, razionale e coerente, fatto di leggi certe perché provenienti da un'unica autorità⁶⁴. È a questa sua astratta aspirazione all'uniformità, nonché alla sua intrinseca semplicità, che la dottrina legalista deve la sua perdurante egemonia⁶⁵. A ciò inoltre si aggiunge l'appoggio a essa offerto dai poteri statali, i quali da tale ideologia non potranno che vedere ulteriormente rafforzato il proprio dominio regolatore⁶⁶.

⁶⁰ P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., pp. 5-6.

⁶¹ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., pp. 1-5; M. Barberis, *Introduction. Legal Positivism in the 20th Century*, in E. Pattaro, C. Roversi (curr.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Civil law World*, vol. II, Main Orientations and Topics, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 181-185; H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 4^a ed., Oxford University Press, Oxford – New York, 2010, pp. 160-161.

⁶² G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in P. Comanducci, R. Guastini (curr.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 205.

⁶³ P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., pp. 4-6.

⁶⁴ Al vecchio ordine medievale, al suo pluralismo, alla sua incertezza e alla sua confusione normativa si va cioè rimpiazzando un rigoroso (e per questo rassicurante) monismo giuridico voce di un unico potere, esclusivo e supremo, quello statale: P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 137.

⁶⁵ H.P. Glenn, *The Capture, Reconstruction and Marginalization of "Custom"*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 3, 1997, p. 615.

⁶⁶ *In primis*, l'appoggio a tale ideologia fornito dallo stesso Napoleone, che si fece *pour cause* promotore di alcune riforme tese a riorganizzare l'insegnamento nelle università imperiali, e in particolare nelle facoltà di giurisprudenza per le quali si prodigò affinché il piano di studi ivi seguito si centrasse sullo studio del diritto positivo e, ovviamente, del Codice: R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*,

Nel corso del XIX secolo dalla Francia agli Stati Uniti l'entusiasmo positivista si propaga sulla base degli stessi paradigmi: ovunque le fondamenta del movimento sono illuministiche, ovunque le sue teorie si rinvigoriscono per mezzo della critica alle tesi giusnaturaliste, ovunque seppur con modalità e grado di intensità differenti si diffondono e si intrecciano i concetti del primato del diritto statale, della sua perfezione e della sua certezza. Il tutto, lo vedremo fra un attimo, non senza contatti e contaminazioni reciproche.

Paradigmatica in tal senso, oltre che più antica, è la commistione che in principio si realizza fra l'illuminismo francese e il giusnaturalismo inglese: esponenti della prima corrente come Rousseau e Montesquieu, lo ricordiamo, risultano nel loro pensiero profondamente influenzati dalle intuizioni di alcuni filosofi d'oltremarica⁶⁷. Fra questi, spicca il nome di Thomas Hobbes, che del positivismo giuridico occidentale è forse il più celebre (e più lontano) precorritore⁶⁸: le sue teorie, frutto di un sapiente equilibrio fra posizioni giusnaturaliste e aspirazioni positiviste, avranno eco non solo sul continente, ma – va da sé – anche sul versante anglo-americano, ove saranno oggetto di peculiare rielaborazione da parte del giuspositivismo inglese e del formalismo statunitense⁶⁹. Per questi motivi, in prevalenza di carattere storico, la nostra analisi guarderà *in primis* al consenso che la postura positivista – sia pur secondo dinamiche proprie – raccoglie nei contesti d'oltremarica e d'oltreoceano⁷⁰, per poi fare nuovamente ritorno all'alveo continentale, ove agli inizi del XX secolo tale corrente raggiungerà la sua più pura e rigida manifestazione⁷¹.

Restando ora sul suolo inglese, abbiamo già detto di come nel pensiero di Thomas Hobbes principi di natura giusnaturalista si alternino a tendenze di stampo giuspositivista: celebre è, ad esempio, l'asserzione hobbesiana secondo cui l'uomo, per

Giappichelli, Torino, 2011, pp. 19, 29-30. Tuttavia, sempre in un'ottica accentratrice potrebbe essere interpretato l'elogio al diritto statale e alla sua legge condotto da Friedrich Carl von Savigny nella sua opera, il "*System des heutigen römischen Rechts*" (Sistema del diritto romano attuale), a seguito della sua investitura in qualità di ministro della legislazione per lo Stato prussiano: sul punto, v. oltre nel medesimo paragrafo, spec. nt. 109, e G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, Guida Editori, Napoli, 1978, p. 193.

⁶⁷ Su cui v. retro, nel presente Cap., par. 2.1, nt. 24.

⁶⁸ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 2.

⁶⁹ Per tutti, si v. A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 2-3.

⁷⁰ Per un'approfondita analisi sugli sviluppi del positivismo anglo-americano, si v. e.g. U. Mattei, *Common law. Il diritto anglo-americano*, UTET, Torino, 1992, pp. 105 ss.

⁷¹ R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., p. 52.

combattere lo stato di natura in cui egli vive⁷², è obbligato a trasferire i suoi diritti naturali a una forza politica esteriore che possa così scavalcare le esigenze dei singoli e agire per il benessere della collettività. Nel pensiero del filosofo inglese quest'entità viene a identificarsi con lo Stato assoluto, la cui legge è l'unico strumento in grado di garantire la certezza del diritto e la condizione di quiete e pace che deve regnare fra i suoi sudditi⁷³. Tuttavia, in Inghilterra il giusnaturalismo hobbesiano non decollerà, soppiantato da quello maggiormente rivoluzionario e liberale – e per questo più in linea con i tempi⁷⁴ – di John Locke, cui si deve una prima formulazione del principio di divisione dei poteri (benché differente da quella resa celebre da Montesquieu)⁷⁵, e della naturalità del diritto di proprietà⁷⁶.

Al di là del suo celebre precursore, fra i più autorevoli sostenitori del positivismo inglese troviamo Jeremy Bentham, il cui pensiero giuridico è nei contenuti molto vicino a quello dell'illuminismo continentale, soprattutto per quanto concerne il tema, particolarmente caro agli illuminati francesi, della certezza del diritto⁷⁷. È proprio dalla sentita necessità di un diritto completo, chiaro e incontrovertibile che muovono le tesi benthamiane a sostegno della 'legge' quale fonte perfetta e del 'codice' quale tecnica di

⁷² Una natura che lo esporrebbe a una lotta continua con i suoi simili. In tale prospettiva, celebri sono le espressioni hobbesiane racchiuse nei brocardi "*bellum omnium contra omnes*" (la guerra di tutti contro tutti) e "*homo homini lupus*" (ogni uomo è lupo per l'altro uomo): per un approfondimento sul pensiero del filosofo si v. ampiamente N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 2015, o direttamente T. Hobbes, *Leviathan*, Penguin Books, London, 1985 (ed. orig. Andrew Croke, London, 1651).

⁷³ Il principio hobbesiano "*auctoritas non veritas facit legem*" esprime l'idea che la legge si fonda sulla base di una decisione, un comando del sovrano. Secondo Ellickson è proprio Hobbes il precursore della visione di "*legal centralism*" che ancora oggi porta la maggior parte dei giuristi (e non solo) a ritenere che l'esistenza di uno Stato sia condizione necessaria e indispensabile al mantenimento dell'ordine sociale: si v. R.C. Ellickson, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, pp. 4, 138, e oltre, nel medesimo Cap., spec. ntt. 92, 226, e nel Cap. II, spec. nt. 101.

⁷⁴ I 'tempi' sono quelli delle due rivoluzioni inglesi (rispettivamente, 1642-1651, 1688-1689). Non è un caso che il *Bill of Rights* che scaturì dalla seconda rivoluzione fu scritto proprio da John Locke: G. Ferrara, *La Costituzione: dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 44.

⁷⁵ Nella sua opera "*Due trattati sul governo*" (inizialmente pubblicata anonimamente come *Second Treatise of Government*, Awnsham Churchills, London, 1690, disponibile in Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, 1952) John Locke delinea una divisione dei poteri suddivisa fra un potere legislativo, uno esecutivo (in cui si inserisce anche quello giudiziario) e uno federativo (cioè il potere di stipulare trattati, stringere alleanze e di muovere guerra): il primo è attribuito al parlamento, mentre gli altri due fanno capo al sovrano. Sul punto, si v. J.S. Martinez, *Horizontal Structuring*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (curr.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 549.

⁷⁶ A differenza di Hobbes, per cui la proprietà nasceva dal diritto positivo, secondo Locke essa è un diritto naturale: C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, Oxford – New York, 1962, pp. 197 ss.

⁷⁷ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., pp. 2-3.

normazione⁷⁸. Bentham è un accanito patrocinatore del movimento per la codificazione, tanto da farsi lui stesso redattore di alcuni progetti⁷⁹: egli ritiene che la scelta sull'utilità di una norma giuridica, ossia sulla sua capacità di perseguire e realizzare il bene della comunità, debba essere rimessa al potere e all'autorità del legislatore soltanto, e non alla discrezionalità del giudice e al diritto, incerto, e incontrollabile del *common law*⁸⁰.

All'utilitarismo benthamiano seguirà la giurisprudenza analitica dell'allievo John Austin, anch'egli convinto giuspositivista, che condivide con il maestro la definizione di diritto quale comando, la propensione verso la forma codice, il primato della legislazione, l'autonomia del diritto positivo rispetto alla morale, lo studio analitico dei concetti giuridici, e la distinzione critica fra il diritto com'è e il diritto come dovrebbe essere⁸¹. Ciò che invece maggiormente distingue Austin da Bentham è la sua attenzione per il formante giurisprudenziale, cui il primo riconosce una certa attività discrezionale e integrativa rispetto alla legge, e il suo orientamento politico più conservatore⁸².

Il positivismo di Bentham e Austin, pur non riscuotendo un caloroso e immediato successo in Inghilterra⁸³, plasmerà la mentalità dei giuristi di *common law* ad essi successivi, perfino di quelli americani⁸⁴. Invero, di positivismo giuridico negli Stati Uniti non si parlerà prima degli anni venti del Novecento, quando in un'accezione critica celebre al dibattito (nord-americano e comparatistico) verranno tacciate come

⁷⁸ In una polemica resa celebre alla storia nei confronti di William Blackstone, il quale invece considerava il sistema giuridico inglese un diritto perfetto, massima espressione del diritto naturale: A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, cit., p. 30.

⁷⁹ Fra i numerosi saggi dell'autore in argomento, si v. J. Bentham, *Papers relative to Codification and Public Instruction. Including Correspondence with the Russian Emperor, and Divers Constituted Authorities in the American United States* (ed. orig. J.M. Creery, London, 1817), disponibile, insieme ad altri contributi sul medesimo tema in P. Scholfield, J. Harris (curr.), *The Collected Works of Jeremy Bentham. Legislator of the World. Writings on Codification, Law, and Education*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 3 ss.

⁸⁰ Un diritto che, secondo Bentham, proprio per questi suoi caratteri va necessariamente abbandonato: F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Editoriale Jaca Book, Milano, 1990, p. 82.

⁸¹ Su tutto ciò e molto altro ancora, si v. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, J. Murray, London, 1832.

⁸² M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 3.

⁸³ L'idea stessa di codificazione così come intesa da Bentham non diverrà mai realtà in Inghilterra. Al contrario, la necessità tanto cara al filosofo di riformare l'ordinamento giudiziario inglese troverà eco nei Judicature Acts del 1873-1875 e nella risistemazione piramidale delle corti da questi attuata. Sul punto, si v. ampiamente U. Mattei, *Common law. Il diritto anglo-americano*, cit., pp. 105-113.

⁸⁴ A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, cit., pp. 2-3, 23; U. Mattei, *Il modello di common law*, cit., p. 282.

‘positive’ alcune posizioni degli appartenenti alla scuola del realismo⁸⁵. Ciò nonostante, la dottrina americana non si dimostrerà per questo meno immune alle filosofie positiviste di epoca ottocentesca: perfino in tale periodo infatti le tesi sul diritto come diritto di marca statale si riveleranno in gran misura prevalenti, circolando sotto la *façade* dell’“*analytical jurisprudence*” o del “*legal formalism*”⁸⁶. Professori come Christopher Columbus Langdell e Joseph Beale discuteranno di Hobbes, di Bentham, di Austin, e abbracceranno molte delle loro teorie⁸⁷. In particolare, anche sulla scorta degli insegnamenti propri alla dottrina tedesca dell’epoca⁸⁸, Langdell si farà promotore di una visione rigorosamente sistematica del diritto, considerato come una scienza induttiva la cui fonte principale sono i casi, e per il cui studio è pertanto necessario adottare un approccio e un metodo puramente scientifico⁸⁹. Beale invece, in fedele accettazione alla tesi positivista del diritto quale comando e verbo di una sovranità determinata, difenderà il potere delle corti americane di decidere dei diritti dei propri cittadini in caso di conflitto di competenza giurisdizionale, attribuendo loro una prerogativa di stampo legislativo (si tratta del cosiddetto ‘*vested rights approach*’)⁹⁰. Entrambi i giuristi inoltre rifiuteranno l’idea di un diritto immutabile e ne sosterranno l’assoluta autonomia dai principi della morale e della società americana, offrendo il loro fondamentale contributo a quella che molti autori non hanno esitato a definire “*the age of formalism*”⁹¹.

⁸⁵ Si tratta della celebre critica condotta da Lon Fuller nei confronti del realismo americano, ritenuto dal giurista una mera rivisitazione del positivismo giuridico di Bentham e Austin. Il giudizio di Fuller è particolarmente critico nei confronti del movimento in quanto egli associa le filosofie positiviste all’affermarsi dei regimi di stampo totalitario: si v. L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Chicago, 1940, p. 47. Per approfondimenti, M.P. Golding, *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America – Major Themes and Developments*, in *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986, pp. 475-477.

⁸⁶ A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, cit., p. 2.

⁸⁷ A.J. Sebok, *ult. op. cit.*, p. 42.

⁸⁸ La visione di Langdell non era infatti estranea alle elaborazioni della pandettistica tedesca, con la quale in particolare condivideva l’aspirazione al rigore logico e alla scientificità del metodo: U. Mattei, *Common law. Il diritto anglo-americano*, cit., pp. 279-280.

⁸⁹ C.C. Langdell, *Harvard Celebration Speeches*, in *Law Quarterly Review*, vol. 30, 1887, p. 124. Inoltre, è proprio grazie a Langdell che nel 1870 il ‘*case method*’ viene inserito come insegnamento nel piano di studi della facoltà di giurisprudenza di Harvard: L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un’introduzione all’antropologia giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 37; A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 144-146.

⁹⁰ Su quest’ultimo punto, si v. in particolare, J.H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Harvard University Press, Cambridge, 1916, pp. 219 ss. Più in generale sul tema, si v. A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, cit., pp. 87-103.

⁹¹ Un’epoca che coprendo tutto il XIX secolo si estenderebbe fino agli anni venti del Novecento. Ricorrono a tale espressione, R.S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell

Non si può certo affermare che le tesi statunitensi abbiano dato adito a un *esprit* positivista di intensità pari a quello che negli stessi anni irrompe in Europa: in un certo senso, nel sistema giuridico statunitense (che fino agli albori del XX secolo è rimasto largamente in costruzione, seguendo la progressiva espansione della federazione a Ovest e Sud) è cioè mancato quel sostrato ideologico e quella consapevolezza che ha alimentato e legittimato gli animi del positivismo giuridico europeo, specie di quello continentale. Tuttavia, anche negli Stati Uniti le tesi formaliste hanno finito col rafforzare la visione borghese e liberale del diritto quale figlio dello Stato: una visione che, come vedremo meglio nei prossimi paragrafi, col senno di poi alcuni autori hanno definito “*legal centralism*”⁹².

Ma senza spingerci troppo oltre, e ritornando ora a quel fervore proprio al positivismo giuridico europeo, vero è che anche sul versante continentale si registrano convergenze spontanee, in parte antecedenti al successo di quelle dottrine sul suolo francese. In Italia, in particolare, è precorritore del movimento l’illuminista settecentesco Cesare Beccaria, che, nell’affrontare il tema dell’interpretazione e della certezza del diritto – lungo la medesima direttrice delle teorie di stampo giusrazionalista di Montesquieu⁹³ –, relega il giudice a un ruolo di mera attuazione del dato normativo⁹⁴. Con un’ammirevole lungimiranza rispetto alla dottrina della sua epoca, egli infatti sostiene che al fine di assicurare la certezza del diritto la giurisprudenza debba limitarsi ad applicare la legge

University Press, Ithaca – New York, 1982, pp. 138-156; D. Lyons, *Legal Formalism and Instrumentalism – A Pathological Study*, in *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, p. 959; M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1977, p. 254.

⁹² M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, cit., p. 1; O.E. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, in *American Economic Review*, vol. 73, 1983, pp. 520, 537; J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, cit., pp. 2-3; H.W. Arthurs, *Without the Law. Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, University of Toronto Press, Toronto – Buffalo – London, 1985, p. 2; S.E. Merry, *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, vol. 22, n. 5, 1988, p. 874.

⁹³ Il riconoscimento di Beccaria per Montesquieu è espresso anche nella sua opera, “*Dei delitti e delle pene*”, ove appaiono numerosi richiami al pensiero del filosofo francese e al suo “*De l’Esprit des lois*”: così, *inter alia*, C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Baudry Librajo, Paris, 1829 (ed. orig. Marco Coltellini, Livorno, 1764), pp. 3, 34, 181, 195, 218-219.

⁹⁴ Un contributo, quello di Beccaria sull’interpretazione della legge, lasciato sullo sfondo, o comunque non altrettanto approfondito, se comparato alla risonanza internazionale che per quanto concerne i contenuti di diritto penale l’opera “*Dei delitti e delle pene*” ha rivestito: sulla sua diffusione, si v. R.P.M. Pasta, “*Dei delitti e delle pene*” *et sa fortune en Italie: les milieux juridiques et la lecture des philosophes*, in M. Porret (cur.), *Beccaria et la culture juridique de son temps*, Droz, Genève, 1997, pp. 119-148.

penale sulla base di un “sillogismo perfetto”, astenendosi cioè dall’interpretarne le disposizioni⁹⁵.

Al di là del contributo, ancora largamente di matrice giusnaturalista, offerto da Beccaria, le scuole di pensiero più importanti per il positivismo giuridico italiano sono quelle di fine Ottocento riconducibili alla ‘scuola positiva’ e all’indirizzo dottrinale ‘tecnico-giuridico’ (o ‘dogmatico’)⁹⁶. La prima, fondata da Enrico Ferri e Cesare Lombroso, propugna una visione del reato come fenomeno naturale e sociale (ossia in quanto ‘fatto’) e in tal senso – filosofico – trova giustificazione il suo appellativo di ‘positiva’: sulla base del rigoroso principio di causalità, essa intende studiare i fattori che determinano il reato e che sono primariamente di tipo fisico (secondo la concezione abbracciata da Lombroso), sociale (per Ferri) o psicologico (secondo l’impostazione di un altro autorevole esponente della scuola, Raffaele Garofalo)⁹⁷. Nomenclature a parte, sul fronte dei contenuti è soprattutto la seconda corrente, quella ‘tecnico-giuridica’ o ‘dogmatica’ a cui si ricollegano i nomi di Arturo Rocco e Vincenzo Manzini a meritare qui la sottolineatura: tale indirizzo infatti abbraccia una visione giuridica molto formale che concepisce il diritto (penale) come un insieme di precetti positivi di natura statale, il cui studio da parte della scienza giuridica deve, in quanto ‘scienza’, avvenire al netto di qualsiasi speculazione di carattere filosofico⁹⁸. Interessante è poi notare come sia

⁹⁵ Per riportare le parole dell’autore: “in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev’essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all’incertezza”: C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 13. Per un approfondimento sul punto, si v. il saggio di P. Alvazzi del Frate, *Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al Code civil*, in G. Rossi, F. Zanuso (curr.), *Attualità e storicità del “Dei delitti e delle pene” a 250 anni dalla pubblicazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 75-93; M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLV, n. 1, 2015, pp. 163-178.

⁹⁶ Entrambi in aperto contrasto con la scuola classica di stampo prettamente giusrazionalista di Francesco Carrara. Per un approfondimento su tali correnti e le loro differenti posizioni, si v. M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 492-670.

⁹⁷ Sul punto, si v. rispettivamente le opere di C. Lombroso, *L’uomo delinquente*, 4^a ed., Fratelli Bocca, Torino, 1889 (ed. orig. Hoepli, Milano, 1876), spec. pp. XIX-XXIII; R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, 2^a ed., Fratelli Bocca, Torino, 1891 (ed. orig. Fratelli Bocca, Torino, 1885), spec. pp. 297-317; E. Ferri, *Sociologia criminale*, Fratelli Bocca, Torino, 1900 (inizialmente pubblicata con il titolo ‘*I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*’, ed. orig. Zanichelli, Bologna, 1884), spec. pp. 299-300. Per una visione d’insieme sulla scuola positiva e i suoi esponenti, si v. M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 3.

⁹⁸ La teorie di Manzini e Rocco muovono infatti da un’accesa critica delle posizioni della scuola classica e della scuola positiva, la prima per il suo carattere eccessivamente metafisico e astratto, e la seconda per

proprio al dogmatismo delle posizioni della corrente ‘tecnico-giuridica’, in particolare proprio di quelle di Rocco e di Manzini, che il Codice penale italiano del 1930 dovrà parte del suo carattere autoritario⁹⁹.

Il positivismo giuridico tedesco ha un’origine e uno sviluppo ancor più singolari rispetto agli orientamenti fin qui analizzati. Invero, le dottrine della scuola storica si caratterizzano per il primato da queste accordato alla scienza giuridica (invece che alla legge): secondo tale impostazione, la *scientia iuris* è l’unica fonte in grado di imprimere certezza e ordine al diritto – un diritto che in tale ottica collima con lo spirito della nazione tedesca e che preesiste, e quindi precede l’interpretazione¹⁰⁰. Sarà solo in un secondo momento, e cioè a partire dalla metà del XIX secolo, che uno dei principali pensatori della scuola, Friedrich Carl von Savigny, attuerà una rivalutazione dello Stato e del dettato legislativo aprendo così definitivamente le porte all’approccio dogmatico-sistemico della scuola pandettistica¹⁰¹. Ma prima di analizzare le posizioni particolarmente ricche che si raccolgono sotto tale ombrello, vale la pena approfondire *ab initio* il peculiare itinerario intrapreso dalle correnti tedesche.

A fine Settecento, anche in Germania erano diffusi i valori dell’illuminismo giuridico che trovano nel penalista Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach il loro maggior esponente: la descrizione che tale autore fa del diritto penale accoglie le idee illuministe della certezza del diritto, del primato della legge e dello Stato di diritto¹⁰².

Gustav Conrad von Hugo pubblica nel 1798 il “*Lehrbuch des Naturrechts als einer*

il suo sociologismo e per la consequenziale assenza di basi giuridicamente rigorose su cui fare affidamento: così, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1920, pp. 5-7; A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. III: Scritti giuridici vari, Foro italiano, Roma, 1933 (inizialmente pubblicato in *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. I, 1910, pp. 497-521), spec. pp. 274-275.

⁹⁹ Nella cui realizzazione entrambi i giuristi, Rocco e Manzini, hanno avuto un ruolo di rilievo: U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Sansoni, Firenze, 1974, p. 207.

¹⁰⁰ Mentre per gli esegeti il dato normativo ‘precostituito’ si incontra nel Codice, per gli storicisti esso costituisce una realtà complessa che viene a confondersi con un diritto di matrice consuetudinaria (il ‘*Volksgeist*’ ossia lo spirito del popolo): G. Tarello, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 25, n. 1, 1971, pp. 9-10.

¹⁰¹ P. Grossi, *L’Europa del diritto*, cit., pp. 166, 168.

¹⁰² Concetti ad esempio presenti in P.J.A. Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969 (ed. orig. J. Attenkofer, Landshut, 1804), pp. 9 ss. Feuerbach è l’autore della formula latina ‘*nulla poena sine lege*’. Sulla sua filosofia illuminista e liberale, si v. ampiamente il volume di M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970.

*Philosophie des positiven Rechts*¹⁰³ (Trattato di diritto naturale come filosofia del diritto positivo), ossia un'opera in cui si realizza una critica feroce al diritto naturale riducendolo a un mero veicolo per la comprensione del diritto positivo di marca statale¹⁰⁴. Se poi Friedrich Carl von Savigny nel suo "*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*"¹⁰⁵ (Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza) contrappone al diritto naturale un diritto dipendente dai costumi e dallo '*Volksgeist*', un diritto cioè essenzialmente di natura consuetudinaria (il cui carattere 'positivo' deve essere qui inteso nel mero senso di 'socialmente dato', preconstituito e fornito di unità sistematica)¹⁰⁶, è già con la pubblicazione del "*System des heutigen römischen Rechts*"¹⁰⁷ (Sistema del diritto romano attuale) che egli pone in atto una rivalutazione delle figure di Stato, legge e legislatore, fino a identificare in quest'ultimo il vero rappresentante del '*Volksgeist*'¹⁰⁸. Un'esaltazione dello Stato che, in parziale rottura con il pensiero precedente dell'autore¹⁰⁹, avviene sempre nei termini dello spirito popolare. A questa seconda opera, si deve inoltre l'elaborazione di un altro dogma positivista, quello della dicotomia fra 'diritto pubblico' e 'diritto privato': nel suo '*System*' Savigny fonde agli antichi lemmi ulpiananei le moderne retoriche

¹⁰³ G.C. von Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Mylius, Berlin, 1798, vol. I, 1799, vol. II.

¹⁰⁴ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 3.

¹⁰⁵ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Keip, Goldbach, 1997 (ed. orig. Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814). In tale opera l'autore sostiene che il diritto viva, al pari della lingua, nella coscienza popolare, e che ogni tentativo di cristallizzarlo nelle statiche formule di una codificazione vada pertanto abbandonato. L'impostazione abbracciata da von Savigny si pone in aperto contrasto con quella di un giurista a lui contemporaneo, Anton Friedrich Justus Thibaut, patrocinatore convinto della necessità per la Germania di inizio XIX secolo di dotarsi di un Codice civile. Le tesi di Thibaut sono raccolte in A.F.J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts in Deutschland* (ed. orig. Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814), disponibile, unito ad altri interventi, in A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, *Thibaut und Savigny: ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Franz Vahlen, München, 2002, pp. 37-60. Per un approfondimento sui termini e sui contenuti della polemica instauratasi fra i due giuristi, si v. G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, cit., pp. 32-33; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 164-167.

¹⁰⁶ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 3.

¹⁰⁷ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia, Aalen, 1981 (ed. orig. Bei Veit und Comp., Berlin, 1840).

¹⁰⁸ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 167.

¹⁰⁹ Le posizioni fino a quel momento sostenute da von Savigny includevano una forte critica della legge come fonte del diritto. La rivalutazione dello Stato realizzata dall'autore in questa seconda opera non risulta tuttavia così sorprendente se riguardata alla luce delle vicende personali vissute in quegli anni dal giurista, che lo vedono ricoprire una serie di incarichi politici prestigiosi presso l'amministrazione prussiana, fra cui proprio quello di ministro per la legislazione: G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, cit., p. 193.

dell'autonomia del soggetto individuale¹¹⁰, nutrendo di nuova linfa il paradigma, da quel momento preponderante, della distinzione fra i due ambiti del diritto¹¹¹.

Dagli ultimi sviluppi della scuola storica, e dalla tendenza sistematica abbracciata dal suo massimo esponente, prenderanno avvio le considerazioni di altri giuristi uniti dall'appellativo di 'pandettisti'¹¹². Seguendo le orme di Savigny, alcuni fra i più illustri membri della scuola, fra cui Georg Friedrich Puchta e Bernhard Windscheid, conducono un'aspra critica nei confronti del giusnaturalismo e delle sue teorie illuministe¹¹³. Contemporaneamente, essi elaborano il culto dei concetti formali e astratti insiti nelle leggi, ma puntualmente sviluppati e elaborati dalla *scientia iuris*¹¹⁴. La loro concezione del diritto quale sistema ordinato di precetti svela una visione rigorosamente sistematica e dogmatica del sapere giuridico¹¹⁵: considerato che, per quei giuristi, il diritto è un insieme formale di concetti e principi che attraverso procedimenti deduttivi e combinatori creano nuove norme, l'ordinamento viene anch'esso inevitabilmente a configurarsi come un sistema completo e senza possibilità di lacune¹¹⁶.

È in questo clima culturale che si fa strada il progetto di un Codice civile tedesco in senso moderno (il *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB): un testo che, per quanto ispirato ai dogmi e concetti puri della pandettistica tedesca, ambisce sul modello napoleonico a porsi come una codificazione esclusiva, a riaffermare il potere della legalità positiva e a imporre al giudice l'osservanza del dettato legislativo¹¹⁷.

Negli stessi anni in cui la dicotomia fra 'diritto pubblico' e 'diritto privato' trova la sua più prestigiosa enunciazione, è su un altro ambito, quello pubblicistico, che un parallelo

¹¹⁰ Savigny infatti distingue fra il diritto pubblico di matrice statale ove lo Stato viene però inteso come l'organica manifestazione del popolo, e il diritto privato, che invece si occupa dei rapporti giuridici nella loro dimensione quotidiana: F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. it. a cura di Vittorio Scialoja, Torino, Unione tipografico editrice, 1886, vol. I, p. 49.

¹¹¹ B. Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (curr.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 18.

¹¹² Il termine deriva dallo studio che quei giuristi compiono delle pandette di Giustiniano, ma che una dottrina a loro posteriore nel criticarne l'estremo concettualismo non esitò a etichettare come "Begriffsjurisprudenz": V. Jacometti, *Il linguaggio giuridico tedesco*, in B. Pozzo, M. Timoteo (curr.), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 158, nt. 50.

¹¹³ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 168-169.

¹¹⁴ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 3.

¹¹⁵ R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., p. 51.

¹¹⁶ A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 252.

¹¹⁷ R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 195; R. David, J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, cit., pp. 63-65.

filone positivista si apre il varco. Su tale fronte in Germania, sarà infatti Carl Friedrich von Gerber a esaltare per primo la figura dello Stato unitario come interprete e realizzatore dell'interesse comune e la sua legge come espressione pura della sua volontà¹¹⁸. Sulle sue orme, un altro giurista dell'area tedesca, Paul Laband, declasserà definitivamente la scienza giuridica relegandola a mero strumento di appannaggio del potere statale¹¹⁹. Ancora, una voce insofferente alle teorie pandettistiche, ma non per questo meno incline all'entusiasmo positivista, ossia quella di Rudolf von Jhering, fornirà il suo ennesimo elogio allo Stato, quale apparato naturale e unica garanzia del benessere della collettività¹²⁰, offrendo così il suo significativo contributo all'edificazione del mito del monismo statale¹²¹ e investendo di nuova autorità il paradigma della sinonimia fra Stato e diritto¹²².

In definitiva, risulta evidente come il positivismo giuridico ottocentesco si erga dagli intrecci fra dottrine e filosofie che non conoscono confini territoriali o epistemologici, e si estenda per questo a branche del sapere giuridico plurime e variegate: dalla teoria generale del diritto, al diritto civile, passando per quello penale e per l'antico diritto romano, fino al più recente diritto pubblico.

¹¹⁸ C.F. von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1865, trad. it. a cura di P. Lucchini, in C.F. von Gerber, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 95-97.

¹¹⁹ Per Laband, la *scientia iuris* dovrà cioè limitarsi a descrivere il potere e il diritto vigente difendendolo acriticamente: per un approfondimento su questi e altri temi del suo pensiero, si v. P. Laband, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Scientia Verlag, Aalen, 1969 (ed. orig. H. Laupp, Tübingen, 1876).

¹²⁰ Vero è che la filosofia di Jhering si distingue in due fasi nettamente distinte e per certi versi contrastanti: nella prima, preminente è il carattere sistematico, che lo porta a studiare la struttura del sistema 'diritto', mentre nella seconda fase è l'aspetto teleologico funzionale a prevalere. Sul punto, si v. ampiamente F. Viola, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974, pp. 28 ss.

¹²¹ Illustrativa in tal senso è l'opera R. von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Manz, Wien, 1921 (ed. orig. G.J. Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1872).

¹²² Per von Jhering, il diritto altro non è che il grimaldello del potere politico, l'"insieme delle norme coercitive vigenti in uno Stato": R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, vol. I, trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1972 (ed. orig. Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1877), p. 232. Nel suo pensiero non vi è spazio per investigare e interrogarsi sugli scopi che l'organizzazione statale debba perseguire: ciò che conta è solo la sua complessa struttura. Si tratta di un'impostazione condivisa anche da teorici a von Jhering successivi, fra cui possiamo ricordare Max Weber e Hans Kelsen. Di quest'ultimo e della teoria kelseniana sull'ordinamento giuridico diremo a breve nel testo; di Weber invece basti qui citare la celebre definizione di Stato quale "impresa istituzionale di carattere politico nella quale – e nella misura in cui – l'apparato amministrativo avanza con successo una pretesa di monopolio della coercizione fisica legittima": M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. it. a cura di P. Rossi, Comunità, Milano, vol. I, 1980 (ed. orig. Mohr, Tübingen, 1922), p. 53.

Invero, le posizioni legaliste, formaliste, dogmatiche e statualiste fin qui analizzate non fanno altro che preparare il terreno all'affermarsi di un'altra forma di positivismo giuridico, ossia a quello che a partire dagli anni venti del Novecento si lega al nome del giurista e filosofo austriaco Hans Kelsen¹²³.

Sulla scia delle posizioni che lo precedono, Kelsen forgia una teoria di pensiero che mira a depurare il diritto positivo da qualsiasi considerazione di carattere politico, etico e filosofico¹²⁴. Egli afferma la totale autonomia e separazione del diritto dalla morale, ove il contenuto delle norme, e quindi la loro giustizia o ingiustizia, la loro opportunità o non opportunità è un aspetto che riguarda la politica del diritto e non la scienza giuridica, mentre il diritto in quanto tale può avere qualsiasi contenuto¹²⁵. Per Kelsen solo il diritto positivo, quello vigente, può essere oggetto di conoscenza scientifica e razionale, e sotto questo profilo la sua dottrina costituisce la manifestazione più coerente e acuta che il positivismo giuridico occidentale abbia mai conosciuto¹²⁶.

È nella distinzione fra diritto e morale, fra diritto e politica, che si cela la 'purezza' della teoria kelseniana¹²⁷. Alla sua filosofia si lega altresì una concezione dell'ordinamento inflessibile e sistematica, ove le norme sono solite distribuirsi sulla base di vari livelli o gradi gerarchicamente prestabiliti: una visione che senza ombra di dubbio si staglia sul panorama occidentale come la più alta e compiuta teorizzazione del monismo giuridico statale¹²⁸.

Se con la dottrina di Kelsen il positivismo giuridico raggiunge il suo apice, la sua più rigorosa formulazione¹²⁹, dopo di lui e a seguito degli eventi storici che hanno travolto l'Occidente, il movimento sperimenterà un inevitabile calo di popolarità.

¹²³ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., p. 5.

¹²⁴ Da cui il titolo della sua opera prestigiosa "*Lineamenti di dottrina pura del diritto*" (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig – Wien, 1934, trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1967). Affinché una norma sia valida per Kelsen è sufficiente che essa sia conforme a un'altra di carattere superiore. Al vertice della piramide normativa si inserirà la norma fondamentale, la '*Grundnorm*', su cui si fonda l'intero ordinamento giuridico, e che costituisce il fondamento della validità di tutte le altre regole positive: B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Editrice Viscontea, Pavia – Milano, pp. 250-251.

¹²⁵ F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 21.

¹²⁶ M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, cit., pp. 5-6.

¹²⁷ C. Kletzer, *Kelsen on Vaihinger*, in M. Del Mar, W. Twining (curr.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, Heidelberg, 2015, p. 28.

¹²⁸ M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 1005.

¹²⁹ R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., p. 52.

Nel periodo successivo al secondo conflitto mondiale, i rappresentanti del neopositivismo si dedicheranno *in primis* a rivalutare e correggere molte delle rigide posizioni kelseniane: essi infatti affronteranno il tema del diritto positivo con una coscienza diversa, segnata dalla tragica esperienza della guerra e dei suoi totalitarismi¹³⁰.

Tuttavia, prima di passare a un'epoca come quella post-bellica, ove invero saranno altre le tesi che richiameranno la nostra attenzione, è il caso qui di sottolineare come perfino prima dei conflitti novecenteschi, ossia nell'era di maggior splendore del movimento positivista, alcuni autorevoli giuristi non abbiano esitato a far sentire la loro autorevole voce contraria.

2.3 *Venti di crisi: 'droit non écrit', 'lebendes Recht', 'law in action'*

Come anticipato, nel periodo di massima egemonia del positivismo giuridico non mancano alcune, seppur minoritarie, dottrine anticonformiste. Si tratta di posizioni che con audacia prendono le distanze dalla dogmatica e dal formalismo positivista, oltre che

¹³⁰ Fra questi esponenti, d'obbligo è il riferimento al giurista inglese Herbert Lionel Adolphus Hart che, al termine del secondo conflitto mondiale, si fa carico di un difficile compito, ossia quello di rilegittimare agli occhi del dibattito occidentale il movimento positivista. La più parte dell'opera di Hart sarà infatti dedicata a correggere le principali criticità della teoria kelseniana, oltre che di quelle di Bentham e Austin. Egli tuttavia elaborerà il suo pensiero anche sulla base del contributo offerto al positivismo proprio da John Austin, con il quale condivide l'opportunità di elaborare una teoria generale del diritto universalmente valida per ogni contesto. Diversamente dai suoi predecessori, e in particolare dalla dottrina di Kelsen, Hart si dimostra più sensibile nelle sue posizioni al tema della questione etica, ammettendo che norme giuridiche e regole morali possano condividere un 'contenuto minimo di diritto naturale', riconducibile a quei principi indispensabili alla sopravvivenza e alla convivenza pacifica fra gli uomini. Il filosofo inglese, tuttavia, ci tiene a ribadire la distinzione fra diritto e morale e a sottolineare che la giuridicità delle norme è determinata non dal loro contenuto, ma dalle modalità con cui esse vengono elaborate e adottate (Per una panoramica su questi aspetti, si rimanda a M. La Torre, *Positivismo giuridico*, cit., pp. 681-736, oltre alla più importante opera dell'autore, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961). Le tesi hartiane, sovente ripensate alla luce della critica antipositivistica condotta da Ronald Myles Dworkin, saranno alla base degli sviluppi attuali del movimento positivista, che assisterà anche a un'accesa controversia fra i sostenitori di un '*exclusive legal positivism*' (il cui maggior esponente è Joseph Raz) e i sostenitori di un '*inclusive legal positivism*' (fra cui, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, David Lyons), a seconda dell'opportunità di escludere o meno una connessione fra diritto e morale. Su tutto ciò, si v. A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, cit., pp. 23, 273-277; e, da noi, V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna, 2003.

dal motivo all'epoca dominante della statualità del diritto occidentale¹³¹. Per quanto isolate, tali voci pongono in evidenza come perfino nei secoli d'oro della visione legalista la consapevolezza sul reale carattere pluralista del fenomeno giuridico non sia mai venuta meno¹³².

Invero, che il diritto viva al di là dello Stato e delle sue promanazioni è una realtà di cui – a tratti – sono stati edotti perfino gli stessi positivisti: così, in particolare i giuristi della scuola pandettistica che nelle loro opere scrivono di come ogni comunità o gruppo sociale possa produrre diritto¹³³. Ma, saltuarie eccezioni a parte, dall'Italia agli Stati Uniti il positivismo giuridico ha sempre ciecamente professato i dogmi e il culto del monismo giuridico, negando dignità giuridica e scientifica a tutto ciò che valichi il confine del diritto statale¹³⁴.

Le prime insofferenze a tale rigido formalismo fioriranno proprio su quel medesimo terreno dal quale a inizio Ottocento era germogliato l'*esprit* positivista¹³⁵. È nella Francia della seconda metà del XIX secolo che Raymond Saleilles e François Gény, fondatori della cosiddetta scuola scientifica, si ergono a fautori del '*droit non écrit*', ossia di quel diritto che non si esaurisce nelle stanze del potere legislativo, ma che si crea nelle aule dei tribunali, nei discorsi dei giuristi o direttamente nel ventre della società¹³⁶. Posto che non tutto il diritto è racchiuso nella legge, i due professori reclamano a gran voce l'opportunità per la dottrina e il legislatore del loro tempo di rivalutare il ruolo accordato al formante giurisprudenziale¹³⁷.

Così, l'impegno di Raymond Saleilles si concretizza *in primis* nella pubblica denuncia del sistema universitario imperiale e del piano di studi adottato dalle facoltà di

¹³¹ M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, cit., p. 1009.

¹³² M. Corsale, *ult. op.cit.*, pp. 1003-1026; A. Facchi, *Pluralismo giuridico e società multietnica: proposte per una definizione*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 1994, pp. 47-57.

¹³³ Fra questi, August Thon afferma in "*Rechtsnorm und subjektives Recht*" che ogni norma ritenuta reciprocamente vincolante da un individuo parte di una data comunità sia giuridica, e di conseguenza, ammette l'autore, qualsiasi gruppo sociale organico può produrre diritto (A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Bohlaus, Weimar, 1878, pp. X-XI). Una posizione del tutto simile è abbracciata dal collega Ernst Rudolf Bierling nel "*Juristische Prinzipienlehre*" attraverso la cosiddetta teoria del riconoscimento (E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. I., Mohr, Freiburg – Leipzig, 1894, p. 19); C. Faralli, *Un excursus storico da A. Merkel ad oggi*, in Id. (cur.), *Argomenti di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 3.

¹³⁴ Su cui v. ampiamente retro, nel presente Cap., par. 2.2.

¹³⁵ M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, cit., p. 1010.

¹³⁶ R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., p. 51.

¹³⁷ R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 203-204.

giurisprudenza della Francia napoleonica, oltre che del rigoroso metodo esegetico in esse applicato¹³⁸. Saleilles si staglia con coraggio contro l'immobilismo giuridico della sua epoca e sostiene la necessità per l'interprete di essere lasciato libero di guardare e attecchire ai metodi delle altre scienze, in particolare a quelli della storia. Per Saleilles, il criterio che il giurista deve applicare è quello dell'“*adaptation historique*” perché è solo attraverso tale metodo che egli potrà ottenere l'“*assouplissement du texte*” ossia l'elasticizzazione del testo legislativo – dovendo tuttavia ben guardarsi dallo stravolgerne il contenuto¹³⁹.

François Gény si spingerà ben oltre il suo collega, invitando i giuristi francesi a lui contemporanei a prendere definitiva consapevolezza della lacunosità della legge, specie del Codice. A differenza di Saleilles, Gény non ritiene che il dettato legislativo possa essere elasticizzato, e questo perché la legge è per lui pur sempre un comando¹⁴⁰. Dalle posizioni dell'amico, egli tuttavia prenderà spunto per sviluppare la sua teoria della ‘libera ricerca scientifica’ (da cui il nome della scuola): è a lei che in sede di applicazione del testo l'interprete dovrà, nel silenzio o nell'oscurità della legge, rivolgere lo sguardo¹⁴¹. A Gény si deve il merito, per nulla banale considerato il profondo formalismo che lo circonda, di aver legittimato agli occhi degli esegeti l'attività di integrazione del giudice: un'attività che dovrà infatti essere ritenuta lecita ogniqualvolta la legge si dimostri nei suoi contenuti silente o di difficile comprensione¹⁴².

Le tesi della scuola scientifica francese propugnano dunque un'attenzione particolare per il metodo scientifico, sebbene le loro riflessioni, è d'obbligo sottolinearlo, non si spingano mai a tal punto da rinnegare la fedeltà al comando legislativo o a metterne in discussione il primato fra le fonti del diritto¹⁴³.

Più o meno contemporaneamente alle dottrine francesi, nella letteratura di lingua tedesca il giurista Eugen Ehrlich conia l'espressione ‘*lebendes Recht*’, con la quale tende a identificare il diritto che prescinde dalle istituzioni e che regola la vita sociale

¹³⁸ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, pp. 183-184.

¹³⁹ Per un approccio diretto, si v. il contributo di S. Saleilles, *Le Code Civil et la méthode historique*, in *Le Code civil. Livre du Centenaire*, cit., pp. 103 ss.

¹⁴⁰ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 185-186.

¹⁴¹ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, F. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1919 (ed. orig. Libr. Marecq Ainé, Paris, 1899), pp. 74 ss.

¹⁴² R. Sacco, A. Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 235-237.

¹⁴³ R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 203-204.

senza necessità di essere verbalizzato¹⁴⁴. Secondo Ehrlich, infatti, in ogni epoca il cuore del diritto non si trova nella legislazione, nella scienza giuridica o nella giurisprudenza, ma nella società¹⁴⁵. Fucina dei rapporti giuridici sono le comunità e i gruppi che la compongono, come la famiglia, il parentato, e tutte quelle istituzioni su cui si costruisce l'ordinamento giuridico, che per Ehrlich è prima di tutto ordinamento sociale¹⁴⁶.

Il suo pensiero trae nuova linfa dagli studi empirici da lui stesso condotti nella terra natia, la Bucovina, ove egli descrive di una società etnicamente composita che vive la sua quotidianità in concordia e a prescindere dagli strumenti messi a disposizione dal diritto statale: fra i gruppi etnici che abitano quei territori troviamo quindi le popolazioni di origine armena, tedesca, rumena, russa, rutena, slovacca, ungherese e romani¹⁴⁷. Tali comunità, nonostante la loro sottoposizione all'Impero asburgico e al suo diritto (in particolare, al suo Codice civile, l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB), applicano regole giuridiche completamente diverse da quelle abbracciate dalle disposizioni codicistiche¹⁴⁸.

È proprio dalle resistenze che queste popolazioni dimostrano nei confronti del diritto del Codice, che Ehrlich prenderà spunto per forgiare la sua critica al modello di codificazione vigente. Codificazione che, secondo il giurista, trattando il 'diritto' come una variabile autonoma rischia di strapparla dalle sue fonti sociali, ossia da quelle regole profondamente radicate nella storia e nella comunità di riferimento. Secondo Ehrlich, in definitiva, è sul diritto 'vivente', ossia sul diritto che nasce spontaneamente

¹⁴⁴ R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., p. 52.

¹⁴⁵ Una posizione in parte simile a quella di Ehrlich è abbracciata dal giurista (nonché sociologo) francese di origini russe Georges Gurvitch, il quale individua nel '*droit social*' l'ordine giuridico derivante da una qualsiasi forma di socialità. Gurvitch ritiene che nelle società industrializzate tre siano le manifestazioni del diritto e, accanto al diritto sociale, egli afferma esistere anche un diritto statale e un 'diritto individuale' che unisce gruppi e individui: M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, cit., p. 1011. Ai nostri fini, fra le opere più significative dell'autore possiamo qui citare G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, Recueil Sirey, Paris, 1932; Id., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pédone, Paris, 1935.

¹⁴⁶ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Dunker & Humblot, München – Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A.J. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 3, 16; M. Davies, *Legal Pluralism*, in P. Cane, H.M. Kritze (curr.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 809-810.

¹⁴⁷ Così E. Ehrlich, *Das lebende Recht der Völker der Bukowina*, in *Recht und Wirtschaft*, vol. 1, 1912, p. 273.

¹⁴⁸ K.A. Ziegert, *The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, in *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979, p. 238; D. Nelken, *Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, n. 2, 2008, p. 445.

in seno alla società che dovrebbero invece concentrarsi non solo gli sforzi codificatori del legislatore, ma in genere tutti gli studi di un qualsiasi giurista del suo tempo¹⁴⁹.

Nell'era del positivismo e del Codice¹⁵⁰, le posizioni del giurista austriaco hanno attirato i giudizi particolarmente negativi di un suo noto connazionale, convinto positivista. Si tratta di Hans Kelsen che nei primi anni del Novecento muove nei confronti di Ehrlich una dura critica, accusandolo di non aver tenuto in adeguata considerazione la fondamentale distinzione che intercorre fra le regole secondo le quali si agisce e quelle secondo le quali si deve agire, e che starebbe alla base del suo errore di considerare il diritto come il prodotto di una determinata condotta sociale¹⁵¹. Da parte sua, Ehrlich replicherà alle accuse affermando che il concetto di norma giuridica è per lui un concetto più ampio di quello di precetto statale, ma nello scontro con le teorie di Kelsen, sarà la voce di quest'ultimo a prevalere¹⁵².

È solo a distanza di qualche decennio dal dibattito appena riportato, una volta che l'entusiasmo per il positivismo kelseniano avrà esaurito il suo corso, segnato come sarà dai tragici eventi del secondo conflitto mondiale, che si renderà il dovuto riconoscimento e omaggio al padre fondatore della moderna sociologia del diritto¹⁵³.

Mentre sul continente lo scontro fra Ehrlich e Kelsen accende gli animi dei giuristi europei, dall'altro lato dell'Oceano, contro il diritto dogmatizzato si scaglia Nathan

¹⁴⁹ A. Febbrajo, *Antropologia giuridica e sociologia del diritto*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2008, pp. 35-36.

¹⁵⁰ Contro cui Ehrlich non esita a scagliarsi, affermando: “*a torto oggi si crede da molti che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le sue leggi; la più gran parte del diritto trae immediatamente origine dalla società, in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali, e non è mai stato ridotto a norme giuridiche*”: E. Ehrlich, *La sociologia del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. II, 1922, pp. 102-107, riportato in R. Treves, *Sociologia del diritto. Origini, problemi, ricerche*, Einaudi, Torino, 1993, pp. 113-114.

¹⁵¹ Il dibattito viene condotto dai due studiosi con toni molto accesi, e questo soprattutto per via delle loro diverse posizioni dottrinali sulla nozione di diritto e sull'oggetto della scienza giuridica. Per Ehrlich il diritto è fenomeno sociale e pertanto la *scientia iuris* deve occuparsi della società, mentre per Kelsen esso è norma e la scienza normativa deve invece liberarsi delle influenze e contaminazioni della sociologia, dell'etica o della politica. Kelsen non disconosce la sociologia, ma la tiene separata e distinta dalla teoria pura del diritto: K. Seelmann, *Rechtsphilosophie*, trad. it. a cura di G. Stella, Guida Editore, Napoli, 2006, pp. 65-66. Per una più approfondita ricostruzione e analisi dello scambio di opinioni fra i due, si rimanda al volume, curato da A. Febbrajo, di E. Ehrlich, H. Kelsen, M. Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 3-72.

¹⁵² Per ulteriori rilievi su quanto replicato da Ehrlich, si v. E. Ehrlich, *Rettifica*, e Id. *Replica*, in E. Ehrlich, H. Kelsen, M. Weber, *ult. op. cit.*, rispettivamente, pp. 51-58, 65-66.

¹⁵³ R. Cotterrell, *Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies*, in M. Hertogh (cur.), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2009, pp. 75, 79, 83.

Roscoe Pound con la sua contrapposizione fra “*law in action*” e “*law in the books*”¹⁵⁴. Con il pensiero di Pound prende avvio negli Stati Uniti il progressivo distacco e definitivo abbandono nei confronti del formalismo giuridico¹⁵⁵, ed è infatti proprio dalle sue posizioni che germineranno qualche decennio più tardi il realismo americano e l’analisi economica del diritto¹⁵⁶.

Pound critica aspramente la teoria formalista ottocentesca dell’interpretazione che tende a identificare nella decisione giudiziale un procedimento mentale di rigida deduzione meccanica. Dall’analisi delle condotte che giudici, legislatori e avvocati mettono in atto in seno ai circuiti ufficiali di attribuzione e risoluzione delle liti¹⁵⁷, egli deduce l’esistenza di un profondo divario fra il diritto come formalizzato nei libri, ossia le norme ufficiali che si propongono di governare tutti i rapporti fra gli individui (la cosiddetta “*law in the books*”), e l’implementazione di quelle stesse regole nella pratica, ossia il diritto applicato dalle corti nella realtà giudiziaria (la “*law in action*”)¹⁵⁸.

Sulle orme di Ehrlich¹⁵⁹, e del quale il giurista americano conosce e ammira il pensiero¹⁶⁰, Pound sostiene la necessità per i giudici di non decidere sulla base esclusiva

¹⁵⁴ Apparsa per la prima volta nel suo saggio R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12-36.

¹⁵⁵ Nathan Roscoe Pound si farà infatti promotore di un’accesa critica nei confronti delle tesi formaliste dell’epoca, in particolare di quelle di Langdell. La ‘rivolta’ di Pound contro il formalismo giuspositivista trova terreno fertile anche grazie al sostegno offerto dal pragmatismo americano di filosofi come William James e John Dewey: A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, cit., pp. 93, 116.

¹⁵⁶ Le dottrine di Pound saranno infatti rielaborate a partire dai tardi anni venti dal realismo giuridico che avrà il merito di porre l’accento sull’effettiva operatività del diritto nella società e sulla sua concreta applicazione. Tra i maggiori esponenti del movimento si citano, oltre a Pound in qualità di precursore, Oliver Wendell Holmes e Jerome Frank. Qualche tempo dopo, dalle tesi di quegli stessi autori prenderà avvio, pur discostandosi da alcune delle loro posizioni, un’altra corrente, quella dell’analisi economica del diritto, fondata agli inizi degli anni sessanta da Ronald Harry Coase e Guido Calabresi: R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 218-221.

¹⁵⁷ M. Hertogh, *A ‘European’ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich*, in *Journal of Law and Society*, vol. 31, n. 4, 2004, p. 473.

¹⁵⁸ Così, R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, cit., p. 15.

¹⁵⁹ Interessante è inoltre notare che è stato proprio Pound a introdurre Ehrlich al dibattito giuridico americano, invitandolo a pubblicare i suoi contributi sulla ‘*Harvard Law Review*’ e scrivendo per lui l’introduzione alla versione inglese del suo volume ‘*Fundamental Principles of the Sociology of Law*’, pubblicato negli Stati Uniti nel 1936: M. Hertogh, *A ‘European’ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich*, cit., pp. 472-473.

¹⁶⁰ La teoria di Pound è stata a torto criticata da alcuni suoi contemporanei in quanto ritenuta una mera rivisitazione della filosofia di Ehrlich. Klaus Alexander Ziegert afferma difatti che: “[the] famous distinction of ‘law in books’ versus ‘law in action’ is very much Ehrlich’s pair of opposites ‘*Rechtssatz*’ (legal proposition) versus ‘*Rechtsleben*’ (legal life)”: K.A. Ziegert, *The Sociology behind Eugen Ehrlich’s Sociology of Law*, cit., p. 233. Secondo altri autori, tali critiche ad un attento esame si rivelerebbero del

del solo sistema di *common law* o delle altre regole di diritto ufficiale, ma di dar maggiore spazio ai valori e ai principi sociali fino a quel momento così sottovalutati e ignorati¹⁶¹. Per Pound il diritto non è un sistema autonomo di regole di matrice statale, ma uno strumento rilevante di controllo sociale: i giudici e gli avvocati dovrebbero allora agire come ingegneri sociali e applicare il diritto per prevenire, indirizzare e risolvere i conflitti che quotidianamente sorgono in seno alla società di cui essi fanno parte. Per essere maggiormente efficiente, infatti, il diritto necessita di un continuo aggiornamento e adattamento alla realtà di riferimento e tutto ciò si rivela di primaria importanza proprio al fine di colmare quell'inevitabile divario fra il diritto nei libri e quello della prassi¹⁶².

Sul versante italiano, le voci di insofferenza all'idea legalista appaiono piuttosto timide e isolate, ma portano il nome di giuristi illustri, come quello di Santi Romano, Cesare Vivante, Giuseppe Capograssi.

Nella sua celebre prolusione “*Lo stato moderno e la sua crisi*” Santi Romano critica l'idea di sovranità e contrasta le visioni moniste dell'ordinamento giuridico allora prevalenti allo scopo di comprovarne la sostanziale irriducibilità a un atto di volontà del potere sovrano¹⁶³. Nel suo celebre discorso egli anticipa quello che sarà il suo pensiero e che maturerà nella sua opera più celebre, “*L'ordinamento giuridico*”, pubblicata nel 1918¹⁶⁴.

Santi Romano si scaglia contro il riduzionismo delle teorie dell'epoca, il cui semplicismo, alle soglie del nuovo secolo, rivela a suo parere molteplici fragilità. La ‘crisi’ dello Stato, quello moderno, si svela allora attraverso la perdita di compattezza delle sue categorie – paradigmatica in tal senso è quella di ‘diritto pubblico’ e di ‘diritto privato’ –, l'incapacità di imporre il proprio modello regolatorio a società complesse

tutto infondate: così, in particolare, D. Nelken, *Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law*, in *Legal Studies*, vol. 4, n. 2, 1984, p. 158.

¹⁶¹ M. Hertogh, *A 'European' Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich*, cit., p. 465.

¹⁶² R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, cit., p. 36.

¹⁶³ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi, discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico della R. Università di Pisa*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909, p. 28.

¹⁶⁴ L'opera ha conosciuto un'imponente fama anche all'estero, tanto da essere stata oggetto di traduzione in varie lingue (v., recentemente, in lingua inglese: S. Romano, *The Legal Order*, trad. ingl. a cura di M. Croce, Routledge, Oxon – New York, 2017). Sul tema, v. S. Cassese, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. LXV, n. 1, 2015, pp. 177-182.

come quelle novecentesche, e il progressivo frantumarsi del monopolio giuridico statale¹⁶⁵.

Tutto ciò è in parte dovuto all'emergere di formazioni sociali collettive, che con la loro organizzazione reclamano nuovi diritti e minacciano i fondamenti liberali su cui si era artificiosamente eretto lo Stato borghese ottocentesco¹⁶⁶: forze sociali che si auto-regolano, che premono dal basso rivendicando una loro autonoma posizione, forze che invero sono sempre esistite ma che oggi più di ieri l'ordinamento positivo non riesce a contenere¹⁶⁷.

Al di là della crisi dello Stato liberale, un altro tema che affiora dall'opera dell'illustre giurista è quello della pluralità degli ordinamenti giuridici. Oltre lo Stato, il diritto canonico e il diritto internazionale, vi sono 'altre' istituzioni dotate di un proprio ordine effettivo, ma sovente ignorate dall'ordinamento giuridico statale, o regolate ma considerate prive di una propria giuridicità interna, oppure, semplicemente, repute illecite: così, la famiglia, l'impresa, la scuola, i circoli e tutte quelle organizzazioni sociali dotate di proprie forme di regolazione¹⁶⁸.

Spingendosi fino alle soglie del giuridico, Santi Romano abbraccia una concezione di diritto che affonda le sue radici nel tessuto sociale e che può essere efficacemente ricondotta al brocardo "*ubi societas ibi ius*"¹⁶⁹. Egli elabora una visione pluralista estremamente dinamica, ove i singoli istituti giuridici non restano rinchiusi in ambiti formali, ma interagiscono stabilmente con i rispettivi contesti sociali e ne subiscono l'influenza¹⁷⁰. Per Romano, in definitiva, il diritto deve essere calato nella dimensione concreta dei rapporti perché la norma giuridica nasce e vive nella spontaneità quotidiana

¹⁶⁵ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 219-220.

¹⁶⁶ Da pubblicista qual egli è, Santi Romano risale nel tempo fino ad attaccare il positivismo giuridico alla sua radice, sottoponendo a scrutinio le prime carte post-illuministiche, da lui giudicate quali manifesti eccessivamente artificiosi e del tutto slegati dalla società e dalla storia che li aveva creati: P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., p. 50.

¹⁶⁷ P. Grossi, *ult. op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁶⁸ La teoria dell'ordinamento di Santi Romano vanta molti punti di contatto con la teoria dell'istituzione di un giurista francese a lui contemporaneo, Maurice Hauriou. Sussistono tuttavia delle differenze fra le due impostazioni, che porteranno lo stesso Hauriou in una lettera del 1919 indirizzata a Romano ad affermare: "*Il y a surtout entre nos deux travaux une différence de but et d'orientation. Vous avez visé l'ordre juridique et j'ai visé une théorie de l'Etat*". Sul punto, si v. S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, vol. I, pp. 270 ss.

¹⁶⁹ F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 29.

¹⁷⁰ A. Febbrajo, *Antropologia giuridica e sociologia del diritto*, cit., p. 41.

della società¹⁷¹. È in questa prospettiva che il costituzionalista si erge a illustre difensore del diritto consuetudinario, invitando *in primis* i cultori del diritto pubblico a valorizzarlo, farvi spazio e dargli puntuale richiamo¹⁷².

In Italia, prima e dopo Santi Romano, altre voci si sono schierate in maniera più o meno esplicita contro il prevalente monismo legalista e statualista della visione del diritto occidentale. Fra queste, possiamo qui ricordare la posizione assunta alla fine del secolo XIX da Cesare Vivante, che, sul fronte specifico del diritto commerciale, invita i giuristi della sua epoca a non soffermarsi sul solo dato legale e formale ma a “*scoprire la voce del diritto che viene dalle cose*”¹⁷³. Qualche anno più tardi sarà il suo illustre allievo, Tullio Ascarelli, a manifestare sulla direttrice tratteggiata dal maestro la propria insofferenza per l’innaturale prigionia del diritto nei testi giuridici¹⁷⁴.

Ancora, non possiamo di certo tacere sulla personalità di Widar Cesarini Sforza che agli inizi del Novecento parla di diritto dei privati come del diritto che questi creano per regolare i loro rapporti nell’assenza o nell’insufficienza della legge statale¹⁷⁵. In un secondo momento del suo pensiero, Cesarini Sforza tratterà dell’esistenza di un sistema stratificato di fonti ove, oltre a quelle dello Stato, si inseriscono le consuetudini che si creano dal ventre della società e che talvolta sono così potenti da forgiare e orientare comportamenti in contrasto col diritto di matrice statale¹⁷⁶.

Non mancano all’appello le teorie pluraliste di altri giuristi come Giuseppe Capogrossi, che abbraccia un’idea molto estesa di diritto quale fenomeno che comprende tutta l’esperienza giuridica concreta¹⁷⁷, Filippo Vassalli, fermo sostenitore

¹⁷¹ Scrive Santi Romano “*Il diritto prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come ente per sé stante*”: S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, 2^a ed., Sansoni, Firenze, 1946 (ed. orig. Mariotti, Pisa, 1918), p. 22.

¹⁷² P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., p. 52.

¹⁷³ C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Fratelli Bocca, Torino, 1893, p. VII.

¹⁷⁴ Su quest’ultimo punto si v. in particolare il saggio di P. Grossi, *Le aporie dell’assolutismo giuridico (Ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato*, vol. 3, 1997, pp. 485-550.

¹⁷⁵ W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963 (ed. orig. Sampaolesi, Roma, 1929), p. 3.

¹⁷⁶ W. Cesarini Sforza, *La crisi delle fonti*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, vol. CXV, 1936, p. 18.

¹⁷⁷ G. Capogrossi, *Saggio sullo Stato*, in Id., *Opere*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1959, (ed. orig. Fratelli Bocca, Torino, 1918), p. 5.

dell'“*estrastatualità del diritto civile*”¹⁷⁸, o Antonio Pigliaru che, focalizzandosi sullo studio dell'istituto della vendetta in seno alla comunità barbacina, analizza con un approccio quasi antropologico il conflitto fra lo Stato e l'organizzazione spontanea della società sarda e delle loro regole non ufficiali¹⁷⁹.

Tutti questi autori condividono, in ambiti e con intensità fra loro diverse, la consapevolezza che il centro e la fonte del fenomeno giuridico si celi nelle istituzioni sociali, come la famiglia, la tribù, lo Stato. Resta tuttavia indubbio che, anche nel panorama italiano, le teorie antiformalistiche occuperanno una posizione minoritaria durante tutto il Novecento. Al di là delle distanze con coraggio intraprese da giuristi del grado di Gény, Ehrlich, Pound e Romano, in quest'epoca predominante è infatti l'impostazione legalista che continua a riscuotere in alcuni autori, fra cui il più volte citato Hans Kelsen, celebri conferme.

Ciò malgrado, è su altri fronti scientifici, primo fra tutti quello dell'antropologia, che tali teorie avranno singolare risonanza. Sarà infatti dagli studi antropologici di epoca coloniale, lo vedremo subito, che, lungo le direttrici dei discorsi antiformalisti, muoverà i suoi primi passi il pluralismo giuridico.

3. *L'avvento della riflessione pluralista*

Per comprendere le origini dell'impostazione pluralista, risulta dunque fondamentale ricordare le avventure coloniali che hanno impegnato la maggior parte dei suoi esponenti, a prescindere dalla formazione accademica da loro ricevuta. Invero, l'esperienza coloniale costituisce motivo di contatto e simbiosi fra due branche del sapere di cui nell'epoca contemporanea non si esita ad affermare l'autonomia: quella del diritto e quella dell'antropologia – in particolare, di quella giuridica.

Nel corso del XIX secolo, dinnanzi all'evidenza di società che al di fuori dell'Occidente vivono senza conoscenza alcuna delle figure di Stato e legislatore tanto care all'ideologia legalista, giuristi e novizi antropologi iniziano a porsi i medesimi

¹⁷⁸ Dal titolo del suo celebre contributo, F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 481-490.

¹⁷⁹ Per un confronto, si rimanda direttamente al volume dell'autore: A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Il maestrale, Nuoro, 2000 (ed. orig. Giuffrè, Milano, 1959).

interrogativi, interpellandosi sulle forme di organizzazione, regole e prassi che plasmano l'ordine di quelle comunità, sulle sanzioni ivi applicate, e sull'opportunità di chiamare tutto ciò 'diritto'¹⁸⁰. Non è infatti un caso che fra i fondatori dell'antropologia giuridica si annoverino per lo più grandi giuristi, e che fra i suoi precursori si citino illustri professori come Eugen Ehrlich o Ruscoe Pound¹⁸¹. A cavallo fra Otto e Novecento i confini fra le due discipline sono particolarmente sfumati, e gli ambiti dell'una e dell'altra tendono sovente a sovrapporsi e confondersi¹⁸². Sono anni in cui fra le file degli antropologi s'inseriscono prestigiosi giuristi che, per descrivere la realtà coloniale a essi circostante, si avvalgono dei modelli storici, evolucionisti e etnografici messi a loro disposizione dalle altre scienze¹⁸³.

Un'esposizione che, pur senza pretese di esaustività, miri a ricostruire le principali tappe della storia dell'idea legalista e del suo lento declino in epoca contemporanea non può pertanto esimersi dal ricordarli. Ecco perché la parte iniziale del seguente paragrafo (par. 3.1) sarà dedicata alle primissime indagini condotte fra XIX e XX secolo da alcuni autorevoli giuristi (nonché antropologi) sui contesti coloniali, allorché la coscienza sul carattere pluralista di qualsiasi società, *in primis* di quelle extra-occidentali, non era ancora un dato di comune evidenza. Si tratta di studiosi che, al di là del loro ambito di provenienza, hanno avuto il coraggio e il merito di richiamare l'attenzione del dibattito occidentale sul complesso di consuetudini, regole e rimedi – in una parola sul 'diritto' – che caratterizza la dimensione quotidiana di quelle stesse comunità.

È proprio dalle loro ricerche che muoveranno qualche anno più tardi gli studi di carattere pluralista degli anni sessanta e seguenti, tesi a investigare la compresenza e le diverse forme di interrelazione createsi fra quel diritto locale di stampo tribale e il diritto coloniale europeo successivamente imposto.

¹⁸⁰ E. Grande, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in *Rivista critica del diritto privato*, vol. XIV, n. 3, 1996, pp. 467-468.

¹⁸¹ M. Davies, *Legal Pluralism*, cit., pp. 809-810; L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, cit., p. 27.

¹⁸² Ancora oggi, in un'organizzazione come la '*Commission of Folk Law and Legal Pluralism*' sono riuniti più di 350 fra giuristi, antropologi e scienziati sociali. Fin dalla sua fondazione, avvenuta nel lontano 1978, l'istituto ha curato pubblicazioni e organizzato numerosi incontri in tema di pluralismo giuridico allo scopo di "*promouvoir la connaissance et la compréhension du pluralisme social et juridique*". Per una panoramica, su storia, obiettivi e iniziative, si v. il sito della Commissione: commission-on-legal-pluralism.com/nl/about_commission_on_legal_pluralism.

¹⁸³ L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, cit., p. 28.

Invero, ricalcando una distinzione ormai nota al dibattito¹⁸⁴, a questa prima ‘fase’ del pensiero pluralista, nota anche come ‘pluralismo giuridico classico’, seguirà quella del ‘nuovo pluralismo giuridico’. Con questa seconda eccezione si suole far riferimento a quell’insieme di indagini e ricerche portate avanti a partire dagli anni settanta sulle società industrializzate, al fine di descrivere e comprovare la coesistenza di diversi ordini giuridici, ossia di ‘strati’ di norme e rimedi non ufficiali diffusi all’interno delle comunità occidentali. È proprio a quel complesso di indagini e ricerche che sarà dedicata la parte conclusiva del presente Capitolo (par. 3.2).

3.1 Il ‘pluralismo giuridico’: la riscoperta secolare

Come anticipato, le teorie antiformaliste che si sviluppano nel corso dell’Ottocento saranno di ispirazione per i giuristi e gli antropologi che indagheranno la congerie di regole e strumenti di risoluzione delle liti di stampo tradizionale delle comunità dislocate nei possedimenti coloniali.

Posti dinnanzi a realtà acefale prive di organizzazione statale, alcuni giuristi occidentali della metà del XIX secolo iniziano a interrogarsi sul tipo di norme e istituti cui quelle comunità sono solite fare ricorso, oltre che su temi universali quali l’evoluzione del diritto e la nascita dell’ordinamento giuridico – pure di quello occidentale¹⁸⁵.

Non esiste storiografia degli studi antropologi che non individui nel britannico Sir Henry James Sumner Maine e nello statunitense Lewis Henry Morgan i suoi principali precursori¹⁸⁶.

Ancor prima che la scienza antropologica si affermi come disciplina a sé stante¹⁸⁷, Sir

¹⁸⁴ La distinzione è quella dell’antropologa americana S.E. Merry resa celebre dal suo saggio S.E. Merry, *Legal Pluralism*, cit., pp. 869-896. Sulla medesima direttrice, si v. anche S.F. Moore, *Legal Pluralism as Omnium Gatherum*, in *FIU Law Review*, vol. 10, 2015, pp. 5-18.

¹⁸⁵ S.F. Moore, *Introduction to the Early Classics of Legal Ethnography*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010, p. 67.

¹⁸⁶ Fra gli altri, possiamo qui altresì ricordare il giurista scozzese John Ferguson che pubblicò una serie di contributi in tema di diritto consuetudinario di famiglia e lo svizzero Johann Bachofen, noto per la sua celebre teoria sul matriarcato: L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un’introduzione all’antropologia giuridica*, cit., p. 28.

¹⁸⁷ S.F. Moore, *Henry Maine: The Contrast between Archaic and Modern Law*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, cit., p. 20.

Maine studia e compara nel suo capolavoro “*Ancient Law*” il diritto delle società a lui contemporanee (*in primis*, della società inglese) con quello delle comunità ‘antiche’ (ossia con il diritto romano, e con il diritto ‘primitivo’ dei paesi colonizzati, in particolare di quello indiano)¹⁸⁸. Così facendo, egli si propone di fornire una descrizione dell’evoluzione storica del sapere giuridico in seno a contesti ‘antichi’ e ‘moderni’, focalizzandosi su alcuni dei loro istituti in tema di proprietà, contratto e famiglia¹⁸⁹.

Tuttavia, va qui sottolineato che per quanto concerne il diritto tribale indiano su cui si fonda l’analisi dell’autore, la conoscenza che sir Maine ha dell’insieme di regole e rimedi ivi applicati non gli deriva da un’esperienza personale e diretta nelle colonie, ma è frutto della lettura e dello studio delle osservazioni etnografiche altrui: tale ricerca indiretta ha finito inevitabilmente col condizionarne alcune delle teorie, le quali col senno di poi sono state oggetto dei giudizi negativi di diversi giuristi e antropologi a lui successivi¹⁹⁰. Ciò nonostante, ancora oggi indiscusso è il merito che a sir Maine viene riconosciuto in qualità di illustre precorritore dell’antropologia moderna¹⁹¹.

A un altro giurista del XIX secolo, Lewis Henry Morgan, si devono alcune interessanti indagini condotte, questa volta in prima persona, sull’organizzazione sociale degli irochesi, una popolazione di nativi americani situata nei territori a nord dello Stato di

¹⁸⁸ L. Pes, *Teorie dello sviluppo giuridico: dal movimento di law and development all’esperienza neoliberale*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2012, pp. 49-50; L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un’introduzione all’antropologia giuridica*, cit., pp. 31-32.

¹⁸⁹ In particolare, celebre è la teoria evoluzionista di Maine secondo cui nelle società occidentali il diritto si è progressivamente evoluto “*dallo status al contratto*” (H.S. Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, J. Murray, London, 1861, p. 170): con tale espressione, l’autore vuole sottolineare il passaggio avvenuto dai rapporti giuridici fondati sullo ‘status’, che caratterizzerebbero il diritto delle società primitive e che, essendo informati dall’ordine sociale, sarebbero difficilmente modificabili, a quelli stabiliti per contratto tipici delle comunità moderne, limitati nel tempo e soggetti alla volontà delle parti: L.M. Friedman, *Stati Uniti d’America*, in A. Diurni (cur.), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 37.

¹⁹⁰ Secondo alcuni, infatti, l’approccio di Maine lo portò sovente a conclusioni affrettate e influenzate dalla sua stessa cultura di provenienza. In particolare, le tesi del giurista sulla condizione femminile sono state duramente criticate da June Starr che ha sottolineato come la donna del II secolo a.C., a differenza di quanto sostenuto dall’autore, non visse in una condizione di libertà, né avesse un potere di disposizione sui suoi beni e sulla propria persona: J. Starr, *The ‘Invention’ of Early Legal Ideas: Sir Henry Maine and the Perspective Tutelage of Women*, in J. Starr, J.F. Collier (curr.), *History and Power in the Study of Law: New Direction in Legal Anthropology*, Cornell University Press, Ithaca, 1989, p. 357. All’opposto, esalta il metodo e sostiene l’attualità delle tesi e dell’approccio di Maine, R.C.J. Cocks, *Sir Henry Maine: A Study in Victorian Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 179-180.

¹⁹¹ S.F. Moore, *Henry Maine: The Contrast between Archaic and Modern Law*, cit., p. 20.

New York¹⁹². Al pari di Maine, dallo studio delle comunità di diritto tradizionale, Morgan intende estrapolare un bagaglio di conoscenze utili *in primis* alla comprensione degli istituti e della storia della propria società, quella occidentale¹⁹³. Così, a seguito della sua diretta esperienza presso le comunità indigene, egli elabora una singolare dottrina sul processo che ha accompagnato l'Occidente dalla proprietà comune a quella privata, oltre che sull'evoluzione sociale dell'istituto della famiglia – dottrina che non mancherà di attirare l'attenzione di sociologi come Friedrich Engels e Karl Marx¹⁹⁴.

Il grande merito di Maine e Morgan risiede nell'aver reso incontrovertibilmente noto al panorama occidentale la sussistenza di società 'altre' che vivono i loro rapporti giuridici lontano e a prescindere dallo Stato moderno, dal legislatore e dalle sue corti, ossia in maniera del tutto indipendente dai paradigmi e dalle promanazioni del diritto positivo. Il rimprovero che forse può essere mosso loro – ma che non dovrebbe, considerata l'epoca e il contesto di rigido formalismo in cui tali studiosi si trovano ad operare – è quello di aver condotto ricerche e tratto deduzioni con lo sguardo sempre rivolto alla propria società, interpretando regole e istituti di stampo tribale attraverso l'occhiale del giurista occidentale¹⁹⁵.

Slegata dalle catene di qualsiasi possibile etnocentrismo e particolarmente attenta alla dimensione giuridica quotidiana delle società indigene è invece la prospettiva che caratterizza gli studi di inizio Novecento del giurista Cornelis van Vollenhoven e dell'antropologo Bronislaw Malinowski¹⁹⁶.

¹⁹² Indagini rese note dall'autore tramite la pubblicazione di numerosi contributi, fra cui L.H. Morgan, *League of the Iroquois*, Sage and Brother Publishers, Rochester, 1851; Id., *Ancient Society*, Henry Holt & Co., Chicago, 1877.

¹⁹³ Conoscenze che ad esempio lo porteranno ad affermare che la disuguaglianza costituisce una condizione sociale più che innata dell'uomo: C. Resek, *Lewis Henry Morgan American Scholar*, Chicago University Press, Chicago, 1960, p. 52.

¹⁹⁴ S.F. Moore, *Lewis Henry Morgan: Evolutionist, Ethnographer, Lawyer*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, cit., p. 24.

¹⁹⁵ È ai due giuristi successiva l'opera di grandissimo spessore scientifico di William Graham Sumner "Folkways. A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals", in cui il sociologo statunitense critica l'atteggiamento di superiorità assunto dalla propria società rispetto alle altre: si tratta di quello che Sumner definisce, coniato per la prima volta il termine, "etnocentrismo". Per un confronto, si v. W.G. Sumner, *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usage, Manners, Customs, Mores and Morals*, Ginn, Boston, 1906, p. 15.

¹⁹⁶ C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, D.M. Engel, *Introduction. Ethnographic Issues*, in Idd., *Law and Community in Three American Towns*, Cornell University Press, Ithaca – London, 1994, p. 6.

Al primo, si legano una serie di importanti scritti sul diritto tradizionale indonesiano ('*adat*') applicato nelle colonie olandesi a cavallo fra i due secoli. Il professore olandese, fondatore della prestigiosa '*Adat Law School*'¹⁹⁷, abbraccia una teoria di matrice storico-sociologica, secondo cui il fenomeno giuridico deve essere considerato come il prodotto di un processo che si crea nel ventre della società, lontano dalla volontà e dalla coscienza umana, e che si sviluppa sulla base di principi sociali sovente interiorizzati dalla comunità di appartenenza: il diritto, per van Vollenhoven, è *in primis* il frutto di una storia determinata¹⁹⁸. A lui si deve inoltre l'introduzione del concetto di 'comunità autonoma', nozione tesa a designare quei gruppi – villaggi, famiglie, clan, tribù – che 'secernono' il proprio diritto¹⁹⁹, e attorno alla quale l'olandese costruisce la sua difesa a sostegno della società tradizionale indonesiana in acclamato contrasto con gli intenti colonizzatori di unificazione giuridica promossi dal suo governo²⁰⁰.

Bronislaw Malinowski rappresenta una delle figure più importanti della storia dell'antropologia moderna. Di origini polacche, è fra i primi sul continente a utilizzare i dati etnografici da lui stesso raccolti per demolire apertamente i miti diffusi sull'assenza di 'diritto' presso le comunità prive di autorità statale²⁰¹. Per Malinowski il fenomeno giuridico si identifica nel processo di controllo sociale mediante cui un gruppo di

¹⁹⁷ Scuola fondata da van Vollenhoven a Leida, in Olanda, nel lontano 1917: N. Rouland, *Anthropologie juridique*, trad. ingl. a cura di Philippe G. Planel, The Athlone Press, London, 1994, pp. 86-87. Per un approfondimento sulla storia dell'istituto, si rimanda al volume di J. Griffiths, *Anthropology of Law in the Netherlands in the 1970s*, Rijksuniversiteit, Groningen, 1983.

¹⁹⁸ R. Lukito, *Legal Pluralism in Indonesia: Bridging the Unbridgeable*, Routledge, New York, 2013, p. 45.

¹⁹⁹ L'opera di van Vollenhoven è stata pubblicata in più volumi, il primo dei quali è apparso nel 1918: ciò nonostante, alcuni saggi erano stati resi noti dall'autore già a partire dal 1906. Per un confronto, si v. C. van Vollenhoven, *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië* (trad. *Il diritto Adat delle Indie olandesi*), vol. I, E.J. Brill, Leiden, 1918.

²⁰⁰ Su tutto ciò e su molto altro ancora, si v. F. Gouda, *Dutch Culture Overseas: Colonial Practice in the Netherlands Indies, 1900-1942*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1995, pp. 40 ss.

²⁰¹ L'utilizzo di studi etnografici non era infatti pratica così diffusa fra i giuristi o fra gli antropologi del XIX secolo. Abbiamo già detto dell'approccio 'a tavolino' adottato da sir Maine. Possiamo qui altresì citare i celebri contributi del sociologo e antropologo francese Émile Durkheim che, nonostante la sua prevalente impostazione teorica, fu in grado di assicurarsi grande fama e ammirazione, tanto che tutt'oggi Durkheim è considerato uno dei padri fondatori della sociologia moderna. Le sue tesi furono di ispirazione anche per giuristi di molto successivi come Marc Galanter o Claude Lévi-Strauss. Celebre è il suo concetto di "coscienza collettiva" teso a indicare il complesso di credenze, sentimenti e idee normative condivise e interiorizzate dai membri di una data società. Non meno nota è poi la sua teoria evolutiva centrata sul tema della sanzione giuridica. Su tutto ciò, si v. l'opera di E. Durkheim, *De la division du travail social*, 1983, oltre all'analisi di questa offerta da F.S. Moore, *Emile Durkheim: Collective Consciousness and Law*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, cit., pp. 40-44.

individui mantiene l'ordine e scoraggia il disordine, e di conseguenza ogni società ne risulta inevitabilmente dotata²⁰².

La sua opera principale, “*Crime and Custom in Savage Society*”, è frutto delle ricerche condotte dall'autore nelle isole Trobriandesi in Melanesia, dove egli aveva trascorso qualche anno allo scopo di studiare la cultura indigena delle popolazioni locali, le loro regole, le consuetudini, gli istituti (come ad esempio il ‘*kula*’²⁰³) e le sanzioni che caratterizzano la loro vita quotidiana²⁰⁴.

In contrapposizione agli antropologi del suo tempo, Malinowski ritiene che i soggetti che seguono questo tipo di diritto non siano guidati dalla cieca e devota accettazione della norma consuetudinaria, dalla superstizione o dal timore, ma da complessi meccanismi di natura sociale e psicologica²⁰⁵. Secondo lo studioso, infatti, il diritto melanesiano altro non è che un complesso di obbligazioni vincolanti ognuna delle quali viene raffigurata da una parte come un diritto, e dall'altra come un dovere. In seno alle comunità indigene, tali obbligazioni sono adempiute per mezzo di regimi di reciprocità e di pubblicità sociale: qualora esse non vengano rispettate dai membri del gruppo, i trasgressori saranno sanzionati con l'ostracismo e l'esclusione dai circuiti di scambio. Per contro, le condotte in linea con le aspettative di reciprocità saranno oggetto di apprezzamento da parte dell'intera collettività e saranno premiate dai suoi appartenenti con futuri favori²⁰⁶.

Al di là della sorprendente validità e attualità di queste come di molte altre delle deduzioni di van Vollenhoven e Malinowski, ammirevole è l'approccio che i due adottano nello studio del diritto altrui, un approccio che, come anticipato, appare finalmente depurato da qualsiasi traccia di etnocentrismo. È proprio grazie alle loro opere che la consapevolezza sul carattere giuridico delle società coloniali acquista peso e autorità in Occidente.

Dagli insegnamenti dei due studiosi qualche anno più tardi prenderà spunto una serie di ricerche e indagini ulteriori aventi ad oggetto le regole e i meccanismi di risoluzione

²⁰² L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, cit., p. 61.

²⁰³ Il ‘*kula*’ è un rito cerimoniale che prevede lo scambio periodico di doni fra comunità indigene: B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Routledge, London – New York, 2004 (ed. orig. Kegan Paul, London, 1926), pp. 25 ss.

²⁰⁴ C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, D.M. Engel, *Introduction. Ethnographic Issues*, cit., p. 6.

²⁰⁵ M. Davies, *Legal Pluralism*, cit., pp. 806-807.

²⁰⁶ S.F. Moore, *Introduction to the Early Classics of Legal Ethnography*, cit., p. 69.

delle liti delle comunità di diritto tradizionale. Il filone che ne deriverà si caratterizzerà per un utilizzo sapiente degli strumenti messi a disposizione dall'etnografia e si estenderà fino agli inizi degli anni sessanta, collezionando in seno a giuristi e antropologi numerosi contributi di rilievo²⁰⁷.

Fra i lavori più significati del periodo troviamo quello sulle popolazioni di nativi americani nato dalla brillante collaborazione fra Karl Nickerson Llewellyn e Adamson Hoebel. Giurista l'uno, antropologo l'altro, nel volume del "*The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*"²⁰⁸ i due statunitensi portano a coronamento la critica iniziata da Malinowski contro la concezione statalista di diritto, e per primi utilizzano la tecnica del '*case method approach*' per lo studio delle controversie delle società tradizionali²⁰⁹. È proprio sulla base del cosiddetto metodo casistico che qualche anno più tardi Max Gluckman dimostrerà con le sue ricerche come in Zimbabwe le decisioni adottate dalle corti indigene *ad hoc* istituite poggino sulle medesime considerazioni di carattere logico e sulle medesime esigenze di natura conciliatoria che fondano le sentenze di qualsiasi giudice occidentale²¹⁰. Ancora, gli

²⁰⁷ Fra gli antropologi, possiamo altresì ricordare gli studi etnografici di Isaac Schapera sui contesti tribali del Botswana e di Paul Bohannan sulle comunità Tiv in Nigeria, oltre a quelli di Elisabeth Florence Colson sulle società Plateau Tonga della Zambia e dello Zimbabwe: S.F. Moore, *Introduction to the Early Classics of Legal Ethnography*, cit., pp. 67-73; E. Grande, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, cit., pp. 477-478, 484-485.

²⁰⁸ K.N. Llewellyn, A. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, University of Oklahoma Press, Norman, 1941.

²⁰⁹ Il metodo si basava sull'analisi delle conseguenze giuridiche che si associavano a delle ipotesi specifiche di violazione delle regole di diritto tradizionale. L'approccio di Llewellyn e Hoebel influenzerà profondamente gli studi etnografici ad essi successivi, e tuttavia non sarà esente da critiche, fra cui quelle mosse dallo stesso Malinowski. In una recensione al volume "*The Cheyenne Way*", Malinowski infatti avvertirà che l'utilizzo esclusivo del metodo impiegato da Llewellyn e Hoebel nasconde un inevitabile limite, in quanto dà conto solo del momento relativo alla violazione e all'instaurarsi del conflitto, mentre un quadro d'analisi che si voglia dirsi completo non può prescindere dal prendere in considerazione anche il momento a quello antecedente, e che coincide con l'osservanza della regola: E. Grande, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, cit., pp. 483-484; L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, cit., p. 66.

²¹⁰ A prescindere dal diritto di natura consuetudinaria applicato in quelle corti, Max Gluckman (soprattutto in opere come M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, Manchester, 1955, e Id., *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, Yale University Press, New Haven – London, 1965) intende dimostrare che il modo di ragionare dei giudici è lo stesso di quello dei loro colleghi occidentali. Egli infatti sottolinea che nei casi oggetto d'analisi – casi che nel 80% coinvolgevano controversie di natura matrimoniale – le decisioni dei giudici indigeni erano improntate a ragioni etiche, razionali e di natura conciliatoria. Per una breve ma efficace rassegna degli

studi del giurista antropologo di origini ceche Leopold Jaroslav Pospíšil riveleranno che perfino le comunità Kapauku nel cuore della Papua Nuova Guinea, isolate dall'amministrazione coloniale inglese, dispongono di un'organizzazione sociale complessa e articolata che si distribuisce su una varietà di piani – anticipando così la sua celebre teoria dei 'livelli giuridici'²¹¹.

Al pari di molti altri, questi contributi muovono tutti dal comune intento di sottoporre a revisione critica l'idea legalista e statalista occidentale che nega possa esservi diritto in assenza di un legislatore o di uno Stato. È per mezzo degli strumenti messi a disposizione dall'etnografia e dalle ricerche condotte in prima persona, che giuristi e antropologi come Llewellyn, Hoebel, Gluckman e Pospíšil gettano nuova luce su un'incontrovertibile realtà, ossia su come l'ordine sociale di una società non sia unicamente determinato dalla legge, dalle corti, dalle forze di polizia e dalle procedure giuridiche degli apparati statali ma si componga di un corpo di regole e rimedi ulteriore, di carattere parimenti giuridico, e che governa la dimensione quotidiana delle relazioni interindividuali²¹².

Forti di questa consapevolezza, a partire dalla seconda metà degli anni sessanta un numero sempre maggiore di studiosi dirige la propria attenzione verso i contesti coloniali, i quali nel frattempo si sono largamente resi indipendenti. Invero, a seguito del processo di decolonizzazione degli antichi possedimenti, un altro dato si fa largo sul panorama dottrinale occidentale, e reclama nuova attenzione: quello della sopravvivenza, accanto al diritto statale di stampo europeo, del diritto tradizionale locale, che l'imposizione e l'espansione occidentale non è stata in grado di eliminare²¹³.

studi condotti dall'antropologo, si v. S.F. Moore, *Introduction to the Early Classics of Legal Ethnography*, cit., pp. 70-71.

²¹¹ Pospíšil dimostra come l'organizzazione sociale della comunità Kapauku si plasmi su una molteplicità di 'livelli giuridici' organizzati in modo gerarchico, a ognuno dei quali si legano precise regole e meccanismi di risoluzione delle controversie: dalla famiglia, al parentato, alla comunità di villaggio, alla tribù, fino alla confederazione. Ogni individuo in quanto membro di più sottogruppi risulterà così sottoposto a diversi sistemi giuridici: L.J. Pospíšil, *Kapauku Papuans and their Law*, Human Relations Area Files Press, New Haven, 1964 (ed. orig. Yale University Press, New Haven, 1958), pp. 274 ss.

²¹² L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, cit., pp. 35-36, 44-47; C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, D.M. Engel, *Introduction. Ethnographic Issues*, cit., p. 7.

²¹³ M. Davies, *Legal Pluralism*, cit., pp. 807, 811.

In questo senso, si parla dei contesti post-coloniali come di esempi paradigmatici di ‘pluralismo giuridico’²¹⁴, caratterizzati dalla compresenza in un medesimo territorio di regole e rimedi di diversa provenienza e natura, specie ufficiale ma anche indigena, consuetudinaria, e talvolta perfino religiosa²¹⁵. È all’analisi dei rapporti fra questi differenti diritti, in particolare a quelli di conflittualità data la loro maggiore e immediata evidenza, che una nuova generazione di giuristi e antropologi dedicherà le sue approfondite ricerche²¹⁶.

Per dare voce e ampia visibilità a quegli studiosi e alle loro indagini, verrà inoltre fondata una prestigiosa rivista, il ‘*Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*’²¹⁷, le cui pagine si riempiranno in breve tempo di contributi autorevoli sulla coesistenza nelle ex-colonie di diversi ordini normativi, sulle loro diverse forme di interazione e sui loro affascinanti istituti. Fra questi contributi, per non fare che un esempio, possiamo qui citare il saggio di Tad Crawford sui conflitti, potenziali e attuali, fra i regimi matrimoniali indigeni e quelli di diritto coloniale inglese che affiorano in Ghana²¹⁸, o lo studio di Joko Smart sull’operatività del diritto islamico e il suo rapporto col diritto statale in Sierra Leone²¹⁹, o ancora le molteplici pubblicazioni di Pospíšil ove l’autore sviluppa ulteriormente la teoria dei livelli giuridici da lui stesso elaborata, applicandola alle trasformazioni nel tempo subite dal diritto tradizionale indonesiano a seguito della colonizzazione e decolonizzazione dei territori in Papua Nuova Guinea²²⁰.

²¹⁴ Per quanto la locuzione ‘pluralismo giuridico’ sia a quei contesti precedente. Secondo alcune autorevoli voci, essa infatti troverebbe una prima enunciazione nell’opera del 1939 sull’economia indonesiana dell’antropologo inglese John Sydenham Furnivall (l’opera in questione è J.S. Furnivall, *Netherlands India: A Study of Plural Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1939): così, in particolare, P.L. van den Berghe, *Pluralism*, in J.J. Honigmann (cur.), *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Rand McNally, Chicago, 1973, p. 961; N. Rouland, *Anthropologie juridique*, cit., p. 47.

²¹⁵ L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un’introduzione all’antropologia giuridica*, cit., p. 61.

²¹⁶ S.F. Moore, *Legal Pluralism as Omnium Gatherum*, cit., p. 7.

²¹⁷ Fondata nel 1969, la rivista fu inizialmente pubblicata con il nome di ‘*Journal of African Law Studies*’, ma nel 1981 cambiò in ‘*Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*’: M. Davies, *Legal Pluralism*, cit., p. 807, nt. 1. Per una rassegna completa dei contributi, si rimanda al sito della ‘*Commission of Legal Pluralism*’, di cui dal 2013 la rivista costituisce pubblicazione ufficiale: commission-on-legal-pluralism.com/nl/journal_of_legal_pluralism.

²¹⁸ T. Crawford, *Ghana: Marriage and Divorce*, in *African Law Studies*, vol. 3. n. 4, 1971, pp. 27-46.

²¹⁹ H.M. J. Smart, *The Place of Islamic Law within the Framework of the Sierra Leone Legal System*, in *African Law Studies*, vol. 12, n. 18, 1980, pp. 87-102.

²²⁰ L. Pospíšil, *Modern and Traditional Administration of Justice in New Guinea*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 13, n. 19, 1981, pp. 93-116.

Infine, del medesimo periodo e per certi versi a suo coronamento è l'opera di Barry Hooker dal titolo "*Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*"²²¹, un volume che offre ai suoi lettori una dettagliata ed estesa panoramica dei sistemi giuridici pluralisti e dell'interazione fra diritti statali e no nei territori delle ex-colonie dell'Asia, dell'Africa e del Medio-oriente²²².

A partire da quel momento in Occidente, una volta definitivamente consolidata la prospettiva che consentirà a giuristi e antropologi di relazionarsi al fenomeno giuridico con maggiore apertura e sensibilità, sul panorama dottrinale inizia ad attecchire l'idea che in ogni luogo si ritrovino cospicui insiemi di regole e rimedi stabiliti e applicati, non dagli organi ufficiali dello Stato, bensì dalle comunità che di quella società fanno parte. È così che si spalancano le porte ad una nuova fase nella storia del pensiero pluralista, forse quella più avvincente, che dedica i suoi sforzi all'analisi sulla compresenza e sulle interrelazioni fra diritto ufficiale e non ufficiale in seno alle società industrializzate occidentali. Siamo di fronte, va da sé, a quella fila di ricerche che marcerà in Occidente sotto la bandiera del 'nuovo pluralismo giuridico'.

3.2 Recenti sviluppi e interpretazioni

A partire dagli anni settanta del Novecento, abbandonato l'esclusivo riferimento al diritto coloniale, gli studi giuridico-antropologici si concentrano su una serie di ricerche in prevalenza di carattere empirico tese a indagare i fenomeni di 'pluralismo giuridico' diffusi entro i confini occidentali²²³.

²²¹ Per un confronto, si v. B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975.

²²² M. Davies, *Legal Pluralism*, cit., p. 811; S.E. Merry, *Legal Pluralism*, cit., p. 871.

²²³ Fra i tanti, C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, D.M. Engel, *Law and Community in Three American Towns*, cit., 1994; M. Galanter, D. Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, in *The American University Law Review*, vol. 42, 1993, pp. 1393-1463; R.C. Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, in *Stanford Law Review*, vol. 38, 1986, pp. 623-687; J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., pp. 1-55; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, cit., pp. 1-47; D.M. Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, in *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 5, n. 3, 1980, pp. 425-454; L. Nader, H. Todd (curr.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, Columbia University Press, New York, 1978; S.F. Moore, *Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in *Law & Society Review*, vol. 7, 1973, pp. 719-746; L.

Una volta assodato che l'esperienza giuridica non si esaurisce nei testi di leggi, sentenze o costituzioni, giuristi e antropologi si prestano a convogliare le loro indagini sulla varietà di regole e rimedi cui le comunità occidentali sono solite fare ricorso²²⁴. Così, dalle relazioni fra colonizzati e colonizzatori, il fuoco dell'analisi giuridico-antropologica muta, e si dirige ai rapporti quotidiani fra gruppi subordinati e dominanti delle diverse organizzazioni sociali presenti in Occidente²²⁵.

Si tratta – si badi – di un approccio metodologico che presuppone uno sforzo intellettuale non indifferente, in quanto richiede il definitivo abbandono della visione positivista – anche detta di “*legal centralism*”²²⁶ – che accompagna quegli studiosi, e di cui risulta impregnato non solo ogni livello della loro formazione accademica, ma perfino ogni ambito della loro cultura²²⁷. Ecco perché il processo verso la consapevolezza del carattere pluralista di qualsiasi società, specie della propria, passa inevitabilmente per la critica della concezione statalista di diritto e la sua confutazione, per proseguire poi col fondamentale contributo offerto dallo studio dei regimi coloniali: è solo grazie al confronto e alla comparazione con il diverso, con l'esotico, in una parola con l'altro, che quei giuristi e quegli antropologi potranno così realizzare che distinzioni come quelle fra ‘società primitive’ e ‘società moderne’, fra ‘società semplici’ e ‘complesse’ non hanno ragione di esistere in Occidente né altrove²²⁸.

Non è quindi un caso che fra gli esponenti di questo secondo pluralismo si inseriscano per lo più studiosi che avevano iniziato con l'indagare la congerie di regole e rimedi

Pospíšil, *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Harper & Row, New York, 1971; L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven – London, 1969; S. Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, pp. 55-67.

²²⁴ S.E. Merry, *Legal Pluralism*, cit., p. 873.

²²⁵ G.R. Woodman, *What is the Commission About?*, in *Newsletter of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, vol. 14, 1987-1988, pp. 3-4.

²²⁶ M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, cit., p. 1; O.E. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, cit., pp. 520, 537; J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, cit., pp. 2-3; H.W. Arthurs, *Without the Law. Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, cit., p. 2; S.E. Merry, *Legal Pluralism*, cit., p. 874.

²²⁷ Da quello scolastico, al settore letterario fino persino a quello cinematografico e televisivo: in ognuno di questi ambiti della vita quotidiana delle comunità occidentali prevalente è l'idea che ‘diritto’ sia il diritto di fonte statale di cui le leggi, le sentenze dei giudici e gli altri atti di provenienza autoritativa costituiscono una puntuale manifestazione. Sul punto, si v. S. Macaulay, *Presidential Address: Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports*, in *Law & Society Review*, vol. 21, n. 2, 1987, pp. 192-204; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., pp. 78, 80.

²²⁸ S.E. Merry, *Legal Pluralism*, cit., p. 874.

(ufficiali e no) cui le comunità presenti nei contesti coloniali e post-coloniali erano solite fare affidamento. Fra i molti, possiamo qui ricordare Sally Falk Moore con le sue autorevoli ricerche sulle società indigene tasmane²²⁹, Richard Abel con il suo studio sul sistema giudiziale dei territori dell’Africa prima e dopo la colonizzazione²³⁰, Peter Fitzpatrick, il quale ha dedicato un intero volume al pluralismo in Papua Nuova Guinea²³¹, o Francis Snyder, con le sue investigazioni sul diritto consuetudinario senegalese²³². Ancora, non sfuggono all’elenco Boaventura de Sousa Santos con la sua esposizione sul diritto delle ‘*favelas*’ brasiliane²³³, e Marc Galanter con le sue numerose pubblicazioni sul diritto applicato nelle ex-colonie indiane²³⁴.

Alla luce di questi studi, diviene allora chiaro come il ‘primo’ pluralismo, quello classico, abbia rivestito una funzione strumentale rispetto al ‘nuovo pluralismo giuridico’, richiamando l’attenzione sui legami ‘sociali’ del diritto e sulla complessità di norme e strati non ufficiali che regolano le relazioni di ogni comunità – ma che in riferimento ai contesti coloniali appaiono sicuramente di maggiore e immediata evidenza²³⁵. Altrettanto vero tuttavia è che, rispetto al primo, il ‘nuovo pluralismo’ si caratterizza non solo per il differente campo d’indagine – ossia la stratificazione in seno

²²⁹ E che hanno portato l’antropologa a pubblicare molti contributi sul tema, fra cui S.F. Moore, *Social Facts and Fabrications: ‘Customary’ Law on Kilimanjaro 1880-1980*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, oltre a Id., *Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, cit., pp. 719-746.

²³⁰ Su cui si v. in particolare R. Abel, *Western Courts in Non-Western Settings: Patterns of Court Use in Colonial and Neo-Colonial Africa*, in S.B. Burman, B.E. Harrell-Bond (curr.), *The Imposition of Law*, Academic Press, New York, 1979, pp. 167-200.

²³¹ Si tratta del volume P. Fitzpatrick, *Law and State in Papua New Guinea*, Academic Press, London, 1980.

²³² F. Snyder, *Colonialism and Legal Form: The Creation of ‘Customary Law’ in Senegal*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 13, n. 19, 1981, pp. 49-90.

²³³ B. de Sousa Santos, *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law*, in *Law and Society Review*, vol. 12, n. 1, 1977, pp. 5-126.

²³⁴ Fin dagli inizi della sua carriera, Marc Galanter coltiva con entusiasmo il suo interesse per il diritto indiano. Fra i molti contributi sul tema, si v. M. Galanter, R. Dhavan, *Law and Society in Modern India*, Oxford University Press, New Delhi, 1989; M. Galanter, *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*, Oxford University Press, New Delhi, 1984; C.S. Meschivitz, M. Galanter, *In Search of Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution*, in R. Abel (cur.), *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, New York, 1982; U. Baxi, M. Galanter, *Panchayat Justice: An Indian Experiment in Legal Access*, in M. Cappelletti, B. Garth (curr.), *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 343-386. Per una panoramica più dettagliata circa la carriera accademica del giurista e dei suoi contributi, si v. R. Abel, *How Marc Galanter Became Marc Galanter*, in *DePaul Law Review*, vol. 62, 2013, pp. 555-569.

²³⁵ S.E. Merry, *Legal Pluralism*, cit., p. 872.

alla società occidentale, ambito fino a quel momento inesplorato –, ma anche per il diverso approccio metodologico, teso questa volta a mettere in luce tutte le possibili e variegate forme di interazione fra ordini normativi, in maniera cioè indipendente dalla loro conflittualità²³⁶.

Si tratta di una sensibilità cui saranno particolarmente esposti specie gli antropologi e i giuristi statunitensi, ma che non mancherà di collezionare grandi nomi anche fra le fila degli studiosi europei, in particolare nell'ambito dell'antropologia giuridica francese e olandese²³⁷.

Per tutta la seconda metà del secolo da una sponda all'altra dell'Oceano, il fermento pluralista dilaga, come dimostrano i movimenti quali la “*Law and Society*”, i “*Critical Legal Studies*”, nonché istituzioni come la “*Commission on Folk Law and Legal Pluralism*”. In questo clima di vivacità intellettuale, nello studio della dimensione quotidiana del diritto occidentale, il pluralismo non erige barriere empiriche né epistemologiche, ma coinvolge e richiama studiosi da ogni luogo e disciplina sociale, dall'antropologia al diritto, passando per la storia e la sociologia, fino alla psicologia e alla criminologia²³⁸.

Quali esempi paradigmatici di questa fase, possiamo qui citare la teoria dei ‘livelli giuridici’ di Leopold Pospíšil, e quella dei ‘campi sociali semi-autonomi’ di Sally Falk Moore, pietre miliari della letteratura del nuovo pluralismo giuridico.

Invero, secondo Pospíšil ogni società si compone di più sistemi giuridici plasmatisi su una moltitudine di ‘livelli’ fra loro ordinatamente organizzati, a ognuno dei quali si legano differenti regole e meccanismi di controllo sociale. Nel governare i rapporti e le condotte degli individui che ne fanno parte, questi sottogruppi normativi si collocano fra

²³⁶ Per una rassegna della letteratura che si è occupata di temi cari al pluralismo giuridico, si rimanda al volume curato da R. Banakar, M. Travers (curr.), *An Introduction to Law and Social Theory*, 2^a ed., Hart Publishing, Oxford – Portland, 2004.

²³⁷ Per tutti, si possono ricordare i numerosi contributi di Norbert Rouland, Greet van den Berghe, Brian Z. Tamanaha e Franz von Benda-Beckmann: si v., *inter alia*, B.Z. Tamanaha, *The Folly of “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, vol. 20, n. 1, 1993, pp. 192-217; F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 34, n. 47, 2002, pp. 37-82; N. Rouland, *Anthropologie juridique*, cit.; C.J.J. van den Berghe, *Le pluralisme juridique en droit romain*, in J. Gilissen (cur.), *Le pluralisme juridique*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 1971, pp. 89-103.

²³⁸ Su tutto ciò, si v. L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, cit., pp. 50 ss.

loro in relazione gerarchica²³⁹. Il modello di Pospíšil, ricavato in un primo momento dalle ricerche da lui stesso condotte sulle società tradizionali della Papua Nuova Guinea, sarà tuttavia rielaborato ed esteso dal giurista e antropologo anche alle comunità occidentali a lui contemporanee²⁴⁰.

Da parte sua, l'antropologa statunitense Sally Falk Moore rifugge una visione verticale della società, ritenendo che questa si componga di una serie di corpi intermedi che si dispongono fra loro in maniera semi-indipendente e orizzontale. Come dimostra in uno dei suoi saggi divenuto ormai celebre al dibattito²⁴¹, quello dei 'campi sociali semi-autonomi' è un paradigma che per la sua intrinseca universalità è possibile rinvenire tanto nel gruppo etnico dei Chaga della Tanzania ai piedi del Kiliminangiaro²⁴², che nel settore della moda *prêt-à-porter* di New York²⁴³.

Con le loro ricerche, entrambi gli studiosi intendono porre in evidenza come le declamazioni statuali costituiscano solo una parte – peraltro circoscritta – delle regole elaborate, seguite e sanzionate in seno al tessuto sociale, comunitario e familiare di ogni comunità, coloniale, ex-coloniale, o occidentale che sia. I loro contributi rappresentano le fondamenta ideologiche del nuovo pluralismo giuridico, il cui dibattito da quel momento in avanti si articolerà in varie direzioni, alternandosi fra la sfera locale e quella globale²⁴⁴.

Fra i contributi di massimo spessore di questa nuova *vague* pluralista, troviamo il nome di Marc Galanter, che nel suo celebre saggio "*Justice in many Rooms*", affronta il tema

²³⁹ Su cui, v. anche retro, nel presente Cap., par. 3.1, nt. 211.

²⁴⁰ L. Pospíšil, *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, cit., pp. 98-99, 107.

²⁴¹ Si tratta del saggio S.F. Moore, *Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, cit., pp. 719-746.

²⁴² Gli esempi riportati dall'antropologa sul diritto tradizionale cui la comunità dei Chaga sono soliti ricorrere per il governo e la gestione delle loro situazioni proprietarie intende dimostrare come un campo sociale autoregolante possa talvolta garantire un controllo più efficace nell'allocazione delle risorse rispetto a quello offerto dal sistema di diritto statale: S.F. Moore, *ult. op. cit.*, p. 742.

²⁴³ S.F. Moore evidenzia come le esigenze del mercato della moda '*prêt-à-porter*' di New York si collocano in accentuato contrasto con la disciplina legislativa statale e i rigidi vincoli di pianificazione contrattuale da essa imposti. Anche per questo motivo, molte delle relazioni contrattuali in quel settore si sviluppano in modo spontaneo e talvolta perfino in violazione dell'assetto contrattuale positivo, senza che tuttavia tale comportamento possa dare adito all'instaurarsi di una controversia dinnanzi a una corte ufficiale. In questi casi, le condotte di chi avrebbe avuto titolo ad agire in giudizio sono invero ricompensate mediante il ricorso a un articolato sistema di favori e relazioni sociali di natura amichevole. L'antropologa sottolinea così come anche questo contesto, così differente da quello delle comunità Chaga della Tanzania, tenda e persegua un suo equilibrio e ordine giuridico: S.F. Moore, *ult. op. cit.*, pp. 723-729.

²⁴⁴ B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, cit., p. 375.

particolarmente delicato – ma allo stesso tempo estremamente attuale – dell’accesso alla giustizia civile negli Stati Uniti. Il giurista, anch’egli statunitense, prende infatti atto delle criticità del suo sistema nazionale e a riprova, sulla scia di alcuni illustri precorritori²⁴⁵, porta evidenza dell’esistenza di un diritto ‘indigeno’ (*‘indigenous ordering’* o *‘indigenous law’*)²⁴⁶, cui ad oggi risulta rimessa la più parte delle relazioni giuridiche quotidiane delle famiglie e delle organizzazioni sociali americane. Interessante è sottolineare come, al di là della sussistenza e prevalenza di questo ordine non ufficiale, Galanter sostenga come sia opportuno che qualsiasi giurista occidentale ne studi le forme e i modi di interrelazione col diritto statale²⁴⁷: è solo tramite tale approccio che, a suo parere, è possibile comprendere come dotare leggi, sentenze e altri atti di provenienza autoritativa di effettività e di un ruolo sostanziale nella vita quotidiana dei loro consociati²⁴⁸.

Più o meno contemporaneamente, un altro giurista americano, David Engel richiama l’attenzione per il suo studio sull’insieme di regole e rimedi che governano i rapporti contrattuali e familiari di una comunità di agricoltori del mid-West negli Stati Uniti²⁴⁹. L’indagine offre inoltre un’interessante panoramica dei meccanismi di diritto non ufficiale cui quegli individui fanno puntuale affidamento per l’adempimento delle loro regole e obbligazioni – *inter alia*, il ‘gossip’, l’ostracismo sociale, il diniego di future collaborazioni e a volte perfino la violenza fisica e verbale – e della percezione (in prevalenza negativa) che essi hanno delle corti locali di diritto statale²⁵⁰.

Ancora, a distanza di qualche anno, Robert Ellickson analizza nel dettaglio gli equilibri normativi su cui si costruiscono le relazioni di vicinato fra gli abitanti di una comunità di contea californiana²⁵¹. Dallo studio emerge come le regole cui quei membri

²⁴⁵ Fra cui, oltre a Moore e Pospíšil, si inseriscono anche Fuller e Macaulay: si v. M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, cit., rispettivamente, p. 18, nt. 25 e p. 22, nt. 34.

²⁴⁶ M. Galanter, *ult. op. cit.*, p. 17.

²⁴⁷ S.F. Moore, *Legal Pluralism as Omnium Gatherum*, cit., p. 10.

²⁴⁸ M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, cit., p. 31, spec. nt. 48.

²⁴⁹ Su tutto ciò si v. D.M. Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, cit., pp. 425-454.

²⁵⁰ S.F. Moore, *Legal Pluralism as Omnium Gatherum*, cit., p. 11.

²⁵¹ Si tratta del contributo di R.C. Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, cit., pp. 623-687, da cui l’autore svilupperà la monografia R.C. Ellickson, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, cit.

dichiarano quotidiana obbedienza siano di contenuto diverso e talvolta perfino in contrasto con quelle di diritto ufficiale, le quali sono del resto sovente ignorate da quegli stessi individui e dalle loro famiglie. Il ricorso prevalente alla non ufficialità e alle sue promanazioni appare giustificato da ragioni di opportunità e reciprocità, in quanto teso a garantire la massimizzazione dell'interesse collettivo e il mantenimento dell'ordine sociale²⁵². Un altro dato su cui Ellickson si sofferma, e che sarà in seguito sviluppato anche da altri studiosi²⁵³, è il ruolo che l'aspettativa di una relazione duratura, qualsiasi essa sia, anche di mero vicinato, può rivestire nella scelta degli individui di ricorrere a regole e rimedi alternativi a quelli di diritto positivo²⁵⁴.

Negli ultimi anni il dibattito sul pluralismo giuridico si è arricchito di nuovi e ulteriori spunti, legati principalmente ai fenomeni di globalizzazione che hanno investito la società occidentale. Fra questi, per citarne alcuni, si inseriscono la frammentazione dei processi produttivi dei beni di consumo di massa, l'esponenziale aumento dei flussi migratori, l'affermarsi di nuovi organismi di diritto internazionale e di altri di regolazione privata, l'espansione dei mercati finanziari, l'ampia diffusione di tecnologie sempre più innovative fino all'introduzione di sistemi di comunicazione a copertura mondiale²⁵⁵. Tali eventi rappresentano non solo una puntuale testimonianza di come il diritto abbia ormai raggiunto una dimensione globale, ma anche del definitivo acutizzarsi di quella crisi dello Stato moderno cui già ad inizio Novecento un giurista come Santi Romano aveva previsto e denunciato il decorso²⁵⁶.

A causa dell'affermarsi di nuove identità collettive e del crearsi di plurimi modelli economico-culturali, lo Stato e il suo monopolio giuridico perdono difatti ulteriore

²⁵² R.C. Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, cit., p. 672, nt. 135, p. 687.

²⁵³ Così, ad esempio, da L. Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, spec. pp. 1796-1798.

²⁵⁴ R.C. Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, cit., pp. 675-676.

²⁵⁵ L.M. Friedman, *One World: Notes on the Emerging Legal Order*, in M. Likosky (cur.) *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, Lexis Nexis, Butterworth, 2002, pp. 23-40; G. Teubner, "Global Bukowina": *Legal Pluralism in the World Society*, in Id. (cur.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 3-28.

²⁵⁶ Su cui v. retro, nel presente Cap., parr. 1 e 2.3, specie nt. 9.

prestigio e potere normativo²⁵⁷. La sua sovranità e il suo primato sono invero progressivamente scalfiti dall'imporsi sul panorama sovra- e transnazionale di variegati sistemi giuridici non ufficiali: si pensi alla secolare *'lex mercatoria'*, che in tempi recenti è stata affiancata da una *'lex sportiva'*, dal diritto di Internet, dalla diffusione di canoni di standardizzazione e di codici di responsabilità sociale, oltre che da tutte le altre e variegata forme di auto-regolazione che dominano la scena globale²⁵⁸.

La proliferazione di questi nuovi centri di produzione del diritto infra-, supra- e transnazionale non ha mancato di attirare l'attenzione di una certa parte del dibattito accademico che ha così parlato di una nuova 'fase' nella storia del pensiero pluralista, quella che si nasconderebbe sotto l'etichetta del 'pluralismo giuridico internazionale'²⁵⁹. In particolare, la dimensione 'locale' del fenomeno giuridico, su cui fino a poco tempo prima si concentrava il monopolio degli studi pluralisti, è stata in breve tempo travalicata da una copiosa letteratura che ha iniziato a occuparsi di regimi giuridici globali²⁶⁰.

²⁵⁷ J. Smits, *A Radical View of Legal Pluralism*, in L. Niglia (cur.), *Pluralism and European Private Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2013, p. 163; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cit., pp. 21-22, 29, 31.

²⁵⁸ Sul punto, si v. il volume curato da F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, oltre a E.P. Stringham, *Private Governance. Creating Order in Economic and Social Life*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

²⁵⁹ In questa prospettiva, si è anche parlato di 'diritto transnazionale', oltre che di *'law and globalization'*: per tutti, si v. C. Rodríguez Garavito, B. de Sousa Santos (curr.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; P.S. Berman, *From International Law to Law and Globalization*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, pp. 485-556; R. Cotterrell, *What is Transnational Law?*, in *Law & Social Inquiry*, vol. 37, n. 2, 2012, pp. 500-524; F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, in *Journal of Law and Society*, vol. 38, n. 1, 2011, pp. 20-49.

²⁶⁰ Fra questi, R. Cotterrell, *From Living Law to Global Legal Pluralism: Rethinking Traditions from a Century of Western Socio-Legal Studies*, Legal Studies Research Paper n. 229, 2016, pp. 1-18; C. Brummer, *Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in The 21st Century*, Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2012; F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, cit., pp. 20-49; M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit.; W. Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2010, pp. 473-517; S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009; R. Michaels, *Global Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law & Social Sciences*, vol. 5, 2009, pp. 243-262; P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, pp. 1155-1237; F. Casucci, *Il diritto "plurale". Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, spec. pp. 19-123; B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, cit.

Molte sono infatti le indagini e ricerche dedicate al diritto privato del ‘*business law*’ transnazionale, ove il carattere pluralista è reso evidente *in primis* dalla frammentazione dei processi di produzione di molti beni di consumo cui si legano numerose fonti di natura ufficiale e non, come le leggi dei singoli stati nazionali, i trattati e le convenzioni internazionali (si pensi agli accordi promossi in seno alla WTO come il GATT), i patti e le fonti di integrazione regionale (NAFTA, Mercosur, Unione Europea), ma anche le prassi transnazionali delle grandi ‘*law firms*’, gli INCOTERMS della Camera Internazionale di Commercio, gli standard elaborati dall’ISO, i numerosi Codici di condotta adottati dalle imprese multinazionali, nonché il diritto spontaneamente imposto dai più potenti attori del settore²⁶¹.

Sul fronte dei rimedi, inoltre, da tempo ormai i protagonisti del ‘*business law*’ tendono ad adottare regimi e strumenti di aggiudicazione auto-creati, elaborando da sé le modalità di composizione delle liti e scegliendo il diritto e le corti deputati a dirimerle²⁶².

In tal senso, una chiara esemplificazione del complesso sistema di regole e rimedi cui oggi si affida una buona parte degli attori globali è quella che ci deriva dallo studio di Francis Snyder sulla famosa ‘*Barbie*’, proprietà della nota azienda californiana, la Mattel, Inc²⁶³. Dietro infatti la celebre etichetta “*made in China*” si nasconde un

²⁶¹ Per un approfondimento su questi aspetti, si rimanda a J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 217 ss., 608 ss.; G.P. Calliess, P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart, Oxford – Portland, 2010, pp. 35 ss., 134 ss.; G. Alpa, *La prassi e i codici deontologici*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, vol. II: *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, cit., pp. 101-109, 119-128. Merita inoltre sottolineatura il ruolo recentemente rivestito sulla scena globale da alcuni ‘*business actors*’ di natura esclusivamente privata, fra cui si inseriscono Google, Netflix, Facebook, Apple o Dropbox, capaci di imporre il loro paradigma regolatorio a scapito delle normative statali: così, ad esempio, in tema di *privacy*, di diritti di proprietà intellettuale, o di cessione dei dati. Sul punto si v. in generale, M. Leiser, A. Murray, *The Role of Non-State Actors and Institutions in the Governance of New and Emerging Digital Technologies*, in R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (curr.), *The Oxford Handbook on the Law and Regulation of Technology*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 670-703. Per un esempio specifico, si v. invece la dettagliata analisi di J. Schinasi, *Practicing Privacy Online: Examining Data Protection Regulations through Google’s Global Expansion*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 52, 2014, pp. 569-616.

²⁶² M. Bussani, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 27, 45, 222, nt. 67; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cit., p. 38.

²⁶³ Lo studio è il seguente: F. Snyder, *Governing Economic Globalization: Global Legal Pluralism and European Union Law*, in *European Law Journal*, vol. 5, n. 4, 1999, pp. 334-374. Ulteriori simili esempi sono offerti da G. Gereffi, *The Organization of Buyer-Driven Global Commodity Chains: How U.S. Retailers Shape Overseas Production Networks*, in G. Gereffi, M. Korzeniewicz (curr.), *Commodity*

complesso e articolato processo produttivo cui si lega una congerie di regole di diverso contenuto, tipo e soprattutto provenienza. Il popolare giocattolo viene assemblato negli stabilimenti presenti nel territorio cinese, ed è dalla Cina che quindi derivano la forza lavoro, l'elettricità, e il cotone dei vestiti indispensabili alla fabbricazione della bambola. Tuttavia, il nylon che compone i suoi capelli è fornito dal Giappone, Taiwan raffina il petrolio dell'Arabia Saudita e lo trasforma in etilene per la costruzione delle parti in plastica del corpo, i macchinari per la produzione sono americani, giapponesi e di Hong Kong, mentre dagli Stati Uniti proviene anche il cartone necessario all'imballaggio e i pigmenti per la colorazione. Infine, i servizi di attività bancaria e assicurativa sono erogati da Hong Kong, che provvede altresì al trasporto delle materie prime e dei prodotti finiti²⁶⁴.

Come anticipato, dal punto di vista giuridico, tutto ciò comporta l'esposizione per i soggetti in tale processo coinvolti a una pluralità di regole e sistemi di aggiudicazione innanzitutto di carattere autoritativo: così, ad esempio, la tutela in materia di *copyright* sarà quella fornita dal diritto statunitense, la normativa sui contributi dei dipendenti e sulla sicurezza sul posto di lavoro sarà quella cinese, le regole anti-trust saranno invece quelle nazionali di ogni singolo paese mentre, una volta importato in Europa, al prodotto si applicheranno pure i regolamenti e le direttive europei, come quelli a garanzia del consumatore²⁶⁵.

Tuttavia, vero è che la rete di produzione si realizza anche per mezzo di accordi stipulati a livello locale da soggetti privati, i cui contenuti nascono cioè dal consenso delle loro parti, lontano dalle disposizioni di leggi, sentenze, costituzioni e trattati di diritto positivo²⁶⁶. Si pensi, in particolare, ai Codici di condotta applicati proprio in seno al mercato cinese da alcune note imprese multinazionali, e il cui rispetto dagli attori locali è in questi casi determinato dalla volontà di poter ottenere un atto di conformità allo

Chains and Global Capitalism, Praeger Publishers, Westport, CT – London, 1994, pp. 95-122. In un'ottica più generale, si v. invece quanto riportato da D. Vogel, *Private Global Business Regulation*, in *Annual Review of Political Science*, vol. 11, n. 1, 2008, pp. 261-282; G. Shaffer, *How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework*, in *Connecticut Law Review*, vol. 42, n. 1, 2009, pp. 147-183.

²⁶⁴ F. Snyder, *ult. op. cit.*, p. 339.

²⁶⁵ S.F. Moore, *Legal Pluralism as Omnium Gatherum*, cit., pp. 15-16.

²⁶⁶ F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, cit., pp. 20-22.

standard ISO 14001 coniato da un altro organismo di natura privata e attestante il carattere di ‘sistema di gestione ambientale’ dell’ente a cui viene rilasciato²⁶⁷.

A tal proposito, va qui specificato che la produzione di regole e la soluzione delle controversie del ‘*business law*’ transazionale può talora piegarsi a strutture e meccanismi ulteriori – se non del tutto sfuggenti – rispetto a quelli scolpiti negli strumenti normativi formali²⁶⁸. Sulla scena globale, intere aree di regolazione sono oggi affidate a organismi di natura privata o ibrida che svolgono funzioni pubbliche di massimo rilievo, come ad esempio quelle esercitate dell’International Organization of Standardization (ISO), cui abbiamo appena fatto cenno, e che adotta migliaia di standard tecnici, volti ad armonizzare processi e prodotti. Ma possiamo altresì ricordare la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT), che fissa i codici di identificazione bancaria utilizzati nelle transazioni internazionali, o l’Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), che svolge numerose attività di gestione relative alla rete Internet a livello mondiale, e in particolare si occupa dei protocolli tecnici e della gestione e attribuzione dei nomi a dominio²⁶⁹.

In tutti questi casi istituzioni di natura privata finiscono col gestire interessi e esercitano funzioni di natura pubblica tramite l’elaborazione di regole ufficialmente non vincolanti ma che *de facto* sono percepite e applicate come tali da una moltitudine di attori su scala globale²⁷⁰.

Fenomeni come quelli fin qui riportati son stati oggetto di numerosi studi e contributi²⁷¹, che hanno messo ancora una volta in luce i limiti di una concezione giuridica come

²⁶⁷ Per una panoramica sui diversi Codici di condotta e sulle altre forme di regolazione privata diffuse sulla scena globale, si v. L. Li-Wen, *Legal Transplants through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, n. 3, 2009, spec. pp. 720-727.

²⁶⁸ M. Bussani, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 78-80, 95-97.

²⁶⁹ Per un’analisi approfondita e ulteriori riferimenti, si v. S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma – Bari, 2006, pp. 120 ss.; J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, cit., pp. 217 ss.; E. Meidinger, *Private Import Safety Regulation and Transnational New Governance*, in C. Coglianese, A.M. Finkel, D. Zaring (curr.), *Import Safety: Regulatory Governance in the Global Economy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2009, pp. 233-254; F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, cit., pp. 20-49.

²⁷⁰ Si tratta di fenomeni che, vale la pena sottolinearlo, contribuiscono a scalfire la rigida dicotomia fra ‘diritto pubblico’ e ‘diritto privato’: M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cit., pp. 18-19; S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, cit., pp. 69-70.

²⁷¹ *E multis*, v. retro, nel medesimo paragrafo, ntt. 258-261, 263, 269.

quella positiva, che tende e pretende a ridurre tutta l'esperienza giuridica al solo ed unico diritto di fonte autoritativa²⁷². Quegli studi hanno cioè colpito le fondamenta dei dogmi della statalità del diritto e dell'unità dell'ordinamento giuridico e sgomberato così il terreno per l'affermazione di un modello pluralistico maggiormente adatto a farsi carico dell'esposizione, descrizione e interpretazione degli equilibri normativi delle società occidentali²⁷³.

Al netto di alcuni sforzi definitivi²⁷⁴, il pluralismo ha aperto la strada a una comprensione nuova e diversa della giuridicità, che prescinde da qualsiasi ideologica e rassicurante astrazione semplicistica del diritto e dell'ordine giuridico²⁷⁵.

Il nostro percorso ha cercato e cercherà di fare propria questa prospettiva, al fine di sollevare il velo sui miti del positivismo giuridico e del monoteismo giuridico, sui limiti e le contraddizioni proprie alla concezione legalista, nonché sulla incontrovertibile e inevitabile complessità di ogni diritto, a qualsiasi latitudine e in qualsiasi epoca.

Oggi più di ieri, nell'affollato panorama della globalizzazione, dei flussi migratori, dell'urbanizzazione incontrollata e dell'innovazione tecnologica non sembra esserci più

²⁷² B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, cit., p. 386.

²⁷³ B. de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 3, 1987, pp. 297-299; F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffith, *Space and Legal Pluralism: An Introduction*, in Idd. (curr.) *Spatializing Law. An Anthropological Geography of Law in Society*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009, p. 4.

²⁷⁴ La questione di carattere definitorio su cosa debba intendersi per 'diritto' è da tempo nota al dibattito. Perplexità sull'uso del termine 'giuridico' e sulla difficoltà di distinguere fra cosa lo è e cosa no sono invero emerse anche in alcuni importanti recenti e autorevoli contributi (per tutti, si v. S.E. Merry, *Legal pluralism*, cit., p. 878). Tuttavia, all'ora attuale, in molti hanno preso le distanze da un tale intento definitorio, sottolineandone limiti e rischi: data l'insita complessità che caratterizza il diritto quale fenomeno sociale, infatti, molti di quei tentativi potrebbero dare origine a categorie concettuali del tutto inadeguate, fuorvianti e soprattutto inutili in quanto prive di qualsiasi rilevanza concreta (così sottolineano, *inter alii*, B.Z. Tamanaha, *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, cit., pp. 192-217; F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, cit., pp. 38-39, 74; P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, cit., pp. 1235-1237; B. de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, cit., pp. 297-299). D'altronde, che il terreno sterile delle definizioni vada abbandonato, è una realtà che gli antropologi hanno sostenuto e accettato da tempo (L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, cit., p. 62; S.F. Moore, *General Introduction*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, cit., p. 2).

²⁷⁵ F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, cit., pp. 38-39, 74; P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, cit., pp. 1235-1237; B. de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, cit., pp. 297-299; F. Casucci, *Il diritto "plurale". Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, cit., pp. 31-33; M. Bavinck, G.R. Woodman, *Can There be Maps of Law?*, in F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffith (curr.), *Spatializing Law. An Anthropological Geography of Law in Society*, cit., pp. 195-196; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. XX.

spazio per gli antichi fantasmi del primato della legge, della certezza e della statualità del diritto, della distinzione fra 'diritto pubblico' e 'diritto privato'. Come vedremo, si tratta di tassonomie e illusioni che, sul terreno delle soluzioni operative, in particolare di quelle che caratterizzano l'amministrazione quotidiana dei rapporti familiari e proprietari cui sono dedicati i Capitoli II e III, non hanno fondamento di esistere. Alla luce di tali soluzioni operative, dovrebbe apparire finalmente chiaro a quel giurista formatosi sotto la temperie statalista come perfino in Occidente il monismo giuridico sia diventato un terreno troppo scivoloso sul quale poter continuare a (credere di) camminare.

CAPITOLO II

FAMIGLIE E CONVIVENZE ALL'OMBRA DEL DIRITTO UFFICIALE

1. Equilibri e dinamiche fra le mura domestiche

Le indagini pluraliste ci insegnano come in ogni comunità, micro o macro che sia, le dinamiche delle relazioni interpersonali siano governate da strati di regole e strumenti di risoluzione delle controversie che fioriscono indifferenti a, o in contrasto con il diritto ufficiale¹. Il dato è di indubbia evidenza anche all'interno delle società occidentali², in particolare in seno alle comunità domestiche, ove l'amministrazione quotidiana del diritto risulta sovente rimessa alla non ufficialità e alle sue promanazioni. È questo il caso della famiglia, ufficializzata o no, nonché delle altre forme di convivenza abitativa cui è dedicato il presente Capitolo.

In primis, l'analisi verterà sulle dinamiche e sugli equilibri della famiglia 'tradizionale', quella fondata sul matrimonio fra individui di sesso diverso, sulla quale da sempre lo Stato occidentale rivendica la propria egemonia regolatoria (parr. 2 e 3). Ai nostri fini, del resto, significativo è constatare come perfino in quei contesti, considerati dal giurista positivista come di influenza esclusiva del diritto statale, la più parte delle controversie nasca e si esaurisca al di fuori delle sue corti, e in maniera sovente indipendente dalle sue disposizioni³. Dapprima ci soffermeremo sulle realtà domestiche ove la sussistenza di regole e rimedi di stampo non ufficiale si manifesta in modo immediato e incontrovertibile: l'esempio ci deriva da alcune comunità etniche e religiose oggi

¹ R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, cit., pp. 86-88, 125-126; M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., p. 25; R. Cotterrell, *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Aldershot – Burlington, 2006, p. 4.

² Come più volte sottolineato, v. retro, Cap. I, specie parr. 1 e 3.2.

³ G.S. Becker, K.M. Murphy, *The Family and the State*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 31, n. 1, 1988, p. 1; B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, cit., specie pp. 424-426; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., pp. 87-88.

stabilmente presenti sul suolo occidentale, le cui famiglie, pur condividendo la necessità di organizzare i loro legami attorno al vincolo matrimoniale, decidono di dichiarare obbedienza a regimi e principi diversi da quelli prodotti dall'ufficialità (par. 2). Passate in rassegna le ragioni che spingono tali individui a ricorrere a regole e soluzioni alternative al diritto ufficiale, sarà la volta delle famiglie 'maggioritarie', ossia di quelle forme di coniugio i cui soggetti esprimono valori in consonanza con quelli dominanti nelle società di riferimento. Sono contesti che, potremmo definire come 'tipicamente' o 'esclusivamente' occidentali, ma che non per questo si rivelano di dominio privilegiato delle regole di diritto ufficiale e dei suoi sistemi di risoluzione delle controversie (par. 3). È proprio sotto il profilo delle dispute, in particolare di quelle che sorgono nelle situazioni di crisi e che sfociano poi in un divorzio, che la spontanea adesione di quelle famiglie a regole e prassi di diritto non ufficiale, per quanto silenziosa, resta viva e rilevante⁴. Abbracciando una prospettiva differente e lontana da quella di giudici e legislatori, apparirà allora evidente come il ricorso che quegli individui e le loro famiglie fanno alle corti di diritto statale altro non è che il pallido riflesso di una realtà giuridica molto più ampia, variegata e complessa di quella cui guardano l'ufficialità e i suoi rappresentanti.

Dalle interazioni fra diritto ufficiale e non ufficiale nei contesti matrimoniali, l'attenzione si sposterà alle regole e rimedi che governano le forme di convivenza abitativa fra individui non legati da un vincolo coniugale. In tale gruppo si inseriscono numerose forme coabitative, *in primis* le convivenze 'more uxorio', tanto fra soggetti del medesimo sesso che no (par. 4). A dispetto del trattamento riservato loro dal diritto statale, vedremo come, sotto il velo della non ufficialità, queste forme di convivenza perdano ogni distinzione operativa rispetto al regime proprio alle famiglie 'tradizionali'⁵. Di seguito, ci si soffermerà su un'altra tipologia di convivenze, quelle cioè non dettate da ragioni familiari o sentimentali (par. 5). L'esame di tale categoria di rapporti metterà in luce come, persino nelle coabitazioni fra 'estranei', sia il diritto non

⁴ S. Macaulay, *Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract*, in *Law & Society*, vol. 11, n. 3, 1977, p. 508; H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, in *Law & Society Review*, vol. 26, n. 3, 1992, pp. 578, 580; S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, in *Virginia Law Review*, vol. 86, n. 8, 2000, p. 1904.

⁵ M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 1989, p. 252; R. Leckey, *Must Equal Mean Identical? Same-Sex Couples and Marriage*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 10, n. 1, 2014, p. 8.

ufficiale a costituire, ancora una volta, la fonte primaria di regolazione delle relazioni interindividuali⁶.

2. Famiglie e matrimoni: quale 'diritto' (e perché)?

Come anticipato⁷, quello della famiglia è un tema particolarmente caro alla riflessione pluralista⁸. Fin dagli esordi di tale corrente, i suoi rappresentanti si sono infatti occupati di indagare l'effettiva incidenza del diritto statale – inizialmente quello di fattura coloniale nei contesti extra-occidentali – sui legami di matrice familiare⁹.

Su quei legami, lo Stato occidentale ha da sempre rivendicato a sé un notevole margine di controllo, imponendo entro i suoi confini, nonché, all'occorrenza, esportando al di fuori di essi il proprio modello giuridico. Un modello che, sia in Occidente che altrove, ambisce a regolare molti aspetti della vita familiare tradizionalmente costruita, nell'immaginario occidentale, sull'istituto del matrimonio: dai diritti ai doveri dei coniugi, all'educazione e alla custodia dei figli, fino ai modi e ai motivi di dissoluzione del rapporto coniugale¹⁰.

Vale tuttavia la pena chiedersi se, a prescindere dalle loro intenzioni e aspirazioni, tali tentativi si siano rivelati, in ultima analisi, fecondi: invero, negli ordinamenti dell'Africa coloniale *in primis*, la cieca esportazione delle regole di stampo europeo operata dall'Occidente ha finito col riscuotere, soprattutto sul fronte dei rapporti familiari, una

⁶ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2008, p. 92.

⁷ V. retro, Cap. I, parr. 3.1 e 3.2.

⁸ È proprio nelle regole che scandiscono la vita familiare, del resto, che l'identità culturale e comunitaria di un determinato individuo si esprime e si afferma con immediata evidenza: D. Francavilla, *The Uniformisation of Family Law in Europe and the Place of Ethnic Minorities*, in P. Shah, M.C. Foblets, M. Rohe (cur.), *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2014, p. 104.

⁹ Per tutti, si v. L. Pospíšil, *Modern and Traditional Administration of Justice in New Guinea*, cit., pp. 93-116; M. Chanock, *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 4 ss.

¹⁰ G.S. Becker, K.M. Murphy, *The Family and the State*, cit., p. 1; B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, cit., specie pp. 424-426; F. Swennen, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, in Id. (cur.), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Springer, Cham, 2015, p. 23.

scarsa operatività¹¹. Ciò appare principalmente dovuto al fatto che, sotto l'ombrello della 'modernizzazione' del diritto di famiglia africano, sono stati introdotti istituti e codici di stampo occidentale, le cui norme si colloca(va)no sovente in aperto contrasto con le regole consuetudinarie ivi applicate. Sulla base di queste premesse, non sorprenderà allora constatare come, ad esempio in Gabon, l'adozione di disposizioni che favoriscono il regime patrimoniale di comunione fra i coniugi sia finita col rimanere lettera morta, data l'insita contrarietà di quelle soluzioni alla regola tradizionale che attribuisce al marito il frutto del lavoro della donna¹².

Tuttavia, come vedremo meglio anche oltre¹³, perfino in Occidente i legami familiari producono fedeltà a valori che vivono in parallelo con il diritto ufficiale, imponendo soggezione a principi altri, come quello di autorità personale, e generando liti che si risolvono al di fuori delle sue corti¹⁴.

Il dato è oggi ancora più evidente: nella società contemporanea il diritto, anche quello familiare, ha ormai raggiunto una dimensione che molti autori non esitano a definire 'transnazionale'¹⁵. A causa dei serrati processi di globalizzazione e dei massicci flussi migratori, molteplici e variegati sono le affiliazioni cui i membri della famiglia si trovano all'ora attuale intimamente legati: affiliazioni di natura etnica, religiosa, oltre che ovviamente territoriale¹⁶, le quali, con differenti intensità e raggio d'azione,

¹¹ Fra i tanti, S. Mancuso, *African Law in Action*, in *Journal of African Law*, vol. 58, n. 1, 2014, spec. pp. 8-10; M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 71; W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 483.

¹² R. Sacco, *Il diritto africano*, UTET, Torino, 1995, p. 205; J. John-Nambo, *Le droit et ses pratiques au Gabon*, in C. Kuyu (cur.), *Repenser les Droits africains pour le XXIème siècle*, Menaibuc, Yaoundé, 2005, pp. 89 ss. Analoghi rilievi possono essere mossi per quanto riguarda il divieto di unioni coniugali poligamiche, sull'esempio europeo abbracciato da molti nuovi codici africani e che, tuttavia, contraddice ampiamente la prassi e le regole tradizionali in quei contesti applicate: sul punto, si v. M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 28-31.

¹³ In particolare, parr. 3 e 4 del presente Cap.

¹⁴ Per tutti, si v. S.E. Merry, *Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood*, in *Law & Society Review*, vol. 13, n. 4, 1979, pp. 907-908; B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, cit., pp. 424-426.

¹⁵ P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, cit., pp. 1181-1182; F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffiths, *Introduction*, in Idd. (curr.), *The Power of Law in a Transnational World; Anthropological Enquiries*, Berghahn Books, Oxford – New York, 2009, p. 3; A. Griffiths, *Pursuing Legal Pluralism. The Power of Paradigms in a Global World*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 43, n. 64, 2011, p. 174.

¹⁶ Fra cui si inseriscono anche le regole di diritto ufficiale del paese di provenienza, in determinati casi comunque applicabili in virtù delle norme di diritto internazionale privato: A. Griffiths, *Pursuing Legal*

esprimono bisogni, orientano le scelte degli individui o dei loro raggruppamenti, domandano norme rispettose della loro identità¹⁷.

Fra le famiglie di diversa etnia che, muovendosi all'intero dei confini occidentali, portano con sé le proprie regole di riferimento e i propri rimedi di risoluzione delle liti¹⁸, troviamo ad esempio le comunità di migranti di nazionalità curda oggi saldamente radicate in molti Stati europei¹⁹. Nel loro quotidiano, queste comunità decidono di dichiarare obbedienza a principi e schemi normativi radicalmente differenti a, e a volte perfino in contrasto con, le disposizioni del diritto statale del paese in cui risiedono²⁰. Un esempio paradigmatico ci deriva dai matrimoni contratti con soggetti minori d'età, vietati dalla più parte degli ordinamenti occidentali e tuttavia al loro interno da quei membri celebrati con rito tradizionale curdo ('*düğün*'): matrimoni questi, le cui dinamiche si svolgono in maniera del tutto indipendente dall'eventuale riconoscimento operato dal diritto statale e dai suoi apparati, e ciò perfino quando la cessazione del vincolo coniugale venga in concreto realizzata su volontà unilaterale, incontestata ed esclusiva del marito – con tutte le conseguenze (patrimoniali e personali) che questo

Pluralism. The Power of Paradigms in a Global World, cit., p. 178. Sul punto si v., ampiamente, N. Glick Schiller, *Transborder Citizenship: An Outcome of Legal Pluralism within Transnational Social Fields*, e M.C. Foblets, *Mobility versus Law, Mobility in the Law? Judges in Europe are Confronted with the Thorny Question "Which Law Applies to Litigants of Migrant Origin"?*, entrambi in F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffiths (curr.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Ashgate, Aldershot – Burlington, 2005, rispettivamente, pp. 27-29 e 297-315.

¹⁷ Come sottolineano in molti, la compresenza di regole di diversa natura (etnica, religiosa, epistemica, e territoriale) può sovente essere fonte di conflitti e dispute interne alla società occidentale, contribuendo così a conferire un carattere sempre più 'ibrido' al suo diritto: per tutti, si v. P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, cit., pp. 1161-1163; M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 23-25, 196.

¹⁸ Fra cui, ad esempio, quelle cinesi, su cui si v., e multis, L.W. Doo, *Dispute Settlement in Chinese-American Communities*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 21, n. 4, 1973, pp. 627-663.

¹⁹ Particolarmente numerose sono, ad esempio, le comunità curde residenti in Gran Bretagna, Francia e Svezia: K. Khayati, *From Victim Diaspora to Transborder Citizenship: Diaspora Formation and Transnational Relations among Kurds in France and Sweden*, Linköping University, Linköping, 2008, pp. 1-10.

²⁰ In linea con quanto dimostrato dallo studio di Latif Taş condotto a cavallo fra gli anni 2009 e il 2012 su una comunità di migranti curdi nella città di Londra: L. Taş, *Kurdish 'Unofficial' Family Law in the Gurbet*, in P. Shah, M.C. Foblets, M. Rohe, (curr.), *Family, Religion and Law: Cultural Encounters in Europe*, cit., pp. 209-235. Dello stesso autore, si v. anche Id., *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and The Kurdish Peace Committee*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2014, in particolare pp. 1-7.

fatto necessariamente comporta²¹.

Invero, al di là dell'inconsapevolezza che quegli individui possono in concreto avere delle regole di diritto ufficiale, le ragioni a fondamento di un siffatto comportamento trovano una più profonda legittimazione nel disonore che, secondo la consuetudine curda, deriverebbe dal fatto di esporre i propri problemi al di fuori della cerchia familiare di appartenenza²². È anche per questo motivo che in Occidente le dispute in materia di famiglia, matrimonio ed eredità fra migranti curdi, iniziano e sovente si risolvono all'interno di contesti familiari estesi e all'ombra degli apparati del diritto ufficiale²³.

Mossi da affiliazioni etniche oltre che da sentimenti di sfiducia nei confronti delle autorità statali occidentali²⁴, quei soggetti si sono così dotati di sistemi di risoluzione delle controversie propri, nel cui ambito ricade il comitato londinese del KPC (*'Kürtlerin Barış Mahkemesi, Komisyonu'*, in inglese *'Kurdish Peace Committee'*)²⁵. Nello specifico, il KPC è un organismo formato da giudici eletti che opera su base totalmente volontaria e le cui decisioni sono eseguite dai suoi destinatari in nome del rispetto e della fiducia che i consociati nutrono nei confronti dei suoi componenti²⁶.

²¹ Per la comunità, gli individui legati da un matrimonio tradizionale curdo saranno considerati a tutti gli effetti coniugati, tanto che nel caso di un loro successivo divorzio ad essi si applicheranno le norme consuetudinarie in materia patrimoniale relative, ad esempio, alla restituzione della dote o dei doni ricevuti in occasione del matrimonio, al mantenimento e alla custodia dei figli. Il tutto in conformità al diritto tradizionale curdo e a prescindere dal fatto che per il diritto ufficiale del paese occidentale in cui la coppia risiede i due (non) siano stati formalmente registrati come marito e moglie: L. Taş, *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and The Kurdish Peace Committee*, cit., pp. 101, 104-116.

²² L. Taş, *Kurdish 'Unofficial' Family Law in the Gurbet*, cit., p. 211.

²³ Oltre che per il fatto che i sistemi di risoluzione delle liti offerti dal diritto ufficiale sono sovente percepiti da quelle stesse comunità come eccessivamente costosi, lenti e articolati, ma soprattutto non in linea con i loro valori, e del tutto inflessibili rispetto alle esigenze della collettività curda. Su tutto ciò si v. quanto riportato da L. Taş, *Kurdish 'Unofficial' Family Law in the Gurbet*, cit., pp. 211-212, 228-232.

²⁴ Una sfiducia altresì dovuta al passato di persecuzioni che il popolo curdo ha nella sua storia sopportato: L. Taş, *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and The Kurdish Peace Committee*, cit., pp. 29 ss.

²⁵ In altri sistemi, come ad esempio quello olandese, la risoluzione delle controversie da parte dei curdi di religione alevita è rimessa all'istituto del *'cemevi'*: con tale termine, si è soliti designare il foro in cui dispute familiari (ma non solo) sono risolte sulla base del giudizio del *'dede'*, ossia di una sorta di capo religioso cui è rimessa la risoluzione della controversia: W.M. van Rossum, *Religious Courts Alongside Secular State Courts: The Case of the Turkish Alevi*, in *Law, Social Justice & Global Development Journal*, vol. 2, 2008, p. 3, disponibile al sito: warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2008_2/rossum/#a1.

²⁶ Il comitato è formato da otto giudici che restano in carica un anno ma che possono essere rieletti. Chiunque può rivestire tale carica, purché vanti un'impeccabile reputazione in seno alla comunità di appartenenza, un'approfondita conoscenza delle tradizioni e dei costumi curdi e una certa familiarità con il sistema occidentale di destinazione e la sua lingua (nel caso in questione, quelli inglesi). Ciò in quanto

Ogniqualvolta un membro della comunità curda ne senta il bisogno, in seno al comitato viene allestito un vero processo, ove le parti espongono una a una le proprie ragioni in toni pacati e non-violenti, e ove a ognuno è garantito ugual tempo di parola con possibilità di chiamare in giudizio eventuali testimoni²⁷. I giudici del KPC possono richiedere l'acquisizione di prove o testimonianze ulteriori qualora sia dagli stessi ritenuto necessario, e possono altresì agire come depositari di cauzione o di somme ad altro titolo. Contro la loro decisione è ammesso ricorso: purché raro, questo sarà discusso di fronte alla *'Halk Mahkemesi'*, un altro tribunale non ufficiale di composizione più estesa e con funzioni di corte di appello²⁸.

In ambito familiare, interessante è notare come i membri della comunità curda londinese siano soliti ricorrere al KPC anche per la risoluzione di controversie che sorgono nel loro quotidiano e che non necessariamente postulano una fine del rapporto familiarconiugale²⁹. I processi davanti al KPC godono infatti di ampi tassi di effettività ed è nel nome della loro maggiore incisività che i consociati affidano le proprie liti al giudizio di siffatto organismo³⁰.

si vuole evitare che persone appartenenti a famiglie privilegiate o disinserite possano decidere del destino della comunità e dei suoi membri. Proprio al fine di garantire una maggiore moderazione, inoltre, la presenza di donne nel comitato è sempre salutata positivamente. Su tutto questo e molto altro, si v. L. Taş, *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and The Kurdish Peace Committee*, cit., pp. 83 ss.

²⁷ La possibilità di chiamare testimoni è tuttavia subordinata alla proposizione di un'apposita domanda, che deve essere formulata al collegio in un momento antecedente all'instaurazione del contraddittorio: L. Taş, *Kurdish 'Unofficial' Family Law in the Gurbet*, cit., pp. 218-219.

²⁸ Il ricorso alla *'Halk Mahkemesi'* è soluzione sovente scoraggiata soprattutto in ambito familiare, in quanto contribuisce a rendere di ulteriore pubblico dominio i fatti oggetto della disputa. La decisione della Corte è da considerarsi definitiva: di fronte alla medesima non è quindi ammesso altro appello: L. Taş, *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and The Kurdish Peace Committee*, cit., p. 86.

²⁹ Ciò si pone, come vedremo oltre (par. 3 del presente Cap.), in netta contrapposizione a quanto solitamente avviene per il diritto ufficiale occidentale. Un esempio, riportato da Taş, riguardava una coppia di coniugi sposata con rito tradizionale: di fronte alle continue mancanze del novizio marito e dopo alcuni precedenti tentativi di correggere il di lui comportamento, la moglie appena sedicenne decise, su consiglio del padre, di ricorrere al KPC nell'intento ultimo di salvare il proprio matrimonio. Un risultato effettivamente ottenuto grazie al KPC e alle pressioni di tipo reputazionale che tale processo puntualmente comporta sui membri della comunità di appartenenza, pressioni che, nel caso di specie, sono state effettivamente in grado di indurre il giovane marito a modificare la propria condotta. Su questi e altri casi dal simile esito, si v. nel dettaglio L. Taş, *Kurdish 'Unofficial' Family Law in the Gurbet*, cit., pp. 228-231.

³⁰ Secondo uno studio (che non conta le controversie risoltesi in un momento immediatamente antecedente all'instaurazione di un'udienza formale grazie a una semplice conversazione telefonica con uno o più membri del Comitato), l'80% dei 3.500 casi che fra il 2001 e il 2012 sono stati portati di fronte al KPC si è risolto con una sentenza accettata e effettivamente rispettata dai suoi destinatari. Per contro,

Ma la sussistenza di regole, prassi, e strumenti di risoluzione delle liti di carattere extra-statuale non rappresenta certo un fenomeno ‘nuovo’ o sconosciuto all’Occidente: da secoli, infatti, entro quegli stessi confini le comunità di etnia romaní (anche definiti ‘rom’ o ‘gitani’)³¹ praticano in modo prevalente il loro diritto, lontano dagli occhi indiscreti di molti dei loro abitanti³².

Fra queste comunità, i ‘Vlax’ – gruppo particolarmente numeroso negli Stati Uniti e negli altri paesi europei³³ – possiedono norme scolpite da generazioni, amministrare da corti proprie, e del tutto autonome rispetto al sistema di diritto ufficiale del paese ove essi dimorano³⁴. Nonostante l’assenza di un legame con siffatto diritto e le sue promanazioni, le istituzioni romaní sono comunque in grado di imporre ai loro membri norme e sanzioni da quelli accettate e rispettate³⁵.

L’insieme delle regole, prassi e tradizioni permeabili al sacrale cui queste popolazioni

nel restante 15-20% dei casi, l’accordo non è stato raggiunto, o la sentenza non è stata eseguita: L. Taş, *ult. op. cit.*, pp. 219-220.

³¹ Ossia le popolazioni che si auto-definiscono di etnia “roma”. Invero, numerose sono le comunità che si inseriscono in tale grande famiglia etnica. Sulla loro storia e diffusione all’interno dei confini occidentali, si v.: R.C. Gropper, *Gypsies in the City: Culture Patterns and Survival*, The Darwin Press, Princeton, 1975, pp. 1-29. Per un’analisi ristretta al solo contesto italiano, si v. i contributi raccolti nel volume a cura di A. Simoni, *Stato di diritto e identità rom*, L’Harmattan Italia, Torino, 2005.

³² Tanto che per secoli essi sono riusciti a ‘nascondere’ il loro diritto (A. Sutherland, *Gypsies: The Hidden Americans*, Tavistock Publications, London, 1986, p. 290) – probabilmente *pour cause*, al fine di evitare persecuzioni e discriminazioni: v. I. Hancock, *The Pariah Syndrome*, Karoma, Ann Arbor, 1987, p. 130.

³³ Le considerazioni che seguono sono per la gran parte basate su alcuni studi condotti su tale gruppo etnico, su cui, in particolare, si v. W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the “Gypsies”*, in *The Yale Law Journal*, vol. 103, n. 2, 1993, pp. 323-399; R. Lee, *The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 2, 1997, pp. 345-392. Altre comunità, come i ‘Romanichals’, particolarmente diffuse nel nord Europa e nelle isole britanniche, o i ‘Kaale’ in Finlandia, aderiscono a regole simili, ma queste poggiano su procedure e istituzioni meno formalizzate. Quanto ai ‘Kaale’ finlandesi, si v., nel dettaglio, M. Grönfors, *Institutional Non-Marriage in the Finnish Roma Community and Its Relationship to Rom Traditional Law*, in W.O. Weyrauch (cur.), *Gypsy Law. Romani Legal Traditions and Culture*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles – London, 2001, pp. 149-169. Sui ‘Romanichals’, invece, I.F. Hancock, *Gypsies*, in S. Thernstrom, A. Orlov, O. Handlin, (curr.), *Harvard Encyclopedia of American Ethnic Groups*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London, 1980, pp. 440-445.

³⁴ Tali comunità sono infatti spesso, per quanto non sempre, nomadi: S. Drummond, *Mapping Marriage Law in Spanish Gitano Communities*, UBC Press, Vancouver – Toronto, 2006, pp. 113-114.

³⁵ L’assenza di un legame con tale diritto sembra sovente dovuta al fatto che queste corti non sono generalmente note al dibattito ufficiale e che, anche quando lo sono, esse tendono dallo stesso ad essere incomprese e emarginate: W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the “Gypsies”*, cit., p. 325.

fanno affidamento (la ‘romaniya’)³⁶ ambisce a regolare ogni aspetto della vita quotidiana dei propri consociati, incluse le relazioni che essi devono tenere nei confronti dei soggetti di etnia differente (i cosiddetti ‘gajikani’)³⁷. Tali norme, cui si legano molteplici e inevitabili tabù³⁸, si costruiscono attorno a due concetti fondamentali, quello di purezza (‘vujò’) e quello di contaminazione (‘marime’)³⁹. In particolare, quest’ultimo termine viene utilizzato per indicare, oltre che lo status in cui inciampa chiunque metta in pratica un comportamento scorretto e lesivo delle regole tradizionali, la peggiore delle sanzioni in tal caso comminabili, ossia l’espulsione dalla comunità⁴⁰. Così, alla luce di quei principi sarà ‘marime’ il matrimonio di una donna romaní con un uomo di differente etnia (‘gajo’)⁴¹, il tradimento di un uomo coniugato con una donna del suo stesso gruppo di appartenenza⁴², e ogni altra condotta lesiva della quiete e dell’ordine collettivo, come i crimini di violenza, i furti e gli inadempimenti contrattuali nei confronti degli altri membri della comunità⁴³. In tutti questi casi, lo status di ‘marime’ potrà essere rimosso solo dal perdono della parte offesa, dal trascorrere del tempo, o da un procedimento giuridico formale che si espletterà di fronte alle corti romaní (‘kris’)⁴⁴.

Invero, molte di quelle regole, data la loro legittimazione sacrale, saranno oggetto di

³⁶ Nel cui concetto si mescolano tradizione, religione e diritto: A. Sutherland, *Gypsies: The Hidden Americans*, cit., pp. 17-18, 29.

³⁷ I.F. Hancock, *Gypsies*, cit., p. 443.

³⁸ Si pensi, ad esempio, al divieto per le donne romaní di vestire abiti corti, o per gli animali come i cani e i gatti di entrare nelle proprie abitazioni. Per una rassegna di questi e altri tabù, si v. W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the “Gypsies”*, cit., pp. 344 ss.

³⁹ Il termine ‘marime’ deriva dal greco ed è di uso comune presso le comunità ‘Vlax’. In altri contesti, esso è sostituito dalla parola di origine indiana ‘mokadi’: E.B. Trigg, *Gypsy Demons and Divinities: The Magic and Religion of the Gypsies*, Sheldon Press, New York, 1973, p. 55.

⁴⁰ M. Sway, *Familiar Strangers: Gypsy Life in America*, University of Illinois Press, Urbana – Chicago, 1988, p. 53.

⁴¹ Questo perché le donne sono considerate una risorsa importante per il gruppo, in quanto custodi della ‘romaniya’: non essendo scritte, le tradizioni romaní vengono infatti tramandate oralmente dal genere femminile. Si v. W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the “Gypsies”*, cit., pp. 348-349.

⁴² Il tradimento di un uomo romaní, fatto che normalmente non è reputato ‘marime’, lo diventa nel momento in cui sia compiuto con una donna appartenente al medesimo gruppo, in quanto tale condotta è una possibile fonte di conflitto e tensione sociale all’interno della comunità: A. Sutherland, *Gypsies: The Hidden Americans*, cit., pp. 262-263.

⁴³ P.T. Leeson, *Gypsy Law*, in *Public Choice*, vol. 155, 2013, p. 281.

⁴⁴ Il fatto di essere riammesso nella società dopo una sentenza di ‘marime’ è motivo di festeggiamento per l’intero gruppo: W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the “Gypsies”*, cit., p. 351.

spontanea esecuzione da parte dei consociati⁴⁵. Tuttavia, quando il timore di mettere in atto un comportamento contrario alla 'romaniya' non sarà di per sé sufficiente a reclamare obbedienza, la repressione dell'illecito sarà *in primis* rimessa alla famiglia del colpevole: ciò avverrà sia per le questioni particolarmente gravi fonte di profonda vergogna per i di lui parenti ('lzhav')⁴⁶, che, all'opposto, per quelle di poca rilevanza⁴⁷. Per le dispute che invece non troveranno una soluzione all'interno della cerchia domestica, si renderà necessario il ricorso a un sistema di giustizia non ufficiale articolato su diversi gradi di giudizio⁴⁸. In tal caso sarà, infatti, istituito un 'diwano', ossia un procedimento informale per una risoluzione amichevole della lite che avrà luogo di fronte a uno o più 'bare', i capi dei diversi *clan* incaricati di emanare il proprio verdetto⁴⁹. Se questo tentativo dovesse fallire, ad esempio perché non si riesce ad arrivare a una decisione concordata, o perché una delle parti non si ritiene soddisfatta dagli esiti del procedimento, la disputa raggiungerà il livello successivo, quello della 'kris', ossia della corte formata da giudici *ad hoc* istituiti ('krisnitorya')⁵⁰. L'intervento di questi ultimi è richiesto anche per questioni particolarmente complesse come in caso di divorzio e conseguente affidamento dei figli⁵¹, in tema di dote⁵², oltre che per tutte

⁴⁵ P.T. Leeson, *Gypsy Law*, cit., pp. 279-281.

⁴⁶ Ciò in particolare avviene ogniqualvolta la questione sia così delicata che è la famiglia stessa a trattare l'evento allontanando o esiliando il colpevole. Così, ad esempio, per i casi di incesto o crimini a sfondo sessuale: R. Lee, *The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani*, cit., p. 363.

⁴⁷ Invero, in seno al gruppo dei 'Vlax' ogni unità associativa può essere coinvolta nell'amministrazione della giustizia, a cominciare da quella più ristretta, la 'familia', che risolve in via informale le dispute di minor (o paradossalmente maggior) importanza, alla 'vitsa' ossia il clan di appartenenza, la 'kumpania', un'alleanza di famiglie della stessa area geografica che si alleano per ragioni socio-economiche, fino alla 'natsia', la 'nazione', il gruppo etnico di romani cui ciascuno appartiene: O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the "Gypsies"*, cit., p. 352. I 'Romanichals' sono invece divisi solo in *clan* e famiglie: I.F. Hancock, *Gypsies*, cit., p. 442.

⁴⁸ T. Acton, *Conflict Resolution and Criminal Justice - Sorting Out Trouble. Can Legislation Resolve Perennial Conflicts between Roma/Gypsies/Travellers and 'National Majorities'?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 37, n. 51, 2005, p. 38.

⁴⁹ A. Sutherland, *Gypsies: The Hidden Americans*, cit., p. 131.

⁵⁰ Se è pur vero che teoricamente chiunque può far parte di questa corte, in realtà solo gli individui anziani più saggi e con una profonda conoscenza delle tradizioni locali saranno ammessi a presiedere la carica. Tale consuetudine appare giustificata dal fatto che, non essendovi regole scritte, la 'kris' è chiamata a giudicare sulla base dei casi in precedenza risolti: R. Lee, *The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani*, cit., pp. 351-352.

⁵¹ Il divorzio è legittimo anche su istanza della donna qualora ve ne siano i presupposti: così, ad esempio, in caso di tradimento o di crimini particolarmente gravi commessi dal proprio coniuge, come per gli illeciti legati al mondo della droga: R. Lee, *ult. op. cit.*, pp. 370-372.

⁵² La dote è sempre dovuta e dovrà essere restituita in caso di divorzio: sarà più alta per le donne nubili,

quelle fattispecie talmente gravi da essere possibili fonti di ‘*marime*’⁵³. Data l’assenza di regole scritte, la decisione dei giudici sarà basata sull’autorità del precedente e, ove non ve ne sia uno, su un’interpretazione evolutiva conforme ai valori e alle consuetudini locali⁵⁴: il verdetto della ‘*kris*’ è da considerarsi definitivo e non appellabile⁵⁵.

Per quanto riguarda le sanzioni comminate al termine del processo, particolarmente diffusi sono i rimedi di natura pecuniaria (la ‘*glaba*’) e la condanna all’esilio (‘*marime*’), potendo quest’ultima essere tanto di carattere temporaneo che, nei peggiori dei casi, permanente⁵⁶. Dell’esecuzione della sentenza è generalmente incaricata l’intera comunità, la quale, attraverso il proprio ostracismo, riesce d’abitudine ad assicurare l’attuazione della decisione⁵⁷. Non bisogna infatti dimenticare come, perfino in assenza di un giudizio formale, la sanzione dei comportamenti reputati illeciti sia sempre rimessa al gruppo di appartenenza⁵⁸. In tal senso, si può affermare che la ‘*kris*’ non incarna altro che il riflesso del consenso della collettività⁵⁹.

Presso le popolazioni romani, l’aderenza alla ‘*romaniya*’ e alle sue istituzioni è dettata da molteplici fattori: fra questi, la percezione che quegli individui hanno delle proprie regole, meno mutevoli nel tempo rispetto a quelle di diritto statale e per questo reputate migliori, al pari del proprio sistema di risoluzione delle liti, giudicato più democratico di

meno alta per quelle divorziate e ancora più esigua per quelle in stato di vedovanza. Generalmente l’ammontare massimo è individuato dal gruppo, ma ampi sono i margini di negoziazione entro tale limite. Le questioni sul se e sul quantum saranno tutte risolte in seno alla ‘*kris*’, ossia l’autorità cui è rimesso il compito di interpretare le regole e le tradizioni del gruppo, modificarle e, ovviamente, applicarle: R. Lee, *ult. op.cit.*, p. 382.

⁵³ Per una ricostruzione dettagliata delle questioni generalmente trattate dinanzi alla ‘*kris*’, si v. R. Lee, *ult. op.cit.*, pp. 371-374, 382-390.

⁵⁴ R. Lee, *ult. op. cit.*, pp. 352, 374.

⁵⁵ W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the “Gypsies”*, cit., p. 357.

⁵⁶ In alcuni casi le due sanzioni possono essere fra loro combinate: così per esempio se è il marito a tradire la moglie con un’altra donna della comunità, egli sarà soggetto all’esilio del gruppo e il padre della prima potrà richiedere la restituzione di tutta o parte della dote (R. Lee, *The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani*, cit., pp. 385-386). Tali decisioni possono inoltre essere eseguite anche nei confronti della di lui famiglia: W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *ult. op. cit.*, p. 358.

⁵⁷ Le udienze sono generalmente pubbliche e di conseguenza il verdetto è noto all’intera comunità, tanto che già al termine del processo si crea un immediato *gossip* attorno ai soggetti coinvolti: R. W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *ult. op. cit.*, pp. 357, 359; P.T. Leeson, *Gypsy Law*, cit., pp. 282-283; E.B. Trigg, *Gypsy Demons and Divinities: The Magic and Religion of the Gypsies*, cit., pp. 70-71.

⁵⁸ Così, ad esempio, quando un padre concede in sposa la figlia per ragioni esclusivamente economiche a un uomo senza onore, o nel caso di una donna promessa in sposa che fugga con l’amante: R. Lee, *The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani*, cit., p. 388.

⁵⁹ R. Lee, *ult. op. cit.*, p. 389.

quello ufficiale, in quanto di agevole accesso per chiunque, abbienti e meno abbienti⁶⁰. Anche per questi motivi, il ricorso al diritto statale e ai suoi canali è una soluzione particolarmente rara in seno ai gruppi di etnia romaní, tanto che i loro membri generalmente non si rivolgono agli apparati ufficiali nemmeno per il riconoscimento delle loro unioni coniugali (né, del resto, richiedono licenze per i servizi che offrono al pubblico o per gli spazi che occupano)⁶¹.

Ma la sopravvivenza di regole e strumenti di aggiudicazione estranei al diritto ufficiale è un dato di immediata evidenza in Occidente anche presso altre comunità, in particolare di carattere religioso, come quelle ebraiche e islamiche, che, per le questioni attinenti la sfera familiare, fanno sovente riferimento a norme e rimedi di natura extra-statale⁶². In seno a queste comunità, infatti, i matrimoni religiosi continuano a celebrarsi (e le liti fra i loro coniugi a risolversi) a debita distanza dall'ufficialità e dalle sue corti – e in maniera sovente indipendente dal (pur raro e condizionato) riconoscimento che essa possa riservare ai loro istituti⁶³.

Con riguardo alle comunità ebraiche, condivisa è la regola che, in materia di matrimonio religioso, dispone che la cessazione del vincolo coniugale ('get') possa

⁶⁰ B.B. Quintana, L. G. Floyd, *Qué Gitano! Gypsies of Southern Spain*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1972, pp. 38-39.

⁶¹ Salvo alcuni rari casi, dettati per esempio dal voler usufruire di vantaggi di natura fiscale: P.T. Leeson, *Gypsy law*, cit., p. 279.

⁶² L'affiliazione religiosa può rappresentare un fattore determinante per la scelta delle regole e dei rimedi applicabili anche in altre aree del diritto, come quelle del diritto di proprietà. Sui rapporti di vicinato, con specifico riguardo alle controversie che possono instaurarsi fra soggetti di etnia ebraica e no, si v. ad esempio lo studio condotto su un quartiere in Outremont, Québec, da S. van Praagh, *View from the Succah: Religion and Neighbourly Relations*, in R.J. Moon (cur.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, UBC Press, Vancouver – Toronto, 2008, pp. 21-40.

⁶³ Così, ad esempio, in Francia è stato riconosciuto il 'kafala', una forma di custodia prevista dal diritto religioso islamico fra il bambino e il di lui tutore, mentre in Norvegia e Gran Bretagna è stata concessa validità legale ai matrimoni celebrati nelle moschee e nelle sinagoghe 'registrate': E. Giunchi, *Muslim Family Law and Legal Practice in the West. An Introduction*, in Id. (cur.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Routledge, New York, 2014, p. 2. In Gran Bretagna, sotto l'ombrello dell'*Arbitration Act 1996*, è stata conferita la natura di lodo arbitrale alle decisioni prese dai tribunali islamici ed ebraici, da cui tuttavia esulano le questioni di diritto di famiglia, se non per la materia ereditaria: P.A. Shah, *In Pursuit of the Pagans: Muslim Law in the English Context*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 45, n. 1, 2013, p. 64. Il modello del 'riconoscimento arbitrale' delle decisioni adottate dalle corti religiose è altresì noto al sistema giudiziale statunitense, e anche in tal caso i giudici americani risultano particolarmente restii a dare esecuzione a certe sentenze, specie a quelle adottate in tema di affidamento dei figli: A.L. Estin, *Unofficial Family Law*, in J.A. Nichols (cur.), *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 106.

essere concessa su volontà esclusiva del marito: al di là di alcune ipotesi residuali⁶⁴ e tassative⁶⁵, infatti, è solo in presenza del di lui consenso⁶⁶ che il ‘*beth din*’ – ossia il consiglio rabbinico di fronte al quale dovrà di necessità espletarsi l’intero procedimento – potrà pronunciare la dissoluzione del matrimonio⁶⁷.

Nonostante in alcuni ordinamenti occidentali siano stati introdotti dei correttivi di matrice ufficiale volti a porre rimedio alla situazione di diseguaglianza in cui la moglie così si ritrova⁶⁸, le donne ebraiche ivi presenti non sembrano disposte a voler rinunciare al proprio diritto religioso (‘*halacha*’) e alle sue corti: come sottolinea un’autorevole ricerca, per le medesime, ottenere una sentenza di ‘*gab*’ rimane infatti soluzione imprescindibile e preferibile a qualsiasi alternativa ad oggi offerta dal diritto statale⁶⁹. Da un lato, tale scelta appare giustificata dal fatto che per ogni membro della comunità ebraica la sfera religiosa è identificata come parte integrante della propria identità

⁶⁴ Il cui ricorso appare difatti particolarmente raro, anche da parte dei ‘*batei din*’ presenti in Occidente. Così, P. Fournier, *Halacha, the ‘Jewish State’ and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 44, n. 65, 2012, p. 183.

⁶⁵ Trattasi di ipotesi particolarmente gravi, fra cui rientrano il caso in cui la moglie sia vittima di abusi fisici o verbali da parte del marito, o questi sia impotente o sterile, o incapace di mantenere economicamente la propria famiglia: D.L. Lieber, B.Z. Schereschewsky, M. Drori, *Divorce*, in M. Berenbaum, F. Skolnik (curr.), *Encyclopaedia Judaica*, 2^a ed., Macmillan Reference USA, Detroit, vol. 5, 2007, pp. 712-713.

⁶⁶ Costituendo *conditio sine qua non* dell’intero procedimento: M.S. Berger, D.E. Lipstadt, *Women in Judaism from the Perspective of Human Rights*, in M.J. Broyde, J. Witte (curr.), *Human Rights in Judaism: Cultural, Religious and Political Perspectives*, Jason Aronson, Nothvale – Jerusalem, 1998, p. 99.

⁶⁷ P. Fournier, P. McDougall, M. Lichtsztral, *A ‘Deviant’ Solution: The Israeli Agunah and the Religious Sanctions Law*, in M. Maclean, J. Eekelaar (curr.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2013, p. 91.

⁶⁸ Così, ad esempio, per il sistema canadese, la cui Corte Suprema nel caso ‘*Bruker vs. Marcovitz*’ (2007 3 S.C.R. 607, SCC 54) ha affermato il diritto della donna di religione ebraica a ottenere, a certe condizioni, un risarcimento monetario nel caso di rifiuto da parte del marito di concedere il ‘*gab*’. Ma si pensi altresì alla generale possibilità, ovunque riconosciuta alle donne in Occidente, di conseguire un divorzio ufficiale anche contro il parere del proprio marito. Tuttavia, vero è che trattandosi di correttivi di diritto positivo, essi possono trovare applicazione solo nel caso in cui il matrimonio ebraico sia stato oggetto di registrazione o di riconoscimento da parte dell’ordinamento statale. Inoltre, proprio per questo motivo, la loro efficacia è limitata alla sfera secolare, non rivestendo valenza alcuna per la comunità ebraica di riferimento, e presso cui i due soggetti continuano a essere considerati sposati fino a sentenza contraria da parte del ‘*beth din*’: P. Fournier, *Halacha, the ‘Jewish State’ and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, cit., pp. 171-172, 175.

⁶⁹ L’influente ruolo rivestito dalle comunità ebraiche sui propri membri è dimostrato anche dal numero esiguo di casi portati da quelli davanti alle corti statali, come dimostra lo studio di P. Fournier, *ult. op. cit.*, pp. 177-178.

personale – e ciò in direzione diametralmente opposta a quanto propugnato dalla visione legalista occidentale⁷⁰. Dall'altro lato, proprio poiché l'appartenenza a tale comunità costituisce momento fondamentale della vita quotidiana di ciascun suo componente⁷¹, particolarmente pregiudizievoli sono le conseguenze che dal punto di vista socio-relazionale si legano all'ipotesi in cui una donna ancora coniugata secondo il diritto religioso ebraico decida di intraprendere una relazione con un altro uomo. In questo caso, infatti, indipendentemente dal fatto che sia stato o no ottenuto un divorzio ufficiale (cosiddetto 'civile'), agli occhi dell'intera comunità ella sarà considerata un' 'adultera', sarà pertanto esclusa, e non potrà più risposarsi con rito tradizionale – e questo anche qualora intervenga una successiva sentenza di 'gab'⁷². Qualsiasi figlio che nasca dalla sua nuova unione sarà reputato 'non degno' ('mamzer') e per tale motivo permanentemente esiliato dalla vita di relazione di gruppo, status che si estenderà anche ai di lui discendenti⁷³.

Alla luce del contenuto di tale norma di diritto non ufficiale e delle gravi conseguenze ad essa associate dal punto di vista socio-relazionale, particolarmente problematica può quindi rivelarsi la situazione in cui un marito non voglia concedere alla moglie un 'gab' o utilizzi questa sua prerogativa come strumento di negoziazione o di ricatto, per esempio, in sede di trattative di separazione coniugale – una situazione che in ebraico viene definita 'agunah'. Tuttavia, è proprio al fine di mitigare le criticità legate a simili fattispecie che, anche nei sistemi occidentali⁷⁴, le corti rabbiniche hanno introdotto e fanno oggi riferimento ad una serie di meccanismi sanzionatori non ufficiali tesi a

⁷⁰ Proprio per questo, le corti statali non necessariamente sono il primo foro a cui tali soggetti pensano: P. Fournier, *ult. op. cit.*, p. 180.

⁷¹ Nei sistemi occidentali, i legami comunitari propri a tali comunità sono talmente radicati e profondi da dare origine a una sorta di 'self-governing quasi-state' composto da tribunali, scuole, ospedali, case di cura, centri sportivi e culturali, giornali e altri media rivolti esclusivamente ai membri di religione ebraica: M. Weinfield, *Like Everyone Else... But Different: The Paradoxical Success of Canadian Jews*, McClelland and Stewart, Toronto, 2001, p. 173.

⁷² P. Fournier, *Halacha, the 'Jewish State' and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, cit., pp. 166-167, 178.

⁷³ J.A. Nichols, *Multi-Tiered Marriage: Ideas and Influences from New York and Louisiana to the International Community*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2007, p. 155.

⁷⁴ In Israele è stata adottata sul punto un'apposita legge (la cosiddetta 'Sanction Law' 1995), proprio al fine di mitigare le criticità legate all' 'agunah', ossia alla condizione della moglie cui sia rifiutato un divorzio religioso: sul punto, si v. ampiamente P. Fournier, P. McDougall, M. Lichtsztral, *A 'Deviant' Solution: The Israeli Agunah and the Religious Sanctions Law*, cit., pp. 89 ss.

indurre il marito ad acconsentire alla dissoluzione del vincolo⁷⁵. Così, il ‘*beth din*’ potrà emanare nei di lui confronti un ‘*cherem*’, ossia un ordine rivolto all’intera comunità di emarginarlo⁷⁶, o ancora, potrà invitare le sinagoghe presenti sul territorio a proibirgli di ricoprire qualsiasi posizione elettiva, di rappresentanza o anche di lavoro presso organizzazioni ebraiche, fino alla peggiore delle ipotesi astrattamente possibili, ossia l’espulsione dalla chiesa e dalla collettività ebraica⁷⁷. Si tratta di strumenti che, nonostante il loro carattere non ufficiale, si sono dimostrati particolarmente efficaci nell’indurre i mariti reticenti al risultato sperato, ossia la concessione del ‘*get*’, soprattutto grazie al ruolo che in Occidente tali istituzioni rivestono nella salvaguardia della coesione sociale, culturale e religiosa all’interno della comunità di riferimento⁷⁸.

Ma al di là dei meccanismi di diritto non ufficiale abbracciati dalle corti rabbiniche e dalle loro organizzazioni, un altro rimedio cui le donne oggetto di ‘*agunah*’ possono all’ora attuale fare affidamento è quello della pubblicazione su siti internet o giornali locali del nominativo del marito⁷⁹: un comportamento che, realizzandosi con il benessere del gruppo, assolve le funzioni di una pubblica denuncia. In questi casi difatti, l’umiliazione che investe la famiglia dell’uomo è tale da riuscire sovente ad orientare *ex post* il di lui comportamento: in definitiva, si tratta di un’ulteriore conferma di come, sul piano operativo e su diversi fronti, la pressione sociale puntualmente costituisca una rapida quanto efficace soluzione⁸⁰.

Come anticipato, rilievi analoghi possono essere poi mossi anche con riguardo ad altre comunità religiose particolarmente numerose sul territorio occidentale. Nello specifico, plurimi e autorevoli sono gli studi dedicati all’analisi dettagliata delle regole e delle

⁷⁵ P. Fournier, *Halacha, the ‘Jewish State’ and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, cit., p. 178.

⁷⁶ L. Fishbayn, *Gender, Multiculturalism and Dialogue: The Case of Jewish Divorce*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, n. 1, 2008, p. 83.

⁷⁷ Su tutto ciò, P. Fournier, *Halacha, the ‘Jewish State’ and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, cit., p. 178.

⁷⁸ A. Baker, *The Jewish Woman in Contemporary Society: Transitions*, New York University Press, New York, 1993, p. 28; vi sono tuttavia alcune eccezioni, come sottolinea C.L. Wolfe, *Faith-Based Arbitration: Friend or Foe? An Evaluation of Religious Arbitration Systems and their Interaction with Secular Courts*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 1, 2006, p. 441.

⁷⁹ In particolare è questo il caso del ‘*New York Jewish Press*’ che presenta una sezione *ad hoc* dedicata al tema: L. Zornberg, *Beyond the Constitution: Is the New York Get Legislation Good Law*, in *Pace Law Review*, vol. 15, n. 3, 1995, p. 711.

⁸⁰ P. Fournier, *Halacha, the ‘Jewish State’ and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, cit., p. 179.

forme alternative di giustizia cui i membri delle comunità islamiche, specie quelle di migranti provenienti dai paesi del Sud Asiatico e da decenni ormai radicate nei sistemi occidentali⁸¹, sono solite ricorrere⁸². Nonostante la loro capillare presenza in Occidente abbia talvolta contribuito alla formazione di un diritto ‘ibrido’, in cui norme ufficiali e no interagiscono fra loro in maniera dinamica⁸³, il ricorso a prassi, regole e principi diversi o perfino contrari alle disposizioni del diritto statale appare, ancora una volta, un paradigma costante della loro vita quotidiana occidentale⁸⁴.

Si pensi a istituti diffusi come il ‘*talaq*’, ossia il ripudio del marito nei confronti della moglie, i diversi poteri che fanno capo alla custodia della madre (‘*hadana*’) rispetto a quelli della tutela del padre (‘*wilaya*’), al matrimonio poligamico, a quello con minori di età o su procura⁸⁵. In tutti questi casi, il richiamo al diritto non ufficiale e alle sue corti – i cosiddetti ‘tribunali della sharia’(in inglese, ‘*sharia courts*’) –, potrebbe in un primo momento sembrare giustificato dal fatto che tali istituti non possono essere oggetto di riconoscimento formale nei sistemi statali di destinazione, data la loro contrarietà ai principi dell’ordine pubblico⁸⁶. Eppure, il ricorso a regole e canali di matrice religiosa non risulta oggi limitato alle suddette (in un certo qual modo ‘eccezionali’) ipotesi, estendendosi sovente anche ai casi che il diritto ufficiale vorrebbe di suo proprio ed esclusivo dominio: basti pensare che, secondo quanto riportato da un celebre studio,

⁸¹ Fra cui, Z. Metlo, *The Perception of Honour among the British-Pakistani Community in Watford, United Kingdom*, PhD Thesis, University of Leeds, 2014; S. Bano, *Muslim Family Justice and Human Rights: The Experience of British Muslim Women*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2007, pp. 38-66; S. Warraich, *Migrant South Asian Muslims and Family Laws in England: An Unending Conflict*, MA Thesis, University of Warwick, 2001. In generale, sulle comunità islamiche presenti in Occidente, si v., I. Yilmaz, *Muslim Law in Britain: Reflections in the Socio-legal Sphere and Differential Legal Treatment*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 20, n. 2, 2000, pp. 353-360; D. Pearl, W. Menski, *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998; C. Hamilton, *Family, Law and Religion*, Sweet & Maxwell, London, 1995.

⁸² Tanto da un lato che dall’altro dell’Oceano: per tutti, si v. V. Bader, *Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari’a in Ontario?*, in R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A.J. Hoekema, M. Maussen, P. Shah (curr.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009, pp. 49-72.

⁸³ Come sottolineano, *e multis*, D. Pearl, W. Menski, *Muslim Family Law*, cit., p. 75; D. Pearl, *Family Law and the Immigrant Communities*, Jordan & Sons, Bristol, 1986, p. 32.

⁸⁴ I. Yilmaz, *Muslim Law in Britain: Reflections in the Socio-legal Sphere and Differential Legal Treatment*, cit., p. 354.

⁸⁵ E. Giunchi, *Muslim Family Law and Legal Practice in the West. An Introduction*, cit., pp. 3-4.

⁸⁶ M. Rohe, *Muslim Minorities and the Law in Europe: Chances and Challenges*, Global Media Publication, New Delhi, 2007, pp. 115-125; P.A. Shah, *In Pursuit of the Pagans: Muslim Law in the English Context*, cit., p. 63. In questi casi, inoltre, il divieto operato dal diritto ufficiale nei confronti delle prassi poligamiche non ha riscontrato effetto, considerato che queste ultime continuano ad essere praticate da molte famiglie: così, A.L. Estin, *Unofficial Family Law*, cit., p. 97.

meno della metà delle donne islamiche in quella sede intervistate aveva provveduto a registrare la propria unione coniugale monogamica celebrata con rito religioso ('*nikah*'), rimanendo così agli occhi del diritto del paese di residenza nello status giuridico di nubile⁸⁷. È attraverso scelte come queste che si appalesa come perfino all'interno dei confini occidentali la fedeltà al diritto religioso per molti preceda l'adesione al dato normativo statale⁸⁸.

A fondamento di tali condotte vi sono diverse ragioni, in parte analoghe a quelle che abbiamo visto muovere gli equilibri quotidiani delle altre comunità fin qui analizzate. Da un lato, infatti, gli individui in esame percepiscono la loro identità religiosa come maggiormente radicata rispetto a quella territoriale⁸⁹. Non a caso, sono le stesse donne islamiche citate poc'anzi ad affermare di sentirsi, ancor prima che cittadine, componenti di una famiglia e di una comunità precisa⁹⁰. Dall'altro lato, inoltre, quegli stessi soggetti tendono a giudicare le forme di giustizia non ufficiale come una prosecuzione del processo intra-familiare di gestione delle dispute, tanto che il ricorso ai tribunali della '*sharia*' appare sovente appoggiato dagli stessi membri della famiglia, oltre che dal proprio gruppo di appartenenza: è questo, ad esempio, quanto accade ogni volta che un individuo, uomo o donna che sia, decida di agire davanti alle corti islamiche al fine di ottenere una conciliazione con il coniuge⁹¹.

Non bisogna poi dimenticare come presso tali comunità l'istituto della famiglia si costruisca su principi e valori di matrice tradizionale, come quelli del rispetto reciproco, del prestigio e dell'onore (il cosiddetto '*izzat*')⁹², che impongono ad ognuno dei suoi componenti di non rendere note a 'estranei' – quali le corti ufficiali sono considerate –

⁸⁷ È questo lo studio condotto da Bano su alcune comunità residenti in Gran Bretagna: S. Bano, *Muslim Family Justice and Human Rights: The Experience of British Muslim Women*, cit., pp. 51, 53. Il dato è tuttavia confermato anche da I. Yilmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States: Dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan*, Ashgate Publishing, Aldershot – Burlington, 2005, p. 74.

⁸⁸ A.L. Estin, *Unofficial Family Law*, cit., p. 102.

⁸⁹ M. Hennink, I. Diamond, P. Cooper, *Young Asian Women and Relationships: Traditional or Transitional?*, in *Ethnic and Racial Studies*, vol. 22, 1999, p. 867.

⁹⁰ S. Bano, *Muslim Family Justice and Human Rights: The Experience of British Muslim Women*, cit., p. 64.

⁹¹ S. Bano, *ult. op. cit.*, pp. 48-49, 56.

⁹² Su cui si v. in maniera approfondita, S. Soni, '*Izzat*' and the Shaping of the Lives of Young Asians in Britain in the 21st Century, University of Birmingham, Birmingham, 2013.

le rispettive liti⁹³. È altresì alla luce di quegli stessi principi, che per il diritto islamico il divorzio costituisce una soluzione possibile solo allorché inevitabile, tanto che l'unico modo che le donne di tale religione hanno per ottenere una separazione legittima, oltre che socialmente accettata⁹⁴, è quella di ricorrere ai tribunali della 'sharia'⁹⁵.

A completezza del quadro, deve infine aggiungersi che, presso tali comunità, le corti ufficiali sono sovente giudicate con (sentimenti di) diffidenza e sospetto, sentimenti spesso nutriti dall'atteggiamento di cieca e secolare superiorità che quelle stesse corti sono solite assumere nei confronti dei soggetti di religione islamica e del loro diritto: un atteggiamento che, tuttavia, non fa che svelare la perdurante incapacità degli apparati statali occidentali di comprendere quegli individui e le loro esigenze⁹⁶.

Dal canto loro, di fronte alle sfide lanciate da queste e dalle altre comunità familiari fin qui analizzate, i sistemi occidentali non si sono mai particolarmente prodigati per rendere attraenti agli occhi delle medesime le loro regole e istituzioni⁹⁷. Anche una volta acquisita necessaria consapevolezza sulle norme e sui sistemi di gestione delle liti non ufficiali cui i loro membri sono soliti fare ricorso, l'ufficialità raramente ha mostrato di voler mutare il proprio atteggiamento⁹⁸. Fatta eccezione per alcune timide e pur sempre

⁹³ S. Bano, *Cultural Translations and Legal Conflict: Muslim Women and the Shari'a Councils in Britain*, in A. Hellum, S. Sardar Ali, A. Griffiths (curr.), *From Transnational Relations to Transnational Laws. Northern European Laws at the Crossroads*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2011, p. 176; R. Ballard, *Human Rights in Contexts of Ethnic Plurality: Always a Vehicle for Liberation?*, in R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A.J. Hoekema, M. Maussen, P. Shah (curr.) *Legal Practice and Cultural Diversity*, cit., p. 313.

⁹⁴ Evitando così le conseguenze negative associate ad una sua eventuale assenza. Come per le donne di religione ebraica, infatti, il fatto di ottenere un divorzio 'civile', ossia non riconosciuto dal rito islamico, non è elemento sufficiente a evitare che la nuova relazione della donna sia considerata da quella comunità 'adulterina' e che ogni figlio dalla medesima nato sia per questo escluso dalla società islamica: I. Yilmaz, *Muslim Law in Britain: Reflections in the Socio-legal Sphere and Differential Legal Treatment*, cit., p. 16.

⁹⁵ S. Bano, *Muslim Family Justice and Human Rights: The Experience of British Muslim Women*, cit., p. 53.

⁹⁶ Come emerge da un recente studio condotto in prevalenza su un gruppo di immigrati di religione musulmana residenti in Belgio: K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, n. 2, 2015, pp. 198-199.

⁹⁷ Si v., rispettivamente, L. Taş, *Kurdish 'Unofficial' Family Law in the Gurbet*, cit., pp. 230-231; W.O. Weyrauch, *Romaniya: An Introduction to Gypsy Law*, cit., pp. 231-233; P. Fournier, *Halacha, the 'Jewish State' and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, cit., p. 171; P.A. Shah, *In Pursuit of the Pagans: Muslim Law in the English Context*, cit., p. 67.

⁹⁸ Nei confronti del diritto delle popolazioni romani, ad esempio, i (rari) tentativi per un formale riconoscimento delle loro corti e del loro decisioni sono sempre falliti. Come sottolineato da alcuni autori, ciò appare dovuto al fatto che i sistemi occidentali non si sono mai veramente preoccupati di capire e comprendere i sistemi normativi e giudiziari dal proprio differenti: R. Lee, *The Rom-Vlach Gypsies and*

rare aperture⁹⁹, essa continua a farsi promotrice esclusivamente del proprio modello regolatorio, ritenuto il ‘migliore di tutti gli altri’.

Come emerso dagli studi fin qui citati, tale approccio non fa che alimentare l’ostilità di quelle stesse famiglie nei confronti del diritto statale, percepito come un complesso di regole, ordini e propaggini istituzionali pericoloso o comunque ‘altro’ rispetto alla loro vita di relazione¹⁰⁰. Un’opinione questa che però non costituisce una prerogativa delle sole comunità di diversa etnia o religione presenti in Occidente, estendendosi anche, come vedremo fra un attimo, a quei contesti familiari ‘esclusivamente’ occidentali, e che il giurista positivista vorrebbe pertanto monopolizzati dall’ufficialità e dal suo diritto.

3. *Crisi e dispute coniugali: “All in the family”*

In Occidente, lo ricordiamo, diffusa e prevalente è la convinzione che le relazioni delle famiglie occidentali si organizzino sulla base di schemi normativi e strumenti di risoluzione delle liti coniati e implementati dal diritto ufficiale soltanto¹⁰¹. Specialmente sul fronte delle crisi coniugali, il mito della primazia del diritto statale invade i dibattiti delle aule universitarie, dei circoli mediatici, delle assemblee legislative e giudiziali, e lo fa supportato da numerosi studi e statistiche attestanti il massiccio ricorso delle famiglie occidentali, e dei loro individui, alle corti di diritto ufficiale¹⁰². Il dato trova

the Kris-Romani, cit., p. 389; T. Acton, *Conflict Resolution and Criminal Justice - Sorting Out Trouble. Can Legislation Resolve Perennial Conflicts between Roma/Gypsies/Travellers and ‘National Majorities’?*, cit., p. 33.

⁹⁹ Riservate per lo più alle comunità di religione islamica ed ebraica, su cui v. retro in questo Cap., ntt. 63 e 68.

¹⁰⁰ Paradigma condiviso da tutte le comunità fin qui analizzate, e su cui si v. ampiamente retro nel medesimo par.

¹⁰¹ Sulla scia del cosiddetto ‘*legal centralism*’, ossia della visione, totalmente di parte, che abbiamo visto confondere i concetti di Stato e diritto, riducendo quest’ultimo a un sottoprodotto del primo: su tutto ciò, v. ampiamente retro, Cap. I, par. 1, 2.2 e 3.2, spec. ntt. 73, 92, 226, oltre a M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, cit., p. 1.

¹⁰² Andando così ad alimentare un altro pregiudizio di marca positivista, quello del ‘carattere eccessivamente litigioso’ della società occidentale, in particolare di quella statunitense. Un ‘mito’ che tuttavia risulta oggi su più fronti smentito: L. Nader, *Comment*, in A.L. Levin, R.R. Wheeler (curr.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, West Publishing Co., St. Paul, 1979, p. 116;

apparentemente conferma soprattutto per quanto concerne il numero dei divorzi, di cui in Occidente continua a registrarsi l'inarrestabile crescita¹⁰³.

Per quanto autorevoli, tuttavia, quegli studi finiscono coll'offrire un'immagine soltanto parziale della realtà giuridica in cui oggi vivono le famiglie 'tradizionali' occidentali. Limitando il loro raggio di analisi alle sole controversie di carattere ufficiale¹⁰⁴, essi nulla dicono sulle dinamiche e sulle liti che quotidianamente si consumano entro le mura domestiche, tacendo inoltre, o forse ignorando del tutto quanto normalmente accade anche al di fuori dei confini occidentali¹⁰⁵.

Quegli studi (e con loro chi li esalta) sembrano difatti dimenticare che il 'divorzio' (o, a seconda dei luoghi, la 'separazione') non costituisce una prerogativa del diritto ufficiale soltanto, ma un fenomeno sociale parte di qualsiasi comunità umana¹⁰⁶; che in ogni società, occidentale e no, vi è sovente una dissociazione fra prescrizioni declamate e condotte concrete¹⁰⁷; e che le controversie evolvono ovunque lungo traiettorie complesse, di cui solo una piccola frazione attraversa i circuiti delle corti di diritto

D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, University of Chicago, Chicago – London, 2016, pp. 1-2.

¹⁰³ Come evidenziano, fra gli altri, M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, cit., p. 193; G.S. Becker, *A Treatise on the Family. Enlarged Edition*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1993, p. 1; P. Ronfani, *La déjudiciarisation du contentieux familial*, in T. Meulders-Klein (cur.), *Famille & Justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé: Actes du congrès international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 47-48.

¹⁰⁴ Sono studi 'grievance-based', come sottolinea D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, cit., p. 26.

¹⁰⁵ Una visione comparata potrebbe infatti rivelarsi illuminante. Basti pensare che, secondo un'autorevole ricerca, in Giappone, un paese che l'immaginario occidentale vorrebbe ispirato ai principi dell'armonia e per questo avverso al conflitto, i tassi di litigiosità sono (bassi, e) all'incirca gli stessi di quelli propri a molti sistemi occidentali (e su cui v. oltre, in questo par., ntt. 108, 130). Attraverso una serie di interviste a giapponesi che erano stati vittima di infortunio sul lavoro o di altro incidente, uno studio ha dimostrato che solo il 3% dei soggetti intervistati aveva finito col consultare un avvocato, mentre meno dell'1% aveva in ultima analisi optato per le vie giudiziali. Come in Occidente, inoltre, le percentuali di litigiosità sono più elevate nel caso delle dispute familiari (cfr. ntt. 115, 117), attestandosi al 37,7% per quanto riguarda la richiesta di un parere legale e al 16,7 % per le ipotesi di effettivo ricorso in giudizio: M. Murayama, *Experiences of Problems and Disputing Behaviour in Japan*, in *Meiji Law Journal*, vol. 14, 2007, p. 27.

¹⁰⁶ R. König, *Sociological Introduction*, in A. Chloros (cur.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, *Persons and Family*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1974, pp. 66-67.

¹⁰⁷ Una cosa, infatti, è il complesso di regole che compongono il diritto familiare, altra sono i paradigmi comportamentali che costituiscono nel concreto l'istituzione sociale della famiglia: M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, cit., pp. 4-5; A. Miranda, *Il governo della famiglia*, in P. Cendon (cur.), *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove responsabilità e nuovi danni*, vol. I, Cedam, Padova, 2005, p. 463.

ufficiale¹⁰⁸.

Come un noto saggio infatti sottolinea, tre sono gli stadi trasformativi che qualsiasi ‘disputa’ deve di necessità attraversare per divenire tale¹⁰⁹: il primo è quello della ‘identificazione’ da parte della persona offesa di quanto accadutole come di un’esperienza ingiuriosa o ‘pregiudizievole’ (è il cosiddetto ‘*naming*’)¹¹⁰; il passo seguente è quello della ‘doglianza’, che consiste nel biasimare qualcuno per la situazione sofferta, attribuendola alla di lui – o di lei – colpa (è la volta del ‘*blaming*’); l’ultimo stadio si ha invece quando il soggetto leso decide di rivolgersi a chi ritiene responsabile per quanto subito al fine di ottenere un rimedio, che questi però rifiuta (‘*claiming*’). È solo a termine e a coronamento di questa terza e ultima fase che la ‘disputa’ potrà allora dirsi finalmente instaurata¹¹¹.

Per quanto semplice, tale schema si rivela di immediata utilità al fine di comprendere come degli eventi pregiudizievoli cui siamo quotidianamente esposti, solo una piccola parte maturi in controversia¹¹². Ciò per (almeno) due motivi: da un lato, infatti, come sempre accade, non tutte le esperienze ingiuriose vengono percepite tali¹¹³; dall’altro

¹⁰⁸ Come molti dimostrano avvenire, ad esempio, sul versante statunitense. Così, secondo quanto riportato dal ‘*Civil Litigation Research Project*’ (CLRP), solo il 3,8% dei soggetti intervistati in tale sede, in quanto vittime di un illecito che aveva causato loro un danno di valore superiore ai 1000 dollari, aveva infine fatto causa al proprio danneggiante (dati riportati da D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, cit., pp. 25-26). Ancora, uno studio in tema di responsabilità medica condotto in un ospedale americano sottolineava come solo il 2% dei pazienti danneggiati da un errore medico aveva agito giudizialmente: M.J. Saks, *Do We Really Know Anything about the Behavior of the Tort Litigation System—and Why Not?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, n. 4, 1992, p. 1185. Alla medesima percentuale di casi portati dinnanzi alle corti ufficiali (2%) è arrivata un’altra ricerca americana, questa volta in tema di infortuni sul lavoro: D.R. Hensler, M.S. Marquis, A.F. Abrahamse, S. H. Berry, P.A. Ebener, E.G. Lewis, E. Allan Lind, R.J. MacCoun, W.G. Manning, J.A. Rogowski, M.E. Vaiana, *Compensation for Accidental Injuries in the United States*, RAND, Santa Monica, 1991, p. 122, disponibile al sito: rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2006/R3999.pdf.

¹⁰⁹ È il saggio di W.L.F. Felstiner, R.L. Abel, A. Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3/4, 1980-1981, pp. 631-654.

¹¹⁰ Invero, alcune esperienze dannose mai raggiungono tale stadio. In particolare, ciò avviene ogniquale volta la persona offesa riduce quanto accadutole a un ‘normale incidente’ di vita quotidiana: D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, cit. p. 31; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., p. 91, e oltre, nel medesimo par., nt. 113.

¹¹¹ Su tutto ciò, si v. nel dettaglio W.L.F. Felstiner, R.L. Abel, A. Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, cit., pp. 635-637.

¹¹² Un’ulteriore smentita del pregiudizio della eccessiva litigiosità della società occidentale: D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, cit., pp. 4-5; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., p. 87.

¹¹³ Per quanto difficilmente quantificabile, elevato sembra essere il numero di vittime che, per motivi diversi, non concepisce quanto subito in termini di danno: ciò, ad esempio, quando fra le parti si sia

lato, ad ogni fase del processo trasformativo analizzato si presenta un'alternativa, sovente prediletta, che è quella del 'lumping'¹¹⁴, ossia della rinuncia a qualsiasi rimedio, ufficiale e no¹¹⁵. Secondo alcuni, quest'ultima si verificherebbe nel 90% dei casi, e a volte sarebbe azionata dalla persona offesa in maniera del tutto inconsapevole¹¹⁶. Infine, aspetto che qui merita particolare sottolineatura, di quelle circoscritte 'dispute' che così diventano tali, percentuale ancora più esigua è quella che di norma raggiunge le corti di diritto statale¹¹⁷.

Analogamente, per quel che concerne le crisi coniugali, il fatto di agire in giudizio dinnanzi a un tribunale ufficiale costituisce un'alternativa generalmente arginata dai membri delle famiglie occidentali e che, qualora adottata, viene compiuta solo a seguito di un periodo prolungato di conflitti intra-familiari¹¹⁸. Tale soluzione si presenta cioè come un'opzione residuale, l'ultima di una lunga serie, alla quale vale la pena rimettersi solo allorché altri tentativi di matrice non ufficiale – e che contemplan, *inter alia*, l'intervento o la mediazione di un sacerdote, di un familiare o di un'altra persona cara¹¹⁹ – abbiano in qualche modo fallito¹²⁰. Interessante è notare come, nell'ambito coniugale,

instaurato un legame affettivo. Fra i pochi studi che abbracciano tale prospettiva, si v. da A. Best, A. Andreasen, *Consumer Response to Unsatisfactory Purchases: A Survey of Perceiving Defects, Voicing Complaints, and Obtaining Redress*, in *Law & Society Review*, vol. 11, n. 4, 1977, specie pp. 708-710; S.B. Burman, H. Genn, J. Lyons, *The Use of Legal Services by Victims of Accidents in the Home – A Pilot Study*, in *Modern Law Review*, vol. 40, n. 1, 1977, in particolare p. 47.

¹¹⁴ Fra i primi a utilizzare questa espressione, W.L.F. Felstiner, *Influences of Social Organization on Dispute Processing*, in *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, p. 81.

¹¹⁵ Specie per quanto concerne i contesti familiari, ove i conflitti sono più frequenti data la prolungata vicinanza dei loro individui: S.E. Merry, *Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood*, cit., pp. 907-908.

¹¹⁶ Come sottolineano D.R. Hensler, M.S. Marquis, A.F. Abrahamse, S. H. Berry, P.A. Ebener, E.G. Lewis, E. Allan Lind, R.J. MacCoun, W.G. Manning, J.A. Rogowski, M.E. Vaiana, *Compensation for Accidental Injuries in the United States*, cit., p. 122; D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, cit., pp. 5, 22, 24, 29.

¹¹⁷ Così, per esempio, lo studio di S.E. Merry su alcune comunità di quartiere americane residenti nel New England, Stati Uniti, ha messo in luce come il 20% degli abitanti risolvesse le proprie dispute personali attraverso una chiamata alla polizia, mentre una percentuale più esigua di persone (seppur di poco inferiore al 20%) si appoggiava alle corti ufficiali: S.E. Merry, *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness among Working-Class Americans*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 1990, p. 66.

¹¹⁸ S.E. Merry, *ult. op. cit.*, pp. 48, 172; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., p. 85; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pp. 32, 34.

¹¹⁹ M.P. Baumgartner, *The Moral Order of a Suburb*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1988, p. 41.

¹²⁰ Come conferma S.E. Merry, *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness among Working-Class Americans*, cit., p. 48.

il ricorso alle corti statali raramente si realizzi al fine di salvare il proprio matrimonio, ma ‘paradossalmente’¹²¹ avvenga d’abitudine all’unico scopo di terminarlo¹²²: in questi casi, in definitiva, si agisce per evitare ogni futuro avvicinamento (anche fisico) con il coniuge o, qualora ciò non sia possibile – si pensi, ad esempio, ai casi ove siano presenti figli minori –, per determinare tempistiche e condizioni in cui gli incontri debbano avvenire¹²³.

In tale contesto, il diffuso ricorso delle famiglie occidentali agli strumenti ufficiali di risoluzione delle liti è altresì giustificato dal fatto che in molti di quei sistemi la concessione del ‘divorzio’ risulta materialmente subordinata ad un atto di natura giudiziale¹²⁴. In assenza cioè dell’intervento o del riconoscimento formale dispensato da un organo giurisdizionale, in quegli ordinamenti non è possibile ottenere lo status di ‘divorziato’, con tutte le conseguenze, giuridiche ed economiche, che questo ovviamente comporta¹²⁵. In merito, è proprio a causa delle implicazioni legate a questa sua assenza, che il fatto di praticare una cessazione *de facto* del vincolo, per quanto sempre possibile¹²⁶, non costituisce per i più un’alternativa accettabile¹²⁷. Ciò soprattutto per gli ostacoli che, sul piano operativo, vengono imposti dalle normative occidentali e che comprendono, ad esempio, l’impossibilità per i soggetti di contrarre un

¹²¹ ‘Paradossalmente’ in quanto è lo stesso sistema di diritto ufficiale a esortare le famiglie e i loro individui ad andare in giudizio: S.E. Merry, *ult. op. cit.*, pp. 176-178.

¹²² Fra i tanti, questo è quanto emerge dallo studio di H. Jacob su un gruppo di coppie divorziate residenti nella contea di Cook, Illinois, Stati Uniti. L’autore infatti sottolinea che, se i coniugi volessero riconciliarsi, userebbero rimedi di natura non ufficiale, piuttosto che le corti: H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, cit., p. 569.

¹²³ Nei casi oggetto dello studio di Merry, infatti, il ricorso alle corti ufficiali avveniva esclusivamente a tale scopo: nessuno agiva per salvare il proprio matrimonio. Si v. S.E. Merry, *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness among Working-Class Americans*, cit., pp. 49, 52. Così, sostiene anche, M. Galanter, *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, in *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, pp. 108, 113-114.

¹²⁴ In altre parole: “[e]very divorce requires some kind of court action” (H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, cit., p. 572). Tuttavia vero è che alcuni paesi occidentali si sono orientati nel senso che ciò non sia più necessario, almeno in determinate circostanze (dettate, per esempio, dall’assenza di figli). Così, *inter alia*, in Danimarca, Norvegia, Svezia, oltre che, in tempi più recenti, perfino in Romania e in Italia: F. Swennen, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, cit., p. 35.

¹²⁵ R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, in *The Yale Law Journal*, vol. 88, n. 5, 1979, p. 991; H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, cit., p. 572.

¹²⁶ S. Macaulay, *Presidential Address: Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports*, cit., p. 187.

¹²⁷ D.M. Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, cit., p. 447.

nuovo matrimonio¹²⁸, il protrarsi del regime patrimoniale di comunione ai futuri acquisti di ciascun coniuge, e le difficoltà derivanti dal praticare nel quotidiano un affidamento condiviso dei figli, specialmente se minori¹²⁹.

Secondo alcuni autorevoli studi, è anche alla luce di tali tortuosità che si spiega perché in Occidente la più parte dei divorzi ufficiali si realizzi in assenza di una fase di natura contenziosa, riducendosi sovente ad una semplice richiesta di convalida di quanto dai coniugi precedentemente statuito¹³⁰. Le decisioni in tema di proprietà, alimenti, mantenimento e custodia dei figli sarebbero così sovente assunte, in effetti, al di fuori delle corti, spesso ‘all’ombra’ delle regole di diritto ufficiale¹³¹, o perfino in maniera del tutto indipendente da ciò che le loro disposizioni per quelle ipotesi prevedono¹³².

Le motivazioni alla base di un tale atteggiamento sono molteplici. Occorre anzitutto considerare come la dissoluzione del matrimonio sia una scelta che d’abitudine i

¹²⁸ L’impossibilità di convenire a nuove nozze costituirebbe il principale motivo per agire in giudizio: R.C. Cavanagh, A. Sarat, *Thinking about Courts: Toward and Beyond a Jurisprudence of Judicial Competence*, in *Law & Society Review*, vol. 14, n. 2, 1979-1980, p. 399.

¹²⁹ D.M. Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, cit., pp. 446-447.

¹³⁰ Secondo quegli studi, ad esempio, negli Stati Uniti ciò avverrebbe nel 90% dei casi. Così, in particolare, M.M. Hunt, *The World of the Formerly Married*, McGraw-Hill, New York, 1966, p. 227; M. Galanter, *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, cit., 1974, p. 108. Sulla più generale prevalenza di tali tipi di divorzio, non supportati da statistiche o percentuali si v. anche H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, cit., p. 572; M.P. Baumgartner, *Law and the Middle Class. Evidence from a Suburban Town*, in *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 1, 1985, p. 16; R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, cit., p. 951; K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., p. 196; H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, cit., p. 572. Inoltre, per quanto concerne il delicato aspetto dell’affidamento dei figli in seguito ai casi di divorzio, da un studio inglese emerge come la custodia o diritto di visita sia questione contesa in giudizio solo nel 6,9% dei casi coinvolgenti soggetti minori: J. Eekelaar, E. Clive, *Custody After Divorce*, Family Law Studies, n. 1, Centre for Socio-Legal Studies, Wolfson College, Oxford, 1977, p. 66.

¹³¹ Per utilizzare un’espressione ormai celebre al dibattito, che mette in luce come anche le decisioni assunte al di fuori delle corti tengano conto di ciò che il diritto ufficiale sul punto dispone. In tal senso, le scelte dei singoli individui in materia familiare sarebbero influenzate da ciò che essi immaginano potrebbero ottenere dalla pronuncia di un giudice: R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, cit., p. 968. Si v. anche, nella medesima ottica, R.A. Pollak, *Bargaining around the Hearth*, in *Yale Law Journal Pocket Part*, vol. 116, 2007, pp. 414-417.

¹³² Dal canto loro, ben due terzi degli intervistati nello studio di Jacob (v. retro, nel medesimo par., nt. 122) sostiene di non aver fatto ricorso alcuno al diritto ufficiale e ai suoi precetti durante le loro negoziazioni in tema di affidamento dei figli: H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, cit., pp. 578, 580.

soggetti interessati non accolgono con serenità¹³³, essendo essa destinata a determinare *ex ante* aspetti e contenuti di quella che sarà la loro vita non più insieme. Ricorrendo a forme intra-familiari di risoluzione delle dispute, quegli individui dimostrano di agire in modo avveduto ed ‘efficiente’: così facendo, essi difatti riducono i margini di rischio e di incertezza derivanti dal rimettere la propria decisione ad un terzo, possono negoziare un accordo che meglio si adatti alle esigenze individuali di ciascuno, lasciano ampio spazio a compromessi che, agli occhi di un giudice, potrebbero forse non essere altrimenti concepiti¹³⁴. Ma a legittimare una soluzione concordata e parallela della crisi sono altresì i costi tanto monetari che temporali che i sistemi giudiziari ovunque impongono, e per via dei quali le parti tentano di limitare al minimo la loro presenza all’intero del circuito giudiziale¹³⁵.

Un altro dato che dovrebbe invitare a riflettere si lega alle testimonianze negative che si raccolgono attorno all’ufficialità e ai suoi rimedi a termine del processo di divorzio¹³⁶. Invero una volta fuori dalle aule giudiziali, i grandi animi di speranza che, sull’onda delle narrazioni legaliste occidentali, alimentano le aspettative di individui e famiglie, non sembrano trovare altrettante conferme, ma anzi in molti casi finiscono con l’imbattersi in sonore e dolorose smentite¹³⁷. Il tutto per motivi diversi, fra cui si annoverano i problemi di comunicazione derivanti dall’uso di un linguaggio eccessivamente formale da parte di giudici e avvocati¹³⁸, la disarmante divergenza fra quanto dagli utenti delle corti auspicato e quanto infine ottenuto¹³⁹, la radicata convinzione di questi ultimi di non essere fino in fondo compresi e considerati dal

¹³³ Ciò è dovuto alle molteplici esternalità negative, tanto di carattere economico che socio-relazionale, a tale scelta associate: R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, cit., p. 971.

¹³⁴ R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *ult. op. cit.*, p. 974.

¹³⁵ M. Galanter, *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, cit., p. 146.

¹³⁶ Per tutti, si v. S.E. Merry, *Everyday Understandings of the Law in Working-Class America*, in *American Ethnologist*, vol. 13, n. 2, 1986, pp. 264, 266; S. Macaulay, *Presidential Address. Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports*, cit., p. 187.

¹³⁷ Su quei sentimenti e aspettative, e sulle loro fonti, si v. S.E. Merry, *ult. op. cit.*, pp. 253 ss.

¹³⁸ I cui precetti appaiono sovente incomprensibili ai loro utenti. H. Jacob, *The Elusive Shadow of the Law*, cit., p. 570; D.M. Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, cit., p. 451, nt. 44.

¹³⁹ Tanto che solo il 25 % delle madri intervistate da Merry sostiene di aver ottenuto ciò che si aspettava: S.E. Merry, *Everyday Understandings of the Law in Working-Class America*, cit., p. 264.

sistema¹⁴⁰.

Tuttavia, tale diffuso malcontento altro non è che il riflesso di un aspetto ulteriore, ossia della profonda incapacità del diritto statale, su più fronti dimostrata¹⁴¹, di fornire ai suoi destinatari risposte e soluzioni condivise¹⁴². Da tempo ormai l'ufficialità somministra le sue ricette senza prendere in adeguata considerazione l'insieme di regole e rimedi cui ricorrono nel quotidiano le famiglie 'tradizionali' occidentali. Così, mentre fra le mura domestiche i legami familiari dichiarano fedeltà e obbedienza a valori fondanti come quello di autorità personale o di solidarietà familiare, al di fuori di quelle mura giudici e legislatori reclamano, e all'occorrenza impongono norme ispirate a principi diversi e con quei valori addirittura contrastanti¹⁴³. Non sorprende allora che quelle stesse norme finiscano coll'esercitare una ridotta influenza sulle dinamiche di molte vite coniugali¹⁴⁴. La discrasia fra quanto applicato nei contesti familiari e quanto proclamato dal diritto ufficiale, tuttavia, non è nuova all'Occidente. Fino agli anni sessanta del secolo scorso, allorché il 'divorzio per colpa' costituiva l'unica forma legittima di dissoluzione del vincolo matrimoniale¹⁴⁵, gli stessi giudici, nel tentativo di adeguarsi alla realtà sociale, erano soliti fornire un'interpretazione dei motivi particolarmente ampia, atta ad aggirare i divieti legislativi e, in alcune circostanze, finivano addirittura col forzare i coniugi ad ammettere una verità che non era certo la loro¹⁴⁶. Sebbene all'ora attuale l'ufficialità tendenzialmente non imponga limiti così gravosi alla libertà dei suoi individui, vero è

¹⁴⁰ Come affiora dalle testimonianze raccolte da Engel: condivisa è infatti l'impressione che i giudici siano sordi a qualsiasi realtà che si discosti da quella descritta dal diritto ufficiale e dalle sue disposizioni. Sul punto, si v. D.M. Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, cit., pp. 447-448. Dallo studio di Merry invece emerge la sensazione diffusa fra gli utenti che le corti non prendano le relazioni interpersonali sul serio: S.E. Merry, *ult. op. cit.*, p. 264.

¹⁴¹ Su cui si v. anche oltre nel Cap. III, specie parr. 2 e 3.

¹⁴² B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, cit., pp. 424-426.

¹⁴³ Così, ad esempio, il principio di uguaglianza fra coniugi, norma cardine del diritto di famiglia di qualsiasi ordinamento occidentale: B. de Sousa Santos, *ult. op. cit.*, pp. 424-426; S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, cit., pp. 1905, 1908.

¹⁴⁴ S. Macaulay, *Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract*, cit., p. 508; S. Scott, *ult. op. cit.*, p. 1904; R.A. Pollak, *Bargaining around the Hearth*, cit., pp. 414-417; R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 86.

¹⁴⁵ Prima della 'rivoluzione' degli anni settanta, infatti, nella più parte dei paesi occidentali il divorzio era concesso solo su sussistenza di specifici motivi che implicavano la responsabilità di uno dei coniugi: M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, cit., pp. 30-32, 191.

¹⁴⁶ Come riporta D.M. Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, cit., pp. 447-448.

che essa non pare aver tratto un grande insegnamento dalle sue passate esperienze¹⁴⁷. Spronato da un perdurante animo di paternalismo, il diritto ufficiale continua a rivendicare egemonia e controllo sulle famiglie ‘tradizionali’ occidentali, coniano e difendendo i propri modelli regolatori, giudicati come i migliori di tutti gli altri, in quanto indiscutibilmente ‘più giusti’¹⁴⁸: modelli questi che, tuttavia, al di là delle loro pur ammirevoli intenzioni, sembrano sovente mancare di qualsiasi prospettiva operativa e di contatto con la realtà giuridica di quelle famiglie e individui cui essi stessi pretendono di rivolgere le loro soluzioni¹⁴⁹.

Così, per non fare che un esempio, sul fronte più specifico dell’affidamento dei figli minori, l’ufficialità ha creato e continua a diffondere il verbo del ‘*best-interests-of-the-child*’¹⁵⁰, uno standard ormai riconosciuto a ogni livello in Occidente, cui i giudici sono rigorosamente chiamati a sottostare allorché debbano decidere delle sorti delle famiglie e della loro prole¹⁵¹. Un criterio che, per quanto foriero di grandi ideali, si rivela talmente vago e astratto da fornire a quegli stessi giudici, specie in caso di divorzio,

¹⁴⁷ Sicuramente, il diritto ufficiale ha nel tempo allentato la sua pretesa di egemonia sulle relazioni familiari rinunciando all’invasiva ingerenza di un tempo: si pensi appunto ai motivi nel divorzio per colpa, o ai numerosi impedimenti che una volta applicava ai casi di divorzio. Ultimamente poi in alcuni ordinamenti si è addirittura registrata una certa apertura nei confronti della validità degli accordi prematrimoniali, come sottolinea S.N. Katz, *Family Law in America*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2003, pp. 30-31. In tal senso, si è parlato di un progressivo ‘processo di privatizzazione’ o di ‘contrattualizzazione’ del diritto di famiglia, su cui si v., rispettivamente, J.B. Singer, *The Privatization of Family Law*, in *Wisconsin Law Review*, 1992, pp. 1444-1445; A. Miranda, *Le modèle italien: la privatisation des rapports familiaux face aux développements sociaux*, in O. Roy (cur.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2011, pp. 93-105; e F. Swennen, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, cit., p. 53.

¹⁴⁸ Lo Stato stesso infatti ritiene il proprio intervento necessario in quanto volto a fornire una tutela che altrimenti i soggetti più deboli non avrebbero, *in primis* alcune donne e figli minori: G.S. Becker, K.M. Murphy, *The Family and the State*, cit., p. 1.

¹⁴⁹ A tal punto che sono proprio lo Stato e le sue propaggini a dover rincorrere in silenzio il cambiamento (S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 8-10). Così, ad esempio, nel caso di alcuni matrimoni *de facto*, dove, in presenza di eventi particolarmente negativi, i giudici statunitensi, al fine di salvaguardare la parte debole, hanno finito in più occasioni per concedere un riconoscimento formale *ex-post* a quelle unioni: sul punto si v. S.N. Katz, *Family Law in America*, cit., p. 28.

¹⁵⁰ Sancito innanzitutto dall’articolo 3 dalla Convenzione ONU del 1989 sui Diritti dell’infanzia, oggi ratificata da ben 196 paesi. Per il testo dell’articolo e della Convenzione si v. ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx.

¹⁵¹ R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, cit., p. 969; R.H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 39, n. 3, 1975, pp. 236-237; F. Swennen, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, cit., pp. 10, 51-52.

ampi margini di discrezionalità¹⁵². Al di là del fatto – alquanto discutibile – che in tali ipotesi l'applicazione del criterio sovente avviene senza interpellare alcuno del minore¹⁵³, l'indeterminatezza su ciò che possa essere considerato il di lui 'miglior interesse' è tale da poter dar adito a soluzioni giurisprudenziali perfino nel concreto lesive nei confronti del soggetto per cui quelle tutele erano state in astratto pensate¹⁵⁴. Eventualità destinata a realizzarsi ogniqualvolta i corpi applicativi agiscano sulla base della cieca e ideologica fiducia nel diritto statale e dei suoi principi, *in primis* quello di uguaglianza, dimenticandosi di come le regole entro le mura domestiche allochino sovente diritti e assegnino responsabilità sulla base di valori improntati al genere¹⁵⁵.

Fra i tanti possibili, un esempio ancora può in questa sede rivelarsi prezioso, oltre che di estrema utilità al fine di meglio comprendere la portata delle riflessioni appena esposte. Il caso è quello reale riportato da uno studio condotto su alcune famiglie residenti in Belgio¹⁵⁶, cui i giudici avevano imposto, sulla scia della nuova normativa in tema di divorzio¹⁵⁷, l'istituto del 'collocamento condiviso' ('*equal shared residency*')¹⁵⁸, ossia di una forma innovativa di affidamento, in cui il figlio minore si supponeva dovesse trascorrere la metà del suo tempo nel domicilio di ciascuno dei propri genitori. Tuttavia, in molti dei casi oggetto di analisi le altisonanti aspettative legate all'istituto – che

¹⁵² J. Areen, *Cases and Materials on Family Law*, The Foundation Press, Mineola, 1978, p. 653; H. Clark, *The Law of Domestic Relations in the United States*, West Publishing Corporation, St. Paul, 1968, p. 3; si v. anche K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., p. 199; K.R. White, T. Stone, *A Study of Alimony and Child Support Rulings with some Recommendations*, in *Family Law Quarterly*, vol. 10, n. 1, 1976, pp. 75 ss.; nonché Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant, *Hébergement égalitaire et droits de l'enfant. Cadre légal et pratiques*, Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant, Bruxelles, 2010, p. 10, disponibile al sito: acode.be/IMG/pdf/Analyse_hebergement_egalitaire_Cadre_legal.pdf.

¹⁵³ Fatto questo già di per sé atto a sollevare qualche perplessità: R.H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, cit., pp. 254-255.

¹⁵⁴ Su cui si v. quanto segue subito oltre.

¹⁵⁵ Rischiando così di non essere da quelle famiglie successivamente seguite: K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., pp. 200-201.

¹⁵⁶ Lo studio in questione è quello condotto su famiglie, anche di diversa etnia, residenti in Belgio da K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., p. 201.

¹⁵⁷ Talvolta perfino in contrasto con il volere delle parti, e ciò nonostante il nuovo articolo 374, § 2, al. 1, del Codice civile belga, così come modificato dalla legge del 18 luglio 2006, disponga che il collocamento condiviso debba essere applicato solo su richiesta di almeno uno dei coniugi. Il testo dell'articolo è disponibile al sito: ejustice.just.fgov.be.

¹⁵⁸ K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., pp. 198-199.

nell'immaginario legislativo avrebbe dovuto farsi veicolo ed espressione del 'best-interests-of-the-child'¹⁵⁹ –, una volta calate nella loro dimensione operativa, hanno finito con l'essere puntualmente smentite. Al di là delle numerose difficoltà che dal punto di vista pratico il collocamento condiviso puntualmente comporta¹⁶⁰, dalla sua imposizione deriva infatti un'ulteriore importante conseguenza, non valutata dal legislatore belga: si tratta della sostanziale riduzione del *quantum* che il padre in tal caso deve versare alla madre non economicamente indipendente per il mantenimento del figlio – poiché si presume che solo per metà del tempo questa dovrà provvedere alle esigenze del minore, mentre per l'altra metà le stesse saranno soddisfatte direttamente dal genitore paterno. In particolare, però, nei casi riportati, il tempo che il figlio in concreto trascorrevva con il padre si dimostrava di gran lunga inferiore a quanto stabilito dal giudice, lasciando così la madre con una somma di molto ridotta per provvedere ai bisogni del minore, e di conseguenza andando a pregiudicare, seppur indirettamente, lo stile di vita di questi¹⁶¹.

Le ragioni di un siffatto insuccesso risiedono, ancora una volta, nella mancata attenzione serbata dall'ufficialità e dalle sue propaggini al sostrato di regole e valori che quotidianamente scandiscono la vita di relazione delle famiglie occidentali, e che, come in più occasioni sottolineato, sono orientate in ragione del genere dei suoi individui¹⁶². Fra tali regole riposa, infatti, il precetto che impone alla donna di non abbandonare il proprio ruolo materno, e che seppur non verbalizzato reclama obbedienza a tal punto da farsi strada entro le mura domestiche senza troppa cura di quanto al di fuori statuito da giudici e legislatori¹⁶³. In tale ottica, non è infatti un caso che ovunque in Occidente studi e statistiche dimostrino come ancora oggi nelle famiglie occidentali siano in prevalenza le donne a essere incaricate della cura e dell'educazione dei figli, sia durante

¹⁵⁹ K. Kurki-Suonio, *Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 14, n. 3, 2000, pp. 183-184.

¹⁶⁰ Difficoltà che giudici e legislatori non sempre sembrano aver tenuto in adeguata considerazione: K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, pp. 200-201.

¹⁶¹ Su tutto ciò, si v. K. Lecoyer, C. Simon, *ult. op. cit.*, pp. 200-201.

¹⁶² S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, cit., p. 1904; B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. Morra, B. Pasa (curr.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittoterapi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 204, 223.

¹⁶³ W.O. Weyrauch, *American Family Law in Transition*, The Bureau of National Affairs, Washington, 1983, pp. 507-509.

il matrimonio che perfino in seguito alla sua dissoluzione¹⁶⁴.

Al netto delle considerazioni fin qui esposte, non disterà allora stupore constare come, anche in tema di affidamento, diffusi e radicati siano i sentimenti di diffidenza e ostilità provati dalle famiglie occidentali nei confronti delle corti ufficiali e del loro diritto¹⁶⁵. Una conferma in tal senso viene dall'elevato numero di coppie che, in relazione a tale questione, optano per una soluzione negoziata e concordata al di fuori dei circuiti giudiziari¹⁶⁶, oltre che dal cospicuo elenco di sentenze che, non tenendo in adeguato conto le richieste avanzate dalle parti, finiscono col restare lettera morta¹⁶⁷. Un ultimo elemento a riprova dell'insuccesso di tali strumenti ci deriva infine dal fatto che, secondo i dati disponibili, persino chi, per un motivo o per l'altro, decide di affidarsi all'ufficialità e ai suoi rimedi, dinnanzi al persistere delle medesime problematiche familiari o al ricrearsi di nuove, raramente ve ne fa nuovamente ricorso¹⁶⁸.

In conclusione, appare allora evidente come, a dispetto di quanto ovunque proclamato in Occidente, sul fronte dei rimedi ancor prima che delle regole, l'ufficialità si attesti a distanza tuttora troppo elevata dalla realtà giuridica e dalle concrete esigenze delle famiglie occidentali e dei loro individui.

¹⁶⁴ K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., pp. 197, 202. Negli Stati Uniti più dei due terzi dei figli divorziati vivrebbe con la madre (A.L. Alstott, *No Exit. What Parents Owe their Children and What Society Owes Parents*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 29), mentre in Galles e in Inghilterra la quota sarebbe invece dell'80% (J. Hunt, C. Roberts, *Child Contact with Non-Resident Parents*, in *Family Policy Briefing*, vol. 3, 2004, p. 1).

¹⁶⁵ Corti sovente percepite come particolarmente aggressive nei modi di imporre i loro standard e criteri: K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., p. 196.

¹⁶⁶ Uno studio condotto in Inghilterra e Galles difatti sostiene che solo il 10% dei genitori decide di affidarsi alle corti per ciò che riguarda il mantenimento e la custodia dei figli: J. Hunt, C. Roberts, *Child Contact with Non-Resident Parents*, cit., p. 1.

¹⁶⁷ Così K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., pp. 200-201; R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, cit., pp. 963-965.

¹⁶⁸ Fra questi, ad esempio, sempre in tema di affidamento, un'alternativa sovente praticata dalle donne al mancato pagamento dell'assegno familiare è quello di rendere maggiormente difficoltoso, o vietare del tutto al padre reticente il diritto di visita al figlio. La soluzione è sovente percorsa in quanto più economica e rapida, ma soprattutto più efficace, del ricorso avanti alle corti ufficiali, come sostiene R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, cit., p. 965. Significativo è altresì il dato riportato da Merry che attesta come circa il 71% degli intervistati che agivano in giudizio per problemi interpersonali decidevano, a seguito alla loro esperienza, di non farvi più ritorno: S.E. Merry, *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness among Working-Class Americans*, cit., pp. 134-136.

4. Convivenze ai margini del diritto ufficiale

Rispetto alla famiglia ‘tradizionale’, ossia quella fondata sul matrimonio, in Occidente sono andate emergendo forme altre di organizzazione familiare, da quel vincolo del tutto indipendenti¹⁶⁹. Fra queste, si inseriscono le convivenze dettate da legami affettivi di matrice coniugale¹⁷⁰, a lungo ignorate e talvolta perfino emarginate dall’ufficialità e dalle sue disposizioni¹⁷¹.

Eppure, a prescindere dai desiderata del diritto statale, al pari delle famiglie ‘tradizionali’, le coppie ‘*more uxorio*’ coabitano, hanno figli, acquistano e gestiscono le loro proprietà, stipulano contratti, si danno regole, applicano rimedi, e pongono fine alle loro relazioni interpersonali¹⁷². Tali forme di convivenza si attestano in costante crescita nei sistemi occidentali: un dato che giova anche dell’incremento addotto dalle coppie di individui dello stesso sesso¹⁷³, e che si fa puntuale spazio a svantaggio delle famiglie ‘tradizionali’ e del numero dei loro matrimoni¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Al pari di qualsiasi altra istituzione sociale, la famiglia e i suoi modelli sono infatti in continua evoluzione: K. Lecoyer, C. Simon, *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, cit., p. 190.

¹⁷⁰ Sebbene ipotesi di convivenza ‘*more uxorio*’ siano sempre esistite in Occidente, è solo in tempi recenti che tale forma coabitativa si è affermata quale vero e proprio paradigma familiare: R. Probert, *Cohabitation: Current Legal Solutions*, in *Current Legal Problems*, vol. 62, n. 1, 2009, p. 318.

¹⁷¹ Celebri in tal senso le parole attribuite a Napoleone Bonaparte: “*Les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins*”, citate in X. Labbée, *Les Rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d’Ascq, 1996, p. 129.

¹⁷² M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, cit., p. 252; A. Miranda, *Il governo della famiglia*, cit., p. 469.

¹⁷³ Per quanto in alcuni paesi occidentali sia stato riconosciuto il diritto delle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio (così, ad esempio, in Belgio, Olanda, Spagna, Inghilterra, Galles, Canada e Stati Uniti), in molti altri i loro legami restano al momento di stampo extra-coniugale (*inter alia*, Italia, Austria, Svizzera, Grecia, Croazia). Altrove, inoltre, tali unioni sono ancora sovente del tutto ignorate dal diritto ufficiale del sistema di riferimento (così nella quasi totalità degli Stati dell’Est Europa). Sul punto, in relazione alla situazione europea, si v. le analisi raccolte da K. Boele-Woelki, A. Fuchs (curr.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2^a ed., Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012. Sul fronte statunitense, invece J. Pierceson, *Same-Sex Marriage in Canada and the U.S. The Role of Political and Legal Culture*, in *The American Review of Canadian Studies*, vol. 44, n. 3, 2014, pp. 321-333.

¹⁷⁴ Come numerosi studi dimostrano, a partire dagli anni settanta in Occidente i matrimoni hanno infatti registrato un forte calo: per tutti, si v. National Healthy Marriage Resource Center, *Marriage Trends in Western Culture: A Fact Sheet*, p. 2, disponibile al sito: healthymarriageinfo.org/download.aspx?id=328.

L'ampia diffusione di queste forme 'alternative' di coniugio¹⁷⁵ ha così alimentato l'interesse di un'autorevole letteratura¹⁷⁶, che si è occupata di studiarne regole e strumenti di risoluzione delle liti tanto dal punto di vista del diritto ufficiale, che non ufficiale¹⁷⁷.

Come emerso da quegli studi, e a dispetto di quanto declamato e prescritto dall'ufficialità¹⁷⁸, entro le mura domestiche le dinamiche delle relazioni interpersonali fra conviventi 'more uxorio' si rivelano del tutto simili, se non in gran parte identiche, a quelle proprie alle famiglie 'tradizionali'¹⁷⁹. Anche in tali contesti, infatti, sono condivisi i valori dell'altruismo e della fedeltà familiare¹⁸⁰, i quali si trovano alla base di numerosi precetti normativi non ufficiali, fra cui, *inter alia*, quello che impone ad ogni convivente di evitare comportamenti opportunistici nei confronti degli altri appartenenti alla stessa cerchia familiare¹⁸¹.

Sul fronte europeo, si v. i dati Eurostat disponibili al sito: [ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Crude_marriage_and_divorce_rates,_EU-28,_1970-2013_\(per_1_000_persons\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Crude_marriage_and_divorce_rates,_EU-28,_1970-2013_(per_1_000_persons).png). Alcuni studi, inoltre, sostengono che la flessione fosse iniziata già a partire dagli inizi del XX secolo: si v. a tal proposito quanto riportato per Inghilterra e Galles dall'Office for National Statistics al sito: ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/marriagecohabitationandcivilpartnerships.

¹⁷⁵ Come anticipato, per quanto queste forme alternative di organizzazione familiare siano sempre state presenti, una certa attenzione al fenomeno da parte del dibattito ufficiale occidentale la si è avuta solo a partire dagli anni settanta del secolo scorso: M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, cit., pp. 252-253.

¹⁷⁶ La progressiva diffusione di questi modelli non è passata inosservata nemmeno a quella parte del dibattito che nell'ottica giuseconomica si occupa di indagare costi, benefici, ed esternalità legate alle scelte individuali. Abbracciano tale prospettiva, con particolare riguardo al comportamento dei soggetti conviventi, R.A. Pollak, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 23, n. 2, 1985, pp. 581 ss; R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., pp. 1 ss.

¹⁷⁷ Si v. R. Leckey, *Cohabitation, Law Reform, and the Litigants*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 31, n. 2, 2017, pp. 131-146; B. Perelli-Harris, N. Sánchez Gassen, *How Similar Are Cohabitation and Marriage? Legal Approaches to Cohabitation across Western Europe*, in *Population and Development Review*, vol. 38, n. 3, 2012, pp. 435-467; P. Pleasence, N.J. Balmer, *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage and Cohabitation*, in *Law and Society Review*, vol. 46, n. 2, 2012, pp. 297-333; R. Probert, *Cohabitation: Current Legal Solutions*, cit., pp. 316-345.

¹⁷⁸ Dove infatti famiglie tradizionali e convivenze 'more uxorio' continuano sovente a essere concepite e trattate come due fenomeni fra loro diversi: M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, cit., p. 289.

¹⁷⁹ Della cui incidenza abbiamo in parte già detto in precedenza: v. retro, nel medesimo Cap., parr. 2 e 3.

¹⁸⁰ In un'ottica giuseconomica, sull'opportunità di distinguere fra 'fedeltà' e 'altruismo', si v. R.A. Pollak, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, cit, p. 585. Nella medesima prospettiva, sulle esternalità positive derivanti dal fatto di mettere in pratica comportamenti altruistici in seno al proprio nucleo familiare, si v. G.S. Becker, *A Treatise on the Family. Enlarged Edition*, cit., pp. 277-306.

¹⁸¹ R.A. Pollak, *ult. op. cit.*, p. 590.

Sempre sul fronte delle regole, interessante è poi notare come, al pari di quanto puntualmente accade nella famiglia 'tradizionale'¹⁸², i sentimenti e le affiliazioni che si vengono a creare in seno a tali convivenze spesso sottendono prassi che si muovono discoste dal diritto ufficiale e dai suoi valori, finendo talvolta col legittimare condotte che, in assenza di quei legami, non sarebbero dagli stessi individui tollerate¹⁸³. Basti ad esempio pensare alla regola non verbalizzata che permette ai conviventi di concorrere al benessere economico-familiare in misura diversa e variabile a seconda del proprio genere (uomo o donna)¹⁸⁴, oltre che del proprio ruolo (genitore o figlio)¹⁸⁵.

Al di là di affetti e legami, un fattore rilevante nella creazione degli equilibri normativi fra conviventi 'more uxorio' è difatti proprio quello che si lega al genere dei suoi individui. Invero, come in parte già accennato¹⁸⁶, tale identità risulta talmente radicata nella sfera quotidiana delle comunità occidentali¹⁸⁷ da giustificare che responsabilità quali, ad esempio, la cura e l'educazione dei figli siano in prevalenza rimesse alle donne: un'ennesima sfida, merita sottolinearlo, al principio che l'ufficialità vorrebbe invece ovunque e ad ogni livello operante in Occidente, ossia quello dell'uguaglianza formale¹⁸⁸.

Vero è che, almeno sotto questo profilo, si dovrebbe fare un discorso a parte per le convivenze di stampo coniugale fra soggetti dello stesso sesso¹⁸⁹. Alcuni studi infatti dimostrano che fra le mura domestiche, rispetto alle altre, queste coppie praticano una

¹⁸² Su cui v. quanto ricordato retro nel presente Cap., par. 3.

¹⁸³ R.A. Pollak, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, cit., p. 587; W.L.F. Felstiner, R.L. Abel, A. Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, cit., p. 640.

¹⁸⁴ Per questo distante dalla retorica del principio di assoluta uguaglianza fra i coniugi: R. Leckey, *Must Equal Mean Identical? Same-Sex Couples and Marriage*, cit., p. 8.

¹⁸⁵ Per non fare che un esempio, possiamo qui pensare all'ipotesi della mancata contribuzione alle esigenze economiche della famiglia ad opera del figlio maggiorenne che lavori e conviva con i propri genitori: R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 124; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pp. 34-35.

¹⁸⁶ Si v. retro, nel medesimo Cap., par. 3.

¹⁸⁷ B. Pasa, *Dal crittotipo all'implicito: diritto tacito, muto, vissuto?*, in L. Morra, B. Pasa (curr.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, cit., p. 65.

¹⁸⁸ A.L. Alstott, *No Exit. What Parents Owe their Children and What Society Owes Parents*, cit., pp. 28-29; K. Silbaugh, *Turning Labor into Love: Housework and the Law*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 91, 1996, pp. 8-13.

¹⁸⁹ Non mancano tuttavia voci contrarie, tese a sostenere che gli stereotipi legati al genere siano rintracciabili anche in tali forme di convivenza: così, in particolare, L.A. Giddings, *Political Economy and the Construction of Gender: The Example of Housework within Same-Sex Households*, in *Feminist Economics*, vol. 4, n. 2, 1998, pp. 97-98.

divisione dei ruoli e delle responsabilità, nonché un'allocazione dei diritti proprietari, maggiormente egualitaria¹⁹⁰. Ciò in quanto, essendo entrambi i conviventi del medesimo sesso, la variabile del genere non rivestirebbe rilevanza tale da poter incidere in maniera significativa sulle loro regole e decisioni¹⁹¹. Tuttavia, non per questo fattori di disequaglianza o, se si preferisce, di 'dominanza' di stampo culturale, sociale o biologico, sono meno presenti presso tali forme abitative, realizzandosi in ragione di affiliazioni altre dettate, ad esempio, dalla posizione lavorativa occupata dai loro membri, dalla disponibilità finanziaria da ognuno posseduta, dalla loro provenienza sociale, oltre che dall'appartenenza etnica e familiare di ciascuno¹⁹².

Per i motivi fin qui esposti, le regole e le prassi non ufficiali cui abbiamo fatto cenno sono sovente considerate dal diritto ufficiale come 'ingiuste', oltre che 'inefficienti' in termini gius-economici¹⁹³. Di fatto, però, è pur sempre a esse che i conviventi '*more uxorio*' rimettono il governo quotidiano delle dinamiche e degli equilibri della loro vita di relazione¹⁹⁴.

Sul fronte delle dispute, anche in tali contesti, sentimenti e affiliazioni finiscono sovente con l'agire da freno risolutore delle liti intra-familiari, espletando la loro influenza tanto nel determinare la percezione di ciò che è scorretto/inammissibile¹⁹⁵, quanto nel definire la soglia delle condotte tollerabili da quegli stessi conviventi – soglia che li porterà così di frequente al '*lumping*', accettando comportamenti che, se compiuti da altri, al di fuori

¹⁹⁰ M. Burns, C. Burgoyne, V. Clarke, *Financial Affairs? Money Management in Same-Sex Relationships*, in *Journal of Socio-Economics*, vol. 37, n. 2, 2008, p. 484; S.E. Solomon, E.D. Rothblum, K.F. Balsam, *Money, Housework, Sex, and Conflict: Same-Sex Couples in Civil Unions, Those Not in Civil Unions, and Heterosexual Married Siblings*, in *Sex Roles*, vol. 52, n. 9/10, 2005, pp. 562, 572.

¹⁹¹ M. Klawitter, *The Effects of Sexual Orientation and Marital Status on How Couples Hold their Money*, in *Review of Economics of the Household*, vol. 6, n. 4, 2008, p. 434.

¹⁹² B. Heaphy, C. Smart, A. Einarsdottir, *Same-sex Marriages: New Generations, New Relationships*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013, p. 14; S.Z. Sutphin, *Social Exchange Theory and the Division of Household Labor in Same-Sex Couples*, in *Marriage & Family Review*, vol. 46, n. 3, 2010, p. 192; C. Carrington, *No Place like Home: Relationships and Family Life among Lesbians and Gay Men*, University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 193.

¹⁹³ Così, ad esempio, R.A. Pollak, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, cit., pp. 582-584.

¹⁹⁴ R. Probert, *Cohabitation: Current Legal Solutions*, cit., p. 343; G.S. Becker, K.M. Murphy, *The Family and the State*, cit., pp. 3-5.

¹⁹⁵ D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, cit., pp. 78-79.

della cerchia familiare, avrebbero invece dato origine a dispute¹⁹⁶.

Dinnanzi a condotte particolarmente pregiudizievoli e lesive dei loro valori, i soggetti uniti ‘*more uxorio*’ e le loro famiglie potranno ricorrere a un ampio e variegato ventaglio di sanzioni e rimedi¹⁹⁷, il cui raggio di azione si estenderà anche a soluzioni che al di là delle mura domestiche non avrebbero ragione di esistere¹⁹⁸, o più semplicemente non godrebbero di rilevanza operativa¹⁹⁹. In tale ventaglio ricadono, per citarne alcune, il fatto di interrompere per un periodo più o meno prolungato ogni dialogo con l’altro convivente o familiare, i tentativi impliciti o verbalizzati per una risoluzione conciliatoria della controversia, la decisione di sottomettere la lite all’intervento o alla mediazione di un terzo²⁰⁰. Inoltre, vale la pena sottolineare come, nonostante la poca attenzione riservata dal diritto ufficiale a tale articolato set di reazioni²⁰¹, anche in queste famiglie, soluzioni rimediali di carattere non ufficiale come l’ostracismo e le minacce di porre fine alla relazione di convivenza rappresentano sovente un efficace deterrente nei confronti dei comportamenti devianti²⁰². Questo

¹⁹⁶ R.A. Pollak, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, cit., p. 587; W.L.F. Felstiner, R.L. Abel, A. Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, cit., p. 640; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pp. 32, 34.

¹⁹⁷ R.A. Pollak, *ult. op. cit.*, p.587; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., p. 85.

¹⁹⁸ Si pensi alla privazione di risorse, una delle sanzioni più diffuse in seno ai contesti familiari ‘tradizionali’ e no, la quale ovviamente richiede che uno dei soggetti sia nella posizione di poter privare qualcun altro di un qualcosa. La privazione può rivelarsi in numerose forme: dal diniego di elargire un favore o di adempiere a una precedente promessa, alla sottrazione dell’uso di un determinato bene, fino alla più temuta, ossia la costrizione della libertà personale, sovente la più grave sanzione applicata dai genitori nei confronti dei propri figli. Per alcune testimonianze, si v. quanto riportato da M.P. Baumgartner, *The Moral Order of a Suburb*, cit., p. 23.

¹⁹⁹ Così, ad esempio, il fatto di mettere in atto una serie di comportamenti di ostracismo, tesi cioè a ignorare in modo ripetitivo il proprio convivente. L’efficacia di rimedi come questi deriva anche dalla percezione che quei soggetti riservano alla propria relazione in quanto destinata o no a continuare nel futuro: M.P. Baumgartner, *ult. op. cit.*, pp. 12, 63.

²⁰⁰ Il ricorso a soggetti estranei alla propria cerchia familiare non è una soluzione sovente praticata nei contesti familiari, per lo meno per quanto concerne le dispute che sorgono nel loro quotidiano. Sul punto, uno studio ha dimostrato come, nella quasi totalità dei casi oggetto di indagine (ossia il 92%), la risoluzione delle liti si consumi fra le mura domestiche e cioè senza l’intervento di soggetti a quelle famiglie estranei: P.H. Benson, A. Brown, S.L.M. Sheehy, *A Survey of Family Difficulties in a Metropolitan Suburb*, in *Marriage and Family Living*, vol. 18, n. 3, 1956, p. 252.

²⁰¹ La non ufficialità, infatti, non si occupa di regolare i modi in cui i conviventi debbano porre fine alla loro relazione, e ciò nemmeno quando questi abbiano dei figli: A. Barlow, S. Duncan, G. James, A. Park, *Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, Hart, Oxford – Portland, 2005, p. 2.

²⁰² M.P. Baumgartner, *The Moral Order of a Suburb*, cit., p. 36; R.A. Pollak, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, cit., p. 586.

perché, come abbiamo avuto modo di vedere più volte nel corso del presente Capitolo²⁰³, in seno alle ristrette comunità domestiche la conclusione di un rapporto familiare si configura sempre come la peggiore sanzione possibile, dati gli elevati costi di transazione (economici ma soprattutto affettivi) che essa inevitabilmente comporta²⁰⁴. Da parte sua, *et pour cause*, l'ufficialità ha a lungo ignorato queste forme di organizzazione familiare che, per l'assenza di un vincolo coniugale, si sottraggono al paradigma occidentale della famiglia 'tradizionale'²⁰⁵. È solo a seguito della crisi di quest'ultimo modello e della più ampia diffusione delle convivenze extra-coniugali, che il diritto ufficiale ha avanzato il proprio (seppur timido) interesse nei confronti delle convivenze '*more uxorio*'²⁰⁶. Tale interesse dapprima si è concretizzato sul piano giurisprudenziale attraverso interpretazioni che, facendo leva sull'espedito della '*fictio iuris*', hanno finito per allargare a queste situazioni le maglie delle regole pensate ed emanate per le famiglie 'tradizionali' – una realtà cui ancora oggi di frequente assistiamo²⁰⁷. Successivamente, in alcuni sistemi occidentali, l'ufficialità si è altresì fatta promotrice di taluni tentativi normativi tesi a conferire alle convivenze '*more uxorio*' una disciplina ufficiale *ad hoc*, seppure sovente circoscritta ai soli aspetti patrimoniali²⁰⁸: un approccio che, una volta ancora, si è fatto strada trascurando non solo come un atto legislativo non costituisce di per sé garanzia di attuazione

²⁰³ In particolare, retro, parr. 2 e 3, ma su cui non mancheremo di imbatterci anche più avanti: così, par. 4 del medesimo Cap., e parr. 3, 4 e 5 del Cap. III.

²⁰⁴ A. Niehof, *Conceptualizing the Household as an Object of Study*, in *International Journal of Consumer Studies*, vol. 35, n. 5, 2011, p. 489.

²⁰⁵ Ciò soprattutto per quanto riguarda i sistemi continentali, mentre sul fronte di '*common law*' nel corso del XIX secolo si sono registrate alcune aperture. Il riferimento è all'istituto di carattere rimediabile coniato dalla giurisprudenza del '*common-law marriage*', e che tuttavia trovava applicazione solo in alcuni stati americani e in Scozia. Per gli Stati Uniti il rimando va a H. Clark, *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp. 45-62; per quanto riguarda la Scozia invece si v. J. Thomson, *Family Law in Scotland*, Butterworths, London, 1987, pp. 15-18. Sul successo e sulla recente 'riscoperta' dell'istituto da parte delle corti americane, si v. A. Miranda, *La privatizzazione del diritto di famiglia: l'esperienza di common law*, in F. Brunetta D'Usseaux, A. D'Angelo (curr.), *Matrimonio, matrimonii, l'Alambicco del Comparatista*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 373-380.

²⁰⁶ A. Miranda, *Le modèle italien: la privatisation des rapports familiaux face aux développements sociaux*, cit., pp. 93 ss.

²⁰⁷ Per lo più in tema di diritto assistenziale, societario e di proprietà: M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, cit., p. 255.

²⁰⁸ Non senza dare adito ad alcune situazioni paradossali: così, ad esempio, in Inghilterra e Galles, ove la possibilità di scelta fra un'unione civile formalmente riconosciuta e un matrimonio è prerogativa esclusiva delle coppie omosessuali, mentre le altre forme di coniugio sono abbandonate alla sola alternativa fra un matrimonio o una convivenza *de facto*. Sul punto, si v. F. Swennen, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, cit., p. 24.

operativa²⁰⁹, ma soprattutto – fatto ancor più discutibile – che i legami familiari dichiarano fedeltà a valori discosti da quelli ufficiali, generati dalla diversità di genere²¹⁰, dagli affetti e dalle affiliazioni familiari²¹¹.

Vero è che, come alcuni studi sottolineano, la scelta delle coppie non coniugate di convivere invece di sposarsi in molti casi non è frutto di un vaglio razionale e ponderato, soprattutto per quanto concerne le tutele che il diritto statale riserva alle sole coppie coniugate, tanto sul fronte fiscale-assistenziale, che in relazione al momento della conclusione del rapporto²¹². Guidati dalla logica del buonsenso e della coscienza sociale, i conviventi ‘*more uxorio*’ agiscono cioè sovente nella convinzione che tali tutele siano in ogni caso anche ad essi dovute, a maggior ragione a seguito di un periodo prolungato di vita insieme²¹³. Forse un po’ ingenuamente, quegli individui credono alle premesse di giustizia e uguaglianza elargite negli anni dall’ufficialità, convinti che lo Stato e il suo diritto condividano, e si ergano a difensori dei loro medesimi valori²¹⁴. Ma la divergenza fra realtà sociale e ufficialità riemerge puntuale all’interno delle aule giudiziali, ove i conviventi finiscono spesso per sperimentare in prima persona la difficoltà, se non riluttanza, delle corti statali nel trattare dei casi intra-familiari che non coinvolgano aspetti e problematiche di natura esclusivamente patrimoniale²¹⁵.

²⁰⁹ R. Leckey, *Cohabitation, Law Reform, and the Litigants*, cit., p. 138.

²¹⁰ A.L. Alstott, *No Exit. What Parents Owe their Children and What Society Owes Parents*, cit., pp. 28-29.

²¹¹ Su ruolo che legami e affiliazioni rivestono in seno a qualsiasi famiglia, si v: M.F. Brinig, *From Contract to Covenant. Beyond the Law and Economics of the Family*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pp. 83-84.

²¹² A. Barlow, S. Duncan, G. James, A. Park, *Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, cit., p. 45; A.L. Baker, R. E. Emery, *When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, in *Law and Human Behavior*, vol. 17, n. 4, 1993, p. 443.

²¹³ Così, ad esempio, da uno studio condotto su delle coppie di conviventi inglesi e scozzesi emerge come il 53% degli intervistati riteneva che dopo un periodo di convivenza prolungato ad essi dovevano applicarsi i medesimi diritti e doveri delle coppie coniugate, al pari dei loro regimi patrimoniali e delle conseguenze economiche e assistenziali legate alla morte di uno due conviventi. Questo atteggiamento è generalmente noto in quei contesti come il “*common law marriage myth*”: P. Pleasence, N.J. Balmer, *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage and Cohabitation*, cit., pp. 299-301.

²¹⁴ Una credenza che non si limiterebbe ai soli rapporti fra coniugio e convivenza extra-coniugale, estendendosi anche ad altri settori, come sottolineano P. Pleasence, N.J. Balmer, *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage and Cohabitation*, cit., pp. 302-303.

²¹⁵ Casi per questo sovente cassati, in quanto ritenuti da quei giudici “*garbage cases*”: B. Yngvesson, *Making Law at the Doorway. The Clerk, the Court, and the Construction of Community in a New England Town*, in C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, D.M. Engel, *Law and Community in Three American*

Altrettanto vero è però che, come sottolineato da alcuni autori, un'approfondita conoscenza del dato normativo non necessariamente conduce a preferire il vincolo coniugale e il suo diritto²¹⁶. Talvolta, infatti, anche soggetti ben consapevoli dei ridotti margini di tutela riconosciuti alla convivenza *'more uxorio'* dal diritto ufficiale optano comunque per tale forma di organizzazione familiare. In tali ipotesi difatti i conviventi rifuggono deliberatamente la ufficialità e le sue disposizioni, e ciò per ragioni variegata che si legano, *inter alia*, all'ottimismo che le persone inevitabilmente nutrono nei confronti delle sorti della propria relazione²¹⁷, alla percezione negativa che essi, non condividendo il valore dell'istituzione matrimoniale in quanto tale, hanno del fatto di contrarre matrimonio – giudicato sovente con sospetto e anzi quale una manifestazione di sfiducia reciproca –²¹⁸, o più semplicemente del differente modo che il diritto ufficiale ha di concepire e trattare le loro relazioni²¹⁹.

Apparirà allora ancora una volta evidente che se il diritto ufficiale, al netto delle sue ideologiche rivendicazioni, intende davvero sovrapporre il proprio modello giuridico alle convivenze *'more uxorio'* – come alcuni tentativi regolatori sembrano in tal senso presagire –, di certo esso non potrà continuare a rimanere sordo alla realtà socio-economica, culturale e ovviamente giuridica delle famiglie che ambisce a governare. Una realtà, lo ricordiamo, scandita da regole e valori di stampo non ufficiale che nel loro quotidiano si forgiavano non sulla base di ideali e principi universali, ma di affetti, legami e affiliazioni sempre più concreti.

Towns, cit., pp. 57-58; S.E. Merry, *Everyday Understandings of the Law in Working-Class America*, cit., p. 258.

²¹⁶ P. Pleasence, N.J. Balmer, *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage and Cohabitation*, cit., pp. 305-306; A. Barlow, S. Duncan, G. James, A. Park, *Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, cit., pp. 27-47.

²¹⁷ S.H. Williams, *Sticky Expectations: Responses to Persistent Over-Optimism in Marriage, Employment Contracts, and Credit Card Use*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 84, n. 2, 2009, p. 735.

²¹⁸ Sul punto, interessante è rivelare come molte delle tutele che il diritto ufficiale riserva alle famiglie 'tradizionali', una volta terminato il rapporto, finiscano comunque con l'essere applicate anche dai conviventi *'more uxorio'*. È questo soprattutto il caso in cui siano coinvolti dei figli: A. Barlow, S. Duncan, G. James, A. Park, *Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, cit., p. 45; P. Pleasence, N.J. Balmer, *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage and Cohabitation*, cit., p. 323.

²¹⁹ A tal proposito, come alcuni autori sottolineano, sovente i conviventi preferiscono parlare un linguaggio 'diverso' rispetto a quello dell'ufficialità, la quale tratta dei rapporti fra conviventi in termini puramente economici e non socio-relazionali, emotivi, e affettivi come quegli stessi individui sono invece soliti fare: A. Barlow, S. Duncan, G. James, A. Park, *ult. op. cit.*, pp. 55-56.

5. Scenari extra-familiari: forme 'altre' di convivenza abitativa

Abbiamo visto come nei contesti matrimonial-familiari, a dispetto delle proclamazioni del diritto statale, la fonte rilevante e diretta dell'ordine sociale non si annida nell'ufficialità e nel suo diritto, bensì nella congerie di regole di matrice extra-statale che, orientando comportamenti ed erogando sanzioni, controlla con elevati tassi di effettività le dinamiche delle relazioni intra-familiari. Abbiamo altresì sottolineato che, in seno a quelle forme di organizzazione coabitativa, la soggezione alle norme di diritto non ufficiale è *in primis* determinata da strati di affiliazioni identitarie dettate dall'appartenenza etnica, religiosa, territoriale, affettiva e di genere di quegli individui e delle loro famiglie²²⁰.

A questo punto della trattazione, sorge dunque spontaneo chiedersi se, anche in seno ai contesti domestici di natura non familiar-affettiva, vi sia spazio per la non ufficialità, le sue regole e i suoi rimedi. Abbracciando una distinzione ormai nota al dibattito²²¹, il presente paragrafo sarà allora dedicato alle forme di convivenza abitativa fra 'estranei': sotto tale ombrello, ritroviamo l'insieme delle dinamiche e degli equilibri che scandiscono la vita di relazione di coloro che, indipendentemente dalla sussistenza di un legame matrimonial-familiare, condividono nella loro quotidianità uno spazio abitativo comune. Sarà solo in un secondo momento, e più precisamente nel prossimo Capitolo, che il fuoco dell'analisi si allargherà ulteriormente, estendendosi anche a regole e rimedi extra-statali applicati (per lo più in materia proprietaria) in situazioni di vicinato, oltre che presso alcune comunità i cui membri, pur non vivendo in relazione di contiguità geografica, rispondono a logiche di comportamento infra-comunitarie²²².

Restando ora sul tema oggetto del presente paragrafo, ossia quello della convivenza fra individui non legati da un vincolo affettivo-familiare, preme qui rilevare come in Occidente si sia di recente assistito a una capillare diffusione di tali forme di

²²⁰ Su tutto ciò v. retro, nel medesimo Cap., parr. 2, 3 e 4.

²²¹ Distinzione che tende a discernere fra convivenze di natura familiare e convivenze dettate da ragioni di opportunità: R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., pp. 1-5; A. Niehof, *Conceptualizing the Household as an Object of Study*, cit., p. 489; R.A. Pollak, *Bargaining around the Hearth*, cit., pp. 414-415.

²²² Su tutto ciò v. oltre, nel Cap. III, parr. 2, 3, 4 e 5.

organizzazione abitativa: ciò per motivi diversi dettati, *inter alia*, dall'imponente urbanizzazione dei contesti residenziali occidentali, dall'avanzare dell'età media di chi decide di convenire a nozze, e ovviamente dall'aumento del numero dei divorzi²²³ – cui abbiamo in precedenza già fatto cenno²²⁴. Tali, e molti altri, cambiamenti di natura socio-economica, ancor prima che giuridica, hanno profondamente scalfito il paradigma della famiglia 'tradizionale', portando alla progressiva frammentazione e atomizzazione delle comunità domestiche occidentali e alimentando in seno ai loro membri un sempre e più accentuato 'individualismo'²²⁵: un dato che non è certo passato inosservato a una certa parte del dibattito in tema di diritto famiglia e nel cui ambito, di riflesso, sempre più frequente è il ricorso all'espressione "*the law of personal obligations*"²²⁶.

Alla luce di queste trasformazioni, apparirà allora di immediata evidenza come le ragioni che spingono gli individui a ricorrere a tali forme abitative siano invero profondamente differenti da quelle fondanti le strutture matrimonial-familiari²²⁷. Nelle convivenze fra 'estranei', infatti, i soggetti decidono coscientemente e razionalmente, liberi da qualsiasi coinvolgimento emotivo, di spartire con altri uno spazio abitativo comune²²⁸. In termini di analisi economica del diritto, ciò avviene perché 'convivere' costituisce una scelta particolarmente vantaggiosa per i suoi partecipanti in quanto permette loro di ridurre molti dei costi fissi connessi alla vita quotidiana²²⁹: svincolati da qualsiasi legame affettivo, i conviventi si dimostrano infatti spesso sensibili a valutazioni di carattere utilitaristico, non essendo ad esempio assoggettati alla regola non ufficiale che, forgiata da sentimenti di altruismo e lealtà familiare, impone ai componenti di una famiglia, 'tradizionale' o no, di tollerare condotte ritenute, in tale

²²³ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 82.

²²⁴ V. retro, nel medesimo Cap., par. 3.

²²⁵ M.A. Glendon, *Introduction: Family Law in a Time of Turbulence*, in Id. (cur.), *Family Law in a Time of Turbulence*, International Encyclopedia of Comparative Law, Persons and family, vol. 4, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 1-27; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pp. 10, 13.

²²⁶ Così, M. Maclean, *Families*, in P. Cane, H.M. Kritze (curr.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 286. All'ora attuale particolarmente affermato in seno al dibattito è altresì il tema della 'contrattualizzazione' e della 'privatizzazione' del diritto di famiglia', su cui, si v. rispettivamente, F. Swennen, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, cit., pp. 1-59; A. Miranda, *Le modèle italien: la privatisation des rapports familiaux face aux développements sociaux*, cit., pp. 93-105.

²²⁷ L'abbiamo in parte già accennato, v. retro, nel presente Cap., par. 3.

²²⁸ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 129.

²²⁹ J. Nelson, *Household Economies of Scale in Consumption: Theory and Evidence*, in *Econometrica*, vol. 56, 1988, p. 1308.

ottica, ‘inefficienti’²³⁰.

Ma l’assenza di affetti e legami riveste un ruolo significativo anche in un altro momento, antitetico rispetto a quello della formazione della coabitazione, vale a dire in occasione della possibile cessazione del rapporto di convivenza: nell’assenza di ragioni collanti di tipo sentimentale, le convivenze fra ‘estranei’ si rivelano infatti più “*fragili*”²³¹ rispetto alle forme di carattere familiare, in quanto terminarle è d’abitudine, per i loro membri, meno gravoso in termini di rischio e di costi di transazione²³².

Eppure, è perfino all’esplosione della crisi del rapporto coabitativo che le regole dell’efficienza sovente prevalgono imponendo ai conviventi di agire secondo schemi improntati al proprio interesse, e di evitare così, al crearsi delle prime difficoltà, di porre immediata fine alla loro relazione di coabitazione, o di farlo attraverso strumenti alternativi a quelli del diritto ufficiale²³³. A dispetto di quanto da molti sottolineato, infatti, anche in tale fase il ricorso alla non ufficialità e ai suoi rimedi costituisce soluzione preferibile e comunque prevalente²³⁴.

Da un lato, tale scelta si giustifica alla luce delle esternalità negative che il fatto di terminare una convivenza sempre comporta – tanto di natura economica, che in termini di capitale umano –, addirittura allorché le parti sono fra loro persone quasi sconosciute²³⁵: si pensi, nel caso di specie, agli svantaggi derivanti dal dover organizzare un trasloco, dal dover giustificare la propria decisione agli altri conviventi, dai rischi legati all’eventualità di non trovare una soluzione abitativa altrettanto attraente²³⁶.

Dall’altro lato, non bisogna trascurare come l’ufficialità si attesti sempre come una soluzione dispendiosa in termini giuridico-economici, in quanto essa impone a chi

²³⁰ E di cui abbiamo trattato retro, nel medesimo Cap., parr. 3 e 4. Sul punto, si v. anche R.A. Pollak, *Allocating Time: Individuals’ Technologies, Household Technology, Perfect Substitutes, and Specialization*, in *Annals of Economics and Statistics*, vol. 105/106, 2012, p. 76.

²³¹ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 21.

²³² Non solo affettivi, ma anche monetari se si pensa ai costi che generalmente impone una procedura di divorzio e alle conseguenze economiche ad essa legate: A. Niehof, *Conceptualizing the Household as an Object of Study*, cit., p. 489.

²³³ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., pp. 48-49.

²³⁴ L’enfasi che una certa letteratura pone sul momento patologico di quelli (come di molti altri) rapporti giuridici, ha difatti originato una comune sopravvalutazione del ricorso che in tale occasione i soggetti fanno all’ufficialità e al suo diritto: R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, p. 93.

²³⁵ M.A. Heller, H. Dagan, *The Liberal Commons*, in *Yale Law Journal*, vol. 110, n. 4, 2001, p. 568.

²³⁶ R.C. Ellickson, *Property in Land*, in *Yale Law Journal*, vol. 102, n. 6, 1993, pp. 1393-1394.

voglia intraprendere tale via numerosi costi derivanti, *inter alia*, dall'opportunità di informarsi su quello che la legge o la giurisprudenza per quei casi dispone, dal dover assoldare un avvocato, pagare le relative spese legali e, infine, dal dover sottostare alle lungaggini processuali del sistema giudiziario in questione²³⁷. Se poi a siffatto elenco si aggiunge la sfiducia, imperante in Occidente, che anche su tale fronte invade le opinioni che i soggetti hanno del diritto statale e delle sue propaggini istituzionali²³⁸, apparirà allora chiaro il perché la non ufficialità costituisca un'alternativa così poco attraente per quei conviventi perfino in riferimento a quel momento in cui il diritto ufficiale di norma vanta maggiori probabilità di rivestire un certo ruolo, qualsiasi esso sia – ossia al momento della cessazione del rapporto²³⁹.

Al netto di tali precisazioni, non sorprenderà constatare come è nell'amministrazione ordinaria, ancor prima che in quella straordinaria, che la vita di relazione fra conviventi 'estranei' si rivela in gran parte rimessa diritto non ufficiale, alle sue regole e ai suoi rimedi. Quel che resta fuori è il diritto dello Stato: il diritto ufficiale infatti tendenzialmente non entra nel merito dei rapporti fra coabitanti e, diversamente da quanto avviene per la famiglia 'tradizionale', non sembra nemmeno interessato a farlo²⁴⁰. D'abitudine, il diritto statale non impone a quei soggetti un luogo dove risiedere stabilmente, degli specifici doveri da rispettare o delle procedure particolari da intraprendere in caso di conclusione della relazione²⁴¹.

Fra le mura domestiche, lontano dalle norme e dalle istituzioni di marca ufficiale, i conviventi hanno regole proprie – spesso non scritte e inarticolate – che governano la gestione dei diritti, dei doveri e l'attribuzione delle responsabilità²⁴².

²³⁷ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 117.

²³⁸ Sfiducia sul punto sottolineata da R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, p. 109.

²³⁹ Come è stato dimostrato avvenire anche in altri contesti: L. Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, cit., pp. 1796-1798. Si tratta di uno schema che abbiamo visto valere in parte anche per le famiglie 'tradizionali' (v. retro, nel medesimo Cap., par. 3), e che avremo modo di vedere anche in seguito con riferimento ad alcune situazioni in tema di diritto di proprietà (e su cui v. oltre nel Cap. III, spec. parr. 3 e 4).

²⁴⁰ Atteggiamento in parte assunto dal diritto ufficiale anche nei confronti delle convivenze 'more uxorio', su cui v. retro, nel presente Cap., par. 4.

²⁴¹ Salvo eventuali termini di preavviso, restrizioni legate alla buona fede o altri oneri di minor rilievo rispetto alle convivenze matrimoniali, ove i costi e le responsabilità imposti in tema di divorzio sono sicuramente più gravosi: R. Arnott, *Rent Control: The International Experience*, in *Journal of Real Estate Finance and Economics*, vol. 1, n. 3, 1988, pp. 206-209; S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, cit., p. 1904.

²⁴² R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 92.

Nella gestione degli spazi comuni, le regole in questione impongono forme di cooperazione²⁴³ o di uso esclusivo²⁴⁴, suddividono incombenze, stabiliscono ritmi e limiti alla conduzione e all'uso delle aree e delle pertinenze. Nel fare ciò, tali norme risultano a tratti influenzate da valori da quegli stessi individui condivisi, col risultato che – ad esempio – compiti e responsabilità risultano ripartiti in ragione del genere dei consociati²⁴⁵, mentre talaltra sono considerazioni di opportunità a prevalere, e tale assegnazione avviene quindi sulla base delle competenze e delle migliori capacità di ognuno²⁴⁶.

A fondamento di quelle regole non vi è il principio di solidarietà che, come abbiamo visto avvenire per le famiglie ‘tradizionali’ e no, impone ai conviventi specifici doveri di fedeltà e lealtà familiare²⁴⁷, ma piuttosto l’aspettativa reciproca di comportamenti di cortesia, la quale, purché nel lungo periodo confermata, orienta favori e forme di cooperazione²⁴⁸. Motore di tali condotte sono cioè valutazioni di tipo utilitaristico, effettuate nella convinzione che la relazione di coabitazione sia destinata a continuare e che il prodotto dell’azione di ogni suo individuo debba essere all’incirca il medesimo di

²⁴³ La creazione di spazi comuni e la cooperazione nella loro gestione costituiscono soluzioni sovente praticate in ragione delle numerose esternalità positive ad esse legate: fra queste, ad esempio, si inseriscono i vantaggi derivanti dal poter ripartire fra i loro membri i costi di monitoraggio, gestione e mantenimento del bene o dello spazio in questione. Fra gli svantaggi, invece, primeggia quello di dover in parte rinunciare alla propria indipendenza e riservatezza: P. Seabright, *Managing Local Commons: Theoretical Issues in Incentive Design*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7, n. 4, 1993, pp. 124-129.

²⁴⁴ Per contro, fra i vantaggi generati dalla ‘privatizzazione’ possono invece citarsi quello della riduzione dei costi di coordinazione per gli spazi o i beni rimessi ad uso e godimento autonomo ed esclusivo da parte dei soggetti in questione. Fra gli svantaggi, viceversa, si possono contare il venire meno dei benefici legati ad una qualsiasi forma di interazione con soggetti terzi, l’assenza di condivisione del rischio e dei costi di monitoraggio e mantenimento del bene o dell’area in oggetto: R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., p. 118.

²⁴⁵ S.F. Berk, *The Gender Factory: The Apportionment of Work in American Households*, Plemen, New York, 1985, pp. 164-165, 201-211; A. Sen, *Gender and Cooperative Conflicts*, Wilder, Helsinki, 1987, pp. 16-17.

²⁴⁶ R.C. Ellickson, *Unpacking the Household: Informal Property Rights around the Hearth*, in *The Yale Law Journal*, vol. 116, n. 2, 2006, p. 284.

²⁴⁷ Principio che si collocherebbe a fondamento della regola, utilizzando un’espressione nota al dibattito inglese, del “*gift-giving*”, tipica dei contesti familiari. Sul punto, in dettaglio, si v. R. Hyland, *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2009, pp. 38-41.

²⁴⁸ Si tratterà cioè della regola del “*gift-exchange*”: S. Himmelweit, R. Simonetti, A. Trigg, *Microeconomics: Neoclassical and Institutionalist Perspectives on Economic Behaviour*, Thomson, London, 2006, p. 189.

quanto offerto dagli altri partecipanti²⁴⁹.

Interesse di ogni consociato, ancora prima che dell'intero gruppo, è infatti quello di garantire una coabitazione ordinata e pacifica. L'ombra di tale condivisa utilità spiega, *inter alia*, la regola sovente non formalizzata che prescrive ad ogni convivente di rendere previamente noto agli altri membri eventi che possano alterare lo *status quo* della propria organizzazione di vita insieme: così, ad esempio, ogniqualevolta vi sia l'intenzione di ospitare o invitare un soggetto a quel nucleo estraneo, o di effettuare dei lavori particolarmente impegnativi tanto sul fronte delle aree comuni che degli spazi individuali e che possano per questo arrecare comune danno o disagio²⁵⁰.

Si tratta di regole che i coabitanti generano con le loro prassi silenti, talvolta in quanto interiorizzate data l'appartenenza ad una determinata comunità, ad esempio di vicinato, etnica o religiosa²⁵¹, ma che possono anche provenire dall'esterno, poiché negoziate o intime da un terzo – come nel caso di una regola imposta dal proprietario dell'alloggio²⁵².

In altre ipotesi ancora, tali norme saranno frutto dell'incontro delle volontà dei singoli conviventi, dei loro contratti, sia orali che scritti²⁵³. Esse potranno allora contare su procedure precise²⁵⁴, che disciplinano i modi in cui quei soggetti prendono le loro decisioni: così, ad esempio, in occasione della formazione di una nuova norma, o quando si debba decidere se applicare il disposto di una regola, per così dire 'sostanziale', a una determinata situazione, o ancora si voglia imporre una possibile sanzione ad uno dei suoi abitanti. Le procedure adottate a tali fini potranno invero fare

²⁴⁹ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., pp. 95-96.

²⁵⁰ R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, pp. 96-97.

²⁵¹ Sul punto si v., ampiamente, S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, cit, p. 1913.

²⁵² R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., pp. 101-102.

²⁵³ L'utilizzo di contratti è tuttavia una pratica rara. Essa d'abitudine sarà seguita solo agli inizi della convivenza, quando cioè il grado di 'estraneità' fra i conviventi sarà maggiore e al fine di stabilire questioni particolarmente costose, come ad esempio, la ripartizione degli spazi ad uso esclusivo dei loro membri, i turni di pulizia e il mantenimento delle aree comuni, il pagamento dei consumi, o allorché nuove sfide prima mai affrontate si presentino: così, ad esempio, nel caso di danneggiamento di una pertinenza comune. In tali ipotesi, l'accordo verrà siglato per lo più oralmente, e ciò in quanto il fatto di ricorrere alla forma scritta è sovente giudicato come una manifestazione di sfiducia: R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., pp. 110-112.

²⁵⁴ Per una classificazione più dettagliata delle regole cui gli individui che condividono beni e spazi comuni fanno sovente ricorso, si v. in un'ottica generale E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge – New York, 1990, pp. 52-54.

leva su meccanismi più formali quali le votazioni, oppure potranno basarsi sul consenso informale e generalizzato dei partecipanti o, ancora, prevedere la remissione della decisione a un terzo²⁵⁵. Quando e quale procedura adottare, è una questione che dipenderà dal grado di intimità – o sarebbe forse meglio dire ‘estraneità’ – dei consociati, dal numero degli stessi e dalle aspettative che questi riserbano per la loro futura relazione all’interno del gruppo²⁵⁶. Invero, per non fare che un esempio, possiamo qui rilevare come la procedura del ‘consenso’, ossia quella procedura di votazione che dà per approvata la mozione che non suscita obiezioni da parte dei votanti, sarà probabilmente la più diffusa fra coloro che condividono da un po’ di tempo un certo alloggio e che non sono entro le sue mura in numero così elevato: in tali ipotesi, infatti, il procedimento consensuale sarà in grado di assicurare un proficuo dibattito fra i suoi partecipanti, un’informazione dettagliata sulle conseguenze legate alle loro decisioni, qualsiasi esse siano, dando così sufficiente spazio a eventuali posizioni dissenzienti, e aumentando per questo le possibilità che i propri soggetti possano cambiare idea o negoziare una soluzione di compromesso alternativa²⁵⁷.

Ogniquale le aspettative reciproche dei conviventi non siano soddisfatte, o si verificano fra le mura domestiche violazioni più o meno gravi delle regole comuni, i consociati potranno ricorrere a una serie di rimedi e sanzioni che sfuggono al diritto ufficiale, e che includono, fra gli altri, velati rimproveri verbali, commenti caustici, rifiuti più o meno esternati di effettuare favori o di ottemperare alle richieste altrui, la pronuncia di pareri negativi sul trasgressore con gli altri partecipanti o con i propri vicini, fino all’estrema ipotesi di carattere rimediale, ossia la cessazione della coabitazione²⁵⁸.

In conclusione, dal quadro fin qui delineato emerge dunque come indipendentemente dalla loro origine o dal loro contenuto, le regole e le procedure di matrice non ufficiale che i soggetti non accomunati da un vincolo affettivo-familiare sono soliti applicare nella loro quotidianità sono azionate perché tese a ridurre i costi sociali di transazione, a

²⁵⁵ R.C. Ellickson, *The Household. Informal Order around the Hearth*, cit., pp. 97-98.

²⁵⁶ R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, pp. 97-100.

²⁵⁷ Di come la procedura del consenso sia soluzione preferibile e diffusa anche in altri contesti in Occidente, si v. B. Zablocki, *Alienation and Charisma: A Study of Contemporary American Communes*, Free Press, New York, 1980, pp. 200-201, 250-256; M. Fenster, *Community by Covenant, Process, and Design: Cohousing and the Contemporary Common Interest Community*, in *Journal of Land Use & Environmental Law*, vol. 15, n. 1, 1999, pp. 13-14.

²⁵⁸ M.A. Heller, H. Dagan, *The Liberal Commons*, cit., p. 568.

internalizzare esternalità e a ripartire il rischio di determinati comportamenti.

Come vedremo, si tratta di considerazioni e valutazioni condivise anche da altre comunità in Occidente, i cui consociati, pur vivendo in rapporto di semi-attiguità gli uni con gli altri, si affidano per l'organizzazione e la gestione delle loro proprietà a norme e a rimedi di matrice non ufficiale. In questo senso, è quindi possibile parlare di tali soluzioni come di 'efficienti'. È del resto proprio nella loro maggiore 'efficienza' rispetto al diritto statale che, come avremo occasione di vedere, risiede la chiave della loro concreta e puntuale operatività.

CAPITOLO III

LA PROPRIETÀ LITIGIOSA

1. La proprietà fra antichi scenari e nuove sfide

Lungo la direttrice propria al nostro discorso, viene in particolare rilievo un'ulteriore serie di questioni, relative a un tema centrale nelle proclamazioni stataliste, ossia quello della proprietà privata. Invero, nel panorama occidentale la proprietà si staglia quale diritto individuale, esclusivo e assoluto, riconosciuto dallo Stato e dal suo diritto¹. Tale concezione, lo abbiamo visto², costituisce un corollario dell'ideologia legalista affermatasi soprattutto a partire dal XVIII secolo. Da allora, attorno al tema della proprietà si sono costruiti e irrobustiti numerosi luoghi comuni, molti dei quali frutto di cieche derive positiviste³. Fra questi, primeggia la convinzione che, nella circolazione, gestione, e tutela delle situazioni di appartenenza, l'assenza di un sistema giuridico statale generi problemi di insicurezza e incertezza del quadro giuridico di entità tale da minare l'esistenza stessa del diritto di proprietà, e causare così un notevole aumento della litigiosità⁴. Un altro diffuso pregiudizio di marca positivista ritiene che le norme statali oggi vigenti in Occidente si edificino su criteri legati all'efficienza e siano per questo le uniche in grado di, o comunque le migliori per ridurre al minimo i costi di

¹ U. Mattei, *Proprietà*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XV, UTET, Torino, 1997, pp. 434, 439.

² Si v. retro, Cap. I, par. 2.1.

³ Derive che sovente sfociano in una vera e propria 'ideologia dell'avere', su cui si v. P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 5-11.

⁴ Fin da T. Hobbes, *Leviathan*, cit., pp. 189-191; J. Locke, *Second Treatise of Government*, cit., pp. 86-88; A. Smith, *The Wealth of Nations*, Bantam Books, New York, 2003, (inizialmente pubblicato con il titolo "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations", ed. orig. W. Strahan and T. Cadell, London, 1776), pp. 901-902; D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, in H.D. Aiken (cur.), *Hume's Moral and Political Philosophy*, Hafner, New York, 1962, (ed. orig. John Noon, London, 1739) pp. 69-80, 97-101.

transazione, garantire un'appropriata allocazione dei diritti proprietari, e determinare alti livelli di sviluppo economico⁵.

Tali visioni, tuttavia, non sembrano tenere in adeguata considerazione ciò che accade al di fuori dei sistemi occidentali, ove la circolazione e la tutela delle situazioni proprietarie risulta sovente rimessa agli strumenti del diritto non ufficiale – spesso definito come ‘consuetudinario’⁶ – e a meccanismi di applicazione spontanea delle regole, giustificati talvolta dall'ampia condivisione, all'interno di contesti specifici, di determinati valori, talaltra dal timore delle sanzioni (dall'ostracismo all'esclusione sociale) che le condotte illecite ovunque comportano⁷. Ma quanto più preme qui sottolineare è come queste visioni lascino altresì trasparire una totale inconsapevolezza rispetto all'articolazione degli assetti proprietari che si sviluppano entro lo stesso Occidente, e al ruolo che, in quel contesto, è chiamata a rivestire – oggi come ieri⁸ – la non ufficialità.

Perfino nei sistemi occidentali, ove il baluardo della primazia del diritto statale veicola una visione ciecamente legalista del fenomeno giuridico, l'adesione a valori devianti rispetto a quelli del diritto positivo e la partecipazione a comunità ristrette in grado di imporre sanzioni a garanzia del rispetto delle proprie regole rappresentano realtà correnti, sovente foriere di soluzioni e rimedi alternativi a quelli ufficiali. In quegli stessi sistemi, per contro, non di rado è la debolezza degli strumenti posti a tutela delle

⁵ Tra i più prestigiosi sostenitori di questa teoria troviamo H. De Soto, *The Mystery of Capital. Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Black Swan, London, 2001. Lo stesso approccio nutre le matrici tecnico-culturali di istituzioni internazionali come la World Bank, le cui ricette per il progresso economico, sulla scia degli insegnamenti di De Soto, muovono proprio dalla necessaria presenza di modelli formali di attribuzione dei diritti di proprietà privata. Sul punto, si v., ampiamente, M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 62-66.

⁶ Per tutti, si v. D.J. Bederman, *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

⁷ R.H. Lowie, *Primitive Society*, Boni & Liveright, New York, 1920, pp. 205-235; E.A. Goldenweiser, *Early Civilization: an Introduction to Anthropology*, George G. Harrap and Company Limited, London, 1922, p. 137; F.S. Philbrick, *Changing Conceptions of Property in Law*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 86, n. 7, 1938, pp. 692-693; B. Benson, *Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law without Government*, in *Journal of Libertarian Studies*, 1989, vol. 9, n. 1, pp. 1-26.

⁸ In riferimento all'epoca medievale, si v. ad esempio quanto riportato da B.L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, in *Southern Economic Journal*, vol. 55, n. 3, 1989, pp. 646-651, oltre a A. Greif, P. Milgrom, B.R. Weingast, *Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild*, in *Journal of Political Economy*, vol. 10, n. 4, 1994, pp. 745-776, e a P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 237-240.

situazioni proprietarie dal diritto statale⁹, o la percepita ingiustizia delle sue istituzioni¹⁰, a stimolare l'adesione dei consociati a regole e rimedi di diversa natura¹¹.

Come avremo modo di osservare nel corso del presente Capitolo, tuttavia, le chiavi della mancata operatività del diritto ufficiale non si esauriscono nella sua intrinseca fragilità o iniquità. Esse risiedono in larga parte anche nel suo costante e puntuale immobilismo¹². Sull'istituto giuridico della proprietà, profondo e inevitabile impatto hanno infatti avuto le tendenze trasformative che negli ultimi decenni hanno forgiato l'attuale struttura economica globale, e di fronte alle quali il diritto ufficiale raramente ha dimostrato di saper e voler cambiare con altrettanta rapidità il proprio approccio¹³.

⁹ Perfino negli stati occidentali, abituale è il ricorso a sistemi di tutela della proprietà supplementari a quelli statali: si pensi, ad esempio, ai servizi offerti dalle compagnie di vigilanza privata, o alle pratiche di auto-organizzazione di vicinato create fra privati cittadini al fine di garantire una migliore sicurezza all'interno della propria realtà di quartiere (sui quali, v. A.K. Dixit, *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2004, pp. 129-130). Per qualche illustrazione circa i possibili strumenti di tutela addizionali adottati nei contesti rurali si v., invece, J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, in H.F. Todd, L. Nader (curr.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, cit., pp. 230-232; J. Dikovic, *Gleaning: Old Name, New Practice*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 48, n. 2, 2016, p. 313.

¹⁰ Ciò è quanto puntualmente avviene per le regole ufficiali che impongono l'ottenimento di licenze per la pesca e l'esistenza di quote massime al pesce catturabile, regole che raramente sono in grado di garantire un uso efficiente delle risorse ittiche e un'equilibrata allocazione dei diritti proprietari. A causa dei loro elevati costi, infatti, i sistemi di licenze e quote finiscono sovente per svantaggiare le piccole comunità locali, creando una sorta di cartello in mano alle grandi industrie attive sul mercato del pesce. Ciò è ad esempio quanto avvenuto in alcune province del Canada, su cui si v., nel dettaglio, M. Wiber, C. Milley, *After Marshall: Implementation of Aboriginal Fishing Rights in Atlantic Canada*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 39, n. 55, 2007, pp. 163-186. In generale, su costi e esternalità dell'istituto, il richiamo va a v. G.D. Liebecap, *Contracting for Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 73-92.

¹¹ Fra gli innumerevoli studi volti a sostenere la maggior efficienza del diritto non ufficiale in materia proprietaria, possiamo citare fin d'ora C.R. Williamson, C.B. Kerekes, *Securing Private Property: Formal versus Informal Institutions*, in *The Journal of Law & Economics*, vol. 54, n. 3, 2011, pp. 537-572.

¹² F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffith, *Space and Legal Pluralism: An Introduction*, cit., pp. 6-8.

¹³ Rispetto ad altre aree del diritto civile, la proprietà appare infatti un istituto particolarmente sensibile alle trasformazioni politiche, economiche e sociali di un dato periodo storico: così, U. Mattei, *Proprietà (Nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1117-1118; Id., *Proprietà*, cit., p. 434; F.S. Philbrick, *Changing Conceptions of Property in Law*, cit., pp. 691-692. Per una panoramica sui cambiamenti che questo diritto ha vissuto in Occidente fra il XVIII e il XIX secolo, si v. P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit., pp. 5-39; P.H. Rubin, T. Klumpp, *Property Rights and Capitalism*, in D.C. Müller (cur.), *The Oxford Handbook of Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2013 pp. 206-208. Sulle sue più recenti trasformazioni, C.M. Rose, *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, n. 3, 1986, pp. 711-781; F.

Così, sul terreno immobiliare, i processi di urbanizzazione incontrollata e di gentrificazione hanno finito con lo stravolgere il modello di proprietà tradizionale, lasciando l'istituto alla mercé di istituzioni e leggi statali spesso incapaci di prendere in seria considerazione le richieste *bottom up* verso forme dominicali di natura collettiva¹⁴. Dinanzi a questi fenomeni, l'ufficialità ha continuato a somministrare le ricette del liberalismo borghese e della proprietà individualista, nonostante che proprio la staticità di quelle ricette costituisca l'ingrediente primario del loro frequente insuccesso¹⁵.

Sul fronte mobiliare, invece, le sfide più pregnanti al modello positivista di proprietà derivano in larga misura dall'affermarsi sul panorama occidentale di 'nuove' forme proprietarie¹⁶. A partire dagli anni settanta del secolo scorso, infatti, la globalizzazione dei mercati, il crescente processo di mercificazione dei servizi e la diffusa disponibilità di nuove tecnologie hanno aperto le porte al 'capitalismo cognitivo', ossia a una fase post-fordista in cui massima rilevanza assumono la smaterializzazione della produzione e la finanziarizzazione dell'economia¹⁷. Da quel momento in avanti, in Occidente più che altrove, si assiste a una netta valorizzazione della conoscenza, che muove l'epicentro dell'accumulazione capitalistica dalla produzione materiale a quella immateriale, e che estende i processi di sfruttamento dal lavoro manuale al lavoro cognitivo¹⁸.

Per il tramite della mercificazione di interessi tradizionalmente estranei al novero tradizionale dei beni, la proprietà mobiliare si espande: nascono così forme proprietarie 'nuove', aventi ad oggetto beni di natura immateriale (come la proprietà cartolarizzata o quella sulle opere dell'inventiva e dell'ingegno umano), e beni che tendono ad assumere un significato economico solo fintantoché inseriti in un'organizzazione sociale o

von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, M.G. Wiber, *The Properties of Property*, in Idd. (curr.), *Changing Properties of Property*, Berghahn Books, New York – Oxford, 2006, pp. 1-39; L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁴ L. Cao, *Informal Institution and Property Rights*, in *Faculty Publications*, in *Property Rights Conference Journal*, vol. 1, 2012, p. 268.

¹⁵ B. Ellickson, *Jurisdictional Fragmentation and Residential Choice*, in *The American Economic Review*, vol. 61, n. 2, 1971, p. 338.

¹⁶ F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, M.G. Wiber, *The Properties of Property*, cit., p. 1; U. Mattei, *Proprietà (Nuove forme di)*, cit., pp. 1120-1121.

¹⁷ Per un approfondimento sul tema, si rimanda a C. Vercellone, *Capitalismo cognitivo. Conoscenza e finanza nell'epoca postfordista*, Manifestolibri, Roma, 2006.

¹⁸ U. Mattei, *Proprietà (Nuove forme di)*, cit., p. 1118.

tecnologica (si pensi, in particolare, alla proprietà sui *domain names* dei siti internet, ma anche a quella sugli spazi, pubblicitari e no, forniti dai *social networks*, oltre che alla stessa proprietà culturale)¹⁹.

La progressiva appropriabilità verso ulteriori tipologie di beni finisce però ben presto con svelare limiti e fragilità di un modello di proprietà – individuale, escludente e necessariamente materialista²⁰ –, che mal si adatta alle complessità e peculiarità proprie alle ‘nuove’ forme mobiliari fin qui citate²¹. Analogamente, tali forme mettono in seria crisi la distinzione su cui il modello dominicale legalista si edifica, ossia quella fra ‘pubblico’ e ‘privato’, minata alle fondamenta dall’affermarsi sul panorama dottrinale anche di categorie concettuali ulteriori, fra cui *in primis* quella dei ‘beni comuni’, ossia dei beni dal cui sfruttamento nessuno può essere escluso²². Ma non solo. Contribuiscono a erodere i confini fra sfera pubblica e privata anche ulteriori fenomeni, come il progressivo imporsi sulla scena sovranazionale di soggetti privati dagli ampi poteri regolatori, capaci di sottrarre larghe fette di sovranità allo Stato²³ o di controllare e orientare processi di carattere politico, economico e finanziario²⁴.

Dalla necessità di abbandonare quel modello di proprietà e dalle sue debolezze, prendono avvio le considerazioni del presente Capitolo. È dunque all’esercizio dei diritti di proprietà fondiaria e alla complessità dei rapporti di vicinato fra comunità dislocate su contesti urbani ed extra-urbani che saranno dedicati i prossimi parr. (2 e 3). Una volta abbandonato il fronte immobiliare, sarà invece la volta delle ‘nuove’ forme mobiliari

¹⁹ U. Mattei, *ult. op. cit.*, pp. 1120-1121.

²⁰ Sul quale v. retro, Cap. I, par. 2.1.

²¹ F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, M.G. Wiber, *The Properties of Property*, cit., pp. 1-2; U. Mattei, *Proprietà (Nuove forme di)*, cit., pp. 1121-1122.

²² Una nozione, quella di “beni comuni”, che, a partire dalle riflessioni di G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, vol. 162, n. 3859, 1968, pp. 1244-1245, è stata sviluppata soprattutto da chi mira a sottrarre alle logiche del profitto e del mercato i beni reputati espressione di diritti inalienabili di stampo collettivo: v. in particolare E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, cit.; nel panorama italiano, U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma – Bari, 2011; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit.

²³ Possiamo qui ricordare il ruolo rivestito sulla scena globale da un ente privato come l’Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), che occupandosi della gestione e attribuzione dei nomi a dominio *de facto* crea nuovi oggetti di proprietà. Su questo e altri organismi globali di natura privata o ibrida, v. retro, Cap. I, par. 3.2, spec., ntt. 261, 269, oltre a M. Bussani, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 78-80, 95-97.

²⁴ Fra questi, si inserisce l’esempio delle agenzie di *rating*, che, a livello globale, esercitano un’incisiva forza di orientamento delle scelte finanziarie, tanto pubbliche quanto private. Sul punto si v., nel dettaglio, M. Bussani, *Le agenzie di rating fra immunità e responsabilità*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 1337-1356.

della proprietà intellettuale e della proprietà culturale, differenti espressioni di una medesima tendenza, quella della cultura contemporanea a diventare essa stessa oggetto di proprietà²⁵ (parr. 4 e 5).

2. Fondi rurali vs. quartieri urbani: mondi non così lontani

In Occidente vige la convinzione che contesti urbani e rurali costituiscano realtà fra loro profondamente diverse, convinzione che si riflette nel differente trattamento giuridico di frequente riservato – tanto sul piano normativo che dottrinale – all’istituto della proprietà fondiaria nei due contesti²⁶.

Le ragioni di tale diversità hanno radici lontane: non è infatti un caso che alcuni autori riconducano la nascita della tradizione giuridica occidentale allo sviluppo economico, politico e culturale derivante dalla creazione dei primi agglomerati urbani dell’Europa medievale²⁷. Da quel momento in avanti, la contrapposizione fra ‘*the city*’ e ‘*the country*’, simboli di stili di vita opposti cui sul piano giuridico si legano regole e forme di giustizia altrettanto lontane, si radica nella coscienza occidentale²⁸.

Tuttavia, vale la pena chiedersi se, alla luce delle trasformazioni che nell’ultimo secolo hanno investito l’Occidente²⁹, il paradigma della contrapposizione fra ‘*the country*’ e ‘*the city*’ possa dirsi ancora attuale. Come vedremo in questo paragrafo, gli sviluppi delle regole dominicali di marca extra-statuale dimostrano – non solo la fragilità di

²⁵ Non sfuggerà infatti come, in riferimento all’istituto più specifico della proprietà intellettuale, molti dei simboli evocativi della ‘*postmodern culture*’ in cui viviamo siano oggi oggetto di marchi e *copyright*: R. Coombe, *Objects of Property and Subjects of Politics*, in S. Falk Moore (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, cit., pp. 114-118.

²⁶ In particolare, ancora attuale è il dibattito dottrinale sulla dignità scientifica del diritto agrario e della sua autonomia rispetto al diritto civile. Per una panoramica, si v. E. Romagnoli, *Diritto agrario*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. IV, UTET, Torino, 1990, pp. 9-33.

²⁷ Così fin da K. Marx, F. Engels, *The German Ideology*, trad. ingl. a cura di S. Ryazanskaya, Progress Publishers, Moscow, 1968 (ed. orig. Marx-Engels-Verlag, Berlin, 1932), p. 69; v. poi L. Mumford, *The City in History. Its Origin, its Transformations and its Prospects*, Brace & World, New York – Harcourt, 1961, p. 64, R.M. Unger, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, New York, 1976, pp. 75-76 e H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 49-51.

²⁸ M. Blacksell, K. Economides, C. Watkins, *Justice Outside the City: Access to Legal Services in Rural Britain*, Longman Scientific & Technical, Harlow, 1991, pp. 1-3.

²⁹ Su cui v. retro, Cap. I, par. 3.2, e, nel presente Cap., par. 1.

qualsiasi costruzione normativa che poggi le sue fondamenta nel diritto dello Stato soltanto, ma anche – la progressiva erosione delle barriere e differenze fra proprietà urbana e rurale.

Invero, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, le comunità rurali hanno sperimentato cambiamenti economico-sociali di rilievo, che hanno visto nell'incremento demografico, nella meccanizzazione dei mezzi di produzione agricola e nell'utilizzo di tecnologie d'avanguardia, alcune comuni costanti³⁰. Nello specifico, l'apertura di nuove industrie ha attirato alla campagna sempre più soggetti di diversa provenienza tanto sociale quanto geografica – tute blu e colletti bianchi, stranieri e connazionali –, che hanno reso la popolazione delle contee occidentali sempre più dinamica ed eterogenea³¹. Come sottolineano alcuni studi, tutto ciò ha avuto un forte impatto sul sistema normativo delle comunità rurali di destinazione, messo a dura prova dall'arrivo di questi 'outsiders'³² e dal loro complesso di regole e valori tanto differenti, specie in materia proprietaria: è così che, ad esempio, ad un'idea di proprietà maggiormente 'aperta' e 'ad uso collettivo' radicata in seno alle comunità rurali si viene a contrapporre un modello dominicale fortemente individualista ed escludente, sovente importato dai nuovi individui³³. Quanto emerge da quegli studi è proprio come dagli incontri fra 'insiders' e 'outsiders', al di là di un seppur lieve ma inevitabile incremento del numero di casi

³⁰ Tanto al di qua che al di là dell'Oceano, come testimoniano, fra gli altri, gli studi condotti in una comunità rurale del Galles (Gran Bretagna) e una dell'Illinois (Stati Uniti), su cui si v., rispettivamente, D. Newman, *Attitudes to Justice in a Rural Community*, in *Legal Studies*, vol. 36, n. 4, 2016, pp. 592, 611, 612; e D.M. Engel, *The Oven Bird's Song. Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, in D.M. Engel, C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, *Law and Community in Three American Towns*, cit., pp. 29-30.

³¹ D.M. Engel, *ult. op. cit.*, p. 46. Hanno contribuito in tal senso anche i fenomeni di *rural gentrification*, ossia i crescenti flussi di persone economicamente benestanti che dalle città hanno deciso di trasferirsi in contesti rurali, sfumando ulteriormente i confini fra 'the city' e 'the country': M. Phillips, *Rural Gentrification and the Processes of Class Colonisation*, in *The Journal of Rural Studies*, vol. 9, n. 2, 1993, p. 123; D. Newman, *Attitudes to Justice in a Rural Community*, cit., p. 611.

³² Termine questo che ritroveremo spesso nel nostro percorso: D.M. Engel, *ult. op. cit.*, p. 29, ma anche in H.F. Todd, *Litigious Marginals: Character and Disputing in a Bavarian Village*, in H.F. Todd, L. Nader (curr.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, cit., p. 114; J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, cit., p. 242. Per i contesti urbani, fra gli altri, v. S.E. Merry, *Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood*, cit., p. 894; M.P. Baumgartner, *Law and the Middle Class. Evidence from a Suburban Town*, cit., p. 12.

³³ Sul caso specifico, si v. D.M. Engel, *ult. op. cit.*, pp. 46-47; più in generale, invece, P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit., pp. 11-12.

litigati avanti alle corti statali³⁴, i sistemi sanzionatori non ufficiali non abbiano perso effettività, ma anzi ne siano usciti rafforzati, dimostrandosi capaci di orientare i comportamenti anche dei nuovi ‘outsiders’, e riscuotendo sul piano operativo una maggiore incisività rispetto ai rimedi propugnati dal diritto ufficiale³⁵.

Ma sfide, conflitti sociali e dispute non sono avulsi nemmeno ai contesti urbani, sul cui fronte i fenomeni migratori³⁶ da un lato, quelli di gentrificazione dei grandi quartieri³⁷

³⁴ A sostegno di tale tesi possono essere qui citati due autorevoli studi. Così, *in primis*, dall’analisi dei dati condotta da D.M. Engel nella contea rurale dell’Illinois, emerge come più di metà dei casi litigati di fronte alle corti territorialmente competenti coinvolgesse persone residenti in località, e talvolta addirittura stati, diverse/i. Tale cifra risulta particolarmente significativa se rapportata alla frequenza e alla probabilità con cui individui dislocati su territori lontani – e per questo fra loro ‘outsiders’ – vengono normalmente in contatto. Ancora, il dato deve farci riflettere alla luce del numero di dispute (elevato seppur difficilmente quantificabile) che quotidianamente sorgono fra soggetti residenti nella medesima contea, e all’interno della quale, come abbiamo visto, possono essere parimenti individuati altre tipologie di ‘outsiders’: D.M. Engel, *ult. op. cit.*, pp. 40-41. All’interno di questa categoria si inseriscono infatti anche i ‘marginals’, ossia i soggetti che pur avendo la residenza in un medesimo luogo non risultano del tutto integrati dalla comunità locale. Illustrativa in tal senso è la ricerca condotta su una comunità rurale bavarese della Germania occidentale da H.F. Todd, che evidenzia come i ‘marginals’ fossero coinvolti nell’82% delle dispute litigate davanti all’autorità mediatrice locale (quella, in particolare, del sindaco): anche in questo caso, il numero risulta sproporzionalmente elevato, considerato che questi individui rappresentano solo una piccolissima parte della popolazione locale, che si attesta intorno al 6%. Infine, un ulteriore elemento che merita qui menzione è che il 67% di quelle dispute si sia poi tramutato in un vero e proprio giudizio di fronte alle corti ufficiali locali. Per un’analisi più approfondita dei dati raccolti si v. H.F. Todd, *Litigious Marginals: Character and Disputing in a Bavarian Village*, cit., p.110.

³⁵ Come confermato da D.M. Engel, l’inefficienza del diritto ufficiale si dimostra anche nel fatto che quei pochi ‘outsiders’ che, nel suo studio circa una contea dell’Illinois, hanno deciso di fare ricorso alle vie giudiziali hanno poi rimpianto tale scelta. Ciò perché le conseguenze negative legate all’ostracismo e all’esclusione sociale così generate finivano col superare di gran lunga l’esternalità positiva derivante dal quantum economico oggetto del risarcimento. Si vedano a tal proposito le conclusioni di D.M. Engel, *ult. op. cit.*, pp. 52-53.

³⁶ Per una panoramica sui flussi migratori in Europa, si v. A. Champion, *The Changing Nature of Urban and Rural Areas in the United Kingdom and other European Countries*, in Department of Economic and Social Affairs Population Division, *Population Distribution, Urbanization, Internal Migration and Development: An International Perspective*, United Nations Publication, 2011, pp. 144-160, disponibile al sito: un.org/esa/population/publications/PopDistribUrbanization/PopulationDistributionUrbanization.pdf. Più in generale, in riferimento anche alla situazione nord-americana, si v. S. Vertovec, *Introduction: New Directions in the Anthropology of Migration and Multiculturalism*, in Id. (cur.), *Anthropology of Migration and Multiculturalism: New Directions*, Routledge, London – New York, 2010, pp. 1-17.

³⁷ Da Londra a New York, da Bruxelles a Chicago, i processi di gentrificazione urbana hanno riguardato i quartieri periferici delle grandi metropoli europee e nordamericane. Sul tema, si v. G.M. Pérez, *The Other “Real World”: Gentrification and the Social Construction of Place in Chicago*, in *Urban Anthropology and Studies of Cultural Systems and World Economic Development*, vol. 31, n. 1, 2002, pp. 37-68; T.L. Lees, *Super-gentrification: The case of Brooklyn heights, New York city*, in *Urban studies*, vol. 40, n. 12, 2003, pp. 2487-2509; T. Butler, L. Lees, *Super-Gentrification in Barnsbury, London: Globalization and Gentrifying Global Elites at the Neighbourhood Level*, in *Transactions of the Institute of British*

dall'altro lato, hanno alterato gli abituali assetti e gli equilibri proprietari delle grandi città, oggi metropoli, occidentali. Così, se la migrazione in massa di intere comunità provenienti dalle campagne e da altri paesi, largamente non-occidentali, ha dato vita a forme di aggregazione etnica sub-urbana ove i consociati nel loro quotidiano si affidano a regimi e istituzioni estranei a quelli del diritto positivo³⁸, le procedure di restauro e miglioramento immobiliare dei quartieri urbani situati alle periferie delle grandi città hanno generato processi di spossessamento e quasi-espropriazione le cui dinamiche non sono certo né dettate, né tanto meno governate, dalle leggi dello Stato³⁹.

Seppur in un diverso contesto, tali fattori ripropongono il medesimo paradigma, ossia quello dei rapporti fra 'outsiders' e 'insiders', dei loro diritti e del loro differente modo di concepire l'istituto della proprietà: anche nei quartieri urbani e ai margini delle loro periferie, infatti, al modello proprietario individualista ed escludente abbracciato dai primi, si contrappone (e s'impone) quello collettivo e inclusivo, ancora una volta, fortemente difeso dai secondi⁴⁰.

I confini fra 'the country' e 'the city', insomma, sembrano assottigliarsi sia di qua che al di là dell'Oceano Atlantico, incalzati da realtà giuridiche che costituiscono manifestazione della serrata globalizzazione vissuta negli ultimi anni dall'Occidente e dalla sua economia, tanto formale quanto informale⁴¹.

Geographers, vol. 31, n. 4, 2006, pp. 467-487; M. van Criekingen, *Towards a Geography of Displacement. Moving Out of Brussels' Gentrifying Neighbourhoods*, in *Journal of Housing and the Built Environment*, vol. 23, n. 3, 2008, pp. 199-213.

³⁸ Così, ad esempio, per le comunità cinesi, su cui si v. L.W. Doo, *Dispute Settlement in Chinese-American Communities*, cit., pp. 627-663.

³⁹ Ma, piuttosto, dalle leggi del mercato. Tanto che, nel momento in cui questi quartieri di periferia vengono sottoposti a restauro e miglioramento urbano, il valore degli immobili ivi situati tende a salire, costringendo intere comunità di residenti a basso reddito ad abbandonare i propri alloggi e attirando nuovi abitanti di ceto medio-alto: R.A. Beauregard, *The Chaos and Complexity of Gentrification*, in N. Smith, P. Williams (curr.), *Gentrification of the City*, Allen & Unwin, Boston, 1986, pp. 49-50; C. Hamnett, *Gentrification and Residential Location Theory: A Review and Assessment*, in D.T. Herbert, R.J. Johnston (curr.), *Geography and the Urban Environment. Progress in Research and Applications*, John Wiley, London, 1984, pp. 283-285.

⁴⁰ N. Blomley, *Property, Pluralism and the Gentrification Frontier*, in *Canadian Journal of Law & Society/La Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 12, n. 2, 1997, pp. 204-205.

⁴¹ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 81-82; S. Sassen, *Globalization and Its Discontents*, New Press, New York, 1998, p. 79.

È così che ad esempio in Texas, ai margini di un altro confine, quello geografico fra Stati Uniti e Messico, si assiste al fiorire di estese ‘colonias’⁴², complessi residenziali che proliferano nelle periferie delle grandi metropoli texane. In quei territori, a causa degli elevati prezzi del mercato immobiliare, oltre mezzo milione di persone è stato costretto a ricorrere a sistemi abitativi ‘alternativi’⁴³, che sorgono su fondi legittimamente acquistati dai singoli proprietari⁴⁴, ma che sono stati da loro edificati nel mancato rispetto degli standard di edilizia e sicurezza imposti dal diritto statale⁴⁵. L’operatività di questi ultimi appare difatti ostacolata dalla macchinosità delle procedure edilizie, oltre che dai costi che tali procedure puntualmente comportano, elementi che rendono quegli stessi standard in concreto inaccessibili a gran parte della popolazione locale. Eppure, l’esigenza di soddisfare un bisogno irrinunciabile come quello abitativo ovviamente rimane, e sono quindi in molti (nella maggior parte famiglie di lavoratori mono-reddito) a ricorrere ai canali e alle forme dell’economia informale e del suo diritto⁴⁶: il tutto a prescindere da alcuni inevitabili svantaggi derivanti, per esempio, dal fatto che queste abitazioni non possono essere assicurate o che in un futuro

⁴² L’espressione, che traduce in spagnolo il termine “vicinato”, assume in questi contesti una propria peculiare accezione, inglobando gli insediamenti residenziali che nascono alle periferie delle grandi metropoli e che si caratterizzano per l’assenza di alcuni servizi fondamentali come i sistemi di fognatura, elettricità o di asfaltatura delle strade circostanti. Si tratta di realtà molto diffuse anche in altri sistemi, in particolare in quelli dell’America Latina, su cui si v. J.L. Esquirol, *Titling and Untitled Housing in Panama City*, in *Tennessee Journal of Law & Policy*, vol. 4, n. 2, 2008, pp. 243-302; A. Dwyer, *On the Line: Life on the United States–Mexican Border*, Latin American Bureau, London, 1994; B. de Sousa Santos, *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada*, cit., pp. 5-126.

⁴³ Tali sistemi sono *pour cause* definiti da alcuni autori come “*extra legal*”, in virtù del fatto che essi non traggono origine da un’occupazione abusiva dei fondi, ma anzi da una loro legittima acquisizione: J.E. Larson, *Negotiating Informality within Formality: Land and Housing in the Texas Colonias*, in B. de Sousa Santos, C.A. Rodríguez Garavito (curr.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, cit., pp. 140-141, 145.

⁴⁴ Tanto che nell’85% dei casi i soggetti che abitano questi immobili ne sono a tutti gli effetti proprietari. Un dato particolarmente significativo se si considera come a livello nazionale solo il 66,8% dei cittadini statunitensi possa vantare un titolo di proprietà sull’immobile in cui vive: Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, *Colonia Housing and Infrastructure: Current Characteristics and Future Needs*, Policy Research Project Report n. 124, vol. 1, Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, University of Texas, Austin, 1997, p. 38.

⁴⁵ J.E. Larson., *Negotiating Informality within Formality: Land and Housing in the Texas Colonias*, cit., p. 141.

⁴⁶ Nulla di nuovo sul fronte occidentale. Quando le famiglie non possono permettersi beni e servizi prodotti e venduti dall’economia formale, il ricorso ai canali dell’economia informale appare difatti soluzione inevitabile. Su questo “*localized globalism*”, si v. B. de Sousa Santos, *Toward a Multicultural Conception of Human Rights*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 18, n. 1, 1997, p. 4.

sarà per i loro proprietari difficile riuscire a rivenderle. Ciò nonostante, sono infatti i minori costi e i maggiori benefici legati alla non ufficialità a fare, ancora una volta, la differenza⁴⁷.

Di fronte all'affermarsi delle 'colonias', il diritto ufficiale è intervenuto, trattando il fenomeno come un problema di carattere temporaneo da rimuovere, in particolare attraverso l'imposizione di ulteriori standard tecnici volti a impedire il sorgere di nuovi complessi abitativi etichettati come 'abusivi'⁴⁸. Tali interventi tuttavia non hanno avuto altro effetto se non quello di portare a un innalzamento dei prezzi delle proprietà immobiliari esistenti e a un peggioramento delle condizioni di vita dei soggetti coinvolti, segnando così l'ennesimo fallimento del diritto statale sul terreno delle soluzioni operative⁴⁹.

Sul fronte europeo, un'altra manifestazione delle pressioni imposte dalla globalizzazione, così come dello sfumare della tradizionale opposizione fra proprietà urbana e rurale, viene dai centri sociali⁵⁰.

L'espressione fa qui riferimento alle strutture autogestite che nascono dall'occupazione (sovente illegittima) di un immobile pubblico o privato di ampie dimensioni, come un magazzino, una biblioteca o un impianto industriale, con lo scopo di poterlo destinare agli usi più vari. Presenti in molti Stati europei⁵¹, i centri sociali offrono servizi i cui

⁴⁷ J.E. Larson, *Negotiating Informality within Formality: Land and Housing in the Texas Colonias*, cit., p. 148.

⁴⁸ Il riferimento è al pacchetto di leggi e regolamenti adottati al fine di 'risolvere' il problema delle 'colonias' e prevenire la costruzione di nuovi assetti per il tramite di ulteriori standard: J.E. Larson, *ult. op. cit.*, p. 149.

⁴⁹ Fra le possibili soluzioni suggerite da Larson e altri autori, vi è quella di introdurre forme di regolazione flessibili, graduali e progressive da affiancare a interventi di carattere socio-culturale, quali l'accesso a forme di credito agevolato o a strutture residenziali a basso canone. Per un approfondimento, S. Sassen, *Globalization and its Discontents*, cit., p. 166; J.E. Larson, *ult. op. cit.*, pp. 153-154.

⁵⁰ Fenomeno che sorge ai margini della legalità, tanto che in riferimento a questi casi si è soliti parlare di 'hidden law'. Così, J.C. Scott, *Domination and Arts of Resistance: Hidden Transcripts*, Yale University Press, New Haven, 1990, p. IX; L. Finchett-Maddock, *Finding Space for Resistance through Legal Pluralism: The Hidden Legality of the Uk Social Centre Movement*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 61, 2010, pp. 31-32, 37, 43-46.

⁵¹ Dalla Gran Bretagna all'Italia, dalla Scandinavia al Portogallo passando per la Spagna, l'Olanda e la Germania, i centri sociali sono una realtà comune a molti paesi europei: rientrano nel gruppo, oltre ai 'centri sociali autogestiti' italiani, gli 'Autonome Zentren' tedeschi, i 'vrijplaatsen' olandesi, fino alle più peculiari 'repúblicas' portoghesi. All'interno di uno stesso paese inoltre i 'social centers' possano variare nel loro nome a seconda della destinazione e dei valori abbracciati dalle strutture in questione: così, per esempio, in relazione al solo caso londinese possiamo qui ricordare, *inter alia*, il '56a Infoshop', la 'The Library House', il '1000 Flowers Social Centre', il 'Non-Commercial Centre', il 'The rampART', 'The

contenuti sono determinati dalle necessità della comunità locale, oltre che dalle possibilità e capacità dei loro promotori. In metropoli altamente sovrappopolate come Londra⁵², ad esempio, numerose sono le strutture destinate al soddisfacimento di esigenze dal carattere abitativo, e che forniscono alloggio gratuito o a pagamento a studenti universitari, disoccupati, turisti, ma anche a famiglie di lavoratori⁵³. In alcuni casi, questi centri sociali possono dare in godimento, in affitto e perfino in vendita, interi spazi commerciali, quali bar, ristoranti o negozi, mentre in altri si trasformano in luoghi di informazione e scambio culturale, fornendo prestazioni che spaziano dall'utilizzo gratuito dei computer, ai laboratori artistico-teatrali, fino all'uso di biblioteche, cinema e zone destinate ad attività ludiche o fisio-motorie⁵⁴.

Al di là della loro singola e concreta destinazione, queste figure sottendono la medesima questione, quella della sentita necessità da parte di gruppi urbani sempre più compatti di forme di regolamentazione spontanea autonome e alternative a quelle offerte dal diritto (e dall'economia) ufficiale⁵⁵. I centri sociali accolgono in genere un'organizzazione particolarmente scrupolosa, inclusiva e dal carattere orizzontale, fatta di rimedi oltre che di regole che fanno leva su valori propri e lontani da quelli abbracciati dall'ufficialità⁵⁶.

Square' e il *'Radical Dairy Social Centre'*. Tuttavia, come è ormai consuetudine in questi casi, molti (fra cui i più celebri *'rampArt*' e *'The Library House'*) sono stati oggetto di chiusura forzata da parte delle autorità inglesi. Sul punto, L. Finchett-Maddock, *Protest, Property and the Commons: Performances of Law and Resistance*, Routledge, Oxon – New York, 2016, pp. 55-58.

⁵² Secondo una ricerca condotta nel 2007 i *'social centers'* presenti nel Regno Unito coinvolgerebbero fra i 4.000 e i 6.000 individui, a fronte di ulteriori 350-400 soggetti attivamente coinvolti nella loro organizzazione: A. Lunghi, *The Spring of Social Centres*, in *Occupied London*, vol. 1, 2007, disponibile al sito: occupiedlondon.org/socialcentres.

⁵³ Esigenze di carattere socio-residenziale sono alla base di strutture autogestite anche in contesti urbani più ristretti come *'las repúblicas'* della città di Coimbra, in Portogallo. Invero, si tratta di realtà studentesche dalle antiche origini che sopperiscono a esigenze socio-abitative, la cui gestione varia molto dalla singola *'república'*, ma le cui decisioni organizzative sono generalmente prese all'unanimità. Per una panoramica sulla loro storia ed evoluzione, si v. A. Frias, *Praxe académica e culturas universitárias em Coimbra. Lógicas das tradições e dinâmicas identitárias*, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 66, 2003, pp. 81-116; R. Gallop, *Portugal: A Book of Folk-ways*, Cambridge University Press, Cambridge, 1961, p. 27.

⁵⁴ L. Finchett-Maddock, *Finding Space for Resistance through Legal Pluralism: The Hidden Legality of the Uk Social Centre Movement*, cit., pp. 38-39.

⁵⁵ J. Pickerill, P. Chatterton, *Notes Towards Autonomous Geographies: Creation, Resistance and Self-management as Survival Tactics*, in *Progress in Human Geography*, vol. 30, n. 6, 2006, pp. 731-735.

⁵⁶ Paradigmatico in tal senso è il caso riportato da Finchett-Maddock, in cui un membro di un *'social center'* londinese aveva effettuato un furto di 1.700 sterline ai danni di un negozio di riparazione di biciclette situato all'interno del centro stesso. Il titolare del negozio e gli altri membri della struttura, nonostante avessero titolo per agire in giudizio nei confronti dell'autore del furto, decisero però di optare

Essi muovono da un modello proprietario differente, che rifiuta l'individualismo e l'esclusività conati dal diritto statale e approda a derive collettive, di pubblica condivisione, maggiormente inclini ai bisogni reali di un'intera comunità⁵⁷. Si tratta di derive che si avvicinano a quelle che abbiamo visto (e vedremo) imporsi anche in contesti apparentemente molto diversi, o che l'Occidente positivista vorrebbe tali, come quelli rurali⁵⁸.

Tuttavia, ciò che qui rileva è come anche nel caso dei centri sociali, adottando misure autoritarie tese a reprimere il fenomeno per il tramite della loro espropriazione, l'ufficialità abbia nuovamente mancato di cogliere un'importante opportunità. Se si considera poi come tali misure siano raramente riuscite nell'intento che si prefiggevano, ossia l'arresto del proliferare di queste strutture, ecco che gli argomenti tesi a dimostrare la loro inefficienza trovano, ancora una volta, terreno fertile⁵⁹.

In definitiva, in ogni ambiente dal carattere rurale, urbano o ibrido, la non ufficialità mostra di saper rispondere alle sfide lanciate dalle recenti tendenze trasformative globali, fiorendo all'ombra di, o perfino in contrasto con, le regole e i valori del diritto statale. Dal canto suo, il diritto ufficiale, incapace di adeguarsi alle esigenze di una società in continua evoluzione, fatica ad abbandonare i paradigmi tradizionali della proprietà individualista ed escludente, e con essa a travalicare definitivamente la distinzione secolare fra città e campagne, fra proprietà urbana e proprietà rurale.

per un sistema sanzionatorio alternativo a quello ufficiale, e reputato più efficace, ossia per la pubblicazione di un articolo-denuncia su *Indymedia* volto a danneggiare la reputazione del soggetto in questione. Al di là del caso specifico, altri rimedi cui i 'social centers' sono soliti ricorrere sono quelli volti a promuovere la conciliazione o la risoluzione del conflitto sulla base di una decisione presa dall'intera collettività di riferimento. Su tutto ciò, si v. L. Finchett-Maddock, *ult. op. cit.*, pp. 40-41, 45.

⁵⁷ E che cavalcano l'onda dei 'commons': L. Finchett-Maddock, *Protest, Property and the Commons: Performances of Law and Resistance*, cit., p. 127.

⁵⁸ Su cui v. retro nel medesimo par., e oltre, par. 3 del presente Cap.

⁵⁹ Dell'inefficienza di queste misure la stessa ufficialità non ha potuto far altro che prendere atto. Ciò è in particolare quanto avvenuto in Italia, dove a una prima repressione dei centri sociali è seguita una successiva politica di legalizzazione, ma in definitiva sempre volta a contenere la loro proliferazione: G. Katsiaficas, *The Subversion of Politics: European Autonomous Social Movements and the Decolonization of Everyday Life*, AK Press, Oakland, 2006, p. 96; P. Mudu, *Resisting and Challenging Neoliberalism: The Development of Italian Social Centers*, in *Antipode*, vol. 36, n. 5, 2004, p. 923.

3. Arginare i conflitti: l'ufficialità mancata

Quanto fin qui riportato riflette come, all'ora attuale in Occidente, società rurali eterogenee nella composizione si alternino a comunità urbane sempre più compatte, contribuendo così alla demolizione del mito positivista celebrante il paradigma della diversità fra 'the country' e 'the city'. Tuttavia, come vedremo nel corso del presente paragrafo, non è solo di fronte a questi più recenti fenomeni dal carattere ibrido che la distinzione fra proprietà fondiaria rurale e urbana pare annullarsi. Invero, è proprio sotto il profilo delle regole che governano e dei conflitti che animano contesti rurali e urbani che tali due mondi si rivelano essere quanto mai vicini.

Sul primo versante, quello rurale, numerose sono le regole e prassi di matrice non ufficiale che da secoli ormai incidono sulla questione dell'accesso alla proprietà fondiaria e del suo godimento. Si tratta di soluzioni che sovente insistono su un uso collettivo del fondo e che altrettanto sovente si pongono per questo in aperto contrasto con il modello positivista di proprietà e il suo monopolio⁶⁰.

Fra tali soluzioni, troviamo, ad esempio, la regola globalmente condivisa che legittima la libera raccolta sul terreno altrui di frutti e vegetali cresciuti spontaneamente (come more, lamponi, funghi e tartufi), di fiori non coltivati (stelle alpine, gigli rossi, margherite) e di altri prodotti offerti dalla natura senza l'intervento laborioso dell'uomo (castagne, nocciole, fichi)⁶¹. Ma possiamo altresì ricordare la prassi in virtù della quale negli ambienti montani la condotta di chi oltrepassa la proprietà non recintata è da considerarsi parimenti lecita qualora essa venga posta in essere al fine di praticare l'attività sciistica o escursionistica⁶².

Una variante territorialmente meno estesa della regola del libero accesso è quella della 'spigolatura', pratica dalle antiche origini che sopravvive – non immune da

⁶⁰ R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., pp. 18-21; G.G. Bolla, *Consuetudini agrarie e necessità di procedere ulteriormente alla loro raccolta*, in *Rivista di diritto agrario*, 1947, pp. 102-103.

⁶¹ R. Sacco, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli, Diritto e processo civile*, vol. 4, 1972, p. 247.

⁶² Ciò perfino in contrasto con le norme positive di alcuni ordinamenti. Così, ad esempio, per il sistema civilistico italiano, ove l'art. 832 c.c. proclama l'esclusività del godimento del proprietario, mentre i successivi artt. 843 e 844 c.c., disciplinando le eccezioni al divieto di accesso e senza tuttavia comprendere le ipotesi fin qui citate, lasciano intenderne il loro carattere tassativo. Per un approfondimento sulle questioni di carattere dottrinale legate all'istituto, anche in un'ottica comparata, si v. R. Sacco, *ult.op. cit.*, specie pp. 242-247, 270-276.

contaminazioni⁶³ – nei territori rurali della Serbia nord-orientale⁶⁴. In quei territori, è infatti consuetudine che il proprietario di un campo coltivato conceda ai meno abbienti di accedere al fondo per seguire i mietitori e raccogliere le spighe di grano cadute. Si tratta di una condotta capace di garantire al latifondista indubbi vantaggi, derivanti dalla rispettabilità e dalla rete di relazioni sociali così salvaguardate: vantaggi che, in occasione della corsa alla rappresentanza locale, sono addirittura suscettibili di tramutarsi in forme di supporto politico⁶⁵.

Altrettanto divergenti da quelle ufficiali sono poi le regole che disciplinano i rapporti fra allevatori e agricoltori in materia di accesso e delimitazione della proprietà fondiaria, oltre che in occasione delle dispute in tema di possesso, circolazione e responsabilità per i danni cagionati da animali⁶⁶. Così, da un autorevole studio condotto su un gruppo di residenti di una contea californiana emerge non solo come, in riferimento a questi istituti, gli appartenenti alla comunità rurale in questione puntualmente ignorino ciò che la legge o i precedenti giudiziari dispongono, ma anche come gli stessi soggetti siano di fatto più propensi ad adottare regole non ufficiali che, ad un attento esame, si scoprono in conflitto con quelle statali⁶⁷. Rientra nel presente gruppo la norma che, animata da un principio di proporzionalità, stabilisce che i costi derivanti dall'innalzamento o dalla manutenzione di una recinzione sui terreni confinanti debbano essere ripartiti fra i proprietari tenendo conto della densità media di bestiame presente su ciascun fondo, e quindi non in base al criterio statale della divisione in parti uguali della spesa⁶⁸. Sempre in tema di confini, possiamo altresì citare la prassi per cui il latifondista titolare di grandi appezzamenti di terra (detto 'rancher') si assume in toto i costi derivanti dalla recinzione e manutenzione della cinta senza mai chiedere al proprietario del piccolo fondo finitimo di partecipare alla spesa, e ciò nonostante un simile potere gli sia

⁶³ Contaminazioni dettate non dal diritto statale, ma dall'arrivo di nuovi 'outsiders' irrispettosi dei principi di solidarietà e mutuo soccorso alla base della prassi rurale, e che hanno inevitabilmente portato ad alcuni cambiamenti nell'istituto. Per un approfondimento, si v. J. Dikovic, *Gleaning: Old Name, New Practice*, cit., pp. 312-317.

⁶⁴ Lo studio è quello condotto su una comunità rurale nel villaggio di Gaj, nella provincia di Vojvodina, in Serbia: J. Dikovic, *ult. op. cit.*, p. 302.

⁶⁵ J. Dikovic, *ult. op. cit.*, p. 312.

⁶⁶ Su tutto ciò, e su quanto segue, si v. R.C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, cit., pp. 15-120.

⁶⁷ R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, p. 282

⁶⁸ R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, pp. 68, 71.

ufficialmente riconosciuto dal diritto positivo⁶⁹. Ancora, si pensi alla regola, puntualmente applicata in quei contesti, per cui ogni allevatore è in ogni caso responsabile dei danni arrecati dai propri animali alle cose presenti sui fondi altrui, indipendentemente dalle eccezioni di responsabilità sancite dalla legislazione statale⁷⁰.

Lo studio evidenzia dunque come i membri di quella comunità di agricoltori e allevatori non solo non siano a conoscenza delle prescrizioni del diritto ufficiale in materia proprietaria, ma vivano altresì la loro quotidianità secondo principi e schemi da quelle prescrizioni spesso lontani⁷¹.

Per garantire l'adempimento delle regole di matrice non ufficiale, le comunità rurali sono solite ricorrere a meccanismi sanzionatori plasmati sulle esigenze e sui valori condivisi dalla collettività. Si tratta di regimi che ancora una volta si sostituiscono a quelli del diritto positivo, e che fanno leva su logiche di natura socio-relazionale⁷².

In comunità ristrette come quelle citate, infatti, particolarmente efficaci nella repressione e prevenzione degli illeciti sono i rimedi volti a ledere la reputazione altrui (così, il fatto di rendere noto e fomentare una determinata maldicenza su un membro del gruppo), quelli derivanti dalle minacce di comportamenti particolarmente pregiudizievoli (come per l'uccisione dell'animale autore delle ripetute violazioni a danno della proprietà altrui)⁷³, o dall'intervento di una figura locale dal carattere informale cui rimettere, in virtù del ruolo o del rispetto nutrito nei suoi confronti dalla comunità di appartenenza, la risoluzione della controversia (fra cui, per esempio, un sacerdote, un funzionario, un politico o un'assemblea di propri pari)⁷⁴.

In quei contesti, di fronte ad una condotta che sfida i valori e le regole locali, il richiamo agli strumenti del diritto ufficiale, oltre che raro, appare fortemente scoraggiato in quanto lesivo dei rapporti sociali costruitisi nel lungo periodo su logiche di reciprocità e cooperazione. Ciò nonostante, quando il ricorso alle autorità ufficiali si appalesa, questo

⁶⁹ R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, pp. 72-75.

⁷⁰ R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, pp. 52-53.

⁷¹ R.C. Ellickson, *ult. op. cit.*, p. 282.

⁷² M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., pp. 84-85.

⁷³ Il fatto che una tale condotta possa avere rilevanza penale e quindi contrastare con una norma di diritto ufficiale non sembra aver alcun peso per i soggetti lesi nell'attuazione di tale rimedio: R.C. Ellickson, *The Aim of Order Without Law*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 150, n. 1, Symposium on The New Institutional Economics Bounded Rationality and the Analysis of State and Society, 1994, p. 98.

⁷⁴ R.C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, cit., pp. 56-64.

d'abitudine avviene solo dopo che i rimedi fin qui menzionati hanno fallito nel tentativo di reprimere e arrestare l'illecito o nel raggiungere un accordo fra le parti: in questi casi, inoltre, la scelta verso l'ufficialità anticipa quella che è la sanzione più grave, ossia l'esclusione del soggetto dal gruppo e la fine del loro rapporto⁷⁵.

Testimonianze di come il diritto non ufficiale sia da secoli radicato nei contesti rurali occidentali ci vengono anche dal mondo della pastorizia italiana: alcuni autorevoli studi, condotti su gruppi di pastori dislocati sui territori montani della Sardegna centrale, dipingono l'immagine di una comunità di allevatori determinata da regole, valori e istituzioni solidi e ben definiti, oltre che in travagliato rapporto con il diritto statale⁷⁶.

Emerge così come, a livello organizzativo, il 'vicinato' costituisca un'istituzione territoriale su cui poter far costante affidamento nel caso di situazioni problematiche o difficoltose come quelle che si creano a causa della malattia o assenza di uno dei pastori, in occasione della fase e procedura di tosatura delle pecore, o per lo smarrimento/furto di uno o più capi di bestiame. Con riferimento a quest'ultima ipotesi poi, il sistema di assistenza, informazione e soccorso reciproco offerto dalla rete di compaesani e allevatori si fa particolarmente oculato e capillare, a tal punto da costituire una più che valida alternativa alle regole e alle istituzioni del diritto positivo⁷⁷.

In tali contesti, infatti, il ricorso all'ufficialità risulta altamente osteggiato, in quanto ritenuto, in ultima analisi, inefficiente⁷⁸. Ciò per diverse ragioni, fra cui si inseriscono i sentimenti di ostilità dei pastori nei confronti delle forze di polizia locali (poliziotti e carabinieri), percepiti come 'outsiders' incapaci di comprendere e cogliere l'importanza (soprattutto economica) che il furto di un capo di bestiame di solito ha per il suo proprietario⁷⁹. Ma le motivazioni alla base della scelta dei soggetti lesi di sottrarsi all'ufficialità risiedono altresì negli elevati costi che le procedure statali sovente

⁷⁵ Analogamente, il ricorso al diritto ufficiale nei confronti degli 'outsiders', ossia dei soggetti estranei alla comunità, non è giudicato in maniera così negativa, e sembra per questo più frequente. Ciò è quanto ad esempio avviene in tema di incidenti stradali: R.C. Ellickson, *The Aim of Order Without Law*, cit., p. 98.

⁷⁶ Si tratta in particolare degli studi condotti da J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, cit., pp. 212-222, 226-230; M. Brigaglia, *Sardegna, perché banditi*, Edizioni Leader, Milano, 1971, pp. 194-197. Sul tema, in un'ottica limitata al solo istituto della vendetta, non possiamo altresì non ricordare il lavoro di A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, cit., e su cui v. retro, Cap. I, par. 2.3.

⁷⁷ J.L. Ruffini, *ult. op. cit.*, pp. 213-214.

⁷⁸ J.L. Ruffini, *ult. op. cit.*, p. 225.

⁷⁹ Ciò avviene nonostante che il furto di bestiame sia punito con pene particolarmente severe dal diritto ufficiale: J.L. Ruffini, *ult. op. cit.*, pp. 224-225.

comportano, negli oneri probatori difficili da adempiere, nelle lungaggini dei suoi processi, oltre che nell'incapacità operativa di questi ultimi di garantire il recupero dell'animale rubato o disperso⁸⁰. Nei confronti del diritto statale e dei suoi circuiti, la sfiducia dei consociati risulta infine rinvigorita dal fatto che le soluzioni da questi offerte non sono mai di natura conciliatoria, poiché di fatto si limitano a dare ragione a una delle parti coinvolte senza redimere il conflitto che soggiace alla base⁸¹.

Alla luce di queste considerazioni, non è un caso che in quei territori, nell'intento di sostituirsi alle autorità locali, fioriscano istituzioni non ufficiali con funzioni di polizia. È questo quanto accaduto con le *'compagnie dei barracelli'*, società di mutuo soccorso formate da pastori armati il cui compito principale è di sorvegliare la proprietà dei soggetti che decidono di ricorrere al servizio, fornendo loro anche una copertura assicurativa⁸². Nel caso in cui uno di questi 'clienti' subisca un furto, i *'barracelli'* si adopereranno per il recupero dell'animale scomparso e, qualora falliscano nella ricerca, saranno in solido obbligati al pagamento di una somma di denaro prestabilita per ogni capo di bestiame sottratto o anche solo danneggiato. La divisione dei dividendi normalmente avverrà alla chiusura dell'anno solare e i ricavi di ciascuno saranno determinati dai proventi derivanti dalla loro attività – attività che, tuttavia, potrà anche chiudersi in perdita laddove l'ammontare dei capi di bestiame andati perduti sia superiore al *quantum* ottenuto dalle quote associative, dalle multe comminate e dal

⁸⁰ Fattori che, insieme all'emanazione di sentenze dai risvolti spesso inaspettati e particolarmente lontani da quanto realmente accaduto, creano attorno al sistema giudiziario una sentita e condivisa sfiducia da parte di quelle comunità di pastori. Sul punto, più ampiamente, si v. J.L. Ruffini, *ult. op. cit.*, pp. 225-226.

⁸¹ Date le aspre conseguenze che tradizionalmente ne derivano, e la facilità con cui possono crearsi faide e forme di vedetta collettiva (per alcuni esempi, si v. A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, cit., pp. 498 ss.), il conflitto viene giudicato dalle comunità locali come qualcosa da evitare. Proprio per questo motivo, le forme di risoluzione delle controversie predilette dai pastori sono generalmente quelle a carattere conciliatorio: fra queste, possiamo qui ricordare la rimessione della risoluzione del conflitto al giudizio di una commissione di arbitri imparziali, chiamati nel dialetto locale *"sos homines"* e il cui responso finale viene definito *"acconzamentu"*: G. Pinna, *Il pastore sardo e la giustizia*, Fossataro, Cagliari, 1967, pp. 49-50.

⁸² Si tratta di società sorte in Sardegna verso il XVII secolo e aventi per scopo la tutela della proprietà agricola. Per un approfondimento su storia e caratteri dell'istituto, si rimanda a A. Pino-Branca, *Le Compagnie dei barracelli in Sardegna*, Tipografia V. Musanti, Cagliari, 1915; N. Angioj, *L'istituto del barracellato in Sardegna sotto l'aspetto storico, giuridico, amministrativo*, Editrice Sarda Fossataro, Cagliari 1909; F.M. Perra, *Illustrazione sulle leggi sui monti di soccorso e sulle compagnie barracellari della Sardegna*, Tipografia del commercio, Cagliari 1895; G.B. Tuveri, *La questione barracellare*, Tipografia A. Timon, Cagliari, 1861.

premio per il riscatto degli animali sequestrati⁸³. Anche per questo motivo, lo scopo perseguito dai ‘barracelli’ è *in primis* quello di sorvegliare e recuperare le pecore sottratte, indipendentemente dalla cattura dell’autore del furto⁸⁴. Presso le comunità di pastori sardi, difatti, l’appropriazione indebita di pecore non è generalmente considerata un fatto illecito – purché non avvenga a danno dei membri della medesima comunità o con l’intento esclusivo di arrecare pregiudizio – ma rientra anzi nella normalità della vita pastorale: compito del pastore, oltre che puntuale dimostrazione della sua abilità, è allora quello di cercare di evitare di subire il furto o, nel caso in cui questi risulti ormai certo, di riuscire a re-impossessarsi dell’animale sottrattogli⁸⁵. A fondamento di tale approccio troviamo il sistema di valori abbracciati dalle comunità pastorali, fra cui spicca il coraggio, la sagacia, la buona volontà, la furbizia⁸⁶ che, in determinate circostanze, potranno anche giustificare un verdetto favorevole (ossia un ‘*acconzamentu*’) perfino nei confronti del soggetto che abbia commesso il furto⁸⁷.

Istituzioni di matrice non ufficiale sono presenti anche altrove in Occidente e, in particolare, in seno alle comunità residenti in villaggi rurali della Germania occidentale⁸⁸. Interessante è notare come il processo di industrializzazione che ha investito l’Occidente e quei villaggi non è stato (ancora una volta⁸⁹) in grado di scalfire le regole e i valori di stampo non ufficiale su cui si costruiscono gli assetti proprietari e

⁸³ Il contratto tra cittadini e barracelli può essere configurato come un contratto di assicurazione pubblica rurale, data la presenza sia dell’elemento dell’alea, proprio dell’assicurazione, che di quello pubblicistico consistente nella concessione di pubblico servizio.

⁸⁴ J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, cit., pp. 231-232.

⁸⁵ Anche perché la fattispecie del furto di bestiame non è vista come una lesione all’onore, di conseguenza non vi è altro interesse se non quello di recuperare l’animale sottratto, senza necessità di punire il ladro: J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, cit., pp. 235-237.

⁸⁶ In una parola, la ‘*balentia*’: M. Brigaglia, *Sardegna, perché banditi*, cit., pp.194-197. Un valore condiviso anche da altre comunità occidentali, come quelle dei *Vlax* di etnia romani (su cui v. retro, Cap. II, par. 2.1), presso le quali la ‘furbizia’ adoperata per appropriarsi o invadere la proprietà di soggetti estranei al gruppo è considerata una qualità invece che una dissolutezza: su quest’ultimo punto, P.T. Leeson, *Gypsy law*, cit., p. 278.

⁸⁷ È questa l’ipotesi in cui il ladro sia riuscito a rubare e nascondere l’animale, ma decida di rivolgersi al legittimo proprietario per chiedere un riscatto. In questo caso, per recuperare il capo di bestiame, il secondo potrebbe essere obbligato a pagare un prezzo molto più alto del suo valore: J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, cit., pp. 237-238.

⁸⁸ Si tratta dello studio, già citato in precedenza, di H.F. Todd, *Litigious Marginals: Character and Disputing in a Bavarian Village*, cit., pp. 86-121.

⁸⁹ Si vedano i succitati rilievi di D.M. Engel, *The Oven Bird’s Song. Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, cit., pp. 29-30, e di D. Newman, *Attitudes to Justice in a Rural Community*, cit., pp. 592, 611, e su cui ampiamente retro, nel presente Cap., par. 2.

gli equilibri sociali dei loro residenti, né tantomeno è riuscito a intaccare la percezione che gli abitanti hanno di sé quali membri appartenenti ad una medesima comunità⁹⁰. Il confine fra questi ultimi, gli *'insiders'*, e gli *'outsiders'* è qui segnato, oltre che dalla residenza all'interno del borgo, dal cosiddetto *'Charakter'* ossia dall'ottemperanza e dal rispetto che il singolo individuo ha delle regole del gruppo⁹¹. Tali norme sono poi rinforzate da una struttura istituzionale solida che individua nello *'Stammtish'*, all'interno del *'Gastzimmer'*⁹², il tavolo (è proprio il caso di dirlo) dove vengono prese le decisioni più importanti, cui tuttavia solo gli *'insiders'* hanno accesso – al pari di strumenti di risoluzione delle controversie come il *'Sühneversuch'*⁹³. Ecco che queste norme e istituzioni finiscono per relegare gli *'outsiders'* agli unici strumenti a loro disposizione per la risoluzione delle loro dispute, ossia quelli offerti dal diritto statale, giustificando così all'interno del loro gruppo un numero particolarmente elevato dei casi portati in giudizio⁹⁴.

La non ufficialità – le sue regole, i suoi rimedi, le sue istituzioni – e con essa i ruoli sociali fra *'insiders'* e *'outsiders'* sono fattori che ritroviamo anche nei contesti urbani,

⁹⁰ H.F. Todd, *Litigious Marginals: Character and Disputing in a Bavarian Village*, cit., pp. 88-90.

⁹¹ H.F. Todd, *ult. op. cit.*, p. 90.

⁹² Il *'Gastzimmer'* è il birrificio situato al centro del villaggio, l'arena in cui sostanzialmente si giocano gli equilibri interrelazionali fra gli appartenenti alla comunità maschile del luogo. Al suo interno, vi è un tavolo particolare, lo *'Stammtish'*, ove solo i membri più importanti possono sedere e attorno a cui si costruiscono molte delle regole, delle dispute e delle sanzioni cui gli *'insiders'* sono quotidianamente esposti. Con riferimento alle sanzioni, in particolare, possiamo citare quella legata al fatto di non essere ascoltati o presi in considerazione dagli altri commensali fino all'espulsione (di carattere temporaneo o no) dallo *'Stammtisch'* o, ancor più grave, dall'intero locale – il *'Gastzimmer'* per l'appunto. Un'altra istituzione cui solo gli *'insiders'* hanno accesso è poi quella costituita dalle rete di rapporti sociali e reputazionali formata dalle donne del paese e dalle loro famiglie, che tuttavia non essendo formalizzata l'autore denomina *'Information Centers'*. Sul punto, H.F. Todd, *ult. op. cit.*, pp. 96-97, 100-101, 104-107. Dinamiche sociali e istituzionali analoghe a quelle appena riportate sono rintracciabili anche in altri contesti rurali, come emerge dallo studio condotto da G.C.J.J. van den Bergh et al. su un villaggio rurale olandese a cavallo fra gli anni sessanta e settanta, pubblicato nel 1980 con il titolo *"Staphorst en zijn Gerichten"* da Boom Meppel, Amsterdam. Per un'eccellente e dettagliata rassegna dei contenuti del libro, si rimanda al saggio in lingua inglese di J. Griffiths, *Village Justice in the Netherlands*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 16, n. 22, 1984, pp. 17-42.

⁹³ Ossia il tentativo di riconciliazione portato davanti generalmente al sindaco del villaggio, cui tuttavia ha accesso anche un'altra categoria di soggetti, i *'marginals'*, vale a dire coloro che pur avendo la residenza nel paese, non rispettano tuttavia il requisito del *'Characketer'*: H.F. Todd, *ult. op. cit.*, pp. 91-92, 107-108.

⁹⁴ Come suggerito dai dati riportati da Todd, e su cui si v. in parte anche retro, nel medesimo Cap., par. 2, spec. nt. 34. Nei casi portati in giudizio di fronte ad un tribunale civile, il 46% delle dispute riguardava persone residenti nello stesso villaggio (a fronte di un 54% di casi fra *'insiders'* e *'outsiders'* dislocati su villaggi diversi), e di questi il 78% coinvolgeva i *'marginals'*: H.F. Todd, *ult. op. cit.*, p. 113.

all'interno dei quartieri delle città e in occasione delle dispute createsi fra vicini sul tema della proprietà immobiliare.

Così, da uno studio condotto su una comunità residente in un quartiere newyorkese, emerge come i suoi abitanti siano particolarmente restii a ricorrere ai rimedi del diritto ufficiale per le dispute concernenti questioni personali o che comunque coinvolgono soggetti rientranti nella loro sfera familiare, quali parenti, amici, vicini di casa e conoscenti⁹⁵. Come abbiamo visto valere anche per altri contesti⁹⁶, ciò può spiegarsi sia con gli alti costi che la giustizia ufficiale sovente comporta, sia alla luce della sfiducia che gli abitanti di quei quartieri nutrono per giudici e poliziotti, visti come degli 'outsiders' incapaci di condividere i loro stessi valori e il loro stesso metro di giudizio⁹⁷. Nel caso di conflitti proprietari inerenti, ad esempio, le propagazioni acustiche, la presenza di siepi troppo elevate, di recinzioni o confini invadenti il proprio immobile e di altre questioni relative ai rapporti di vicinato, i residenti sono soliti fare affidamento su rimedi che sfuggono ai canali ufficiali e che generalmente – lo ricordiamo⁹⁸ – si collocano fra due estremi: da una parte, quello di non mettere in atto alcuna azione (ossia il "lumping"⁹⁹); dall'altra parte, all'estremo opposto, quello di agire legalmente in giudizio di fronte alle autorità statali (il cosiddetto "claiming"¹⁰⁰). Entro questi due poli

⁹⁵ È questo lo studio di M.P. Baumgartner, condotto su una comunità di persone di differente provenienza sociale (di ceto medio ma anche appartenenti alla classe lavoratrice) in un sobborgo situato alla periferia di New York City, non troppo distante dall'isola di Manhattan: M.P. Baumgartner, *Law and the Middle Class. Evidence from a Suburban Town*, cit., pp. 3-4.

⁹⁶ Si ricorderanno a tal proposito le osservazioni svolte poc'anzi relativamente alle comunità di allevatori sardi, o quelle precedenti sulle famiglie occidentali del Cap. II, par. 2 e 3.

⁹⁷ Così, *inter alia*, dalla ricerca di Baumgartner (*Law and the Middle Class. Evidence from a Suburban Town*, cit., pp. 12-13) fino a quella su un altro sobborgo urbano statunitense di C.J. Greenhouse, *Courting Difference. Issues of Interpretation and Comparison in the Study of Legal Ideologies*, in Greenhouse C.J., Yngvesson B., D.M. Engel, *Law and Community in Three American Towns*, cit., p. 106. Una sfiducia reciproca, secondo quanto riportato da un altro studio condotto su un quartiere di Riverside, nello Massachusetts, e da cui emerge come molti dei casi coinvolgenti i rapporti quotidiani di vicinato portati davanti alle corti locali sono da queste cassati in quanto ritenuti "garbage cases". Così le dispute relativamente le violazioni della proprietà, i disturbi e gli schiamazzi notturni, i problemi sulle recinzioni e gli alberi confinanti, etc.: B. Yngvesson, *Making Law at the Doorway. The Clerk, the Court, and the Construction of Community in a New England Town*, in C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, D.M. Engel, *Law and Community in Three American Towns*, cit., pp. 57-58.

⁹⁸ Su cui v. ampliamento retro, Cap. II, par. 3, spec. ntt. 115, 117.

⁹⁹ W.L.F. Felstiner, *Influences of Social Organization on Dispute Processing*, cit., p. 81.

¹⁰⁰ In un'accezione più ampia, tuttavia, il termine farebbe riferimento alla condotta sostanziata nella formulazione e richiesta di un rimedio, tanto per il tramite del ricorso agli strumenti messi a disposizione dal diritto ufficiale che non ufficiale: così, D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society: Why We Don't Sue*, cit., pp. 20-21, oltre che retro, più in generale, Cap. II, par. 3.

si inserisce una varietà di soluzioni alternative – molte delle quali abbiamo già visto all’opera nelle famiglie e nelle comunità rurali occidentali¹⁰¹ –, che oscillano fra il tentativo di ledere la reputazione altrui, il cercare una riconciliazione in maniera diretta o per mezzo della mediazione di un terzo (sovente un sacerdote della comunità religiosa), l’evitare o l’ignorare il soggetto responsabile della condotta illecita fino a escluderlo definitivamente dal gruppo tagliando ogni rapporto¹⁰².

Dal canto loro, come confermato su più fronti, interessante è altresì notare come in quei sobborghi l’appartenance a gruppi sociali diversi spesso determini variazioni sostanziali nel modo di approciare il diritto ufficiale e i suoi rimedi. Così, ad esempio, rispetto agli appartenenti alle classi medie, le famiglie lavoratrici residenti nei quartieri urbani delle città statunitensi, in occasione dei conflitti in tema di proprietà e rapporti di vicinato, sembrano maggiormente inclini a ricorrere alle vie del diritto statale¹⁰³. Il motivo su cui poggia tale tendenza – peraltro non così significativa se si considera come solo una piccolissima parte delle dispute arriva in giudizio¹⁰⁴ – è indissolubilmente legato alla convinzione che queste comunità lavoratrici hanno del diritto ufficiale: convinzione che è stata calata nella loro coscienza attraverso i media, i libri, i film e il sistema quotidiano che li circonda¹⁰⁵. L’idea, anzi l’ideologia, che queste classi coltivano del diritto e della giustizia statale non deriva infatti da una loro accurata conoscenza del dato giuridico¹⁰⁶,

¹⁰¹ Su cui, oltre che retro, nel presente paragrafo e nel Cap. II, parr. 2, 3, 4 e 5, v. D.M. Engel, *The Oven Bird’s Song. Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, cit., pp. 35-36, 38-40; R.C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, cit., pp. 56-64; J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, cit., pp. 233-238; H.F. Todd, *Litigious Marginals: Character and Disputing in a Bavarian Village*, cit., pp. 99-107.

¹⁰² M.P. Baumgartner, *Law and the Middle Class. Evidence from a Suburban Town*, cit., p. 7; C.J. Greenhouse, *Courting Difference. Issues of Interpretation and Comparison in the Study of Legal Ideologies*, cit., p. 106.

¹⁰³ Dei casi portati innanzi alle corti locali e oggetto dello studio di M.P. Baumgartner, l’88% delle dispute coinvolgeva difatti individui appartenenti alla classe lavoratrice: M.P. Baumgartner, *The Moral Order of a Suburb*, cit., p. 54.

¹⁰⁴ Alcuni, lo ricordiamo, parlano di circa il 10% delle dispute: così, D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society: Why We Don’t Sue*, cit., p. 22. Per altri riferimenti, v. anche retro, Cap. II, par. 3, spec. ntt. 116, 130.

¹⁰⁵ S. Macaulay, *Presidential Address: Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports*, cit., pp. 192-204; M. Bussani, M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, cit., pp. 78, 80.

¹⁰⁶ Conoscenza che peraltro risulta sovente frammentaria o equivoca, quando addirittura non del tutto assente. Dallo studio condotto da S.E. Merry su una comunità di quartiere americana emerge, ad esempio, come la più parte dei membri delle classi lavoratrici ignori la regola in materia di proprietà che obbliga il titolare dell’immobile a mantenere il bene in buone condizioni in modo da evitare pericoli o rischi in cui

ma piuttosto dall'educazione e dalla formazione legalista che per anni esse hanno subito¹⁰⁷. Occorre peraltro aggiungere come, a dispetto dell'elevato tasso di cause intraprese dai soggetti appartenenti alle classi lavoratrici rispetto ai membri del ceto medio, numerosi studi empirici sottolineano il ridotto grado di 'soddisfazione' che tali soggetti maturano all'esito dei loro incontri con l'apparato ufficiale. In altri termini, una volta espletate le vie dell'ufficialità, perfino coloro i quali si siano inizialmente dimostrati così inclini al fascino del diritto positivo e dei suoi rimedi si scoprono, in ultima analisi, fortemente delusi dai risultati ottenuti, tanto in termini economici che socio-relazionali¹⁰⁸.

Dal raffronto di quanto finora è emerso sulle diverse comunità dislocate su contesti rurali e urbani, è dunque possibile muovere (almeno) tre considerazioni legate al tema oggetto della nostra analisi, quello della proprietà fondiaria.

La prima concerne il substrato di regole e rimedi di matrice non ufficiale che in Occidente regolano e orientano i comportamenti dei membri delle comunità urbane e rurali. Tali regole, l'abbiamo visto, sono presenti in ogni dove, dalla comunità degli agricoltori serbi a quella degli allevatori californiani passando per i pascoli dislocati sulle colline dell'entroterra sardo¹⁰⁹. Accanto a queste regole, abbiamo trovato molteplici rimedi tesi a dirimere il conflitto, ad esempio, attraverso la rimessione della decisione a un terzo o a meccanismi sanzionatori di carattere reputazionale. Il tutto potendo contare su e riscuotendo elevati tassi di effettività¹¹⁰.

possono incorrere i soggetti che, anche illegittimamente, accedano alla di lui proprietà: S.E. Merry, *Everyday Understandings of the Law in Working-Class America*, cit., p. 257.

¹⁰⁷ S.E. Merry, *ult. op. cit.*, p. 253; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Private Ordering and Indigenous Law*, cit., pp. 17-23.

¹⁰⁸ Soprattutto perché tali vie segnano il definitivo tramonto della relazione sociale. Questo quanto ad esempio emerge dallo studio di S.E. Merry, *Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood*, cit., p. 919. Così anche M. Galanter, *ult. op. cit.*, p. 2. La conclusione appare la stessa anche nei contesti rurali, su cui, per tutti, si v. D.M. Engel, *The Oven Bird's Song. Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, cit., p. 45.

¹⁰⁹ Per un confronto, *e multis*, R. Sacco, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, cit., pp. 241-242; J. Dikovic, *Gleaning: Old Name, New Practice*, cit., pp. 310-317; J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia*, cit., pp. 226-238; R.C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, cit., pp. 123 ss.

¹¹⁰ Come dimostrato da J.L. Ruffini, *ult. op. cit.*, pp. 223-224; H.F. Todd, *Litigious Marginals: Character and Disputing in a Bavarian Village*, cit., pp. 91, 118-120; M.P. Baumgartner, *Law and the Middle Class. Evidence from a Suburban Town*, cit., p. 7; C.J. Greenhouse, *Courting Difference. Issues of Interpretation and Comparison in the Study of Legal Ideologies*, cit., p. 106.

La seconda considerazione riguarda il ruolo e la percezione che gli appartenenti alle comunità rurali e urbane hanno del diritto statale e degli strumenti di risoluzione delle controversie predisposti dagli organi ufficiali dello Stato. Sotto questo profilo, dagli studi citati è emerso come un po' ovunque in Occidente gli individui e le loro famiglie provino un senso di diffidenza condivisa nei confronti di regole, corti e istituzioni che di tale diritto si ergono a rappresentanti (talora poliziotti, talaltra avvocati e giudici)¹¹¹. Inoltre, perfino nei gruppi che statisticamente si dimostrano più propensi al ricorso alle vie giudiziali, lo ricordiamo, le aspettative degli attori tanto rurali quanto urbani risultano, al termine dei processi, frequentemente disattese¹¹².

A quest'ultimo rilievo se ne collega subito un altro: i casi in cui le persone che si reputano lese e decidono di ricorrere giudizialmente costituiscono ipotesi residuali che d'abitudine coinvolgono individui estranei (i cosiddetti 'outsiders') e collocati ai margini del gruppo – o che comunque sono percepiti come tali¹¹³. Tale dato appare sorretto da ragioni di opportunità e convenienza, tanto economica quanto soprattutto socio-relazionale¹¹⁴.

In sintesi, e per concludere, per quanto breve e non esaustiva la rassegna appena condotta ci conduce a constatare come la non ufficialità non faccia (e probabilmente mai abbia fatto) distinzioni: mondo rurale e mondo urbano, è il caso di dirlo, non sono mai apparsi così vicini.

¹¹¹ Sentimenti di diffidenza che abbiamo visto essere diffusi anche presso i contesti familiari occidentali di cui al Cap. II, parr. 2, 3 e 4. In tema di proprietà, invece, oltre che retro nel presente par., si v. quanto riportato da J.L. Ruffini, *ult. op. cit.*, pp. 225-226; M.P. Baumgartner, *The Moral Order of a Suburb*, cit., pp. 52-53; C.J. Greenhouse, *Courting Difference. Issues of Interpretation and Comparison in the Study of Legal Ideologies*, cit., p. 106.

¹¹² Così, fra gli altri, in D.M. Engel, *The Oven Bird's Song. Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, cit., p. 45; S.E. Merry, *Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood*, cit., p. 919; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Private Ordering and Indigenous Law*, cit., p. 2.

¹¹³ Sul punto, l'abbiamo visto, D. Newman, *Attitudes to Justice in a Rural Community*, cit., pp. 592, 611; 612; D.M. Engel, *ult. op. cit.*, pp. 29-30; B. Yngvesson, *Making Law at the Doorway. The Clerk, the Court, and the Construction of Community in a New England Town*, cit., p. 65.

¹¹⁴ Sui rapporti fra diritto ufficiale e non ufficiale e sulle loro diverse forme di interazione si v. anche più ampiamente M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Private Ordering and Indigenous Law*, cit., pp. 23-25.

4. Incontri e scontri in materia di proprietà intellettuale

Non è solo sul terreno tradizionale della proprietà dei beni materiali che assistiamo a coesistere, a dispetto di ogni declamazione, di regole ufficiali e non. Lo stesso, lo abbiamo anticipato¹¹⁵, avviene anche sul fronte dei ‘nuovi’ beni, e in particolare dell’informazione, che nell’attuale struttura economica globale diviene oggetto delle mire espansionistiche di una peculiare (e relativamente recente) forma di proprietà mobiliare, quella intellettuale¹¹⁶.

Con il termine ‘proprietà intellettuale’ si è soliti indicare l’apparato di regole e rimedi predisposti a tutela dei beni immateriali frutto dell’inventiva e dell’ingegno umano, come le invenzioni, i prodotti di natura artistica o letteraria, i marchi e i segni distintivi. A livello ufficiale, tale tutela si esplica attraverso il riconoscimento a inventori o creatori di un monopolio nello sfruttamento delle loro opere, monopolio che si realizza sotto il velo protettivo dello *ius excludendi alios*¹¹⁷. La scelta appare giustificata dalla convinzione di carattere borghese-utilitaristico per cui l’unico modo per abbattere i costi di produzione e di transazione legati a un bene non escludibile e non rivale come l’informazione sia quello di porre in essere delle restrizioni all’accesso, configurando così un diritto di esclusiva in capo al suo titolare¹¹⁸. Di fronte a tale ‘fallimento del

¹¹⁵ V. retro, par. 1 del presente Cap.

¹¹⁶ In un’economia *knowledge based* come quella attuale, lo ricordiamo, i mezzi di produzione materiali si spogliano del loro ruolo e con loro i beni tradizionali (fisici, immobili e mobili), lasciando così progressivo spazio a un bene dal valore crescente, l’informazione: V. Zeno Zencovich, G.B. Sandicchi, *L’economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, fasc. 6, 2002, p. 971; R. Pardolesi, M. Granieri, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e “liaisons dangereuses”*, in *Il Foro Italiano*, vol. 126, n. 10, 2003, p. 193; W.M. Landes, R.A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2003, specie, pp. 1-4; C. Hess, E. Ostrom, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Idd. (curr.), *Understanding Knowledge as a Commons From Theory to Practice*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge – London, 2007, in particolare, pp. 3-4, 7-10.

¹¹⁷ R. Caso, *Intellectual Property Right tra analisi economica e comparazione giuridica*, in G. Clerico, S. Rizzello (curr.), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 1998, p. 180; F. Benussi, *Proprietà industriale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. XI, UTET, Torino, 1995, p. 416.

¹¹⁸ Ciò è dovuto al fatto che nel caso del bene informazione, a elevati costi di produzione si legano bassi costi marginali di utilizzo: in breve, mentre produrre conoscenza è un processo oneroso, utilizzare quella degli altri invece conviene. Sottolineano il dato, e *multis*, R. Pardolesi, M. Granieri, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e «liaisons dangereuses»*, cit., pp. 197-198; M. O’Rourke, *Rethinking Remedies at the Intersection of Intellectual Property and Contract: Toward a Unified Body of Law*, in *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997, p. 1143.

mercato', l'intervento dello Stato e, per il suo tramite, l'istituzione di un diritto di privativa appare difatti elemento indispensabile al fine di creare un importante incentivo alla produzione di invenzioni e creazioni, che altrimenti (si ritiene) non avrebbero motivo di esistere¹¹⁹.

Da tali presupposti muovono le regole ufficiali del diritto dei brevetti, del diritto d'autore e del marchio su cui, da oltre tre secoli, si fonda il tradizionale modello positivista di tutela della proprietà intellettuale¹²⁰. Un modello che, ancora una volta, di fronte alle sfide lanciate dalla globalizzazione e dalla rivoluzione digitale, mantiene saldo il proprio orientamento, convinto della necessaria creazione dei diritti di monopolio quali indispensabili strumenti a garanzia del progresso¹²¹. Le risposte finora date dal diritto positivo (statale o extra-statale)¹²² a fenomeni sempre più frequenti

¹¹⁹ R. Caso, *Intellectual Property Right tra analisi economica e comparazione giuridica*, cit., p. 177; P. Areeda, L. Kaplow, *Antitrust Analysis*, 5^a ed., Aspen Law & Business, New York, 1997, p. 153.

¹²⁰ Culla di tale diritto è l'Italia settentrionale del XV secolo. I primi privilegi di stampa furono difatti concessi dalla Repubblica di Venezia attorno alla seconda metà del XV secolo. Tuttavia, è solo nel XVIII secolo che, con lo *Statute of Anne* in Gran Bretagna (1709) e con le leggi di *Le Chapelier* (1791) e *Lakanal* in Francia, prende forma un sistema più evoluto di tutela del diritto d'autore maggiormente in linea con i moderni sistemi di *copyright* e *droit d'auteur*. Per quanto concerne le attività inventive, la legge veneziana del 19 marzo del 1474 costituisce il primo tentativo sistematico di tutela delle invenzioni, seguito, molto tempo dopo, dallo *Statute of Monopolis* inglese del 1623. Con riferimento ai marchi, infine, la prima registrazione di un segno distintivo risale al XV secolo, ma bisognerà attendere il XVIII secolo per arrivare, nel Regno Unito e negli altri Stati membri, all'emanazione di una normativa completa in materia: M. Libertini, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. 23, fasc.1, 2014, p. 299; L.C. Ubertazzi, *Diritto d'autore*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, p. 366; L. Moscati, *Tra 'copyright' e 'droit d'auteur'. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Satura Editrice, Napoli, 2012, pp. 13-14; N. Lucchi, *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Springer, Milano, 2010, p. 33; F. Benussi, *Proprietà industriale*, cit., p. 419. Invero, nonostante questi atti di marca statale, il problema della tutela delle opere dell'ingegno e dell'inventiva era noto anche nella Grecia e alla Roma antica: su quest'ultimo profilo, in particolare, P.O. Long, *Invention, Authorship, "Intellectual Property" and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History*, in *Technology and Culture*, vol. 32, n. 4, Special Issue: Patents and Invention, 1991, pp. 848-851, oltre a T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 1960, pp. 683 ss.; N. Stolfi, *La Proprietà intellettuale*, 2^a ed., vol. I, UTET, Torino, 1915, pp. 1 ss.

¹²¹ La debolezza delle regole ufficiali deriva parzialmente dal fatto che esse continuano a rimanere ancorate a sistemi proprietari che muovono da presupposti come la scarsità e la materialità del bene, presupposti avulsi all'informazione, il cui valore, in determinati casi, può essere accresciuto proprio dalla sua ampia diffusione: P. Groves, *Sourcebook on Intellectual Property Law*, Cavendish, London, 1997, p. 28.

¹²² Sul fronte sovranazionale, basti ricordare gli atti adottati dall'Unione Europea e la regolamentazione della WIPO, l'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale. Per una panoramica degli uni e

come la dematerizzazione e la digitalizzazione delle opere dell'ingegno, la rapida distribuzione di informazioni su scala globale, la creazione di sistemi basati su dinamiche di condivisione collaborativa (il cosiddetto *sharing*)¹²³, sono state quelle classiche della progressiva estensione e appropriabilità da parte del modello dominicale tradizionale, sia sul fronte legislativo che giudiziale¹²⁴. Così, da un lato, si è assistito alla dilatazione delle maglie e dei presupposti di proteggibilità delle opere dell'ingegno e dell'intelletto (dimensione verticale), mentre, dall'altro lato, si è allargato lo spettro della tutela proprietaria a nuovi beni e tipologie di informazione (dimensione orizzontale)¹²⁵. Tutto ciò ha condotto alcuni autori a ritenere che il diritto ufficiale della proprietà intellettuale abbia ormai intrapreso una forte e incontrollabile “*deriva protezionistica*”¹²⁶.

Se, tuttavia, il fine ultimo del modello positivista di tutela della proprietà intellettuale rimane quello di stimolare il progresso della scienza e delle arti, la recente deriva legalista volta a estendere i presidi di natura privatistica sui beni immateriali frutto dell'inventiva e dell'ingegno umano non si è rivelata, sul piano operativo, una soluzione del tutto efficiente¹²⁷. Ciò non solo perché il diritto di esclusiva, attorno cui si sono fino ad ora concentrati gli sforzi del diritto statale, non rappresenta sempre un incentivo adeguato, né tanto meno necessario, ad abbattere i costi di produzione e a incoraggiare

dell'altra si rimanda rispettivamente a ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property_it, e a wipo.int/portal/en/.

¹²³ Come i sistemi *peer to peer*, affermatasi anche grazie al venir meno del ruolo un tempo così fondamentale di impresari e intermediari, oggi rimpiazzati da nuove figure di attori non professionisti, che coincidono con settori amplissimi della popolazione e che sono al contempo creatori e fruitori di opere digitali. Per una panoramica su questi e altri fenomeni, si v. G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, il Mulino, Bologna, 2010, specie pp. 203-207, 218-224.

¹²⁴ R. Caso, *Digital Rights Management*, in G. Pascuzzi (cur.), *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Cedam, Padova, 2004, p. 109; E. Fusar Poli, *L'espansione del modello europeo. Linee e percorsi della proprietà intellettuale fra 800 e 900*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. 23, n. 1, 2014, p. 225.

¹²⁵ R. Pardolesi, M. Granieri, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e “liaisons dangereuses”*, cit., pp. 201-202; G. Colangelo, *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 14.

¹²⁶ Così, L. Schiuma, *Diritto d'Autore e normativa*, in *Enciclopedia Treccani XXI secolo*, vol. I, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009, p. 446; G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2008, pp. 209-210; M. Ricolfi, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002, pp. 511, 516.

¹²⁷ Un esempio viene dal mercato farmaceutico, ove, nonostante il crescente numero di brevetti, si registra una produttività e innovazione in forte calo: a tal proposito, si v. quanto riportato da J.W. Scannell, A. Blanckley, H. Boldon, B. Warrington, *Diagnosing the Decline in Pharmaceutical R&D Efficiency*, in *Nature Reviews Drug Discovery*, vol. 11, n. 3, 2012, pp. 191-192.

la produttività¹²⁸; ma anche perché la sistematica dilatazione dei diritti di privativa a nuove tipologie di informazione ha condotto a un progressivo quanto inevitabile abbassamento della soglia di innovazione, che oggi comprende virtualmente qualsiasi aspetto possibile dell'esistenza, incluso il genoma umano¹²⁹. Senza inoltre contare che gli alti costi imposti dalle procedure statali¹³⁰, e gli interessi che queste ultime in tali ambiti finiscono col favorire – spesso non quelli del singolo autore o inventore, quanto piuttosto quelli delle *lobbies* di settore¹³¹ –, sembrano ormai mettere in seria crisi la convinzione positivista che gli odierni regimi ufficiali di protezione della proprietà

¹²⁸ Infatti, sempre più creatori non professionali decidono di rendere disponibili al loro pubblico opere digitali a prescindere dall'esistenza o meno di un diritto di esclusiva. Sovente si tratta di un contributo unilaterale e gratuito, che può avvenire nella forma di uno scambio con aspettativa di reciprocità: così, ad esempio, nel caso di piattaforme digitali quali Napster o Wikipedia. Altre volte il contributo è la componente iniziale di un modello di *business* che fa affidamento su un successivo, per quanto incerto, ritorno economico: si pensi a chi attraverso il canale di *Youtube* decida di recensire prodotti vari, come i cosmetici o i *videogames*, finendo poi per essere pagato dalle stesse case produttrici di quei beni per pubblicizzarne i prodotti. Nessuno di questi creatori non professionisti, è evidente, ha bisogno dell'incentivo fornito dal diritto di esclusiva e dal controllo delle copie delle loro opere che questo consente: ciò poiché l'unilaterale e gratuita messa in circolazione del bene trova giustificazione nella logica dello scambio gratuito o dei corrispettivi monetari conseguiti in transazioni economiche complementari, secondo modelli di *business* ibridi: G. Ghidini, *Evoluzione del diritto d'autore e promozione di informazione e cultura. Nuove luci e nuove ombre*, in M. Gambino, V. Falce (curr.), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni Art, Roma, 2009, pp. 123-125.

¹²⁹ A tal punto che la brevettabilità risulta ormai estesa a “*anything under the sun that is made by a man*”, per usare una nota espressione utilizzata dalla Corte Suprema statunitense nel caso *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), fatto questo che ha altresì portato alla proliferazione dei cosiddetti “*junk patents*”: D.E. Bouchoux, *Intellectual Property: The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets*, 4^a ed., Cengage Learning, Boston, 2012, p. 346.

¹³⁰ Il riferimento è qui alle invenzioni: basti infatti pensare che il valore medio dei brevetti concessi dall'*United States Patent and Trademark Office* per l'anno 2015 è di 449.227 dollari (dati tratti dal Annual Report 2015 dell'*IPOfferings LLC Patent Value Quotient*, disponibile al sito: ipofferings.com/drawings/Dec2016/2015-FY-PVQ-Report.pdf). Uno studio, inoltre, stima che solo il 5% delle cause presentate in materia di brevetti giunge ad una sentenza giudiziale, mentre il restante 95% delle controversie viene risolto tramite il ricorso a soluzioni negoziate alternative: J.P. Kesan, G.G. Ball, *How are Patent Cases Resolved? An Empirical Examination of the Adjudication and Settlement of Patent Disputes*, in *Washington University Law Review*, vol. 84, n. 2, 2006, p. 254.

¹³¹ Le ragioni formali che spingono e giustificano le regole del diritto ufficiale del *copyright* e dei brevetti originariamente muovono da schemi e propositi ben precisi, quali la creazione di incentivi in grado di promuovere il progresso, l'innovazione e la tutela del piccolo autore o inventore dallo sfruttamento incondizionato del proprio bene da parte di soggetti terzi. Se questi propositi potevano trovare soddisfazione in una normativa rigida e protezionistica in un'epoca come quella settecento-ottocentesca, oggi, alla luce delle recenti trasformazioni vissute negli ultimi anni dall'Occidente, il dato non appare più sostenibile. Una conferma in tal senso deriva sia da fenomeni come quelli dei *junk patents*, che dai minimi proventi accordati alle case editrici ai propri autori.

intellettuale possano effettivamente raggiungere lo scopo che si prefiggono, ossia quello di un crescente progresso e rinnovamento artistico-scientifico¹³².

Ancora una volta, le debolezze del diritto statale offrono terreno fertile al fiorire di regimi alternativi dal carattere non ufficiale che dominano il panorama occidentale e che, all'ora attuale, si confermano in continua espansione: regimi questi che, a dispetto delle convinzioni positiviste, abbracciano dinamiche opposte a quelle del monopolio ufficiale della proprietà intellettuale ma che, non per questo, risultano meno in grado di garantire pari (e in alcuni casi addirittura più) elevati tassi di progresso e innovazione¹³³. Così, una volontaria rinuncia ai diritti ufficiali del *copyright* e dei brevetti ci deriva dal movimento *open-source*, dai suoi *softwares* liberi, e dai canali o reti *peer-to-peer* che governano a livello globale l'universo digitale¹³⁴. Si pensi a fenomeni ormai virali come Linux, Napster, Youtube, Spotify, Couchsurfing o Wikipedia, modelli che, per quanto tesi a sopperire a esigenze fra loro diverse, risultano tutti improntati a prassi di libero accesso e condivisione collaborativa, prassi sovente aliene dal diritto statale¹³⁵.

Ma una chiara e puntuale conferma dell'insuccesso degli schemi positivisti correnti, e della sotteranea coesistenza di regimi non ufficiali, ci deriva anche dal mondo delle comunità di scienziati attivi nel settore industriale (siano essi chimici, biologi, fisici o genetisti), le cui dinamiche interrelazionali si affidano oggi a regole e strumenti di risoluzione delle dispute 'alternativi', e spesso contrari, a quelli dei diritti statali di proprietà intellettuale.

Così, alcuni importanti studi mettono in luce come fra le regole cui i professionisti attivi nell'ambito delle scienze naturali e operanti al di fuori dei circuiti accademici sono soliti ricorrere nella gestione dei loro rapporti professionali – rapporti che un diffuso

¹³² Sottolineano il dato, in riferimento al settore bio-medico, M.A. Heller, R. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, in R.C. Ellickson, C.M. Rose, H.E. Smith (curr.), *Perspectives on Property Law*, 4^a ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2014, pp. 133-136. Per un'analisi critica in tal senso, si v. il volume di M. Boldrin, D.K. Levine, *Abolire la proprietà intellettuale*, Laterza, Roma – Bari, 2012.

¹³³ M. Boldrin, D.K. Levine, *ult. op. cit.*, p. 19.

¹³⁴ R. Caso, *Digital Rights Management*, cit., pp. 62-63, 70.

¹³⁵ Prassi che il diritto statale, nonostante i suoi plurimi sforzi, non è ancora riuscito a soffocare. Celebre è il caso di Megavideo, archivio gratuito di film, musica e *softwares*, la cui chiusura da parte delle forze del FBI di concerto con il Dipartimento di Giustizia americano nel 2012 non ha tuttavia ostacolato la nascita e l'utilizzo degli utenti della rete di altri sistemi di condivisione e visualizzazione gratuita. Per qualche esempio in tal senso si v., L. Glebatis Perks, *Media Marathon: Immersions in Morality*, Lexington Books, London, 2014, pp. XXVI-XXVII.

pregiudizio di marca positivista vorrebbe regolati dal diritto ufficiale del segreto industriale e dei brevetti¹³⁶ – primeggi la regola del ‘comunalismo’¹³⁷, anche nota come regola dell’*‘open science’*¹³⁸, in ottemperanza alla quale i risultati di un’attività di ricerca scientifica costituiscono parte di un patrimonio conoscitivo comune, e su cui nessuno può pertanto rivendicare un proprio personale diritto di privativa¹³⁹. In ossequio a tale principio, non solo lo scambio e la condivisione di materiali e informazioni fra colleghi risultano fortemente caldeggiati, ma il fatto di avocare a sé un diritto di proprietà intellettuale su una scoperta o un’invenzione tecnologica costituisce motivo di rimprovero tale da portare chi decida a farne ugualmente ricorso a tenere puntualmente nascosta la propria scelta¹⁴⁰. Corollario della regola ‘comunalista’ è poi il principio della ‘libera comunicazione in ambito scientifico’¹⁴¹, che impone a ogni ricercatore di pubblicare tutto ciò che è stato da lui sviluppato attecchendo alle teorie di un altro, nei cui confronti si ricollega il dovere di rendere pubblica la propria riconoscenza¹⁴². Infine, ampiamente condivisa è la prassi che legittima qualsiasi uomo di scienza a verificare i

¹³⁶ W.M. Cohen, R.R. Nelson, J.P. Walsh, *Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not)*, NBER Working Paper n. 7552, NBER Program(s), 2000, pp. 2-5, disponibile al sito: nber.org/papers/w7552; B. Hall, C. Helmers, M. Rogers, V. Sena, *The Choice between Formal and Informal Intellectual Property: A Review*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 52, n. 2, 2014, pp. 4-5.

¹³⁷ Secondo cui: “[t]he substantive findings of science are a product of social collaboration and are assigned to the community. They constitute a common heritage in which the equity of the individual producer is severely limited. An eponymous law or theory does not enter into the exclusive possession of the discoverer and his heirs, nor do the mores bestow upon them special rights of use and disposition. Property rights in science are whittled down to a bare minimum by the tationale of scientific ethic”: R.K. Merton, *The Normative Structure of Science*, in R.K. Merton, N.W. Storer (curr.), *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*, University of Chicago Press, Chicago – London, 1973, p. 273.

¹³⁸ D. Rhoten, W.W. Powell, *The Frontiers of Intellectual Property: Expanded Protection vs. New Models of Open Science*, in *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 3, 2007, p. 361, locuzione abbracciata anche da C. Haeussler, *Information-Sharing in Academia and the Industry: A Comparative Study*, in *Research Policy*, vol. 40, n. 1, 2011, pp. 105-122.

¹³⁹ C. Haeussler, *ult. op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁰ B. Barber, *Science and the Social Order*, Allen & Unwin, London, 1953, pp. 153-154.

¹⁴¹ W.O. Hagstrom, *The Scientific Community*, Basic Books, New York – London, 1965, p. 88.

¹⁴² In capo al predecessore è così ravvisabile un ‘diritto morale’: A.K. Rai, *Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 94, n. 1, 1999, p. 90.

risultati ottenuti dalle ricerche o dai lavori altrui, o quella che individua nel criterio dell'originalità il massimo encomio ad essi attribuibile¹⁴³.

Dai contenuti eterogenei, queste regole muovono dalla medesima *ratio*: è infatti la corsa al progresso e all'innovazione a tirare le fila del diritto, anche di quello non ufficiale. Non sorprenderà quindi ritrovare alcune di quelle stesse norme nel contesto ulteriore (seppur in parte coincidente¹⁴⁴) delle comunità di accademici non operanti nel settore industriale. In particolare, dagli studi condotti su alcuni gruppi di accademici affiliati a università o enti di ricerca pubblici e *no-profit* (e per questo estranei alle dinamiche del mercato privato imprenditoriale) emerge come i valori del comunalismo, dell'accesso libero e del pubblico dominio siano alla base di prassi del tutto simili a quelle abbracciate dal mondo scientifico-industriale¹⁴⁵: prassi, queste, che incentivano l'ampia condivisione di materiali, il frequente scambio di informazioni e la puntuale pubblicazione delle proprie opere, e che all'ora attuale appaiono ampiamente favorite dalla diffusione di nuove tecnologie come le piattaforme digitali, capaci di mettere in

¹⁴³ E in virtù della quale le altre regole fin qui citate possono essere addirittura violate: A.K. Rai, *ult. op. cit.*, pp. 91-92.

¹⁴⁴ Alcuni autori sostengono esistere delle differenze di carattere sostanziale fra regole e valori del mondo scientifico-industriale e quelle del puro mondo accademico: così, ad esempio, K.D. Knorr-Cetina, *Epistemic Cultures: How the Sciences Make Knowledge*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 4 ss., S.P. Vallas, D.L. Kleinman, *Contradiction, Convergence and the Knowledge Economy: The Confluence of Academic and Industrial Biotechnology*, in *Socio-Economic Review*, vol. 6, n. 2, 2008, pp. 283-331. Tale impostazione appare solo in parte condivisibile. Vero è che, avuto riguardo alle branche del diritto dei brevetti e del diritto d'autore, il ricorso alle vie ufficiali sembra essere maggiormente diffuso presso le comunità di scienziati attivi nel settore tecnologico-industriale rispetto a quelle degli accademici affiliati a università o altri enti di ricerca pubblici. Ma ciò appare giustificato dal fatto che, rispetto alle seconde, le prime più spesso si trovano a interrelazionarsi con soggetti estranei alla loro comunità, come ad esempio imprenditori o commercianti sui cui capitali devono poter necessariamente contare per finanziare le loro ricerche e i loro prodotti. Inoltre, appare particolarmente difficile poter delineare in concreto una distinzione netta fra i due ambiti, considerata la lunga tradizione di legami infra-istituzionali fra l'accademia e la realtà industriale, che negli anni hanno intrapreso varie forme e che ad oggi condividono molte similitudini nel modo in cui le ricerche vengono condotte. Su questi ultimi aspetti, si v. ampiamente C. Haeussler, *Information-Sharing in Academia and the Industry: A Comparative Study*, cit., p. 107.

¹⁴⁵ Così, per esempio, per lo scambio di informazioni fra imprenditori o ingegneri di imprese concorrenti sul mercato, su cui si v. in particolare gli studi di E. von Hippel, *Cooperation Between Rivals: Informal Know-How Trading*, in *Research Policy*, vol. 16, 1987, pp. 291-302; S. Schrader, *Informal Technology Transfer between Firms: Cooperation through Information Trading*, in *Research Policy*, vol. 20, 1991, pp. 153-170.

rapido contatto studiosi e accademici di ogni dove (è questo ad esempio il caso di *social networks* come Academia.edu e Researchgate)¹⁴⁶.

Anche su questo fronte, quindi, la non ufficialità si colloca nel senso della libera circolazione dell'informazione: il tutto, l'abbiamo visto, in direzione diametralmente opposta rispetto alle soluzioni protezionistiche accolte dal diritto statale, soluzioni quest'ultime talvolta del tutto ignorate dai membri di quelle stesse comunità¹⁴⁷.

Tanto in ambito scientifico-industriale quanto prettamente accademico, dunque, le motivazioni che spingono i vari soggetti ad attendere le regole non ufficiali risiedono nell'analisi economica dei costi-benefici ad esse intimamente connessi. Così, da un lato, l'osservanza di quelle regole permette loro di evitare gli effetti sfavorevoli derivanti da una condotta ad esse difforme: si pensi, nello specifico, all'interdizione dallo scambio reciproco di future informazioni o all'esclusione dalla partecipazione ad eventi scientifico-accademici, o sanzione ancor più grave, alla lesione della propria reputazione professionale. Dall'altro lato, inoltre, il fatto di condividere i propri risultati con altri membri della comunità di appartenenza garantisce a scienziati e accademici un ritorno in termini di fama, prestigio e visibilità capace di superare di gran lunga l'utilità derivante dal compenso monetario (peraltro temporaneo) della concessione di un brevetto o di un diritto di *copyright*¹⁴⁸. Sul piano materiale, a ciò si lega anche un altro importante vantaggio, ossia quello relativo all'instaurazione di collaborazioni scientifiche che potranno rivelarsi in futuro particolarmente fruttuose, o all'incremento di rispettabilità che potrà in concreto tradursi in un aumento del numero di citazioni ottenute¹⁴⁹. Infine, considerato che dalla cooperazione fra più soggetti derivano

¹⁴⁶ S. Ovadia, *Researchgate and Academia.Edu: Academic Social Networks*, in *Behavioral & Social Sciences Librarian*, vol. 33, n. 3, 2014, p. 165.

¹⁴⁷ Così, ad esempio, da uno studio condotto su una comunità di ricercatori attivi nel settore biomedico emerge come solo il 5% dei soggetti intervistati si preoccupi di verificare che la propria attività di ricerca non infranga qualche brevetto: J.P. Walsh, C. Cho, W.M. Cohen, *View from the Bench: Patents and Materials Transfers*, in *Science*, vol. 309, 2005, pp. 2002-2003. Seppur in ambiti diversi, alle medesime conclusioni erano giunti, l'abbiamo visto, R.C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, cit., pp. 282; S.E. Merry, *Everyday Understandings of the Law in Working-Class America*, cit., p. 257, e su cui v. ampiamente retro, par. 3 del presente Cap.

¹⁴⁸ R.S. Eisenberg, *Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research*, in *Virginia Law Review*, vol. 82, n. 8, 1996, pp. 1714-1715.

¹⁴⁹ Un recente studio sulle comunità accademiche dà prova del fatto che un articolo pubblicato per la prima volta su un giornale di fascia media e poi caricato sulla piattaforma Academia.edu riceva in un anno il 16% di citazioni in più rispetto ad un articolo di caratteristiche simili che non sia stato pubblicato *on-line*. Trascorsi tre anni, il dato raggiunge il 51%, mentre dopo il quinto anno si attesta attorno al 69%.

statisticamente maggiori possibilità di ottenere alti gradi di innovazione e creazione, è chiaro che attraverso il ricorso a queste regole il fine ultimo di un qualsiasi sistema di tutela della proprietà intellettuale risulta in ultima analisi nuovamente appagato¹⁵⁰.

Non è tuttavia intenzione di chi scrive, a differenza di altri¹⁵¹, sostenere che il sistema ufficiale di tutela della proprietà intellettuale in quanto fondato sulla creazione di un regime monopolistico costituisca un paradigma necessariamente da abbandonare. Anzi, abbiamo in parte già detto di come alcuni scienziati decidano comunque di farvi ricorso¹⁵², soprattutto nel caso in cui essi debbano relazionarsi con soggetti estranei alla comunità scientifica di appartenenza¹⁵³. D'altra parte, bisogna inoltre rilevare che perfino sul fronte del diritto non ufficiale fioriscono sovente meccanismi tesi ad assicurare una protezione monopolistica sul bene frutto dell'inventiva o dell'ingegno umano al fine ultimo di tutelare il diritto morale di paternità in capo al suo autore o inventore: così, la pubblicazione di un abstract su una ricerca in corso d'opera potrà rivelarsi un rimedio atto ad escludere i concorrenti dall'intraprendere studi simili o a vedersi riconosciuto come unico legittimato a condurre l'attività in questione¹⁵⁴.

Ciò che si vuole mettere qui in evidenza è, più semplicemente, l'esistenza di canali alternativi a quelli conosciuti dal diritto ufficiale e rispetto ai quali la non ufficialità può riscuotere, e in determinate circostanze ha riscosso, un maggiore successo.

D'altronde, vi sono pur sistemi che vivono benissimo senza necessità alcuna delle regole del diritto statale della proprietà intellettuale: è questo ad esempio il caso delle

Inoltre, la ricerca dimostra in generale come gli articoli pubblicati sulla medesima piattaforma abbiano il 58% di citazioni in più rispetto a quelli pubblicati pur *on-line* ma solo su siti personali o istituzionali: così, Y. Niyazov, C. Vogel, R. Price, B. Lund, D. Judd, A. Akil, et al., *Open Access Meets Discoverability: Citations to Articles Posted to Academia.edu*, in *PLoS ON*, vol. 11, n. 2, 2016, disponibile al sito: doi.org/10.1371/journal.pone.0148257.

¹⁵⁰ R.S. Eisenberg, *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, p. 1061.

¹⁵¹ Di fronte all'incapacità del diritto ufficiale nel coniare incentivi in grado di stimolare l'innovazione e il progresso, alcuni autori non hanno infatti esitato a parlare di una vera e propria 'crisi del diritto di proprietà intellettuale', oltre che della necessità di abolire l'istituto così come disciplinato dalle leggi sui brevetti e sul *copyright*. In questo senso si v. M. Boldrin, D.K. Levine, *Abolire la proprietà intellettuale*, cit.; A. von Gunten, *Intellectual Property is Common Property: Arguments for the Abolition of Private Intellectual Property Rights*, Buch & Netz, Zürich, 2015.

¹⁵² Su cui v. retro, nel presente par.

¹⁵³ R.P. Merges, *Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research*, in *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, 1996, pp. 150, 167; C. Haeussler, *Information-Sharing in Academia and the Industry: A Comparative Study*, cit., p. 107.

¹⁵⁴ W.O. Hagstrom, *The Scientific Community*, cit., p. 91.

creazioni legate al mondo dei vestiti di alta moda, delle ricette dei grandi *chef*, dei tatuaggi, dei *cocktails* e degli scherzi dei comici o delle loro battute, beni che negli ordinamenti occidentali puntualmente sfuggono alla disciplina delle leggi in materia di brevetti o *copyright*¹⁵⁵. In ognuno di questi ambiti, l'assenza di un regime ufficiale a tutela delle opere dell'inventiva e dell'ingegno umano non pregiudica l'innovazione e il progresso, e ciò essenzialmente due motivi. Il primo è dato dal fatto che la possibilità di copiare e sfruttare le opere altrui può in alcuni casi incentivare la competitività e obbligare i vari attori a raggiungere livelli sempre più elevati di innovazione che permettano loro di rimanere su quel mercato (trattasi del cosiddetto "*piracy paradox*"). Il secondo si lega invece alla presenza di norme e strumenti supplementari a quelli disposti dal diritto ufficiale capaci da soli di assicurare un'efficace tutela delle opere in questione¹⁵⁶.

Per non fare che un esempio, basti prendere in considerazione il regime di regole e rimedi impiegato dagli *chef* stellati per proteggere le loro sofisticate ricette¹⁵⁷, beni che difficilmente potrebbero beneficiare della tutela offerta dal diritto dei brevetti o del *copyright*¹⁵⁸. Eppure, in quei contesti, è proprio attorno al valore 'innovazione' che si costruisce il sistema di incentivi e sanzioni dal carattere reputazionale della comunità 'Michelin'. Tanto che, all'attribuzione, ma soprattutto alla rimozione, di una sua stella o

¹⁵⁵ Per qualche esempio si v. K. Raustiala, C. Sprigman, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012; K. Darling, A. Perzanowski (curr.), *Creativity Without Law: Challenging the Assumptions of Intellectual Property*, New York University Press, New York, 2017; L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, 2012/2013, in particolare pp. 4-8, testo quest'ultimo disponibile al sito: drive.google.com/file/d/0B3D1Fmx3ki3YMFU3S3VwalFTaTA/edit.

¹⁵⁶ K. Raustiala, C. Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, in *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 8, 2006, pp. 1691, 1764-1775.

¹⁵⁷ Su cui si sono concentrati alcuni importanti studi. Così, *inter alia*, L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, cit., pp. 1 ss.; E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, in *Organization Science*, vol. 19, 2008, pp. 187 ss., e su cui si v. meglio oltre, nel presente paragrafo.

¹⁵⁸ Una ricetta difficilmente potrà raggiungere un grado di inventiva o originalità tale da diventare brevettabile. Ciò infatti potrà avvenire solo qualora essa sia frutto di un procedimento particolarmente innovativo che abbracci standard tecnici mai utilizzati prima (si pensi, ad esempio, al caso limite della cucina molecolare). Parimenti, costituendo un 'insieme di indicazioni su ingredienti e procedure da utilizzarsi per la creazione di un piatto', una ricetta culinaria difficilmente potrà essere considerata abbastanza originale da rappresentare un'opera meritevole della tutela del *copyright*: E. Cunningham, *Protecting Cuisine under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law play a Bigger Role in the Kitchen?*, in *Journal of High Technology Law*, vol. 21, n. 9, 2009, p.45; K. Raustiala, C. Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, cit., pp. 1775-1776.

forchetta¹⁵⁹, puntualmente si ricollegano alcune importanti conseguenze sia sociali che economiche fra cui, ad esempio, la diminuzione dei ricavi del ristorante per perdite che potranno attestarsi addirittura attorno al 50%¹⁶⁰ o, all'opposto, l'acquisto di prestigio per il conferimento di un così alto riconoscimento che potrà portare all'incremento in termini di fatturato derivanti dalla vendita dei propri ricettari, dalla partecipazione a *show* televisivi, oltre che dal maggiore potere contrattuale successivamente acquisito nei confronti del ristorante ove egli si trovi a lavorare¹⁶¹. Considerato che uno dei criteri su cui si basa l'attribuzione della fatidica stella ruota proprio intorno alla capacità di un ristorante di garantire ai propri clienti piatti creativi e sempre diversi, si capisce come per sua natura il sistema tenda a mantenere alto il proprio grado di innovazione culinaria¹⁶².

Ma tutto ciò ancora non spiega come il sistema eviti il verificarsi di plagii. Fra le regole cui gli *chef* stellati sono soliti ricorrere a tal fine, almeno tre meritano qui la nostra attenzione. La prima concerne il divieto di copiare nei minimi particolari le ricette di un collega, regola che appare giustificata sempre dalla stessa necessità di mantenere alto il grado di innovazione sul mercato¹⁶³. La seconda riguarda il divieto di comunicare a terzi la preparazione del piatto che un altro cuoco abbia deciso di condividere (nel caso in cui il primo nulla dica, il divieto è da considerarsi implicito) e a cui normalmente si lega un'aspettativa futura per il reciproco scambio di informazioni¹⁶⁴. Mentre la terza, principio in cui ci siamo già imbattuti nel caso delle comunità accademico-

¹⁵⁹ Nonostante la stella venga attribuita al ristorante, essenziale è il ruolo rivestito dallo *chef*, tanto che nell'ipotesi in cui questi decida di abbandonare il locale in un momento immediatamente successivo alla ricezione del prestigioso riconoscimento, la sua attribuzione viene subito sospesa, e ciò fino a un nuovo giudizio da parte dei commissari *Michelin*: L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, cit., pp. 12-13.

¹⁶⁰ Ciò secondo lo studio di C. Johnson, B. Surlemont, P. Nicod, F. Revaz, *Behind the Stars. A Concise Typology of Michelin Restaurants in Europe*, in *Cornell Hospitality Quarterly*, vol. 46, n. 2, 2005, p. 170.

¹⁶¹ Potere che potrà altresì portare all'acquisizione di ulteriori *benefits*: E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, cit., p. 192.

¹⁶² L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, cit., p. 13.

¹⁶³ Ciò nonostante le varianti creative rispetto a una ricetta siano generalmente ammesse e in alcuni casi considerate addirittura come un tributo al suo autore. Così, L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, cit., p. 30.

¹⁶⁴ E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, cit., p. 193.

scientifiche¹⁶⁵, si riferisce al dovere di rendere pubblica la propria riconoscenza nei confronti del collega dalla cui ricetta si abbia preso ispirazione¹⁶⁶.

Anche sul fronte dell'alta cucina, possono poi essere messe in atto alcune strategie protezioniste volte a garantire in capo al creatore o inventore un monopolio nello sfruttamento dell'opera: così, ad esempio, rendendo di pubblico dominio la propria ricetta attraverso la sua pubblicazione in un ricettario o in un altro libro¹⁶⁷ o, ancora, preparandola in occasione di un evento gastronomico o di uno *show* televisivo¹⁶⁸.

Sul piano sanzionatorio, la tutela è assicurata da rimedi particolarmente efficaci: fra questi, la disseminazione di *gossip* negativo circa la reputazione di uno *chef*, l'esclusione di quest'ultimo dallo scambio di future informazioni, o, in ultima istanza, la radiazione dalla comunità di appartenenza¹⁶⁹, tutti fattori dalle pesanti ripercussioni di carattere tanto sociale quanto economico e che perciò si dimostrano capaci di giustificare una spontanea ottemperanza da parte dei loro membri alle suddette regole e valori¹⁷⁰.

Ancora, è interessante notare come proprio sotto il profilo dei rimedi, la presenza e la diffusione di nuove tecnologie (siti web, piattaforme e *social networks*) possano giocare, e in certe situazioni abbiano rivestito, un ruolo determinante nell'instaurazione di un sistema di tutela della proprietà intellettuale¹⁷¹. Ciò è difatti quanto avvenuto nel celebre caso 'Robin', in cui lo *chef* inglese Robin Wickens aveva riproposto nel suo ristorante a Melbourne, in Australia, alcuni piatti e presentazioni identiche a quelle di un

¹⁶⁵ Su cui, in particolare, v. retro, nel presente par., oltre a K. Kreiner, M. Schultz, *Informal Collaboration in R&D. The Formation of Networks Across Organizations*, in *Organization Studies*, vol. 14, n. 2, 1993, pp. 189-209.

¹⁶⁶ E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, cit., p. 193.

¹⁶⁷ La divulgazione della propria ricetta può tuttavia asservire anche altri scopi: fra questi, quello di aumentare le vendite del ristorante per cui si lavora, migliorare la propria reputazione professionale, incrementare le probabilità di ottenere in futuro opinioni o informazioni da altri *chef*, promuovere alcuni prodotti tipici del territorio o della cucina in cui si è specializzati: E. Fauchart, E. von Hippel, *ult. op. cit.*, p. 196.

¹⁶⁸ L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, cit., p. 30.

¹⁶⁹ P. Ingram, B.S. Silverman, *The New Institutionalism in Strategic Management*, in *Advances in Strategic Management*, vol. 17, 2002, p. 14.

¹⁷⁰ L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, cit., p. 9.

¹⁷¹ Sul ruolo che piattaforme *on-line* e *social networks* possono rivestire anche in altri contesti, si v. U. Haran, D. Teichman, Y. Feldman, *Formal and Social Enforcement in Response to Individual Versus Corporate Transgressions*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 13, n. 4, 2016, specie pp. 786-787.

altro celebre ristorante neyworkese. La discussione sul merito era iniziata sul forum *on-line* del sito eGullet.com, dove lo *chef* leso aveva denunciato con tanto di prove fotografiche l'illecito, e attorno al cui fatto si era fin da subito creata un'ampia risonanza mediatica¹⁷². Di fronte alla condanna da parte dell'intera comunità e alla rapida e inarrestabile diffusione di quanto accaduto su giornali e quotidiani locali, Robin, inizialmente contrario a vedersi attribuita una qualsiasi forma di responsabilità, aveva finito col rendere le sue pubbliche scuse al collega offeso¹⁷³.

In altri casi, inoltre, la notorietà degli *chef* può essere tale da rendere del tutto superfluo qualsiasi intervento correttivo da parte del soggetto leso, e questo perché sarà la comunità stessa a procedere al rimprovero e alla rimozione del comportamento illecito¹⁷⁴: come confermato da un interessante studio, infatti, i clienti non amano le riproduzioni e in un mercato così altamente competitivo e innovativo come quello culinario chi copia è destinato nel lungo periodo al fallimento¹⁷⁵.

Per concludere, quello fin qui delineato costituisce a tutti gli effetti un sistema non ufficiale di salvaguardia della proprietà intellettuale in grado di assicurare dei benefici ai creatori o inventori delle singole ricette, di supportare e incentivare l'innovazione, e di garantire una tutela efficace ai beni in questione. Tale sistema presenta inevitabilmente dei vantaggi rispetto al diritto ufficiale, in quanto meno costoso, più rapido¹⁷⁶, maggiormente democratico (considerato come sia la formazione delle regole che la risoluzione delle controversie coinvolgono l'intera comunità), e infine più efficiente in quanto capace di orientare i comportamenti dei soggetti coinvolti e di comminare sanzioni ai loro occhi particolarmente incisive. Certo, al pari degli altri regimi di protezione non ufficiale, anche quello degli *chef* stellati presenta degli innegabili

¹⁷² E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, cit., pp. 197-198.

¹⁷³ Stesse considerazioni possono essere mosse con riguardo a un altro caso, verificatosi questa volta in Francia, che aveva visto un aiuto-cuoco presentare come propria, in occasione di un programma televisivo, una ricetta imparata durante la sua precedente esperienza in un rinomato ristorante parigino. Anche in questo caso lo *chef* in questione aveva scritto una lettera che aveva poi provveduto a mandare a tutti i ristoranti della città, al fine di rendere nota la condotta scorretta del soggetto: E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, cit., p. 193.

¹⁷⁴ Come riportato in un'intervista da E. Fauchart, E. von Hippel, *ult. op. cit.*, p. 194.

¹⁷⁵ L. Gesuà sive Salvadori, *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, cit., p. 40.

¹⁷⁶ Paradigmatico è in tal senso proprio il caso 'Robin', in cui fra la scoperta dell'illecito, la denuncia e la risoluzione della disputa erano trascorsi solo cinque giorni: E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, cit., p. 197.

svantaggi, derivanti, per esempio, dall'impossibilità di riconoscere forme di compensazione monetaria, dall'assenza di garanzie circa la corretta evoluzione del processo di attribuzione della responsabilità, o dalla difficoltà nel sanzionare soggetti che non fanno parte della medesima comunità professionale (i cosiddetti 'outsiders')¹⁷⁷, tutti profili circa i quali il diritto ufficiale di tutela della proprietà intellettuale e i suoi meccanismi potranno probabilmente applicarsi in maniera più efficiente¹⁷⁸.

Tuttavia, ciò non toglie che, per ampie fette della realtà economica, scientifico-accademica e culturale, tali regole e sanzioni costituiscano un sistema in tutto e per tutto alternativo a quello del diritto ufficiale, e in molte circostanze a quest'ultimo addirittura preferibile.

5. Arte, mercato e diritto

Come la proprietà intellettuale, anche la cosiddetta 'proprietà culturale' rappresenta una forma relativamente recente di proprietà mobiliare. Più di altre¹⁷⁹, tale espressione ha il pregio di mettere in evidenza la soggezione dei beni culturali, ossia di quei beni che "esprimono un messaggio di rilevanza metaindividuale"¹⁸⁰, a regimi di natura proprietaria: per mezzo dell'accostamento di due concetti ritenuti a lungo fra loro inconciliabili – quello di 'proprietà' con quello di 'cultura'¹⁸¹ –, l'espressione pone in

¹⁷⁷ Si pensi a coloro che copiano i vestiti di alta moda per poi poterli rivendere a prezzi più bassi a un'altra tipologia di clienti. È chiaro che tali rivenditori non si considerano per nulla parte della comunità dei *fashion designers*: K. Raustiala, C.R. Jon Sprigman, *The Knockoff Economy. How Imitation Sparks Innovation*, cit., pp. 28 ss.

¹⁷⁸ Per un immediato e schematico confronto fra i sistemi di tutela della proprietà intellettuale ufficiali e no, si rimanda alla tabella n. 7 in E. Fauchart, E. von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, cit., p. 197.

¹⁷⁹ Fra cui, ad esempio, la nozione di 'patrimonio culturale'. Seppure sovente utilizzate in modo equivalente, le due espressioni risultano coprire ambiti diversi: su genesi, caratteri e confini delle due definizioni, si v. I.A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 6-8; M. Frigo, *Cultural Property v. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law?*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 86, 2004, pp. 367-379; L.V. Prott, P.J. O'Keefe, 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property'?, in *International Journal of Cultural Property*, vol. I, n. 2, 1992, pp. 307-322.

¹⁸⁰ A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 1995, p. 426.

¹⁸¹ N. Mezey, *The Paradoxes of Cultural Property*, in *Columbia Law Review*, vol. 107, 2007, pp. 2005-2006.

risalto le logiche di appropriabilità e inalienabilità cui perfino questa tipologia di beni non si è rivelata immune¹⁸².

Il mercato dell'arte si presenta difatti come un mercato essenzialmente dominicale, sul cui terreno si incrociano e si scontrano gli interessi di molteplici individui e comunità¹⁸³: dagli artefici ai proprietari dei beni culturali, dalla generalità dei soggetti che oggi aspirano ad accedere ai beni in questione alle generazioni future che domani potrebbero rivendicare il medesimo tipo di fruizione¹⁸⁴.

Sul piano giuridico, a tale pluralità di interessi si lega, inevitabilmente, una pluralità di fonti di diritto positivo e no¹⁸⁵. Al di là delle legislazioni dei singoli Stati nazionali, dei trattati e degli altri atti di diritto internazionale o sovranazionale¹⁸⁶, la determinazione delle regole e degli strumenti che disciplinano il fenomeno della circolazione e tutela della proprietà culturale risulta sovente rimessa agli stessi attori che su quel mercato si trovano ad operare: non solo venditori e acquirenti, artisti e collezionisti, ma anche

¹⁸² F. Fiorentini, *New Challenges for the Global Art Market: the Enforcement of Cultural Property Law in International Trade*, in A. Apers, S. Bouly, E. Dewitte, D. Gruyaert (curr.), *Property Law Perspectives III*, Intersentia, Cambridge, 2015, p. 189.

¹⁸³ Tale pluralità incide anche sulla nozione di bene culturale, per sua natura particolarmente controversa. Al riguardo, non solo si appalesano alcune divergenze fra le molteplici legislazioni nazionali o internazionali, ma evidente è pure la discrasia presente fra quanto costituisce bene culturale per il mercato e ciò che invece rientra nella nozione di 'proprietà culturale' impiegata dagli strumenti normativi che mirano a tutelare questo tipo di beni: sul punto, M. Graziadei, *I beni culturali: alcuni temi e motivi di interesse comparatistico*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (curr.), *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 23.

¹⁸⁴ A. Gambaro, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 2012, p. 365.

¹⁸⁵ M. Graziadei, *Beni culturali (circolazione dei) (dir. intern. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 91; M. Bussani, *The (Legal) Culture of Cultural Property*, in J.A. Sánchez Cordero (cur.), *La Convención de la UNESCO de 1970. Sus nuevos desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2013, pp. 405-407.

¹⁸⁶ Fra cui non possiamo non citare la Convenzione UNESCO del 1970 sui mezzi per impedire e vietare l'importazione, l'esportazione ed il trasferimento illecito dei beni culturali, oltre che la Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati del 1995; ma anche il regolamento UE n. 3911/1992 oggi sostituito dal regolamento n. 116/2009, e ancora la direttiva n. 7/1993. Un'attenta analisi di queste e altre fonti di marca ufficiale, nonché delle loro interazioni, è offerta da F. Fiorentini, *A Legal Pluralist Approach to International Trade in Cultural Objects*, in A.R. Nafziger, R. Paterson (curr.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 592-605. Sul tema, si v. anche B. Pasa, *Beni culturali (diritto dell'Unione Europea)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, UTET, Torino, 2010, pp. 73-101.

intermediari, galleristi, associazioni museali, case d'asta, organizzazioni professionali internazionali, investitori e promotori finanziari¹⁸⁷.

Dai rapporti e dalle attività di quei soggetti prende forma il traffico giuridico globale dei beni culturali¹⁸⁸, un traffico che, nonostante la molteplicità di fonti e rimedi di marca ufficiale che gli fa da cornice, sul piano operativo risulta per buona parte rimesso alle vie del diritto non ufficiale e alle forme dell'auto-regolamentazione¹⁸⁹.

Fra queste, capillare è la proliferazione spontanea di Codici etici professionali o Linee guida¹⁹⁰, capaci, nonostante il loro carattere extra-statuale, di orientare i comportamenti dei soggetti cui si rivolgono: *e multis*, meritano qui menzione il 'Code of Ethics for Museum' dell'International Council of Museums (ICOM)¹⁹¹, le 'Guidelines on Loans of Antiquities and Ancient Art' dell'Association of Art Museum Directors (AAMD)¹⁹²,

¹⁸⁷ Per una panoramica sul ruolo che questi e altri 'non-State actors' rivestono sul mercato globale dell'arte, si v. S. Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 43-62.

¹⁸⁸ Un traffico in crescita e che, secondo il *Tefaf Art Market Report 2017*, si attesta oggi intorno ai 45 miliardi di dollari. Il rapporto è stato presentato in occasione dell'annuale appuntamento con *The European Fine Art Fair*, fiera d'arte fra le più prestigiose al mondo. Il testo completo del documento è disponibile al sito: ilsole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2017/03/06/TEFAF-Art-Market-Report-2017-EMBARGO-6th-March-2017.pdf.

¹⁸⁹ M. Frigo, *Ethical Rules and Codes of Honour related to Museum Activities: a Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, in G. Venturini, S. Bariatti (curr.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 372.

¹⁹⁰ Non è difatti possibile individuare una distinzione sostanziale fra 'Code of Ethics', 'Guidance' e 'Rule of Practice'. Così, M. Frigo, *ult. op. cit.*, p. 382.

¹⁹¹ Il 'Code of Ethics for Museums' è stato adottato nel 1986 dall'International Council of Museums (ICOM) ed è stato oggetto di revisione nel 2001 e nel 2004. L'organizzazione vanta oggi una rete operativa a livello globale di oltre 20.000 musei, 35.000 professionisti, 119 comitati nazionali e 30 internazionali, 5 alleanze regionali e, infine, 21 organizzazioni affiliate presenti in 136 stati. Tramite l'elaborazione di regole ufficialmente non vincolanti ma che *de facto* sono percepite e applicate come tali da una moltitudine di attori, l'ICOM finisce per gestire interessi ed esercitare funzioni dal carattere pubblico. Come abbiamo visto in precedenza, il fenomeno non è per nulla nuovo alla scena globale contemporanea, ove numerose aree di regolazione sono affidate a istituzioni di natura anch'esse privata o ibrida: su quest'ultimo punto, si v., in particolare, retro, nel medesimo Cap., par. 1, spec. nt. 23, e nel Cap. I, par. 3.2, spec. ntt. 261, 269.

¹⁹² L'Association of Art Museum Directors è un'organizzazione che comprende 184 direttori dei più importanti musei d'arte negli Stati Uniti, in Canada ed in Messico. Per la terza volta in quattro anni, l'AAMD ha pubblicato delle 'Guidelines' rivolte ai suoi membri in materia di acquisizioni di reperti archeologici e antiche opere d'arte. La versione del 2008, aggiornata e più stringente rispetto alle precedenti, è stata adottata a seguito di un periodo in cui molti musei statunitensi erano stati coinvolti in azioni giudiziali ed extra-giudiziali per la restituzione di oggetti antichi in quanto rimossi ed esportati

L' *'International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property'* della Confédération internationale des négociants en oeuvre d'art (CINOA)¹⁹³; ancora, i Codici redatti dall'American Alliance of Museum (AAM, prima American Association of Museums)¹⁹⁴, dall'European Association of Archeologists (EAA)¹⁹⁵, dall'Archaeological Institute of America (AIA)¹⁹⁶ e dall'International Council on Archives (ICA)¹⁹⁷, fino ai più recenti *'Code of Business Conduct and Ethics'* e al programma di *'Corporate Social Responsibility Art+Soul'*, adottati rispettivamente dalle case d'asta di fama internazionale Sotheby's e Christie's¹⁹⁸.

L'elenco potrebbe continuare, tante sono le forme di spontanea auto-regolamentazione cui i vari attori operanti sul mercato globale dell'arte – siano essi istituzioni museali, case d'asta, o professionisti quali intermediari, archeologi e archivisti – decidono di

illecitamente: J.A.R. Nafziger, R. Kirkwood Paterson, A. Dundes Renteln, *Cultural Law: International, Comparative, and Indigenous*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 419.

¹⁹³ La Confédération internationale des négociants en oeuvres d'art (CINOA) è un'associazione internazionale presente in 21 Paesi e che rappresenta circa 5.000 antiquari e commercianti d'arte. Il *'Code of Ethics for Dealers in Cultural Property'* è stato adottato nel 2001, ed è disponibile al sito: cinoa.org/cinoa/codeofethics.

¹⁹⁴ L'American Alliance of Museums (AAM), ex American Association of Museums, è un'associazione americana che rappresenta oggi almeno 35.000 professionisti attivi nel campo delle istituzioni museali. Fra i codici negli anni da essa adottati si ricordano, ad esempio, il *'Code of Ethics for Museums'* e le *'Guidelines on Exhibiting Borrowed Objects'*, entrambe del 2000, o ancora le *'Guidelines Concerning the Unlawful Appropriation of Objects during the Nazi Era'* del 1999, modificate nel 2001. Per maggiori informazioni, si v. aam-us.org/resources/ethics-standards-and-best-practices.

¹⁹⁵ L'European Association of Archeologists ha una rete di oltre 11.000 membri provenienti da 60 Paesi diversi e ha adottato vari testi fra i quali il *'Code of Practice'* e i *'Principles of Conduct'*, tutti reperibili sul sito dell'associazione, al seguente indirizzo: e-a-a.org/EAA/About/EAA_Codes/EAA/Navigation_About/EAA_Codes.aspx?hkey=714e8747-495c-4298-ad5d-4c60c2bcbda9#practice

¹⁹⁶ Organizzazione non lucrativa statunitense, che ha come scopo la promozione dell'archeologia e la conservazione dei siti archeologici e che vanta circa 210.000 membri fra Canada e Stati Uniti. Il *'Code of Ethics'* dell'Associazione è stato approvato nel 1990 e modificato nel 1997 ed è reperibile al sito: archaeological.org/news/advocacy/130.

¹⁹⁷ L'International Council on Archives (ICA) è un'organizzazione internazionale e costituisce probabilmente la più importante istituzione a livello internazionale attiva nel settore archivistico. Nel 1996 ha adottato l' *'International Code of Ethics for Archivists'*, consultabile al sito: ica.org/en/ica-code-ethics.

¹⁹⁸ Il *'Sotheby's Code of Business Conduct and Ethics'* è stato adottato dall'omonima casa d'asta nel 2007 ed è reperibile al sito: sothebys.com/de/inside/corporate-governance/bus-ethics-conduct.html. Il *'Christie's Corporate Social Responsibility Art+Soul'* invece non è propriamente un 'Codice etico' bensì un più ampio programma di responsabilità sociale abbracciato da Christie's nel 2013 e disponibile al sito: christies.com/about-us/corporate-social-responsibility/.

sottoporsi¹⁹⁹. Al di là dell'elevata diffusione e diversificata provenienza di questi testi, ciò che ivi preme sottolineare attiene soprattutto alle loro comuni caratteristiche.

In primo luogo, nonostante le perplessità di alcuni autori²⁰⁰, si tratta di Codici il cui successo si misura, ancora una volta, sul piano dell'effettività²⁰¹. In un mercato così sensibile alle dinamiche e alle logiche reputazionali²⁰², rimedi come la lesione alla propria immagine professionale e la radiazione dall'associazione di appartenenza si attestano quali potenti strumenti in grado di sanzionare efficacemente i soggetti inadempienti – e per questo di influenzarne il comportamento²⁰³. In tale ottica, non

¹⁹⁹ Il fenomeno non è certo nuovo *per se*, se si pensa che i primi Codici etici risalgono agli inizi del XX secolo: fra questi si possono certamente ricordare il 'Grundsätze über das Verhalten der Mitglieder des Deutschen Museumsbundes gegenüber dem Kunsthandel und dem Publikum', adottato nel 1918 dalla German Museums Association, e il 'Code of ethics for museum workers' dell'American Association of Museums del 1925: I.A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, cit., pp. 161-164.

²⁰⁰ Dato il loro carattere legalmente non vincolante, parte della dottrina pare piuttosto diffidente nei confronti di questi Codici e della loro reale effettività: così, H. Flora, *The Quest for the Masterpiece. Traditional Practices of Collecting in American Museums*, in F. Francioni, J. Gordley (curr.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 237; B. Schönenberger, *Restitution von Kulturgut: Anspruchsgrundlagen – Restitutionshindernisse – Entwicklung*, Staempfli, Bern, 2009, p. 255; S. Boos, *Kulturgut als Gegenstand des grenzüberschreitenden Leihverkehrs*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 120. Sul ruolo prettamente 'pedagogico' che questi testi rivestirebbero, si v. anche P.J. O'Keefe, *Codes of Ethics: Form and Function in Cultural Heritage Management*, in *International Journal of Cultural Property*, vol. 7, n. 1, 1998, p. 47. Contro queste posizioni, e a sostegno dell'operativa effettività dei Codici etici, si v. invece, oltre a quanto riportato in seguito, N. Palmer: *Litigation: The Best Remedy?*, in International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (curr.), *Resolution of Cultural Property*, Kluwer, Zürich, 2004, p. 281; M. Frigo, *Ethical Rules and Codes of Honour related to Museum Activities: a Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, cit., pp. 382-389; I.A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, cit., pp. 161; F. Fiorentini, *New Challenges for the Global Art Market: the Enforcement of Cultural Property Law in International Trade*, cit., pp. 199-200.

²⁰¹ F. Fiorentini, *ult. op. cit.*, p. 606.

²⁰² Che il mercato globale dell'arte sia un mercato particolarmente sensibile alle dinamiche reputazionali, è un dato che appare confermato anche dagli ultimi dati riportati nel *Tefaf Art Market Report 2017*, secondo cui il forte aumento delle transazioni per il tramite di intermediari privati o gallerie d'arte registrato per l'anno 2016 (aumento che si attesta intorno al 24% del valore delle vendite) apparirebbe giustificato dalla capacità di questo tipo di transazioni di assicurare ai loro acquirenti una maggiore trasparenza, fiducia e riservatezza. D'altronde, come si legge alla pagina 11 del presente Report "Reputation is everything: art fairs remain a vital channel for client relations, and over 70% of dealers report actively encouraging a strong work ethic in their staff": R.A.J. Pownall, *Tefaf Art Market Report 2017*, The European Fine Art Foundation, Maastricht, 2017, p. 11.

²⁰³ Tali rimedi non si esauriscono nella minaccia di espulsione dall'associazione di appartenenza o nella lesione della propria reputazione. Particolarmente efficaci sono anche altre sanzioni come quella contemplata dall'Association of Art Museum Directors (AAMD) che, in caso di grave violazione del proprio Codice etico, prevede espressamente la possibilità di interdire il trasgressore dai prestiti o scambi

sorprenderà che sia proprio a seguito di alcuni importanti scandali dalla rilevante risonanza mediatica²⁰⁴ che due fra le case d'aste più note al mondo, Sotheby's e Christie's, fino a quel momento fortemente restie all'idea di redigere un Codice etico²⁰⁵, abbiano di recente optato per l'adozione di testi o programmi di responsabilità sociale maggiormente in linea con gli standard di condotta abbracciati dagli altri attori attivi sul mercato dell'arte²⁰⁶.

Sul fronte dei contenuti, tutti questi testi condividono regole e principi giustificati da esigenze di trasparenza ed equità, esigenze cui le singole legislazioni nazionali e internazionali non hanno saputo, fino ad ora, dare adeguata risposta²⁰⁷.

È proprio a causa dell'incapacità del diritto ufficiale di fornire soluzioni in saldo rapporto con gli interessi di quei soggetti professionisti²⁰⁸ che i Codici etici si occupano di regolare nel dettaglio questioni quali l'acquisto, la conservazione dei beni culturali, l'uso e il trasferimento delle collezioni di opere d'arte, il comportamento professionale che i propri affiliati devono tenere, ma anche le sanzioni in cui questi ultimi possono

di opere d'arte o di esposizioni comuni con gli altri membri, forme queste di circolazione dei beni culturali oggi particolarmente diffuse: P.J. O'Keefe, *Codes of Ethics: Form and Function in Cultural Heritage Management*, cit., p. 45; F. Fiorentini, *A Legal Pluralist Approach to International Trade in Cultural Objects*, cit., p. 606. Per il testo completo si v. il sito: aamd.org/about/code-of-ethics.

²⁰⁴ Si fa qui riferimento ad una serie di scandali che spaziano dall'istituzione di alcuni cartelli, alla vendita di falsi, al riciclaggio di opere d'arte illecitamente sottratte o trafugate, su cui si v., ampiamente, P. Watson, *Sotheby's. The Inside Story*, Random House, New York, 1997; C. Mason, *The Art of the Steal: inside the Sotheby's-Christie's Auction House Scandal*, Putnam, New York, 2004, K.B. Singer, "Sotheby's Sold Me a Fake!" - Holding Auction Houses Accountable for Authenticating and Attributing Works of Fine Art, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 23, 1999-2000, pp. 439-455.

²⁰⁵ Le case d'asta si sono, infatti, sempre dimostrate particolarmente restie all'adozione di Codici etici o *Guidelines* che potessero, seppur indirettamente, limitare il loro paniere di vendite o esporle a qualsiasi forma di responsabilità per i casi di traffico illecito di beni culturali: F. Fiorentini, *New Challenges for the Global Art Market: the Enforcement of Cultural Property Law in International Trade*, cit., pp. 200-201; T. Preziosi, *Applying a Strict Discovery Rule to Art Stolen in the Past*, in *Hastings Law Journal*, vol. 49, n. 1, 1997, p. 243.

²⁰⁶ La scelta si giustifica anche alla luce di un importante dato economico: non è difatti un caso che proprio a seguito di tali scandali le vendite per il tramite di case d'asta abbiano registrato negli anni un forte calo, attestandosi per il 2016 attorno al -18,8%. Cfr. *Tefaf Art Market Report 2017*, cit., p. 11.

²⁰⁷ D. Fincham, *Social Norms and Illicit Cultural Heritage*, in F. Francioni, J. Gordley (curr.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, cit., p. 211; L. Casini, *La Globalizzazione dei beni culturali*, in *Parolechiave*, vol. 1, 2013, p. 29.

²⁰⁸ Si pensi, *inter alia*, alla prassi di vendita di opere o di collezioni d'arte da parte di istituzioni museali (in inglese, "deaccessioning"), fenomeno generalmente consentito dalle legislazioni positive nazionali, ma fortemente criticato, limitato se non addirittura in determinati casi vietato da molti Codici etici professionali. Per un approfondimento sul tema, si v. l'interessante contributo di R.K. Paterson, *The Art of the Sale: Museums and Deaccessioning*, in V. Vadi, H.E.G.S. Schneider (curr.), *Art, Cultural Heritage and the Market. Ethical and Legal Issues*, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 273-295.

incorrere in caso di grave infrazione dei loro doveri²⁰⁹. Così, al fine di prevenire, limitare e reprimere in maniera efficace il preoccupante fenomeno del traffico illecito di beni culturali, Codici e Linee guida dispongono standard di condotta ancor più elevati di quelli di marca statale. Ciò è quanto avviene con il Codice ICOM, che in materia di acquisizioni da parte di istituzioni museali prevede espressamente: “[n]o object or specimen should be acquired [...] unless the acquiring museum is satisfied that a valid title is held. Evidence of lawful ownership in a country is not necessarily valid title”²¹⁰, e che: “Every effort must be made before acquisition to ensure that any object or specimen [...] has not been illegally obtained in or exported from, its country of origin or any intermediate country in which it might have been owned legally (including the museum’s own country). Due diligence in this regard should establish the full history of the item from discovery or production”²¹¹. Sulla stessa linea, seppur in maniera meno netta, il ‘Code of Ethics’ dell’Archaeological Institute of America stabilisce che: “[m]embers of the AIA should [...] refuse to participate in the trade in undocumented antiquities and refrain from activities that enhance the commercial value of such objects”²¹², mentre il Codice CINOA dispone l’obbligo specifico per i suoi membri di: “[t]o take all the necessary measures to detect stolen objects and refer, among others, to registers that are published to this effect and to use these judiciously”²¹³.

Vero è che molte delle regole racchiuse nei Codici godono ormai di risonanza globale, essendo state oggetto di regolamentazione da parte di importanti convenzioni internazionali²¹⁴. Tuttavia, la coincidenza di contenuti non deve offuscare l’importante ruolo che questi testi sono chiamati a esercitare tanto in senso orizzontale, ossia nelle

²⁰⁹ M. Frigo, *Ethical Rules and Codes of Honour related to Museum Activities: a Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, cit., p. 375.

²¹⁰ Art. 2.2 (*Valid title*), Codice ICOM. Il testo completo dell’articolo è disponibile al sito: icom.museum/the-vision/code-of-ethics/2-museums-that-maintain-collections-hold-them-in-trust-for-the-benefit-of-society-and-its-developme/#sommairecontent.

²¹¹ Art. 2.3 (*Provenance and Due Diligence*), Codice ICOM.

²¹² Così recita il punto 2 dell’AIA ‘Code of Ethics’, disponibile al sito: archaeological.org/pdfs/AIA_Code_of_EthicsA5S.pdf.

²¹³ Punto 4, CINOA *Code of Ethics*. Per il testo completo si v. il sito: obs-traffic.museum/sites/default/files/ressources/files/CINOA_Code_Ethics.pdf.

²¹⁴ Così, ad esempio, gli articoli 6.2 e 6.3 del Codice etico ICOM che in materia di ritorno restituzione di beni culturali ricalcano gli articoli 3 e 5 della Convenzione UNIDROIT: M. Frigo, *Ethical Rules and Codes of Honor Related to Museum Activities. A Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, in *International Journal of Cultural Property*, 2009, p. 58.

relazioni fra i membri dell'associazione di appartenenza, quanto verticale, grazie al loro prezioso contributo alla creazione di un regime globale di tutela e circolazione della proprietà culturale²¹⁵. Il rispetto stesso di tali standard da parte degli affiliati delle citate organizzazioni non costituisce un fatto del tutto nuovo al diritto ufficiale, se si considera come, in caso di dispute di fronte all'autorità giudiziale, la loro ottemperanza sia sovente valutata dai giudici nazionali quale elemento a sostegno della buona fede della parte coinvolta²¹⁶.

All'edificazione di un regime globale di circolazione della proprietà culturale, lo abbiamo anticipato, partecipano anche altre fonti extra-statali, le cui regole abbracciano esigenze di tutela del tutto simili a quelle dei Codici etici e con i quali si trovano pertanto a condividere principi e contenuti. Così, sempre al fine ultimo di contrastare il traffico illecito e di salvaguardare la propria reputazione sul mercato, i regolamenti di fiere e gallerie d'arte predispongono sovente procedure di controllo sull'originalità e la provenienza delle opere scrupolose e stringenti (pena l'esclusione dai loro circuiti di vendita)²¹⁷; le politiche di acquisizione dei musei vengono

²¹⁵ L. Casini, "Italian Hours": *The Globalization of Cultural Property Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 2, 2011, pp. 391-393.

²¹⁶ M. Frigo, *Ethical Rules and Codes of Honour related to Museum Activities*, cit., p. 388; F. Fiorentini, *New Challenges for the Global Art Market: the Enforcement of Cultural Property Law in International Trade*, cit., pp. 198-199; I.A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, cit., p. 164.

²¹⁷ Fra queste, l'*European Fine Art Fair* (TEFAF) vanta uno dei canali di circolazione più sicuri e stringenti. Per accedervi, è difatti necessario superare l'esame da parte di ben 29 commissioni, formate complessivamente da 175 esperti – fra cui intermediari, storici, restauratori, ma anche rappresentanti del mondo accademico – che devono valutare la conformità dell'opera in questione agli standard di certezza e trasparenza abbracciati dalla TEFAF. Al fine di evitare qualsiasi influenza, e affinché ogni membro della commissione possa esprimere il proprio giudizio in modo libero e imparziale, la valutazione avviene in segreto e senza la partecipazione del proprietario dell'opera o di chi per lui ne rappresenta gli interessi. Al termine della valutazione, i commissari possono altresì imporre al venditore di modificare la descrizione del bene, ad esempio, in merito alla provenienza, da 'di Rembrandt' a 'attribuita a Rembrandt', un dettaglio che può portare a una variazione del prezzo dell'ordine di milioni di dollari. Lo scopo è *in primis* quello di proteggere i potenziali acquirenti e offrire loro un ambiente sicuro e trasparente in cui portare a termine le proprie transazioni. In caso di esito negativo e di conseguente diniego da parte della fiera ad accedere ai propri canali di vendita – ciò può difatti avvenire ogniqualvolta l'esposizione dell'opera sia da considerare "non nel migliore interesse della TEFAF" – è ammesso un ricorso dinanzi al Presidente delle Commissioni valutatrici, la cui decisione è però inappellabile. Su tutto ciò, si v. J.B. Prowda, *The Perils of Buying and Selling Art at the Fair: Legal Issues in Title*, in V. Vadi, H.E.G.S. Schneider (curr.), *Art, Cultural Heritage and the Market. Ethical and Legal Issues*, cit., pp. 144-145.

irrigidite²¹⁸, mentre attori sia pubblici che privati²¹⁹ si dedicano alla redazione e al puntuale aggiornamento di registri e database cui gli intermediari fanno fedele ricorso al fine di proteggere i propri acquisti da eventuali future azioni di rivendica, oltre che ovviamente a salvaguardia del proprio nome²²⁰.

Nel fornire una panoramica delle regole di matrice non ufficiale del mercato globale dell'arte, non si possono infine tacere le prassi cui artisti, intermediari e collezionisti sono soliti ricorrere nei loro affari e nelle loro transazioni private²²¹. Ancora una volta, ci troviamo di fronte a dinamiche ed equilibri che abbiamo visto muovere altre fonti extra-statali, come i Codici etici professionali, i regolamenti di fiere e gallerie d'arte, le politiche museali per lo scambio e l'acquisizione di beni culturali o, ancora, i registri e i database di opere trafugate e rubate, e che possono essere ricondotti alle medesime esigenze di equità, trasparenza, riservatezza e correttezza a fondamento di quelle stesse fonti. Ecco perché i valori su cui si edificano le relazioni commerciali fra privati sono, nuovamente, quelli della fiducia e del rispetto reciproco, tanto che i contratti fra artisti e intermediari sono quasi sempre non scritti (ma non per questo dai contenuti meno definiti²²²), e conclusi con forme rituali puntuali come la stretta di mano e lo scambio di un documento attestante la vendita dell'opera²²³.

²¹⁸ D. DeMott, *Artful, Good Faith: An Essay on Law, Custom, and Intermediaries in Art Market*, in *Duke Law Journal*, vol. 62, 2012, p. 614, in particolare, nt. 22.

²¹⁹ Ad esempio, l'*Art Loss Register* (ALR) è un registro privato istituito nel 1991 da un'organizzazione senza scopo di lucro, l'International Foundation for Art Research (IFAR). Importanti sono anche i registri tenuti dall'International Criminal Police Organization (INTERPOL), dal Federal Bureau of Investigation (FBI) e dall'ICOM. Sul ruolo che questi e altri strumenti possono rivestire nella lotta al traffico illecito di beni culturali, si v. I.A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, cit., pp. 184-186; F. Fiorentini, *A Legal Pluralist Approach to International Trade in Cultural Objects*, cit., pp. 613-615.

²²⁰ Così, ad esempio, dal 2000 la TEFAF in virtù di un accordo con l'*Art Loss Register* (ARL) si impegna a verificare che ogni bene oggetto di esposizione non sia di provenienza illecita: J.B. Prowda, *The Perils of Buying and Selling Art at the Fair: Legal Issues in Title*, cit., p. 145.

²²¹ Su cui si v., ampiamente, D. DeMott, *Artful, Good Faith: An Essay on Law, Custom, and Intermediaries in Art Market*, cit., pp. 607-643; M.A. Reutter, *Artists, Galleries and the Market: Historical Economic and Legal Aspects of Artist-Dealer Relationships*, in *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, vol. 8, 2001, pp. 99-135; L. Rosenbaum, *Artist Gallery Contracts: Scenes From a Marriage*, in *Art in America*, July-Aug. 1977, p. 10.

²²² Sui si v., nel dettaglio, M.A. Reutter, *Artists, Galleries and the Market: Historical Economic and Legal Aspects of Artist-Dealer Relationships*, cit., pp. 128-135.

²²³ Documento raramente firmato dal venditore, ma solo dall'intermediario. Questo perché nelle transazioni fra privati l'anonimato e la fiducia circa le qualità del rappresentato costituiscono un valore ampiamente condiviso: D. DeMott, *Artful, Good Faith: An Essay on Law, Custom, and Intermediaries in Art Market*, cit., p. 630.

In definitiva, nonostante la loro diversificata provenienza, tutte queste regole si ritrovano a condividere presupposti, esigenze e soluzioni. È proprio dal loro intreccio che prende forma il sistema normativo di carattere transnazionale e decentralizzato attorno a cui si costruisce il mercato globale dell'arte: un sistema in cui non solo è sempre più difficile distinguere fra un regolatore privato e uno pubblico, ma in cui ampi spazi di manovra si scoprono essere occupati, per l'ennesima volta, dal diritto non ufficiale e dai suoi regimi²²⁴.

È a quel diritto, alla sua rilevanza, ai suoi numerosi linguaggi che saranno rivolte le nostre osservazioni conclusive.

²²⁴ M. Bussani, *The (Legal) Culture of Cultural Property*, cit., pp. 402-403, 406-407; F. Fiorentini, *A Legal Pluralist Approach to International Trade in Cultural Objects*, cit., p. 590.

CONCLUSIONI

Il presente progetto di ricerca ha inteso mettere in luce come, al di là dell'apparente uniformità suffragata dai discorsi dei giuristi occidentali, l'esperienza giuridica si disponga su di una pluralità di orizzonti, solo uno dei quali è racchiuso dal diritto ufficiale, ossia dal diritto di fonte autoritativa. Accanto a quest'ultimo, in posizione più o meno distante da esso, si staglia una compagine di regole e rimedi di carattere extra-statuale, cui i membri di ciascuna comunità, micro o macro che sia, quotidianamente attingono al fine di regolare molti aspetti delle proprie relazioni, interne ed esterne¹.

In Occidente come altrove, tali soluzioni coesistono con, e spesso assorbono totalmente le funzioni associate a, le norme di emanazione statale².

Si tratta di regole e rimedi che, nonostante la loro pervasiva importanza nella produzione e applicazione del diritto, perfino di quello occidentale, il dibattito giuridico contemporaneo tende a ignorare, pervaso com'è dagli insegnamenti di marca positivista sui quali da circa due secoli si costruisce la formazione tecnica e sapienziale dei suoi rappresentanti³.

Eppure, come più volte sottolineato nel corso del presente lavoro, la visione statalista, oggi predominante in Occidente, non solo è figlia di un'epoca storica (e spesso di una volontà politica) determinata, e andrebbe pertanto rivalutata e contestualizzata, ma si accomoda altresì su uno spesso tessuto di principi e postulati che si dispongono tutti al riparo dalla realtà⁴.

Dal confronto con la dimensione operativa del fenomeno giuridico, l'abbiamo visto, l'assunzione che pretende di ridurre la complessità dell'ordine sociale a un corpo

¹ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 6-7, 25-28; R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, cit., pp. 18-21.

² V. ampiamente retro, Cap. II, spec. parr. 2 e 5, Cap. III, in particolare, parr. 2, 4 e 5.

³ *E multis*, si v. M. Bussani, *A Pluralist Approach to Mixed Jurisdictions*, in *Journal of Comparative Law*, cit., p. 163; W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, cit., p. 232.

⁴ Su tutto ciò v. ampiamente retro, spec. Cap. I, par. 1, 2, 2.1.

preciso, conoscibile e certo di norme e sanzioni, per quanto rassicurante, si dimostra innanzitutto illusoria e ingannevole, oltre che palesemente auto-referenziale⁵.

Invero, il diritto, inteso come l'insieme di regole e rimedi attraverso i quali una data comunità organizza se stessa e le proprie relazioni, non si esaurisce nel complesso di leggi, costituzioni, sentenze e atti di fonte autoritativa, estendendosi anche a quella congerie di prassi, comportamenti, accordi e sanzioni cui gli individui sono soliti rimettere la determinazione dei loro equilibri quotidiani⁶. Né è possibile pensare il diritto come autonomo e indipendente rispetto al contesto sociale, culturale e politico in cui esso si trova a operare⁷.

Alla luce di tale consapevolezza, dovrebbe apparire chiaro – persino ai giuristi formati sotto la temperie della visione statalista – che il castello di dogmi sui quali l'ufficialità ha eretto nei secoli le sue difese non rappresenta altro che un miraggio da cui è bene non farsi incantare.

Fra questi miti, vale la pena di ricordarlo, oltre agli antichi e noti pilastri della separazione dei poteri, della primazia della legge o della giurisprudenza, della certezza del diritto e della dicotomia fra 'diritto pubblico' e 'diritto privato'⁸, si inseriscono anche quelli (meno evidenti ma altrettanto vivi) radicati nell'universale applicabilità e versatilità delle norme e dei rimedi di diritto statale, nonché nella supposta eccessiva litigiosità delle società occidentali. Non si sottraggono all'elenco la concezione, parimenti diffusa fra i sostenitori del monismo giuridico, della proprietà quale diritto esclusivo, individuale e assoluto, l'assioma sui tassi di innovazione più elevati assicurati dai diritti di privativa e dai regimi di monopolio nella tutela delle opere dell'ingegno umano, nonché la convinzione circa l'assenza di obbligatorietà ed efficacia degli strumenti 'soft' rispetto alle soluzioni di 'hard law' presenti sul mercato globale dell'arte⁹.

Contro questi miti e, più in generale, contro la retorica del diritto quale voce autorevole e autoritaria di un'unica entità, quella statale, si stagliano allora i numerosi esempi tratti

⁵ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 5-7.

⁶ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 6-7; R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, cit., pp. 91-96.

⁷ *Inter alii*, M. Bussani, *ult. op. cit.*, pp. 6-7; R. Sacco, *ult. op. cit.*, pp. 92 ss.; J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, cit., pp. 2-3; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, cit., p. 1.; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 5-7.

⁸ Dogmi su cui, in particolare, si è concentrato il par. I del Cap. I.

⁹ Per l'elenco completo, si rimanda alle osservazioni di cui retro nel testo, Capp. II e III.

dalla quotidianità dei rapporti familiari e proprietari, ai quali il presente lavoro ha dedicato particolare attenzione¹⁰.

Al confronto con la realtà giuridica, si rende immediatamente evidente come, perfino in Occidente, fioriscano e operino indisturbati plurimi sistemi di aggiudicazione delle liti cui famiglie di diversa etnia e religione sono solite affidare le proprie dispute, rifuggendo deliberatamente le norme, i rimedi ma soprattutto le istituzioni di matrice statale¹¹. Altrettanto obbligato sarà rilevare come, entro i contesti familiari compresi nei confini occidentali, si registrino alti tassi di ‘*lumping*’, ossia di rinuncia ad adottare qualsiasi rimedio in caso di pregiudizio subito¹², e come la più parte delle decisioni in tema di affidamento dei figli e di gestione del patrimonio nelle ipotesi di divorzio siano assunte dagli interessati all’ombra, se non proprio al di fuori, delle disposizioni statali e delle sue corti¹³. Uno sguardo attento non ignorerà che dinamiche analoghe governano le relazioni domestiche di coloro che, ancorché non inseriti entro un nucleo familiare, intrattengono un rapporto di coabitazione¹⁴. A quello sguardo non sfuggirà poi come siano molteplici le comunità che, dalle periferie delle grandi metropoli fino ai complessi industriali extra-urbani, rinnegano il modello di proprietà esclusivo e individualista sancito dal diritto statale, approdando a derive di stampo collettivo. Infine, dinnanzi a tale prospettiva apparirà chiaro come altissimi siano i livelli di innovazione raggiunti sui mercati i cui beni per loro natura non sono oggetto delle mire espansionistiche e monopolistiche del diritto ufficiale del *copyright* o dei brevetti. Né si mancherà di notare il costante e spontaneo aumento, e la loro capillare operatività, delle convenzioni, dei codici delle pratiche e degli altri testi di fonte extra-statale di cui gli attori del mondo dell’arte sono soliti dotarsi¹⁵.

È alla luce delle presenti evoluzioni che l’abbandono dei dogmi di cui si nutre la visione statalista occidentale si fa soluzione tanto ragionevole quanto inevitabile, proprio al fine di arricchire la dimensione del ‘giuridico’ e la sua capacità cognitiva dei fenomeni sociali.

¹⁰ Si v., nel dettaglio, i contenuti dei Capp. II e III di cui retro.

¹¹ V. retro, Cap. II, par. 2.

¹² Secondo molti, una soluzione che sarebbe azionata almeno nel 90% dei casi di arrecato pregiudizio, attestandosi talvolta perfino al 98%: v. retro, Cap. II, par. 3, spec. ntt. 105, 108, 116, 130.

¹³ Nel caso più specifico relativo al tema dell’affidamento dei figli, c’è chi sostiene ciò avvenga con un rapporto di 9:1: v. retro, Cap. II, par. 3, in particolare nt. 130.

¹⁴ Su tutto ciò, retro, Cap. II, parr. 4 e 5.

¹⁵ Per un’esposizione operativa degli esempi fin qui riportati, si v. ampiamente retro, Cap. III, parr. 2-5.

Un tale approccio è destinato a mostrarsi ancor più prezioso, se non perfino indispensabile, per chi in Occidente le regole e i rimedi li produce, li dice e li pensa come immediatamente operativi. Presa coscienza della fugacità dei miti positivisti e di quanto si cela al di sotto del loro velo, gli sforzi dell'ufficialità dovrebbero infatti essere rivolti a esplorare le ragioni che sottostanno al suo insuccesso operativo, cercando di comprendere i motivi per cui molti individui, famiglie e comunità occidentali ignorano o si discostano dalle sue disposizioni e dai suoi circuiti di risoluzione e aggiudicazione delle liti.

Alcune di quelle ragioni, l'abbiamo visto nel nostro percorso, riposano negli elevati costi che le procedure statali, in termini sia monetari che affettivi, puntualmente comportano, e nelle lungaggini dei loro processi. Ma altre ragioni si collegano all'inadeguatezza su più fronti dimostrata dal diritto ufficiale nel perseguire e realizzare gli interessi concreti degli individui che abbisognano dell'intervento giuridico, oltre che alla disarmante incapacità dei giuristi occidentali di liberarsi dai paradigmi positivisti ormai desueti e lontani da quelli abbracciati dagli utenti delle regole¹⁶. In altre ipotesi ancora, lo ricordiamo, le motivazioni del fallimento del diritto statale vanno piuttosto ricercate nella sfiducia alimentata presso comunità non allineate rispetto al modello statale dominante dagli atteggiamenti di chiusura e dal diverso linguaggio delle istituzioni occidentali, mentre in casi ulteriori è semplicemente la totale assenza dell'ufficialità a fare la differenza¹⁷.

Nella prospettiva che il presente lavoro ha inteso rendere propria, vi è la necessità che il diritto ufficiale recuperi coscienza dei rischi e dei costi connessi al protrarsi delle sue soluzioni, chiarisca quali sono gli interessi e gli obiettivi che intende perseguire nel lungo periodo e rifletta sugli strumenti giuridici con cui si propone di farlo.

L'insegnamento, che dai rapporti familiari e proprietari fin qui analizzati trapela, è sempre uno, e sempre il medesimo: l'inconsapevolezza circa la dimensione operativa del dato giuridico, circa le dinamiche del farsi del diritto nelle arene domestiche, ancor prima che in quelle globali, è un lusso che nessuno, tanto più chi le regole le produce,

¹⁶ Si pensi agli esempi riportati in precedenza per quanto concerne le famiglie e le altre forme di convivenza abitativa che popolano i contesti occidentali, o alle comunità di contadini e allevatori e al loro diverso sistema di valori: retro, Cap. II, parr., 2, 3, 4, 5, e Cap. II, par. 3.

¹⁷ Sul punto, si rimanda alle osservazioni di cui retro sui contesti abitativi delle 'colonias' e dei centri sociali urbani, o sui sistemi di proprietà intellettuale non ufficiali cui le comunità di *chef* stellati sono soliti fare affidamento in Occidente. Su tutto ciò, si v. ampiamente retro, Cap. II, parr. 2 e 4.

può permettersi. Ciò perchè a disattendere la realtà sottostante, a pretendere di calare una riforma dall'alto senza tenere in considerazione alcuna il sostrato sociale e culturale in cui quella riforma dovrà andare ad operare, qualsiasi sforzo in tale direzione concluso non potrà che rivelarsi un inutile, per quanto apprezzabile, esercizio di retorica.

BIBLIOGRAFIA

Abel R., *How Marc Galanter Became Marc Galanter*, in *DePaul Law Review*, vol. 62, 2013, pp. 555-569

Abel R. (cur.), *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, New York, 1982

Abel R., *Western Courts in Non-Western Settings: Patterns of Court Use in Colonial and Neo-Colonial Africa*, in S.B. Burman, B.E. Harrell-Bond (curr.), *The Imposition of Law*, Academic Press, New York, 1979, pp. 167-200

Acton T., *Conflict Resolution and Criminal Justice - Sorting Out Trouble. Can Legislation Resolve Perennial Conflicts between Roma/Gypsies/Travellers and 'National Majorities'?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 37, n. 51., 2005, pp. 29-49

Ajani G., Pasa B., *Diritto comparato. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2013

Alpa G., *Dal Code civil al Codice civile del 1942 e ai progetti di ricodificazione*, in G. Alpa, G. Chiodi (curr.), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1-42

Alpa G., *The Italian Interpretation of the Code Civil and French Proposals for Recodification*, in *European Business Law Review*, vol. 17, 2006, pp. 1505-1533

Alpa G., *La prassi e i codici deontologici*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, vol. II: *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, UTET, Torino, 1998, pp. 97-128

Alpa G., Chiodi G. (curr.), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Giuffrè, Milano, 2007

Alpa G., Conte G., Di Gregorio V., Fusaro A., Perfetti U. (curr.), *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010

Alpa G., Guarneri A., Monateri P.G., Pascuzzi G., Sacco R., *Le fonti del diritto italiano*, vol. II: *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, UTET, Torino, 1998

Alstott A.L., *No Exit. What Parents Owe Their Children and What Society Owes Parents*, Oxford University Press, New York, 2004

Alvarez J.E., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2006

- Alvazzi del Frate P., *Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al Code civil*, in G. Rossi, F. Zanuso (curr.), *Attualità e storicità del “Dei delitti e delle pene” a 250 anni dalla pubblicazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 75-93
- Angioj N., *L'istituto del barracellato in Sardegna sotto l'aspetto storico, giuridico, amministrativo*, Editrice Sarda Fossataro, Cagliari, 1909
- Apers A., Bouly S., Dewitte E., Gruyaert D. (curr.), *Property Law Perspectives III*, Intersentia, Cambridge, 2015
- Areeda P., Kaplow L., *Antitrust Analysis*, 5^a ed., Aspen Law & Business, New York, 1997
- Areen J., *Cases and Materials on Family Law*, The Foundation Press, Mineola, 1978
- Arnott R., *Rent Control: The International Experience*, in *Journal of Real Estate Finance and Economics*, vol. 1, n. 3, 1988, pp. 203-215
- Arthurs H.W., *Without the Law. Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, University of Toronto Press, Toronto – Buffalo – London, 1985
- Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 1960
- Bader V., *Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari'a in Ontario?*, in R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A.J. Hoekema, M. Maussen, P. Shah (curr.) *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009, pp. 49-72
- Baker A., *The Jewish Woman in Contemporary Society: Transitions*, New York University Press, New York, 1993
- Baker A.L., Emery R. E., *When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, in *Law and Human Behavior*, vol. 17, n. 4, 1993, pp. 439-450
- Ballard R., *Human Rights in Contexts of Ethnic Plurality: Always a Vehicle for Liberation?*, in R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A.J. Hoekema, M. Maussen, P. Shah (curr.) *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009, pp. 299-330
- Banakar R., Travers M. (curr.), *An Introduction to Law and Social Theory*, 2^a ed., Hart Publishing, Oxford – Portland, 2004
- Bano S., *Cultural Translations and Legal Conflict: Muslim Women and the Shari'a Councils in Britain*, in A. Hellum, S. Sardar Ali, A. Griffiths (curr.), *From Transnational Relations to Transnational Laws. Northern European Laws at the Crossroads*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2011, pp. 165-186
- Bano S., *Muslim Family Justice and Human Rights: The Experience of British Muslim Women*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2007, pp. 38-66

- Barber B., *Science and the Social Order*, Allen & Unwin, London, 1953
- Barberis M., *Introduction. Legal Positivism in the 20th Century*, in E. Pattaro, C. Roversi (curr.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Civil law World*, vol. II, Main Orientations and Topics, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 181-185
- Barberis M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLV, n. 1, 2015, pp. 163-178
- Barlow A., Duncan S., James G., Park A., *Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, Hart, Oxford – Portland, 2005
- Barsotti V., Varano V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2014
- Baumgartner M.P., *The Moral Order of a Suburb*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1988
- Baumgartner M.P., *Law and the Middle Class. Evidence from a Suburban Town*, in *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 1, 1985, pp. 3-24
- Bavinck M., Woodman G.R., *Can There be Maps of Law?*, in F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffith (curr.), *Spatializing Law. An Anthropological Geography of Law in Society*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009, pp. 195-218
- Baxi U., Galanter M., *Panchayat Justice: An Indian Experiment in Legal Access*, in M. Cappelletti, B. Garth (curr.), *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 343-386
- Beale J.H., *A Treatise on the Conflict of Laws*, Harvard University Press, Cambridge, 1916
- Beauregard R.A., *The Chaos and Complexity of Gentrification*, in N. Smith, P. Williams (curr.), *Gentrification of the City*, Allen & Unwin, Boston, 1986
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Baudry Librajo, Paris, 1829 (ed. orig. Marco Coltellini, Livorno, 1764)
- Becker G.S., *A Treatise on the Family. Enlarged Edition*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1993
- Becker G.S., Murphy K.M., *The Family and the State*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 31, n. 1, 1988, pp. 1-18
- Bederman D.J., *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- Bell J., *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006

- Benacchio A., Graziadei M. (curr.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD Trento, 24-26 settembre 2015, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, vol. 24, Università degli Studi di Trento, Trento, 24, 2016
- Benson B.L., *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, in *Southern Economic Journal*, vol. 55, n. 3, 1989, pp. 644-661
- Benson B.L., *Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law without Government*, in *Journal of Libertarian Studies*, 1989, vol. 9, n. 1, pp. 1-26
- Benson P.H., Brown A., Sheehy S.L.M., *A Survey of Family Difficulties in a Metropolitan Suburb*, in *Marriage and Family Living*, vol. 18, n. 3, 1956, pp. 249-253
- Bentham J., *Papers relative to Codification and Public Instruction. Including Correspondence with the Russian Emperor, and Divers Constituted Authorities in the American United States* (ed. orig. J.M. Creery, London, 1817), in P. Scholfield, J. Harris (curr.), *The Collected Works of Jeremy Bentham. Legislator of the World. Writings on Codification, Law, and Education*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 3-186
- Benussi F., *Proprietà industriale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. XI, UTET, Torino, 1995, pp. 415-423
- Berenbaum M., Skolnik F. (curr.), *Encyclopaedia Judaica*, 2^a ed., Macmillan Reference USA, Detroit, vol. 5, 2007
- Berger M.S., Lipstadt D.E., *Women in Judaism from the Perspective of Human Rights*, in M.J. Broyde, J. Witte (curr.), *Human Rights in Judaism: Cultural, Religious and Political Perspectives*, Jason Aronson, Nothvale – Jerusalem, 1998, pp. 77-111
- Berk S.F., *The Gender Factory: The Apportionment of Work in American Households*, Plemen, New York, 1985
- Berman H.J., *Law and Revolution, The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1983
- Berman P.S., *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, pp. 1155-1237
- Berman P.S., *From International Law to Law and Globalization*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, pp. 485-556
- Bernstein L., *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, pp. 1765-1821
- Best A., Andreasen A., *Consumer Response to Unsatisfactory Purchases: A Survey of Perceiving Defects, Voicing Complaints, and Obtaining Redress*, in *Law & Society Review*, vol. 11, n. 4, 1977, pp. 701-742

- Bierling E.R., *Juristische Prinzipienlehre*, vol. I., Mohr, Freiburg – Leipzig, 1894
- Blacksell M., Economides K., Watkins C., *Justice Outside the City: Access to Legal Services in Rural Britain*, Longman Scientific & Technical, Harlow, 1991
- Blomley N., *Property, Pluralism and the Gentrification Frontier*, in *Canadian Journal of Law & Society/La Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 12, n. 2, 1997, pp. 187-218
- Bobbio N., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 2015
- Bobbio N., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985
- Bobbio N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1977
- Bobbio N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Cooperativa libreria universitaria torinese, Torino, 1961
- Boele-Woelki K., Fuchs A. (curr.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2^a ed., Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012
- Boldrin M., Levine D.K., *Abolire la proprietà intellettuale*, Laterza, Roma – Bari, 2012
- Bolla G.G., *Consuetudini agrarie e necessità di procedere ulteriormente alla loro raccolta*, in *Rivista di diritto agrario*, 1947, pp. 101-104
- Boos S., *Kulturgut als Gegenstand des grenzüberschreitenden Leihverkehrs*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006
- Bouchoux D.E., *Intellectual Property: The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets*, 4^a ed., Cengage Learning, Boston, 2012
- Brigaglia M., *Sardegna, perché banditi*, Edizioni Leader, Milano, 1971
- Brinig M.F., *From Contract to Covenant. Beyond the Law and Economics of the Family*, Harvard University Press, Cambridge, 2000
- Brownsword R., Scotford E., Yeung K. (curr.), *The Oxford Handbook on the Law and Regulation of Technology*, Oxford University Press, Oxford, 2017
- Broyde M.J., Witte J. (curr.), *Human Rights in Judaism: Cultural, Religious and Political Perspectives*, Jason Aronson, Nothvale – Jerusalem, 1998
- Brummer C., *Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in The 21st Century*, Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2012
- Brunetta D'Usseaux F., D'Angelo A. (curr.), *Matrimonio, matrimonii, l'Alambicco del Comparatista*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000

- Burman S.B., Genn H., Lyons J., *The Use of Legal Services by Victims of Accidents in the Home – A Pilot Study*, in *Modern Law Review*, vol. 40, n. 1, 1977, pp. 47-57
- Burman S.B., Harrell-Bond B.E. (curr.), *The Imposition of Law*, Academic Press, New York, 1979
- Burns M., Burgoyne C., Clarke V., *Financial Affairs? Money Management in Same-Sex Relationships*, in *Journal of Socio-Economics*, vol. 37, n. 2, 2008, pp. 481-501
- Bussani M., *Le agenzie di rating fra immunità e responsabilità*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 1337-1356
- Bussani M., *A Pluralist Approach to Mixed Jurisdictions*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 6, n. 1, 2011, pp. 161-168
- Bussani M. (cur.) *Il diritto italiano in Europa (1861-2014)*, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. V, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014
- Bussani M., *Riflessioni conclusive*, in M. Bussani (cur.) *Il diritto italiano in Europa (1861-2014)*, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. V, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 747-754
- Bussani M., *The (Legal) Culture of Cultural Property*, in J.A. Sánchez Cordero (cur.), *La Convención de la UNESCO de 1970. Sus nuevos desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2013, pp. 401-410
- Bussani M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010
- Bussani M., Infantino M., *Tort Law and Legal Cultures*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 63, n. 1, 2015, pp. 77-108
- Butler T., Lees L., *Super-Gentrification in Barnsbury, London: Globalization and Gentrifying Global Elites at the Neighbourhood Level*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 31, n. 4, 2006, pp. 467-487
- Cafaggi F., *New Foundations of Transnational Private Regulation*, in *Journal of Law and Society*, vol. 38, n. 1, 2011, pp. 20-49
- Cafaggi F., *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006
- Calliess G.P., Zumbansen P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart, Oxford – Portland, 2010
- Cane P., Kritze H.M. (curr.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2010

- Cao L., *Informal Institution and Property Rights*, in *Faculty Publications*, Paper n. 1427, 2012, pp. 263-279
- Capograssi G., *Saggio sullo Stato*, in Id., *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. I (ed. orig. Fratelli Bocca, Torino, 1918)
- Cappelletti M., Garth B. (curr.), *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1979
- Carbonnier J., *Droit civil, Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, 6^a ed., vol. I, Presses universitaires de France, Paris, 1965
- Carrington C., *No Place like Home: Relationships and Family Life among Lesbians and Gay Men*, University of Chicago Press, Chicago, 1999
- Casini L., *La Globalizzazione dei beni culturali*, in *Parolechiave*, vol. 1, 2013, pp. 19-30
- Casini L., *"Italian Hours": The Globalization of Cultural Property Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 2, 2011, pp. 369-393
- Caso R., *Digital Rights Management*, in G. Pascuzzi (cur.), *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Cedam, Padova, 2004, pp. 59-124
- Caso R., *Intellectual Property Right tra analisi economica e comparazione giuridica*, in G. Clerico, S. Rizzello (curr.), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 1998, pp. 173-183
- Cassese S., *Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. LXV, n. 1, 2015, pp. 177-182
- Cassese S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010
- Cassese S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009
- Cassese S., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma – Bari, 2002
- Cassese S., *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini*, vol. I, 1972, pp. 243-283
- Casucci F., *Il diritto "plurale". Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004
- Cattaneo M.A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970
- Cattaneo M.A., *Positivismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1966, pp. 1-8

Cavanagh R.C., Sarat A., *Thinking about Courts: Toward and Beyond a Jurisprudence of Judicial Competence*, in *Law & Society Review*, vol. 14, n. 2, 1979-1980, pp. 371-420

Cendon P. (cur.), *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove responsabilità e nuovi danni*, vol. I, Cedam, Padova, 2005

Cesarini Sforza W., *La crisi delle fonti*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, vol. CXV, 1936, pp. 18-43

Cesarini Sforza W., *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963 (ed. orig. Sampaolesi, Roma, 1929)

Champion A., *The Changing Nature of Urban and Rural Areas in the United Kingdom and other European Countries*, in Department of Economic and Social Affairs Population Division, *Population Distribution, Urbanization, Internal Migration and Development: An International Perspective*, United Nations Publication, 2011, pp. 144-160

Chanock M., *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985

Charmont J., Chausse A., *Les interprètes du Code Civil*, in *Le Code civil. Livre du Centenaire*, vol. I., A. Rousseau, Paris, 1904, pp. 131-172

Chechi S., *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, Oxford University Press, Oxford, 2014

Chloros A. (cur.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, *Persons and Family*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1974

Clark H., *The Law of Domestic Relations in the United States*, West Publishing Corporation., St. Paul, 1968

Clerico G., Rizzello S. (curr.), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 1998

Cocks R.C.J., *Sir Henry Maine: A Study in Victorian Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988

Coglianesi C., Finkel A.M., Zaring D. (curr.), *Import Safety: Regulatory Governance in the Global Economy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2009

Cohen W.M., Nelson R.R., Walsh J.P., *Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not)*, NBER Working Paper n. 7552, NBER Program(s), 2000, pp. 1-47

Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Il Mulino, Bologna, 2011

- Comanducci P., Guastini R. (curr.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999
- Coombe R., *Objects of Property and Subjects of Politics*, in S. F. Moore (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010, pp. 111-123
- Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant, *Hébergement égalitaire et droits de l'enfant. Cadre légal et pratiques*, Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant, Bruxelles, 2010
- Corsale M., *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 1003-1026
- Cotterrell R., *From Living Law to Global Legal Pluralism: Rethinking Traditions from a Century of Western Socio-Legal Studies*, Legal Studies Research Paper n. 229, 2016, pp. 1-18
- Cotterrell R., *What is Transnational Law?*, in *Law & Social Inquiry*, vol. 37, n. 2, 2012, pp. 500-524
- Cotterrell R., *Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies*, in M. Hertogh (cur.), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2009, pp. 75-94
- Cotterrell R., *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Aldershot – Burlington, 2006
- Crawford T., *Ghana: Marriage and Divorce*, in *African Law Studies*, vol. 3, n. 4, 1971, pp. 27-46
- Cummins R. J., *The General Principles of Law, Separation of Powers and Theories of Judicial Decision in France*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n. 3, 1986, pp. 594-628
- Cunningham E., *Protecting Cuisine under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law play a Bigger Role in the Kitchen?*, in *Journal of High Technology Law*, vol. 21, n. 9, 2009, pp. 170-187
- Darling K., Perzanowski A. (curr.), *Creativity Without Law: Challenging the Assumptions of Intellectual Property*, New York University Press, New York, 2017
- David R., Brierley J.E.C, *Major Legal Systems in the World Today*, 3^a ed., Stevens and Sons, London, 1985
- Davies M., *Legal Pluralism*, in P. Cane, H.M. Kritze (curr.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 805-826
- De Soto H., *The Mystery of Capital. Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Black Swan, London, 2001

- de Sousa Santos B., *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, 2^a ed., Butterworths, London, 2002
- de Sousa Santos B., *Toward a Multicultural Conception of Human Rights*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 18, n. 1, 1997, pp. 1-15
- de Sousa Santos B., *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 3, 1987, pp. 279-302
- de Sousa Santos B., *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law*, in *Law and Society Review*, vol. 12, n. 1, 1977, pp. 5-126
- de Sousa Santos B., Rodríguez-Garavito C.A. (curr.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- Del Mar M., Twining W. (curr.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, Heidelberg, 2015
- DeMott D., *Artful, Good Faith: An Essay on Law, Custom, and Intermediaries in Art Market*, in *Duke Law Journal*, vol. 62, 2012, pp. 607-643
- Department of Economic and Social Affairs Population Division, *Population Distribution, Urbanization, Internal Migration and Development: An International Perspective*, United Nations Publication, 2011
- Dikovic J., *Gleaning: Old Name, New Practice*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 48, n. 2, 2016, pp. 302-321.
- Diurni A. (cur.), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milano, 2008
- Dixit A.K., *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2004
- Doo L.W., *Dispute Settlement in Chinese-American Communities*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 21, n. 4, 1973, pp. 627-663
- Drummond S., *Mapping Marriage Law in Spanish Gitano Communities*, UBC Press, Vancouver –Toronto, 2006
- Durkheim E., *De la division du travail social*, 1983,
- Dwyer A., *On the Line: Life on the United States–Mexican Border*, Latin American Bureau, London, 1994
- Eekelaar J., Clive E., *Custody After Divorce. The disposition of custody in divorce cases in Great Britain*, Family Law Studies, n. 1, Centre for Socio-Legal Studies, Wolfson College, Oxford, 1977

- Ehrlich E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Dunker & Humblot, München – Leipzig, 1913, trad. it. a cura di A.J. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 1976
- Ehrlich E., *Das lebende Recht der Völker der Bukowina*, in *Recht und Wirtschaft*, vol. 1, 1912, pp. 273-324
- Ehrlich E., Kelsen H., Weber M., *Verso un concetto sociologico di diritto*, trad. it. a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 2010
- Eisenberg R.S., *Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research*, in *Virginia Law Review*, vol. 82, n. 8, 1996, pp. 1663-1727
- Eisenberg R.S., *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, pp. 1017-1086
- Ellickson B., *Jurisdictional Fragmentation and Residential Choice*, in *The American Economic Review*, vol. 61, n. 2, 1971, pp. 334-339
- Ellickson R.C., *The Household. Informal Order around the Hearth*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2008
- Ellickson R.C., *Unpacking the Household: Informal Property Rights around the Hearth*, in *The Yale Law Journal*, vol. 116, n. 2, 2006, pp. 226-328
- Ellickson R.C., *The Aim of Order Without Law*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 150, n. 1, Symposium on The New Institutional Economics Bounded Rationality and the Analysis of State and Society, 1994, pp. 99-100
- Ellickson R.C., *Property in Land*, in *Yale Law Journal*, vol. 102, n. 6, 1993, pp. 1315-1400
- Ellickson R.C., *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, 1991
- Ellickson R.C., *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, in *Stanford Law Review*, vol. 38, 1986, pp. 623-687
- Ellickson R.C., Rose C.M., Smith H.E. (curr.), *Perspectives on Property Law*, 4^a ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2014
- Engel D.M., *The Myth of the Litigious Society. Why We Don't Sue*, University of Chicago, Chicago – London, 2016
- Engel D.M., *The Oven Bird's Song. Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, in D.M. Engel, C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, *Law and Community in Three American Towns*, Cornell University Press, Ithaca – London, 1994, pp. 27-53

Engel D.M., *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, in *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 5, n. 3, 1980, pp. 425-454

Esquirol J.L., *Titling and Untitled Housing in Panama City*, in *Tennessee Journal of Law & Policy*, vol. 4, n. 2, 2008, pp. 243-302

Estin A.L., *Unofficial Family Law*, in J.A. Nicholas (cur.), *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 92-118

Facchi A., *Pluralismo giuridico e società multietnica: proposte per una definizione*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 1994, pp. 47-57

Falzea A., *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008

Faralli C., *Argomenti di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2016

Faralli C., *Un excursus storico da A. Merkel ad oggi*, in Id. (cur.), *Argomenti di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 1-13

Fauchart E., von Hippel E., *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, in *Organization Science*, vol. 19, 2008, pp. 187-201

Febbrajo A., *Antropologia giuridica e sociologia del diritto*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2008, pp. 27-45

Felstiner W.L.F., *Influences of Social Organization on Dispute Processing*, in *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, pp. 63-94

Felstiner W.L.F., Abel R.L., Sarat A., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3/4, 1980-1981, pp. 631-654

Fenster M., *Community by Covenant, Process, and Design: Cohousing and the Contemporary Common Interest Community*, in *Journal of Land Use & Environmental Law*, vol. 15, n. 1, 1999, pp. 3-54

Fenwick M., Siems M., Wrška S., *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017

Fenwick M., Siems M., Wrška S., *The State of the Art and Shifting Meaning of Legal Certainty*, in Id. (curr.), *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 1-26

Ferrante R., *Codificazione e cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011

Ferrara G., *La Costituzione: dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006

- Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma – Bari, 2006
- Ferri E., *Sociologia criminale*, Fratelli Bocca, Torino, 1900 (inizialmente pubblicata con il titolo ‘*I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*’, ed. orig. Zanichelli, Bologna, 1884)
- Feuerbach P.J.A., *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969 (ed. orig. J. Attenkofer, Landshut, 1804)
- Fincham D., *Social Norms and Illicit Cultural Heritage*, in F. Francioni, A. Vrdoljak (curr.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 206-227
- Finchett-Maddock L., *Protest, Property and the Commons: Performances of Law and Resistance*, Routledge, Oxon – New York, 2016
- Finchett-Maddock L., *Finding Space for Resistance through Legal Pluralism: The Hidden Legality of the Uk Social Centre Movement*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 42, n. 61, 2010, pp. 31-52
- Fiorentini F., *New Challenges for the Global Art Market: the Enforcement of Cultural Property Law in International Trade*, in A. Apers, S. Bouly, E. Dewitte, D. Gruyaert (curr.), *Property Law Perspectives III*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 189-215
- Fiorentini F., *A Legal Pluralist Approach to International Trade in Cultural Objects*, in A.R. Nafziger, R. Paterson (curr.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 589-621
- Fishbayn L., *Gender, Multiculturalism and Dialogue: The Case of Jewish Divorce*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, n. 1, 2008, pp. 71-96
- Fitzpatrick P., *Law and State in Papua New Guinea*, Academic Press, London, 1980
- Flora H., *The Quest for the Masterpiece. Traditional Practices of Collecting in American Museums*, in F. Francioni, J. Gordley (curr.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 228-239
- Foblets M.C., *Mobility versus Law, Mobility in the Law? Judges in Europe are Confronted with the Thorny Question “Which Law Applies to Litigants of Migrant Origin”* in F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffiths (curr.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Ashgate, Aldershot – Burlington, 2005, pp. 297-315
- Fournier P., *Halacha, the ‘Jewish State’ and the Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 44, n. 65, 2012, p. 165-204

- Fournier P., Mcdougall P., Lichtsztral M., *A 'Deviant' Solution: The Israeli Agunah and the Religious Sanctions Law*, in M. Maclean, J. Eekelaar (curr.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2013, pp. 89-105
- Francavilla D., *The Uniformisation of Family Law in Europe and the Place of Ethnic Minorities*, in P. Shah, M.C. Foblets, M. Rohe (curr.), *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2014, pp. 103-114
- Francioni F., Gordley J. (curr.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013
- Frias A., *Praxe académica e culturas universitárias em Coimbra. Lógicas das tradições e dinâmicas identitárias*, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 66, 2003, pp. 81-116
- Friedman L.M., *Stati Uniti d'America*, in A. Diurni (cur.), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 3-49
- Friedman L.M., *One World: Notes on the Emerging Legal Order*, in M. Likosky (cur.) *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, Lexis Nexis, Butterworth 2002, pp. 23-40
- Frigo M., *Cultural Property v. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law?*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 86, 2004, pp. 367-379
- Frigo M., *Ethical Rules and Codes of Honor Related to Museum Activities. A Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, in *International Journal of Cultural Property*, vol. 16, n. 1, 2009, pp. 49-66, disponibile anche in G. Venturini, S. Bariatti (curr.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 371-389
- Fuller L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven – London, 1969
- Fuller L., *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Chicago, 1940
- Furnivall J.S., *Netherlands India: A Study of Plural Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1939
- Fusar Poli E., *L'espansione del modello europeo. Linee e percorsi della proprietà intellettuale fra 800 e 900*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. 23, n. 1, 2014, pp. 225-246
- Galanter M., *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*, Oxford University Press, New Delhi, 1984
- Galanter M., *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 13, n. 19, 1981, pp. 1-47

Galanter M., *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, in *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, pp. 95-160

Galanter M., Dhavan R., *Law and Society in Modern India*, Oxford University Press, New Delhi, 1989

Galanter M., Luban D., *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, in *The American University Law Review*, vol. 42, 1993, pp. 1393-1463

Gallop R., *Portugal: A Book of Folk-ways*, Cambridge University Press, Cambridge, 1961

Gambaro A., *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 2012

Gambaro A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 1995

Gambaro A., *Codes and Constitutions in Civil Law*, in A. Pizzorusso (cur.), *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems*, vol. 2, M. Nijhoff, Dordrecht-Boston – London, 1994, pp. 79-104

Gambino M., Falce V. (curr.), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni Art, Roma, 2009

Garofalo R., *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, 2^a ed., Fratelli Bocca, Torino, 1891 (ed. orig. Fratelli Bocca, Torino, 1885)

Gavazzi G., *La motivazione delle leggi*, in *Il Politico*, vol. 39, n. 2, 1974, pp. 173-193

Gény F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, F. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1919 (ed. orig. Libr. Marescq Ainé, Paris, 1899)

Gereffi G., *The Organization of Buyer-Driven Global Commodity Chains: How U.S. Retailers Shape Overseas Production Networks*, in G. Gereffi, M. Korzeniewicz (curr.), *Commodity Chains and Global Capitalism*, Praeger Publishers, Westport, CT – London, 1994, pp. 95-122

Gereffi G., Korzeniewicz M. (curr.), *Commodity Chains and Global Capitalism*, Praeger Publishers, Westport, CT – London, 1994

Gesù sive Salvadori L., *Creativity in Cuisine: Do Creative Dishes need Intellectual Property Law? An Italian Perspective*, 2012/2013, pp. 1-57

Ghidini G., *Evoluzione del diritto d'autore e promozione di informazione e cultura. Nuove luci e nuove ombre*, in M. Gambino, V. Falce (curr.), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni Art, Roma, 2009, pp. 123-128

Ghidini G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2008

- Giddings L.A., *Political Economy and the Construction of Gender: The Example of Housework within Same-Sex Households*, in *Feminist Economics*, vol. 4, n. 2, 1998, pp. 97-106
- Giunchi E. (cur.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Routledge, New York, 2014
- Giunchi E., *Muslim Family Law and Legal Practice in the West. An Introduction*, in Id. (cur.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Routledge, New York, 2014, pp. 1-13
- Glebatis Perks L., *Media Marathoning: Immersions in Morality*, Lexington Books, London, 2014
- Glendon M.A. (cur.), *Family Law in a Time of Turbulence*, International Encyclopedia of Comparative Law, Persons and family, vol. 4, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006
- Glendon M.A., *Introduction: Family Law in a Time of Turbulence*, in Id. (cur.), *Family Law in a Time of Turbulence*, International Encyclopedia of Comparative Law, Persons and family, vol. 4, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 1-27
- Glendon M.A., *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 1989
- Glenn H.P., *Legal Traditions of the World*, 4^a ed., Oxford University Press, Oxford – New York, 2010
- Glenn H.P., *The Capture, Reconstruction and Marginalization of “Custom”*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 3, 1997, pp. 613-620
- Glick Schiller N., *Transborder Citizenship: An Outcome of Legal Pluralism within Transnational Social Fields*, in F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Griffiths (curr.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Ashgate, Aldershot – Burlington, 2005, pp. 27-40
- Goldenweiser E.A., *Early Civilization: an Introduction to Anthropology*, George G. Harrap and Company Limited, London, 1922
- Golding M.P., *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America – Major Themes and Developments*, in *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986, pp. 475-477
- Gouda F., *Dutch Culture Overseas: Colonial Practice in the Netherlands Indies, 1900-1942*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1995
- Grande E., *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in *Rivista critica del diritto privato*, vol. XIV, n. 3, 1996, pp. 467-500
- Graziadei M., *I beni culturali: alcuni temi e motivi di interesse comparatistico*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (curr.), *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 17-31

- Graziadei M., *Beni culturali (circolazione dei) (dir. intern. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 91-113
- Greenhouse C.J., *Courting Difference. Issues of Interpretation and Comparison in the Study of Legal Ideologies*, in Greenhouse C.J., Yngvesson B., D.M. Engel, *Law and Community in Three American Towns*, Cornell University Press, Ithaca – London, 1994, pp. 91-115
- Greenhouse C.J., Yngvesson B., Engel D.M., *Law and Community in Three American Towns*, Cornell University Press, Ithaca – London, 1994
- Greenhouse C.J., Yngvesson B., Engel D.M., *Introduction. Ethnographic Issues*, in Idd., *Law and Community in Three American Towns*, Cornell University Press, Ithaca – London, 1994, pp. 1-23
- Greif A., Milgrom P., Weingast B.R., *Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild*, in *Journal of Political Economy*, vol. 10, n. 4, 1994, pp. 745-776
- Griffiths A., *Pursuing Legal Pluralism. The Power of Paradigms in a Global World*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 43, n. 64, 2011, pp. 173-202
- Griffiths J., *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n. 24, 1985, pp. 1-55
- Griffiths J., *Village Justice in the Netherlands*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 16, n.22, 1984, pp. 17-42
- Griffiths J., *Anthropology of Law in the Netherlands in the 1970s*, Rijksuniversiteit, Groningen, 1983
- Grillo R., Ballard R., Ferrari A., Hoekema A.J., Maussen M., Shah P., (curr.) *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009
- Grönfors M., *Institutional Non-Marriage in the Finnish Roma Community and Its Relationship to Rom Traditional Law*, in W.O. Weyrauch (cur.), *Gypsy Law. Romani Legal Traditions and Culture*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles – London, 2001, pp. 149-169
- Gropper R.C., *Gypsies in the City: Culture Patterns and Survival*, The Darwin Press, Princeton, 1975
- Grossi P., *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Giustizia civile*, n. 4, 2014, pp. 921-955
- Grossi P., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma – Bari, 2012
- Grossi P., *Crisi del diritto, oggi?*, in *Diritto e Società*, vol. 1, 2011, pp. 37-48
- Grossi P., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 2007
- Grossi P., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 70, Giuffrè, Milano, 2006

- Grossi P., *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato*, vol. 3, 1997, pp. 485-550
- Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma – Bari, 1995
- Grossi P., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977
- Groves P., *Sourcebook on Intellectual Property Law*, Cavendish, London, 1997
- Guadagni M., *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996
- Gurvitch G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pédone, Paris, 1935
- Gurvitch G., *L'idée du droit social*, Recueil Sirey, Paris, 1932
- Haeussler C., *Information-Sharing in Academia and the Industry: A Comparative Study*, in *Research Policy*, vol. 40, n. 1, 2011, pp. 105-122
- Hagstrom W.O., *The Scientific Community*, Basic Books, New York – London, 1965
- Hall B., Helmers C., Rogers M., Sena V., *The Choice between Formal and Informal Intellectual Property: A Review*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 52, n. 2, 2014, pp. 1-50
- Hamilton C., *Family, Law and Religion*, Sweet & Maxwell, London, 1995
- Hamnett C., *Gentrification and Residential Location Theory: A Review and Assessment*, in D.T. Herbert, R.J. Johnston (curr.), *Geography and the Urban Environment. Progress in Research and Applications*, John Wiley, London, 1984, pp. 283-319
- Hancock I., *The Pariah Syndrome*, Karoma, Ann Arbor, 1987
- Hancock I.F., *Gypsies*, in S. Thernstrom, A. Orlov, O. Handlin, (curr.), *Harvard Encyclopedia of American Ethnic Groups*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London, 1980, pp. 440-445
- Haran U., Teichman D., Feldman Y., *Formal and Social Enforcement in Response to Individual Versus Corporate Transgressions*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 13, n. 4, 2016, pp. 786-813
- Hardin G., *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, vol. 162, n. 3859, 1968, pp. 1243-1248
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961
- Heaphy B., Smart C., Einarsdottir A., *Same-sex Marriages: New Generations, New Relationships*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013
- Heller M.A., Dagan H., *The Liberal Commons*, in *Yale Law Journal*, vol. 110, n. 4, 2001, pp. 549-623

- Heller M.A., Esidenberg R., *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, in R.C. Ellickson, C.M. Rose, H.E. Smith (curr.), *Perspectives on Property Law*, 4^a ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2014, pp. 131-137
- Hennink M., Diamond I., Cooper P., *Young Asian Women and Relationships: Traditional or Transitional?*, in *Ethnic and Racial Studies*, vol. 22, 1999, pp. 867-891
- Hensler D.R., Marquis M.S., Abrahamse A.F., Berry S. H, Ebener P.A., Lewis E.G., Lind E.A., MacCoun R.J., Manning W.G., Rogowski J.A., Vaiana M.E., *Compensation for Accidental Injuries in the United States*, RAND, Santa Monica, 1991
- Herbert D.T., Johnston R.J. (curr.), *Geography and the Urban Environment. Progress in Research and Applications*, John Wiley, London, 1984
- Hertogh M. (cur.), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2009
- Hertogh M., *A 'European' Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich*, in *Journal of Law and Society*, vol. 31, n. 4, 2004, pp. 457-481
- Hess C., Ostrom E. (curr.), *Understanding Knowledge as a Commons From Theory to Practice*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge – London, 2007
- Hess C., Ostrom E., *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Idd. (curr.), *Understanding Knowledge as a Commons From Theory to Practice*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge – London, 2007, pp. 3-26
- Himmelweit S., Simonetti R., Trigg A., *Microeconomics: Neoclassical and Institutional Perspectives on Economic Behaviour*, Thomson, London, 2006
- Hobbes T., *Leviathan*, Penguin Books, London, 1985 (ed. orig. Andrew Crooke, London, 1651)
- Honigmann, J.J. (cur.), *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Rand McNally, Chicago, 1973
- Hooker B., *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975
- Horwitz M.J., *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1977
- Hume D., *A Treatise of Human Nature*, in H.D. Aiken (cur.), *Hume's Moral and Political Philosophy*, Hafner, New York, 1962, (ed. orig. John Noon, London, 1739)
- Hunt J., Roberts C., *Child Contact with Non-Resident Parents*, in *Family Policy Briefing*, vol. 3, 2004, pp. 1-12
- Hunt M.M., *The World of the Formerly Married*, McGraw-Hill, New York, 1966

- Hyland R., *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2009
- Ingram P., Silverman B.S. (curr.), *The New Institutionalism in Strategic Management*, Elsevier, Amsterdam, 2002, pp 1-30
- International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (curr.), *Resolution of Cultural Property*, Kluwer, Zürich, 2004
- Jacob H., *The Elusive Shadow of the Law*, in *Law & Society Review*, vol. 26, n. 3, 1992, pp. 565-590
- Jacometti V., *Il linguaggio giuridico tedesco*, in B. Pozzo, M. Timoteo (curr.), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 123-184
- John-Nambo J., *Le droit et ses pratiques au Gabon*, in C. Kuyu (cur.), *Repenser les Droits africains pour le XXIème siècle*, Menaibuc, Yaoundé, 2005, pp. 89-104
- Johnson C., Surlemont B., Nicod P., Revaz F., *Behind the Stars. A Concise Typology of Michelin Restaurants in Europe*, in *Cornell Hospitality Quarterly*, vol. 46, n. 2, 2005, pp. 170–187
- Katsiaficas G., *The Subversion of Politics: European Autonomous Social Movements and the Decolonization of Everyday Life*, AK Press, Oakland, 2006
- Katz S.N., *Family Law in America*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2003
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig – Wien, 1934, trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1967
- Kesan J.P., Ball G.G., *How are Patent Cases Resolved? An Empirical Examination of the Adjudication and Settlement of Patent Disputes*, in *Washington University Law Review*, vol. 84, n. 2, 2006, pp. 237-312
- Khayati K., *From Victim Diaspora to Transborder Citizenship: Diaspora Formation and Transnational Relations among Kurds in France and Sweden*, Linköping University, Linköping, 2008
- Klawitter M., *The Effects of Sexual Orientation and Marital Status on How Couples Hold their Money*, in *Review of Economics of the Household*, vol. 6, n. 4, 2008, pp. 423-446
- Kletzer C., *Kelsen on Vaihinger*, in M. Del Mar, W. Twining (curr.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 23-29
- Knorr-Cetina K.D., *Epistemic Cultures: How the Sciences Make Knowledge*, Harvard University Press, Cambridge, 1999

- König R., *Sociological Introduction*, in A. Chloros (cur.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, *Persons and Family*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1974, pp. 20-76
- Kreiner K., Schultz M., *Informal Collaboration in R&D. The Formation of Networks Across Organizations*, in *Organization Studies*, vol. 14, n. 2, 1993. pp. 189-209
- Kurki-Suonio K., *Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 14, n. 3, 2000, pp. 183-205
- Kuyu C. (cur.), *Repenser les Droits africains pour le XXIème siècle*, Menaibuc, Yaoundé, 2005
- La Torre M., *Positivismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 681-736
- Laband P., *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Scientia Verlag, Aalen, 1969 (ed orig. H. Laupp, Tübingen, 1876)
- Labbé X., *Les Rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 1996
- Landes W.M., Posner R.A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2003
- Langdell C.C., *Harvard Celebration Speeches*, in *Law Quarterly Review*, vol. 30, 1887, pp. 123-125
- Larson J.E., *Negotiating Informality within Formality: Land and Housing in the Texas Colonias*, in B. de Sousa Santos, C.A. Rodríguez-Garavito (curr.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 140-157
- Leckey R., *Cohabitation, Law Reform, and the Litigants*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 31, n. 2, 2017, pp. 131-146
- Leckey R., *Must Equal Mean Identical? Same-Sex Couples and Marriage*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 10, n. 1, 2014, pp. 5-25
- Lecoyer K., Simon C., *The Multicultural Family in Conflict: Legal and Socio-Anthropological Perspectives on Child Residency*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, n. 2, 2015, pp. 190-207
- Lee R., *The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 2, 1997, pp. 345-392
- Lees T.L., *Super-gentrification: The case of Brooklyn heights, New York city*, in *Urban studies*, vol. 40, n. 12, 2003, pp. 2487-2509
- Leeson P.T., *Gypsy Law*, in *Public Choice*, vol. 155, 2013, pp. 273-292

Leiser M., Murray A., *The Role of Non-State Actors and Institutions in the Governance of New and Emerging Digital Technologies*, in R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (curr.), *The Oxford Handbook on the Law and Regulation of Technology*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 670-703

Leoni B., *Lezioni di filosofia del diritto*, Editrice Viscontea, Pavia – Milano

Lerminier J.L.E., *Introduction générale à l'histoire du droit*, Imprimeire de Guiraudet, Paris, 1829

Levin A.L., Wheeler R.R (curr.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, West Publishing Co., St. Paul, 1979

Libertini M., *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. 23, fasc.1, 2014, pp. 299-336

Liebecap G.D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989

Lieber D.L., Schereschewsky B.Z., Drori M., *Divorce*, in M. Berenbaum, F. Skolnik (curr.), *Encyclopaedia Judaica*, 2^a ed., Macmillan Reference USA, Detroit, vol. 5, 2007, pp. 710-721

Likosky M. (cur.) *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, Lexis Nexis, Butterworth ,2002

Li-Wen L., *Legal Transplants through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, n. 3, 2009, pp. 711-744

Llewellyn K.N., Hoebel A., *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, University of Oklahoma Press, Norman, 1941

Locke J., *Second Treatise of Government*, Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, (ed. orig. Awnsham Churchills, London, 1690) 1952

Lombroso C., *L'uomo delinquente*, 4^a ed., Fratelli Bocca, Torino, 1889 (ed. orig. Hoepli, Milano, 1876)

Long P.O., *Invention, Authorship, "Intellectual Property" and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History*, in *Technology and Culture*, vol. 32, n. 4, 1991, pp. 846-884

Lowie R.H., *Primitive Society*, Boni & Liveright, New York, 1920

Lucchi N., *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Springer, Milano, 2010

Lukito R., *Legal Pluralism in Indonesia: Bridging the Unbridgeable*, Routledge, New York, 2013

Lunghi A., *The Spring of Social Centres*, in *Occupied London*, vol. 1, 2007, pp. 2-5

- Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, *Colonia Housing and Infrastructure: Current Characteristics and Future Needs*, Policy Research Project Report n. 124, vol. 1, Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, University of Texas, Austin, 1997
- Lyons D., *Legal Formalism and Instrumentalism – A Pathological Study*, in *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, pp. 949-972
- Macaulay S., *Presidential Address: Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports*, in *Law & Society Review*, vol. 21, n. 2, 1987, pp. 185-218
- Macaulay S., *Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract*, in *Law & Society*, vol. 11, n. 3, 1977, pp. 507-528
- Macaulay S., *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, pp. 55-67
- Maclean M., *Families*, in P. Cane, H.M. Kritze (curr.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 285-307
- Maclean M., Eekelaar J. (curr.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2013
- Macpherson C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, Oxford – New York, 1962
- Maillet J., *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 2, 1973, pp. 111-145
- Maine H.S., *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, J. Murray, London, 1861
- Malinowski B., *Crime and Custom in Savage Society*, Routledge, London – New York, 2004 (ed. orig. Kegan Paul, London, 1926)
- Mancuso S., *African Law in Action*, in *Journal of African Law*, vol. 58, n. 1, 2014, pp. 1-21
- Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1920
- Marini G., *Friedrich Carl von Savigny*, Guida Editori, Napoli, 1978
- Martines T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2010
- Martinez J.S., *Horizontal Structuring*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (curr.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 547-575
- Marx K., Engels F., *The German Ideology*, trad. ingl. a cura di S. Ryazanskaya, Progress Publishers, Moscow, 1968 (ed. orig. Marx-Engels-Verlag, Berlin, 1932)

- Mason C., *The Art of the Steal: inside the Sotheby's-Christie's Auction House Scandal*, Putnam, New York, 2004
- Mattei U., *Il modello di common law*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2014
- Mattei U., *Proprietà (Nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1117-1132
- Mattei U., *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma – Bari, 2011
- Mattei U., *Proprietà*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XV, UTET, Torino, 1997, pp. 432-456
- Mattei U., *Common law. Il diritto anglo-americano*, UTET, Torino, 1992
- Meidinger E., *Private Import Safety Regulation and Transnational New Governance*, in C. Coglianesi, A.M. Finkel, D. Zaring (curr.), *Import Safety: Regulatory Governance in the Global Economy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2009, pp. 233-254
- Menski W., *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006
- Merges R.P., *Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research*, in *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, 1996, pp. 145-167
- Merry S.E., *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness among Working-Class Americans*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 1990
- Merry S.E., *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, vol. 22, n. 5, 1988, pp. 869-896
- Merry S.E., *Everyday Understandings of the Law in Working-Class America*, in *American Ethnologist*, vol. 13, n. 2, 1986, pp. 253-270
- Merry S.E., *Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood*, in *Law & Society Review*, vol. 13, n. 4, 1979, pp. 891-925
- Merryman J.H., *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, in *Journal of Public Law*, vol. 17, 1968, pp. 3-19
- Merton R.K., Storer N.W (curr.), *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*, University of Chicago Press, Chicago – London, 1973
- Meschievitz C.S., Galanter M., *In Search of Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution*, in R. Abel (cur.), *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, New York, 1982
- Metlo Z., *The Perception of Honour among the British-Pakistani Community in Watford, United Kingdom*, PhD Thesis, University of Leeds, 2014

- Meulders-Klein T. (cur.), *Famille & Justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé: Actes du congrès international*, Bruylant, Bruxelles, 1997
- Mezey N., *The Paradoxes of Cultural Property*, in *Columbia Law Review*, vol. 107, 2007, pp. 2004-2024
- Michaels R., *Global Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law & Social Sciences*, vol. 5, 2009, pp. 243-262
- Michaels R., Jansen N., *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, n. 4, 2006, pp. 843-890
- Miller R.A., Zumbansen P. (curr.), *Comparative Law as Transnational Law: A Decade of the German Law Journal*, Oxford University Press, New York – Oxford, 2012
- Miranda A., *Le modèle italien: la privatisation des rapports familiaux face aux développements sociaux*, in O. Roy (cur.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2011, pp. 93-105
- Miranda A., *Il governo della famiglia*, in P. Cendon (cur.), *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove responsabilità e nuovi danni*, vol. I, Cedam, Padova, 2005, pp. 461-477
- Miranda A., *La privatizzazione del diritto di famiglia: l'esperienza di common law*, in F. Brunetta D'Usseaux, A. D'Angelo (curr.), *Matrimonio, matrimonii, l'Alambicco del Comparatista*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 369-392
- Mnookin R.H., *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 39, n. 3, 1975, pp. 226-293
- Mnookin R.H., Kornhauser L., *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, in *The Yale Law Journal*, vol. 88, n. 5, 1979, pp. 950-997
- Montesquieu C.L., *De l'Esprit des loix ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce, & c.*, vol. I, Garnier-Frères, Libraires-Editeurs, Paris, 1871 (ed. orig. Barillot et fils, Genève, 1748)
- Moon R.J. (cur.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, UBC Press, Vancouver – Toronto, 2008
- Moore S.F., *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010
- Moore S.F., *Legal Pluralism as Omnium Gatherum*, in *FIU Law Review*, vol. 10, 2015, pp. 5-18
- Moore S.F., *General Introduction*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010, pp. 1-4

- Moore S.F., *Henry Maine: The Contrast between Archaic and Modern Law*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010, pp. 20-23
- Moore S.F., *Lewis Henry Morgan: Evolutionist, Ethnographer, Lawyer*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010, pp. 24-27
- Moore F.S., *Emile Durkheim: Collective Consciousness and Law*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010, pp. 40-52
- Moore S.F., *Introduction to the Early Classics of Legal Ethnography*, in Id. (cur.), *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Malden – Oxford – Victoria, 2010, pp. 67-76
- Moore S.F., *Social Facts and Fabrications: 'Customary' Law on Kilimanjaro 1880-1980*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986
- Moore S.F., *Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in *Law & Society Review*, vol. 7, 1973, pp. 719-746
- Morgan L.H., *Ancient Society*, Henry Holt & Co., Chicago, 1877
- Morgan L.H., *League of the Iroquois*, Sage and Brother Publishers, Rochester, 1851
- Morra L., Pasa B. (curr.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Giappichelli, Torino, 2015
- Moscato L., *Tra 'copyright' e 'droit d'auteur'. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Satura Editrice, Napoli, 2012
- Mudu P., *Resisting and Challenging Neoliberalism: The Development of Italian Social Centers*, in *Antipode*, vol. 36, n. 5, 2004, pp. 917-941
- Müller D.C. (cur.), *The Oxford Handbook of Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2013
- Mumford L., *The City in History. Its Origin, its Transformations and its Prospects*, Brace & World, New York – Harcourt, 1961
- Murayama M., *Experiences of Problems and Disputing Behaviour in Japan*, in *Meiji Law Journal*, vol. 14, 2007, pp. 1-59
- Nader L., *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003
- Nader L., *Comment*, in A.L. Levin, R.R. Wheeler (curr.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, West Publishing Co., St. Paul, 1979, pp. 114-119
- Nader L., Todd H. (curr.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, Columbia University Press, New York, 1978

Nafziger J.A.R., Kirkwood Paterson R., Dundes Renteln A., *Cultural Law: International, Comparative, and Indigenous*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010

Nafziger J.A.R., Paterson R. (curr.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014

Nelken D., *Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, n. 2, 2008, pp. 443-471

Nelken D., *Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law*, in *Legal Studies*, vol. 4, n. 2, 1984, pp. 157-174

Nelson J., *Household Economies of Scale in Consumption: Theory and Evidence*, in *Econometrica*, vol. 56, n. 6, 1988, pp. 1301-1314

Newman D., *Attitudes to Justice in a Rural Community*, in *Legal Studies*, vol. 36, n. 4, 2016, pp. 591-612

Nichols J.A. (cur.), *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

Nichols J.A., *Multi-Tiered Marriage: Ideas and Influences from New York and Louisiana to the International Community*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2007, pp. 135-196

Niehof A., *Conceptualizing the Household as an Object of Study*, in *International Journal of Consumer Studies*, vol. 35, n. 5, 2011, pp. 488-497

Niglia L. (cur.), *Pluralism and European Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013

Nivarra L., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010

Niyazov Y., Vogel C., Price R., Lund B., Judd D., Akil A., et al., *Open Access Meets Discoverability: Citations to Articles Posted to Academia.edu*, in *PLoS ONE*, vol. 11, n. 2, 2016, pp. 1-23

Novak A., *Comparative Executive Clemency: The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, Routledge, Abingdon, 2016

O'Keefe P.J., *Codes of Ethics: Form and Function in Cultural Heritage Management*, in *International Journal of Cultural Property*, vol. 7, n. 1, 1998, pp. 32-51

O'Rourke M., *Rethinking Remedies at the Intersection of Intellectual Property and Contract: Toward a Unified Body of Law*, in *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997, pp. 1137-1208

Ostrom E., *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge – New York, 1990

- Ovadia S., *Researchgate and Academia.Edu: Academic Social Networks*, in *Behavioral & Social Sciences Librarian*, vol. 33, n. 3, 2014, pp. 165-169
- Palmer N., *Litigation: The Best Remedy?*, in International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (curr.), *Resolution of Cultural Property*, Kluwer, Zürich, 2004, pp. 265-290
- Pardolesi R., Granieri M., *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e "liaisons dangereuses"*, in *Il Foro Italiano*, vol. 126, n. 10, 2003, pp. 193-216
- Pasa B., *Dal crittotipo all'implicito: diritto tacito, muto, vissuto?*, in L. Morra, B. Pasa (curr.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 51-69
- Pasa B., *Beni culturali (diritto dell'Unione Europea)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, UTET, Torino, 2010, pp. 73-101
- Pascuzzi G., *Il diritto dell'era digitale*, il Mulino, Bologna, 2010
- Pascuzzi G. (cur.), *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Cedam, Padova, 2004
- Pasta R.P.M., *"Dei delitti e delle pene" et sa fortune en Italie: les milieux juridiques et la lecture des philosophes*, in M. Porret (cur.), *Beccaria et la culture juridique de son temps*, Droz, Genève, 1997, pp. 119-148
- Paterson R.K., *The Art of the Sale: Museums and Deaccessioning*, in V. Vadi, H.E.G.S. Schneider (curr.), *Art, Cultural Heritage and the Market. Ethical and Legal Issues*, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 273-295
- Pattaro E., Roversi C. (curr.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Civil law World*, vol. II, Main Orientations and Topics, Springer, Dordrecht, 2016
- Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984
- Pearl D., *Family Law and the Immigrant Communities*, Jordan & Sons, Bristol, 1986
- Pearl D., Menski W., *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998
- Perelli- Harris B., Sánchez Gassen N., *How Similar Are Cohabitation and Marriage? Legal Approaches to Cohabitation across Western Europe*, in *Population and Development Review*, vol. 38, n. 3, 2012, pp. 435-467
- Pérez G.M., *The Other "Real World": Gentrification and the Social Construction of Place in Chicago*, in *Urban Anthropology and Studies of Cultural Systems and World Economic Development*, vol. 31, n. 1, 2002, pp. 37-68
- Perra F.M., *Illustrazione sulle leggi sui monti di soccorso e sulle compagnie barracellari della Sardegna*, Tipografia del commercio, Cagliari 1895

- Pes L., *Teorie dello sviluppo giuridico: dal movimento di law and development all'esperienza neoliberale*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2012
- Pezzini B., *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. Morra, B. Pasa (curr.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 201-234
- Philbrick F.S., *Changing Conceptions of Property in Law*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 86, n. 7, 1938, pp. 691-732
- Phillips M., *Rural Gentrification and the Processes of Class Colonisation*, in *The Journal of Rural Studies*, vol. 9, n. 2, 1993, pp. 123-140
- Picardi N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007
- Pickerill J., Chatterton P., *Notes Towards Autonomous Geographies: Creation, Resistance and Self-management as Survival Tactics*, in *Progress in Human Geography*, vol. 30, n. 6, 2006, pp. 730-746
- Pierceson J., *Same-Sex Marriage in Canada and the U.S. The Role of Political and Legal Culture*, in *The American Review of Canadian Studies*, vol. 44, n. 3, 2014, pp. 321-333
- Pigliaru A., *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Il maestrale, Nuoro, 2000 (ed. orig. Giuffrè, Milano, 1959).
- Pinna G., *Il pastore sardo e la giustizia*, Fossataro, Cagliari, 1967
- Pino G., *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in P. Comanducci, R. Guastini (curr.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 203-227
- Pino-Branca A., *Le Compagnie dei barracelli in Sardegna*, Tipografia V. Musanti, Cagliari, 1915
- Pizzorusso A., *Le fonti costituzionali*, in A. Pizzorusso, S. Ferreri, *Le fonti del diritto italiano*, vol. I: *Le fonti scritte*, UTET, Torino, 1998, pp. 86-87
- Pizzorusso A., *Le fonti terziarie*, in A. Pizzorusso, S. Ferreri, *Le fonti del diritto italiano*, vol. I: *Le fonti scritte*, UTET, Torino, 1998, pp. 165-172
- Pizzorusso A. (cur.), *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems*, vol. 2, M. Nijhoff, Dordrecht-Boston – London, 1994
- Pizzorusso A., Ferreri S., *Le fonti del diritto italiano*, vol. I: *Le fonti scritte*, UTET, Torino, 1998
- Pleasence P., Balmer N.J., *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage and Cohabitation*, in *Law and Society Review*, vol. 46, n. 2, 2012, pp. 297-333

- Pollak R.A., *Allocating Time: Individuals' Technologies, Household Technology, Perfect Substitutes, and Specialization*, in *Annals of Economics and Statistics*, vol. 105-106, 2012, pp. 75-97
- Pollak R.A., *Bargaining around the Hearth*, in *Yale Law Journal Pocket Part*, vol. 116, 2007, p. 414-417
- Pollak R.A., *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 23, n. 2, 1985, pp. 581-608
- Porret M. (cur.), *Beccaria et la culture juridique de son temps*, Droz, Genève, 1997
- Pospíšil L., *Modern and Traditional Administration of Justice in New Guinea*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 13, n. 19, 1981, pp. 93-116
- Pospíšil L., *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Harper & Row, New York, 1971
- Pospíšil L., *Kapauku Papuans and their Law*, Human Relations Area Files Press, New Haven, 1964 (ed. orig. Yale University Press, New Haven, 1958)
- Pound R., *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12-36
- Pownall R.A.J., *Tefaf Art Market Report 2017*, The European Fine Art Foundation, Maastricht, 2017
- Pozzo B., Timoteo M. (curr.), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008
- Preziosi T., *Applying a Strict Discovery Rule to Art Stolen in the Past*, in *Hastings Law Journal*, vol. 49, n. 1, 1997, pp. 225-252
- Probert R., *Cohabitation: Current Legal Solutions*, in *Current Legal Problems*, vol. 62, n. 1, 2009, pp. 316-345
- Prott L.V., O'Keefe P.J., *'Cultural Heritage' or 'Cultural Property'?*, in *International Journal of Cultural Property*, vol. I, n. 2, 1992, pp. 307-322
- Prowda J.B., *The Perils of Buying and Selling Art at the Fair: Legal Issues in Title*, in V. Vadi, H.E.G.S. Schneider (curr.), *Art, Cultural Heritage and the Market. Ethical and Legal Issues*, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 141-163
- Quintana B.B., Floyd L. G., *Qué Gitano! Gypsies of Southern Spain*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1972
- Rai A.K., *Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 94, n. 1, 1999, pp. 77-152
- Raustiala K., Sprigman C., *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012

- Raustiala K., Sprigman C., *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, in *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 8, 2006, pp. 1687-1777
- Resek C., *Lewis Henry Morgan American Scholar*, Chicago University Press, Chicago, 1960
- Reutter M.A., *Artists, Galleries and the Market: Historical Economic and Legal Aspects of Artist-Dealer Relationships*, in *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, vol. 8, n. 1, 2001, pp. 99-135
- Rhoten D., Powell W.W., *The Frontiers of Intellectual Property: Expanded Protection vs. New Models of Open Science*, in *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 3, 2007, pp. 345-373
- Ricolfi M., *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Rivista di diritto industriale*, n. 1, 2002, pp. 511-525
- Rocco A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. I, 1910, pp. 497-521
- Rodotà S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013
- Rohe M., *Muslim Minorities and the Law in Europe: Chances and Challenges*, Global Media Publication, New Delhi, 2007
- Romagnoli E., *Diritto agrario*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. IV, UTET, Torino, 1990, pp. 9-33
- Romano S., *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed, Sansoni, Firenze, 1946 (ed. orig. Mariotti, Pisa, 1918)
- Romano S., *Lo Stato moderno e la sua crisi, discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico della R. Università di Pisa*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909
- Ronfani P., *La déjudiciarisation du contentieux familial*, in T. Meulders-Klein (cur.), *Famille & Justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé: Actes du congrès international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 43-59
- Rose C.M., *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, n. 3, 1986, pp. 711-781
- Rosenbaum L., *Artist Gallery Contracts: Scenes From a Marriage*, in *Art in America*, July-Aug. 1977, pp. 10-14
- Rosenfeld M., Sajó A. (curr.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012

- Rossi G., Zanuso F. (curr.), *Attualità e storicità del “Dei delitti e delle pene” a 250 anni dalla pubblicazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015
- Rouland N., *Anthropologie juridique*, trad. ingl. a cura di Philippe G. Planel, The Athlone Press, London, 1994
- Rousseau J.J., *Contrat Social ou Principes du droit politique*, Marc Michel Rey, Amsterdam, 1962 (ed. orig. Chez Mourer et Pinparé, Paris, 1797)
- Rubin P.H., Klumpp T., *Property Rights and Capitalism*, in D.C. Müller (cur.), *The Oxford Handbook of Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 204-219
- Ruffini J.L., *Disputing over Livestock in Sardinia*, in H.F. Todd, L. Nader (curr.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, Columbia University Press, New York, 1978, pp. 209-246
- Sacco R., *Il declino della distinzione e la visione dell’antropologo*, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (curr.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD Trento, 24-26 settembre 2015, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, vol. 24, Università degli Studi di Trento, Trento, 24, 2016, pp. 185-196
- Sacco R., *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007
- Sacco R., *Il diritto non scritto*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, vol. II: *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, UTET, Torino, 1998, pp. 5-78
- Sacco R., *Il diritto africano*, UTET, Torino, 1995
- Sacco R., *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli, Diritto e processo civile*, vol. 4, 1972, pp. 241-277
- Sacco R., Gambaro A., *Sistemi giuridici comparati*, 3^a ed., UTET, Torino, 2014
- Saks M.J., *Do We Really Know Anything about the Behavior of the Tort Litigation System—and Why Not?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, n. 4, 1992, pp. 1147-1292
- Saleilles S., *Le Code Civil et la méthode historique*, in *Le Code civil. Livre du Centenaire*, vol. I, Rousseau, Paris, 1904, pp. 97-129
- Sánchez Cordero J.A. (cur.), *La Convención de la UNESCO de 1970. Sus nuevos desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2013
- Sassen S., *Globalization and Its Discontents*, New Press, New York, 1998
- Sbriccoli M., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2009

- Scannell J.W., Blanckley A., Boldon H., Warrington B., *Diagnosing the Decline in Pharmaceutical R&D Efficiency*, in *Nature Reviews Drug Discovery*, vol. 11, n. 3, 2012, pp. 191-200
- Scarciglia R., *Metodi e comparazione giuridica*, Wolters Kluwer, Milano, 2016
- Schinasi J., *Practicing Privacy Online: Examining Data Protection Regulations through Google's Global Expansion*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 52, 2014, pp. 569-616
- Schiuma L., *Diritto d'Autore e normativa*, in *Enciclopedia Treccani XXI secolo*, vol. I, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009
- Scholfield P., Harris J. (curr.), *The Collected Works of Jeremy Bentham. Legislator of the World. Writings on Codification, Law, and Education*, Clarendon Press, Oxford, 1998
- Schönenberger B., *Restitution von Kulturgut: Anspruchsgrundlagen – Restitutionshindernisse – Entwicklung*, Staempfli, Bern, 2009
- Schrader S., *Informal Technology Transfer between Firms: Cooperation through Information Trading*, in *Research Policy*, vol. 20, 1991, pp. 153-170
- Scott J.C., *Domination and Arts of Resistance: Hidden Transcripts*, Yale University Press, New Haven, 1990
- Scott S., *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, in *Virginia Law Review*, Vol. 86, No. 8, 2000, pp. 1901-1970
- Seabright P., *Managing Local Commons: Theoretical Issues in Incentive Design*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7, n. 4, 1993, pp. 113-134
- Sebok A.J., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998
- Seelmann K., *Rechtsphilosophie*, trad. it. a cura di G. Stella, Guida Editore, Napoli, 2006
- Sen A., *Gender and Cooperative Conflicts*, Wilder, Helsinki, 1987
- Shaffer G., *How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework*, in *Connecticut Law Review*, vol. 42, n. 1, 2009, pp. 147-183
- Shah P., Foblets M.C., Rohe M. (curr.), *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2014
- Shah P.A., *In Pursuit of the Pagans: Muslim Law in the English Context*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 45, n. 1, 2013, pp. 58-75
- Silbaugh K., *Turning Labor into Love: Housework and the Law*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 91, 1996, pp. 1-86

- Simoni A. (cur.), *Stato di diritto e identità rom*, L'Harmattan Italia, Torino, 2005
- Singer J.B., *The Privatization of Family Law*, in *Wisconsin Law Review*, vol. 5, 1992, pp. 1443-1567
- Singer K.B., *"Sotheby's Sold Me a Fake!"- Holding Auction Houses Accountable for Authenticating and Attributing Works of Fine Art*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 23, 1999-2000, pp. 439-455
- Smart H.M.J., *The Place of Islamic Law within the Framework of the Sierra Leone Legal System*, in *African Law Studies*, vol. 12, n. 18, 1980, pp. 87-102
- Smith A., *The Wealth of Nations*, Bantam Books, New York, 2003, (inizialmente pubblicato con il titolo "*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*", ed. orig. W. Strahan and T. Cadell, London, 1776)
- Smith N., Williams P. (curr.), *Gentrification of the City*, Allen & Unwin, Boston, 1986
- Smits J., *A Radical View of Legal Pluralism*, in L. Niglia (cur.), *Pluralism and European Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, pp. 161-171
- Snyder F., *Governing Economic Globalization: Global Legal Pluralism and European Union Law*, in *European Law Journal*, vol. 5, n. 4, 1999, pp. 334-374
- Snyder F., *Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 13, n. 19, 1981, pp. 49-90
- Solomon S.E., Rothblum E.D., Balsam K.F., *Money, Housework, Sex, and Conflict: Same-Sex Couples in Civil Unions, Those Not in Civil Unions, and Heterosexual Married Siblings*, in *Sex Roles*, vol. 52, n. 9/10, 2005, pp. 561-575
- Soni S., *'Izzat' and the Shaping of the Lives of Young Asians in Britain in the 21st Century*, University of Birmingham, Birmingham, 2013
- Sordi B., *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (curr.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD Trento, 24-26 settembre 2015, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, vol. 24, Università degli Studi di Trento, Trento, 24, 2016, pp. 3-19
- Spirito U., *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Sansoni, Firenze, 1974
- Stamatoudi I.A., *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011
- Starr J., *The 'Invention' of Early Legal Ideas: Sir Henry Maine and the Perspective Tutelage of Women*, in J. Starr, J.F. Collier (curr.), *History and Power in the Study of Law: New Direction in Legal Anthropology*, Cornell University Press, Ithaca, 1989, pp. 345-368

- Starr J., Collier J.F. (curr.), *History and Power in the Study of Law: New Direction in Legal Anthropology*, Cornell University Press, Ithaca, 1989
- Stolfi N., *La Proprietà intellettuale*, 2^a ed., vol. I, UTET, Torino, 1915
- Stringham E.P., *Private Governance. Creating Order in Economic and Social Life*, Oxford University Press, Oxford, 2015
- Summers R.S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca – New York, 1982
- Sumner W.G., *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usage, Manners, Customs, Mores and Morals*, Ginn, Boston, 1906
- Sutherland A., *Gypsies: The Hidden Americans*, Tavistock Publications, London, 1986
- Sutphin S.Z., *Social Exchange Theory and the Division of Household Labor in Same-Sex Couples*, in *Marriage & Family Review*, vol. 46, n. 3, 2010, pp. 191-206
- Sway M., *Familiar Strangers: Gypsy Life in America*, University of Illinois Press, Urbana – Chicago, 1988
- Swennen F. (cur.), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Springer, Cham, 2015
- Swennen F., *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, in Id. (cur.), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Springer, Cham, 2015, pp. 1-59
- Tamanaha B.Z., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, pp. 375-411
- Tamanaha B.Z., *The Folly of “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, vol. 20, n. 2, 1993, pp. 192-217
- Tarello G., *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 25, n. 1, 1971, pp. 1-18
- Taş L., *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and The Kurdish Peace Committee*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2014
- Taş L., *Kurdish ‘Unofficial’ Family Law in the Gurbet*, in P. Shah, M.C. Foblets, M. Rohe, (curr.), *Family, Religion and Law: Cultural Encounters in Europe*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2014, pp. 209-235
- Teubner G., (cur.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997
- Teubner G., *“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society*, in Id. (cur.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 3-28

- Thernstrom S., Orlov A., Handlin O., (curr.), *Harvard Encyclopedia of American Ethnic Groups*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London, 1980
- Thibaut A.F.J., *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts in Deutschland* (ed. orig. Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814) in A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, *Thibaut und Savigny: ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Franz Vahlen, München, 2002, pp. 37-60
- Thomson J., *Family Law in Scotland*, Butterworths, London, 1987
- Thon A., *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Bohlau, Weimar, 1878, pp. X-XI
- Tocqueville A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, Les Éditions Gallimard, Paris, 1952 (ed. orig. Michel-Lévy frères, Paris, 1856)
- Todd H.F., *Litigious Marginals: Character and Disputing in a Bavarian Village*, in H.F. Todd, L. Nader (curr.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, Columbia University Press, New York, 1978, pp. 86-121
- Toscano M., Filho F., *Westphalia: a Paradigm? A Dialogue Between Law, Art, and Philosophy of Science*, in R.A. Miller, P. Zumbansen (curr.), *Comparative Law as Transnational Law: A Decade of the German Law Journal*, Oxford University Press, New York – Oxford, 2012, pp. 57-73
- Treves R., *Sociologia del diritto. Origini, problemi, ricerche*, Einaudi, Torino, 1993
- Trigg E.B., *Gypsy Demons and Divinities: The Magic and Religion of the Gypsies*, Sheldon Press, New York, 1973
- Tuveri G.B., *La questione barracellare*, Tipografia A. Timon, Cagliari, 1861
- Twining W., *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2010, pp. 473-517
- Twining W., *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, London – Edinburgh – Dublin, 2000
- Ubertazzi L.C., *Diritto d'autore*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, pp. 366-371, 450-461
- Unger R.M., *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, New York, 1976
- Vadi V., Schneider H.E.G.S. (curr.), *Art, Cultural Heritage and the Market. Ethical and Legal Issues*, Springer, Heidelberg, 2014

Vallas S.P., Kleinman D.L., *Contradiction, Convergence and the Knowledge Economy: The Confluence of Academic and Industrial Biotechnology*, in *Socio-Economic Review*, vol. 6, n. 2, 2008, pp. 283-311

van Criekingen M., *Towards a Geography of Displacement. Moving Out of Brussels' Gentrifying Neighbourhoods*, in *Journal of Housing and the Built Environment*, vol. 23, n. 3, 2008, pp. 199-213

van den Berghe P.L., *Pluralism*, in J.J. Honigmann, (cur.), *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Rand McNally, Chicago, 1973, pp. 959-977

van den Berghe C.J.J., *Le pluralisme juridique en droit romain*, in J. Gilissen (cur.), *Le pluralisme juridique*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 1971, pp. 89-103

van den Bergh G.C.J.J., *Legal Pluralism in Roman Law*, in *The Irish Jurist*, vol. 4, 1969, pp. 338-350

van den Bergh G.C.J.J. et al., *Staphorst en zijn Gerichten*, Boom Meppel, Amsterdam, 1980

van Praagh S., *View from the Succah: Religion and Neighbourly Relations*, in R.J. Moon (cur.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, UBC Press, Vancouver – Toronto, 2008, pp. 20-40

van Rossum W.M., *Religious Courts Alongside Secular State Courts: The Case of the Turkish Alevi*, in *Law, Social Justice & Global Development Journal*, vol. 2, 2008, pp. 1-17

van Vollenhoven C., *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië*, vol. I, E.J. Brill, Leiden, 1918

Vassalli F., *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 481-490

Venturini G., Bariatti S. (curr.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009

Vercellone C., *Capitalismo cognitivo. Conoscenza e finanza nell'epoca postfordista*, Manifestolibri, Roma, 2006

Vertovec S., *Anthropology of Migration and Multiculturalism: New Directions*, Routledge, London – New York, 2010

Vertovec S., *Introduction: New Directions in the Anthropology of Migration and Multiculturalism*, in Id. (cur.), *Anthropology of Migration and Multiculturalism: New Directions*, Routledge, London – New York, 2010, pp. 1-17

Villa V., *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna, 2003

Viola F., *Il diritto come pratica sociale*, Editoriale Jaca Book, Milano, 1990

- Viola F., *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974, pp. 23-50
- Viola F., Villa V., Urso M., *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974
- Viola F., Zaccaria G., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003
- Vivante C., *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Fratelli Bocca, Torino, 1893
- Vogel D., *Private Global Business Regulation*, in *Annual Review of Political Science*, vol. 11, n. 1, 2008, pp. 261-282
- von Benda-Beckmann F., *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, vol. 34, n. 47, 2002, pp. 37-82
- von Benda-Beckmann F., von Benda-Beckmann K., Griffiths A. (curr.), *The Power of Law in a Transnational World; Anthropological Enquiries*, Berghahn Books, Oxford – New York, 2009
- von Benda-Beckmann F., von Benda-Beckmann K., Griffith A. (curr.), *Spatializing Law. An Anthropological Geography of Law in Society*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009
- von Benda-Beckmann F., von Benda-Beckmann K., Griffiths A. (curr.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Ashgate, Aldershot – Burlington, 2005
- von Benda-Beckmann F., von Benda-Beckmann K., Wiber M.G. (curr.), *Changing Properties of Property*, Berghahn Books, New York – Oxford, 2006
- von Benda-Beckmann F., von Benda-Beckmann K., Griffiths A., *Introduction*, in Idd. (curr.), *The Power of Law in a Transnational World; Anthropological Enquiries*, Berghahn Books, Oxford-New York, 2009, pp. 1-29
- von Benda-Beckmann F., von Benda-Beckmann K., Griffith A., *Space and Legal Pluralism: An Introduction*, in Idd. (curr.), *Spatializing Law. An Anthropological Geography of Law in Society*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2009, pp. 1-29
- von Benda-Beckmann F., von Benda-Beckmann K., Wiber M.G., *The Properties of Property*, in Idd. (curr.), *Changing Properties of Property*, Berghahn Books, New York – Oxford, 2006, pp. 1-39
- von Gerber C.F., *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1865, trad. it. a cura di P. Lucchini, in C.F. von Gerber, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971
- von Gunten A., *Intellectual Property is Common Property: Arguments for the Abolition of Private Intellectual Property Rights*, Buch & Netz, Zürich, 2015

- von Hippel E., *Cooperation Between Rivals: Informal Know-How Trading*, in *Research Policy*, vol. 16, 1987, pp. 291-302
- von Hugo G.C., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Mylius, Berlin, vol. I, 1798, vol. II, 1799
- von Jhering R., *Der Zweck im Recht*, vol. I, trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1972 (ed. orig. Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1877)
- von Jhering R., *Der Kampf um's Recht*, Manz, Wien, 1921 (ed. orig. G.J. Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1872)
- von Savigny F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, trad. it. a cura di Vittorio Scialoja, Torino, Unione tipografico editrice, vol. I, 1886, (ed. orig. Bei Veit und Comp., Berlin, 1840)
- von Savigny F.C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Keip, Goldbach, 1997 (ed. orig. Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814)
- Walsh J.P., Cho C., Cohen W.M., *View from the Bench: Patents and Materials Transfers*, in *Science*, vol. 309, 2005, pp. 2002-2003
- Warraich S., *Migrant South Asian Muslims and Family Laws in England: An Unending Conflict*, MA Thesis, University of Warwick, 2001
- Watson P., *Sotheby's. The Inside Story*, Random House, New York, 1997
- Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. it. a cura di P. Rossi, Comunità, Milano, vol. I, 1980 (ed. orig. Mohr, Tübingen, 1922)
- Weinfeld M., *Like Everyone Else... But Different: The Paradoxical Success of Canadian Jews*, McClelland and Stewart, Toronto, 2001
- Weyrauch W.O. (cur.), *Gypsy Law. Romani Legal Traditions and Culture*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles – London, 2001
- Weyrauch W.O., *American Family Law in Transition*, The Bureau of National Affairs, Washington, 1983
- Weyrauch W.O., Bell M.A., *Autonomous Lawmaking: The Case of the "Gypsies"*, in *The Yale Law Journal*, vol. 103, n. 2, 1993, pp. 323-399
- White K.R., Stone T., *A Study of Alimony and Child Support Rulings with some Recommendations*, in *Family Law Quarterly*, vol. 10, n. 1, 1976, pp. 75-91
- Wiber M., Milley C., *After Marshall: Implementation of Aboriginal Fishing Rights in Atlantic Canada*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 39, n. 55, 2007, pp. 163-186

- Williams S.H., *Sticky Expectations: Responses to Persistent Over-Optimism in Marriage, Employment Contracts, and Credit Card Use*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 84, n. 2, 2009, pp. 733-791
- Williamson C.R., Kerekes C.B., *Securing Private Property: Formal versus Informal Institutions*, in *The Journal of Law & Economics*, vol. 54, n. 3, 2011, pp. 537-572
- Williamson O.E., *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, in *American Economic Review*, vol. 73, 1983, pp. 519-540
- Wilson I.M., *The Influence of Hobbes and Locke in the Shaping of the Concept of Sovereignty in Eighteenth Century France*, The Voltaire Foundation-Thorpe Mandeville House, Banbury, 1973
- Wolfe C.L., *Faith-Based Arbitration: Friend or Foe? An Evaluation of Religious Arbitration Systems and their Interaction with Secular Courts*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 1, 2006, pp. 427-469
- Woodman G.R., *What is the Commission About?*, in *Newsletter of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, vol. 14, 1987-1988, pp. 3-4
- Yilmaz I., *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States: Dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan*, Ashgate Publishing, Aldershot – Burlington, 2005
- Yilmaz I., *Muslim Law in Britain: Reflections in the Socio-legal Sphere and Differential Legal Treatment*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 20, n. 2, 2000, pp. 353-360
- Yngvesson B., *Making Law at the Doorway. The Clerk, the Court, and the Construction of Community in a New England Town*, in C.J. Greenhouse, B. Yngvesson, D.M. Engel, *Law and Community in Three American Towns*, Cornell University Press, Ithaca – London, 1994, pp. 54-90
- Zablocki B., *Alienation and Charisma: A Study of Contemporary American Communes*, Free Press, New York, 1980
- Zeno Zencovich V., Sandicchi G.B., *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6, 2002, pp. 971-1003
- Ziegert K.A., *The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, in *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979, pp. 225-270
- Zornberg L., *Beyond the Constitution: Is the New York Get Legislation Good Law*, in *Pace Law Review*, vol. 15, n. 3, 1995, pp. 703-784