

Una definizione antropologica del diritto

Federica Martiny

ABSTRACT

Il contributo epistemologico che una scienza come l'antropologia giuridica può apportare alla teoria del diritto è fondamentale per poter comprendere la diversità e le dinamiche etiche, sociali, culturali e giuridiche ad essa legate. L'analisi di Malinowski intorno alle tematiche giuridiche è il frutto di un periodo di due anni di ricerca sul campo presso le comunità indigene che abitavano le coste della Nuova Guinea all'inizio del XX secolo. Un così particolare contesto, ha portato l'autore ad interrogarsi sulla struttura normativa dell'organizzazione sociale delle tribù, mettendo in questione le categorie giuridiche – e non solo – del suo e del nostro tempo. Un primo punto di partenza dal quale partire per poter analizzare la questione del rapporto tra diritto e diversità è dato dalla definizione di fenomeno giuridico.

Legal anthropology can be helpful in order to better understand the dynamics of diversity , in the

ethical, social , cultural and legal framework . Malinowski's analysis of legal issues is the result of a two-years research period among the natives living in New Guinea at the beginning of the 20th Century. In such a particular context , the author tryed to understand the social organization of these tribes. Our starting point in this paper is the definition of law given by Malinowski.

PAROLE CHIAVE

MALINOWSKI; DIRITTO PRIMITIVO;
DIRITTO; RECIPROCIÀ; OBBLIGO.

KEYWORDS

MALINOWSKI; PRIMITIVE LAW; RECIPROCITY;
OBLIGATION.

1. LE DOMANDE DELL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA

Respetto alla maggior parte delle discipline delle materie oggetto dei corsi di giurisprudenza, anziché consolidare un sistema di certezze intorno al diritto vigente, discipline come la filosofia del diritto, l'antropologia giuridica e la storia del diritto hanno il compito di problematizzare le questioni giuridiche¹. Come

¹ Nello specifico, si tratta di discipline in qualche misura complementari l'una all'altra, pur nelle specificità dei rispettivi oggetti e metodi di indagine. La filosofia del diritto trova nel suo privilegiato oggetto di studio

uno spazio di esistenza autonomo rispetto alle altre discipline filosofiche e rispetto alle altre discipline giuridiche, nella misura in cui si presupponga lo studio del diritto come una disciplina *umana* della cui complessità un approccio esclusivamente tecnico non può dare conto, come spiega G.Fassò nella *Premessa a Storia della filosofia del diritto*, (1966), Roma-Bari, 2001, p. 4. Si veda a questo proposito anche il capitolo *Natura e funzione della filosofia del diritto*, scritto da Norberto Bobbio e raccolto in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, 2011. D'altra parte, «il compito della storia del diritto è innanzitutto di *problematizzare* il *presupposto implicito e acritico delle discipline dogmatiche*, ossia il presupposto secondo il quale il diritto dei nostri giorni è *razionale, necessario e definitivo*. La storia del

scrive Laura Nader, «i giuristi sono stati tra i primi ad avvicinarsi all'etnologia e all'etnografia del diritto, nel tentativo di offrire risposta ai problemi della soggettività culturale e ai quesiti sulla comparabilità giuridica. Entrambe le discipline si misurano con il tema del potere nel rapporto tra subordinati e sovraordinati, e ciò avviene soprattutto in antropologia, dove «tradizione» e «diritto» sono stati comunemente utilizzati come strumento di colonizzazione»².

Ciò a cui l'antropologia giuridica ci pone di fronte è il particolare rilievo dato alla complessità del concetto di diritto, che si traduce in una definizione di fenomeno giuridico più ampia di quello che all'opposto lo riduce alla norma positiva intesa come emanazione della volontà del *sovrano*. Questa disciplina, infatti, cercando di tratteggiare i caratteri dell'umano, osserva e studia gli uomini – e le donne – nella loro diversità, nei vari modi di organizzazione sociale e nella pluralità delle culture, cercando di sfuggire alla tentazione di ridurre l'umano ad un solo particolare tipo di uomo, che vive in una altrettanto particolare cultura, nel suo peculiare modo di organizzazione sociale e giuridica. La suggestione che ne deriva è quella di vedere il molteplice che si nasconde nell'identico – e nel tentativo di universalizzazione che si esprime nella standardizzazione dell'identico –; cogliere il movimento e la storicità in ciò che appare statico; apprezzare la fragilità di

diritto realizza questo compito sottolineando che il diritto è sempre situato (localizzato) “in società” e che, qualunque sia il modello usato per descrivere le loro relazioni con i contesti sociali (simbolici, politici, economici ecc.), le soluzioni giuridiche sono sempre contingenti e connesse con un dato *ambiente*», scrive A.M. Hespanha ne *La cultura giuridica europea*, Bologna, 1999. L'antropologia giuridica, infine, invita lo studioso a spostare il suo sguardo dallo studio delle norme allo studio dei fatti sociali, in inevitabile opposizione rispetto ai presupposti della Teoria Pura kelseniana: «le norme giuridiche possono essere comprese soltanto se integrate nei complessi normativi che organizzano la vita sociale. Questi sistemi di regolamentazione dei comportamenti sono innumerevoli: dalla morale alla routine, dalla disciplina domestica all'organizzazione del lavoro, dagli schemi di classificazione e gerarchia alle arti della seduzione».

2 L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, edizione italiana a cura di E. Grande, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 26-27.

ciò che sembra non possa essere scalfito. Tutto questo sia nella ricerca della comprensione dell'umano sia nel tentativo di definizione del diritto. Non si tratta di un invito a riproporre antiche opposizioni metafisiche³, ma della proposta di abbandonare la rassicurante certezza delle definizioni consolidate, per vedere se rendono conto della complessità del reale o se invece ne rispecchiano una porzione.

La scienza che si propone di studiare l'umano non cerca di definire un'idea astratta e universale di uomo ma tratteggia i contorni di diversi tipi di uomini, di diversi tipi di società, di culture e quindi di differenti modi di intendere cosa sia il diritto, e con esso altrettanto differenti concezioni del giusto e dell'ingiusto, del tollerabile e dell'intollerabile; essa ci pone di fronte al fatto che la nostra adesione ad un dato modo di vivere, ai suoi valori (e all'idea dell'esigibilità dei diritti corrispondenti) deriva in fondo dal portato della cultura e della storicità, e non ha origine nel solipsismo della coscienza morale.

Una delle questioni più feconde, che l'antropologia giuridica pone alla filosofia del diritto è quella che domanda in quale momento nasca il diritto, e, di conseguenza, quale sia la definizione di diritto che ci permette di distinguere le società rette da ordinamenti normativi non giuridici. La domanda non è certamente originale per i filosofi del diritto che sono abituati a districarsi tra le definizioni dei giusnaturalisti, dei positivisti, degli imperativisti, dei giusrealisti, tra i molti, e che sanno che le risposte a questo interrogativo cambiano a seconda della definizione iniziale. Il contributo dell'antropologia giuridica rispetto all'analisi di questa questione è di carattere metodologico: è l'invito a rivolgere lo sguardo verso la dimensione della concretezza storica e della materialità del vissuto, cercando di tenere conto della complessità della natura umana, senza cercare di ridurla a polarità idealtipiche, ma al contrario, cercandola nelle pieghe nelle quali essa si insinua⁴. Scrive Luigi

3 Cfr. su questo A. Ballarini, *Sicurezza e singolarità*, in AA.VV., *Prometeo. Studi su uguaglianza, democrazia, laicità dello Stato*, Torino, 2015.

4 Joan Tronto, *Confini morali, un argomento politico per l'etica della cura* (*Moral Boundaries: a political argument for an Ethic of care*) trad.it. di N. Riva, Diabasis, Reggio-

Alfieri a proposito dell'esistenza di ordinamenti normativi non giuridici:

«La domanda⁵ è nettamente anti-tradizionale: non tanto della socialità del diritto quanto proprio della giuridicità del sociale non si è soliti dubitare sin dall'epoca romana (...). Ma già questo potrebbe essere un buon motivo di sospetto: non è strana una così lunga continuità? Come può esserci una continuità proprio qui? Questa continuità ad uno sguardo "moderno" in senso forte, consapevole cioè dei mutamenti storici e delle differenze culturali e diffidente verso ogni assolutezza ed eternità? Uno sguardo moderno vede certamente una cosa che non si può non vedere: non esistono società senza regole ed è improbabile che siano anche solo pensabili. Ma vediamo davvero, oggi, gettando lo sguardo intorno a noi e dietro di noi, che non esistono società senza diritto?⁶»

Tenendo conto di questo, l'oggetto della presente breve riflessione è la definizione di diritto proposta dall'antropologo polacco Bronislaw Malinowski, nella convinzione che a partire da essa, si possano poi sviluppare altri interrogativi che risultano particolarmente importanti per la filosofia del diritto – la questione della discrasia tra l'universalismo dei diritti, la diversità culturale e la storicità materiale oppure la tensione tra il riconoscimento della diversità e l'adesione a valori non negoziabili⁷ –. Anziché consolidare un

Emilia, 2006 ha lucidamente scritto che «L'egoismo e la generosità (...) fanno parte della natura umana. Sono un pezzo del nostro conflitto permanente tra bianco e nero, vittima e carnefice, assassino e missionario. La scelta spetta a noi, più che alla scienza».

5 La domanda in questione è la seguente: esistono società senza diritto?

6 L. Alfieri, *Esistono ordinamenti normativi non giuridici?* in Giasanti, Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Milano, 1995, p. 55.

7 «Ciclicamente, la cultura occidentale liberal si trova di fronte ad un dilemma etico rispetto alle società altre: il principio del rispetto per le "differenze" culturali implica la rinuncia al giudizio, se il giudizio non può avere luogo se non adottando criteri di valutazione della cultura propria? Oppure la rinuncia al giudizio è di per se stessa opzione etnocentrica e produttiva di una "tolleranza" piuttosto incline all'indifferenza morale?» si chiede T. Pitch in *L'antropologia dei diritti umani* in Giasanti,

sistema di certezze intorno al diritto vigente, ciò che possiamo trarre dai testi di questo autore è l'esigenza di problematizzare le tematiche giuridiche, valorizzandone allo stesso tempo la specificità e la a volte fragile contingenza, soprattutto nel caso in cui la cultura giuridica che si vuole descrivere è distante dalla nostra. Nello specifico, l'analisi di Malinowski conduce a ritenere la produzione del diritto come un processo sociale in se stesso, riconoscendo la rilevanza giuridica che possono avere discorsi magici, religiosi e morali, oltre che modi di organizzazione socio-economica. In questo senso si rivela l'utilità che un approccio antropologico può avere nei confronti di altre discipline, tra le quali la giurisprudenza: scrive Malinowski nel 1942 a tal proposito che «anche la giurisprudenza sta tendendo gradualmente a considerare la legge non come un universo di discorso completo in se stesso, ma come uno dei tanti sistemi di controllo sociale in cui vanno considerati i concetti di intenzione, volere, impulso morale e coercizione del costume, al di là dell'apparato puramente formale del codice, del tribunale e della polizia⁸».

2. IL DIRITTO NELLE COMUNITÀ PRIMITIVE

Se per un verso un autore come Tylor riproponeva in campo antropologico ed etnografico l'interpretazione illuministica dello sviluppo storico come passaggio graduale dallo stato selvaggio alla barbarie, e dalla barbarie alla civiltà⁹, la tesi dell'antropologia evolucionistica del presupposto di una evoluzione unilineare dell'umanità è stata messa in discussione, fin dal saggio di Boas *The limitations of the comparative method of anthropology*¹⁰ e poi dalla scuola britannica di

Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti*. Op. Cit., p.186.

8 B. Malinowski, *Teoria scientifica della cultura (A Scientific Theory of Culture and Other Essays, 1944)*, trad. it. di G. Faina, Milano, 1962, p.16.

9 Cfr. E. B. Tylor, *Primitive culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom*, London, Murray, 1871. Tylor riconosceva nei popoli selvaggi una particolare "cultura primitiva", con la base nell'animismo e che si sarebbe presentata con caratteri uniformi presso tutti i popoli primitivi.

10 F. Boas, *The limitations of the comparative method of anthropology*, in *Science* (1896), pp. 901-908. Boas, in

Radcliffe-Brown e di Malinowski, a partire dall'idea di poter definire le culture come sistemi funzionali da studiare nella loro strutturazione interna, per poter determinare le istituzioni che le costituiscono e le funzioni assolute da ognuna di esse. Oggetto della ricerca antropologica, in altre parole, non può essere un astratto sviluppo culturale universale ma deve essere al contrario la singola cultura, indagata nella sua storicità e univocità¹¹. È solo in questa cornice, infatti, che si può parlare di struttura normativa.

Un autore come Gagarin sostiene che nelle società preletterate le regole sostanziali non sarebbero ancora giuridiche¹² e distingue tre diversi stadi nella formazione del diritto: un primo stadio pre-giuridico, caratterizzato dall'assenza di regole giuridiche sia sostanziali sia procedurali; uno stadio proto-giuridico, nel quale è possibile ravvisare delle legal procedures, volte a dirimere le controversie, ed infine uno stadio pienamente giuridico, in cui sono presenti regole giuridiche sia sostanziali che

particolare, ha posto la questione della molteplicità di forme che un medesimo fenomeno etnologico può assumere in contesti differenti, mostrando l'individualità del processo evolutivo di ogni popolo. Criticando la tesi dell'esistenza di leggi generali di sviluppo universalmente valide, ha posto invece in rilievo l'importanza del fenomeno della diffusione. Cfr. in proposito la voce *Cultura* a cura di Pietro Rossi ne l'Enciclopedia del Novecento (1975).

11 Fin dall'articolo *Culture* (apparso nel 1931 nell'*Encyclopaedia of the social sciences*), Malinowski ha elaborato una spiegazione della cultura che la riconduce ai bisogni primari inerenti alla natura biologica dell'uomo, cioè a bisogni comuni a tutti gli individui e a tutte le società. All'universalità di questi bisogni, corrisponde d'altra parte la variabilità dei modi di soddisfarli, cioè vi corrispondono varie risposte culturali, che danno origine a loro volta ad altri bisogni di carattere secondario. La diversità delle culture non esclude perciò la possibilità di scorgere alla base delle istituzioni che le compongono una serie di elementi di carattere universale.

12 Per regole sostanziali intende quelle rivolte a dettare norme vincolanti di comportamento e le distingue da quelle procedurali che sono invece quelle volte a determinare le formalità attraverso le quali una o più persone a ciò designate possono risolvere le controversie. Cfr. M. Gagarin, *Early Greek Law*, University of California Press, London, 1989 e E. Cantarella, *Tra diritto e prediritto: un problema aperto*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 13, 1987, pp. 149-160.

procedurali. Nella sua analisi questo autore critica le definizioni di diritto di Malinowski, ma anche di Radcliffe-Brown, secondo cui il diritto si identifica con il controllo sociale per mezzo della applicazione sistematica della forza in una società politicamente organizzata¹³, e Hoebel che sostiene che una norma sia giuridica se la sua «inosservanza o infrazione viene contrastata regolarmente – di fatto o solo sotto forma di minaccia – con l'applicazione della forza fisica di coercizione da parte di un individuo o un gruppo, che possiede il privilegio socialmente riconosciuto di agire in tal modo¹⁴»:

«One approach, exemplified by Malinowski, is to treat as laws those rules in a preliterate society that cover the same areas of behaviour as our own laws. Many anthropologists, however, have rejected this approach as a misrepresentation of the nature of these rules. Malinowski certainly demonstrates the existence of regular, purposeful patterns of, for example, gift-exchange among various segments of Trobriand society, but to designate these customary practices as a kind of commercial law is in the view of many scholars a distortion¹⁵».

In realtà, come vedremo più avanti, la tesi dell'antropologo polacco sul diritto primitivo è molto più complessa di quanto non gli concedano i suoi critici.

Ad ogni modo, in antitesi rispetto a questa concezione, si pone la tesi secondo la quale il diritto è caratterizzato essenzialmente da una dimensione intersoggettiva che lo definisce come relazione tra più soggetti: «può trattarsi di una società universale come la comunità internazionale o di due soggetti che vendono e comprano un bene, può trattarsi di una minima tribù primitiva nel profondo d'una selva amazzonica o di uno Stato con tutto il suo formidabile apparato organizzativo e di potere,

13 Cfr. A.R. Radcliffe-Brown, *Law*, in *Enycl. Of the Soc. Sciences*, 1933.

14 E.A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*. Harvard, Massachusetts, 1954, tr.it. *Il diritto nelle società primitive. Uno studio comparato sulla dinamica dei fenomeni giuridici*, Bologna, 1973, p.47.

15 M. Gagarin, *Op.cit.*, p.3

però sempre è necessario quell'incontro che trasforma in sociale l'esperienza del singolo soggetto¹⁶». Il legame tra dimensione giuridica e dimensione sociale in questo secondo approccio sembra inscindibile ma se è vero che ogni manifestazione giuridica si esplicita nel sociale, non si può sostenere che ogni manifestazione sociale sia anche giuridica. A questo proposito Grossi¹⁷ individua due fattori diversificanti: «il fatto dell'organizzazione – o, per meglio dire, della auto-organizzazione –; e il fatto dell'osservanza spontanea delle regole organizzative. Il mistero del diritto è tutto qui¹⁸».

Sul rapporto tra diritto e società è centrale la riflessione di Santi Romano, per la rilevanza attribuita al concetto di istituzione e a quello di ordinamento giuridico, ripresa tra gli altri proprio da Grossi¹⁹, in opposizione netta a quel fenomeno posto in essere dalle costituzioni di

16 P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-bari, 2010, pp. 12-13.

17 Cfr. ad esempio il dibattito ospitato nel primo numero del 2016 della Rivista di Filosofia del diritto intorno all'ultimo testo dell'autore, *Ritorno al diritto*, ed in particolare i saggi di E. Rippepe, *Introduzione. Su Paolo Grossi filosofo del diritto*, in Rivista di Filosofia del diritto, V, 1/ 2016, pp. 7-22 e di F. M. De Sanctis, *Ritorno al diritto: ripresa e guarigione del moderno*, in Rivista di Filosofia del diritto, V, 1/ 2016, pp. 29-38.

18 P. Grossi, *Op. cit.*, p. 15

19 Sul confronto tra le posizioni di Romano e di Grossi vale la pena riportare quanto scritto da Rippepe: «Due autori che nel pensare all'apparenza la stessa cosa – il diritto è ordinamento giuridico – la pensano in modo del tutto diverso, cioè come qualcosa al di fuori del tempo e dello spazio, da non prendere in considerazione se non sradicata, scarnificata e depurata da tutto ciò che non sia propriamente diritto (Romano); o invece come “realtà di radici”, il cui tratto essenziale “consiste nella sua carnalità e nel suo intridersi di tempo e di spazio” (Grossi, 2014, 141), pensano davvero la stessa cosa? La “concezione istituzionistica” del primo, intesa da esprimere ciò che accomuna tutti gli ordinamenti giuridici, e la visione “ordinamentale del diritto” del secondo, utilizzata per individuare ciò che distingue i vari ordinamenti giuridici l'uno dall'altro, in virtù della “comparazione verticale” propria di quelle scienze individualizzanti per antonomasia che sono le scienze storiche, si possono davvero scambiare per una stessa e unica cosa? O non è forse vero che se la riflessione di Romano culmina in un'opera intitolata *L'ordinamento giuridico*, il titolo di un'eventuale opera nella quale si volessero sintetizzare le riflessioni in materia di Grossi dovrebbe essere *Gli ordinamenti giuridici?*», E. Rippepe, *Op. cit.*, p. 18.

stampo illuminista, che «emancipandosi dalla società e calandosi su di essa dall'alto, si afferma con il legicentrismo e la legolatria che caratterizzano la storia del diritto moderno»²⁰. Anche in questo caso, l'antropologia giuridica ci suggerisce la contingenza di un modello che si pretende assoluto, quello della «statualità del diritto, la gerarchia legicentrica delle fonti, la società basata sull'individualismo negoziale e sul protagonismo dei soggetti iscritti nell'eshaustività regolativa dei codici, la territorialità asfittica dell'ordinamento, la validità come luogo privilegiato della scienza giuridica, l'inglobamento del diritto nella politica che nella forma-Stato, assolutizzata dalla sovranità, nasconde l'arbitrio latente della decisione che tutto regge»²¹.

Se quindi per un verso il monismo statualista è un modello superato, per altro verso il rischio è quello di abbracciare un «pangiuridismo trionfante, che veda il diritto ovunque e in nessun luogo» che alla fine potrebbe produrre «una marmellata concettuale in cui i Romani sono in fondo la stessa cosa dei Papua, la mafia è perfettamente equivalente ai Carabinieri (...) e anche il caro vecchio Robinson sull'isola deserta ha (o addirittura è) un ordinamento giuridico²²».

L'analisi di Malinowski intorno alle tematiche giuridiche è il frutto di un periodo di due anni di ricerca sul campo presso una comunità indigena: nel 1914 infatti il nostro autore arrivò sulle coste della Nuova Guinea e poi sulla spiaggia di Kiriwina, un'isola melanesiana nell'arcipelago delle Trobriand. Si tratta dunque di una situazione del tutto singolare che merita una particolare attenzione, anche rispetto alla riflessione filosofica sui «primi uomini» di alcuni autori classici della filosofia come Las Casas, de Vitoria, Montaigne, Rousseau, Diderot, Marleau-Ponty. Il filo conduttore di questo discorso parte da una riflessione esplicitamente formulata da Malinowski²³: «Noi immaginiamo volgarmente

20 F. M. De Sanctis, *Op. cit.*, p. 31.

21 *Ibidem*.

22 L. Alfieri, *Op. Cit.*, p.65.

23 Spiega Raymond Firth nel suo saggio *Malinowski as scientist and as man (Man and Culture: An Evaluation of the Work of Bronislaw Malinowski, 1957)*: «He wrote much on savages – many of his books have that word in their title – but he thought always of the Man in the savage, of those

che gli indigeni vivano nel seno della natura, più o meno come possono e come vogliono, preda di credenze e di timori incontrollati e fantasmagorici. La scienza moderna, al contrario, mostra che le loro istituzioni hanno un'organizzazione assai precisa, che essi sono governati dall'autorità, dalla legge e dall'ordine nelle loro relazioni pubbliche e private, mentre queste ultime, parallelamente, sono sotto il controllo di assai complessi legami di parentela e di appartenenza ai clan²⁴».

3 IL CONTRIBUTO DI MALINOWSKI

Per capire la definizione di fenomeno giuridico proposta dal nostro autore è necessario fare alcune premesse: in primo luogo, se è vero che «tutta l'organizzazione sociale è fondata sull'ambiente materiale, (...) nessuna istituzione è sospesa nel vuoto o naviga in una maniera vaga, indefinita per lo spazio²⁵», è altrettanto vero che gli isolati di comportamento organizzato²⁶, o istituzioni, «presentano certe fondamentali somiglianze in tutto il vasto ordine della varietà culturale²⁷». La struttura istituzionale, cioè, sarebbe universale in tutte le culture, per quanto poi si concretizzi in modi culturalmente molto differenti²⁸. Questo si può comprende-

impulses and emotions which are common to savages and civilized alike. So his teaching was never remote from reality. (...) anthropology to Malinowski was not simply the study of the savage, but the study through which by understanding the savage we might come to a better understanding of ourselves».

24 B. Malinowski, *Argonauti del Pacifico Occidentale (Argonauts of the Western Pacific: An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea, 1922)*, Torino, 2011, p. 19.

25 B. Malinowski, *Teoria scientifica della cultura (1941)*, in *Teoria scientifica della cultura e altri saggi di antropologia*, Milano, 2013, p.47.

26 Cioè ogni azione umana reale che conduce al comportamento organizzato.

27 B. Malinowski, *Teoria scientifica della cultura*, Op. cit., p.46.

28 Scrive l'autore che «(...) sebbene anche istituzioni come la famiglia, lo stato, il gruppo d'età o la congregazione religiosa mutino da una cultura all'altra e, in alcuni casi, all'interno della stessa cultura, è possibile fare una lista di tipi o classi rappresentativi di ogni cultura. In altre parole, io sosterrai che che la famiglia e il tipo di attività basate su un contratto matrimoniale

re a partire dal fatto che Malinowski definisce «lo statuto di un'istituzione come il sistema di valori per il cui perseguimento gli esseri umani si organizzano, o entrano in istituzioni già esistenti» e i membri di un'istituzione²⁹ «come il gruppo organizzato sui principi definiti d'autorità, divisione di funzioni, e distribuzione di privilegi e doveri³⁰». In secondo luogo, l'origine della cultura e dell'organizzazione sociale implica la repressione degli istinti e gli elementi del tabù, della repressione, degli imperativi negativi mantengono un ruolo performativo durante tutta la vita sociale degli individui, attraverso il modellamento degli atteggiamenti, lo sviluppo della moralità, il rispetto delle norme legali³¹. In terzo luogo, in contrasto rispetto all'ipotesi di una gregarietà preculturale istintuale che deriverebbe dagli antenati animali, malinowski sostiene d'altro canto che la sociabilità umana sia un portato della cultura e che si sviluppi a partire dall'estensione dei legami familiari; non

permanente in cui la riproduzione, l'educazione e la cooperazione familiare sono gli interessi dominanti, può essere definita come un universale culturale», in B. Malinowski, *Teoria scientifica della cultura*, Op. cit., p.49.

29 In questo caso la traduzione italiana riporta la dicitura "il personale di un'istituzione" che pare però fuorviante.

30 B. Malinowski, *Teoria scientifica della cultura*, Op. cit., p. 47.

31 Una tesi simile è espressa da Freud, secondo il quale la nascita della cultura è resa possibile dalla repressione dell'istinto, dalla limitazione e dal differimento del piacere, dalla subordinazione del principio del piacere al principio della realtà. Ciò che di questa tesi Malinowski non accetta è l'idea del parricidio originario, che susciterebbe nei figli parricidi un rimorso collettivo che si presenta come la premessa necessaria del divieto dell'incesto, attraverso il quale si costituisce un'organizzazione sociale fondata sulla repressione degli impulsi sessuali. D'altro canto, accetta però il programma freudiano di ricerca delle basi psichiche della cultura, spiegando che però lungi dal costituire il fondamento della cultura, il complesso di Edipo è esso stesso un prodotto culturale, legato a determinate forme di organizzazione sociale e soprattutto a una particolare struttura familiare. Cfr. a riguardo B. Malinowski, *Sesso e repressione sessuale tra i selvaggi (Sex and repression in savage society, 1927)*, Op. cit.; S. Freud, *Totem und Tabu*, Leipzig-Wien, 1913, tr. it. *Totem e tabu*, Milano, Edizioni Mondadori, 2014; G. Róheim, *The origin and function of culture*, New York, 1934, tr. it. *Origine e funzione della cultura*, Milano, Feltrinelli, 1972.

si tratta dunque di una qualità innata, di una tendenza naturale: «le forme e le forze dell'organizzazione sociale sono imposte ad una comunità dalla cultura e non dalla natura³²». Infine, occorre premettere che, con le parole del nostro autore, «l'etnografo (...) ha il compito di registrare tutte le regole e le regolarità della vita tribale, tutto ciò che è permanente e fisso, di delineare l'anatomia della cultura degli indigeni, di descrivere la costituzione della loro società. Ma tutte queste cose (...) non sono mai formulate. Non vi è nessun codice di leggi scritte o espresse esplicitamente e l'intera tradizione tribale degli indigeni, l'intera struttura della loro società è incorporata nel più fuggevole di tutti i materiali: l'essere umano. Ma nemmeno nella mente dell'uomo o nella sua memoria queste leggi si trovano formulate in modo preciso³³».

Nel proporre una definizione di diritto, Malinowski rifiuta l'utilità di adottare elementi restrittivi legati alla sola esperienza giuridica occidentale, come la presenza di corti giudiziarie, di regole formalizzate in codici e il carattere istitutivo della forza per imporre il rispetto delle norme e per comminare le sanzioni in caso di violazione; per contro, il nostro autore rifiuta anche l'opzione opposta, quella cioè di addurre una definizione troppo vaga di fenomeno giuridico, col rischio di sovrapporlo alla generica categoria di fenomeno sociale. Rileva in particolare la centralità di due concetti, quello di obbligo vincolante e quello di meccanismo di reciprocità³⁴:

«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 non sono sanzionate da un motivo puramente psicologico, ma da un definito meccanismo sociale di forze vincolanti, basato, come sappiamo, sulla reciproca dipendenza, e realizzato nell'equivalente ordinamento di servizi reciproci, oltre che

nella 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 vincolante³⁵».

La natura giuridica di un fenomeno, cioè, non trova la propria ragion d'essere nell'esistenza di una coercizione esterna, quanto invece nella «forza interna dell'obbligo discendente dall'aspettativa del reciproco comportamento altrui³⁶», all'interno di una concezione teorica svincolata dal rapporto tra diritto e forza coattiva statale.

4. LA FUNZIONE DEL DIRITTO

In questo quadro si situa la propensione per una definizione funzionale di fenomeno giuridico, piuttosto che per una formale: «La funzione fondamentale del diritto è di reprimere certe propensioni naturali, di frenare e di controllare gli istinti umani e di imporre un comportamento non-spontaneo, costrittivo; in altre parole, di assicurare un tipo di cooperazione che è basato su reciproche concessioni e sacrifici per un fine comune», in opposizione alla tesi circa una spontanea generale obbedienza degli indigeni a tutte le norme sociali. La sua concezione di diritto rientra quindi nella più ampia teoria del funzionalismo, in base alla quale esistono delle risposte culturali ai bisogni primari, ed ha a che fare con la sfera del controllo sociale e della coercizione: il comportamento umano deve essere regolato in azioni e sanzioni. Il riferimento all'idea di sanzione, d'altra parte, sembra che si debba intendere più che altro in riferimento all'interiorizzazione della sanzione sociale. Ciò che spinge l'individuo ad agire in conformità alla regola non è la paura della coazione e del modo in cui la sanzione viene comminata, quanto invece la consapevolezza che la violazione della

32B. Malinowski, *Sesso e repressione sessuale tra i selvaggi* (*Sex and repression in savage society*, 1927), Op. cit., p.150.

33B. Malinowski, *Argonauti del Pacifico Occidentale*, Op. Cit., p. 21.

34Lo studioso si riferisce in quest'ultimo caso ad esempio all'istituzionalizzazione dello scambio reciproco e obbligatorio di pesce e prodotti vegetali tra i gruppi stabiliti sulla costa e quelli invece dell'entroterra.

35B. Malinowski, *Diritto e costume nella società primitiva*, (*Crime and Custom in savage society*, 1926), Newton Compton, Roma, 1972, p.91.

36A. Colajanni, *Introduzione a B. Malinowski, Diritto e costume nella società primitiva*, Op. cit., p.22.

regola di condotta rompe l'equilibrio sociale – equilibrio che viene retto dal meccanismo della reciprocità

Non si può dare una definizione di regola giuridica senza un riferimento all'idea del determinismo culturale – secondo il quale nessuna attività, sia al livello di una società primitiva che di una invece culturalmente avanzata, si concretizza senza un rimando diretto o indiretto ai bisogni fondamentali dell'uomo. Anche le regole di comportamento fondamentali che definiscono le relazioni tra individui e gruppi sono il risultato dei meccanismi del determinismo culturale: gli accordi stipulati tramite contratti, le regole di condotta che hanno come criterio di riferimento lo status sociale, i doveri e i privilegi che derivano da un particolare rango, rapporti che sono stabiliti a partire dalla ripartizione di una serie di obblighi. Parlare di diritto primitivo significa innanzitutto porre in essere la distinzione tra regole implicitamente seguite – quelle che derivano dal determinismo culturale e che vengono assunte dai soggetti anche senza che essi le riconoscano come tali – e regole invece esplicitamente formulate o standardizzate nei comportamenti. A questi due primi significati del termine inglese "law", Malinowski ne aggiunge almeno altri due: in una terza accezione il termine si riferisce alle regole di condotta che stabiliscono i rapporti tra gli individui e i gruppi e delimitano gli interessi divergenti; solo in una quarta accezione l'autore intende la legge come quello specifico meccanismo che viene messo in moto nel momento in cui si verifica un conflitto tra diritti intesi come rivendicazioni, oppure quando si sovverte una regola di condotta. In questo senso, il quarto significato del termine legge si può intendere come il correttivo della definizione precedente: da un punto di vista sia epistemologico che fattuale esso è posteriore e successivo, ed appare solo quando il significato precedente mostra la sua inadeguatezza³⁷. Ciò che emerge, dunque, è una definizione di tipo strumentale del diritto: esso non rappresenta un fine in sé, ma lo stru-

37 Cfr. Malinowski Papers, British Library of Political and Economic Science, London School of Economics, London.

mento che rende possibile il raggiungimento di alcuni scopi delle attività umane. I suoi critici gli rimproverano essenzialmente il fatto che «elevando a principio generale le conclusioni cui era pervenuto sulla base del materiale trobriandese, si espone alla critica di aver tratto da questo unico campo illecite generalizzazioni da lui applicate in seguito a tutte le società "primitive", errore questo che gli antropologi sono piuttosto inclini a compiere³⁸». Vale però la pena soffermarsi anche sul fatto che l'insistenza di Malinowski sull'importanza del meccanismo della reciprocità quale fondamento del giuridico fu la reazione contro l'opinione, molto diffusa ai suoi tempi, secondo cui i popoli cosiddetti primitivi incarnassero un'«obbedienza servile, quasi automatica³⁹» alla tradizione e ai costumi vigenti⁴⁰, e secondo lui fatta propria da autori come Hartland, Rivers, Hobbhouse, Lowie e Durkheim: il contributo teorico che il nostro autore ha voluto dare alla ricerca di una nuova definizione antropologica del diritto sta proprio nell'insistenza sull'importanza della dimensione "civile" anziché sulla «sopravalutazione della giustizia penale, nell'attenzione dedicata alle infrazioni della legge e alla loro punizione⁴¹», nella quale vede un retaggio del vecchio approccio "sensazionalistico" che ha caratterizzato a lungo lo studio delle società primitive.

Federica Martiny è dottoranda di ricerca in Storia e Teoria del Diritto presso l'Università di Macerata e la sua ricerca verte sul tema del diritto come reciprocità nell'opera di Bronislaw Malinowski.

federicamartiny@libero.it

38J. Beattie, (1964) *Uomini diversi da noi. Lineamenti di antropologia sociale*, tr. it. Laterza, Roma-Bari, 1972, pp. 253-254 citato in L.M. Lombardi Satriani, *La rimozione del diritto*, in in Giasanti, Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti*. Op. Cit., p. 133.

39 *Ibidem*.

40 Cfr. a questo proposito anche l'introduzione di Colajanni alla traduzione italiana di *Crime and Custom*.

41 B. Malinowski, *Diritto e costume nella società primitiva*, Op. cit., p.106.