

Ad uso didattico riservato agli studenti del corso di Antropologia giuridica e dei processi culturali classe L-39 a.a. 2024-2025 UNIMC

STUDI SUPERIORI / 1336

SOCIOLOGIA

Ad uso didattico riservato agli studenti del corso di Antropologia giuridica e dei processi culturali classe L-39 a.a. 2024-2025 UNIMC

I lettori che desiderano
informazioni sui volumi
pubblicati dalla casa editrice
possono rivolgersi direttamente a:

Carocci editore

Viale di Villa Massimo, 47
00161 Roma
telefono 06 42 81 84 17

Siamo su:

www.carocci.it

www.facebook.com/caroccieditore

www.instagram.com/caroccieditore

Comprendere la sociologia del diritto

Concetti e temi

A cura di Rosalba Altopiedi, Deborah De Felice e Valeria Ferraris

Ad uso didattico riservato agli studenti del corso di Antropologia giuridica e dei processi culturali classe L-39 a.a. 2024-2025 UNIMC

Carocci editore  Studi Superiori

1ª edizione, settembre 2022
© copyright 2022 by Carocci editore S.p.A., Roma

Impaginazione e servizi editoriali: Pagina soc. coop., Bari

Finito di stampare nel settembre 2022
da Grafiche VD srl, Città di Castello (PG)

ISBN 978-88-290-1608-2

Riproduzione vietata ai sensi di legge
(art. 171 della legge 22 aprile 1941, n. 633)

Senza regolare autorizzazione,
è vietato riprodurre questo volume
anche parzialmente e con qualsiasi mezzo,
compresa la fotocopia, anche per uso interno
o didattico.

Indice

Prefazione di <i>Monica Raiteri</i>	13
Riferimenti bibliografici	22
1. Metodo e tecniche di ricerca nella sociologia del diritto di <i>Valeria Ferraris</i>	23
1.1. Introduzione	23
1.2. L'affermarsi dello studio sociologico del diritto	23
1.2.1. La verificabilità empirica come elemento unificante degli approcci sociologici allo studio del diritto / 1.2.2. L'integrazione tra teoria e ricerca	
1.3. Il metodo	30
1.3.1. Qualità o quantità? / 1.3.2. Confermare ipotesi, rispondere a domande o farsi delle domande? / 1.3.3. Metodo come scelta tra modi alternativi di procedere	
1.4. Il disegno della ricerca: le sue tappe e le tecniche	36
1.4.1. L'analisi documentaria / 1.4.2. L'osservazione partecipante e lo <i>shadowing</i> / 1.4.3. Le interviste e i <i>focus groups</i>	
1.5. Conclusioni	42
Domande di autovalutazione	44
Riferimenti bibliografici	44
2. Processi di produzione del diritto di <i>Daniela Ronco</i>	49
2.1. Introduzione	49
2.2. Positivismo giuridico e prospettive antiformaliste	50
2.2.1. Stato di diritto, separazione dei poteri e ruolo del legislatore	
2.3. La costruzione del diritto: dal consenso al conflitto	55
2.3.1. La costruzione dei problemi sociali: il ruolo dell'imprenditore morale / 2.3.2. I gruppi di pressione: tra rappresentanza di interessi e deficit democratico	

2.4.	Tra produzione e implementazione delle norme	64
2.4.1.	Il potere normativo del governo: abuso della decretazione e uso simbolico del diritto / 2.4.2. Le burocrazie amministrative: il caso sicurezza urbana / 2.4.3. Giurisprudenza creativa?	
2.5.	Crisi della legislazione e processi di globalizzazione	74
2.5.1.	Oltre lo Stato e la legge: la produzione globale del diritto	
2.6.	Conclusioni	77
	Domande di autovalutazione	78
	Riferimenti bibliografici	78
3.	Dalla <i>law in books</i> alla <i>law in action</i> : i processi di implementazione delle norme di <i>Claudia Mantovan</i>	83
3.1.	Introduzione	83
3.2.	La rilevanza del tema dell'implementazione per la sociologia del diritto	84
3.2.1.	Concetti e definizioni / 3.2.2. Quale rapporto tra diritto e società? / 3.2.3. Dal campo giuridico della modernità al campo giuridico della post-modernità	
3.3.	I principali attori dell'implementazione delle norme	95
3.3.1.	Gli operatori giuridici / 3.3.2. La pubblica amministrazione e la <i>street-level bureaucracy</i> / 3.3.3. I movimenti sociali e i gruppi di pressione	
3.4.	Conclusioni	108
	Domande di autovalutazione	109
	Riferimenti bibliografici	109
4.	Decisione giuridica e legittimazione di <i>Monica Raiteri</i>	115
4.1.	Introduzione	115
4.2.	Perché decidiamo utilizzando il diritto?	116
4.2.1.	L'ottemperanza alle norme tra aspettative e calcolabilità	
4.3.	Scenari e contestualizzazioni delle decisioni giuridiche	121
4.3.1.	Giudici e discriminazioni / 4.3.2. Le norme giuridiche tra delega e supplenza	
4.4.	Mutamenti della funzione interpretativa: un (destabilizzante?) cambio di paradigma	133
4.4.1.	Al di là dei confini tra culture giuridiche / 4.4.2. Effetti ed efficacia delle norme giuridiche	
4.5.	Le decisioni sul <i>welfare</i> : ovvero come rintracciare (non	

troppo arbitrariamente) l'origine delle trasformazioni istituzionali	143
4.5.1. Come rendere effettivi i diritti sociali: le "vie giudiziarie"	
4.6. Conclusioni	146
Domande di autovalutazione	147
Riferimenti bibliografici	147
5. Cultura giuridica di <i>Deborah De Felice</i>	151
5.1. Introduzione	151
5.2. Cultura, cultura giuridica, sociologia del diritto	152
5.2.1. Il gioco della cultura giuridica / 5.2.2. La cultura giuridica come processo sociale	
5.3. Per un uso metodologizzato del concetto di cultura giu- ridica	166
5.3.1. La rilevanza sociologica della decisione giuridica	
5.4. Lo sviluppo del dibattito in Italia	168
5.4.1. <i>Comparing legal cultures</i> / 5.4.2. Cultura giuridica e politiche pub- bliche in Italia / 5.4.3. Cultura giuridica e ricerca empirica	
5.5. Conclusioni	179
Domande di autovalutazione	180
Riferimenti bibliografici	180
6. Dalla socializzazione giuridica alla spinta gentile di <i>Roberta Bosisio</i>	183
6.1. Introduzione	183
6.2. Sviluppo morale e socializzazione giuridica: affinità e dif- ferenze	184
6.2.1. Status e socializzazione morale di bambini e bambine / 6.2.2. So- cializzazione giuridica	
6.3. Gli approcci teorici alla socializzazione giuridica	190
6.3.1. Dalla deterrenza alla socializzazione giuridica / 6.3.2. Lo sviluppo del ragionamento giuridico secondo la psicologia cognitiva / 6.3.3. Co- scienza e socializzazione giuridica nell'approccio culturale	
6.4. Socializzazione giuridica e dintorni	198
6.4.1. Giustizia procedurale e socializzazione giuridica / 6.4.2. Spinta gentile e socializzazione giuridica	
6.5. Socializzazione giuridica e ricerca empirica	203
6.5.1. Rappresentazioni sociali delle norme nei bambini e nei ragazzi /	

6.5.2. Sentimento di giustizia / 6.5.3. Il “diritto nel quotidiano” e il significato dei diritti fondamentali nei bambini e nei ragazzi

6.6.	Conclusioni	211
	Domande di autovalutazione	212
	Riferimenti bibliografici	212
7.	Norme, sanzioni, istituzioni del controllo di <i>Francesca Vianello</i>	217
7.1.	Introduzione	217
7.2.	Devianza e criminalità: l'approccio sociologico	217
	7.2.1. Norme, sanzioni e istituzioni: i principali concetti / 7.2.2. Devianza e criminalità / 7.2.3. Tra consenso e conflitto	
7.3.	Norma e devianza come fatti sociali	225
	7.3.1. Dalle cause della criminalità ai processi di criminalizzazione / 7.3.2. L'approccio socio-giuridico	
7.4.	Sociologia del diritto e critica del diritto penale	229
	7.4.1. I processi di criminalizzazione primaria / 7.4.2. I processi di criminalizzazione secondaria	
7.5.	Trasformazioni del diritto ed evoluzione della penalità	233
	7.5.1. Dallo Stato sociale allo Stato penale / 7.5.2. L'attualità della selettività dei processi di criminalizzazione	
7.6.	Conclusioni	237
	Domande di autovalutazione	237
	Riferimenti bibliografici	238
8.	Diritti umani e pluralismo giuridico di <i>Marta Kgnola</i>	243
8.1.	Introduzione	243
8.2.	Perché una sociologia dei diritti umani	244
	8.2.1. Il percorso per il riconoscimento universale dei diritti umani	
8.3.	Limiti e difficoltà delle istituzioni internazionali	252
	8.3.1. L'istituzionalismo giuridico universale tra naufragi e utopie	
8.4.	Pluralismo giuridico e prospettiva critica	257
	8.4.1. I diritti umani nella teoria sociale di Boaventura de Sousa Santos	
8.5.	Un caso di studio. I diritti della natura	261
	8.5.1. <i>Buen vivir</i> e <i>pachamama</i> nel nuovo costituzionalismo latinoamericano	
8.6.	Conclusioni	266

Domande di autovalutazione	266
Riferimenti bibliografici	266
9. Uno sguardo contemporaneo alla sociologia del diritto di <i>Rosalba Altopiedi</i>	269
9.1. Introduzione	269
9.2. Una questione di definizioni e punti di vista	270
9.2.1. La questione delle definizioni e la costruzione del campo di indagine	
9.3. Tra sguardo e oggetto. La specificità della sociologia del diritto	273
9.3.1. Le diverse concezioni del diritto	
9.4. Tra produzione e implementazione. Una prima composizione della tela	280
9.4.1. Il rapporto tra sapere giuridico e saperi esterni al campo giuridico /	
9.4.2. Tra produzione e implementazione: confini non così netti	
9.5. “Immaginare” diritto(i)	286
9.5.1. L’ambiente come campo di sperimentazione e di sfida a un uso consapevole del diritto	
9.6. Conclusioni	290
Domande di autovalutazione	291
Riferimenti bibliografici	291
Le autrici	293

Diritti umani e pluralismo giuridico

di *Marta Vignola*

8.1

Introduzione

In questo capitolo si analizzano i diritti umani e il concetto di pluralismo sotto la lente della sociologia giuridica con un approccio critico decoloniale¹. Il percorso che proponiamo parte da una prima considerazione riferita all'utilizzo dello sguardo sociologico nella ricostruzione della genealogia dei diritti umani. Questo ci porta a mettere in evidenza limiti, difficoltà e paradossi che le istituzioni universalistiche hanno dimostrato dal Novecento a oggi nella tutela effettiva dei diritti umani. Una seconda riflessione affronta nel merito la questione del pluralismo giuridico: una categoria delle scienze socio-giuridiche in continua evoluzione che si manifesta nella coesistenza di forme normative non riconosciute rispetto a quelle statali e che diventa fondante nello studio dei diritti umani nella contemporaneità. Da ultimo si analizza un caso di studio che mostra alcune caratteristiche tipiche dei diritti umani: i diritti della natura nella cosmovisione della *pachamama* latinoamericana.

1. Dalla fine degli anni Novanta i componenti del gruppo latinoamericano Colonialidad/Modernidad (tra gli altri Grosfoguel, Castro-Gomez, Mignolo, Quijano) propongono una critica al sapere coloniale nel contesto della globalizzazione neoliberista e neocolonialista, a partire dalle categorie di decolonialità e colonialità del potere. Anibal Quijano per primo introduce il concetto di colonialità per indicare una forma di dominazione meno diretta ma ugualmente pervasiva che continua a perpetuarsi anche dopo la fine storica del colonialismo (Quijano, 2000). Una volta che il colonialismo come ordine politico è stato distrutto, è emersa una colonialità globale che ha modificato le classiche forme di dominazione espresse nella modernità, ma non la struttura delle relazioni centro-periferia su scala mondiale.

8.2

Perché una sociologia dei diritti umani

I diritti umani sono diritti viventi², sono movimento, mutamento, conflitto, risultato di istanze e azioni collettive, di relazioni di potere e contropotere. Le scienze sociali nascono anche per analizzare questi temi e per provare a comprendere nel complesso la società moderna. Un approccio sociologico allo studio dei diritti fondamentali³ è, dunque, utile se integrato nel panorama di saperi che di diritti umani si sono occupati finora, in particolare la filosofia, la storia e il diritto. È pur vero che buona parte della riflessione sociologica o ha trascurato o non ha sistematizzato il tema dei diritti fondamentali lasciando il campo a filosofi, storici e giuristi. Ancora oggi le cattedre e i corsi universitari di Sociologia dei diritti umani, in Italia soprattutto, sono esigui. La prospettiva sociologica ha tuttavia la capacità di tenere insieme sia lo scetticismo filosofico – legato a una serie di questioni relative al fondamento, alla universalità e atemporalità dei diritti dell'uomo – sia il problema giuridico della loro esigibilità e protezione sia, in ultimo, la loro complessa genealogia storico-politica. Grazie alla teoria critica siamo in grado di interpretare alcune dimensioni sociali di un fenomeno così articolato. Ecco il perché di una sociologia dei diritti umani. Alla luce delle conquiste e delle contestuali sconfitte di un sistema-mondo globale ci preme acquisire uno studio della grammatica della dignità umana che pur partendo da una traiettoria di analisi classica dei diritti possa giungere a una concezione controegemonica, decoloniale e più inclusiva e cosmopolita possibile. Perché il paradosso oggi è che il di-

2. Si rimanda alla sintesi di Alberto Febbrajo sul concetto di diritto vivente (in particolare all'analisi, che lo stesso Febbrajo riporta, di uno dei padri fondatori della sociologia giuridica, Eugen Erlich, il quale per primo si occupò di uno studio "fattualmente verificabile" delle norme). In estrema sintesi possiamo definire il diritto vivente come il risultato di un lento processo attraverso cui i fatti sociali si istituzionalizzano in strutture normative; è un diritto «strettamente collegato alle vicende culturali dei gruppi sociali di cui è emanazione» (Febbrajo, 2009, pp. 37 ss.). Erlich, in particolare sostenne la tesi che la fonte di ogni legge è da ricercarsi nella società piuttosto che nella legislazione o nell'autorità dello Stato.

3. Useremo qui le espressioni "diritti fondamentali" e "diritti umani" come sinonimi; volendo operare una distinzione è possibile definire i "diritti umani" come diritti universali e riconosciuti a tutti gli esseri umani indipendentemente dalla loro effettività, mentre i "diritti fondamentali" come solo quei diritti positivizzati in ordinamenti giuridici specifici, ad esempio le Costituzioni nazionali.

scorso sui diritti umani non è mai stato così diffuso, e allo stesso tempo la maggioranza della popolazione mondiale non è *soggetto* di tali diritti; con le parole di Norberto Bobbio (1990, p. XX), esiste una «contraddizione tra la letteratura inneggiante all'età dei diritti, e quella denunciante la massa dei "senza diritti". Ma i diritti di cui parla la prima sono quelli soltanto preannunciati nelle assise internazionali e nei congressi, i diritti di cui parla la seconda sono quelli che la stragrande maggioranza dell'umanità non possiede di fatto (anche se solennemente e ripetutamente proclamati)».

8.2.1. IL PERCORSO PER IL RICONOSCIMENTO UNIVERSALE DEI DIRITTI UMANI

Storicamente la nascita dei diritti umani coincide con la modernità ed è strettamente connessa a un rovesciamento di prospettiva che si è avuto nella formazione dello Stato moderno: ossia il superamento del rapporto di subalternità dei sudditi nei confronti del sovrano in nome di una nuova relazione politica tra Stato e cittadini. Un cambio di paradigma a seguito del quale i diritti e le libertà spettano a tutti gli individui in quanto persone, a prescindere dal loro status, ceto sociale, appartenenze politiche o religiose. Tralasciando per ragioni di economia del discorso le radici dei diritti dell'uomo già rinvenibili nella Grecia antica o dal Cristianesimo, e poi nella tradizione anglosassone (nei documenti come la *Magna Charta Libertatum* e il *Bill of Rights*⁴), proveremo a segnare le tappe principali della loro origine a partire dall'avvento della modernità.

Le prime affermazioni dei diritti fondamentali sono soprattutto filosofiche. Nella scienza filosofica tra Cinquecento e Seicento i diritti umani sono concepiti come diritti naturali, cioè come diritti spettanti a ogni essere umano per natura indipendentemente dal loro riconoscimento giuridico e dalla loro positivizzazione. Nelle teorie classiche del contratto sociale⁵, gli uomini nascono liberi e uguali e accettano, da liberi e eguali, il passaggio dallo stato di natura alla società civile. In

4. Per una sintesi sull'evoluzione storica dei diritti umani dall'antica Grecia fino alle teorie contrattualiste si rimanda a Facchini (2021).

5. Le teorie classiche del contratto sociale sono teorie politiche che fondano l'origine e la legittimità dello Stato moderno nel cosiddetto patto sociale tra lo Stato e i suoi cittadini, attraverso cui si definiscono i diritti e i doveri di ciascuno e si supera lo stato di natura.

quanto portatori di diritti, possono scegliere di stipulare un contratto che, a seconda dei casi, coincide con la delega totale (Hobbes) o parziale (Locke) delle prerogative naturali (Longo, 2001).

Nel *Leviatano* di Hobbes la questione principale è soprattutto relativa alla sicurezza, interna ed esterna, cui la moltitudine necessita e aspira per uscire dal caos, dalla violenza e dalla paura. Gli individui si assoggettano al sovrano tramite un patto sociale per ottenere protezione.

L'unico modo di erigere un potere comune che possa essere in grado di difenderli dall'aggressione di stranieri e dai torti reciproci – perciò procurando loro sicurezza in guisa che grazie alla propria operosità e ai frutti della terra possano nutrirsi e vivere soddisfacentemente – è quello di trasferire tutto il loro potere e tutta la loro forza a un solo uomo o a una sola assemblea di uomini che in base alla maggioranza delle loro voci possa ridurre tutte le loro volontà a un'unica volontà. [...] Fatto ciò, la moltitudine così unita in una sola persona si chiama Stato (Hobbes, 1989, pp. 142-3).

I contrattualisti legittimano un nuovo sistema sociale, autonomo da quello religioso: è il passaggio del potere dalle mani del divino a quelle del monarca; si dissolve definitivamente la società e l'ordine medievale. Tali dottrine, sebbene attribuiscono la soggettività giuridica a un uomo astratto e atemporale, delineano di fatto la nascita di un soggetto con specifiche caratteristiche: razionale, bianco, maschio, adulto, proprietario (Melossi, 2002, pp. 18-28).

Solo a quest'uomo spetta il riconoscimento e il godimento dei diritti umani; negando la razionalità e la titolarità alle donne, agli schiavi, ai "selvaggi", agli indigeni, si posero sin dall'origine dello Stato moderno le basi della esclusione di alcuni soggetti ritenuti incapaci di entrare nel patto sociale. Si costruì un tipo antropologico che corrispose al soggetto colonizzatore, maschio, occidentale, adulto e proprietario. Assumere questa genealogia dello Stato significa comprendere non solo il fenomeno del razzismo coloniale ma alcuni paradossi, limiti e contraddizioni contemporanee dei diritti umani.

Bisogna attendere le Dichiarazioni americane del 1776-89, e soprattutto la Rivoluzione francese, perché le teorie dei contrattualisti e parte dell'utopia liberale del XVIII secolo siano accolte dal legislatore e istituzionalizzate con una prospettiva universalista in seno allo sviluppo costituzionale europeo. Tali dichiarazioni rappresentano i primi testi politici fondanti i diritti umani e sono gli archetipi della *Dichia-*

razione universale dei diritti dell'uomo del 1948. In questi documenti è immediatamente riconoscibile un cambio radicale di prospettiva nel rapporto tra Stato e cittadini, “liberi e uguali”, soggetti solo alla forza della legge e non al potere del sovrano. La maggior parte dei principi ispiratori contenuti in queste dichiarazioni sono stati tradotti nelle carte costituzionali di molti Stati moderni europei, inclusa la nostra Costituzione⁶.

Nella *Dichiarazione di indipendenza* americana del 4 luglio 1776 si evince con chiarezza il modello di società individualista e liberale contenuto nel contratto sociale:

tutti gli uomini sono creati eguali; [...] essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità; per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; ogni qualvolta una qualsiasi forma di governo tende a negare questi fini, il popolo ha diritto di mutarla o abolirla e di istituire un nuovo governo fondato su tali principi e di organizzarne i poteri nella forma che sembri al popolo meglio atta a procurare la sua Sicurezza e la sua Felicità.

Una concezione che richiama la tradizione del diritto naturale tipica anche della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* redatta alla fine della Rivoluzione francese nel 1789. Nel testo francese vengono sanciti diritti fondamentali e imprescrittibili come l'uguaglianza, la libertà di pensiero e religione, il diritto alla proprietà privata ma soprattutto si rovescia il rapporto politico tra governo e governanti, tra Stato e cittadini, segnando la fine del regime feudale.

Non sarà mai sottolineata abbastanza l'importanza storica di questo rovesciamento. Dalla concezione individualistica della società nasce la democrazia

6. In particolare è l'articolo 3 della nostra Carta costituzionale a racchiudere valori e principi che ebbero la loro origine nelle dichiarazioni americane e soprattutto in quella francese: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (<https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/principi-fondamentali/articolo-3>).

7. <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript> (trad. mia).

moderna, che deve essere correttamente definita non come veniva definita dagli antichi, il “potere del popolo”, ma come il potere degli individui presi uno per uno, di tutti gli individui che compongono una società retta da alcune regole essenziali tra cui quella fondamentale che attribuisce a ciascuno, alla pari di tutti gli altri, il diritto a partecipare liberamente alla presa delle decisioni collettive, ovvero delle decisioni vincolanti per tutta la collettività (Bobbio, 1990, pp. 127-8).

Le Dichiarazioni americana e francese sono state oggetto – soprattutto da parte delle scienze filosofiche – di un intenso dibattito riguardante non solo la loro influenza nelle successive carte internazionali dei diritti umani, ma anche rispetto a una presunta “superiorità” dell’una sull’altra da un punto di vista etico e politico⁸. Sono state, inoltre, soggette a feroci critiche ricorrenti e opposte: da una parte sono state tacciate di eccessiva astrattezza; dall’altra di rappresentare solo gli interessi di una classe sociale, la borghesia (tra queste ultime la più nota è quella di Marx nella *Questione ebraica*⁹); ma in ogni caso, entrambe rappresentano un passaggio imprescindibile nella costruzione di una nuova visione dell’uomo e della società moderna (Cassese, 2005, pp. 12-5).

In Occidente lo sviluppo e la positivizzazione dei diritti umani non è stato, dunque, un processo storico pacifico, né uniforme a livello globale ma un percorso accidentato che ha portato al riconoscimento di una cultura dei diritti non sempre lineare.

Tale linguaggio dei diritti e della dignità umana che pareva acquisito almeno in Europa, dopo la Rivoluzione francese venne nuovamente sospeso dall’avvento della Prima guerra mondiale e poi travolto dalla

8. Furono numerosi i pensatori che analizzarono questi grandi testi del passato, da Jellinek a Kant, fino ad Alessandro Manzoni, che, come ci ricorda e sintetizza Bobbio, dedicò un saggio dal titolo *La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana del 1859*, in cui affronta «il tema della comparazione tra la Rivoluzione americana e la Rivoluzione francese proprio partendo da un confronto tra la Costituzione americana del 1787 e la *Dichiarazione* dell’89, e non esita a dar la palma alla prima» (Bobbio, 1990, p. 99).

9. In particolare Marx sferrava la sua accusa a partire dalla presunta astrattezza e universalità dell’individuo tratteggiato della *Dichiarazione* francese che avrebbe, invece, al contrario delineato un uomo, il borghese, separato dalla sua comunità «in quanto monade isolata e chiusa in sé stessa». Secondo Marx, i diritti contenuti nella *Dichiarazione* francese sono diritti riconducibili agli interessi del capitalismo e tutelano solo il borghese all’interno di una concezione fortemente individualista delle libertà (Marx, 1950, p. 377).

Seconda guerra mondiale e dall'Olocausto, che rappresentò un punto di non ritorno nella storia dei crimini contro l'umanità. Un "fatto sociale totale"¹⁰ che rese evidente la necessità di adottare una strategia internazionale in grado di offrire una protezione universale, perché mai più si potesse replicare l'orrore della *Shoah*.

Si volle creare un sistema di garanzie fondato sull'idea che gli individui fossero tutelati in quanto persone e non in quanto cittadini, membri di un gruppo o di una minoranza; una novità rilevante che significò soprattutto stabilire dei limiti all'indiscussa sovranità statale. A partire dal secondo dopoguerra i diritti fondamentali degli individui – senza distinzione tra cittadini e stranieri, donne e uomini, bianchi e neri, credenti e atei – non potevano più essere assoggettabili al monopolio dell'ordine giuridico dello Stato-nazione.

Nel 1945, tuttavia, la tutela dei diritti fondamentali era ancora concepita come sussidiaria rispetto ai principali obiettivi della neonata Organizzazione delle Nazioni Unite, che erano il mantenimento della pace e la sicurezza nazionale. Solo l'anno successivo alla costituzione dell'ONU si creò una Commissione dei diritti umani, composta da 18 Stati rappresentativi degli schieramenti presenti nella Assemblea generale, con la funzione di redigere una dichiarazione dei diritti. Già dalla scelta della forma giuridica da assumere ci furono divergenze di opinioni tra i rappresentanti dei vari Stati. «Vi erano infatti alcuni Stati che auspicavano la stesura di una vera e propria Convenzione, cioè di un trattato internazionale vincolante per gli Stati contraenti; viceversa, altri erano favorevoli ad una semplice Dichiarazione, giuridicamente non vincolante» (Cassese, 2005, p. 32). Si optò per una dichiarazione, e non una convenzione o un trattato internazionale, per evitare un carattere normativamente più rigido.

È indubbio che la *Dichiarazione* del 1948 rappresenti l'ultima fase di un complesso processo di positivizzazione e universalizzazione dei diritti umani; essa «contiene in germe la sintesi di un movimento dialettico che comincia con l'universalità astratta dei diritti naturali, passa nella particolarità concreta dei diritti positivi nazionali, termina con l'universalità non più astratta ma essa stessa concreta dei diritti positivi universali» (Bobbio, 1990, p. 24). È possibile individuare quattro

10. L'espressione è dell'antropologo e sociologo francese Marcel Mauss e si riferisce a quei fatti sociali in grado di coinvolgere e influenzare ogni aspetto della società. Cfr. in particolare Mauss (2002).

fondamenti su cui poggia la *Dichiarazione*: libertà, dignità, uguaglianza e fratellanza che altro non sono che i valori emersi dalle rivoluzioni americane e francese. I diritti di libertà sono legati alla libertà e alla sicurezza personale; la dignità tutela gli individui indipendentemente dalle differenze di etnia, genere e religione; l'uguaglianza si riferisce alla partecipazione degli individui alla vita e alle decisioni politiche dello Stato; la fratellanza si esprime nei diritti economici, sociali e culturali. Seguendo lo schema di Bobbio sull'evoluzione dei diritti umani abbiamo diverse "fasi" o "generazioni":

in un primo tempo sono stati affermati i diritti di libertà, cioè tutti quei diritti che tendono a limitare il potere dello Stato e a riservare all'individuo o ai gruppi particolari una sfera di libertà *dallo* Stato; in un secondo tempo sono stati propugnati i diritti politici che, concependosi la libertà non soltanto negativamente come non-impedimento, ma positivamente come autonomia, hanno avuto per conseguenza la sempre più ampia e diffusa e frequente partecipazione dei membri di una comunità al potere politico (o libertà *nello* Stato); infine sono stati proclamati i diritti sociali che esprimono la maturazione di nuove esigenze, diciamo pure di nuovi valori, quelli del benessere e dell'uguaglianza non soltanto formale, e si potrebbero chiamare libertà *attraverso* o *per mezzo* dello Stato (ivi, pp. 26-7).

La prima generazione riflette la forte influenza giusnaturalista contenuta in molti passaggi della *Dichiarazione* francese del 1789; la seconda generazione, di matrice socialista, poggia sul riconoscimento dei diritti sociali, economici e culturali; la terza generazione di diritti, cosiddetti collettivi, riguarda intere categorie considerate vulnerabili (come le donne, gli indigeni, i migranti, i minori ecc.) ed è il risultato delle rivendicazioni dei nuovi e vecchi movimenti sociali. Oggi parliamo anche di una quarta generazione che concerne i diritti legati alle scoperte tecnologiche e all'evoluzione della scienza e della genetica: ci riferiamo alle identità digitali, alla *privacy*, alla proprietà intellettuale, al testamento biologico ecc.

La *Dichiarazione* è una fotografia dei diritti umani ritenuti fondamentali dal legislatore e in generale dall'uomo storico di quel tempo ma, come si è sottolineato, la positivizzazione dei diritti si è avviata a partire dal riconoscimento delle necessità – materiali e particolari – di libertà e giustizia di ciascuna società, ed è dunque in continua evoluzione.

Per questo è possibile senza dubbio affermare che i diritti umani so-

no una classe variabile che muta al mutare delle condizioni storiche di ogni realtà. Perciò i diritti fondamentali sono, dunque, diritti in azione, plurali e storicamente relativi; sono quasi sempre l'esito di un conflitto sociale, perché rappresentativi di istanze di giustizia collettive.

Sono diritti nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri. [...] la libertà religiosa è un effetto delle guerre di religione, le libertà civili, delle lotte dei parlamenti contro i sovrani assoluti, le libertà politiche e quelle sociali, della nascita, crescita e maturità del movimento dei lavoratori salariati, dei contadini con poca terra o nullatenenti, dei poveri che chiedono ai pubblici poteri non solo il riconoscimento della libertà personale e delle libertà negative (ivi, pp. XIII-XIX).

L'idea che gli stessi principi contenuti nella *Dichiarazione* siano mutevoli è spiegata efficacemente nei processi che Bobbio definisce di "moltiplicazione" (concernente l'ampliamento che si è avuto nel tempo dei beni e dei soggetti tutelati dalle Carte internazionali, ad esempio i diritti degli animali o il diritto dell'ambiente) e di "specificazione". Riguardo a quest'ultimo processo in particolare, possiamo sostenere che si è manifestata dal 1948 in poi una tendenza alla specificazione dei diritti:

ciò è avvenuto sia rispetto al genere, sia rispetto alle varie fasi della vita, sia tenendo conto della differenza tra stato normale e stati eccezionali nell'esistenza umana. Rispetto al genere, si sono venute sempre più riconoscendo le differenze specifiche della donna rispetto all'uomo. Riguardo alle varie fasi della vita, si sono venuti via via differenziando i diritti dell'infanzia e della vecchiaia da quelli dell'uomo adulto. Riguardo agli stati normali o eccezionali, si è fatta valere l'esigenza di riconoscere diritti speciali ai malati e così via (ivi, p. 62).

Tale processo di specificazione si legge con chiarezza nel contenuto di una serie di documenti internazionali che si sono susseguiti dal 1948 in poi come la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna* (1979), la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* (1959), la *Carta europea per i diritti del malato* (2002), la *Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità* (2006).

Se, dunque, il nesso tra diritti umani e società è centrale nella comprensione della loro origine e del loro sviluppo, dobbiamo senz'altro riconoscere che senza l'ausilio di una lettura sociologica le dottrine filosofiche su cui furono elaborati per la prima volta i diritti dell'uomo e gli accadimenti storici che ne segnarono la positivizzazione e univer-

salizzazione resterebbero una mera successione cronologica e lineare della consacrazione di principi regolatori di una società giusta. Sappiamo che questa è una mera illusione. Se accettiamo come un fatto certo ed evidente il divario tra l'ampiezza del dibattito teorico sui diritti dell'uomo e i limiti entro cui si svolge la loro effettiva protezione nei singoli Stati e nel sistema internazionale non possiamo non ammettere, come scrive anche Bobbio, che solo «i sociologi del diritto sono tra i cultori di discipline giuridiche nelle migliori condizioni per documentarlo, spiegarne le ragioni e con ciò renderlo meno grande» (ivi, p. 85). La teoria critica sociale svela alcune crepe che occultano l'indiscussa egemonia neocoloniale di cui oggi godono i diritti fondamentali nel linguaggio convenzionale e che riteniamo possa rappresentare anche uno degli ostacoli maggiori a una visione plurale e cosmopolita dei diritti umani.

8.3

Limiti e difficoltà delle istituzioni internazionali

Per rendere visibili parte delle zone d'ombra sui diritti umani può essere utile una rapida trattazione dei limiti e delle difficoltà del diritto internazionale e di alcune istituzioni universalistiche a esso legate. Per un verso l'universalità implicita nel concetto di diritti umani impone che la giustizia che essi sono chiamati ad affermare sia una giustizia intrinsecamente destatalizzata; per altro verso, tuttavia, questa stessa dimensione universale introduce alcune specifiche difficoltà nel processo di positivizzazione e di *enforcement* del diritto internazionale, un sistema di diritti più debole rispetto a quello nazionale e in cui spesso gli strumenti necessari per reprimere le violazioni gravi e massicce dei diritti umani sono fortemente deficitari. Lo *ius gentium* è in continua evoluzione ed è un sistema giuridico *soft* a cui mancano – seguendo il tradizionale adagio *ni loi, ni juge, ni gendarme* – almeno tre elementi che garantirebbero la effettività e la tutela dei diritti fondamentali, ossia un ordinamento normativo globale, una giurisdizione e un esercito universale (Conforti, 1992).

Dopo gli orrori della Seconda guerra mondiale e dell'Olocausto, però, gli sforzi per la protezione internazionale della dignità umana e per potenziare il diritto internazionale umanitario si moltiplicarono; uno sguardo alla genesi della giurisdizione penale internazionale può

aiutarci a comprendere le difficoltà entro cui l'universalismo giuridico-istituzionale ha dovuto districarsi.

Il primo organo giurisdizionale internazionale si costituì a Norimberga nel novembre del 1945. Il Tribunale militare decise di rimandare a giudizio gli imputati con l'accusa di crimini contro la pace, crimini di guerra, e crimini contro l'umanità, stabilendo che per crimini contro l'umanità si dovessero intendere: l'omicidio, lo sterminio, la messa in schiavitù, la deportazione o la persecuzione effettuati su base razziale, politica o religiosa. Le critiche condivise, e ormai note, da molti autori come Hannah Arendt, Hedley Bull e Hans Kelsen rispetto alla legittimità del Tribunale di Norimberga continuano a rappresentare un punto di vista necessario nell'esaminare questo storico processo (Arendt, 1992; Bull, 2009; Kelsen, 1989). La lettura di questi autori poggia sostanzialmente sulla idea della logica binaria vincitori-vinti che prevalse sin dalla scelta della celebrazione e durante tutto il corso del processo. In particolare Kelsen considerava inammissibile che solo gli Stati sconfitti fossero stati obbligati a sottoporre i propri cittadini alla giurisdizione di un tribunale. Anche le potenze vincitrici avrebbero dovuto, infatti, soggiacere al giudizio della corte; corte che peraltro avrebbe dovuto essere un'assise indipendente, imparziale, con una giurisdizione ampia, e non un tribunale di occupazione militare con una competenza fortemente selettiva, in cui lo spazio della terzietà giudicante era decisamente compromesso (Zolo, 2006). Dal punto di vista del diritto sostanziale si violarono i principi di legalità e irretroattività delle leggi penali: non esistevano, infatti, in quel momento storico trattati internazionali in materia penale che prevedessero e punissero i crimini contro l'umanità. Si tipizzarono condotte *ex post facto* e si infranse il requisito della *lex praevia*. Dal punto di vista del diritto processuale, lo Statuto del Tribunale internazionale militare di Norimberga concesse alcune prerogative alla corte per contravvenire al diritto di ogni accusato ad avere "un giusto processo". In questo modo si proibì l'esercizio del diritto alla riconsuazione (art. 3); si stabilì la responsabilità penale dell'imputato per la sola appartenenza a una organizzazione che il tribunale poteva provare essere criminale, anche *inaudita altera parte* (art. 9); si permise la condanna in contumacia dell'accusato (art. 12) e l'esclusione dell'avvocato difensore durante il dibattimento (art. 18 lett. c), essendo il tribunale in ogni modo nella facoltà di respingere ogni mezzo di prova (artt. 19 e 24 lett. c) e determinare arbitrariamente la pena e la sentenza. La valutazione che questa normativa processuale

ottenne all'epoca dalla dottrina dominante non poteva essere più sfavorevole, si arrivò a sostenere che il Tribunale di Norimberga non fu altro che un tribunale di eccezione nel quale i vincitori applicarono un diritto di occupazione ai vinti. Un altro elemento di critica riguarda la filosofia della pena alla quale il tribunale si ispirò: una pena di tipo retributivo ed espiatorio, che seguiva un'idea di giustizia vendicativa. Non a caso il processo, grazie anche alla rilevanza mediatica, divenne una sorta di rituale di degradazione, una cerimonia collettiva di stigmatizzazione simbolica degli imputati in cui era completamente assente la funzione risocializzante e rieducativa della sanzione.

Queste e altre critiche, ampiamente condivisibili, non mettono però in discussione il valore simbolico che da Norimberga in poi hanno avuto i processi contro i crimini di lesa umanità. Questi giudizi vengono ricordati non per la condanna nei confronti dei singoli imputati, ma per le conseguenze che quelle condanne hanno prodotto nella società (Teitel, 2001). Il meccanismo punitivo, infatti, qui non è più «l'effetto puramente sanzionario delle regole di diritto e della morale, ma anche un atto di conoscenza e, contemporaneamente, una tecnica dotata di effetti positivi sul terreno della stabilizzazione politica» (Battini, 2003, p. 156); anche perché il più delle volte, scrive Jankélévitch (1986, p. 29), «la punizione diventa quasi indifferente; ciò che è accaduto è alla lettera inespiabile. Non sappiamo neanche con chi prendercela, né chi accusare». Il processo di Norimberga è stato posto ripetutamente sotto accusa per i forti condizionamenti politici ed etici, ma è indubbio che la sua celebrazione abbia facilitato la costruzione storica di una verità (diventando il processo stesso un monumentale lavoro storiografico) attraverso la memoria delle vittime delle atrocità commesse dal regime nazista.

Non è questa la sede per una disamina esaustiva delle successive corti *ad hoc* costituite dal secondo dopoguerra a oggi, ma possiamo sostenere che il “paradigma Norimberga” è stato proposto e utilizzato come modello di giurisdizione universale ponendo in essere, secondo alcuni autori, l'esistenza di una “giustizia dei vincitori”; dalla Corte penale internazionale per la ex Jugoslavia fino al più recente Iraqi Special Tribunal.

C'è una “giustizia dei vincitori” che si applica agli sconfitti, ai deboli e ai popoli oppressi, con la connivenza delle istituzioni internazionali, l'omertà di larga parte dei giuristi accademici, la complicità dei mass media e l'opportunismo

di un numero crescente di sedicenti “organizzazioni non governative”, in realtà al servizio dei propri governi e delle proprie convenienze (Zolo, 2006, p. x)¹¹.

8.3.1. L'ISTITUZIONALISMO GIURIDICO UNIVERSALE TRA NAUFRAGI E UTOPIE

L'ONU e le istituzioni giuridiche sovranazionali hanno mostrato la loro fragilità, e in parte la loro unidirezionalità, non cogliendo identità politiche ed esigenze specifiche di giustizia, col risultato di apparire inefficaci se non controproducenti sul piano della ricostruzione pubblica della pace e della riconciliazione nazionale. Rispondendo più spesso a equilibri di politica ed economia delle grandi potenze globali e delle loro autorità militari, le istituzioni universalistiche hanno deluso le aspettative di giustizia riposte all'atto della loro costituzione. Alcuni paesi (come gli Stati Uniti, la Cina, la Russia e anche parte dell'Europa), continuano di fatto a godere della assoluta impunità per i crimini internazionali commessi in nome di guerre umanitarie, lotta al terrorismo globale e difesa dei diritti umani.

Il nodo centrale della questione è comprendere i limiti del diritto internazionale e allo stesso tempo non abbandonare l'idea della istituzione di una giustizia penale internazionale che garantisca una tutela più ampia possibile dei diritti dell'uomo. La realizzazione di un tribunale internazionale, dotato di una giurisdizione che lo ponesse al di sopra di tutti gli ordinamenti giuridici nazionali, fu teorizzata già nella prima metà del Novecento da Kelsen nel volume *La pace attraverso il diritto*, in cui tratteggiava una strategia giuridico-istituzionale per il perseguimento di una pace stabile e universale tra le nazioni, garantita dall'istituzione di una corte internazionale con a disposizione una forza di polizia. Questa strada è quella imboccata, in parte, a Roma con la costituzione

¹¹. Qui sembra emergere una apparente contraddizione rispetto a quanto detto all'inizio di questo paragrafo sul concetto di *soft law*, di diritto debole, riferito al diritto internazionale umanitario. In realtà si tratta di un sistema giuridico bifronte. Se da una parte non riesce sempre a tutelare singoli e gruppi dalla violazione dei diritti umani per assenza di strumenti punitivi e di garanzia sufficienti, dall'altra, è anche un sistema che può assumere un volto brutale, perché consente l'imposizione di misure di sicurezza e di controllo tutt'altro che rispettose dei diritti umani da parte delle principali potenze politiche ed economiche mondiali. Basti pensare alle politiche migratorie, alle guerre umanitarie, alle operazioni di esportazione violenta della democrazia occidentale ecc.

nel luglio del 1998 della Corte penale internazionale, con una giurisdizione obbligatoria, permanente e *post factum* per i crimini contro l'umanità identificati dallo statuto nelle quattro categorie del genocidio, dei crimini contro l'umanità in senso stretto (come i massacri, la tortura, le deportazioni, le sparizioni di persone), dei crimini di guerra e della guerra medesima in quanto guerra di aggressione. Questa giurisdizione, che per i suoi requisiti di legittimità rappresenta evidentemente un salto in avanti verso una giustizia penale globale rispetto ai precedenti tribunali internazionali, tuttavia, è ancora lontana dall'essere pienamente realizzata. Pur avendo ottenuto l'adesione di circa 120 Stati – tra i quali risultano assenti Stati Uniti, Cina e Russia – ci vorranno anni prima che ottenga la ratifica di 60 Stati richiesta per la sua entrata in vigore.

Parlare, dunque, di una crisi delle istituzioni universalistiche non è solo frutto di scetticismo sociologico o di pessimismo della ragione, ma di una evidente inadeguatezza delle politiche umanitarie internazionali a fronte di catastrofi, guerre, conflitti, sviluppo insostenibile, che dal secondo dopoguerra a oggi si sono susseguiti senza soluzione di continuità.

Si potrà parlare a ragione veduta di tutela internazionale dei diritti dell'uomo solo quando una giurisdizione internazionale riuscirà a imporsi e a sovrapporsi alle giurisdizioni nazionali, e si attuerà il passaggio dalla garanzia *dentro* lo Stato – che contrassegna ancora prevalentemente la fase attuale – alla garanzia *contro* lo Stato (Bobbio, 1990, p. 37).

In questa direzione un recente progetto ambizioso, forse utopico e destabilizzante per il costituzionalismo classico, viene dal filosofo del diritto Luigi Ferrajoli, che propone una "Costituzione della Terra" capace di «superare quei fattori di divisione e discriminazione del genere umano che sono le diverse sovranità e le diverse cittadinanze e perciò invertere i principi della pace e dell'uguaglianza e l'universalismo dei diritti fondamentali» (Ferrajoli, 2021, p. 57).

Tale costituzione globale dovrebbe intervenire per punire i cosiddetti "crimini di sistema", che non sono configurabili come crimini in senso penalistico perché consistono

in insiemi complessi di attività politiche ed economiche messe in atto da una pluralità indeterminata e non determinabile di soggetti. Si tratta, in breve, di aggressioni ai diritti delle persone che il diritto penale non può fronteggiare, dato che difettano tutti i requisiti imposti dai suoi principi garantisti: dal

principio di stretta legalità e determinatezza dei fatti punibili al nesso di causalità tra azioni individuali e cataclismi ambientali e sociali, fino al principio della responsabilità personale in materia penale (ivi, pp. 22-3).

Una definizione che amplia il panorama dei crimini internazionali e che appare inderogabile per arginare le violazioni massicce dei diritti umani nella contemporaneità prodotte dal capitalismo. Tali crimini vengono derubricati come calamità naturali, ma così non è dal momento che alcune catastrofi sono configurabili come delitti che colpiscono popoli interi e talora l'intera umanità: la crescita delle disuguaglianze tra Nord e Sud del mondo, il riscaldamento climatico e la devastazione dell'ambiente, la produzione e diffusione di armi, l'odissea delle masse migranti, la violenza di un rinnovato razzismo su base etnica, di genere e orientamento sessuale ecc. Solo una forma di costituzionalismo globale, sostiene Ferrajoli, potrebbe assicurare la sopravvivenza dell'umanità: «la sola risposta razionale alle sfide globali è insomma la costruzione di una sfera pubblica globale che prenda sul serio le promesse formulate in quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalle tante carte dei diritti» (ivi, p. 65).

Tra progetti forse utopici, proposte ambiziose e ottimismo della volontà, possiamo muoverci in questo universo plurale e rivoluzionario che sono i diritti umani all'interno del panorama dell'istituzionalismo giuridico universale.

8.4

Pluralismo giuridico e prospettiva critica

Un concetto è uno strumento complesso, eppure indispensabile per una diversa prospettiva di analisi rispetto a quella classica monista e positivista sui diritti fondamentali, è il “pluralismo giuridico”: una categoria delle scienze socio-giuridiche in continua evoluzione, che si manifesta nella coesistenza di forme normative non riconosciute rispetto a quelle statali. L'antropologa americana Sally Engle Merry lo ha definito come una sorta di “odissea intellettuale”, distinguendo il pluralismo giuridico classico (che si occupa delle società coloniali e postcoloniali intrecciando analisi comparative tra diritti indigeni e diritto europeo) e il nuovo pluralismo giuridico (con cui si studiano le società non coloniali e industrializzate) (Merry, 1988). Più in generale, il pluralismo giuridico

concentra la sua attenzione alle consuetudini di alcuni gruppi sociali, alla relazione tra l'ordine tradizionale delle comunità locali e l'ordine normativo statale, agli eventuali conflitti che possono presentarsi tra gruppi diversi e nella contrapposizione tra diritto ufficiale e diritto non ufficiale (Sacco, 2007). Le società contemporanee sono plurali e ciò significa che in esse circolano differenti sistemi normativi, il superamento del cosiddetto "centralismo giuridico" in nome di una articolata e comprendente analisi dei fenomeni socio-giuridici che passa per il pluralismo giuridico è, dunque, ormai realtà (Griffiths, 1986). Non è un diritto rivoluzionario, ma spesso mira a risolvere conflitti in uno spazio sociale ibrido e complesso, neutralizzando alcuni effetti dell'applicazione del diritto statale su gruppi sociali marginali che altrimenti vedrebbero violate le loro regole etiche, religiose, morali.

I processi di razionalizzazione e di modernizzazione del diritto hanno portato nel tempo a una perdita di esperienza e pratica legale che ha legittimato un massiccio "giuricidio": la distruzione di pratiche e concezioni legali tradizionali e alternative, che mal si adattavano al canone legale modernista. Il pluralismo giuridico consente, invece, la produzione di molteplici forme di legalità con una vocazione universalizzante, circoscritta però alla sfera delle libertà e dei diritti di un determinato gruppo sociale.

Esistono altri linguaggi per parlare di dignità umana, e il pluralismo giuridico è ciò che li rende intellegibili con il linguaggio universale dei diritti umani.

Per continuare la trattazione scegliamo di fare riferimento soprattutto a un autore che negli ultimi decenni ha lavorato su pluralismo giuridico, legalità cosmopolita, diritti umani in una prospettiva critica: il sociologo del diritto portoghese Boaventura de Sousa Santos. Partendo dalla definizione, egemonica e convenzionale, secondo cui per diritti umani si intendono quei diritti che sono «universalmente validi indipendentemente dal contesto sociale, politico e culturale entro cui sono nati e si sono sviluppati» (de Sousa Santos, Sena Martins, 2019, p. 35), un lungo segmento di riflessione all'interno della sociologia sausiana è dedicato al diritto emancipatorio e alla legalità cosmopolita: entrambi alla base del pluralismo giuridico e di una nuova epistemologia dei diritti umani. Secondo de Sousa Santos, sono in atto esperienze in luoghi subalterni in cui si ricorre a forme di diritto non ufficiale e a pratiche considerate illegali. A ben guardare, però, queste pratiche rappresentano uno strumento per il raggiungimento di una legalità

alternativa e cosmopolita. Questi esempi di rivendicazioni politiche collettive, che riguardano la redistribuzione delle risorse e dei beni pubblici, la questione della non-cittadinanza, la giustizia ambientale, il razzismo culturale, la precarietà e le condizioni del lavoro, ci parlano di una legalità nuova rispetto al diritto moderno. Si tratta di un tipo di legalità ancora in divenire, una aspirazione, che però mostra la tensione tra regolazione e emancipazione sociale. L'urto stridente tra il diritto statale e internazionale, il contratto sociale e l'effettivo godimento delle libertà e delle tutele minime che riguardano i diritti fondamentali degli esseri umani ci obbligano ad ampliare la nostra idea di legalità. Il paesaggio giuridico che abbiamo davanti e che si sta costruendo è troppo ampio, sostiene de Sousa Santos, per non immaginare una legalità che sia cosmopolita e subalterna, parte integrante di una democrazia inclusiva (de Sousa Santos, 2004). Tale legalità avrebbe anche il potenziale di decolonizzare i diritti umani. L'universalismo astratto continua a impedirne il riconoscimento e la tutela effettiva. Per la maggior parte, gli esseri umani non sono *soggetti* di diritti umani ma sono *oggetti* delle nostre pratiche discorsive di matrice liberale e occidentale sui diritti umani (de Sousa Santos, 2014).

8.4.1. I DIRITTI UMANI NELLA TEORIA SOCIALE DI BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

La trattazione sausiana sui diritti umani prova a integrare le due grandi tendenze epistemologiche che si sono da sempre contrapposte sulla questione dei diritti fondamentali: la dottrina universalistica classica (come abbiamo visto ancorata al giusnaturalismo e al diritto internazionale convenzionale) e la dottrina critica che ne denuncia l'astrattezza, l'inefficacia e soprattutto l'inesigibilità. Se leggiamo da una prospettiva critica la storia dei diritti umani possiamo scorgere una genealogia divisoria tra società metropolitane, in cui si applicano tali diritti, e società coloniali e postcoloniali, in cui i soggetti sono ancora vittime di razzismo, xenofobia, patriarcato. L'egemonia di cui gode oggi il discorso dominante sui diritti umani, dunque, nasconde, secondo de Sousa Santos (2014, pp. 25 ss.) forme di illusione ben precise: «la teleologia, il trionfalismo, la decontestualizzazione, il monolitismo e l'antistatalismo». Il miraggio teleologico ci impedisce di vedere con chiarezza come il presente e il passato siano contingenti, e dunque come anche i diritti umani siano sempre un risultato storico contingente che trova spiegazione a posteriori e che non

poteva essere previsto in modo deterministico. Spesso l'affermazione di alcune rivendicazioni di giustizia è stata un processo violento, legato ad azioni di oppressione o dominazione che solo successivamente sono state riconfigurate come emancipatorie e liberatrici. Il secondo miraggio è il trionfalismo; l'idea che il successo dei diritti umani sia da considerarsi un bene comune incondizionato suppone che tutte le altre grammatiche e linguaggi della dignità e della emancipazione sociale siano stati giudicati inferiori da un punto di vista etico e politico, dunque opzioni di scarto. Per molti individui e collettività il trionfo dei diritti umani non ha rappresentato sviluppo, progresso, ricchezza, ma una sconfitta e un peggioramento della propria condizione. Il terzo miraggio, in continuità con il precedente, riguarda la decontestualizzazione: ciò che ha rappresentato in un luogo e in un determinato contesto un grande traguardo in termini di dignità, protezione e sicurezza, altrove ha significato violenza, abbandono, saccheggio. Basterebbe richiamare alla mente il ricorso fatto alla "guerra umanitaria" dalla politica occidentale negli ultimi decenni in più di una occasione, per comprendere come sia illusorio il richiamo alla universalità e al successo dei diritti umani. Il quarto miraggio è il monolitismo, che si manifesta nella negazione o nel ridimensionamento delle tensioni, contraddizioni e paradossi interni alla teoria occidentale dei diritti umani. Sin dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* francese esiste un discorso ambivalente tra "uomo" e "cittadino", una ambiguità irrisolta che continua a caratterizzare l'esigibilità dei diritti fondamentali nelle società contemporanee (ciò è particolarmente evidente per i migranti, considerati "subumani", come li definisce lo stesso de Sousa Santos). Il quinto e ultimo miraggio si rivela nell'antistatalismo; dalla nascita dei diritti sociali ed economici in Occidente, lo Stato ha avuto un ruolo egemonico nella affermazione e tutela degli stessi, centralità che, a seguito delle trasformazioni legate al neoliberismo, si è dissolta nella mano, un tempo invisibile, del mercato. Il potere economico ha oggi il monopolio del discorso pubblico sui diritti umani e lo Stato non è che uno strumento docile per salvaguardare gli interessi del capitalismo globale.

Conoscere queste forme di illusione che hanno accompagnato la retorica occidentale sui diritti umani è utile per poter immaginare una concezione e una pratica controegemonica, che sia in grado di cogliere quali siano le condizioni effettive attraverso cui i diritti umani possano essere messi al servizio delle politiche emancipatorie. In questo senso, le lotte per rivendicare i diritti fondamentali dovrebbero assumere oggi alcune specifiche caratteristiche: una forte dimensione civilizzatrice

(ciò significa includere nuove generazioni di diritti, come il diritto alla terra, all'acqua, i diritti della natura, il diritto alla sovranità alimentare, alla diversità culturale e alla salute collettiva; una diversa concezione della rappresentanza politica (le lotte dei popoli indigeni e degli afro-discendenti, ad esempio, non possono essere più considerate quelle di una minoranza, intanto perché c'è stato un tempo storico in cui queste comunità non erano la minoranza e poi perché difendono beni collettivi che sono interesse della maggioranza); da ultimo la lotta per i diritti umani, in senso controegemonico, deve essere caratterizzata per una condivisione di istanze, linguaggi e pratiche di giustizia finora tenute separate e occultate dal capitalismo globale (de Sousa Santos, 2004).

8.5

Un caso di studio. I diritti della natura

Per comprendere alcuni passaggi dell'approccio critico alla dottrina dei diritti umani scegliamo di assumere la proposta della cosiddetta "ecologia dei saperi", all'interno della più ampia epistemologia dei Sud¹² elaborata da de Sousa Santos.

Partiamo dall'idea che le molteplici forme della conoscenza sono incomplete e che la creazione di una consapevolezza comune riguardo tale incompletezza è condizione preliminare per raggiungere forme di giustizia sociale (e anche cognitiva). L'ecologia dei saperi è

una ecologia che non va contro la scienza, ma contro il monopolio del rigore da parte della scienza. Vi sono altre forme di rigore con le quali dovremo misurarci per poter arrivare a una integrazione fra la conoscenza scientifica e altre forme del sapere, altre conoscenze. E questo lo definisco "ecologia dei saperi".

¹² L'epistemologia dei Sud nel lavoro del sociologo di Coimbra culmina nella elaborazione di una teoria che pone al centro dell'analisi un insieme di attori che non occupano i grandi centri urbani ma vivono in luoghi remoti (in villaggi sulle Ande o in Amazzonia), spazi residuali, ai margini della modernità. Si tratta di gruppi invisibili che, purtuttavia, sono riusciti a innescare cambiamenti profondi nei sistemi sociali dove hanno potuto organizzarsi e trovare spazio: nuovi movimenti femministi, indigenisti, ambientalisti, LGBTQ, disoccupati e precari. L'epistemologia dei Sud è, dunque, un modo di procedere, una forma per avvalorare e legittimare conoscenze nate dalle lotte di parti sociali e di gruppi che hanno subito sistematicamente le esclusioni, le discriminazioni, le ingiustizie causate dal capitalismo, colonialismo e patriarcato. Sostanzialmente è l'idea di una conoscenza nata nella lotta (de Sousa Santos, 2006).

Se si lavora con i movimenti sociali si vedrà che a volte vi sono enormi possibilità di articolare fra loro pensiero scientifico e pensiero popolare, senza mai ritenere che il pensiero scientifico sia l'unico valido (de Sousa Santos, 2016).

Seguendo questo approccio, abbiamo a disposizione un processo di "traduzione interculturale", che rappresenta un'alternativa all'universalismo astratto dei diritti umani basato su teorie generali eurocentriche. Il lavoro di traduzione interculturale può esserci tra saperi egemonici e saperi non egemonici nell'ottica di una costruzione di forme di intellegibilità reciproca. Il concetto di traduzione interculturale saussuriano non si allontana molto dal pluralismo giuridico; è una prospettiva pragmatica che ha l'obiettivo di rafforzare altri diritti e altri saperi e ci consente di passare da una visione antropocentrica a una concezione biocentrica dei diritti umani, alla luce di ontologie e cosmogonie colonizzate e marginalizzate da molto tempo.

La traduzione è un processo interculturale, inter-sociale. Utilizziamo una metafora trasgressiva della traduzione linguistica: tradurre saperi in altri saperi, tradurre pratiche e soggetti dagli uni agli altri; significa cercare intellegibilità senza "cannibalismo", senza omogeneizzazione. In questo senso, si tratta di una traduzione opposta a quella linguistica. Provare a sapere cosa ci sia in comune tra un movimento di donne e un movimento indigeno, tra un movimento indigeno e uno di afro-discendenti, tra quest'ultimo e un movimento urbano o contadino, tra un movimento contadino dell'Africa e uno dell'Asia, dove cogliere differenze e dove somiglianze. Perché? Perché bisogna creare intellegibilità senza distruggere la diversità (de Sousa Santos, 2006, pp. 32-3).

La nostra conoscenza è su base cartesiana, si fonda cioè sulla differenza tra cose e persone; ma esistono, ad esempio, altre concezioni della natura non eurocentriche che non considerano la terra, gli alberi, le montagne come oggetti ma come esseri viventi, che pertanto non possono essere separati dall'uomo poiché fanno parte di un unico sistema. Il fatto che la Costituzione di un paese riconosca le cosmovisioni o filosofie indigene è un esempio di traduzione interculturale tra saperi ancestrali orali e sapere eurocentrico scritto. L'attribuzione dei diritti umani a un fiume o il riconoscimento costituzionale dei diritti della natura rappresentano forme di valorizzazione dei popoli e delle loro lotte, i cui saperi hanno un effetto dirompente rispetto ai valori moderni occidentali che sono alla base dei diritti umani convenzionali.

8.5.1. *BUEN VIVIR* E *PACHAMAMA*
NEL NUOVO COSTITUZIONALISMO LATINOAMERICANO

In alcune Costituzioni latinoamericane l'idea dei diritti della natura/*pachamama* che genera e custodisce la vita è realtà. Dal 2008 in Ecuador e dal 2009 in Bolivia una rivoluzione giuridica, accompagnata da un profondo mutamento culturale e politico, ha avviato una nuova fase di costituzionalismo latinoamericano legato all'idea di *buen vivir* e al rispetto della *pachamama*. La peculiarità di entrambi i dettami costituzionali è il richiamo alla cosmovisione andina del *sumak kawsay* (in lingua quechua) e *suma qamaña* (in lingua aymara), del *buen vivir* nella più nota versione castigliana (Zaffaroni, 2012). È un concetto complesso, che non riduce a una dimensione soggettiva il benessere della qualità della vita, ma comprende una pluralità di soggetti coinvolti in un'ottica spirituale oltre che materiale. Si tratta di vivere in armonia con sé stessi, con la comunità di cui si è parte e con la natura di cui siamo ospiti. Nel concetto di *buen vivir* sono contenuti i diritti delle persone, i diritti collettivi e i diritti della natura; è anche implicita una critica alla crescita economica senza limiti, al consumismo, alle disuguaglianze prodotte dal sistema capitalistico, alla appropriazione delle risorse dell'ambiente. Quest'ultimo è il caso del cosiddetto estrattivismo: un fenomeno di portata globale strettamente connesso con le dinamiche del mercato neoliberista, che rimanda a una dimensione neocoloniale perché implica il trasferimento di risorse (soprattutto materie prime come minerali e idrocarburi) da un luogo a un altro (in genere dal Sud al Nord del mondo) a discapito dell'ambiente e delle popolazioni locali. Se prendiamo in particolare il Titolo II del II capitolo della Costituzione dell'Ecuador, intitolato *Derechos del buen vivir* (artt. 12-34 Cost.) ci accorgiamo che il vivere bene è un principio normativo generale che permea la sfera dei diritti sociali e che orienta le politiche pubbliche. Tutto il II capitolo è suddiviso in sezioni, relative ad acqua e alimentazione, ambiente sano, comunicazione e informazione, cultura e scienza, educazione, habitat e abitazione, salute, lavoro e sicurezza sociale; tutte categorie in stretta relazione con il concetto di *buen vivir*¹³.

Anche la costituzione boliviana dedica il II capitolo alla promozione e diffusione in capo allo Stato dei «principi etici e morali per

13. <http://americo.usal.es/oir/legislatura/normasyreglamentos/constituciones/Ecuador2008.pdf>.

una società plurale: [...] *suma qamaña* (vivere bene), *ñandereko* (vita armoniosa), *teko kavi* (vita buona), *ivi maraei* (terra senza il male) e *qhapaj ñan* (cammino di vita degna e nobile)»¹⁴; sono espressioni che includono affettività nei confronti della natura e la necessità di vivere in armonia con essa e con la collettività. All'art. 9 si specifica inoltre che lo Stato ha il compito di costruire una società giusta e armoniosa cementata dalla decolonizzazione, senza discriminazione né sfruttamento, nel rispetto delle identità plurinazionali, nonché di promuovere e garantire uno sviluppo responsabile delle risorse naturali per il benessere delle attuali e future generazioni.

Si potrebbe obiettare che le disposizioni di queste nuove costituzioni avranno un importante carattere simbolico, ma saranno prive di conseguenze pratiche, saranno cioè incapaci di produrre effetti giuridici. Così non è. Un elemento concreto che ci mostra la piena efficacia dei dettami costituzionali andini è, ad esempio, la possibilità che chiunque possa agire in difesa della natura, senza che sia necessario invocare, e tantomeno dimostrare, un eventuale danno alla propria persona, e dunque, senza dover provare lo status di vittima diretta di una violazione. Questo perché il riconoscimento in capo alla natura di *soggetto* di diritto, portatrice di interessi giuridicamente tutelati, consente l'esercizio della legittima difesa in suo favore (legittima difesa di terzi). Senza essere un pescatore, si potrà difendere la sussistenza di una specie di pesce in un fiume di fronte alla pretesa di costruire dighe che potrebbero causarne l'estinzione, oppure si deciderà di intervenire per tutelare la sopravvivenza di un lago o di una foresta minacciati dall'uso incontrollato di pesticidi ecc. Si produrrà una nuova giurisprudenza che non risponderà ai criteri finora utilizzati e le cui conseguenze pratiche sono difficili da prevedere al momento; l'attribuzione della soggettività giuridica alla natura apre un nuovo capitolo della storia del diritto costituzionale, non solo in Sudamerica (Zaffaroni, 2011). Si realizza la concreta esigibilità di diritti legati alla tradizione ancestrale dei popoli indigeni con la razionalità dei sistemi giuridici moderni, determinando un ampliamento della nozione di legalità nella direzione cosmopolita, così come auspicato da de Sousa Santos in più passaggi all'interno della sua teoria critica.

La filosofia andina, e più in generale l'approccio del nuovo co-

14. <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/primer-parte/titulo-i/capitulo-segundo/>.

stituzionalismo latinoamericano ai diritti umani (attraverso il riconoscimento dei diritti della natura non umana), è uno degli esempi più efficaci per comprendere la questione del pluralismo giuridico e la necessità di una lettura critica e decoloniale dei diritti fondamentali. L'idea che l'uomo sia separato dalla natura è una costruzione sociale, è il risultato della supremazia dell'economia sulla ecologia, con le parole della fisica ed economista indiana Vandana Shiva: «quando a proposito della nostra epoca, si parla di “Antropocene”, si allude al potere dell'uomo di disarticolare i processi ecologici della Terra. Ritenere che questo potere distruttivo dia ad alcuni umani il diritto di impadronirsi delle risorse, dei processi e dei sistemi della Terra è da arroganti e da irresponsabili» (Shiva, 2018, p. 19).

Nel nostro diritto positivo, la terra è “ancora” solo un bene immobile, che può essere oggetto di proprietà privata o pubblica. Nel pensiero e nelle società tradizionali la terra non è solo sacralizzata, ma anche umanizzata e socializzata. Più in generale, i beni formano una categoria giuridica *sui generis* solo nelle società moderne; altrove, sono associati allo status giuridico dei gruppi che li producono, li scambiano o li consumano, e rispondono dunque a regole diverse. L'esistenza di legami che uniscono la terra al mondo invisibile e, nel mondo visibile, all'uomo e ai gruppi sociali, impedisce l'emergere, a noi familiare, del concetto di diritto reale, frutto della distinzione tra *ius in re* e *ius ad personam*: un diritto non può avere a oggetto direttamente una cosa, tanto più che la terra non può essere ridotta a una cosa. La classificazione della terra come immobile si accompagna dunque, nella nostra tradizione, a una netta preferenza attribuita all'individuo rispetto al gruppo, mentre nelle società tradizionali è già un'incongruenza definirla come immobile (Rouland, 1992). Esiste invece, come abbiamo visto, in altre cosmovisioni una comunione profonda tra la *pachamama* e i suoi “figli”; espropriare la terra ai popoli nativi significa condannarli a morte. L'essere parte del pianeta, e non padroni di esso, è il principio fondamentale per tutti i popoli indigeni: non c'è spazio per la proprietà privata come fattore di produzione, ma solo per i valori della solidarietà, della condivisione e della reciprocità in un'organizzazione sociale pienamente orizzontale.

8.6 Conclusioni

A partire da concezioni dell'umanità che contengono elementi di novità ed elementi di ancestralità raccogliamo un segnale per il futuro nell'ottica di una sempre più urgente ricostruzione interculturale dei diritti umani. Le connessioni e le traduzioni decoloniali possono dare vita a nuovi e condivisi saperi, esperienze e pratiche in grado di proteggere i diritti umani in forma emancipatoria. Rompere il monologo attraverso cui sono stati promossi, diffusi ma poco garantiti i diritti dalla *Dichiarazione universale* del 1948 a oggi è un obiettivo da perseguire per poter raggiungere la pluridiversità di lotte e di modi di intendere la buona vita. La nostra vita non ci appartiene, da grembo a tomba siamo legati ad altri. Passati e presenti. E da ogni crimine, da ogni gentilezza, generiamo il nostro futuro (Mitchell, 2012). Cosa abbiamo ricevuto dal passato? E cosa stiamo lasciando in eredità alle generazioni future? Possiamo continuare ad abitare il futuro compiendo crimini indicibili, oppure possiamo imparare ad abitare la vita con atti rivoluzionari di gentilezza.

Domande di autovalutazione

1. Quali sono i limiti e le difficoltà che incontrano le istituzioni universalistiche nella tutela giuridica dei diritti umani?
2. Cosa intendiamo per pluralismo giuridico?
3. In che modo il caso di studio della *pachamama* illustra la questione dei diritti umani come diritti viventi e in continuo mutamento?

Riferimenti bibliografici

- ARENDT H. (1992), *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano (ed. or. 1963).
- BATTINI M. (2003), *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana*, Laterza, Roma-Bari.
- BOBBIO N. (1990), *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- BULL H. (2009), *La società anarchica. L'ordine nella politica mondiale*, Vita e Pensiero, Milano (ed. or. 1977).
- CASSESE A. (2005), *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari.

- CONFORTI B. (1992), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- DE SOUSA SANTOS B. (2004), *Casi di diritto emancipatorio*, in "Democrazia e diritto", 2, pp. 157-94.
- ID. (2006), *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*, Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales UNMSM, Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Global, Lima.
- ID. (2008), *Diritto ed emancipazione sociale*, Città aperta, Troina.
- ID. (2009), *Epistemologias do Sul*, Almedina, Coimbra.
- ID. (2014), *Derechos humanos, democracia y desarrollo*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá.
- ID. (2016), *Nos falta imaginación para pensar alternativas*, in "Envío. Revista mensual de análisis de Nicaragua y Centroamérica", 416, online (<http://www.envio.org.ni/articulo/5279>).
- DE SOUSA SANTOS B., SENA MARTINS B. (2019), *El Pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Akala, Ciudad del México.
- FACCHINI A. (2021), *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna.
- FEBBRAJO A. (2009), *Sociologia del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- FERRAJOLI L. (2021), *Perché una costituzione della Terra*, Giappichelli, Torino.
- GRIFFITHS J. (1986), *What is a Legal Pluralism?*, in "Journal of Legal Pluralism", 24, pp. 1-56.
- HOBBS T. (1989), *Il Leviatano*, Laterza, Roma-Bari (ed. or. 1651).
- JANKÉLÉVITCH V. (1986), *L'imprescritible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*, Seuil, Paris.
- KELSEN H. (1989), *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Giuffrè, Milano (ed. or. 1920).
- ID. (1990), *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino (ed. or. 1944).
- LONGO M. (2001), *Struttura della società e semantica del soggetto*, Pensa, Lecce.
- MARX K. (1950), *La questione ebraica* (1844), in Id., *Scritti politici giovanili*, Einaudi, Torino, pp. 350-535.
- MAUSS M. (2002), *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi, Torino (ed. or. 1923).
- MELLOSSI D. (2002), *Stato, controllo sociale e devianza*, Mondadori, Milano.
- MERRY S. (1988), *Legal Pluralism*, in "Law and Society Review", 22, pp. 869-96.
- MITCHELL D. (2012), *Cloud Atlas*, Frassinelli, Torino (ed. or. 2004).
- QUIJANO A. (2000), *Colonialidad del poder y clasificación social*, in "Journal of World-Systems Research", VI, 2, pp. 342-86.
- ROULAND N. (1992), *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano (ed. or. 1990).
- SACCO R. (2007), *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna.

- SHIVA V. (1995), *Monoculture della mente. Biodiversità, biotecnologia e agricoltura scientifica*, Bollati Boringhieri, Torino (ed. or. 1993).
- ID. (2018), *Il pianeta di tutti. Come il capitalismo ha colonizzato la terra*, Feltrinelli, Milano.
- TEITEL R. (2001), *Giustizia di transizione come narrativa liberale*, in M. Flores (a cura di), *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Atti del convegno internazionale (Siena, 16-20 marzo 2000), Mondadori, Milano, pp. 262-77.
- ZAFFARONI E. R. (2011), *La Pachamama y el humano*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires.
- ID. (2012), *Pachamama, Sumak Kawsay y constituciones*, in “Diritto Pubblico Comparato ed Europeo”, 2, pp. 422-34.
- ZOLO D. (2006), *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari.