

PLURALISMO GIURIDICO

Itinerari contemporanei

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDI
FIRENZE, 20-21 OTTOBRE 2022

a cura di PAOLO CAPPELLINI e GIOVANNI CAZZETTA

MASSIMO MECCARELLI

PLURALISMO GIURIDICO E SPAZIO ECCEDENTE.
IL LABORATORIO STORIOGRAFICO BRASILIANO
VISTO DALL'EUROPA

1. I luoghi della storia del diritto. — 2. Pluralismo giuridico: un tentativo di delimitazione concettuale. — 3. La pluralità nel monismo giuridico in Brasile. — 3.1. Il problema dello spazio presupposto. — 3.2. Lo spazio eccedente nell'esperienza giuridica brasiliana. — 4. Conclusioni guardando all'Europa.

1. *I luoghi della storia del diritto.*

Negli ultimi quindici anni la realtà brasiliana ha rappresentato un oggetto nuovo per la ricerca storico-giuridica, diventando anche un laboratorio di innovazione per la disciplina. Paolo Grossi già nel 2007, quando la tendenza era soltanto agli inizi, aveva colto il rilievo che poteva avere la fioritura di studi in realtà geografiche per lungo tempo al margine o escluse dagli interessi dello storico del diritto continentale. Per Grossi si trattava di un fenomeno da salutare con favore, perché consentiva di « valorizzare esperienze appartate e fino ad allora ingiustamente sprecate » e, inoltre, perché rappresentava un tentativo riuscito « di sprovvincializzazione » ⁽¹⁾. Tali considerazioni, così io le interpretai già allora, si riferivano ad entrambe le sponde dell'Oceano, nel senso che la scoperta di nuove dimensioni dell'esperienza, oltre ad essere rilevante per il sapere giuridico in America latina, avesse un valore aggiunto anche *per noi europei*: essa si traduceva in una opportunità di uscire da un guscio autoreferenziale, per scoprire nuovi orizzonti, che contribuivano a integrare la nostra stessa visione della storia. Tutto ciò costituiva un invito alla

⁽¹⁾ M. MECCARELLI, S. SOLIMANO, *A colloquio con Paolo Grossi*, in « Forum Historiae Iuris », 20 marzo 2007.

presa di coscienza della necessità, oltre che della possibilità, di emanciparci da un modo eurocentrico di svolgere i nostri studi. Oggi, che la storia del diritto in Brasile si è pienamente affermata come sapere critico ⁽²⁾, le intuizioni di Grossi confermano tutto il loro valore programmatico.

Il mio sguardo sulla storiografia brasiliana risente ancora di quella lezione; è, infatti, connotato da un interesse, diciamo pure *strumentale*, a considerarne il possibile apporto per la riflessione sulla storia del diritto in Europa. Lo spazio-tempo brasiliano è utile per capire meglio la nostra storia regionale, poiché favorisce un'inversione del punto di vista. Permette di osservare le vicende giuridiche europee da una prospettiva 'periferica', capace di aggiungere nuovi elementi di conoscenza riguardo alle grandi tendenze, che si originano dal Vecchio continente. Infatti, se ad un primo sguardo quello spazio-tempo americano a noi appare come un ambito ulteriore di svolgimento dei problemi che studiamo, esso contemporaneamente si presenta come una esperienza altra e autonoma dal nostro orizzonte ricostruttivo. Ciò crea un margine euristico prezioso, poiché suggerisce *domande nuove* da porre alle nostre fonti.

Il tema del pluralismo giuridico ne è proprio una conferma. Nel seguito, dopo aver precisato meglio in che senso intendo il concetto, cercherò, alla luce degli apporti storiografici, di osservare alcune sue manifestazioni nel Brasile dei secoli XIX e XX. Nelle conclusioni vorrò poi tornare a riflettere su un possibile rilievo per la dimensione dei problemi storico-giuridici italiani ed europei.

⁽²⁾ Per la prospettiva metodologica si veda R.M. FONSECA, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009, in partic. pp. 17-66; per il dibattito europeo sulla funzione critica della storia del diritto inviamo a P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-96; P. CARONI, *Die Einsamkeit der Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2005; A.M. HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 13-83; M. STOLLEIS, *Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte*, in «Humboldt Forum Recht», 5 (2012), pp. 77-83; P. COSTA, *Soberania, representação, democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico*, Curitiba, Juruá, 2010, in partic. pp. 17-78. P. CAPPELLINI, *La storia è solo una cicatrice? Schegge su storia del diritto e sfide dell'età della 'mondializzazione'*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 285-294.

2. *Pluralismo giuridico: un tentativo di delimitazione concettuale.*

Per definire il mio approccio al problema vorrei affidarmi a tre combinazioni di concetti. La prima è quella che associa *pluralismo* a *pluralità*. Su questo primo punto, in effetti, sono stati offerti contributi importanti, a partire dalle diverse trattazioni di Paolo Grossi ⁽³⁾, fino al recente numero 50 dei *Quaderni fiorentini*, dove il tema viene esplorato nei suoi molteplici aspetti. Se, come osserva Pietro Costa, il pluralismo è sostanzialmente l'idea di « rappresentare l'esperienza valorizzando la 'pluralità' delle sue forme contro le pretese 'riduzionistiche' di un unico 'centro' », essa oltre a indicare un oggetto da comprendere, è anche uno « strumento dell'interprete » per attuare l'operazione storico-ermeneutica ⁽⁴⁾; il concetto di pluralismo assume, cioè, il valore di uno *strumento analitico*.

Mi interessa soprattutto tale aspetto. Non intendo dare un contributo allo studio della dimensione discorsiva di teorie del diritto e della società, che si sono ispirate ad un paradigma pluralistico ⁽⁵⁾. Non si tratta, per me, neanche di riflettere sulle dottrine del pluralismo nella storia del pensiero giuridico. Mi interessa piuttosto interrogarmi sul rilievo che il problema delle diverse e molteplici formazioni socio-giuridiche ha assunto nell'età contemporanea. L'ipotesi che vorrei verificare, in particolare, consiste nello studiare esperienze giuridiche, che descrivono una traiettoria connotata dal monismo, considerando il ruolo assunto dalla 'pluralità' nel definirne la prospettiva di senso.

⁽³⁾ Numerosi scritti di Grossi trattano del tema. Qui ricordiamo in particolare i volumi GROSSI, *Società. Diritto Stato*, cit.; Id., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000; Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari-Roma, Laterza, 2012; Id., *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, Laterza, 1997; Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008 e 2014, e l'ultima monografia *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

⁽⁴⁾ P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 50 (2021), pp. 29-118 (le citazioni riportate sopra sono rispettivamente a p. 99 e a p. 32). Inoltre, spiega sempre Costa, 'pluralismo' vale anche in senso metalinguistico come strumento di cui ci serviamo per comprendere il linguaggio oggetto (p. 31).

⁽⁵⁾ E, cioè, « hanno assunto la pluralità delle formazioni sociali come la cifra esplicativa dell'ordine politico-giuridico » ivi, pp. 30-33.

Qui viene alla nostra attenzione una seconda coppia concettuale, che chiamerei ‘*pluralismo e monismo*’. Il primo termine, a ben vedere, dal punto di vista teorico si oppone al secondo, che, infatti, serve « a spiegare in termini unitari un fenomeno (apparentemente) complesso » (6). Va, però, anche osservato che, così come il pluralismo, anche il monismo giuridico è a sua volta contemporaneamente un *oggetto* (studiamo edificazioni normative o costruzioni concettuali come espressioni di una visione monistica della realtà e del diritto) e uno *strumento analitico* (possiamo leggere una determinata esperienza ponendo l’attenzione sulle dinamiche monistiche che l’hanno caratterizzata). Ciò rende possibile immaginare, sul piano fenomenologico, una combinazione tra i concetti opposti di pluralismo e monismo.

La storia del XIX e del XX secolo si presta indubbiamente ad essere studiata come l’epoca del monismo, ma sappiamo anche che le configurazioni giuridiche a cui ha dato vita sono state continuamente sollecitate, *messe alla prova*, dal problema della pluralità. La storiografia degli ultimi tre decenni ha mostrato bene come il fattore della complessità del sociale abbia indotto svolte nell’Ottocento e nel Novecento; ci troviamo anche qui a riferirci ai fondamentali contributi di Grossi (7) e ad un ricco filone storiografico che non si è ancora esaurito. Senza però indugiare su tali aspetti e rinviando alle

(6) Serve inoltre a comprendere la « complessità a partire da un principio unico ordinante »: *ivi*, p. 32. Si vedano inoltre A.M. HESPANHA, *Pluralismo jurídico e direito democrático*, São Paulo, Annablume, 2013, pp. 17-48. P. GROSSI, *L’Europa del diritto. Uno storico del diritto in colloquio con gli storici del pensiero economico*, in « Il pensiero economico italiano », XVI (2008), pp. 9-23; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, in partic. p. 250 e ss.; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, in partic. p. 450 e ss.

(7) Si pensi a P. GROSSI, « *La Scienza del diritto privato* ». *Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988; *Id.*, « *Il coraggio della moderazione* » (*Specularità dell’itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 18 (1989), pp. 197-251; *Id.*, *Itinerari dell’assolutismo giuridico - Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 27 (1998), pp. 169-227; *Id.*, *Scienza giuridica italiana*, *cit.*; *Id.*, *Società, diritto, Stato*, *cit.*; *Id.*, *Introduzione al Novecento giuridico*, *cit.*, per arrivare all’ultimo volume *Id.*, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, *cit.*

pagine finali per qualche esemplificazione, bastino ora questi cenni per ribadire la plausibilità della nostra ipotesi, che la lente del pluralismo possa servire a capire le manifestazioni storiche del monismo giuridico.

Un terzo aspetto alla base della nozione di pluralismo sottesa al mio ragionamento è la sequenza concettuale che mette in rapporto *pluralismo giuridico - multinormatività - interlegalità*. Essa è di grande utilità perché estende la nozione di pluralismo e contribuisce a superarne una certa concezione, di carattere troppo novecentesco.

Con l'espressione *multinormatività* ⁽⁸⁾ intendo riferirmi ad uno spazio normativo complesso, in cui convivono sfere normative di più ambiti di produzione del diritto, che *non tendono ineluttabilmente a convergere in un ordine*. Se vogliamo è un grado di rarefazione dell'idea stessa di pluralismo, poiché accetta la possibilità che la pluralità giuridicamente rilevante, non solo non presenti i caratteri della *piramide*, ma neanche quelli della *rete*. Questa idea del pluralismo considera, cioè, *il problema della pluralità non come un problema di natura sistematica*. Certo, in uno spazio multinormativo possono determinarsi tra i diversi elementi della pluralità dinamiche di interdipendenza, ma non necessariamente come un 'sistema di dinamiche'.

Nel quadro proposto, la *interlegalità* ⁽⁹⁾ funziona come categoria descrittiva dei fenomeni in atto; è uno strumento che si concentra sulla *interazione* tra ambiti di produzione del diritto, piuttosto che considerarne la dimensione ordinante. Interlegalità ci consente una *comprensione della multinormatività*, perché ci invita a superare idee

⁽⁸⁾ Su questo, per una prospettiva storico giuridica, T. DUVE, *Was ist 'Multinormativität'? einführende Bemerkungen*, in « Rechtsgeschichte », 25 (2017), pp. 88-101. Si vedano inoltre gli altri saggi pubblicati nel focus *Multinormativität* in « Rechtsgeschichte », 25 (2017), pp. 103-239. Pensando al Brasile, poi, nella prospettiva che suggeriamo può essere interessante anche considerare il dibattito sul transcostituzionalismo che si è svolto negli anni scorsi a partire dal saggio di M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

⁽⁹⁾ *The Challenge of Inter-Legality*, J. Klabbers, G. Palombella (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019; *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti et al., Bologna, il Mulino, 2022; P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'a councils in Inghilterra*, Torino, Giappichelli, 2020; E. SCODITTI, *Lo scenario dell'inter-legalità*, in « Questione giustizia », Osservatorio internazionale, 22 aprile 2020.

riduzionistiche come quelle dell'isolamento funzionale delle diverse sfere di normatività⁽¹⁰⁾, cioè della loro 'chiusura' e autosufficienza; ci invita a riflettere in modo originale sul *rapporto tra le sfere di normatività*, sgombrando il campo dal problema della *interferenza di norme*. Interlegalità, inoltre, permette di riconsiderare le *dinamiche di accertamento del diritto*, poiché offre l'occasione per riflettere su come funziona il diritto giurisprudenziale, cioè in che cosa si concreta l'attività di valutazione dei fatti normativi e come possiamo descrivere il rapporto tra diritto e giustizia⁽¹¹⁾. In tale ambito si colloca anche il problema della *funzione del giudice* e delle dinamiche di *delimitazione delle giurisdizioni*.

3. *La pluralità nel monismo giuridico in Brasile.*

Assumiamo dunque come base l'idea di pluralismo, nei termini così definiti, per seguire le vicende della pluralità nel tempo del monismo e guardiamo alla storia giuridica contemporanea del Brasile. Come cercherò di mostrare questo è un terreno particolarmente fertile. La ragione principale sta nella complessa e lunga vicenda di costruzione di uno spazio giuridico statale, che prende avvio dal 1822 con l'indipendenza del Brasile dal dominio coloniale e attraverso fasi molto diverse: la fase imperiale, quella della prima Repubblica (tra il 1889 e il 1930) e poi a seguire, l'*Estado novo* o in senso più esteso la c.d. *era Vargas*, la ridemocratizzazione nel 1945, la lunga esperienza della dittatura militare (1964-1985), e, in fine, lo Stato federale democratico dal 1988 fino ad oggi⁽¹²⁾. In tale complicata storia di *nation building* sarebbe sbagliato parlare di una *fuga dal pluralismo*, nel senso di immaginare un graduale risolversi

⁽¹⁰⁾ G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in « Diritto e questioni pubbliche », 18 (2018), pp. 319-321.

⁽¹¹⁾ Ivi, pp. 330-332.

⁽¹²⁾ Fra gli altri cfr. A. Wehling, *An Old Empire Gives Birth to a New One. Social Practices and Transformations of the Luso-Brazilian Legal Order*, in « Rechtsgeschichte », 26 (2018), pp. 302-311; J. FERREIRA, L. NEVES, *O Brasil Republicano*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2018, voll. 1-5; M.C. D'ARAÚJO, *O Estado Novo (1937-1945)*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000; L. BARBOSA de ANDRADE, *História Constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2018; *A Constituição de 1988, 25 anos: a construção da democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da Constituinte*, M. Gomes (org.),

della pluralità nel progressivo consolidarsi del polo dell'unità. Diversi studi dimostrano che il quadro degli accadimenti che hanno prodotto la configurazione statale in Brasile è più complesso ⁽¹³⁾. Nel susseguirsi dei diversi regimi politici e costituzionali, a cui ho appena fatto cenno, vediamo, insomma attuarsi molteplici strategie e processi, che inducono a pensare che qui non vale lo schema interpretativo ottocentesco per cui, la « pluralità è il dato e l'unità è il senso » ⁽¹⁴⁾.

Con ciò voglio osservare che, seppure si possa leggere questa storia in un quadro di dominanza del monismo, essa consiste, a ben vedere, di *una sequenza di discontinuità*. E, non a caso, la storiografia — in particolare qui penso agli studi sul Novecento di Cristiano Paixão — ha colto il rilievo delle *transizioni* e delle *crisi*, della molteplicità e della convivenza dei *regimi di storicità*, come chiavi per comprendere la storia costituzionale brasiliana ⁽¹⁵⁾. Sono tali complessi passaggi, immersi in un tempo a forte connotazione

São Paulo, Instituto Vladimir Herzog, 2013; *Estado novo. 80 anos arquivos e histórias*, volume monografico della rivista « Acervo: Revista do Arquivo Nacional », 30 (2017).

⁽¹³⁾ Penso ad esempio ai lavori di J.R. DE LIMA LOPES, *O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista*, São Paulo, Saraiva, 2010; W. GUANDALINI, *História do direito administrativo brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2016; ID., *O Poder Moderador: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional no século XIX*, Curitiba, Prismas, 2016; C. LYNCH, *Da monarquia à oligarquia: história institucional é pensamento político brasileiro*, São Paulo, Alameda, 2014; ID., *Necessidade, contingência e contrafactualidade: a queda do Império reconsiderada*, in « Topoi. Revista de História », 19 (2018), 38, pp. 190-216; A. CERQUEIRA-LEITE SEELAENDER, *O Direito Administrativo e a Expansão do Estado na Primeira República: Notas preliminares a uma história da doutrina administrativa no Brasil*, in « Revista do IHGB », 2021, 485, pp. 165-202; D. NUNES, L. LACCHÊ, *Constitutional experiences in the Brazilian Legal History*, in « Giornale di storia costituzionale », 40 (2020), 2, pp. 5-17 e gli altri saggi raccolti in tale numero dedicato a *Brazilian Constitutional History: Itineraries, Experiences and Models*.

⁽¹⁴⁾ COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 100.

⁽¹⁵⁾ C. PAIXÃO, *Tempo presente e regimes de historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito*, in *As formas do direito. Ordem, razão e decisão*, organizzatore R.M. Fonseca, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 77-87; ID., *Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985)*, in « História do Direito », 1 (2020), 1, p. 227-241; ID., *Tempo, memória e escrita: perspectivas para a história constitucional*, in *Os tempos do direito: diacronias, crise e historicidade*, organizzatori A. Martins et al., São Paulo, Max Limonad, 2020, pp. 17-29; C. PAIXÃO, C. PAIVA CARVALHO, *O conceito de crise constitucional: esboço, delimitação e sua aplicação à história do Brasil República*, in *História do direito: entre rupturas, crises e discontinui-*

attributiva ⁽¹⁶⁾, più che l'aprioristico filo rosso del *nation building*, che permettono di leggere il senso della sequenza di discontinuità.

In tutto ciò le dinamiche del pluralismo rappresentano un fattore importante. Nel seguito vorrei cercare di comprendere più nello specifico alcuni tratti peculiari che al riguardo sono rinvenibili nell'esperienza brasiliana.

3.1. *Il problema dello spazio presupposto.*

Una delle variabili che costituiscono, per dirla con le parole di Ricardo Fonseca, la « condizione di comprensione della cultura giuridica brasiliana » in età contemporanea ⁽¹⁷⁾, è rappresentata, a mio avviso, dall'idea di spazio che è presupposta nelle operazioni che giuristi e legislatori hanno effettuato sul diritto, sia che si sia trattato di discutere o elaborare categorie e concetti o di definire norme giuridiche, disegnare istituzioni e di compiere scelte di politica del diritto. Interrogarsi su questa idea retrostante mi pare utile, posto che c'è una tensione continua tra lo spazio vissuto e

dades, organizadores A. Wehling *et al.*, Belo Horizonte, Arraes Editora, 2018, pp. 184-204; C. PAIXÃO, M. MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process in Brazil: concepts, themes, problems*, in « Giornale di storia costituzionale », 40 (2020), 2, pp. 29-54. Si vedano inoltre D.A. ROCHA PINHEIRO, *Taking Transitional Justice Carefully: Multi-temporalities, Care and Inclusion in Times of Transition*, in *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*, edited by C. Paixão, M. Meccarelli, Cham, Springer, 2021, pp. 279-294; C. PAIVA CARVALHO, *Transition to democracy and the Brazilian presidential system post-1946: the relationship between institutional design and political instability*, in *Innovation and transition in Law. Experiences and theoretical settings*, edited by M. Meccarelli *et al.*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 225-246; A. KOERNER, *Strained politics in democracy and its implications for the research on law, politics, and the Judiciary in Brazil*, in « Giornale di storia costituzionale », 2020, 40, pp. 277-294; R. PEIXOTO DE PAULA MARQUES, *Poder constituinte e mudança constitucional na transição brasileira para a democracia (1945-1946)*, in *Governo Vargas: um projeto de nação*, organizadores A. Barbosa Fraga *et al.*, Rio de Janeiro, 7Letras, 2020, pp. 109-130; G. FAUSTINO SANTOS, *The city of Rio de Janeiro and Spanish flu: law in emergency and authoritarian administrative discourse*, in « Le Carte e la Storia », 2021, 1, pp. 88-99.

⁽¹⁶⁾ M. MECCARELLI, *I tempi ascrittivi tra esperienza giuridica e ricerca storica*, in « Le Carte e la Storia », 2018, 2, pp. 18-25.

⁽¹⁷⁾ R.M. FONSECA, *Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 35 (2006), p. 346.

quello immaginato ⁽¹⁸⁾ e, ciò, tanto più per il XIX secolo, quando si tratta di promuovere e costruire lo Stato nazione.

Alcuni anni fa mi sono esercitato sul problema ⁽¹⁹⁾, individuando tre tipologie. Le riprendo in esame sinteticamente qui nel seguito.

Una era quella dello *spazio dato*, che riscontravo in certe elaborazioni concettuali della dottrina medievale. In quel mondo, infatti, lo spazio di riferimento del diritto era una risultanza oggettiva; scaturiva dalla realtà dei fatti sociali e, come tale, contribuiva all'opera di determinazione delle categorie giuridiche ordinanti, che erano, in quella peculiare visione del diritto, sempre categorie da riconoscere, piuttosto che un prodotto originale della volontà dell'uomo. Secondo questa sensibilità culturale lo spazio è un luogo di accadimento del diritto. Le figure giuridiche reicentriche, l'idea tomistica dell'*ordo* da *intelligere* ⁽²⁰⁾, concetti come *iurisdictio*, *potestas statuendi*, sono esempi di costruzioni concepite sul presupposto dello spazio dato.

Un'altra tipologia era quella dello *spazio possibile*; essa a mio avviso ha ispirato alcune riflessioni del pensiero giuridico in età moderna applicate al Nuovo mondo, come nel caso della tarda scolastica spagnola. Per tali teologi-giuristi, le regioni da poco scoperte costituivano un potenziale di espansione dell'ordine giuridico europeo. Si trattava, però, di un territorio ancora ignoto, nel senso che, pur potendosene riconoscere l'esistenza, se ne ignoravano ancora le caratteristiche (geografiche, politiche, sociali, economiche). Chi si interrogava sulle implicazioni giuridiche della novità,

⁽¹⁸⁾ P. COSTA, *A 'spatial turn' for legal history? A tentative assessment*, in *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, edited by M. Meccarelli, M.J. Solla Sastre, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 27-62.

⁽¹⁹⁾ M. MECCARELLI, *The Assumed Space: Pre-reflective Spatiality and Doctrinal Configurations in Juridical Experience*, in « *Rechtsgeschichte* », 23 (2015), pp. 241-252; e più recentemente ID., *The Possibility of the New World. Social Cohesion, Legal Order and the Invention of Rights in Iberian Scholastic Thought*, in *Empire, Humanism and Rights. Collected Essays on Francisco de Vitoria*, edited by J.M. Beneyto, Cham, Springer, 2021, pp. 145-156.

⁽²⁰⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., in partic. pp. 82-84 e 135-144; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 33-42.

vedeva questo come uno spazio in cui il diritto poteva andare, prima ancora che un luogo in cui il diritto poteva essere. Secondo un simile approccio, determinante era la domanda su come il diritto europeo, cioè lo *ius commune* dei cristiani, potesse essere esportato nello spazio possibile; da essa scaturivano molte conseguenze innovative. Si pensi alla teoria dello *ius peregrinandi* e dello *ius communicationis*, che sta alla base della emersione dell'idea di diritti individuali.

Una terza tipologia di spazio presupposto era quella dello *spazio deciso*; ne riscontravo la presenza nel discorso coloniale ottocentesco e della prima metà del Novecento. Qui, infatti, il diritto nasce come conseguenza della manifestazione di una volontà politica, che decide quale sia l'ambito territoriale di espressione della propria sovranità. Le politiche di espansione coloniale, penso in particolare a quelle relative all'Africa e di costruzione dei caratteri del diritto coloniale (le istituzioni di governo, le configurazioni giurisdizionali, gli *status* soggettivi, i regimi del diritto nelle sue diverse tipologie) si basano su questa idea della sovranità, che decide e, quindi, determina lo spazio che gli è proprio.

Seppure abbiano sostenuto certe importanti svolte giuridiche, si tratta, a ben vedere, solo di tre esempi che possiamo ricavare guardando all'esperienza europea. L'idea di spazio presupposto può aver senz'altro conosciuto anche altre declinazioni.

Proviamo a trasferire la nostra chiave di lettura sul Brasile dei secoli XIX e XX; le peculiarità di quella esperienza ci inducono a individuare una diversa precomprensione, che identificherei nell'idea di uno *spazio eccedente*. Essa si è prodotta in un contesto orientato programmaticamente alla affermazione di un soggetto politico unitario, di uno Stato, di una Nazione, che volevano essere del tutto affrancati dalla loro origine coloniale; proprio per tale ragione, il problema della pluralità qui si pone in modo diverso, rispetto a quanto non sia nei contesti europei ⁽²¹⁾, pure impegnati nella promozione e nella costruzione dello Stato nazione.

(21) In questo senso si veda quanto afferma riguardo alla funzione del diritto amministrativo GUANDALINI, *História do direito administrativo*, cit.

3.2. *Lo spazio eccedente nell'esperienza giuridica brasiliana.*

Il Brasile nasce come entità indipendente, con dei confini già relativamente consolidati. Certo, non mancano le controversie territoriali con gli Stati vicini, come segnalano il conflitto con il Paraguay o i timori di una invasione argentina da sud (22). Tuttavia la mia impressione è che la precomprensione dello spazio in Brasile abbia risentito soprattutto di uno sguardo verso l'interno, più che dei problemi con l'esterno. Voglio dire che il problema peculiare per quel giovane Stato è che proprio *al suo interno* conosceva *spazi altri*, che non erano sotto il controllo del proprio sistema istituzionale. All'interno di quel territorio vi era, cioè, un'*eccedenza di spazio* che non si poteva o non si voleva integrare del tutto in quello statale. Più che di un problema irrisolto, si trattava di un elemento caratterizzante, di un *tratto originario* da cui non si poteva prescindere, nel pensare le soluzioni giuridiche. La mia tesi, come tenterò di dimostrare, è che ciò abbia agito come fattore di condizionamento nella pianificazione delle politiche legislative, negli svolgimenti della scienza giuridica, nel modo di guardare al diritto straniero, ecc. E, in tal modo, esso ha caratterizzato anche il modo di considerare il problema della pluralità.

Nel seguito vorrei affidarmi ai risultati della storiografia giuridica brasiliana, per individuare alcuni esempi di dinamiche pluralistiche, combinate con il problema di eccedenza dello spazio. In particolare, vorrei accennare a cinque vicende: la colonizzazione delle regioni del sud-est e del sud del Paese; la realtà dei *quilombos*; la questione delle comunità indigene; il retaggio della schiavitù; il problema dei movimenti sociali. Esse ci mostrano tre dinamiche diverse di spazializzazione del fattore pluralità: nel primo caso si combina con la sovranità; nel secondo caso vi si sottrae; negli altri tre casi viene escluso dallo spazio sociale e politico statali.

Quanto al primo esempio, penso in particolare ai territori di Santa Catarina, Paraná o Rio Grande do Sul, che conoscono tra Otto

(22) J. PEREIRA FURTADO, *A Guerra do Paraguai (1864-1870)*, São Paulo, Saraiva, 2000; A. DAL RI JR., *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la "gran naturalización" de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945)*, in *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, edición de M. Meccarelli, P. Palchetti, Madrid, Dykinson, 2015, p. 109.

e Novecento una vera e propria colonizzazione, da parte di immigrati provenienti dall'Europa centrale e meridionale, sostenuta da una politica volta a favorire uno 'sbiancamento' della società brasiliana (23). Tale immigrazione dette vita ad un profondo mutamento della regione, spesso ai danni delle comunità indigene, quanto ad organizzazione sociale e a divisione della terra. Le città fondate dagli immigrati si presentano con caratteristiche di autoorganizzazione, rafforzata dall'uso, oltre che di costumi propri, anche della lingua di origine. Bastino questi rapidissimi cenni per sottolineare che il fenomeno da un lato è potenzialmente strumentale ad una strategia volta a rendere effettiva e dunque ad *estendere la sovranità statale*, ma, curiosamente e significativamente, ha implicato la costruzione di uno spazio multinormativo.

Viene, infatti, a formarsi un ambito normativamente complesso e non necessariamente sistematizzabile, in cui il diritto della comunità, si basa su regole proprie, ma deve necessariamente costruirsi e rinnovarsi nel contesto in cui si inserisce. Come si configura il processo che dà origine a tali ordinamenti giuridici locali? In che misura il fenomeno è il risultato di un progetto deliberato dello Stato brasiliano? Oppure è un fenomeno solo tollerato? Quali strategie hanno assunto le istituzioni statali nell'interagire con le realtà autonome? I singoli problemi giuridici che ruotano intorno alla vicenda sono diversi e molto interessanti per il nostro tema: penso ai regimi della cittadinanza (c'è una complessa questione di naturalizzazioni 'spontanee o imposte' o negate (24)); penso a forme di amministrazione; penso ai rapporti, in termini di interlegalità, tra le norme

(23) DAL RI, *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil*, cit., pp. 110-112. L. MEDEIROS DE MENEZES, *A imigração europeia como passaporte para o progresso e a civilização no Brasil do século XIX*, in *Ideas, intelectuales y paradigmas en América Latina (1850-2000)*, coordinadores H. Cancino, R. de la Mora, Veracruz, Universidad Veracruzana Lomas del Estadio, 2007, pp. 396-414.

(24) DAL RI, *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil*, cit., pp. 107-144; M.P. GUERRA, *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: o constitucionalismo brasileiro na Primeira República*, Curitiba, Editora Prismas, 2015, pp. 53-66. Il tema dell'immigrazione in paesi come il Brasile è molto rilevante anche in una prospettiva europea; infatti appare complementare al grande dibattito sull'emigrazione che pure impegna giuristi e legislatori del Vecchio Continente tra Otto e Novecento. Cfr. G. CAZZETTA, *Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34 (2004/2005); Id., *Patria*

locali e quelle nazionali; penso anche ai regimi giuridici di occupazione e appropriazione della terra.

Dal nostro punto di vista assistiamo ad un fenomeno di rafforzamento dello Stato all'interno del suo territorio, ottenuto attraverso la leva del pluralismo, poiché consiste essenzialmente in una sostituzione di uno spazio di pluralità (quello delle comunità indigene), che appare non riconducibile alla sovranità statale, con un nuovo spazio di pluralità (quello dei coloni a cui è consentito di auto-organizzarsi) complementare ad essa. Dunque, non si tratta solo di un tema di storia regionale; esso riguarda la stessa storia del *nation building* in Brasile.

Il secondo esempio di spazialità eccedente riguarda i *Quilombos* ⁽²⁵⁾. È un fenomeno che ci mostra una dinamica nella quale la pluralità si rapporta con la sovranità dello Stato in modo diverso da quello appena esaminato. I *quilombos*, infatti, sono insediamenti fondati da schiavi che, fuggiti dai padroni, si auto-organizzano come comunità (*quilombolas*) occupando porzioni di territorio localizzate. Per il nostro tema ciò rappresenta la realtà di uno spazio che, di fatto, si sottrae alla giurisdizione statale, auto-costruendosi come spazio autonomo. Il fenomeno è di lungo periodo poiché inizia profilarsi fin dal XVIII secolo e permane per tutti i secoli successivi, quelli dell'indipendenza del Brasile e della sua costruzione come Stato, e perdura fino ai giorni nostri ⁽²⁶⁾. Esso lega le sue origini e i

senza territorio? *Emigrazione e retorica dello Stato-nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, Jovene, 2014, vol. 3, pp. 145-161; *Um Passaporte para a Terra Prometida*, coordenadores F. de Sousa, et al., Porto, Fronteira do Caos, 2011; D. FREDA, *Governare i migranti. La legge sull'emigrazione del 1901 e la giurisprudenza del Tribunale di Napoli*, Torino, Giappichelli, 2017; E. AUGUSTI, *Migrare come abitare. Una storia del diritto internazionale in Europa tra il XVI e il XIX secolo*, Torino, Giappichelli, 2022, in partic. pp. 131-182.

⁽²⁵⁾ Su questo tema si veda il recente studio di D. NUNES, V. SANTOS, *Towards a history of the legal concept of quilombo in Brazil (18th and 20th century)*, in « Ivs Fvgit », 24 (2021), pp. 189-209.

⁽²⁶⁾ Per un quadro sulle *quilombolas* ancora esistenti si vedano: J.M. ARRUTI, C. CRUZ et al., *O impacto da Covid-19 sobre as comunidades quilombolas. Informativos Desigualdades Raciais e Covid-19*, in « AFRO-CEBRAP », 6 (2021); INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), *Base de Informações Geográficas e Estatísticas sobre os indígenas e quilombolas para enfrentamento à Covid-19: Notas Técnicas*, Rio de Janeiro, IBGE, 2020.

propri svolgimenti ad un insuperabile originario tratto schiavista e alla connessa difficoltà di costruire una realtà giuridica effettivamente a soggetto unico di diritto. I *quilombos* sono esistiti come spazi di fatto sottratti alla giurisdizione dello Stato, fino alla Costituzione brasiliana del 1988, quando essa ha riconosciuto le *quilombolas* come soggetti collettivi e gli ha attribuito il titolo di proprietà sulle terretoricamente occupate. E non è l'ultimo capitolo di questa storia. Ancora oggi, nonostante il riconoscimento costituzionale, è ancora attuale il problema della loro piena integrazione nel tessuto istituzionale e sociale nazionale (27).

Le domande aperte su tale fenomeno sono molte. Come è stato osservato (28), sappiamo ancora poco delle caratteristiche giuridiche con cui si configura il rapporto tra Stato e *quilombos*. Posto che è un rapporto che *non tende a favorire una integrazione*, possiamo chiederci se e quale sia stata la condizione giuridica (sia in termini di riconoscimento, di accettazione tacita, di repressione) di tali spazi che si sono sottratti alla giurisdizione. Che tipo di autonomia hanno rappresentato? Quali regimi di 'cittadinanza' vi sono corrisposti? Quale statuto giuridico hanno avuto le terre dei *quilombos*? Sarebbe anche interessante sapere in che modo emerge e si afferma, sia in termini di *agency* collettiva, che di costruzione delle soluzioni giuridiche, la questione dei *quilombos* e delle *quilombolas* nel dibattito costituente della fine degli anni Ottanta del Novecento.

Veniamo ora ad un terzo esempio di eccedenza spaziale, quello relativo alla vicenda delle comunità indigene, che offre una angolazione molto originale per osservare la storia giuridica del Brasile contemporaneo. Il problema già emergeva in negativo dal primo esempio che abbiamo fatto, quello della colonizzazione del sud,

(27) Cfr. NUNES, SANTOS, *Towards a history of the legal concept of quilombo*, cit., pp. 199-201; A. MARTINS, L. MIZUTANI, *La noción de minoría en las decisiones judiciales durante la transición democrática brasileña (1988-2010)*, in *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, a cura di M. Meccarelli, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 121-148; A.C. WOLKMER, C.F. MARÉS, M.C. VIDOTTE BLANCO TARREGA, *Os direitos territoriais quilombolas*, Goiânia, PUC Goiás, 2017; J.M. ARRUTI, T. HELD, C. CRUZ, *Quilombos, desdemocratização e pandemia*, in *Novas direitas e genocídio no Brasil: pandemias e pandemônio*, organizzadores C. Brandão Augusto et al., São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2021, vol. II, pp. 320-335.

(28) NUNES, SANTOS, *Towards a history of the legal concept of quilombo*, cit., p. 192.

dove il pluralismo prodotto dal fenomeno migratorio si sostituiva a quello preesistente. Il problema però riguarda l'intero Paese, ed è di più lungo periodo, attingendo le sue origini, com'è evidente, dalla colonizzazione portoghese. Mentre conosciamo abbastanza il suo inquadramento nel pensiero giuridico nell'età moderna — che andava nel senso di prevedere una inclusione di questo fattore di pluralismo, entro l'ordine corporativo europeo in una posizione corrispondente a quella dei *miserabiles* o dei minori ⁽²⁹⁾ — una vera e propria storia giuridica dei rapporti tra comunità indigene e istituzioni dello Stato nel Brasile contemporaneo ancora manca.

Le ricerche sulla fase della dittatura e sulla giustizia di transizione ⁽³⁰⁾ mostrano che il problema dell'alterità indigena non è stato risolto e, per molti aspetti, permane ancora oggi, nello stesso Stato democratico, nonostante le norme della Costituzione abbiano previsto un pieno riconoscimento dei diritti delle comunità indigene alla propria cultura e al rapporto con la terra. Ebbene, pur in un tale contesto si è verificato, per usare le parole di Juliana Neuenschwander, « il paradosso dell'inclusione dell'esclusione degli indigeni » ⁽³¹⁾. Infatti, sono emerse resistenze ad una piena applicazione

⁽²⁹⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión*, in « Forum Historiae Iuris », 18 agosto 2014; ID., *A formação do conceito de direitos humanos*, Curitiba, Juruá, 2013. Si vedano inoltre, fra gli altri, T. DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit: Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008; L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 191-263.

⁽³⁰⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Diversidade Cultural e Justiça de Transição*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 44 (2015), pp. 1137-1166; MARTINS, MIZUTANI, *La noción de minoría en las decisiones judiciales*, cit.; A. DEMETRIO, K. KOZICKI, *A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil*, in « Direito e Práxis », 10 (2019), 1, pp. 129-169; R. LAMERA GUESTA CABRAL, V.L. DANTAS DE MORAIS, *Os povos indígenas brasileiros na ditadura militar: Tensões sobre desenvolvimento e violação de direitos humanos*, in « Direito e desenvolvimento », 11 (2020), 1, pp. 106-122.

⁽³¹⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Political Transition, Continuities and Permanences: The Rights of Indigenous Peoples and Political Transition in Brazil*, in *Comparing Transitions to Democracy*, cit., pp. 31-48, in partic. pp. 44-47. Si vedano anche ID., *Los límites del multiculturalismo*, cit.; C. PAIXÃO, *Práticas desconstituintes no Brasil contemporâneo: o etnocídio dos povos indígenas*, in « Jornal GGN », 23 fevereiro 2022. Per una prospettiva su questi problemi nei Paesi ex coloniali di tradizione di *common law* si veda R. VOLANTE, *La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 45 (2016), pp. 717-748, in partic. pp. 746-748.

delle tutele giuridiche previste dalle norme costituzionali; soluzioni giurisprudenziali hanno implicato una esclusione delle comunità indigene dalla giustizia di transizione e dunque un effettivo accesso alle restituzioni. Il problema però è anche rappresentato dal fatto che l'approccio alla tutela giuridica è stato concepito sulla base degli standard culturali e antropologici occidentali (soggetto di diritto, diritti individuali, diritti umani, ecc.). La cosiddetta 'inclusione sociale' che certe misure hanno promosso, in realtà ha avuto l'effetto di costringere le comunità indigene ad un processo di omogeneizzazione forzata, in una condizione di cittadinanza, che poco corrisponde alla visione e alle aspettative di tutela giuridica di quelle culture indigene ⁽³²⁾. Ciò, nella nostra prospettiva, è il segnale di una realtà di pluralismo che non è stata integrata o non è risultata integrabile nello spazio-tempo dello Stato, sia nel senso territoriale che nel senso culturale, antropologico e, quindi, sociale ⁽³³⁾.

La vicenda dei *quilombos* e la questione indigena ci segnalano che l'eccedenza spaziale presupposta è da riferirsi anche alla *dimensione sociale* oltre che a quella territoriale. Consideriamo, allora, ancora due esempi in tale direzione: il retaggio della schiavitù e l'azione dei movimenti sociali nello spazio politico.

È significativo ad esempio riscontrare che, in materia penale, il « facto da escravidão » ⁽³⁴⁾ venisse inquadrato attraverso un *doppio livello di legalità*, ossia ricorrendo a quel regime normativo speciale ⁽³⁵⁾, che permetteva di far convivere una legislazione ispirata ai

⁽³²⁾ NEUENSCHWANDER, *Political Transition, Continuities and Permanences*, cit., p. 47, che riprende gli studi antropologici di E. VIVEIROS DE CASTRO, *A inconstância da alma selvagem*, São Paulo, Cosac Naif, 2014; ID., *Alguma coisa vai ter que acontecer*, in A. KRENAK, *Encontros*, Rio de Janeiro, Azougue, 2015, pp. 8-19.

⁽³³⁾ J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *La costruzione giuridica della diversità. Per un dialogo tra antropologia e diritto a partire dal prospettivismo multinaturalista*, in *Diversità e discorso giuridico*, cit., pp. 41-74.

⁽³⁴⁾ R. SONTAG, « *Exceção única á civilização cristã* »: o problema dos açoites na literatura jurídico-penal brasileira (1824-1886), in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 49 (2020), pp. 375-427 (la citazione è a p. 412); ID., « *Black code* »? *The exceptional legal regime of slave control in Brazil (1830-1888)*, in « *Ivs Fvgit* », 24 (2021), pp. 109-145.

⁽³⁵⁾ Ricardo Sontag nel saggio sopracitato mostra l'applicabilità anche per le vicende brasiliane della categoria del doppio livello di legalità, che venne introdotta, in

principi liberali di garanzia, con quella orientata a fronteggiare la pericolosità sociale e a combattere il nemico della società; lo schiavo rientrava, appunto, nelle due ultime tipologie. Va poi osservato, che l'ombra della tradizione schiavista si estende anche ai decenni successivi alla sua abolizione (per altro giunta solo nel 1888), seppure dietro lo schermo del principio di uguaglianza formale. Lo mettono in evidenza gli studi sugli schiavi liberati svolti da Beatriz Mamigonian ⁽³⁶⁾ e quelli sulla codificazione civile. Fonseca al riguardo ha spiegato che « la formazione culturale del diritto privato brasiliano, non può essere disgiunta dai solchi profondi lasciati dalla società agraria schiavista e conservatrice » e che la modernizzazione del diritto privato venne attuata in sostanza riproducendo, sotto nuova veste « le ingiuste strutture sociali e politiche » della fase precedente ⁽³⁷⁾. Il problema della schiavitù, dunque, permane, riflettendosi sui momenti organizzativi della società e dei poteri, relegando la popolazione nera in una condizione di marginalità sociale e dando vita a problemi nuovi come quelli dell'integrazione razziale ⁽³⁸⁾. Significativo è constatare un occultamento della questione, sul piano giuridico, anche in fasi relativamente recenti, come nella stessa vicenda della giustizia di transizione alla fine degli anni

riferimento alla storia penale italiana, da M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 592-597. Si vedano su questo anche F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36 (2007), pp. 697-742; L. LACCHE, « *Alzate l'architrave, carpentieri* ». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto e Novecento*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 183-205.

⁽³⁶⁾ B. MAMIGONIAN, *Africanos Livres. A Abolição do Tráfico de Escravos Para o Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2017. Si vedano anche i contributi di autori diversi raccolti nel numero della rivista « Brésil(s). Sciences humaines et sociales », 11 (2017), dedicato al tema dell'*Esclavage contemporain*.

⁽³⁷⁾ R.M. FONSECA, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 33/34 (2004/05), pp. 963-983 (la citazione è a p. 983). In questo senso anche A. KOERNER, *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira (1841-1920)*, Curitiba, Juruá, 2010, p. 78. Sui profili legati al problema del possesso e della proprietà si veda S. SAID STAUT JR., *Posse e dimensão jurídica no Brasil*, Curitiba, Juruá, 2015.

⁽³⁸⁾ Il razzismo è considerato, ancora oggi, un problema strutturale nella società brasiliana. Su questo si veda più di recente S.L. DE ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, São Paulo, Pólen Livros, 2019.

Ottanta. Gli studi svolti in materia da Cristiano Paixão⁽³⁹⁾ hanno messo in evidenza come, in quel passaggio, cruciale per fondare la nuova coesione sociale nel Brasile democratico, il problema della repressione del movimento nero non abbia trovato una sua evidenza specifica e non abbia acquisito la visibilità sociale che avrebbe dovuto e potuto avere.

Un ultimo esempio di eccedenza emerge poi nello spazio politico con riferimento ai *movimenti sociali*. Sappiamo già che la storia costituzionale dell'Otto-Novecento è la storia di un impegnativo confronto tra Stato e società; la sintesi ottocentesca rappresentata dallo 'Stato di diritto' non ha più funzionato di fronte al mutamento sociale, caratterizzato dall'emersione di soggetti collettivi, portatori di interessi diffusi e capaci di esprimere un programma politico. Il Brasile non è estraneo a questa vicenda; anzi, qui essa è, in un certo senso, aggravata dal fatto che si innesta in un processo di costruzione delle istituzioni statali ancora alla ricerca di un consolidamento. Nella complessa fase, segnata da crisi ricorrenti, oltre che da una ricorsività del discorso sulla crisi nel dibattito giuspubblicistico⁽⁴⁰⁾, si pone la questione di fronteggiare movimenti sociali o gruppi politici che, proprio per la visione della società di cui sono portatori, costituiscono una minaccia all'ordine costituito.

Ciò accade ad esempio, similmente a quanto succede in Europa⁽⁴¹⁾, in relazione alle organizzazioni anarchiche e socialiste sia durante la Prima Repubblica, che, negli anni Trenta, durante l'era Vargas. La strategia repressiva è orientata a creare meccanismi di esclusione contro coloro che erano percepiti come nemici della società: si va dalla pratica della proclamazione dello stato di asse-

(39) C. PAIXÃO, "Where the Silences Are Mute": *Political Transition, State Violence and the Racial Question in Contemporary Brazil*, in *Comparing Transitions to Democracy*, cit., pp. 11-29.

(40) PAIXÃO, PAIVA, *O conceito de crise constitucional*, cit., pp. 193-203; PAIXÃO, MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process*, cit., pp. 36-38.

(41) Si permetta di rinviare a M. MECCARELLI, *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao *et al.*, Macerata, Eum, 2012, pp. 465-487.

dio ⁽⁴²⁾, all’emanazione di misure repressive speciali ⁽⁴³⁾, all’applicazione di provvedimenti di espulsione dalla comunità ⁽⁴⁴⁾, o, come nel caso degli stranieri, alla espulsione dai confini dello Stato ⁽⁴⁵⁾.

Infatti, in Brasile la mobilitazione sociale e politica, il conflitto sociale — nella sua dimensione spontaneistica di evento non riconducibile a dinamiche di istituzionalizzazione — e, in particolare, gli scioperi, hanno giocato un ruolo importante nell’inesco di momenti costituenti, tanto che ciò è considerato un tratto permanente nella storia costituzionale brasiliana del Novecento ⁽⁴⁶⁾. Eppure, in quanto « *experiência limite* » ⁽⁴⁷⁾, hanno continuato a rappresentare uno spazio politico eccedente quello costituzionalmente disegnato. Dinamiche di esclusione di movimenti sociali da quest’ultimo sono,

⁽⁴²⁾ C. LYNCH, C. PEREIRA DE SOUZA NETO, *O Constitucionalismo da Inefetividade: a Constituição de 1891 no Cativoiro do Estado de Sítio*, in « *Quaestio Iuris* », 5 (2012), 2, pp. 85-136; A.S. TOSSIGE GOMES, A. SOARES DE MOURA COSTA MATOS, *O estado de exceção no Brasil republicano*, in « *Direito & Práxis* », 8 (2017), 3, pp. 1760-1787; PAIXÃO, MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process*, cit., pp. 41-43.

⁽⁴³⁾ Mi riferisco in particolare alla emanazione della *Lei de segurança nacional* e alla creazione del relativo *Tribunal de segurança nacional*. Cfr. R. PEIXOTO DE PAULA MARQUES, *Repressão política e usos da Constituição no Governo Vargas (1934-1937)*, Curitiba, Editora Prismas, 2016; Id., *Cortes de exceção e emergência constitucional: o debate sobre o Tribunal de Segurança Nacional*, in « *Latin American Human Rights Studies* », 2021, 1, pp. 1-34; D. NUNES, *Legislação penal e repressão política no estado novo: uma análise a partir de julgamentos do Tribunal de Segurança Nacional (1936-1945)*, in « *Acervo: Revista do Arquivo Nacional* », 30 (2017), pp. 126-143; D. NUNES, R. SONTAG, *The Restless National Security Acts: The Absence of Crimes Against National Security in the 1940 Brazilian Penal Code*, in *Ideology and Criminal Law: Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes*, edited by Stephen Skinner, London, Bloomsbury, 2019, pp. 321-344.

⁽⁴⁴⁾ R. SONTAG, *História de uma « situação extra-constitucional »: o banimento entre direito e política no Brasil (1824-1934)*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 47 (2018), pp. 469-505.

⁽⁴⁵⁾ GUERRA, *Anarquistas*, cit., pp. 67-107; D. NUNES, *Espulsione ed estradizione come mezzi di rafforzamento del penale in Brasile dall’Impero alla Repubblica*, in « *Italian Review of Legal History* », 5 (2019), pp. 526-557.

⁽⁴⁶⁾ C. PAIXÃO, *História do direito no Brasil republicano: a greve como chave de leitura*, in *Historia do direito privado. Olhares diacrônicos*, organizzadores G. Silveira Siqueira, R.M. Fonseca, Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 188-199. Si veda anche G. SILVEIRA SIQUEIRA, *História do direito pelos movimentos sociais. Cidadania, experiência e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil 1906)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013; Id., *História do direito de greve no Brasil (1890-1946)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017; KOERNER, *Strained politics in democracy*, cit., pp. 287-291.

⁽⁴⁷⁾ PAIXÃO, *História do direito no Brasil republicano*, cit., p. 193.

per altro, riscontrabili anche nella stessa fase di transizione alla democrazia alla fine degli anni Ottanta del Novecento ⁽⁴⁸⁾, nonostante l'autentica apertura al pluralismo per l'esercizio dei diritti politici.

Gli esempi illustrati, si tratti delle comunità indigene, degli schiavi che si sottraggono al giogo del padrone e fondano comunità autonome, dei soggetti politici incompatibili con l'ordine costituito, dei movimenti sociali che restano sempre in parte fuori dalla dimensione politica con cui interagiscono, ci segnalano dinamiche pluralistiche che non tendono ad integrarsi nel processo di costruzione dello Stato brasiliano. In questi casi è come se il progetto di uno Stato per la nazione abbia riconosciuto la pluralità, per favorire il consolidarsi di una società divisa, segmentata al suo interno; è stato un percorso che ha valorizzato il pluralismo, operando una selettività sul piano sociale, determinando processi di esclusione e occultamento ⁽⁴⁹⁾.

Più in generale, nel loro complesso, gli esempi fin ora forniti mostrano come il fattore 'pluralità' funzioni da *reagente* (seppure con i diversi effetti di sostegno, sottrazione ed esclusione) nel processo di edificazione della sovranità dello Stato; essi ci mostrano situazioni di complessità sociale e territoriale che, solo nella misura in cui restino eccedenti rispetto al circuito istituzionale dello Stato, ne possono facilitare la costruzione e il consolidamento.

Ci sarebbero altri temi ancora che potrebbero essere affrontati assumendo la chiave di lettura che suggeriamo. Penso, ad esempio, alla storia giuridica del federalismo in Brasile. Alla luce di quanto abbiamo visto, emerge come gli Stati federali che compongono il complesso *patchwork* brasiliano non siano affatto ambiti territoriali omogenei. Sarebbe, dunque, interessante indagare eventuali nessi tra la persistenza del problema della pluralità come spazio eccedente e la costruzione federale dello Stato.

⁽⁴⁸⁾ M.P. GUERRA, *Unemployed People in Street Protests: Theories of Political Transitions and the Limits of the Brazilian Democratization*, in *Comparing Transitions to Democracy*, cit., pp. 49-71. Le istituzioni preposte alla soluzione dei conflitti sociali sembrano aver mantenuto fino ad oggi una « memoria repressiva » nell'affrontare i problemi dei conflitti sociali. PAIXÃO, MECCARELLI, *Constituent power and constitution making process*, cit., p. 46.

⁽⁴⁹⁾ Per una riflessione sui *blind spot* che tendono a invisibilizzare minoranze e soggetti vulnerabili nel costituzionalismo occidentale e con riferimento al Brasile, si veda D.A. ROCHA PINHEIRO, *Optical constitutionalism*, in « LawArt », 3 (2022), pp. 121-140.

In questa sede però possiamo limitarci a concludere che i fenomeni descritti sono ciascuno di particolare interesse e la loro traiettoria storico-giuridica è meritevole di essere indagata a fondo. Sarebbe però utile anche tentarne una lettura sinottica o integrata; si tratterebbe di guadagnare, tramite la considerazione delle diverse esperienze di pluralismo, un punto di vista originale sui profili di condizionamento che hanno connotato la storia costituzionale brasiliana.

4. *Conclusioni guardando all'Europa.*

Lasciamo ora da parte gli esempi per tornare all'itinerario principale. Alla luce di quanto abbiamo osservato, possiamo confermare che pluralità e pluralismo hanno avuto un ruolo nello svolgersi della traiettoria monistica rappresentata dalla costruzione dello Stato-nazione in Brasile; lo spazio eccedente ne ha costituito il livello di precomprensione.

Che cosa possiamo dire riguardo all'Europa e in particolare all'Italia? C'è stato, seppur in un diverso scenario, un uso strumentale della pluralità vincolato ad un progetto di modernizzazione in senso monistico del sistema giuridico e dello Stato? E come viene affrontato? Si pone anche qui un problema eccedenza spaziale?

In effetti, alcune situazioni che abbiamo visto verificarsi in Brasile sono rinvenibili anche in Europa. Si pensi allo spazio politico e al problema del trattamento del dissenso anarchico e socialista; come già accennavamo, in Italia, in Francia e in altri paesi del Vecchio continente, si è determinata una vicenda simile a quella sopra descritta: pure qui si è trattato di curvare il diritto penale ad una funzione diversa, rivolta a combattere i 'nemici della società' all'interno del territorio statale, tanto da legare il *diritto penale codificato* al regime del doppio livello di legalità. Per tali vicende sembra poter funzionare la chiave di lettura dello spazio eccedente.

Guardando agli svolgimenti del diritto privato il quadro è sensibilmente diverso. Giovanni Cazzetta ha ben evidenziato come «le illusioni del diritto eguale»⁽⁵⁰⁾ annunciate dal primato della legge e dei codici, occultassero un differenziale tra la società astrat-

⁽⁵⁰⁾ G. CAZZETTA, *Contratto e status. Uguaglianza e differenze tra Otto e Novecento*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche*, a cura di L. Solidoro,

tamente immaginata del codice civile e la società reale. Da tale problema di pluralità hanno preso forma le complesse vicende del nascente *diritto sociale* ⁽⁵¹⁾. Lo svolgimento della vicenda è, però, diverso da quello brasiliano; ci sono delle differenze importanti di cui tener conto, a cominciare dal retaggio della mentalità schiavistica, che in Europa non pare rilevare particolarmente nelle vicende interne agli Stati. Inoltre, il tentativo di contenere la questione sociale nelle leggi speciali (e dunque di affrontarla come un problema di eccedenza nel senso fin ora considerato), lascia il campo, nel medio periodo, a soluzioni integrate con importanti trasformazioni nel diritto privato e nel diritto pubblico ⁽⁵²⁾.

Il nostro discorso, tuttavia, non verte tanto nel grado di parallelismo che è possibile individuare tra la vicenda brasiliana e quella europea. Il punto è piuttosto considerare se anche per l'Europa e in particolare per l'Italia, è dato riscontrare una compromissione del fattore 'pluralità' nel progetto monistico. Studi recenti ⁽⁵³⁾ incoraggiano a considerare questa prospettiva, ma anche i lavori degli ultimi decenni ci offrono degli esempi utili a riflettere in tale direzione.

Pensiamo alla vicenda del *diritto giurisprudenziale* nell'età dei codici. In Europa, il processo della applicazione dei codici, e in

Torino, 2019, pp. 85-111 (la citazione è a p. 86); su questa linea fondamentale resta poi il volume di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit.

⁽⁵¹⁾ Al riguardo si vedano, fra gli altri, G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007; ID., *Un processo di formazione: cultura giuridica del lavoro nel Novecento italiano*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 74 (2020), 2, pp. 737-747; GROSSI, « *Il coraggio della moderazione* », cit.; M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato: la Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010; F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 2016 e il volume 46 (2017) dei « Quaderni fiorentini », dedicato al tema *Giuristi e Stato sociale*.

⁽⁵²⁾ G. CAZZETTA, *Entangled histories. Diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*, in « História do Direito », 2 (2021), 2, pp. 117-130; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 139-210; P. COSTA, *Lo Stato sociale come problema storiografico*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 46 (2017), pp. 41-102; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽⁵³⁾ In questo senso si veda il volume 50 (2022) dei « Quaderni fiorentini », dedicato a *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze* e in particolare i contributi nella sezione *Esercizio della sovranità ed esperienze di pluralismo*.

particolare del codice civile, viene affidato ad un protagonismo giurisprudenziale delle Corti supreme⁽⁵⁴⁾; in Italia, come è noto, la strategia è stata di affidare all'attività di cinque Corti regionali di cassazione il compito di rendere assimilabile uno stesso diritto nazionale in contesti territoriali diversi, differenziando la giurisprudenza su scala territoriale. Anche in Germania il *Reichsgericht* ha giocato un ruolo chiave per favorire una *Rechtsharmonisierung* delle diverse aree giuridiche locali, nel nascente diritto nazionale. Il risultato è stato ottenuto, in assenza di un codice unitario, tramite una Corte suprema che procedeva attraverso l'azione autonoma di Sezioni con competenza regionale.

Se poi guardiamo più ampiamente agli studi dedicati alla *Wirkungsgeschichte* dei codici⁽⁵⁵⁾ in essi emerge il dato di una resistenza al cambiamento se non addirittura di una certa 'persistenza' dei diritti formalmente abrogati, nel quadro del diritto codificato vigente. Si pensi, solo per fare due esempi, alle « nuove vite »⁽⁵⁶⁾ conosciute dal dominio diretto, o ai regimi giurisprudenziali di altri istituti introdotti dal *code civil* in materia matrimoniale e successoria⁽⁵⁷⁾. Queste vicende sembrano segnalarci un fenomeno

⁽⁵⁴⁾ Si permetta qui di rinviare ai miei studi in materia, M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, Milano, Giuffrè, 2005 e ID., *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 40 (2011), pp. 721-745.

⁽⁵⁵⁾ Si pensi a S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2017; ID., *Il buon ordine delle private famiglie'. Donazioni e successioni nell'Italia napoleonica*, Napoli, Jovene, 2021; P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, Giappichelli, 2018. Per un inquadramento metodologico aggiornato sulla *Wirkungsgeschichte* dei codici si veda, da ultimo, P. CARONI, *Das Gesetzbuch als Botschaft? Für eine andere Gesetzgebungsgeschichte*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », German. Abt., 139 (2022), pp. 188-236.

⁽⁵⁶⁾ G. PACE GRAVINA, *Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 42 (2013), pp. 436-469; ID., *"In Sicilia per poco non è data la stessa aria in enfiteusi": un istituto delle Leggi Civili del 1819 nella lettura dei giuristi isolani*, in « Historia et ius », 9 (2016), e ora anche, ID., *La terra e il codice: l'Enfiteusi*, Milano, Giuffrè, in corso di stampa (ringrazio l'Autore per l'opportunità di leggere in anteprima il manoscritto).

⁽⁵⁷⁾ SOLIMANO, *Amori in causa*, cit.; ID., *Il buon ordine delle private famiglie'*, cit.

di *pluralismo carsico*, che tende a guadagnare una posizione o, comunque, entra in un processo di ri-significazione, nel nuovo quadro normativo disegnato dallo Stato. E, ancora, guardando alla storia dei codici, il problema della pluralità sembra aver giocato un ruolo rilevante nella impostazione delle *politiche del diritto* per la codificazione⁽⁵⁸⁾, e nei dibattiti sul ‘se’ e sul ‘come’ del suo superamento⁽⁵⁹⁾.

Un ultimo esempio possiamo poi trovarlo se guardiamo la proiezione esterna degli Stati nazione europei. Anche qui abbiamo interessanti esempi di *interferenze* tra fattore ‘pluralità’ e progetto monistico; penso ovviamente al *diritto coloniale* come strumento *ad hoc* per risolvere il problema dell’alterità spazio-temporale, nel progetto di espansione degli Stati sovrani⁽⁶⁰⁾. Mentre il Brasile indipendente fa i conti con lo spazio eccedente nel proprio territorio

(58) Si vedano su questo P. CAPPELLINI, *Alle porte d’Italia: unificazione nazionale e uniformazione giuridica*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Treccani, 2012, pp. 267-276; S. SOLIMANO, ‘*Il letto di Procuste*’. *Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003; A. SPINOSA, ‘*Civili in diversissimo modo*’ *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell’Italia dell’Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2017; A. CAPPUCCIO, ‘*La toga, uguale per tutti*’. *Potere giudiziario e professioni forensi in Sicilia nella transizione tra Antico Regime e Restaurazione (1812-1814)*, Bologna, il Mulino, 2018.

(59) Si pensi al rilievo che riconosciamo al dibattito sull’interpretazione del diritto tra Otto e Novecento. Dell’ampia storiografia sul tema mi limito qui a ricordare, oltre ai fondamentali contributi di Paolo Grossi, come il volume *Scienza giuridica italiana*, cit., le ricerche raccolte nel ricco numero 40 dei «Quaderni fiorentini», 2011, dedicato a *Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*.

(60) P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34 (2004/2005), pp. 169-257; e nello stesso volume L. NUZZO, *Dal colonialismo al post-colonialismo: tempi e avventure del ‘soggetto indigeno’*, pp. 463-508; ID., *La colonia come eccezione*, in «Rechtsgeschichte», 8 (2006), pp. 52-58; S. MEZZADRA, E. RIGO, *Diritto d’Europa. Una prospettiva postcoloniale sul diritto coloniale*, in *Oltremare. Diritto e istituzioni. Dal colonialismo all’età postcoloniale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, CUEN, 2006, pp. 175-204; G. BASSI, *Il diritto come strumento di politica coloniale nella Libia italiana (1911-1943)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 47 (2018), pp. 207-255; J. SOLLA SASTRE, *El archipiélago de la administración diminuta o el extraño caso de los «filipinos»*, in *En antidora. Homenaje a Bartolomé Claveró*, coordinadores J. Vallejo, S. Martín, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 377-454.

interno, 'colonizzandolo', gli Stati europei sono impegnati in una campagna di conquista e colonizzazione di territori lontani, nel segno dello spazio deciso. Tuttavia, in entrambi i casi si è trattato di usare il pluralismo per dare una prospettiva al monismo giuridico moderno. È a ben vedere un *pluralismo imposto*, che fonda la sua legittimità sulla sovranità dello Stato e, secondo una dinamica verticale piuttosto che dal basso, modifica, snatura o cancella il pluralismo preesistente (qui di nuovo una omologia con la vicenda brasiliana).

Questi rapidi esempi evidenziano che, anche nel campo europeo, la lente del pluralismo può funzionare per una lettura in profondità delle vicende dei secoli XIX e XX.

Se da un punto di vista teorico monismo e pluralismo indicano due modi ben distinti di concepire il diritto e le sue configurazioni sistematiche, da un punto di vista storico il pluralismo diventa spesso un 'registro', utilizzabile per diverse strategie e fini, del tutto compatibile con progetti o macro-tendenze di carattere monistico. È il dato che più conta nella nostra prospettiva. Al di là dei modelli e degli idealtipi, sono le strategie e fini retrostanti a spiegarci come pluralità e pluralismo hanno contribuito a costruire la storia contemporanea, che cerchiamo di comprendere.