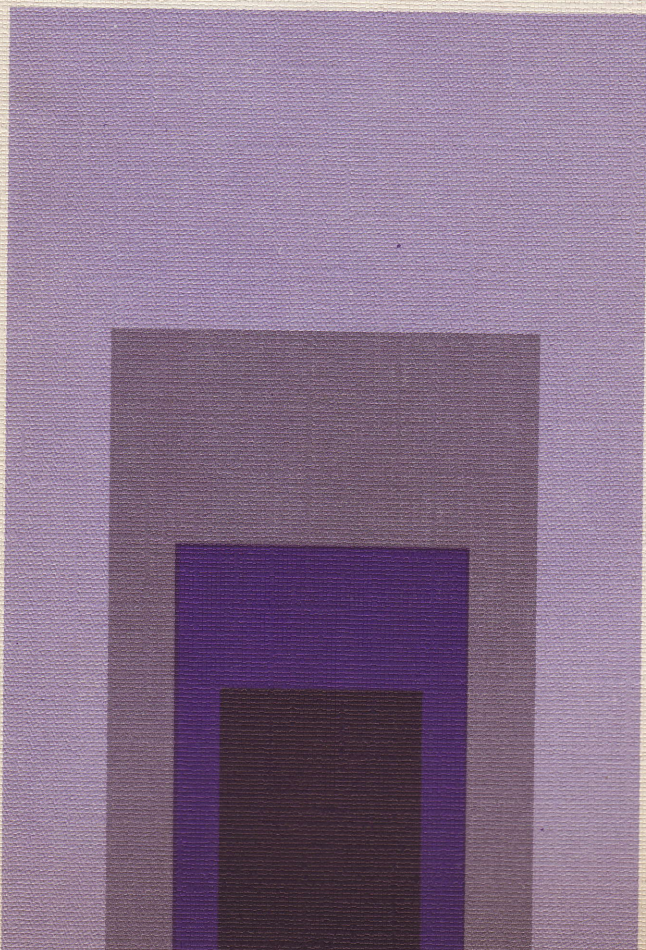


Eligio Resta

Diritto e sistema politico

SCIENZE SOCIALI 23 LOESCHER

collana diretta da Pietro Rossi



II/ IL DIRITTO NELLE SOCIETÀ SENZA STATO

La delimitazione dell'ambito del diritto nelle società senza stato costituisce un problema quanto mai difficile se si pensa al carattere non univoco delle definizioni di diritto e di società senza stato. Presupporre infatti un'idea compiuta di diritto e di stato, come queste si sono andate definendo nelle esperienze moderne, significa lavorare con categorie inadeguate. Ciò è avvenuto spesso e il dibattito antropologico ne è stato coinvolto fino in fondo; l'indulgere di molti autori sul problema definitorio è dunque giustificato dalla necessità di chiarezza teorica su questo aspetto. L'utilità di una riflessione etno-antropologica sul diritto consiste appunto nel modo in cui, attraverso la ricerca sul campo, si ricostruiscono esperienze giuridiche profondamente diverse da quelle che ci troviamo di fronte e da quelle storicamente descritte. Ma è innegabile che in ogni ricerca si finisca per proiettare una certa idea di diritto. Quella più comunemente richiamata è di ispirazione realistica, secondo cui il diritto sarebbe una forma di controllo sociale attuato attraverso l'applicazione sistematica della forza da parte di una società politicamente organizzata.

L'incertezza terminologica sul diritto primitivo riflette dunque molti problemi che hanno pesato sulla ricerca antropologica. Il suggerimento di Stanley Diamond nel saggio *Primitive Society in Its Many Dimensions* è che lo studio del diritto primitivo debba essere inserito nell'analisi delle caratteristiche delle società primitive nel loro complesso. Le società primitive si differenziano dalle società arcaiche e delle società contemporanee per una serie di elementi che vanno dalla specificità di regole di integrazione sociale a precise strutture di *leadership*, a forme particolari di produzione culturale. Senza questi riferimenti non

si può comprendere perché non esistano leggi — come noi le conosciamo — mentre operano con efficacia consuetudini e sanzioni informali da tutti condivise e interiorizzate. L'assenza di un'organizzazione statuale che monopolizzi il processo sanzionario e l'applicazione delle regole sposta il problema sul versante dell'interiorizzazione dei criteri di condotta, vale a dire sul versante dei rapporti tra diritto e costume. La riflessione più profonda sui confini molto labili che corrono tra questi due termini si trova nell'opera di Bronislaw Malinowski. In *Crime and Custom in Savage Society* (1926) egli propone una distinzione tra regole giuridiche vere e proprie e regole informali di controllo sociale, sia pure fortemente interiorizzate. Nelle culture primitive il costume si fonda sull'informalità diffusa delle regole (*shapelessness*) e non dev'essere confuso con regole giuridiche di carattere obbligatorio. Queste sono sostenute da una forza vincolante che si realizza in una reciprocità di diritti e di obblighi transigibili in una struttura cerimoniale pubblica. Malinowski riconosce quindi l'esistenza di un ambito giuridico proprio delle culture primitive, anche se esso non appare consegnato ad alcuna istituzione indipendente. Il diritto rappresenta un aspetto inserito nella vita tribale, « un segmento della struttura sociale ».

Il carattere « segmentario » del diritto, che percorre la totalità della cultura nelle società primitive, trova conferma nell'*Essai sur le don* di Marcel Mauss, pubblicato nel 1923. Mauss affronta il problema del dono nel complesso sistema dello scambio inteso, nelle società primitive, come un fenomeno sociale « totale ». Nel dono trovano infatti espressione varie specie di istituzioni — religiose, giuridiche, morali, politiche, e nello stesso tempo economiche. Il dono è caratteristico delle società che hanno superato il sistema delle prestazioni totali (da clan a clan), ma non sono ancora pervenute del tutto alla fase del contratto individuale, del mercato, del valore monetario dei beni. Nei suoi aspetti di reciprocità obbligatoria, il dono individua un modello di società che incorpora il diritto producendo comportamenti vincolanti senza che vi sia il supporto di sanzioni politicamente organizzate.

Karl Polanyi ha spiegato in maniera non dissimile da Mauss il fenomeno del diritto nello scambio primitivo in un saggio pubblicato in *Trade and Market in the Early Empires. Economies in History and Theory* (1957). Polanyi riafferma la sua nota tesi secondo cui nelle società primitive l'economia risulta incorporata in altre istituzioni sociali, al contrario di quanto avviene nelle società moderne dove la sfera economica è del tutto autonoma. Al pari dell'economia, nelle società primitive anche il diritto è « incorporato ». Così il passaggio da un'economia incorporata a un'economia non-incorporata è graduale: riflette il movimento — già descritto da Maine — dallo *status* al contratto. Nelle formazioni sociali in cui prevale l'appartenenza a gruppi primari le relazioni economico-giuridiche sono fondate sulla reciprocità e sulla redistribuzione delle risorse. Diritti e destini economici sono determinati dalla nascita e dalla parentela. Nelle società in cui, al contrario, prevale la volontà individuale, si sviluppa una sfera economica dello scambio separata ed autonoma: il mercato. Il contratto è allora soltanto l'aspetto giuridico dello scambio, e serve da garanzia dell'autonomia del sistema economico. Dove questa è assente le strutture giuridiche hanno tutt'altre funzioni.

Nonostante il carattere diffuso e interno alla vita tribale, il diritto delle società primitive si distingue specificamente dal complesso delle sanzioni da cui è costituita la rete del controllo sociale. Si hanno sanzioni negative organizzate di carattere non morale o religioso, ma giuridico, soltanto quando sono imposte da un'autorità politica o militare istituzionalmente riconosciuta come tale dalla comunità primitiva. È la tesi di Alfred Reginald Radcliffe-Brown, contenuta nei saggi *Social Sanctions* e *Primitive Law* (1933), in cui l'antropologo inglese tende a restringere la presenza del diritto a quelle comunità in cui il potere di comminare sanzioni viene delegato a un'autorità specificamente prevista. Pur in assenza di una struttura statale che centralizzi il potere sanzionario (« monopolio statale della forza fisica »), il diritto primitivo coincide con la sfera delle sanzioni legalmente organizzate. La sua obbligatorietà non si

basa sulla pura imposizione, ma su strutture comunitarie e solidaristiche.

L'approccio antropologico al diritto è perciò nettamente empirico; è rivolto a porre in evidenza quello che gli uomini fanno nelle loro relazioni reciproche e nei riguardi delle forze naturali che vengono in urto con essi. Raccogliendo esperienze di ricerca sugli Eskimesi e sui Cheyennes — e traendo vantaggio dalla collaborazione di un giurista come K. Llewellyn — Edward Adamson Hoebel ha fornito, in *The Law of Primitive Man* (1954), il contributo più rilevante all'antropologia giuridica. Partendo dalle impostazioni del realismo funzionale, egli ricostruisce fenomeni come la mediazione giuridica e l'uso della forza fisica in società che non conoscono tribunali né pubblici ufficiali (elementi tipici di organizzazioni statuali), ma si servono di transazioni paritarie e di « accusatori privati ». Nella dialettica tra pubblico e privato che si dissolve nella struttura comunitaria della società primitiva, il diritto svolge tutte le sue principali funzioni: di integrazione, di mantenimento dell'ordine, di soluzione dei conflitti, di adattamento alle mutate condizioni di vita. Ogni comunità primitiva mostra regole particolari di risoluzione delle controversie difficilmente generalizzabili in un concetto di processo giudiziario. Il lavoro dell'antropologo è appunto quello di una paziente ricostruzione dei diversi tipi di risoluzione dei conflitti. Di fronte a strutture informali e all'assenza di codici di controllo sociale, le regole giudiziarie vanno ricercate nella somma dei casi concreti. È questo il suggerimento metodologico di Max Gluckman contenuto in *Power, Law and Ritual in Tribal Society* (1965), frutto di un lungo lavoro di ricerca presso i Tonga e i Barotse. Per l'antropologo di Manchester il modo più efficace per capire il processo giudiziario, senza preventive scelte definitive, è il *case method*, assicurato soltanto dalla ricerca sul campo.

Nello sciogliere i conflitti — spiega Paul Bohannan in *The Differing Realms of the Law* del 1965 — le istituzioni giuridiche si trovano di fronte tre compiti: 1) stabilire le modalità di assorbimento, in strutture giuridiche defini-

te, delle controversie sorte nelle diverse istituzioni sociali; 2) porre le procedure di risoluzione; 3) regolare le modalità di esportazione delle decisioni dal diritto verso le istituzioni interessate. Vi è un continuo scambio tra istituzioni giuridiche e istituzioni extra-giuridiche, che rende il rapporto tra diritto e costume estremamente complesso. Le regole di una comunità vengono istituzionalizzate dapprima nel costume; per diventare diritto e acquistare carattere di obbligatorietà devono essere re-istituzionalizzate. L'istituzionalizzazione secondaria provoca però continue sfasature tra costume e diritto. Inoltre la doppia istituzionalizzazione giuridica presuppone un « sovrano », ossia una struttura unicentrica di potere che manca nelle società senza stato. Qui si hanno non già decisioni ma compromessi, mediazioni tra due centri di potere, non tribunali né corpi unitari di leggi. Il sistema bicentrico ma uniculturale, tipico delle società senza stato, è meno esposto alle « sfasature » in quanto riduce tempi e meccanismi della doppia istituzionalizzazione, ma non può essere un modello per le società complesse. In altri termini, il diritto delle società senza stato non offre possibilità di progettazione di una nuova società politica.

In aperto disaccordo con la tesi della specificità del diritto primitivo è Leopold Pospisil, un antropologo « formalista ». In *Anthropology of Law* (1971) egli afferma l'esistenza, in tutte le società, di livelli giuridici tra regole del gruppo sociale e modelli di vita dei sotto-gruppi. I diversi sistemi giuridici si dispongono gerarchicamente secondo il grado di compattezza dei gruppi appartenenti allo stesso sistema sociale. Un individuo è così esposto a una molteplicità di regole spesso contraddittorie. Perciò, secondo il grado di compattezza del gruppo a cui si riferisce, potrà essere fedele in via principale alle regole « familistiche » e in via secondaria alle regole della comunità politica. In altre società, dove i gruppi non mostrino un sufficiente grado di compattezza, potrà essere fedele alla comunità politica e, in maniera del tutto occasionale, alla famiglia, al clan, al sotto-gruppo. Il « diritto vivente », tanto nelle società primitive quanto nelle società complesse, è determi-

nato esclusivamente dalla struttura delle organizzazioni primarie.

1. Le dimensioni della società primitiva.

Il termine « primitivo » connota una serie di significati sociologici, politici, economici, psicologici e psichiatrici correlati. Per l'antropologia contemporanea il problema — un problema che, nonostante l'assedio semantico, non cade — è più propriamente quello di definire gli attributi della società primitiva. Ciò vuol dire che « primitivo » implica un certo livello di storia e un certo modo di essere culturale. Questo richiede, *in primo luogo*, distinguere le istituzioni primitive da quelle delle civiltà arcaiche; e, correlativamente, distinguere gli usi primitivi da quelli contadini, senza perdere di vista, al tempo stesso, il sottile problema delle continuità, sia reali sia apparenti. Siamo poi portati a concentrarci concretamente sui processi interni ed esterni attraverso i quali le società comunitarie primitive si ristrutturano in corpi politici civilizzati e organizzati in classi.

In secondo luogo dobbiamo concentrare empiricamente la nostra attenzione sulla grande varietà di forme e usi che si incontrano tra i primitivi.

In terzo luogo dobbiamo allora cercare di elaborare un modello di società primitiva traducendo i diversi moduli formali effettivamente incontrati in una serie di attributi tipici, generalizzati.

E infine, come antropologi, ci converrà esercitare il nostro senso critico sociale contrapponendo le civiltà arcaiche e contemporanee al modello primitivo, e spe-

cificando l'attenuazione o l'assenza degli equivalenti funzionali delle forme e degli usi primitivi nelle società civili e le probabili conseguenze che ne derivano...

Esistono forse dieci fondamentali attributi tipici, collegati tra loro (non li ho ancora portati allo stato astratto di funzioni), che si realizzano in una gamma di forme specifiche, le quali si estendono a qualsiasi modello induttivo, storicamente giustificabile, di società primitiva. Essi sono i seguenti.

1) *Il comunismo economico*. — Nella società primitiva manca lo sfruttamento economico dell'uomo sull'uomo, che troviamo nelle civiltà arcaiche e moderne. Di conseguenza non vi sono classi economiche, nel senso che si può dire che ogni gruppo importante possiede propri mezzi di produzione, anche se un capo simboleggia talvolta nella sua persona i diritti di proprietà di una particolare unità. Le economie primitive sono economie naturali: non conoscono il denaro vero e proprio...

Tra i primitivi lo scambio si effettua di solito attraverso il baratto o il dono. Entrambi tendono ad essere, letteralmente, donazioni, simili a sacrifici, cioè non si tratta semplicemente di dare dei beni ma di dare se stessi... Nella maggior parte delle forme primitive di scambio sembra veramente che l'accento principale cada sul *dare*, e quest'atto può essere accompagnato da atteggiamenti che vanno dall'ostilità alla generosità. Il dono dei primitivi può servire a un fine « economico », in un sistema di reciprocità, ma come gran parte delle attività principali nella società primitiva è multi-funzionale, è un centro per l'espressione di una vasta gamma di emozioni e di fini.

2) *La leadership è comunitaria e tradizionale*, non politica o laica. — Il capo di un clan o il patriarca di una famiglia è rispettato come l'incarnazione del clan, della famiglia o della tradizione tribale. In molte società il capo di un clan è semplicemente il membro più anziano del gruppo. La deferenza verso queste figure è simbolica, un segno di rispetto verso la propria tradizione, e di conseguenza di rispetto di sé.

La leadership può anche essere situazionale e/o basata sull'abilità. Le società primitive abbondano di « capi ». In una sola tribù — ad esempio tra gli Anaguta dell'alto altipiano nigeriano — possono esserci capi per la caccia, per il lavoro, per la danza, per la pesca, per le donne divise in gruppi di età. Questi capi funzionano soltanto in contesti specifici e per periodi di tempo limitati; di solito la supremazia si fonda sull'abilità in un particolare campo. Quasi tutti nella società, una volta o l'altra, si trovano a occupare una posizione di « comando ».

La leadership può essere, inoltre, una funzione di rango e di status generalizzati, che automaticamente spetta a ogni membro normale del gruppo per il semplice fatto di avere raggiunto una certa età o di essere passato attraverso certe esperienze. L'associazione della *leadership* tradizionale con tipi di *leadership* di *status* mobili, situazionali, « automatici », riduce le occasioni per quella che si potrebbe definire ostilità sociale « ad ampio arco », e diminuisce nello stesso tempo l'alienazione che si sviluppa come reazione all'autorità impersonale, arbitraria, esercitata da lontano. Le società primitive sono democratiche (come ha notato Kroeber), pur non essendo « egualitarie » in maniera riduttiva.

L'eguaglianza non viene considerata, nella vita primitiva, come identità. La *leadership* è ragionevolmente distribuita ed esercitata.

3) *Le leggi, come noi le conosciamo, non esistono.* — La società opera attraverso le consuetudini e con sanzioni informali da tutti comprese, non attraverso un apparato di leggi, amministrate dall'alto nell'interesse di questo o quel gruppo, cioè non attraverso leggi codificate. Non esistono funzionari speciali addetti alle leggi né c'è un meccanismo specifico ed esclusivamente legale. Le numerose occasioni d'interventi legali che ben conosciamo nel mondo civile — per esempio i diritti commerciali, il sistema fiscale e la funzione burocratica — non esistono affatto nella società primitiva. Per dirla con Tylor, « una delle cose più essenziali che possiamo imparare dalla vita delle tribù primitive è come una società è in grado di funzionare senza poliziotti che mantengano l'ordine ».

4) *Le società primitive tendono ad essere sistemi in equilibrio; non sono sconvolte da conflitti istituzionali, sebbene presentino conflitti ben strutturati, spesso ciclici, tra le istituzioni; e, naturalmente, esistono i conflitti personali.* — I primi sono esemplificati da limitate lotte tra i vari sodalizi e da una devianza istituzionalizzata; gli altri dal normale gioco tra le personalità, che può intensificarsi fino alla stregoneria. Anzi, i meccanismi sociali precostituiti per l'espressione dell'ostilità — e questi conflitti strutturati sono in parte ostilità — aiutano a rafforzare il tessuto sociale; la società, per così dire, riconosce e fa posto a una vasta gamma di espressioni umane...

5) *Esiste un alto grado d'integrazione tra le varie*

modalità principali della cultura. Tra religione e struttura sociale, struttura sociale e organizzazione economica, organizzazione economica e tecnologia, tra il magico e il pragmatico, vi sono correlazioni complesse e armoniche. Queste correlazioni hanno due effetti principali: a) favoriscono l'efficienza pratica ottimale del sistema; b) integrano un'intera serie di emozioni e di atteggiamenti intorno a una data attività piuttosto che isolare o astrarre l'attività dal suo contesto umano...

6) *Il comune membro della società primitiva partecipa a un settore della sua economia sociale assai più vasto che non gli individui della civiltà arcaica e di quella moderna, tecnicamente raffinata.* — L'uomo medio primitivo, relativamente al suo ambiente sociale e al livello scientifico e tecnologico raggiunto, è più completo, nel senso letterale della parola, di quanto non lo siano la maggior parte degli individui civilizzati. Una delle ragioni fondamentali di questa sua integrità funzionale sta nel dominio dei processi produttivi che egli possiede; il primitivo, quando crea un arnese, lo crea dal principio alla fine, lo usa con abilità e lo domina. Egli non ha la sensazione schizoide di essere dominato da ciò che crea, e ha accesso diretto ai frutti del suo lavoro, compatibilmente con i diritti reciproci dei suoi consanguinei.

7) *La società è olistica e morale (non moralistica); è organizzata su basi parentali o tribali, non politiche.* — Tutte le principali attività economiche, sociali e ideologiche si svolgono nell'ambito di e tra raggruppamenti parentali o quasi-parentali, siano essi famiglie nucleari, unioni di famiglie, clan, gruppi di clan, o tipi vari di sodalizi. La società funziona perciò su basi personali,

corporative e tradizionali, anziché su basi impersonali, civili e individualizzate...

8) *I modi di pensare primitivi sono sostanzialmente concreti, esistenziali e nominalistici, entro un contesto personalistico.* — Ciò non deve far pensare a una mancanza di capacità d'astrazione (ogni lingua, ogni cultura e convenzione proviene da questa dote filogenetica umana), ma piuttosto all'importanza funzionale assunta dalla struttura parentale della società primitiva e a una mancanza d'interesse per quelle specifiche forme di astrazione che, nel mondo civile occidentale, potremmo chiamare platoniche. Il contesto e l'esistenza, più che l'essenza, costituiscono gli aspetti universalmente validi del pensiero.

9) *Il dramma rituale è un veicolo culturale completo per l'espressione di gruppo e individuale nei momenti critici di congiuntura nella sfera sociale o nel ciclo della vita di una persona, poiché queste crisi sono ingiunte dall'ambiente naturale o definite dalla cultura.* — In tali cerimonie l'arte, la religione e la vita quotidiana si fondono, e i significati culturali si rinnovano e si ricreano su una scena vasta come la società stessa. Nella successione dalla civiltà arcaica a quella moderna possiamo seguire le tracce del processo che ha portato alla separazione tra religione, dramma e vita quotidiana...

10) *Una chiara delineazione della persona umana in seno all'ambiente sociale, naturale e soprannaturale (vale a dire, auto-trascendente).* — Il primitivo si rende conto del suo essere, raggiunge la « coscienza di sé », se si vuole, attraverso l'elaborazione affettiva degli eventi critici del ciclo della vita, e attraverso il sistema di re-

lazioni personali che sono la definizione stessa della società primitiva. Questo processo di *individuazione* è l'antitesi dell'« individualismo » ideologico...

Gli attributi della società primitiva indicati possono venir riassunti in questa semplice affermazione: la società primitiva è una *comunità* che proviene da origini comuni, composta di persone in rapporti di reciprocità, e che si sviluppa dall'interno. Qui risiede la base per una critica multiforme della civiltà contemporanea.

(S. Diamond, *La società primitiva nelle sue molteplici dimensioni*, in *Lo spirito critico*, pp. 35-44)

2. Diritto e costume: una distinzione antropologica.

[Alcune opinioni correnti] attribuiscono all'uomo primitivo un'obbedienza automatica al diritto. Con questa assunzione sono collegate certe proposizioni più particolari universalmente correnti in antropologia, che sono tuttavia fatali per lo studio della giurisprudenza primitiva.

In primo luogo, se le regole del costume sono osservate dal selvaggio per una pura e semplice incapacità di infrangerle, allora non si può dare nessuna definizione del diritto, non si può tracciare nessuna distinzione tra le norme di legge, la morale, la consuetudine e le altre usanze. Infatti l'unico modo in cui possiamo classificare le regole di condotta è quello di riferirle ai motivi e alle sanzioni mediante le quali esse sono fatte rispettare. Con l'assunzione di un'automatica obbedienza a tutto il costume l'antropologia ha così rinunciato a qualsiasi tentativo di introdurre nei fatti un ordine e una classificazione, che è il primo compito della scienza...

I selvaggi hanno una classe di regole obbligatorie, non dotate di alcun carattere mistico, non dichiarate « nel nome di Dio », né fatte rispettare da alcuna sanzione soprannaturale, ma fornite di una forza vincolante di natura puramente sociale.

Se designiamo la somma complessiva delle regole, delle convenzioni e dei modelli di comportamento come l'insieme del costume, non vi è alcun dubbio che l'indigeno senta un forte rispetto per tutte queste regole, abbia una tendenza a fare ciò che fanno gli altri, ciò che ognuno approva e, se non è spinto in altre direzioni dai suoi appetiti o interessi, segua i dettami del costume piuttosto che comportarsi altrimenti. La forza dell'abitudine, il rispetto per la tradizione e un sentimento di attaccamento ad essa, il desiderio di soddisfare l'opinione pubblica — tutti questi fattori contribuiscono a far sì che il costume sia rispettato in quanto tale. In questo i « selvaggi » non differiscono dai membri di qualsiasi comunità autonoma con un orizzonte limitato, sia essa un ghetto dell'Europa orientale, un *college* di Oxford, o una comunità fondamentalistica del Middle West. Ma l'amore della tradizione, il conformismo e la spinta del costume spiegano soltanto una piccola parte dell'obbedienza alle regole fra membri di un *college*, selvaggi, contadini o *Junker*.

Limitandoci ancora una volta esclusivamente ai selvaggi, fra i Trobriandesi c'è un certo numero di regole tradizionali che istruiscono l'artigiano sul modo in cui esercitare il suo mestiere. Il modo inerte e acritico in cui queste regole sono rispettate è dovuto a quello che potremmo chiamare il generale « conformismo dei selvaggi ». Ma queste regole sono seguite principalmente

perché la loro utilità pratica è riconosciuta dalla ragione e convalidata dall'esperienza. Altre ingiunzioni sul modo di comportarsi in compagnia di amici, parenti, superiori, pari e così via sono rispettate perché qualsiasi deviazione da quanto esse prescrivono fa sentire — e apparire agli occhi degli altri — ridicoli, goffi, socialmente rozzi. Questi sono i precetti delle buone maniere, che in Melanesia sono molto sviluppati e rispettati. Vi sono altre regole che stabiliscono il comportamento nei giochi, negli sport, nei trattenimenti e nelle festività, regole che sono la vera essenza del divertimento o dell'impresa, e vengono osservate perché si avverte e si riconosce che ogni incapacità di « stare al gioco » lo sciupa — cioè, quando il gioco è veramente un gioco. In tutto questo, si noterà, non vi sono forze psicologiche d'inclinazione o d'interesse personale, oppure d'inerzia, che potrebbero contrapporsi a una di queste regole o rendere gravoso il suo rispetto. È altrettanto facile seguire una regola che non seguirla, e una volta che vi accingete a uno sport o a un'altra attività piacevole potete veramente goderne soltanto se obbedite a tutte le sue regole, siano esse regole artistiche, di buone maniere o del gioco.

Vi sono anche norme relative a cose sacre e importanti, le regole del rituale magico, delle cerimonie funebri e così via. Queste sono sorrette principalmente da sanzioni soprannaturali e da una forte sensazione che le cose sacre non si possono manomettere. Da una forza morale egualmente intensa sono mantenute certe regole di condotta personale nei confronti dei parenti stretti, dei membri della famiglia e di altre persone verso le quali sono avvertiti forti sentimenti di amicizia, lealtà e

devozione, che sostengono le prescrizioni del codice sociale.

Questo breve catalogo non è un tentativo di classificazione, ma è principalmente inteso a indicare chiaramente che, oltre alle norme giuridiche, vi sono altri tipi di norme e comandamenti tradizionali che sono sorretti da motivi o forze, principalmente psicologiche, comunque del tutto differenti da quelle caratteristiche del diritto in quella comunità. Quindi, sebbene nella mia rassegna l'attenzione sia naturalmente stata messa a fuoco sul meccanismo giuridico, non era affatto mia intenzione dimostrare che tutte le regole sociali sono di carattere giuridico; al contrario, desideravo mostrare che le regole del diritto costituiscono soltanto una categoria ben definita all'interno dell'insieme del costume.

(B. Malinowski, *Diritto e costume nella società primitiva*, I, x, pp. 87-90)

3. Il diritto positivo in una comunità primitiva.

Le norme giuridiche sono distinte dal resto in quanto esse sono avvertite e considerate come obblighi da parte di una persona e giusti diritti da parte di un'altra. Esse sono sanzionate non da un motivo puramente psicologico, ma da un meccanismo sociale definito di forze vincolanti, fondato sulla reciproca dipendenza, e realizzato nell'equivalente ordinamento di servizi reciproci, oltre che sulla combinazione di tali diritti in concatenazioni di rapporti multipli. Il modo cerimoniale in cui la maggior parte delle transazioni sono effettuate, e che

implica il controllo pubblico e la critica, rafforza il loro potere vincolante.

Possiamo perciò respingere la concezione secondo la quale il « sentimento di gruppo » o la « responsabilità collettiva » sarebbe la sola forza, o anche la principale, che assicura l'adesione al costume e che lo rende vincolante o giuridico. Spirito di corpo, solidarietà, orgoglio per la propria comunità o il proprio clan esistono indubbiamente tra i Melanesiani: nessun ordine sociale potrebbe essere mantenuto senza di essi in qualsiasi cultura, superiore o inferiore. Desidero soltanto mettere in guardia contro concezioni esagerate come quelle di Rivers, Sidney Hartland, Durkheim e altri, che vorrebbero fare di questa disinteressata, impersonale, illimitata lealtà di gruppo la pietra angolare di tutto l'ordine sociale nelle culture primitive. Il selvaggio non è né un « collettivista » estremo né un intransigente « individualista »: è, come l'uomo in generale, una mescolanza di entrambi.

Dalla descrizione qui offerta risulta anche che il diritto primitivo non consiste esclusivamente, e neppure principalmente, in ingiunzioni negative, né che tutto il diritto selvaggio è diritto penale. E tuttavia si ritiene generalmente che, con la descrizione del delitto e della punizione, l'oggetto della giurisprudenza sia esaurito per quanto riguarda una comunità selvaggia. Come dato di fatto, il dogma dell'obbedienza automatica, cioè dell'assoluta rigidità delle regole del costume, implica una sopravvalutazione del diritto penale delle comunità primitive e una corrispondente negazione della possibilità di un diritto civile. Regole assolutamente rigide non possono essere forzate o adattate alla vita, non

hanno bisogno di essere fatte rispettare; ma possono essere infrante. Questo lo devono ammettere anche i sostenitori di una super-legalità primitiva. Quindi il delitto è l'unico problema legale da studiare nelle comunità primitive; tra i selvaggi non vi è diritto civile, né una giurisprudenza civile che l'antropologia debba elaborare...

Nella nostra stessa provincia abbiamo finora incontrato soltanto comandamenti positivi la cui infrazione è penalizzata ma non punita, e il cui meccanismo non può essere esteso da nessun metodo di Procuste al di là della linea che separa il diritto *civile* da quello *penale*. Se dobbiamo fornire alle regole descritte in questi capitoli un'etichetta moderna, quindi necessariamente inappropriata, esse potrebbero essere chiamate il *corpus* del « diritto civile » degli abitanti delle Isole Trobriand.

Il « diritto civile », il diritto positivo che regola tutte le fasi della vita tribale, consiste quindi di un insieme di obblighi vincolanti, considerati come un diritto da una parte e riconosciuti come un dovere dall'altra parte, fatti rispettare da uno specifico meccanismo di reciprocità e di pubblicità intrinseci alla struttura della loro società. Queste norme di diritto civile sono elastiche e possiedono una certa latitudine. Esse offrono non solo penalità per il loro mancato adempimento, ma anche dei premi per una « eccedenza » nell'adempierle. La loro severità è assicurata mediante la valutazione razionale di causa ed effetto da parte dei nativi, combinata con un certo numero di sentimenti personali e sociali come l'ambizione, la vanità, l'orgoglio, il desiderio di autoelevazione per mezzo dell'esibizione, e anche l'at-

taccamento, l'amicizia, la devozione e la lealtà nei confronti del gruppo parentelare.

È forse superfluo aggiungere che il « diritto » e i « fenomeni giuridici », così come li abbiamo scoperti, descritti e definiti in una parte della Melanesia, non formano un'istituzione indipendente. Il diritto rappresenta un aspetto della loro vita tribale, un elemento della loro struttura sociale, piuttosto che un ordinamento sociale indipendente, autonomo. Il diritto non è contenuto in uno speciale sistema di decreti, che prevedano e definiscano eventuali forme di inadempienza e forniscano appropriate barriere e rimedi. Il diritto è il risultato specifico della configurazione di obblighi che rende impossibile all'indigeno di sottrarsi alla propria responsabilità senza subirne in futuro le conseguenze.

(B. Malinowski, *Diritto e costume nella società primitiva*, I, xi, pp. 91-94)

4. Il dono nel sistema dello scambio primitivo.

In un buon numero di società gli scambi e i contratti vengono effettuati sotto forma di donativi, in teoria volontari, in realtà fatti e ricambiati obbligatoriamente...

La nostra attenzione è concentrata, al tempo stesso, sul regime del diritto contrattuale e sul sistema delle prestazioni economiche tra i diversi gruppi e sotto-gruppi, di cui si compongono le società dette primitive, nonché quelle che potremmo chiamare arcaiche. Ci troviamo di fronte a un'enorme quantità di fatti, tutti molto complessi, in cui si mescola tutto ciò che costituisce la vita propriamente sociale delle società che hanno preceduto le nostre — fino a quelle della proto-

storia. In questi fenomeni sociali « totali », come noi proponiamo di chiamarli, trovano espressione a un tempo, e di colpo, ogni specie di istituzioni: religiose, giuridiche e morali — quest'ultime politiche e familiari nello stesso tempo — nonché economiche, con le forme particolari della produzione e del consumo, o piuttosto della prestazione e della distribuzione che esse presuppongono; senza contare i fenomeni estetici ai quali mettono capo questi fatti e i fenomeni morfologici che queste istituzioni rivelano.

Di tutti questi argomenti molto complessi e di questa molteplicità di cose sociali in movimento, intendiamo considerare qui soltanto uno dei tratti, profondo ma isolato: il carattere volontario, per così dire, apparentemente libero e gratuito, e tuttavia obbligato e interessato, di queste prestazioni. Esse hanno rivestito quasi sempre la forma del dono, del regalo offerto generosamente, anche quando nel gesto che accompagna la transazione non c'è che finzione, formalismo e menzogna sociale e, al fondo, obbligo e interesse economico. Pur indicando con precisione tutti i diversi principi che hanno conferito questo aspetto a una forma necessaria dello scambio — cioè a dire della stessa divisione del lavoro sociale — ne studieremo a fondo uno solo. *Qual è la norma di diritto e di interesse che, nelle società di tipo arretrato o arcaico, fa sì che il donativo ricevuto sia obbligatoriamente ricambiato? Quale forza contenuta nella cosa donata fa sì che il donatario la ricambi?*...

Nei sistemi economici e giuridici che hanno preceduto i nostri non si constatano mai, per così dire, semplici scambi di beni, di ricchezze e di prodotti nel corso di

un affare concluso tra individui. Anzitutto non si tratta di individui, ma di collettività che si obbligano reciprocamente, effettuano scambi e contrattano; le persone presenti al contratto sono persone morali: clan, tribù, famiglie che stanno di fronte e che si contrappongono, sia per gruppi, che stanno l'uno di fronte all'altro nel luogo stesso dello scambio, sia per mezzo dei loro capi, come pure nell'uno e nell'altro modo insieme. Inoltre ciò che essi si scambiano non consiste esclusivamente in beni e in ricchezze, in mobili e in immobili, in cose utili economicamente. Si tratta, in primo luogo, di cortesie, di banchetti, di riti, di prestazioni militari, di donne, di bambini, di danze, di feste, di fiere, di cui la contrattazione è soltanto un momento e in cui la circolazione delle ricchezze è soltanto uno dei termini di un contratto molto più generale e molto più durevole. Queste prestazioni e contro-prestazioni si intrecciano in una forma di preferenza volontaria con doni e regali, benché esse siano, in fondo, rigorosamente obbligatorie, sotto pena di guerra privata o pubblica. Abbiamo proposto di chiamare tutto questo il *sistema delle prestazioni totali*. Il tipo più puro di queste istituzioni ci sembra essere rappresentato dall'alleanza di due fratrie presso le tribù australiane o nord-americane in genere, dove i riti, i matrimoni, la successione nei beni, i legami di diritto e di interesse, i ranghi militari e sacerdotali, tutto è complementare e presuppone la collaborazione delle due metà della tribù...

Ma ciò che è notevole nelle tribù di cui ci occupiamo è il principio della rivalità e dell'antagonismo che domina tutte queste usanze. Si arriva fino alla battaglia, fino alla messa a morte dei capi e dei nobili che così si

affrontano. Si giunge, d'altra parte, fino alla distruzione puramente suntuaria delle ricchezze accumulate, per oscurare il capo rivale e, nello stesso tempo, associato (di solito, nonno, suocero o genero). C'è prestazione totale nel senso che è tutto il clan che contratta per tutti, per tutto ciò che possiede e per tutto ciò che fa, tramite il suo capo. Ma tale prestazione assume, per parte del capo, un andamento agonistico molto spiccato. Essa è essenzialmente usuraria e suntuaria; si assiste, prima di ogni altra cosa, a una lotta dei nobili per assicurarsi una gerarchia da cui trae un ulteriore vantaggio il loro clan.

Proponiamo di riservare il nome di *potlâc* a questo genere di istituzione che si potrebbe chiamare, con minore azzardo e con maggiore precisione, ma anche più estesamente: *prestazioni totali di tipo agonistico*.

Finora avevamo trovato esempi di questa istituzione soltanto presso le tribù del Nord-ovest americano e presso quelle di una parte del Nord americano, in Melanesia e in Papuasiasia. In tutti gli altri luoghi, in Africa, in Polinesia e in Malesia, nell'America meridionale, nel resto dell'America settentrionale, ci sembrava che la base degli scambi tra i clan e le famiglie restasse del tipo più elementare della prestazione totale. Ricerche più approfondite, tuttavia, stanno facendo emergere un numero abbastanza considerevole di forme intermedie tra gli scambi caratterizzati da una rivalità esasperata, da una distruzione di ricchezze, come quelli del Nord-ovest americano e della Melanesia, e altri scambi, caratterizzati da una emulazione più moderata, in cui i contraenti fanno a gara a chi offre più doni: allo stesso modo noi gareggiamo nelle strenne, nei pranzi, nelle

nozze, nei semplici inviti e ci sentiamo obbligati a *revanchieren* noi stessi, come dicono i Tedeschi.

(M. Mauss, *Saggio sul dono*, II, Introduzione, in *Teoria generale della magia*, pp. 157-58, 160-61, 163-64)

Questi fatti non soltanto illuminano la nostra morale e ci aiutano a dare una direzione al nostro ideale, ma ci consentono anche di analizzare meglio i fatti economici più generali; e quest'analisi ci aiuta anche a intravedere modi più idonei di amministrazione delle nostre società...

Si è visto quanto il sistema economico dello scambio-dono fosse lontano dal rientrare nel quadro dell'economia cosiddetta naturale, dell'utilitarismo. Tutti i fenomeni, così rilevanti, della vita economica dei popoli presi in esame — diciamo, per eliminare ogni incertezza, che essi rappresentano degnamente la grande civiltà neolitica — e tutte le sopravvivenze importanti delle tradizioni considerate, nelle società vicine a noi o in talune consuetudini delle nostre società, sfuggono agli schemi offerti solitamente dai rari economisti, che hanno voluto porre a confronto le diverse economie conosciute. Aggiungiamo perciò le nostre osservazioni che riprendono quelle di Malinowski, il quale ha consacrato un intero lavoro a « far saltare » le dottrine correnti sull'economia « primitiva ».

Ecco una solida catena di fatti.

Nelle società accennate opera la nozione di valore; eccedenze molto grandi, assolutamente parlando, vi vengono ammassate; spesso, esse vengono spese in pura perdita, con una magnificenza relativamente enorme, che non ha niente di mercantile; segni di ricchezza,

specie di monete, sono oggetto di scambio. Ma tutta questa economia assai ricca è ancora piena di elementi religiosi: la moneta ha ancora un potere magico ed è ancora legata al clan o all'individuo; le diverse attività economiche, per esempio il mercato, sono impregnate di riti e di miti; esse conservano ancora un carattere cerimoniale, obbligatorio, efficace, e sono piene di riti e di diritti. Da questo punto di vista possiamo già rispondere alla domanda posta da Durkheim a proposito dell'origine religiosa della nozione di valore economico. I fatti in questione rispondono anche a una folla di domande riguardanti le forme e le ragioni di ciò che viene chiamato così impropriamente lo scambio, il « baratto », la *permutatio* delle cose utili, che un'economia storica — seguendo i saggi latini, seguaci a loro volta di Aristotele — pone all'origine della divisione del lavoro. È qualcosa di ben diverso dall'utile che circola in questi vari tipi di società, per la maggior parte già sufficientemente illustrate. I clan, le età e, generalmente, i sessi — a causa dei molteplici rapporti cui i contatti danno luogo — si trovano in uno stato di perpetua effervescenza economica e tale eccitazione è, essa stessa, assai poco pedestre e molto meno prosaica delle nostre vendite e dei nostri acquisti, dei nostri contratti di lavoro o dei nostri giochi di borsa.

Possiamo spingerci però ancora più lontano di quanto non abbiamo fatto finora. È possibile scomporre, rimescolare, colorire, definire diversamente le principali nozioni di cui ci siamo serviti. I termini da noi adoperati — presente, regalo, dono — non sono del tutto esatti. Non ne troviamo altri, ecco tutto. Sarebbe bene rimettere in un crogiolo tutti i concetti giuridici ed e-

conomici che ci compiaciamo di contrapporre: libertà e obbligo, liberalità, generosità, lusso e risparmio, interesse, utilità. Al riguardo, possiamo dare soltanto alcune indicazioni: scegliamo per esempio le Trobriand. È ancora una nozione complessa a ispirare tutti gli atti economici che abbiamo descritti; e tale nozione non è né quella della prestazione puramente libera e puramente gratuita, né quella della produzione e dello scambio puramente interessati all'utile, ma una specie di ibrido colà formatosi.

Malinowski ha fatto uno sforzo serio per classificare, dal punto di vista dei moventi, dell'interesse e del disinteresse, tutte le transazioni da lui constatate presso i Trobriandesi; egli le colloca tra il dono puro e il baratto puro previa contrattazione. Questa classificazione è, in fondo, inapplicabile. Secondo Malinowski il tipo di dono puro sarebbe il dono tra sposi. Ora, a nostro avviso, uno dei fatti più importanti che Malinowski ha segnalato e che getta una vivida luce su tutti i rapporti sessuali dell'intera umanità consiste precisamente nell'accostare il *mapula*, cioè il pagamento « costante » dell'uomo alla propria donna, a una specie di salario per la prestazione di un servizio sessuale. Similmente, i regali fatti al capo sono da considerarsi tributi e le distribuzioni di cibo (*sagali*) indennità per lavori eseguiti, per riti compiuti, come nel caso di veglie funebri. Questi doni, in fondo, così come non sono liberi, non sono realmente disinteressati...

È evidente come sia possibile studiare, in certi casi, il comportamento umano totale, la vita sociale nella sua interezza; è evidente altresì come questo studio concreto possa portare non soltanto a una scienza dei

costumi, a una scienza sociale parziale, ma anche a conclusioni di morale, o piuttosto — per usare il vecchio termine — di « civiltà », di « civismo », come si dice ora. Studi del genere consentono infatti di intravedere, di misurare, di ponderare i diversi moventi estetici, morali, religiosi, economici, i diversi fattori materiali e demografici il cui insieme fonda la società e costituisce la vita in comune, e la cui direzione cosciente è l'arte suprema, la *politica*, nel senso socratico del termine.

(M. Mauss, *Saggio sul dono*, II, iv, 2-3, in *Teoria generale della magia*, pp. 277-79, 292)

5. Diritto e mercati.

In linea di massima, in un'economia di mercato la produzione e la distribuzione dei beni materiali si svolgono in un sistema auto-regolantesi di mercati che determinano i prezzi. Esse obbediscono a leggi particolari, della domanda e dell'offerta, e sono motivate dal timore della fame e dalla speranza del guadagno. Non sono i legami di sangue, la costrizione giuridica, i doveri religiosi, i rapporti di sottomissione o la magia a determinare le istituzioni attraverso le quali gli individui partecipano alla vita economica, ma istituzioni specificamente economiche come l'impresa privata e il sistema salariale.

Tale contesto ci è abbastanza familiare. Nel sistema di mercato, le basi materiali dell'esistenza umana sono garantite da istituzioni mosse da moventi economici e regolate da leggi specificamente economiche. Il funzionamento del vasto e integrato meccanismo economico

può essere pensato anche in assenza di un intervento cosciente di un'autorità umana, stato o governo; non è necessario supporre altre forze motrici, oltre al timore dell'indigenza e al desiderio di un legittimo guadagno; non c'è bisogno di soddisfare altre condizioni giuridiche, oltre alla protezione della proprietà e alla garanzia dell'applicazione dei contratti; data la distribuzione delle risorse, del potere d'acquisto e delle scale di preferenza individuale, ne risulta un sistema ottimale di soddisfacimento dei desideri di tutti.

Questa è dunque la versione ottocentesca di una sfera economica indipendente in seno alla società. Essa ha moventi propri, in quanto riceve impulsi dalla ricerca del guadagno pecuniario; è istituzionalmente separata dai centri politici e governativi; gode di un'autonomia e del riconoscimento di proprie particolari leggi di funzionamento. Essa ci fornisce l'esempio estremo di un'economia non-incorporata, che prende le mosse da un diffuso impiego della moneta come mezzo di scambio.

Nella realtà lo sviluppo da un'economia incorporata a una non-incorporata è un processo graduale. La distinzione tra i due tipi è comunque essenziale per la comprensione della società moderna. Le sue origini sociali furono affrontate per la prima volta da Hegel negli anni '20 del secolo XIX e sviluppate da Marx negli anni '40. La scoperta empirica in termini storici di quelle origini fu fatta da Sir Henry Sumner Maine nelle categorie del diritto romano di *status* e di *contractus* intorno al 1860; infine il problema venne riformulato nei termini più generali dell'antropologia economica da Bronislaw Malinowski negli anni '20 del nostro secolo.

Sir Henry Sumner Maine cercò di provare che la società moderna era fondata sul *contractus*, mentre quella antica lo era sullo *status*. Lo *status* è determinato dalla nascita — dalla posizione dell'individuo in seno alla famiglia — e definisce i diritti e i doveri di una persona. Esso deriva dalla parentela e dall'adozione; sopravvive nel feudalesimo ed entro certi limiti fino all'età dell'eguaglianza dei cittadini, quale si afferma nel secolo XIX. Già sotto la legge romana, comunque, allo *status* venne gradualmente sostituendosi il *contractus*, ossia un sistema di diritti e di doveri derivanti da transazioni bilaterali. Più tardi Maine, con l'esempio della comunità di villaggio indiana, mostrò come le organizzazioni fondate sullo *status* avessero una diffusione universale...

Il modo in cui Hegel, Marx, Maine e Tönnies trattarono lo sviluppo della civiltà umana fu accolto da molti studiosi del continente come una sintesi della storia della società. Per lungo tempo non venne compiuto alcun progresso lungo il sentiero da loro aperto. Maine si era occupato dell'argomento soprattutto in rapporto alla storia giuridica, comprendendovi anche le forme corporative delle campagne indiane; la sociologia di Tönnies rivalutava certi aspetti della civiltà medievale. Soltanto con le fondamentali tesi di Malinowski sulla natura della società primitiva quest'antitesi venne applicata all'economia. Oggi possiamo dire che lo *status* o la *Gemeinschaft* dominano dove l'economia è incorporata in istituzioni non-economiche; mentre il *contractus* o la *Gesellschaft* sono caratteristici dell'esistenza nella società di una sfera economica distinta.

Ciò risulta chiaro se osserviamo il problema delle

forme di integrazione. Il *contractus* è l'aspetto giuridico dello scambio. Non deve quindi sorprenderci che una società fondata sul *contractus* abbia una sfera economica dello scambio istituzionalmente separata e con proprie motivazioni: il mercato. Lo *status*, invece, corrisponde a una istituzione precedente a cui si accompagnano essenzialmente la reciprocità e la redistribuzione. Finché prevalgono queste forme di integrazione, non c'è bisogno che sorga un concetto specifico di economia. Gli elementi dell'economia in questo caso sono incorporati in istituzioni non economiche, mentre il processo economico è regolato da legami di parentela, matrimoniali, tra gruppi di coetanei, tra società segrete, associazioni totemiche e da cerimonie pubbliche. In queste condizioni il termine « vita economica » non avrebbe alcun significato preciso.

Una simile situazione, così difficile da afferrare per la mentalità moderna, si incontra sovente nelle comunità primitive. All'osservatore riesce spesso impossibile raggruppare i frammenti del processo economico e ordinarli. Le emozioni individuali non si riferiscono ad alcuna esperienza che possa essere chiamata propriamente economica. L'individuo non percepisce in modo distinto alcun interesse generale per le condizioni materiali della propria esistenza. La mancanza di questi concetti non gli impedisce però di far fronte alle esigenze della sua vita quotidiana. C'è piuttosto da domandarsi se la percezione di una sfera economica distinta non tenda a ridurre la sua capacità di rispondere spontaneamente alle esigenze della sopravvivenza attraverso canali diversi da quelli economici.

Tutto ciò è conseguenza del modo in cui l'economia

è inserita nel contesto istituzionale. Le motivazioni individuali, espresse e formulate, sorgono in generale da situazioni determinate da rapporti di natura non economica, bensì familiare, politica o religiosa; la sfera della ristretta economia familiare è poco più che il punto di incontro di attività svolte da vasti gruppi di parentela situati in località diverse; la terra o è usata in comune come pascolo o i suoi diversi impieghi sono assegnati a membri di gruppi diversi; il lavoro è una semplice astrazione delle diverse forme di assistenza « richiesta » offerte in determinate occasioni da gruppi particolari di persone che prestano soccorso; ne risulta che l'intero processo economico si svolge nel quadro di diverse strutture.

Proprio per questo motivo, prima dell'epoca moderna le forme in cui gli uomini organizzarono la creazione delle condizioni materiali dell'esistenza attrassero la loro attenzione molto meno di quanto fecero altri aspetti della loro esistenza organizzata. A differenza della parentela, della magia o dell'etichetta, con le loro fondamentali espressioni concettuali, l'economia in quanto tale rimase senza nome. In genere non si aveva alcun termine per designare il concetto di economico. Si può dire quindi, per quanto se ne sa, che tale concetto non esisteva. I clan e i *totem*, i gruppi sessuali, di coetanei, le forze dello spirito e le pratiche cerimoniali, le usanze e il rituale erano tutti istituzionalizzati attraverso complicati sistemi simbolici; mancava invece qualsiasi termine che designasse l'economia come attività volta a procurare il cibo necessario alla sopravvivenza fisica dell'uomo. Non può essere considerato accidentale il fatto che fino a epoche molto recenti mancasse,

anche nelle lingue dei popoli civilizzati, un termine che designasse l'organizzazione delle condizioni materiali dell'esistenza. Soltanto duecento anni fa circa una setta esoterica di pensatori francesi conìò tale termine e si diede il nome di *économistes*. Essi pretendevano di avere scoperto l'economia.

La ragione principale dell'assenza del concetto di economia è la difficoltà di individuare il processo economico quando questo si trovi incorporato in un sistema di istituzioni non economiche.

Ciò che manca è evidentemente il concetto di un'economia e non l'economia in quanto tale. In natura e in ogni società sono numerosi gli atti di trasferimento fisico e di appropriazione di oggetti che formano la sostanza dell'attività volta alla creazione delle condizioni materiali dell'esistenza. Le stagioni portano i tempi del raccolto con le loro attività e le loro pause; il commercio di lunga distanza ha i propri ritmi di preparazione e di raccolta, conclusi dalla solennità del ritorno delle spedizioni; qualsiasi genere di manufatti, si tratti di canoe o di ornamenti preziosi, viene prodotto e infine impiegato da gruppi diversi di persone; ogni giorno si prepara il cibo sul focolaio domestico. Ognuno di questi eventi rappresenta un intreccio di aspetti economici. L'unità e la coerenza di questi aspetti non ha però un riflesso cosciente. Ciò perché le diverse interazioni tra gli uomini e il loro ambiente naturale hanno molteplici significati, uno soltanto dei quali è rappresentato dalla dipendenza economica. Possono essere operanti altre forme di dipendenza, più vive, più drammatiche o più intensamente sentite, che impediscono agli atti economici di formare un tutto significativo. Quando queste for-

ze si incarnano in istituzioni durature il concetto di economia può essere fonte di confusione più che di chiarezza per l'individuo.

(K. Polanyi, *Aristotele scopre l'economia*, in *Traffici e mercati negli antichi imperi*, pp. 79-84)

6. Le sanzioni sociali.

In ogni comunità esistono modi di comportamento che sono in essa comuni e la caratterizzano. Possiamo chiamare questi modi di comportamento con il nome di usanze. Tutte le usanze sociali hanno dietro di sé l'autorità della società, ma alcune sono soggette a sanzione, altre no. La sanzione è una reazione da parte di una società, o di un considerevole numero di suoi membri, a un modo di comportamento che viene in tal modo approvato (sanzioni positive) o disapprovato (sanzioni negative). Le sanzioni possono ancora distinguersi in diffuse o organizzate: le prime sono espressioni spontanee di approvazione o di disapprovazione da parte dei membri della comunità come individui, mentre le seconde sono azioni sociali compiute in conformità a procedure tradizionali e riconosciute. È significativo che in tutte le società umane le sanzioni negative siano meglio precisate di quelle positive. Gli obblighi sociali possono essere definiti norme di comportamento, la cui infrazione comporta un certo tipo di sanzione negativa. Pertanto questi obblighi si distinguono dalle usanze sociali non obbligatorie quali, ad esempio, le procedure tecniche consuetudinarie. Le sanzioni esistenti in una comunità costituiscono uno stimolo per l'individuo a

regolare la propria condotta in base alle usanze. Esse hanno efficacia anzitutto per il desiderio dell'individuo di ottenere l'approvazione o di evitare la disapprovazione degli altri membri della comunità e di meritare quelle ricompense o di evitare quelle punizioni che la comunità offre o minaccia; e inoltre perché l'individuo impara a reagire a particolari modi di comportamento con giudizi di approvazione o di disapprovazione secondo criteri comuni agli altri membri della comunità; egli valuta perciò il proprio comportamento sia *a priori* che *a posteriori* secondo schemi che corrispondono più o meno a quelli prevalenti nella comunità cui appartiene. La cosiddetta coscienza è quindi, nel senso più lato della parola, il riflesso nell'individuo delle sanzioni della società...

Le sanzioni negative organizzate devono essere considerate come un particolare sviluppo delle sanzioni diffuse, spesso sotto l'influenza di credenze di carattere religioso. Le sanzioni positive organizzate, o sanzioni di ricompensa, raramente sono molto sviluppate. Onori, decorazioni, titoli o altre ricompense per meriti, compresi i compensi pecuniari come l'assegnazione di una speciale pensione, che la comunità offre agli individui, sono caratteristiche delle società moderne. Nelle società senza scrittura un uomo che uccide il nemico può avere il diritto di fregiarsi di una speciale decorazione o di qualcosa di simile.

Le sanzioni organizzate negative, tra cui sono importanti le sanzioni repressive del diritto penale, consistono in precise procedure fissate dalla società, dirette contro persone il cui comportamento è oggetto di disapprovazione sociale. Le più importanti e le più comuni di tali

procedure sono molteplici e consistono nel sottoporre il colpevole alla pubblica espressione di riprovazione o di derisione quale, ad esempio, l'esposizione pubblica coatta alla gogna; nell'escluderlo parzialmente, temporaneamente o permanentemente dalla partecipazione alla vita sociale e dai suoi privilegi, inclusa la perdita temporanea o permanente dei diritti civili o religiosi; nel condannarlo alla perdita del rango sociale, o alla degradazione, il contrario esatto della sanzione positiva della promozione; nell'imporgli un'ammenda, il sequestro coatto o la distruzione della sua proprietà; nell'infliggergli pene corporali oppure la mutilazione o l'imposizione di un marchio d'infamia (in tali casi la pena ha lo scopo di esporre in modo permanente alla riprovazione); nell'escluderlo permanentemente dalla comunità con l'esilio, la prigionia, la pena di morte. Queste sanzioni sono sanzioni giuridiche quando sono imposte da un'autorità costituita, politica, militare o religiosa.

In una data società le diverse sanzioni fondamentali formano un insieme più o meno sistematico che costituisce il meccanismo del controllo sociale. Esiste uno stretto rapporto tra sanzioni religiose e sanzioni morali, che varia comunque nelle diverse società e non può essere enunciato con una breve formula. Le sanzioni fondamentali del diritto penale presentano, in tutte le società, salvo che in stati moderni particolarmente laicizzati, uno stretto rapporto con le credenze religiose...

In molte società senza scrittura l'uccisione di un individuo dà diritto al suo gruppo di ottenere soddisfazione mediante l'uccisione del colpevole o di un altro membro di quel gruppo. Quando si tratta di vendetta regolata il gruppo colpevole deve accettarla come un at-

to di giustizia e non deve tentare un'ulteriore ritorsione. Coloro che hanno ottenuto soddisfazione si ritiene non abbiano più motivo per nutrire sentimenti malevoli.

La soddisfazione di un danno può essere ottenuta anche attraverso un duello, cioè attraverso uno scontro accettato e controllato tra individui o più scontri di questo tipo tra due gruppi.

Quando una società diventa politicamente organizzata, le procedure di ritorsione e di indennizzo, che sono appoggiate da sanzioni diffuse, vengono sostituite da sanzioni giuridiche fondate sul potere dell'autorità giudiziaria di infliggere una pena. Così nasce il diritto civile che permette a chi abbia subito una violazione dei propri diritti di ottenere la riparazione o la restituzione da parte del responsabile.

Se si esaminano le funzioni delle sanzioni sociali, apparirà che sono importanti non tanto gli effetti della sanzione sulla persona che ne è oggetto, quanto gli effetti generali all'interno della comunità che applica le sanzioni. Infatti l'applicazione di una sanzione è un'affermazione esplicita dei sentimenti sociali da parte della comunità, e costituisce perciò un importante, forse essenziale meccanismo per il mantenimento di questi sentimenti. Le sanzioni negative organizzate in particolare, e per estensione le sanzioni secondarie, sono espressioni di una condizione di disforia sociale dovuta a determinate azioni. La funzione della sanzione è quella di ristabilire l'euforia sociale dando una precisa espressione collettiva ai sentimenti che da quell'azione sono stati colpiti, come avviene nelle sanzioni primarie, e in una certa misura in quelle secondarie, oppure rimuovendo un conflitto all'interno della comunità stessa. Le sanzioni hanno perciò un significato molto importante per la sociologia, in quanto sono reazioni da parte di una comunità a eventi che hanno alterato la sua integrità.

(A. R. Radcliffe-Brown, *Struttura e funzione nella società primitiva*, XI, pp. 187-92)

7. Il diritto primitivo: delitti pubblici e delitti privati.

Molti giuristi storici, in contrasto con la scuola analitica, hanno usato il termine « diritto » comprendendovi la maggior parte, se non tutti i processi di controllo sociale. Il termine è comunque normalmente usato in un senso più ristretto di « controllo sociale attraverso l'applicazione sistematica della forza da parte di una società politicamente organizzata » (Pound). In questo senso più ristretto, che meglio si adatta ai fini dell'analisi sociologica e della classificazione, esso verrà usato in queste pagine; la sfera di validità del diritto sarà perciò considerata corrispondente a quella delle sanzioni giuridiche organizzate. Gli obblighi imposti agli individui in società in cui non esistono sanzioni giuridiche saranno considerate questioni di costume o di convenzione, ma non di diritto: in questo senso certe società semplici non hanno un diritto, sebbene tutte abbiano dei costumi accompagnati da sanzioni.

La confusione che si è creata in seguito al tentativo di usare per le società senza scrittura la distinzione moderna tra diritto penale e diritto civile può essere evitata effettuando invece una distinzione tra legge relativa a delitti pubblici e legge relativa a delitti privati.

In ogni società un fatto costituisce delitto pubblico se comporta normalmente una procedura organizzata e regolare da parte dell'intera comunità o dei rappresentanti riconosciuti dell'autorità sociale, che permette di stabilire la responsabilità di una persona della comunità e di infliggere, sempre da parte della comunità o dei suoi rappresentanti, un castigo o una pena al responsabile. Questa procedura, che può essere definita sanzione penale, è fondamentalmente una reazione da parte della comunità contro un'azione di uno dei suoi membri che offende un preciso sentimento morale e che genera quindi una condizione di disforia sociale. La funzione immediata della reazione è quella di dare espressione a un sentimento collettivo di indignazione morale e di ristabilire l'euforia sociale. La sua funzione ultima è quella di mantenere un determinato sentimento morale al livello voluto di forza negli individui che costituiscono la comunità.

Disponiamo di informazioni relativamente scarse sulle sanzioni penali nelle società primitive. Tra le azioni che sappiamo essere considerate delitti pubblici nelle società più semplici si annoverano l'incesto, cioè il matrimonio o rapporti sessuali con persone con le quali questi rapporti sono proibiti; la stregoneria o magia nera, da parte di una persona ai danni di un'altra all'interno della comunità; ripetute infrazioni del costume tribale; forme diverse di sacrilegio. In molte società senza scrittura la sanzione penale è applicata soprattutto, se non unicamente, ad azioni che violano costumi ritenuti sacri dalla comunità, per cui la sanzione stessa potrebbe essere considerata una forma speciale di sanzione rituale.

Le sanzioni rituali derivano dalla credenza che certe azioni o eventi rendono un individuo o un gruppo ritualmente impuro o contaminato, per cui è necessaria una determinata azione purificatrice.

Per quanto riguarda molti esempi di sanzione penale si può sostenere, con una certa plausibilità, che un fatto quale l'incesto rende impura l'intera comunità e che la pena, la quale può consistere nell'uccisione del colpevole, è un mezzo per purificare la comunità. Con la creazione di un'autorità politica o governativa anche del tipo più semplice, una disobbedienza ai comandi di tale autorità può essere soggetta a sanzioni penali e considerata delitto pubblico; inoltre le offese dirette contro l'autorità costituita o contro le persone depositarie di questa autorità possono essere soggette a sanzioni penali. Perciò, qualora l'autorità sociale fosse espressa da capi, un'offesa che perpetrata ai danni di un singolo sarebbe delitto privato, può essere considerata delitto pubblico quando è commessa contro un capo.

La distinzione tra delitti pubblici e delitti privati chiarisce il fatto che il diritto non ha un'origine unica. Un fatto commesso da un membro della comunità che offende il sentimento morale della comunità stessa può essere colpito da tre sanzioni: la sanzione morale diffusa o generale, che assoggetta la persona colpevole al biasimo dei membri della comunità; la sanzione rituale, la quale produce nel colpevole uno stato di impurità rituale che costituisce un pericolo per il medesimo e per coloro con i quali ha rapporti — in questi casi l'uso può richiederli di sottostare alla purificazione o espiazione rituale oppure può esistere la credenza che in conseguenza della sua colpa egli possa ammalarsi o mo-

rire; la sanzione penale per cui la comunità, attraverso certe persone investite dell'autorità giudiziaria, infligge una pena al colpevole — il che può essere considerato sia come un'espressione collettiva dell'indignazione morale generata dal fatto, sia come un mezzo per rimuovere l'impurità rituale risultante dal fatto stesso con l'imporre un'espiazione al colpevole, oppure entrambe le cose.

D'altra parte un'azione che costituisce una violazione dei diritti di una persona o di un gruppo di persone può portare alla ritorsione da parte di chi ha subito il danno contro la persona o il gruppo responsabile del danno...

In tutti i casi di una sanzione di rappresaglia esiste una procedura consuetudinaria per dare soddisfazione alla persona o al gruppo danneggiato e per mezzo della quale si può dar sfogo al rancore, spesso infliggendo un'offesa alla persona o al gruppo responsabile del danno. Dove opera efficacemente essa ha come risultato quello di espiare un'offesa e di rimuovere il senso di torto o il risentimento nella persona o nelle persone che hanno subito il danno. In molte società la ritorsione è stata sostituita, in misura più o meno ampia, da un sistema di indennità; le persone o i gruppi che hanno inflitto un'offesa ad altre persone o a gruppi provvedono a dare soddisfazione a questi ultimi consegnando loro determinati oggetti di valore. La procedura di offrire soddisfazione mediante un'indennità è diffusa presso le società senza scrittura dove non si è ancora sviluppato un sistema giuridico in senso stretto...

Un passo importante verso la formazione di un sistema giuridico è rappresentato dall'esistenza di arbitri o

giudici che ascoltano i testimoni, decidono sulle responsabilità e fissano il risarcimento; quello che manca a questo punto è soltanto l'esistenza di una autorità la quale abbia il potere di rendere esecutive le sentenze emesse dai giudici. È stato detto — ed è plausibile — che in certe società il sistema giuridico relativo ai delitti privati si è sviluppato in questo modo: le dispute vengono portate dinanzi ad arbitri che enunciano l'usanza e l'applicano al caso che è stato loro sottoposto; queste corti arbitrali vengono riconosciute come tribunali regolari; e da ultimo la società sviluppa procedure per rendere esecutive le sentenze.

Esempi di un tipo di sviluppo simile si possono trovare presso gli A-Kamba, gli A-Kikuyu e gli A-Theraka, popoli Bantu che vivono a sud e a sud-est del monte Kenya nell'Africa Orientale in comunità familiari sparse, allevano bestiame, pecore e capre, e coltivano cereali in campi arati a mano. Essi non hanno capi e sono divisi in due classi di età ben definite, una delle quali è quella degli anziani che esercitano funzioni sacerdotali e giudiziarie. Se sorge una disputa perché una persona ritiene che i suoi diritti siano stati violati da un'altra, i contendenti riuniscono un gruppo di anziani del territorio o dei territori in cui vivono, i quali costituiscono così un tribunale per giudicare il caso. Il tribunale agisce anzitutto come corte arbitrale e come strumento per stabilire principi consuetudinari di giustizia in base ai quali la disputa dovrebbe essere regolata; normalmente non promuove nessuna azione per rendere esecutiva la sentenza nei confronti della parte perdente, ma ne lascia il compito al querelante.

In casi seri, tuttavia, quando l'offesa riguarda l'intera comunità o quando l'accusato è considerato un trasgressore abituale e pericoloso per cui l'indignazione pubblica rende la questione di pubblico interesse, gli anziani possono esercitare la loro autorità per far rispettare la sentenza. La procedura consuetudinaria si basa sui poteri rituali degli anziani; essi possono pronunciare una maledizione, temibile perché si crede che comporti inevitabilmente un castigo soprannaturale nei confronti di chi rifiuta di obbedire alla sentenza...

Mentre presso gli A-Kamba gli anziani giudicano soprattutto i delitti privati e presso gli Ashanti i capi giudicano i delitti pubblici, esistono in Africa e altrove tribù e popolazioni in cui le autorità centrali — i capi o il re e i suoi rappresentanti — amministrano entrambi questi tipi di leggi, che possono sempre essere distinti per quanto riguarda la procedura. Trattandosi di delitti privati, una controversia tra persone o gruppi di persone è sottoposta a un tribunale giudiziario per la sua definizione; trattandosi di delitti pubblici è la stessa autorità centrale che promuove di propria iniziativa un'azione contro il colpevole. Il diritto penale e il diritto civile moderno derivano rispettivamente dalla giurisprudenza sui delitti pubblici e dalla giurisprudenza sui delitti privati; tuttavia atti che sono ora considerati tipicamente delitti pubblici — come l'assassinio o il furto — in molte società senza scrittura sono ritenuti delitti privati, mentre gli atti che in queste società sono più spesso considerati delitti pubblici sono la stregoneria, l'incesto e il sacrilegio.

Nel suo stadio più elementare di sviluppo il diritto è intimamente connesso alla magia e alla religione, e le

sanzioni giuridiche sono in stretto rapporto con le sanzioni rituali. Perciò un'esatta comprensione delle origini del diritto nelle società a struttura più semplice non può venir raggiunta se non mediante uno studio comparato dei sistemi di sanzioni sociali nel loro complesso.

(A. R. Radcliffe-Brown, *Struttura e funzione nella società primitiva*, XII, pp. 193-200)

8. Pubblico e privato nel diritto primitivo.

Ogni popolo possiede un suo sistema di controllo sociale; e tutti, eccetto pochi tra i più poveri, possiedono come parte del loro sistema di controllo sociale un complesso di modelli di comportamento e di meccanismi istituzionali che possiamo propriamente considerare come diritto...

Un approccio antropologico al diritto è nettamente comportamentistico ed empirico, per il fatto che noi ci rendiamo conto che tutte le forme giuridiche dell'umanità risiedono nel comportamento dell'uomo e sono riconoscibili attraverso l'osservazione oggettiva e accurata di ciò che gli uomini fanno, nelle loro relazioni reciproche e nei riguardi delle forze naturali che vengono in urto con essi...

Da un punto di vista antropologico questa forma di comportamentismo giuridico ha un suo senso particolare, e fornisce un utile strumento per avvicinarsi allo studio dei fenomeni giuridici. Tuttavia, se ci poniamo a esaminare i fatti giuridici in diverse società primitive fondandoci sul requisito della presenza delle corti decisonali e delle azioni prevedibili di queste come elemen-

to essenziale per la identificazione del diritto, finiamo per trovarci ancora, purtroppo, in alto mare.

(E. A. Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, I, I, pp. 11-12)

I tipi di corte sono molto difficili da identificare. Tra le società primitive possono esistere delle corti tribali stabilmente costituite, come il consiglio tribale di un villaggio indo-americano del Sud-ovest (*pueblo*) che si riunisce periodicamente proprio per svolgere attività giudiziale, o una corte degli Ashanti dell'Africa occidentale, costituita dal capo, il suo consiglio degli anziani, e i dignitari. Inoltre, esiste un tipo di « corte » meno evidente, un esempio del quale può essere rinvenuto nei sodalizi militari degli indiani Cheyenne.

Sebbene le corti in questo senso appena delineato esistano nelle società primitive, non è però necessario sottomettere il concetto di corte giudiziaria a questa forzatura per dare al diritto primitivo quel riconoscimento che — anche per altre ragioni — gli è dovuto.

La vera, fondamentale condizione *sine qua non* per l'esistenza del diritto in qualsiasi società — primitiva o civilizzata — è in realtà l'uso legittimo della coercizione fisica da parte di un agente socialmente autorizzato. Il diritto possiede le sue armi, in grado di colpire se è necessario; anche se non sempre c'è bisogno che siano messe in opera.

L'importanza dell'uso della forza come aspetto fondamentale del diritto è stata chiaramente riconosciuta da quei pochi antropologi moderni che sono giunti a dominare con competenza i problemi del diritto primitivo.

Il privilegio di applicare la forza costituisce l'elemen-

to « ufficiale » del diritto. Infatti, colui al quale viene riconosciuta genericamente o specificamente la possibilità legittima di esercitare la coercizione fisica possiede una piccola parte dell'autorità sociale generale. Ma non è certamente necessario che egli sia un funzionario titolare di un ufficio legale o di un distintivo di poliziotto. In moltissime società primitive il cosiddetto « accusatore privato » di un danno privato è implicitamente un pubblico ufficiale *pro tempore, pro eo solo delicto*. Egli non agisce, e non potrebbe, solamente nel suo interesse — o della sua famiglia o del suo clan — ma gode invece dell'approvazione o del consenso tacito della parte rimanente, « non direttamente interessata », della sua società. Se il resto della popolazione tribale lo sostiene con la propria approvazione, anche se non proprio in azioni esplicite, ciò può significare soltanto che la società ritiene che il comportamento dell'accusato è contrario alle regole nelle sue più ampie implicazioni, cioè è contrario ai modi tradizionali di comportamento della società nel suo insieme. L'azione contraria è in se stessa un danno per la società, sebbene il sentimento di gruppo possa essere non così forte da determinare un'azione diretta e specifica da parte del gruppo stesso in quanto tale, e di sua propria iniziativa. E così l'accusatore privato rimane nella qualità di rappresentante dell'interesse sociale generale, e al tempo stesso del suo proprio interesse. Questo fatto di importanza fondamentale è generalmente trascurato nelle discussioni sul diritto primitivo; in questo senso noi possiamo dire che la differenza tra diritto penale e diritto privato è più una differenza di grado che non di genere, sebbene non vi sia dubbio che certe vicende colpiscono l'interesse ge-

nerale più fortemente di altre — nel diritto primitivo — come nel caso della stregoneria, delle tendenze omicide, e spesso del tradimento della fiducia.

Queste osservazioni non intendono negare l'utilità dei nostri moderni concetti di diritto « pubblico » come contrapposto al diritto « privato »; questi concetti sono invece della più grande importanza per giungere alla comprensione delle differenze di accentuazione che tendono a prevalere nel diritto delle società primitive, quando venga comparato ai sistemi giuridici più fortemente organizzati delle civiltà complesse. Il diritto privato, si può dire, domina la scena nelle società primitive.

(E. A. Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, I, II, pp. 39-40, 44-46)

9. Le funzioni del diritto nella società primitiva.

Il diritto assolve alcune funzioni essenziali alla conservazione di quasi tutte le società, anche le più semplici.

La *prima funzione* è quella di stabilire le relazioni tra i membri di una società, di decretare quali attività siano permesse e quali precluse, per salvaguardare almeno un minimo di integrazione tra le attività individuali e di gruppo nell'ambito della società.

La *seconda funzione* deriva dalla necessità di sottomettere la forza bruta e la forza dominante all'esigenza del mantenimento dell'ordine. È questa l'attribuzione dell'autorità e la determinazione di chi può esercitare la coercizione fisica come una facoltà socialmente ricono-

sciuta insieme alla scelta delle forme di sanzioni fisiche che più efficacemente conseguono i fini sociali a cui il diritto serve.

La *terza funzione* è la soluzione dei casi conflittuali, quando essi insorgono.

La *quarta funzione* è quella di ridefinire i rapporti tra gli individui e i gruppi, adeguandoli alle condizioni di vita che vanno mutando. Ciò determina la possibilità di adattamento.

Il compito fondamentale del diritto è quello di definire anzitutto le relazioni personali. Anche altri aspetti della cultura mirano a questo fine e, invero, il diritto trae i propri postulati operanti (postulati giuridici) da principi che sono stati precedentemente elaborati nella sfera non giuridica del comportamento. Tuttavia l'importante contributo del diritto all'organizzazione primaria della società nel suo complesso è quello di definire specificamente ed esplicitamente i rapporti. Esso stabilisce le aspettative di un individuo nei confronti di un altro individuo, di un gruppo nei confronti di un altro gruppo, cosicché ognuno conosce il nucleo e le limitazioni dei propri diritti nei riguardi degli altri, dei propri doveri, delle proprie facoltà e poteri, delle proprie immunità e soggezioni... nei confronti degli atti degli altri, premeditati o messi in atto...

La seconda funzione del diritto — l'attribuzione del potere di esercitare la forza fisica coercitiva — è una caratteristica peculiare delle vicende giuridiche.

Il costume, al pari del diritto, ha una regolarità, definisce i rapporti ed è sanzionato; ma le sanzioni giuridiche implicano la coercizione fisica. Il diritto si distingue dal costume vero e proprio per il fatto che con-

ferisce ad alcuni individui selezionati la facoltà di applicare la sanzione con la coercizione fisica, qualora si presenti la necessità. Il diritto — lo ripetiamo — ha denti e può mordere. Ma possono mordere soltanto quegli individui a cui il diritto ha assegnato la facoltà di intervenire, affinché tale applicazione della legge sia legale e non sfoci nel puro gangsterismo.

Abbiamo visto che nel diritto primitivo l'autorità è mutevole e temporanea. Il potere di far rispettare una norma spetta (per quanto riguarda i torti subiti da privati) alla parte lesa e ai suoi consanguinei, ma soltanto per il periodo di tempo necessario a mettere in atto i passi procedurali che porteranno alla riabilitazione o alla punizione del colpevole. Nel diritto primitivo si tende ad affidare il potere alla parte che ha subito il torto. Si ricorre a questo espediente in parte per convenienza, giacché è più semplice permettere che la parte lesa assuma la responsabilità dell'azione legale; oltre al fatto che il gruppo parentale, nelle società primitive, possiede un sentimento più forte di unità e ovviamente si impegna con maggiore partecipazione emotiva. In ogni caso, quando la comunità in quanto tale considera giusto e corretto l'esercizio della forza da parte dell'individuo che ha subito il torto o da parte del gruppo parentale in una situazione determinata, e al tempo stesso impedisce al trasgressore di contrattaccare, il diritto prevale e l'ordine trionfa sulla violenza.

Abbiamo anche rilevato, nelle nostre ricerche sulle società primitive, che in un certo numero di situazioni l'autorità è esercitata direttamente dalla comunità a proprio vantaggio. Essa si manifesta sotto la forma di linciaggio nei casi in cui non era stata fissata preventi-

vamente una chiara procedura, come ad esempio nel trattamento comanche dell'uso eccessivo della stregoneria o nel trattamento shoshone del cannibalismo. Il linciaggio, nelle società primitive, non è però un rifiuto o una deviazione dal diritto formale codificato come nella nostra società. Esso costituisce piuttosto un primo passo irrazionale verso l'istituzione del diritto penale in una situazione in cui l'esercizio del potere giuridico non è stato ancora definito e affidato a individui determinati. Esso è uno strumento violento e brutale nelle mani di una comunità oltraggiata.

Il linciaggio, tuttavia, si verifica raramente nelle società primitive. Anche le società più semplici hanno cristallizzato i modelli di comportamento penale, e l'esercizio dell'autorità pubblica è assegnato a funzionari ufficiali e cioè al capo, al consiglio dei capi e al consiglio degli anziani...

I casi conflittuali, in una società complessa, non appaiono come grandi protagonisti sulla scena sociale, sebbene in una piccola comunità anche un caso solo possa determinare un'esplosione sociale se non è risolto con buon esito. Invero, in una società primitiva il caso individuale è sempre la minaccia di una piccola guerra civile, se si infrange la procedura, giacché fin dall'inizio esso pone un gruppo parentale contro un altro gruppo parentale; e se si giungerà al conflitto aperto, spesso il numero di parenti implicati aumenterà immediatamente. La lotta può coinvolgere gran parte della tribù in stragi micidiali. Relativamente parlando, quindi, l'insorgere di ogni caso conflittuale nel diritto primitivo determina un'esigenza di accomodamento nel sistema

giuridico più forte di quanto si verifica nella nostra società.

Se l'integrazione e l'organizzazione sono essenziali, non lo sono da meno la flessibilità e la revisione costante. Il diritto è un processo dinamico in cui possono essere permanenti soltanto poche soluzioni. Ecco qui la quarta funzione del diritto: la ridefinizione dei rapporti e il nuovo orientamento delle aspettative...

La quarta funzione del diritto si manifesta nella pianificazione sociale, messa a fuoco dal caso del momento, e tenendo presente il futuro. Il problema di creare nuove linee orientative e direttive del comportamento mediante il diritto, quando sorgono nuove istanze, è sempre collegato alle esigenze essenziali dell'organizzazione fondamentale e alla minima conservazione dell'ordine e della regolarità. Esso può anche sfumare in un'elaborazione caratterizzata da un desiderio più o meno grande di stabilire più che un minimo di armonia nelle relazioni sociali. Quando esso diventa un elemento importante dell'elaborazione del diritto, può esservi riconosciuto un particolare aspetto dell'attività delle modalità giuridiche: la creazione di tecniche che risolvano efficacemente e utilmente i problemi posti a tutte le altre funzioni giuridiche, in modo tale che i valori fondamentali della società siano realizzati mediante il diritto e non da questo frustrati.

Llewellyn ha definito questa pratica col nome di « metodo giuridico »...

L'abilità del metodo giuridico può essere l'unica qualità di un grande giudice e capo che esercita il potere giudiziario per il suo popolo. In tal caso si può trovare un solo individuo, o occasionalmente alcuni individui

che cercano di ridimensionare l'exasperato legalismo; oppure questa potrebbe diventare una qualità istituzionale di tutta un'organizzazione nella quale sia vigente una tradizione di metodo consistente nel tenere d'occhio da una parte le fondamentali mete sociali degli uomini, e dall'altra nell'assicurarsi che il meccanismo sociale funzioni in direzione di tali mete. Infatti il metodo giuridico, mentre opera sull'immediata ingiustizia, per assicurarsi che la « giustizia » riceva ciò che le è dovuto, nello stesso tempo guarda oltre per discernere il più lontano possibile nel tempo gli effetti finali della strategia sociale, che sarà determinata dalla *ratio decidendi*...

Quando sono portati a termine i compiti del diritto, le norme diventano inevitabilmente il denominatore comune della cultura giuridica. Ma le funzioni del diritto, a qualsiasi norma possano dar vita in una società particolare, costituiscono gli elementi universali e fondamentali dei fenomeni giuridici. Una sola società o cinquecento società possono scegliere una norma giuridica e non un'altra — la scelta è ampia — ma nessuna di esse può ignorare i compiti del diritto. In ultima analisi, ciò a cui danno vita le funzioni del diritto è più importante del modo in cui lo mettono in atto. La loro attività minima corrisponde all'imperativo dell'esistenza sociale. La loro attività, accompagnata dalla sottigliezza giuridica, comporta il conseguimento di una notevole abilità.

(E. A. Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, III, xi, pp. 389-92, 395-99, 405)

10. La risoluzione delle controversie nelle società senza stato.

Molta attenzione è stata dedicata dagli antropologi ai fenomeni di ricomposizione delle dispute; anche in questo campo, tuttavia, soltanto in questi ultimi venticinque anni essi hanno cominciato a fornire rapporti circostanziati su tale argomento, sull'origine delle controversie, sui relativi tentativi di risoluzione e naturalmente sugli eventi successivi ad essi...

Vi sono numerose e ottime analisi su quest'ultimo argomento per quanto riguarda gli indiani dell'America settentrionale, tra cui gli studi di Llewellyn e Hoebel sui Cheyenne e quelli di Hoebel sui Comanche. Anche se numericamente limitati, i Cheyenne dovrebbero probabilmente essere classificati tra gli stati veri e propri, come pure i Kiowa e gli Zuni, il cui diritto è stato analizzato rispettivamente da Richardson e da Watson Smith e Roberts, pur essendo consentito in tutte queste tribù un margine assai più ampio per l'autodifesa individuale e la vendetta di quanto accadesse negli stati africani. Lo studio del diritto naskapi dimostra invece in modo chiaro che si tratta di una banda priva di stato.

Il lavoro degli studiosi risente delle difficoltà dovute all'influenza delle potenze colonizzatrici, che ha portato alla quasi totale scomparsa delle forme di « autodifesa » indigene e ha reso superflua la dipendenza dal condizionamento dell'« opinione pubblica » e dei vincoli incrociati per giungere alla ricomposizione dei conflitti, attraverso l'istituzione di sistemi di autorità organizzata, comprendente il loro stesso potere dominante. I casi sui quali gli antropologi debbono perciò fondare la

propria indagine sono spesso resoconti parziali del passato redatti da osservatori contemporanei non sufficientemente preparati, oppure reminiscenze di dispute narrate da informatori molto anziani. Questi resoconti non forniscono quindi un quadro abbastanza completo del caso analizzato e sono particolarmente carenti per quanto riguarda l'ordine delle relazioni sociali che influenzarono il corso degli eventi. Gli antropologi che stanno compiendo le loro ricerche tra le tribù degli altipiani della Nuova Guinea, per lo meno tra quelle cui è consentito accedere, cominciano soltanto ora a produrre studi sui processi di ricomposizione delle controversie o su quei casi di dispute irrisolte che conducono a scontri armati...

In Africa i poteri « coloniali » hanno provocato mutamenti di gran lunga inferiori nelle forme di ricomposizione dei conflitti, anche se hanno prodotto una limitazione dei casi penali demandandoli al giudizio dei tribunali. Un ulteriore effetto è stato quello di eliminare praticamente gli usi pubblici più appariscenti delle ordaie e delle tecniche divinatorie nei casi di stregoneria o di fattucchieria o allorché si tratta di stabilire le colpe in accuse « mancanti di prove ». Essi hanno inoltre portato a limitare l'uso delle torture e di certe forme di punizione nonché di atti giudiziari arbitrari. Di conseguenza gli antropologi che studiavano questo tipo di società, a differenza dei loro colleghi che analizzavano le società senza stato, avevano maggiori opportunità di fornire rapporti circostanziati sul processo giudiziario per meglio illustrarne il funzionamento nelle epoche precedenti.

È sorprendente in quale misura gli antropologi ab-

biano trascurato gli aspetti più specifici relativi alle attività svolte dai funzionari politici e... alle attività svolte dalle istituzioni politiche medesime. Essi hanno trattato in termini generali, con pochi e brevi esempi, dei poteri della legislazione senza analizzare i procedimenti che ne rendevano effettive parti specifiche; altrettanto genericamente hanno trattato i problemi relativi all'amministrazione senza analizzare i processi che portavano a prendere alcune decisioni e a renderle esecutive; analogamente nello studio del diritto hanno trascurato di esaminare i tentativi di soluzione di particolari controversie, né hanno considerato in modo adeguato effetti di azioni specifiche di questo tipo sulle successive interazioni tra le parti interessate...

Se cerchiamo di comprendere il motivo per cui gli antropologi non si sono preoccupati di raccogliere dati di quel tipo, ci troviamo probabilmente di fronte a varie risposte. In primo luogo tutte le scienze sociali sono state caratterizzate per un certo periodo dalla stessa negligenza. Il cosiddetto « studio di casi », che consente di verificare come le *lobbies*, i gruppi di persone e l'opinione pubblica influenzino i processi legislativi o amministrativi, ha acquistato importanza soltanto di recente con lo sviluppo della politica, della scienza dell'amministrazione sociale e, a mio parere, della scienza economica. Perfino nell'ambito della giurisprudenza, dove lo studio dei casi risolti costituisce la parte centrale della materia, vengono analizzate soltanto le deliberazioni dei consigli pubblici e le sentenze dei giudici; per quanto è dato sapere, l'indagine empirica sulle origini dei vari tipi di dispute è ridotta al minimo; lo stesso vale per il modo in cui sono sottoposte a proce-

dimento da avvocati e da funzionari pubblici, per il modo in cui giudici e giurie reagiscono ad esse alla luce delle rispettive posizioni sociali e come le sentenze della corte influenzano successivamente le esistenze delle due parti in causa. Molti giuristi di formazione sociologica hanno naturalmente accentuato l'importanza di questi problemi; è tuttavia difficile osservare questi aspetti del controllo sociale dal momento che — come accade per gli intrighi e le attività dei gruppi di pressione — essi sono inevitabilmente segreti e tenuti nella massima riservatezza. Anche quando i fatti e le analisi sono oggetto di studio, la loro pubblicazione implica rischi di querele per diffamazione e di accuse di vilipendio alla corte. Non poco rumore tra i sociologi ha suscitato il fatto che il tentativo di un'università americana di « collegarsi » con la stanza di una giuria per raccogliere i dati necessari a una ricerca venne dichiarato dal Congressional Committee, a ragione o a torto, attività anti-americana contraria all'interesse pubblico.

Lo « studio di casi » relativi al funzionamento dei piccoli gruppi, quali piccole fabbriche, ospedali, scuole, università, combriccole di giovani, gruppi di immigrati, villaggi, particolari gruppi dell'*élite* ecc., ha assunto un'importanza centrale anche nelle inchieste sociologiche degli ultimi trent'anni. Queste ricerche hanno fatto luce sulle dipendenze reciproche delle attività, dei sentimenti, dei costumi e delle regole nonché delle forme di *leadership* all'interno dei gruppi considerati...

Gli antropologi sociali non sono i soli tra gli scienziati sociali a essersi accontentati di affermazioni generiche sulle attività fin qui considerate e ad aver dedicato la propria attenzione alla struttura del sistema in cui

tali attività si collocano. In quest'analisi della struttura sociale essi spiegano solo le regole del gioco senza soffermarsi sul modo in cui le regole venivano giocate. Devo aggiungere che si è trattato di una fase inevitabile dello sviluppo dell'antropologia sociale e delle nostre conoscenze sulle popolazioni tribali. Di fronte a un'incredibile molteplicità di tribù dalle più svariate condizioni ambientali, organizzate in una tale complessità di forme di raggruppamenti sociali che non ho neppure cominciato a indicare, ognuna dotata in un certo qual modo di una cultura specifica, si è reso necessario fornire in primo luogo una morfologia sistematica delle varie forme di società tribale e dei modelli delle relative culture. E non è stata impresa da poco. Le monografie antropologiche degli ultimi quarant'anni hanno reso possibile un notevole progresso delle conoscenze sull'organizzazione politica e sociale delle società tribali, sulla loro economia, sulle relazioni domestiche, sul rituale, sulla religione e sul diritto, al punto che lo studio di questo settore è diventato praticamente una disciplina a sé. Dal momento che le ricerche in questione hanno recato a risultati teorici generali sulla natura della vita sociale e della cultura, le diverse branche dell'antropologia sono state accettate come contributo specifico nell'ambito delle scienze umane e sociali, e sono state applicate anche allo studio delle società contadine e delle società industriali moderne. Oltre a questo, gli studi sulla vita tribale condotti dagli antropologi favoriscono l'abbandono, tra le popolazioni più colte, del concetto di società tribale come società selvaggia.

(M. Gluckman, *Potere, diritto e rituale nelle società tribali*, v, pp. 212-16)

11. La doppia istituzionalizzazione.

Bisogna distinguere il diritto dalle tradizioni e dagli usi e, più specificamente, dalla norma e dai costumi. Una norma è una regola più o meno aperta, che esprime aspetti obbligatori di relazioni sociali. Il costume è un complesso di norme del genere — incluse le inosservanze e i relativi compromessi — realmente seguito nella maggior parte dei casi.

Tutte le istituzioni sociali sono caratterizzate da « costumi », i quali mostrano le peculiarità indicate da ogni definizione del diritto. Ma c'è una differenza importante. Mentre il costume continua a riferirsi soltanto alle istituzioni che esso controlla (e da cui a sua volta è controllato), il diritto è specificamente riformulato da agenti sociali in un contesto più stretto e riconoscibile, cioè all'interno di istituzioni strutturalmente giuridiche e, almeno per certi versi, distinte da tutte le altre.

Come il costume comprende le norme, ma è nello stesso tempo più grande e preciso, così il diritto comprende il costume ma è allo stesso tempo più grande e definito di esso... È largamente riconosciuto che molte popolazioni sono in grado di stabilire regole più o meno precise che sono, in effetti, norme secondo le quali esse pensano di dover giudicare i comportamenti. In tutte le società vi sono spazi di tolleranza nelle norme, e nella maggior parte dei casi si possono trovare norme (a volte giuridiche) che consentono trasgressioni.

Per compiere una distinzione valida tra il diritto e le altre regole è stato necessario introdurre furtivamente la parola « istituzione ». Qui essa viene usata nel senso

indicato da Malinowski. Attraverso l'istituzione giuridica una società appiana le controversie insorte e neutralizza ogni abuso rilevante e manifesto che si verifichi in altre istituzioni sociali. Ogni formazione sociale è dotata tanto di istituzioni giuridiche quanto di una vasta gamma di istituzioni extra-giuridiche. Nello sciogliere i conflitti le istituzioni giuridiche si trovano di fronte tre compiti: 1) stabilire le modalità con cui i conflitti possono essere sganciati dalle istituzioni in cui sono sorti e inseriti nei meccanismi delle istituzioni giuridiche; 2) stabilire le modalità di risoluzione del conflitto all'interno dell'istituzione giuridica; 3) stabilire le modalità con cui le soluzioni emerse vengono riassunte nelle istituzioni non giuridiche dalle quali siano nati i conflitti. È per altro difficile che una qualsiasi struttura — fatta eccezione per una struttura politica — possa soddisfare esigenze del genere.

Vi sono così almeno due aspetti peculiari delle istituzioni giuridiche. Esse soltanto sono fornite di strumenti già predisposti per correggere il cattivo funzionamento (e forse lo stesso funzionamento) delle istituzioni non giuridiche in merito ad eventuali controversie. Inoltre esse sono dotate di due tipi di regole: quelle che guidano l'attività delle stesse istituzioni giuridiche (procedure) e quelle che invece sostituiscono, modificano o ridefiniscono le regole violate di istituzioni non giuridiche (diritto « sostanziale »).

Quelli ricordati prima sono gli elementi comuni a tutte le istituzioni giuridiche note. Possono inoltre esservi altri aspetti, come la natura innovativa delle istituzioni giuridiche, tanto dal punto di vista sostanziale quanto processuale.

In questa prospettiva si può compiere una distinzione abbastanza semplice tra diritto e costume. I costumi sono norme o regole (dotate di maggiore o minore severità e con determinati supporti di coercizione) concernenti il modo in cui ci si deve comportare se si vuole che la società svolga i suoi compiti e possa sopravvivere. Tutte le istituzioni — incluse quelle giuridiche — sviluppano costumi. Ma alcuni costumi, in certe società, sono re-istituzionalizzati a un altro livello; essi sono riformulati come regola per scopi più puntuali dell'istituzione giuridica. Quando ciò avviene, il diritto può essere considerato come costume riformulato... In questo senso una delle maggiori peculiarità delle istituzioni giuridiche è che, tra le molte regole rivolte verso altre istituzioni (familiare, economica, politica, rituale ecc.), ve ne sono alcune rivolte al funzionamento delle stesse istituzioni giuridiche...

L'idea di Malinowski era buona; egli asseriva che il diritto è un corpo di obblighi vincolanti, concepiti da una parte come diritti e riconosciuti dall'altra come doveri, posto in essere dallo specifico meccanismo di reciprocità e pubblicità insito nella struttura sociale. Il suo errore consisteva però nel non attribuire specificità agli elementi con cui aveva definito il diritto. Non è il diritto a trovare validità nei meccanismi di reciprocità e pubblicità; è invece il costume, quale è stato fin qui definito. Diritto è piuttosto « un corpo di obblighi, intesi come diritti da una parte e riconosciuti come doveri dall'altra », che è stato re-istituzionalizzato all'interno dell'istituzione giuridica in maniera tale che la società possa continuare a funzionare ordinatamente sulla base di regole così rispettate. In breve, la reciprocità è

il fondamento del costume, mentre il diritto si fonda su questa doppia istituzionalizzazione. In esso è importante che qualche costume di una qualche istituzione della società venga riformulato in maniera tale da poter essere applicato da un'istituzione appositamente prevista.

Una delle vie migliori per percepire norme e diritti doppiamente istituzionalizzati è quella della scomposizione in strutture più semplici da potersi applicare a persone (individui o gruppi sociali), e così lavorare in termini di diritti e doveri reciproci o « obbligazioni ». In termini di diritti e doveri, le relazioni tra diritto e morale, diritto e costume, diritto e qualsiasi altra cosa possono essere considerate in una nuova luce... In realtà, se non si esagera, ragionare in termini di diritti e di obblighi soggettivi (o riferiti a ruoli) è un utile strumento per lo studio del costume di molte istituzioni. I diritti giuridicamente rilevanti sono soltanto quelli che si richiamano a norme doppiamente istituzionalizzate; esse forniscono un mezzo per studiare le istituzioni giuridiche dal punto di vista dei soggetti in esse impegnati... Un diritto (e con esso una legge) è la riformulazione di alcune aspettative dei soggetti all'interno delle istituzioni; la ri-statuizione deve avvenire in maniera tale che quelle aspettative possano essere più o meno soddisfatte dalla comunità o dai suoi rappresentanti. Soltanto così le implicazioni morali, religiose, politiche ed economiche del diritto possono essere pienamente esplorate.

Il diritto non è mai, comunque, un mero riflesso del costume. Esso è piuttosto sempre fuori fase rispetto alla società, proprio a causa del doppio meccanismo della

statuizione e della ri-statuizione dei diritti. Infatti, quanto più sviluppate sono le istituzioni giuridiche, tanto maggiore è la sfasatura risultante dal costante ri-orientamento delle istituzioni primarie e dalla dinamica reale delle stesse istituzioni giuridiche.

La sfasatura è dovuta dunque alla realtà del diritto e alla sua capacità di occuparsi delle istituzioni primarie. Inoltre, anche se si ipotizzasse una perfetta istituzionalizzazione giuridica, il mutamento all'interno delle istituzioni primarie porterebbe il sistema ancora fuori fase. Meno ovvio è invece il fatto che se mai dovesse esserci una perfetta sincronia tra diritto e società, allora la società non potrebbe mai trovare nuovi equilibri, crescere e trasformarsi, svilupparsi o declinare. È una dimensione feconda del diritto essere sempre fuori fase rispetto alla società, mentre si cerca sempre di ridurre la sfasatura (se non altro perché si lavora meglio con minori contraddizioni). Il costume deve crescere per adeguarsi al diritto o deve rifiutarlo attivamente; il diritto deve crescere per adeguarsi al costume, oppure deve ignorarlo o sopprimerlo. In questi spazi assumono spessore la decadenza e lo sviluppo sociale; crisi e risentimento sociale sono fonte di diritto e di mutamenti verificatisi nel costume. Con il mutamento tecnico e morale si presentano nuove situazioni da « legalizzare ». Questa realtà ha applicazioni particolari a seconda del grado di sviluppo dei sistemi giuridici. Da una parte, nei sistemi giuridico-statuali sviluppati, nei quali i mezzi per istituzionalizzare i comportamenti a un livello giuridico sono già per tradizione concentrati in gruppi politici detentori del potere decisionale come gli organi legislativi, le istituzioni sociali a volte impiegano molto

tempo per appropriarsi del diritto. D'altra parte, in sistemi giuridici meno sviluppati può verificarsi che alle istituzioni giuridiche sia rivolta una domanda non generalizzata; la conseguenza è un contatto molto labile tra diritto e istituzioni primarie. Il diritto può dunque essere uno dei fattori di maggiore innovazione sociale, e ciò quanto maggiore è la dipendenza di una comunità dalle regole giuridiche.

Per riassumere la posizione precedente, è la stessa natura del diritto a presentare una doppia istituzionalizzazione delle norme. Un secondo criterio comunemente utilizzato per rilevare l'istituzionalizzazione giuridica — o secondaria — è quello dell'esistenza di una struttura politica unicentrica, in nessun modo pluralistica (un « sovrano »). Una teoria del genere, per quanto semplificata, risulta adatta al tipo di organizzazione statale. Sembra invece inadeguata a spiegare la natura: 1) del diritto nelle società senza stato; 2) del diritto in una società colonizzata; 3) del diritto internazionale.

Fin qui abbiamo individuato due presupposti. In primo luogo abbiamo un potere o uno stato, sia che si tratti di un sovrano alla maniera di Austin, sia che si tratti di una struttura più ampia che presuppone l'esistenza di forme specializzate di giurisdizione. In secondo luogo abbiamo anche soltanto una cultura giuridica, non importa quanto contraddittoria. A questi fini una cultura giuridica è quella condivisa da una società, prescindendo dal grado di conoscenza e di accordo effettivi. L'istituzionalizzazione secondaria costituisce un'unità culturale più o meno coerente. Con queste indicazioni è possibile costruire il diagramma seguente:

	Potere unicentrico	Potere pluricentrico
una cultura	sistemi statali di diritto	diritto nelle società senza stato
due o più culture	diritto coloniale	diritto internazionale

I sistemi statali, del genere studiato dalla maggior parte dei giuristi, hanno a che fare con una singola cultura giuridica che vive all'interno di un sistema unicentrico di potere. In queste società le sub-culture possono produrre problemi al diritto che non sia in accordo con i costumi e gli usi di una parte della società, ma si tratta soltanto di una questione transitoria.

Il diritto coloniale è caratterizzato da un sistema unicentrico di potere con grossi problemi di squilibrio tra governo coloniale e governo locale... Esso è comunque caratterizzato dall'esistenza di due culture giuridiche... Si può dire che la peculiarità di una situazione coloniale consista in una sistematica incomprensione tra due culture all'interno di un unico sistema di potere, con una costante tendenza rivoluzionaria dovuta a quello che, nel migliore dei casi, è un « lavoro malinteso »...

La caratteristica di una società senza stato è l'assenza di un sistema unicentrico di potere. Ogni controversia tra persone appartenenti a diverse unità domestiche è *ipso facto* una controversia tra due centri di potere. L'esempio più importante, ma non il solo, di sistema bicentrico è naturalmente il sistema di discendenza fondato sul criterio di opposizione segmentario. In ogni caso ci si trova di fronte a una cultura singola: capi e

testimoni possono essere ampiamente in disaccordo in una disputa su chi abbia commesso qualcosa e chi abbia subito un danno e, quindi, dove sia il giusto. Ma essi comprendono, forse troppo bene, le azioni e trame reciproche.

In questa situazione tutti i casi controversi sono risolti con qualche forma di compromesso seguendo « regole » aperte. Al posto di « decisioni » vi sono « compromessi ». Mentre in un sistema unicentrico possono esserci decisioni giudiziali e meccanismi legittimi di esecuzione... in una situazione bicentrica non vi è un potere decisionale unitario. I « giudici » pongono in essere mediazioni, eseguite da due centri di potere, che spesso al membro di uno stato non appaiono affatto applicazioni del diritto. Invece di attuare decisioni, le parti sono portate ad accettare principi e contenuti di una mediazione.

È mia impressione — ma niente più di questo — che il compromesso, come soluzione bi-centrica di problemi, porti a una statuizione di norme molto meno precisa di quanto non avvenga nel caso di soluzioni unicentriche fondate sulla decisione.

Corpi di regole in società senza stato appaiono poco precisi, debolmente rassomiglianti a un *corpus iuris*, nonostante che antropologi e ideologi riescano a ricavare un sistema — sia pure di soli precedenti — da compromessi uniformi in termini di riconoscimento culturale e istituzioni comuni.

In qualche società il mediatore può essere decisamente istituzionalizzato. Ad esempio, presso i Nuer il capo dalla pelle di leopardo è un mediatore istituzionalizzato, a cui si può far ricorso in determinati casi. Se

c'è, il suo compito è quello di creare compromessi tra parti che litigano in base alla sua legittimazione religiosa e alle « sanzioni ».

Più specificamente, forse, il tribunale — un corpo di rappresentanti del potere politico — non può avere alcun ruolo in un sistema bicentrico... Gli strumenti procedurali più comuni sono le assemblee, il contraddittorio, l'oracolo e l'autodifesa. In poche parole il sistema uniculturale bicentrico non può offrire grandi possibilità per un « diritto » trasparente e ordinato.

(P. Bohannon, *The Differing Realms of the Law*, in « American Anthropologist », LXVII, 1965, pp. 34-40)

12. I dislivelli giuridici.

Una caratteristica della cultura occidentale è quella di pensare in termini di dicotomie, e molti antropologi occidentali non si sono sottratti all'onere di pensare in termini di opposizioni qualitative. Per essi vi sono società primitive e società culturalmente avanzate, società tribali e società statuali. Le differenze sono state comunemente concettualizzate in maniera qualitativa, ed enunciate in uno stile rozzamente evolucionistico. Se si guardava ai popoli sviluppati come a pensatori logici, allora i primitivi dovevano avere una mentalità pre-logica; mentre i popoli sviluppati avevano una religione sorretta da una profonda filosofia teologica, il contrario doveva avvenire presso i primitivi. La loro religione non soltanto doveva mancare di basi filosofiche, ma si supponeva che dovesse esser dominata dalla magia; dal momento che la civiltà occidentale era capitalistica, la civiltà primitiva doveva essere comunista, e così via. Quando gli antropologi cominciarono a riferire dell'in-

dividualismo e del benessere di alcune popolazioni della Nuova Guinea, i loro colleghi ortodossi — spesso di formazione marxistica — ne furono profondamente turbati...

Il diritto non è rimasto indenne da queste dicotomie concettuali. Alcuni antropologi ortodossi stabilirono che soltanto i popoli avanzati avevano un diritto, al contrario delle società senza stato, mentre altri si accontentarono di dicotomie meno radicali e descrissero una serie di differenze qualitative tra il diritto tribale (o primitivo) e il diritto delle società avanzate...

La conclusione esplicita dei miei studi comparativi è invece che non c'è nessuna differenza tra diritto tribale e diritto sviluppato. Le caratteristiche, i processi, le funzioni del diritto sono presenti in entrambe queste separazioni artificiali. Impressionato dagli argomenti di Hoebel e degli altri realisti americani, e convinto dalle prove empiriche del lavoro sul campo, ho concluso che il diritto si manifesta nella forma di una decisione proveniente da un'autorità legale. Questa decisione può risolvere una controversia, o può indurre certi comportamenti, o può legittimare una soluzione privata della controversia.

Questa forma di diritto ha due aspetti importanti, non presenti nelle regole astratte né nei comportamenti reali. Una controversia risolta da una decisione rappresenta un aspetto comportamentale. In altri termini, l'adozione di una decisione è il comportamento di un potere. Una decisione, però, è anche considerata come un precedente che racchiude un ideale che non soltanto le parti contendenti, ma lo stesso giudice e i terzi si aspettano di veder seguito. Una decisione, allora, è un com-

portamento per quanto riguarda l'azione dell'autorità e un ideale per quanto riguarda i sudditi. Al contrario, la legge manca dell'aspetto comportamentale e l'azione effettiva dei consociati non comprende l'ideale. Perciò, mentre molte regole sono fossili giuridici che ingombrano i codici e non esercitano alcun controllo sociale, le astrazioni del comportamento reale (il famoso « diritto vivente ») sono in effetti generalizzazioni sociologiche (leggi sociologiche). Nessuna di esse rappresenta il diritto.

Nella mia teoria il campo giuridico è costituito da principi, astratti dalle decisioni legali, i quali possono anche corrispondere alle leggi, al comportamento reale o ad entrambi. Se essi coincidono, le leggi si identificano con il diritto e possono essere chiamate regole giuridiche, mentre il comportamento conforme può essere definito comportamento giuridico. Ma è cosa determinata dal diritto — cioè dall'astrazione delle decisioni dell'autorità — il fatto che una legge e un comportamento siano giuridici.

È già stato rilevato che non tutte le decisioni in una società si qualificano come giuridiche. Tali esse sono quando contengono principi di controllo sociale espressi in decisioni emesse da un'autorità legalmente riconosciuta — il capo di una tribù, il consiglio degli anziani, il re, il moderno giudice — applicabili a tutti i casi simili, riferiti a una situazione sociale in cui diritti e doveri reciproci formano una relazione obbligatoria, e provvisti di una sanzione di natura fisica, psicologica e sociale... Il concetto mostra un valore euristico per l'analisi sociale in quanto è universale, applicabile interculturalmente e determinante per l'esistenza di ogni

gruppo sociale che operi nel senso sociologico del termine.

La caratteristica essenziale del diritto, implicita nella precedente definizione di diritto, è il fatto che un'autorità che adotta una decisione deve aver potere sulle parti che intervengono nella disputa; in altre parole, deve avere giurisdizione sui litiganti. In questo senso il diritto è un fenomeno interno al gruppo... Non è un fenomeno esterno e... si riferisce a gruppi e sottogruppi specifici della società. Una società segmentata in strutture di discendenza politicamente indipendenti non può avere un sistema giuridico complessivo. In questo senso non esiste un diritto dei Nuer o dei Kapauku... mentre vi sono diritti attinenti ai sotto-gruppi politicamente organizzati... La molteplicità dei sistemi giuridici all'interno di una società dà allora luogo a una configurazione complessiva che riflette il modello dei sotto-gruppi sociali. I sistemi giuridici dei gruppi della stessa natura e tipo appartengono allo stesso livello giuridico. Così in una società abbiamo una gerarchia di livelli giuridici determinati dal grado di compattezza dei gruppi. Il sistema giuridico di un gruppo compatto è applicato a tutti i membri dei sotto-gruppi da cui è costituito. Un individuo è allora esposto a — ed è controllato da — tanti sistemi giuridici quanti sono i sotto-gruppi e i gruppi di cui è membro. I diversi sistemi giuridici possono differire l'uno dall'altro fino alla contraddizione. Essi impongono anche controlli di intensità differente. Ritengo che i sistemi giuridici dei gruppi che esercitano il massimo grado di controllo sociale costituiscano, in una società, un centro dinamico di potere, che oscilla da un livello a un altro.

Concettualizzazioni del genere ci aiutano a comprendere perché in una società un uomo è principalmente fedele al suo clan, alla famiglia, al villaggio, a un'associazione volontaria, e soltanto in maniera secondaria allo stato, alla comunità politica, mentre in altre società egli conforma il suo comportamento in primo luogo alle regole della società, dello stato o della tribù, e soltanto in maniera secondaria ai sistemi giuridici dei sotto-gruppi.. Fin da quando si è scoperto che i gruppi sociali presentano un diritto nel senso indicato da questa teoria, perfino il comportamento di un bandito è allora non del tutto « illegale », dal momento che risponde alle regole della banda cui il bandito in primo luogo si conforma... Quello che sembra costume a livello di società, può definitivamente essere diritto (se si incontrano tutti gli elementi giuridici) ai livelli dei sotto-gruppi sociali.

(L. Pospisil, *Anthropology of Law*, ix, pp. 341-44)