

Scritti in onore di Mario G. Losano
Dalla filosofia del diritto
alla comparazione giuridica

a cura di
Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

aAccademia
university
press



«Diálogos» / 1



«Diálogos»

Incontri con la cultura giuridica latino-americana

1

Scritti in onore di Mario G. Losano
Dalla filosofia del diritto
alla comparazione giuridica

a cura di
Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

**Scritti in onore
di Mario G. Losano**

Volume pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Ferrara
e del programma Ramón y Cajal (RYC 2019-028316-I),
finanziato dall'Agencia Estatal de Investigación
del Gobierno de España e dal Fondo Sociale Europeo

© 2021

Accademia University Press
via Carlo Alberto 55
I-10123 Torino



prima edizione aprile 2021
isbn 978-88-31978-91-0
edizione digitale www.aAccademia.it/mariolosano

book design boffetta.com

Accademia University Press è un marchio registrato di proprietà
di LEXIS Compagnia Editoriale in Torino srl

Premessa		VII
Mario Losano: nota biografica		IX
L'America Latina nelle classificazioni giuscomparate: la tradizione giuridica contro-egemonica del <i>buen vivir</i> nell'area andina	Serena Baldin	3
Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica	Ermanno Calzolaio	18
I "ponti" per il trasferimento di dati EU-Usa: dai <i>Safe Harbour Privacy Principles</i> al <i>Privacy Shield</i>	Virgilio D'Antonio	34
Pluralismo giuridico e <i>Rule of Law</i>: un approccio fondato sul reciproco condizionamento tra fonti	Alessandra Facchi	63
Mario G. Losano tra Kelsen e Bobbio. Un dialogo infinito	Lorena Forni	85
Il metodo del e nel diritto pubblico comparato	Tommaso Edoardo Frosini	99
Il giudice disobbediente nel terzo millennio	Davide Galliani	115
Note su "sistema" e compilazione giustiniana	Paolo Garbarino	136
Mario G. Losano: un kelsenólogo no kelsenólatra	José Antonio García Sáez	178
Presupuestos históricos y epistemológicos de la <i>Begriffsjurisprudenz</i>	Joaquín Garrido Martín	207
Femminismo e diritto. Tra teoria critica e comparazione	Orsetta Giolo	230
Un caso di reinterpretazione del diritto islamico: il <i>khul'</i> nella prassi giurisprudenziale pakistana	Elisa Giunchi	250
Il diritto dello stato, le pretese della religione, e il governo del pluralismo normativo nelle costituzioni democratiche	Michele Graziadei	265
Los espacios y desafíos del análisis comparado en derechos humanos. Breves lecciones del legado comparatista de Mario G. Losano	Encarnación La Spina	288
Intelligenza artificiale e responsabilità per danni al consumatore in Brasile	Sabrina Lanni	306

Transhumanismo e identidad humana ante el reto de la revolución 4.0 de la inteligencia artificial	Fernando H. Llano Alonso	325
Ensayo de interpretación del pensamiento de Mario G. Losano: una lectura geo-filosófica del derecho	Luis Lloredo Alix	371
Lo <i>scientific State of Mind</i> del giurista: la comparazione quantitativa tra diritto e letteratura	Matteo Nicolini	390
El nuevo paradigma andino. Crisis del modelo unitario de organización territorial en América Latina	Giorgia Pavani	406
L'identità della Costituzione brasiliana del 1988 alla prova dell'analisi comparata (e della verifica empirica)	Lucio Pegoraro	425
La protección de datos personales en la sociedad de las Nuevas Tecnologías y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación	Antonio E. Pérez Luño	447
Mario Losano in Brasile: tra politica, sociologia e storia del diritto (2012-2018)	Gustavo Siqueira Silveira	468
La importancia del factor cultural en los matrimonios forzados	Ángeles Solanes Corella	478
Sull'identità del diritto latinoamericano	Alessandro Somma	497
Sicurezza e diritti nella <i>digital age</i>. La tecnologia: un'arma a doppio taglio nella lotta al terrorismo internazionale	Arianna Vedaschi	518
Il sapere giuridico come costruzione sociale e la formazione del giurista in America Latina	Virginia Zambrano	538
Big Data e epistemologia giuridica	Vincenzo Zeno-Zencovich	574
Elenco opere (2017-2020)		587

Mario Losano è notoriamente uno studioso eccellente, la cui produzione scientifica sconfinava nei più disparati campi del sapere giuridico e oltre. Lo abbiamo apprezzato e lo apprezziamo quando arricchisce le nostre conoscenze nella filosofia del diritto, nella teoria generale del diritto, nella storia del diritto, nell'informatica giuridica, nel diritto comparato, nella filosofia politica, solo per citare i settori nei quali è una riconosciuta autorità scientifica. Al suo attivo conta manuali di grande successo e diffusione, innumerevoli libri e saggi considerati un imprescindibile punto di riferimento nelle materie a cui sono dedicati, edizioni critiche di materiali rinvenuti nel corso di minuziose ricerche di archivio e traduzioni di testi. Il tutto frutto di lavoro sul campo, alla ricerca di fonti ma anche e soprattutto della condivisione di esperienze ed emozioni.

È insomma un intellettuale, e anzi un raro esempio di intellettuale: i suoi lavori spiccano per la tensione interdisciplinare, oltre che per caratteristiche decisamente poco diffuse in un mondo sempre più animato da tecnocrati dediti all'iperspecializzazione. Possiede una invidiabile capacità di rendere comprensibili riflessioni e dati che per mole e complessità sarebbero altrimenti inaccessibili ai più. Inoltre è

mosso da un'autentica passione civile e politica, testimoniata da una ricca produzione di saggi dedicati ai temi politici e sociali più scottanti del momento. Anche per questo le fatiche di Mario sono tradotte in molte lingue, e il suo impegno premiato da onorificenze e dottorati honoris causa conferiti da prestigiose università europee e latinoamericane.

Gli autori e le autrici di questi Scritti in onore sono studiosi attivi nel diritto comparato, nella filosofia e nella teoria generale del diritto che hanno inteso celebrare, tra le tante, una particolare virtù di Mario: aver gettato un ponte tra questi campi del sapere, con riflessioni che li hanno arricchiti, trasformati, resi migliori. Come gli studiosi e le studiose che hanno avuto la fortuna di incontrare l'Onorato, di attingere da una inesauribile fonte di conoscenza e umanità.

Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

L'America Latina nelle classificazioni giuscomparate: la tradizione giuridica contro-egemonica del *buen vivir* nell'area andina

Serena Baldin*

1. Premessa introduttiva

3

L'America Latina al giorno d'oggi si presenta agli osservatori esterni come un laboratorio di proposte giuridiche originali e concettualmente distanti da quelle di provenienza occidentale. Questo dato contrasta con la risalente immagine, peraltro ancora piuttosto diffusa, secondo cui il diritto latinoamericano sarebbe inferiore o subordinato a quello proprio della *western legal tradition*.

Dall'osservatorio europeo, nelle prime ricostruzioni giuscomparate il subcontinente non è nemmeno considerato¹. Oppure, quando viene preso in considerazione, si tende a negare un'identità propria e autonoma a quest'area geo-giuridica, sussumendola all'interno di sottocategorie nell'ambito di classificazioni di tenore etnocentrico. L'America Latina rileva così come sottotipo della famiglia di *civil law* rappresentata dal "gruppo latino" (inclusente Francia, Belgio, Italia, Spagna, Portogallo e Romania); o solleva in-

* Serena Baldin è professoressa associata presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università degli Studi di Trieste. E-mail: serena.baldin@dispes.units.it

1. Si v. Pierre ARMINJON, Boris NOLDE, Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

terrogativi in merito al riconoscimento di una certa originalità nei confronti della famiglia romano-germanica, alla quale comunque si associa in virtù della recezione dei codici ottocenteschi di derivazione francese e tedesca, ma senza trascendere in ragionamenti più accurati; o ancora si asserisce che, in chiave storica, non si possa parlare dell'esistenza di un sistema giuridico latinoamericano con sue proprie distinte caratteristiche indigene che lo differenzino dagli altri sistemi².

Insomma: paesi «non abbastanza europei per essere considerati davvero parte integrante di quella tradizione giuridica, ma neanche abbastanza esotici per esibire qualche peculiarità tale da far valere l'eccezione "culturale"»³. Una minorità tale da compromettere l'autonomia di quest'area del mondo nelle classificazioni giuridiche e aggravata dalle recezioni mal riuscite degli istituti importati.

Attualmente l'America Latina è un'area a cui si rivolge maggiore interesse, tanto da meritare una trattazione apposita all'interno degli studi di settore. In Italia, il precursore di queste indagini è Mario Losano. In chiave storico-filosofica, l'autorevole studioso sottolinea le originalità del sistema giuridico latinoamericano a partire da tre considerazioni. In primo luogo, il fatto che la colonizzazione europea operò sulla base di concezioni politiche e di strumenti tecnici ben diversi da quelli che connoteranno in seguito altre esperienze di dominio in Africa e Asia. In subordine, l'assenza di sistemi giuridici autoctoni forti, tanto che i conflitti che si scateneranno tra madrepatria e colonie nel XIX secolo coinvolgeranno soprattutto persone della stessa cultura. E, infine, all'indipendenza quasi concomitante delle colonie, tale da favorire equilibri originali in merito all'applicazione del diritto occidentale⁴. Con riguardo ai trapianti giuridici

2. V. rispettivamente Adhémar ESMEIN, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, «Nouvelle Revue historique de droit français et étranger», 1900, n. 24, p. 495; René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, IV ed., Padova, Cedam, 1994, p. 61; Konrad ZWIEGERT, Hein KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 140; Adolfo ALVARADO VELLOSO, Voce *Diritto dei Paesi latino-americani*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, Treccani, 2007, p. 2.

3. Così Giovanni MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano*, «Rivista critica del diritto privato», 2011, n. 2, p. 163 s.

4. Cfr. Mario G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 175 ss.

li intervenuti, si avverte poi che essi non debbano trarre in inganno, dato che il recepimento del diritto straniero si sviluppa anche secondo modalità inedite, confacenti agli obiettivi prefissati⁵; e che le deviazioni dai prototipi occidentali non sono necessariamente testimonianze di una cronica inferiorità del Sud del mondo, bensì il possibile risultato di cattive influenze provenienti dai paesi esportatori di quegli schemi giuridici⁶.

I significativi mutamenti registrati negli anni a ridosso del XXI secolo hanno ulteriormente sollecitato ricerche finalizzate a valutare l'impatto di queste profonde ristrutturazioni sul piano della sistemologia. Ciò in quanto le innovazioni poste in essere fanno affiorare delle specificità proprie del mondo latinoamericano che lo allontanano ancora di più dalla cultura giuridica occidentale. Tale fenomeno si registra in particolare in quelle costituzioni dove si è provveduto a riconoscere ufficialmente il diritto consuetudinario indigeno affermando la vigenza delle *costumbres* e dei sistemi di giustizia ancestrali. Peraltro, negli studi di taglio giuscomparato le considerazioni sugli apporti della normatività spontanea risultano ancora marginali, con qualche rara eccezione⁷.

I caratteri comuni agli ordinamenti dell'area, tali da configurare un autonomo sistema giuridico, si individuano nell'unità sistematica dei codici civili, nel rinvio ai principi generali del diritto, nella centralità dell'individuo in seno al diritto civile (nelle molteplici vesti che lo riguardano: cittadino, coniuge, lavoratore, consumatore, ecc.), nel ruolo dei

5. Così LOSANO, *op. cit.*, p. 177.

6. Cfr. Alessandro SOMMA, *Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali*, «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2018, n. 1, p. 67 ss. Sulla presunta inferiorità del diritto latinoamericano rispetto a quello euro-statunitense, v. Alessandro SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 114 ss.; Id., *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, in *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, 2012, n. 5, p. 1 ss.; Jorge L. ESQUIROL, *The Failed Law of Latin America*, «American Journal of Comparative Law», 2008, n. 56, p. 76 ss.

7. Tra cui si staglia l'opera di H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, IV ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 61 ss. Nella dottrina italiana, si rinvia a Sabrina LANNI, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in EAD. (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, Esi, 2011, p. 7 ss.; e, della stessa Autrice, v. *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 2013, p. 159 ss.

giuristi e in specie del formante dottrinale nello sviluppo di tale sistema, nell'apertura verso i diritti indigeni, nell'attenzione alla tutela sostanziale e processuale della persona, nelle nuove idee di democrazia e partecipazione nella gestione degli interessi del popolo, nella capacità di combinare fra loro vecchi e nuovi modelli di costituzioni⁸.

Nell'alveo del diritto pubblico, si constata che le proposte tassonomiche rintracciabili nella manualistica nostrana non sono particolarmente incisive sotto il profilo della loro prescrittività. La classificazione delle forme di Stato risente dell'evoluzione storica osservabile in Europa e fatica a trovare criteri idonei a raggruppare, secondo analogie e differenze, paesi di continenti che il pensiero hegeliano ha completamente rimosso a causa dell'asserita inferiorità dei loro abitanti, vale a dire America Latina e Africa⁹. Non sorprendono allora le categorie impiegate, soprattutto nel passato, che vanno sotto le etichette di Stati in via di sviluppo o del Terzo mondo o di nuova indipendenza. Esse sono sprovviste di validità prescrittiva in quanto considerate delle mere appendici residuali rispetto alle classificazioni riguardanti il Primo mondo (i paesi democratici e capitalisti) e il Secondo (i paesi socialisti e comunisti).

La giustificazione addotta è che questi ordinamenti sembrano «operare in una “dimensione” di tempo e di ambiente nettamente diversa, con un ritardo [...] che alle volte supera anche il secolo di progresso civile» rispetto agli Stati di democrazia classica, talché ci si interroga se sia comparativamente valido porli sullo stesso piano di indagine utilizzando gli schemi giuridici delle forme di Stato¹⁰. Ciò non esime dallo studio di alcuni loro aspetti distintivi, per dimostrare come le differenze socio-economiche abbiano inciso sulle strutture costituzionali poste in essere dai colonizzatori, conducendo poi alla deformazione degli istituti tipici della forma di governo parlamentare¹¹. Un approccio analogo

8. Cfr. Sabrina LANNI, Voce *Sistema giuridico latinoamericano*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile – Aggiornamento*, vol. X, Torino, Utet, 2016, p. 715 s.

9. Cfr. Enrique DUSSEL, *L'occultamento dell'“altro”. All'origine del mito della modernità*, Celletto, La Piccola Editrice, 1993, p. 33 ss.

10. Si v. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, VI ed. riv., Milano, Giuffrè, 1988, p. 100 s.

11. *Amplius*, BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, p. 100 ss.

connota le osservazioni di chi individua gli elementi comuni a gran parte di questi Stati nell'avere subito la colonizzazione, nel sottosviluppo economico-sociale, nella debolezza dell'identità nazionale¹², mentre altra dottrina puntualizza che essi andrebbero diversificati in due gruppi, a seconda che abbiano vissuto o meno l'esperienza del dominio coloniale e della decolonizzazione, quantunque si sostenga che non offrano soluzioni originali sul piano istituzionale¹³.

Tenendo conto delle novità costituzionali più recenti, i paesi latinoamericani sarebbero ora inseribili nella forma di Stato di derivazione liberale per i loro connotati e contenuti, con l'avvertenza però che essi «risultano tuttavia accompagnati dalla enunciazione di fini e obiettivi caratteristici della forma di Stato della modernizzazione in quanto declinazioni normative di un diffuso auspicio dello sviluppo istituzionale, economico e sociale»¹⁴. A cui si aggiunge la considerazione della propensione di buona parte dei paesi latinoamericani per la forma di governo presidenziale, in una versione però lontana dall'archetipo statunitense, in quanto contaminata da elementi autoctoni come il *caudillismo* e la correlata esaltazione del “capopopolo” quale *leader* indiscusso¹⁵.

7

12. Cfr. Mauro VOLPI, *Le forme di Stato*, in Giuseppe MORBIDELLI, Lucio PEGORARO, Angelo RINELLA, Mauro VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 295.

13. Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova, Cedam, 2013, p. 184.

14. Così Luca MEZZETTI, *L'America Latina*, in Paolo CARROZZA, Alfonso DI GIOVINE, Giuseppe Franco FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 463.

15. Si v. Anna MASTROMARINO, *Esperienze costituzionali dell'America Latina*, in Alfonso DI GIOVINE, Alessandra ALGOSTINO, Fabio LONGO, Anna MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Le Monnier Mondadori, 2017, p. 445 ss. Peraltro, secondo Marquardt la cultura politica personalistica e carismatica che va sotto il nome di *caudillismo* viene erroneamente invocata da chi intende negare il contributo latinoamericano all'evoluzione storica dello Stato costituzionale moderno. Si tratterebbe infatti di uno stereotipo attribuito alla regione assieme ad altri elementi. Lo studioso ricorda che la parola *caudillo*, ossia *leader*, nel suo nucleo originario rinvia alla funzione classica di qualsiasi governo, chiamato a guidare il processo politico, mentre la sua attuale valenza comporta il fatto di non distinguere in modo appropriato le figure dei presidenti moderati che operano nel rispetto della costituzione da quelle dei dittatori. Cfr. Bernd MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ibáñez, 2016, p. 50 ss.

2. Le proposte classificatorie relative al *buen vivir* andino

A seguito della costituzionalizzazione del *buen vivir* o *sumak kawsay* in Ecuador (cost. 2008) e dell'analogo concetto espresso con i termini *vivir bien* o *suma qamaña* in Bolivia (cost. 2009), la dottrina italiana ha avanzato alcune proposte classificatorie per delimitare in modo giuridicamente rilevante quest'area dell'America Latina.

I due paesi si stanno affermando come precursori di innovazioni tese a sostituire l'impianto giuridico di ascendenza europea con uno autenticamente andino, volto a garantire il *modus vivendi* dei nativi e ritenuto idoneo a opporsi agli effetti della globalizzazione neoliberale¹⁶, di cui si contestano le politiche socialmente irresponsabili e l'economia estrattivista, in quanto orientato alla «etnicità ecologica», ossia un'identità che si basa su una comune cosmovisione del rapporto fra esseri umani e natura¹⁷. Il rinnovamento si inserisce nel «*constitucionalismo experimental*», simbolo della rottura con il costituzionalismo occidentale. I nuovi assetti giuridici trovano legittimazione in meccanismi di natura partecipativa e interculturale, funzionali al dialogo fra tradizioni giuridiche diverse¹⁸.

Il concetto di *buen vivir* rinvia alla cosmovisione dei popoli indigeni ed è un termine che non può essere accostato all'idea occidentale di vivere bene o di benessere¹⁹. Letteralmente, nelle corrispettive lingue autoctone l'espressione *su-*

16. In origine il termine neoliberale, coniato da economisti tedeschi della Scuola di Friburgo per indicare una filosofia moderata rispetto al liberalismo classico e al sistema del *laissez-faire*, non ha una valenza negativa e intende dare enfasi a valori umanistici. È solo con la sua trasposizione in terra latinoamericana che il concetto assume un connotato negativo, inizialmente rivolto alle politiche economiche adottate in Cile sotto il governo Pinochet e da qui diffusosi agli altri paesi; v. Taylor C. BOAS, Jordan GANS-MORSE, *Neoliberalism: From new Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan*, «Studies in Comparative International Development», 2009, n. 44, p. 139.

17. Si v. Michele CARDUCCI, *Nomos, Ethnos e Kthonos nel processo: verso il tramonto del bilanciamento? Spunti dal dibattito latinoamericano*, «federalismi.it», 2014, n. 1, p. 2.

18. Cfr. Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 108 ss.; Michele CARDUCCI, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2012, n. 2, p. 320.

19. Si v. Gabriela WEBER, *Introducción*, in EAD. (coord.), *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, Quito, Centro de Investigaciones Ciudad-Observatorio de la Cooperación al Desarrollo en Ecuador, 2011, p. 13 ss.; LANNI, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, cit., p. 80, n. 146.

ma qamaña indica anima buona o vita degna, mentre *sumak kawsay* si traduce con esistenza bella. Con una perifrasi, l'idea sottesa è l'equilibrio fra ragione, sentimenti e istinti per vivere appieno l'esistenza²⁰. Nel passaggio da una struttura linguistica a un'altra, la comprensione di un istituto giuridico è sempre foriera di possibili equivoci o fraintendimenti. Tali pericoli si avvertono in misura maggiore trovandosi davanti alla sfida di tradurre un concetto che designa ben più di uno stile di vita. La sola interpretazione testuale del *buen vivir* non permette di cogliere gli aspetti fondamentali della concezione andina del mondo. In questa sede rileva la declinazione giuridica della cosmovisione, che impone un chiarimento di ordine semantico²¹.

In una dimensione lata, *buen vivir* indica la vita in armonia con la collettività e con la natura, dove la sfera privata e quella comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale, sono concepite come interdipendenti. Nel sistema di pensiero andino il benessere è possibile solo all'interno della comunità e nel rispetto della *Pacha Mama*²². L'idea di sviluppo rappresenta la modalità occidentale per una vita buona, che comprende il vivere sempre meglio; *buen vivir* è la modalità andina, che contempla l'esistenza armoniosa.

Il *buen vivir* si presta a molteplici linee di analisi. Attenta dottrina riconduce il *buen vivir* a ben sette categorie concet-

20. Per un approfondimento, v. Carolina SILVA PORTERO, *¿Qué es el buen vivir?*, in Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 116 ss.; Xavier ALBÓ, *Suma Qamaña = el buen convivir*, «Revista Obets», 2009, n. 4, p. 26 ss.; Josef ESTERMANN, «Vivir Bien» como utopía política. La concepción andina del «vivir bien» (Suma Qamaña/Allin Kawsay) y su aplicación en el socialismo democrático en Bolivia, «Anales de la Reunión Anual de Etnología», 2012, n. 24, p. 517 ss.; Silvia BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in Serena BALDIN, Moreno ZAGO (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, Filodiritto, 2014, p. 76 ss.

21. Sui nessi fra diritto comparato e linguistica e sui problemi traduttivi, nella vasta letteratura, v. almeno Rodolfo SACCO, Piercarlo ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., Torino, Utet, 2015, p. 25 ss.; Jeanne GAAKEER, *Iudex Translator: the Reign of Finitude*, in Pier Giuseppe MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2012, p. 252 ss.; Lucio PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bup, 2014, p. 78 ss.

22. Cfr. Omar Felipe GIRALDO, *El discurso moderno frente al «pachamamismo»: La metáfora de la naturaleza como recurso y el de la Tierra como madre*, «Polis», 2012, n. 33, p. 7; Luis MACAS, *El Sumak Kawsay*, in WEBER (coord.), *op. cit.*, p. 47 ss.; Julio M. PRIETO MÉNDEZ, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Quito, Cedec, 2013, p. 135 ss.

tuali. La prima è quella della tradizione giuridica indigena o ctonia, che pone enfasi sul legame olistico esistente fra gli esseri umani e la natura. La seconda prospettiva riguarda la politica economica, proponendo una via alternativa allo sviluppo di tipo occidentale. E ancora, la cosmovisione andina sostituisce quella di matrice statunitense del *nomos* della Terra mediante un diverso modo di governare un paese; può collocarsi nella corrente del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano; contrassegna una nuova semantica della costituzione, distinta dagli stilemi occidentali; riflette un sapere che si aggiunge a quello dei colonizzatori e che va considerato per fondare una epistemologia del Sud, basata sulla democratizzazione, la demercantilizzazione e la demistificazione per scongiurare l'uso di categorie occidentali; infine, il *buen vivir* indica il superamento della ragion di Stato economica²³.

Vi è poi chi nel richiamo al *buen vivir* scorge una nuova forma di Stato, il cosiddetto *Caring State*, i cui criteri distintivi si ravvisano nel considerare i bisogni degli esseri umani in modo olistico, includendo anche aspetti emozionali e culturali derivanti dalla tradizione ancestrale, e nel rifiutare il modello neoliberale dominante. La concezione dello Stato sociale evolve tanto da includere e prendersi cura dei diritti di gruppo e pervenendo al riconoscimento di nuove soggettività giuridiche, compresa la natura²⁴. Se da una prospettiva formale tale soluzione sembra collocarsi nell'alveo dello Stato democratico-pluralista, dal punto di vista sostanziale il *Caring State* rappresenterebbe invece un'esperienza originale, non riconducibile ad altre forme di Stato²⁵.

Sempre i due paesi andini sollecitano un'ulteriore proposta classificatoria, battezzata con il *nomen* di Stato interculturale. Le caratteristiche principali di tale categoria si

23. Così Michele CARDUCCI nel suo intervento nell'ambito del seminario internazionale "Il recepimento della tradizione giuridica autoctona nel nuovo costituzionalismo latinoamericano", svoltosi a Ravenna il 9 aprile 2013.

24. Questa forma di Stato connoterebbe pure Sudafrica e Buthan. Cfr. Silvia BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State?*, in EAD. (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latinoamericano*, Bologna, Filodiritto, 2013, p. 19 ss.

25. Cfr. LUCIO PEGORARO, Angelo RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 69.

colgono nella diversità culturale, assunta a fondamento dello Stato plurinazionale comunitario, dove l'interculturalità rappresenta lo strumento per la coesione e la convivenza armoniosa ed equilibrata tra tutti i popoli e le nazioni avendo rispetto per le differenze e a parità di condizioni, nonché nell'incorporazione nello Stato di alcuni valori delle comunità indigene, come pure nell'applicazione pratica dell'interculturalità nelle istituzioni mediante le politiche attive del governo²⁶.

Ad avviso di chi scrive, il *buen vivir* dà vita e sostanza a quella che si è voluta denominare tradizione giuridica contro-egemonica, impiegando come chiave di lettura le riflessioni di Boaventura de Sousa Santos sul diritto cosmopolitico subalterno, teoria sensibile alle istanze dei soggetti emarginati ed emblema delle pratiche *bottom up* resistenti alla globalizzazione neoliberale e all'esclusione sociale.

Il diritto cosmopolitico subalterno o degli oppressi è un progetto culturale, politico e sociale con all'interno un elemento giuridico. È da vari decenni che alcuni movimenti propongono concezioni diverse dello sviluppo mondiale e lottano per contrastare gli esiti economici, politici e sociali della globalizzazione²⁷. Lo sfruttamento economico delle risorse naturali, in specie, incide in modo diseguale sulle condizioni di vita degli esseri umani, portando benefici solo a una piccola parte di essi. In questo modo si alimentano conflitti ecologico-distributivi o di giustizia ambientale.

I movimenti indigeni partono da logiche precedenti al capitalismo per immaginare alternative postcapitalistiche. La globalizzazione contro-egemonica mette in discussione quella dominante neoliberale, fondata sul mercato non regolato come fonte di benessere e come standard rispetto al quale misurare tutte le altre alternative. La contro-egemonia ruota attorno alla redistribuzione di risorse materiali e anche culturali e simboliche, difendendo tali idee a livello politico e giuridico. Il diritto che voglia proporsi con succes-

26. Cfr. Silvia BAGNI, *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in Silvia BAGNI, Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA, Giorgia PAVANI (coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoararo*, t. II, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 137 ss.

27. Cfr. Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Casi di diritto emancipatorio*, «Democrazia e Diritto», 2004, n. 2, p. 160 ss.; Id., *Può il diritto essere emancipatorio? Una riflessione teorica*, «Democrazia e diritto», 2004, n. 1, p. 32 ss.

so in un contesto contro-egemonico deve sottostare a una profonda revisione, riconducibile a due profili.

Il primo aspetto comprende la ricerca delle tradizioni giuridiche non egemoniche per valutare se sia possibile il loro impiego nelle lotte avverso il neoliberismo. La tradizione è un'opera di rappresentazione del reale basata su un insieme di dati appresi in precedenza²⁸. Essa sottende la volontà di ricordare attraverso la contemporaneità che situa la memoria nel presente²⁹. Nell'ambito degli studi giuscomparati, le tradizioni giuridiche affiancano e talvolta sostituiscono le categorie più risalenti di famiglie e sistemi giuridici. Il loro utilizzo consente di riflettere sul fenomeno diritto dal punto di vista storico e culturale emancipandosi dai confini statali e facendo leva sulla mentalità e sui valori, che conducono a un certo tipo di regole giuridiche e a un certo loro uso³⁰.

La tradizione più antica, quella ctonia, si presta bene all'uso in un contesto contro-egemonico. Non è un caso se il fulcro dei movimenti ecologisti di tutto il mondo ruoti attorno alla cultura ancestrale, atta a rivalutare il rapporto con l'ambiente. Alle attuali pretese dei popoli indigeni sul diritto alla terra si aggiunge l'aspirazione comune alla concezione della terra e dell'acqua come beni non mercificabili: una visione che assume il rapporto individuo-natura come simbiotico e si distanzia dalla logica capitalistica³¹.

Il secondo profilo del diritto cosmopolitico subalterno implica la ricerca degli elementi che consentono l'uso contro-egemonico di uno strumento egemonico come il diritto, ad esempio con atti di disobbedienza civile, scioperi, manifestazioni di piazza, azioni dimostrative rivolte ai media. A un livello più profondo, la legalità cosmopolita si estrinseca nel pluralismo giuridico. La visione classica del pluralismo

28. Cfr. GLENN, *op. cit.*, p. 5 ss.; Giovanni MARINI, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, «Pòlemos», 2010, n. 1, p. 39.

29. Si v. Pier Giuseppe MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 43.

30. V. H. Patrick GLENN, *La tradition juridique nationale*, «Revue internationale de droit comparé», 2003, n. 2, p. 263 ss.; Alessandro SOMMA, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 161 ss.; Id., *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», 2004, n. 109, p. 170 ss.; MARINI, *op. cit.*, p. 39.

31. Cfr. LANNI, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, cit., p. 49.

sottende la compresenza nello stesso ambito di più centri di produzione del diritto, legati al territorio (da cui il pluralismo istituzionale e pure sovranazionale) o alle diversità etnico-culturali (con un pluralismo giuridico che dà risalto alle norme dei vari gruppi). I diversi centri di produzione delle regole sono intesi come entità separate coesistenti nello stesso spazio politico e dove i conflitti sono apparenti, in quanto la norma da applicare al caso concreto è individuata sulla base di criteri prestabiliti³².

3. Alcuni profili della tradizione giuridica contro-egemonica del *buen vivir*

Negli studi sulle tradizioni giuridiche, l'obiettivo precipuo è quello di individuare le loro varie componenti e le relative combinazioni, nonché la teoria che dà un senso coerente e legittima l'intreccio da cui scaturisce una tradizione³³. La tradizione giuridica simboleggia un complesso di atteggiamenti profondamente radicati e condizionati dalla storia, relativi alla natura del diritto e al suo ruolo nella società, nonché all'organizzazione e al funzionamento di un sistema giuridico, e al modo in cui il diritto deve essere fatto, applicato, studiato, perfezionato e pensato. In questo senso, la tradizione pone il sistema giuridico in una prospettiva culturale³⁴.

La dottrina più attenta scorge l'emersione di una tradizione giuridica propriamente latinoamericana. La sua originalità risiede nel tentativo di limitare la diffusione dei modelli statunitensi mediante il recupero della dimensione sociale e la valorizzazione del crittotipo autoctono, ricollegandosi al costituzionalismo progressista di matrice fran-

13

32. Cfr. John GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, «Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law», 1986, n. 24, p. 1 ss.; Letizia MANCINI, *Introduzione all'antropologia giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 35 ss.; Maria Chiara LOCCHI, *Pluralism as a Key Category in Latin American Constitutionalism: Some Remarks from a Comparative Perspective*, «Comparative Law Review», 2017, n. 1, p. 4 ss.; Guido SMORTO, *Diritto comparato e pluralismo giuridico*, in Pietro CERAMI, Mario SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2013, p. 105 ss. (il quale, a p. 120, segnala che il riconoscimento a livello globale della dimensione pluralista del diritto comporta la persistenza di modelli esplicativi inadatti a descrivere la realtà).

33. Così MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche*, cit., p. 186.

34. Cfr. John Henry MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 9.

cese. Un'ulteriore tendenza, più radicale, che determina una identità latinoamericana «meticcica», si nota nelle ricostruzioni in cui l'elemento locale è servente ai processi di globalizzazione contro-egemonica che combattono le diseguaglianze, rivendicando forme di redistribuzione sociale nonché politiche di riconoscimento della diversità³⁵. Ecuador e Bolivia aderiscono a questo secondo orientamento.

Gli antropologi avvertono che il concetto di *sumak kawsay* (e le sue varianti traduttive) non ha precedenti storici nelle comunità autoctone. Per questo motivo si sostiene che il *buen vivir* sia una tradizione inventata, l'elaborazione di una risposta a tempi di crisi, a epoche di rapido cambiamento sociale, e dove il rinvio al passato serve a legittimare le scelte politiche³⁶. I richiami alla cosmovisione andina appaiono un'operazione delle *élites* indigene per coagulare il consenso elettorale attorno a un manifesto politico. Attingendo alla filosofia di vita dei nativi, alcune rappresentazioni vengono rielaborate e riproposte in uno schema unitario.

La costruzione giuridica del concetto si avvale inoltre degli apporti accademici, delle teorie ecofemministe, della *deep ecology*, delle critiche radicali allo sviluppo e altre teorie ancora³⁷. Il conferimento del *nomen* (*suma qamaña*, *sumak kawsay*, *buen vivir* o *vivir bien*) dà valore all'impianto intellettuale e celebra il passaggio dai grezzi dati sociali a un fenomeno riconosciuto e radicato nel reale, presente e anche passato. Corollari del *buen vivir* sono la giustizia sociale, la solidarietà comunitaria, la democrazia partecipativa, la plurinazionalità e l'interculturalismo, la sovranità alimentare, il valore dei beni comuni e dell'economia plurale, nonché il rafforzamento della tutela dell'ambiente, aspetti che permeano le nuove costituzioni.

35. Cfr. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche*, cit., p. 166 ss.; Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Nuestra América: Reinventing a Subaltern Paradigm of Recognition and Redistribution*, «Rutgers Law Review», 2002, n. 54, p. 1049 ss.

36. Cfr. Andreu VIOLA RECASENS, *Desarrollo, bienestar e identidad cultural: del desarrollismo etnocida al Sumak Kawsay en los Andes*, in Pablo PALENZUELA, Alessandra OLIVI (coords), *Etnicidad y desarrollo en los Andes*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2011, p. 272.

37. V. Ana María LARREA MALDONADO, *El Buen Vivir como contrahegemonía en la Constitución Ecuatoriana*, «Utopía y Praxis Latinoamericana», 2011, n. 53, p. 60; Lorenzo PEÑA, Marcelo VÁSQUEZ, *Los valores del ordenamiento jurídico en la nueva Constitución ecuatoriana: El buen vivir como principio rector de la convivencia ciudadana*, 2010, p. 5 ss., reperibile all'url <http://digital.csic.es/handle/10261/29061>.

Le costituzioni di Ecuador e Bolivia contengono numerosi riferimenti al *buen vivir* e ai suoi sinonimi, a partire dai preamboli. Nell'esordio ecuadoriano si afferma la volontà di costruire «una nuova forma di convivenza cittadina, nella diversità e in armonia con la natura, per perseguire il *buen vivir*, il *sumak kawsay*». Nel prologo boliviano si legge che il nuovo Stato si fonda su «il rispetto e l'eguaglianza fra tutti, i principi di sovranità, dignità, complementarità, solidarietà, armonia ed equità nella distribuzione e redistribuzione del prodotto sociale, dove predomina la ricerca del *vivir bien*».

Dal raffronto comparato dei disposti costituzionali e dall'esegesi fornita dagli organi di giustizia costituzionale si evince poi che il *buen vivir* assurge innanzi tutto a principio normativo con tre distinte modalità interpretative. In primo luogo, assume le vesti di nucleo essenziale che identifica il diritto a un minimo vitale e trascende nella dignità umana non passibile di bilanciamento in ambedue i paesi, rappresentando un impegno giuridico e assiologico a soddisfare le condizioni minime che garantiscono una vita dignitosa, concretizzabili ad esempio nell'accesso all'acqua, nel lavoro, nell'educazione, nell'assistenza sanitaria e nell'abitazione. In secondo luogo, e solo in Ecuador, il *buen vivir* trascende nella sfera di diritti necessari a perseguire lo sviluppo integrale delle capacità e potenzialità delle persone. Infine, e solo in Bolivia, esso è un principio finalizzato a garantire la giustizia. Entrambi gli ordinamenti contemplano poi il *buen vivir* in veste di principio orientativo che impone obblighi allo Stato, sebbene con intensità diversa, più marcata in Ecuador³⁸.

Giungendo alle conclusioni di questa breve riflessione su alcune delle tendenze che segnano il costituzionalismo latinoamericano e le classificazioni giuridiche del subcontinente, vale la pena di ricordare che, nella teoria delle tradizioni, l'aspetto qualificante è dato dal valore che si attribuisce a certi elementi rispetto ad altri. Una ricerca in quest'ambito è dunque una ricerca sui valori. Alle origini, l'identità giuridica latinoamericana comprende un insieme di elementi che talvolta sono organizzati intorno a valori come la

38. Per una trattazione approfondita del concetto, si consenta in rinvio a Serena BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2019.

persona umana, talaltra assumono una configurazione più marcatamente sociale³⁹.

Nel contesto andino è ora possibile rilevare una sfumatura diversa di tale identità. I valori che il *buen vivir* reca con sé hanno una spiccata impostazione sociale e discendono da due visioni integrate: quella umanistica, focalizzata sull'individuo e sulla sua inclusione nella comunità, e quella biocentrica, distinta dalla concezione antropocentrica. La significatività del passato nel presente della tradizione che si invera nel *buen vivir* risiede nell'idea olistica della vita che anela all'esistenza in armonia con la comunità e con la natura.

Le tradizioni nascono e muoiono: tutte sorgono a un certo punto e tutte sono destinate a scomparire. Un esempio di tradizione istantanea è la tradizione giuridica nazionale, emersa dalla fondazione di uno Stato. Svariati paesi sono di recente istituzione; di conseguenza, possono esserlo anche le loro tradizioni. Più recente è una tradizione, più fragili sono le sue fondamenta, in quanto è probabile che goda di minore sostegno rispetto a una oramai consolidata⁴⁰. Solo il tempo svela se una tradizione riuscirà a consolidarsi o meno, in quest'ultimo caso perdendo il senso della contemporaneità con il passato⁴¹.

Il radicamento della tradizione giuridica contro-egemonica è osservabile unicamente in un'ottica di lungo periodo, quale costruzione per gradi. Al momento si registrano resistenze e conflittualità nella fase attuativa del *buen vivir*. Ciò nonostante, le costituzioni di Ecuador e Bolivia rafforzano l'identità giuridica latinoamericana, ancora più originale e dunque lontana rispetto alla *western legal tradition*. L'ibridazione fra diverse basi culturali non si ravvisa unicamente nel rapporto fra l'identità latinoamericana e le sue varianti ancestrali andine. A modesto avviso di chi scrive, la tradizione contro-egemonica espressa nel *buen vivir* è meticcica per almeno altri due motivi.

In primo luogo, le sue fondamenta sono eterogenee in quanto provenienti da più sostrati cultural-filosofici. Il con-

39. In questo senso, MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche*, cit., p. 166.

40. Cfr. GLENN, *Legal Traditions of the World*, cit., p. 6; ID., *La tradition juridique nationale*, cit., p. 263.

41. Cfr. MONATERI, *op. cit.*, p. 43.

tributo autoctono non è esclusivo, coniugandosi con molteplici apporti provenienti dai formanti dottrinali e legali. Fra le righe delle rivendicazioni promosse a principi di rango costituzionale si scorgono le riflessioni accademiche sull'equità distributiva, sulla giustizia ambientale, sui postulati della *Earth Jurisprudence*, nonché le influenze delle convenzioni internazionali sui diritti umani e delle popolazioni indigene, e delle associazioni che propugnano i diritti della natura.

In secondo luogo, questa tradizione è meticciasca in quanto passibile di adesione da parte di altri ordinamenti che si prefiggono di contrastare gli effetti negativi delle politiche neoliberiste. Anche al di fuori dell'area indagata sono visibili manifestazioni di lotte contro-egemoniche⁴². Non è escluso che varianti del modello del *buen vivir* attecchiscano altrove, producendo nuovi innesti meticciaschi.

Se si considera valido l'assunto per cui l'intero ordine globale della tradizione dipende da ciascuna singola opera e che la ridislocazione di un singolo elemento implica una revisione dell'ordinamento globale⁴³, si apre il dibattito sugli effetti dell'emersione del *buen vivir*, che compete con le altre tradizioni presenti nello stesso ambito per imporre il proprio modello di giustizia sociale, di coesistenza fra diverse collettività e di sostenibilità ecologica⁴⁴. Competizione che è la mera trasfigurazione giuridica della lotta per il predominio da parte di alcuni gruppi su altri⁴⁵.

42. Alcuni esempi sono riportati in Maria Rosaria MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Perugia, Ombre corte, 2013; e in Boaventura DE SOUSA SANTOS, César A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (eds), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2005.

43. Così Pier Giuseppe MONATERI, *op. cit.*, p. 44.

44. Sulla competizione fra tradizioni all'interno di una stessa comunità per proporre guide o modelli alternativi, v. GLENN, *Legal Traditions of the World*, cit., p. 28.

45. Sull'astratto antropomorfismo dei giuristi, che discutono di controllo per il diritto anziché di lotte fra gruppi di individui, Raoul C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 61 ss.

aAaAa/

€ 38,00



ISSN 2724-6736

