

Pluralismo giuridico e pluralismo in materia familiare: un nesso da valorizzare

Nausica Palazzo*

Nel corso dei miei studi dottorali si è delineato con sempre maggiore evidenza un nesso tra il tema del pluralismo giuridico e delle visioni plurali in materia familiare. Da osservatrice scarsamente consapevole di incontri in tema di pluralismo giuridico, in particolare in materia culturale e linguistica – tematiche al centro delle riflessioni del Professor Toniatti – mi sono riscoperta nel tempo appassionata lettrice del tema. Nei ringraziamenti della monografia in corso di pubblicazione ho dunque esordito dicendo di aver sempre avuto la sensazione di trovarmi esattamente nel posto in cui avrei dovuto essere. L'esposizione continua a incontri e riflessioni sul tema del pluralismo giuridico rientrano senza dubbio tra le ragioni che hanno contribuito a generare una simile sensazione nel corso degli studi dottorali all'Università di Trento e per la quale vorrei ringraziare il mio tutor Roberto Toniatti ancora una volta.

Ho negli anni ad esempio scoperto che dalla "crasi" dei due sintagmi "pluralismo giuridico" e "pluralismo in materia familiare" deriva il concetto di pluralismo giuridico applicato all'ambito familiare (c.d. family legal pluralism), con cui si farebbe riferimento alla opportunità che in materia di relazioni familiari vi sia più di un regime giuridico, poiché plurali sono le concezioni di famiglia, i valori e le aspirazioni che gli individui riconnettono a tale sfera. La "necessità" dell'esaltazione del valore del pluralismo giuridico in un simile contesto sarebbe dunque dettata dalla necessità di rispettare il principio di autodeterminazione, e ancor più ciò che in ambito anglosassone viene efficacemente definito principio di 'self-authorship': la possibilità che ciascuno di noi recuperi a pieno lo status di autrice/ore delle scelte di vita afferenti alla sfera personale e familiare. Se da una parte il principio del sono autrice/ore della mia vita presenta un contenuto astratto di facile intuizione, è la sua declinazione in campo giuridico a porre grandi sfide per il giurista.

Una prima lettura – prevalente sino ad ora – pone l'accento sulla c.d. contrattualizzazione del diritto di famiglia, indagando il passaggio inesorabile dallo status al contratto teorizzato da Maine¹ e le sue implicazioni teoriche e pratiche. Trattasi di un dibattito assai interessante² che però manca di evidenziare a quale "livello", se vogliamo, la partita vera si giochi. È stato correttamente osservato che, in particolare a partire dalla rivoluzione francese³, si è col tempo consolidato un

* Academic Fellow, Dipartimento di Studi Giuridici, Università commerciale Luigi Bocconi, Milano.

¹ H. S. Maine, *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, Milano, 1998.

² V. in part. F. Swennen, *Private ordering in family law: A Global Perspective*, in Id. (ed.), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Dordrecht, 2015. L'Autore parla di un movimento "pendolare" tra status e contratto, nella misura in cui le unioni più tradizionali quali quelle fondate sul matrimonio acquisiscono un più ampio margine di manovra attraverso il contratto e le nuove unioni invece vengono riconosciute prevalentemente attraverso il meccanismo dello status (si pensi alle unioni civili per le coppie dello stesso sesso).

³ P. Grossi, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 46-47.

regime di monopolio statale sulla disciplina del diritto di famiglia. Tale monopolio si tradurrebbe in primo luogo nel consegnare alle autorità statali il compito di disegnare le norme che disciplinano l'accesso all'istituto matrimoniale e il suo scioglimento, il tipo di relazione familiare al quale riconnettere l'insieme delle conseguenze giuridiche discendenti dal riconoscimento dello status familiae (inclusi i benefici sociali e fiscali), la determinazione del foro giudiziale dinanzi al quale dirimere le controversie in materia.

Il punto che vorrei sottolineare invece è il seguente: non sento di condividere né una aprioristica avversione allo status tale da giudicare auspicabile una contrattualizzazione dei rapporti – è quantomeno lecito chiedersi perché un contratto dovrebbe essere più rispettoso del principio di autodeterminazione rispetto a un'unione registrata (attributiva di uno status) che risulti flessibile, snella e aperta alla possibilità di determinare le conseguenze giuridiche da essa discendenti (di cui dirò meglio in conclusione). Neppure sento di condividere un'avversione nei confronti di una regolazione giuridica della materia familiare da parte dello Stato, perché non è la regolazione statale in sé a creare una tensione con il principio del sono autrice della mia vita. Il monopolio da sottoporre a vaglio critico, a mio avviso, non riguarderebbe tanto la "forma" bensì la finalità che una certa disciplina giuridica si prefigge: è il monopolio sulle funzioni del diritto di famiglia ad essere particolarmente problematico e la sostituzione che esso comporta delle finalità proprie degli individui con obiettivi di matrice statale.

Ad oggi, nel disciplinare la materia, è innegabile che gli Stati occidentali si prefiggano di raggiungere una serie di obiettivi, (solo)alcuni dei quali apertamente dichiarati, qualora la certezza del diritto, la tutela della prole, ecc. Accanto a questi ultimi coesistono, tuttavia, una moltitudine di finalità non dichiarate che pur rivestono un ruolo primario. Si pensi, ad esempio, alla c.d. channelling function illustrata da David Schneider, studioso statunitense, secondo cui il diritto di famiglia avrebbe come obiettivo quello di incanalare la funzione riproduttiva all'interno di nuclei familiari stabili. Ciò al fine di perpetuare la specie e ridurre il conflitto sociale, che si porrebbe come derivato di un conflitto e una tensione in primis sessuale.⁴ In altre parole, un potenziale contrasto con il principio di autodeterminazione in materia personale e familiare si prospetta non tanto nell'aver dato per scontato che la disciplina dovesse essere regolata con legge bensì nell'aver dato per scontato che lo Stato dovesse perseguire finalità proprie attraverso il diritto di famiglia. In tal senso, è compatibile con una cornice teorica di pluralismo giuridico c.d. debole⁵, in cui il valore del pluralismo giuridico è attuato attraverso e non al di là dello Stato, l'ipotesi di una disciplina normativa di matrice statale che rinunci a perseguire unicamente finalità decise "dall'alto". In altre parole, è compatibile con una simile cornice teorica l'ipotesi di una disciplina della materia che sebbene di provenienza statale, rinunci a perseguire unicamente finalità estranee a quelle proprie degli individui cui il diritto si applica.

Ed è qui che si inserisce a mio avviso il tema del nesso tra lo studio del pluralismo giuridico e il pluralismo in materia familiare. Credo infatti che dal pensiero di Santi Romano, prima, e di storici del diritto come Paolo Grossi, poi, si possa evincere la

⁴ C. E. Schneider, *The Channeling Function in Family Law*, in *Hofstra Law Review*, vol. 20, 1992, 495.

⁵ J. Griffiths, *What is legal pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, vol. 32, 1986, 1–55. V. anche S. E. Merry, *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, vol. 2, n. 5, 1988, 869–96.

tensione finalistica sopra accennata e una convincente critica all'idea che il decisore politico debba sempre e comunque perseguire finalità sue proprie. Il Santi Romano, nell'elaborare la sua teoria istituzionalistica nella fortunata opera "L'ordinamento giuridico" riconosce la pluralità degli ordinamenti giuridici criticando apertamente l'idea che lo Stato possa "esaurire" tutto il diritto che esiste all'interno di una società. Ad esempio, sulla scorta di quanto affermato da Cesarini Sforza, se provassimo a tagliare un gruppo sociale come fosse una torta scorderemmo più strati di cui il solo strato superficiale è costituito da un diritto di matrice statale⁶. In aggiunta, si scorgerebbe quantomeno uno strato intermedio composto da consuetudini e uno strato più profondo includente le regole autoprodotte dagli individui. Nel pensiero di Santi Romano, l'ordinamento giuridico si pone dunque come un insieme di ordinamenti normativi. Tali ordinamenti avrebbero la capacità di convivere pacificamente nel senso che l'ordinamento giuridico sarebbe per sua natura in grado di ricomporre i conflitti che insorgono tra ordinamenti normativi confliggenti tra di loro.

La comprensione della molteplicità degli ordinamenti è il primo e indispensabile tassello per cogliere la natura del tutto contingente delle scelte operate dal decisore politico contemporaneo: ossia l'apparente necessità che il diritto di famiglia debba perseguire finalità proprie del decisore stesso.

In simili termini, lo storico del diritto Paolo Grossi è stato portavoce di un'importante critica al riduzionismo positivistico teso a confondere il giuridico con il diritto statale (in primis la legge) coniando il fortunato termine "assolutismo giuridico"⁷. Il contributo del Grossi si spinge poi ad offrire un interessante lettura della società come corpo vivente in continua crescita che mal tollera imposizioni dall'alto e discipline che operano alla stregua di una pelle troppo stretta⁸. In particolare, la funzione del diritto sarebbe quella di operare da "specchio" della società e del diritto in essa prodotto, non già di fungere da veicolo di una normatività eteroimposta. In armonia con tale visione, Grossi sostiene che la funzione del diritto debba essere quella di facilitare il processo di emersione delle norme prodotte all'interno della società e di rispettarne – anziché comprimerne – la complessità che di queste è propria.

Una importante punto di divergenza (rispetto a una cornice teorica retta dal principio di autodeterminazione) riguarda invece la visione organicistica alla base della teoria del Grossi, sulla quale non ho modo di soffermarmi. In sintesi, è estranea al Grossi l'idea che la società possa essere costituita dalla sommatoria di interessi individuali essendo il corpo sociale in grado di esprimere finalità che travalicano gli interessi individuali dei componenti della società. Ciò che interessa ai fini dell'analisi qui proposta, tanto del pensiero del primo autore quanto del secondo, è dunque la pars destruens: in particolare, risulta prezioso il contributo alla storicizzazione del monopolio giuridico contemporaneo in materia familiare, risulta importante la collocazione di tale strumento all'interno di una pluralità di ordinamenti – accentuando con ciò la natura contingente di detto monopolio – e la visione della

⁶ W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, 22–23.

⁷ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

⁸ P. Grossi, *Società, Diritto, Stato*, cit., 187.

società come collettività in grado di esprimere finalità proprie di cui il diritto (statale) ha il dovere di facilitare anziché comprimere l'espressione.

Una critica assai efficace alla litania secondo cui il diritto sarebbe un artificio estraneo alla condotta e obiettivi degli individui cui va ad applicarsi proviene inoltre da uno studioso canadese esperto di pluralismo giuridico, Roderick Macdonald. Secondo Macdonald è infatti essenziale dirigere nuovamente l'attenzione verso le finalità di cui sono portatori gli "attori giuridici", categoria utilizzata in aperta opposizione a quella di soggetti di diritto. Parimenti, occorre soffermare l'attenzione sulle condotte poste in essere da questi ultimi poiché è da tali condotte che si può desumere il regime giuridico applicabile. In altre parole, è il concetto stesso di diritto a non poter ammettere una ostracizzazione di tali finalità e condotte poiché il diritto altro non è che "engagement, process, and aspiration"⁹, ossia partecipazione, processo e aspirazione.

La sua concezione si poneva con ciò la finalità di sfatare una serie di miti riconducibili alla concezione del diritto ad oggi predominante, e in particolare dei suoi corollari del centralismo, monismo e prescrittivismismo. Il centralismo farebbe riferimento all'idea – già efficacemente sottoposta a vaglio critico dal Santi Romano – secondo cui il diritto sarebbe in ultimo diritto di matrice statale. Con monismo Macdonald fa riferimento alla concezione predominante secondo la quale i processi normativi siano necessariamente unitari. Infine, con prescrittivismismo questi fa riferimento all'idea illusoria che il diritto sia del tutto distaccato dall'operato e dalle aspirazioni dei destinatari delle norme giuridiche. In tal senso, Macdonald insiste sulla necessità di riconoscere che gli individui stessi, attraverso le motivazioni e aspirazioni che li spingono a partecipare ai processi di produzione del diritto, sono coloro i quali determinano la c.d. direzione del diritto.¹⁰ La sua tesi è dunque descrittiva, non già prescrittiva, nel senso che il diritto non può proprio essere efficacemente separato dagli agenti sociali cui intende applicarsi come si trattasse di due cose distinte e non comunicanti.

Ne risulta una posizione profondamente scettica e critica nei confronti dell'approccio contemporaneo alla disciplina dei fenomeni sociali.

Uno spazio privilegiato nella sua riflessione ha poi la materia della vita privata e familiare. Tale materia, più di altre, sarebbe emblematica di una necessità di recuperare spazio e aria fresca per consentire agli attori giuridici di partecipare ai processi iurisgenerativi imprimendo la direzione (del diritto) ad essi più confacente. In particolare, ciò che si pone in stridente contrasto con quella che egli ritiene essere la vera natura del diritto è proprio l'approccio che potremmo definire top-down alla regolamentazione delle unioni familiari e del diritto di famiglia in genere. Nulla di più illusorio e sbagliato, sostiene Macdonald. Proprio in tale campo occorre rivalorizzare una concezione del destinatario delle norme giuridiche quale "utente"

⁹ R. A. Macdonald, *Here, There ... and Everywhere – Theorizing Legal Pluralism*; *Theorizing Jacques Vanderlinden*, in N. Kasirer (ed.), *Étudier et enseigner le droit: hier, aujourd'hui et demain – Études offertes à Jacques Vanderlinden*, Montreal, 2006, 393–94; R.A. Macdonald and T. McMorrough, *Wedding a Critical Legal Pluralism to the Laws of Close Adult Relationships*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2007, 322.

¹⁰ M. Croce, *The Politics of Juridification*, London, 2018, 4.

del diritto, per utilizzare la terminologia adottata da Laura Nader¹¹, restituendogli la dovuta centralità. Il recupero della centralità dell'agente, utente, attore che dir si voglia è al contempo strumentale alla rivisitazione del diritto stesso come strumento risultante non da una decisione univoca emanante dal decisore politico bensì come il prodotto degli effetti cumulativi generati dagli utenti (un diritto in grado di essere 'made and changed by the cumulative effects of its users')¹².

Ritornando dunque al piano sul quale si "gioca la partita" del rispetto del principio di autodeterminazione in materia familiare, la cornice qui illustrata fornisce i punti di riferimento essenziali per comprendere che il diritto statale può efficacemente farsi veicolo del valore del pluralismo in materia familiare. Un diritto epurato delle sue mitologie più pericolose diventa in qualche modo strumento al servizio degli attori giuridici, facilitando la conversione delle aspirazioni e motivazioni di detti attori in linguaggio giuridico. Penso ad esempio a un'unione registrata flessibile che rinunci a individuare il tipo di relazione familiare meritevole di tutela, e che quindi rinunci al modello di famiglia basato sul matrimonio. Penso dunque alla possibilità per due persone legate da un vincolo affettivo di durata amicitia – non di natura sessuale – di poter registrare la propria unione.¹³ Un secondo strumento sarebbe il riconoscimento della facoltà per i componenti dell'unione familiare registrata di determinare per intero il contenuto sostanziale dell'unione e dunque le conseguenze giuridiche da esso discendenti: i benefici sociali e fiscali da attribuire, i diritti e gli obblighi di diritto privato discendenti dallo status familiae, incluso il diritto successorio. In alcuni ordinamenti giuridici questo è già possibile¹⁴.

In conclusione, il rispetto delle concezioni plurali di famiglia non può che trarre beneficio da uno studio approfondito del tema del pluralismo giuridico, e in particolare di coloro che meglio hanno osservato il fenomeno giuridico per mettere in discussione alcune "credenze" ad oggi ancora assai diffuse. Penso in particolare alla visione del diritto quale artificio esterno unicamente di matrice statale e penso alla tesi irricevibile secondo cui i destinatari della norma giuridica siano in una posizione meramente ricevente e addirittura subordinata, senza che vi sia possibilità che le proprie motivazioni e aspirazioni possano trovare espressione attraverso il diritto. Nulla di più inesatto dal punto di vista descrittivo e deleterio da quello prescrittivo.

¹¹ L. Nader, A User Theory of Law, in *Southwestern Law Journal*, vol. 38, 1984, 952.

¹² *Ibidem*.

¹³ Nel formulare simili proposte, la dottrina più attenta ha altresì sottolineato la necessità da una parte di tutelare detto principio dall'altra di salvaguardare la necessità di distinguere le unioni familiari da unioni non familiari. Il punto dirimente sarebbe l'obbligo di riconoscere che tali unioni abbiano un "contenuto minimo", ossia un obbligo di mantenimento reciproco e di contribuzione alle spese comuni, a dimostrazione della solidità del legame creato (solidità appunto necessaria per distinguere unioni familiari da unioni che familiari non sono). F. Swennen and M. Croce, *Cont(r)actualisation: A Politics of Transformative Legal Recognition of Adult Unions*, in *Social and Legal Studies*, in corso di pubblicazione.

¹⁴ N. Palazzo, *The Strange Pairing: Building Alliances Between Queer Activists and Conservative Groups to Recognize New Families*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, vol. 25, n. 2, 2018, 161. Mi riferisco in particolare agli Stati degli Stati Uniti d'America che hanno adottato i c.d. designated beneficiary schemes, come ad esempio il Colorado, dove è possibile scegliere appunto quali benefici conferire in capo al partner registrato spuntando la casella corrispondente su un semplice form per la cui compilazione non occorre essere assistiti da un legale.

Dunque, non si può far altro che ripartire dalla letteratura in materia di pluralismo giuridico se si vuole comprendere la necessità e il modo migliore per restituire piena centralità all'agente nell'ambito della determinazione del regime giuridico applicabile in materia familiare, restituendo, per questa via, centralità ai valori, concezioni e finalità alla base del suo agire in tale ambito.