



UNIVERSITÀ DEL SALENTO



Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais
Latin American Council of Social Sciences

Dipartimento

Storia
Società
Studi
sull'Uomo



History
Society
Human
Studies

Department

SEZIONE POLEJUS (POLITICA, ECONOMIA, DIRITTO)



MICHELE CARDUCCI

COMPARAZIONE COSTITUZIONALE E GEOPOLITICA

Dispensa 1: materiale didattico per la frequenza degli Studenti del corso di Laurea
Magistrale in *Studi Geopolitici e Internazionali*

anno 2018



Copyright di Michele Carducci

CENTRO DI RICERCA EUROAMERICANO SULLE POLITICHE COSTITUZIONALI - RED CLACSO
PIAZZA ANGELO RIZZO – PALAZZO CODACCI PISANELLI LEGGE – UNIVERSITÀ DEL SALENTO – ITALIA
WWW.CEUEAM.IT



UNIVERSITÀ DEL SALENTO

Dipartimento
Storia Società Studi sull'Uomo
History Society Human Studies
Department
SEZIONE POLEJUS (POLITICA, ECONOMIA, DIRITTO)



Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais
Latin American Council of Social Sciences



INDICE DEL PROGRAMMA

- Primo Modulo** Le acquisizioni elementari della comparazione e il fenomeno costituzionale come "situazione" giuridica e sociale (J.J. Gomes Canotilho, E. Ostrom). La Costituzione come "accoppiamento strutturale" di politica e diritto (N. Luhmann). Configurazioni costituzionali della politica e configurazioni costituzionali del diritto (K. Loewenstein).
- Secondo Modulo** I cinque dispositivi metodologici su preferenze e libertà, la *Verweltlichung* europea e le declinazioni storiche della costituzionalità: la tipologia delle regole giuridiche (H. Kelsen, H. Hart, F.A. von Hayek, B. Leoni, C. Schmitt, E.B. Pašukanis, C. Friedrich, E.-W. Böckenförde).
- Terzo Modulo** L'anima storica binaria della comparazione costituzionale nelle coordinate geopolitiche del costituzionalismo euro-atlantico. Dal *Nomos* iberico al *Nomos* americano. La geopolitica come comparazione degli spazi senza l'alterità delle persone (M.G. Losano).
- Quarto Modulo** Assiologia e "deontologia" dello Stato costituzionale di diritto e le sue tecniche di argomentazione e normazione. I caratteri della sovranazionalità "sostitutiva" e "compensatoria". Sovranazionalità e dispositivi metodologici.
- Quinto Modulo** Le varie forme di sovranazionalità e la condizione della tridimensionalità sovranazionale in Europa, America e Africa. Le tradizioni giuridiche e il fenomeno del pluralismo giuridico. La sovranazionalità dell'Islam e le sue forme di costituzionalità. Le sovranazionalità sociali di "cattura" dello Stato.
- Sesto Modulo** Epistemologia e metodologia della comparazione costituzionale. La comparazione ternaria e le "4 F" nei postulati di Constantinesco. Famiglie giuridiche, sistemi giuridici, ordinamenti giuridici, tradizioni giuridiche, campi giuridici, situazioni costituzionali. La comparazione della effettività costituzionale. Comparazione socio-costituzionale e comparazione giuridico-costituzionale.
- Settimo Modulo** Dal comparare per conoscere al comparare per risolvere problemi, per giudicare casi, per agire su situazioni, per cooperare con altri. Le differenze tra *Constitution Making* e *Constitution Building*.
- Ottavo Modulo** Effettività costituzionale e democrazia: i "barometri" della democrazia nello Stato e nella società. La lingua come "figurazione" delle tradizioni giuridiche e il problema della traduttologia giuridica nelle tecniche di normazione comparata.
- Nono Modulo** Casi emblematici di Turchia, Kazakhstan, BRICS e "*nuevo constitucionalismo*" andino. La comparazione "inter-generazionale" per un futuro eco-compatibile: le differenze tra diritto costituzionale "bio-chimico" e diritto costituzionale "fossile" (B. Marquardt); W.E. Odum e la "tirannia" delle "piccole decisioni". "Demodiversità" e democrazia "energetica".

Michele Carducci

Comparazione costituzionale e geopolitica

MODULO 1 §§ 1-4:

LE ACQUISIZIONI ELEMENTARI DELLA COMPARAZIONE

LA COMPARAZIONE COME GEOPOLITICA

Qual è il rapporto tra comparazione costituzionale e geopolitica? Il corso intende rispondere a questa domanda, studiando processi storici e tecniche della comparazione, nella contestualizzazione degli spazi in cui tali attività sono state realizzate e nella consapevolezza che tali processi/tecniche non sono stati semplicemente intellettuali o «scientifici», ma primariamente «politici», frutto, cioè, di visioni politiche della convivenza nel mondo e decisioni sull'assetto di tale convivenza.

LA GEOPOLITICA COME DEFINIZIONE DEGLI SPAZI

In tal senso, la comparazione costituzionale è connessa storicamente e semanticamente alla geopolitica, intesa questa (M.G. Losano) come definizione degli spazi della terra per ragioni politiche di potere e concezioni della realtà, al di là delle specificità dei soggetti che quegli spazi vivevano (si pensi, per tutti, alla «scoperta» dell'America).

Il diritto, in quanto insieme di regole funzionali a decisioni politiche, è stato utilizzato a questo scopo e, con esso, la stessa comparazione è servita come narrazione od occultamento delle differenze tra i soggetti che vivevano gli spazi.

COME PROCEDERE

Pertanto, lo studio del rapporto tra comparazione costituzionale e geopolitica non può fermarsi al solo dato formale delle disposizioni giuridiche. Deve tener conto di esso ma, con esso, deve anche osservare la realtà degli spazi in cui tali regole sono collocate nella loro storia e le narrazioni e i significati che a quelle regole sono stati attribuiti da chi le ha prodotte o applicate

LA REALTÀ COME «SITUAZIONE COSTITUZIONALE»

In tal senso, si può dire che la realtà sia una “situazione costituzionale”, ossia un fenomeno di regole (situazione normativa) e di soggetti sociali (situazione sociale) che si intrecciano e si influenzano reciprocamente (J.J. Gomes Canotilho, E. Ostrom). Le regole costitutive di queste “situazioni”, ciò che in via generica è denominato col termine “Costituzione” non è altro che un “accoppiamento strutturale” di decisioni (politica) attraverso regole (diritto) (N. Luhmann). La comparazione deve dunque tener conto di questa complessità.

LE OPERAZIONI ELEMENTARI DELLA COMPARAZIONE COME GEOPOLITICA

Quindi, qualsiasi fenomeno giuridico non è altro che una «situazione costituzionale» di regole e contesto dello spazio, che incide sui soggetti, sulle loro azioni, linguaggio, narrazioni stesse di quel contesto. In tal senso, si dice che il diritto è «narrazione» e non semplicemente complesso regole (R. Cover).

Le regole vanno studiate, ma vanno anche «contestualizzate» appunti agli spazi dei soggetti cui si riferiscono. Diversamente si procede all'occultamento dei soggetti negli spazi (come storicamente verificatosi con la c.d. colonialità del potere e del sapere, di cui si parlerà più avanti).

LE OPERAZIONI ELEMENTARI DELLA COMPARAZIONE COME GEOPOLITICA

Per procedere in tale senso, si deve tener conto di alcune condizioni fattuali sempre presenti in qualsiasi “situazione”, che possono essere riassunte così di seguito:

- 1) tener conto che qualsiasi scelta umana è condizionata nelle sue preferenze da una serie di fattori (i c.d. “dispositivi metodologici”): sono 5 (natura-*Kthonos*, Stato-*Taxis*, società-*Nomos*, comunità-*Ethnos*, mercato-*Kosmos*) e interferiscono diversamente sulle nostre azioni (dall’alto o dal basso, dall’interno o dall’esterno): questi fattori incidono sulla nostra “ignoranza” e sulla nostra “cecità”;

LE OPERAZIONI ELEMENTARI DELLA COMPARAZIONE COME GEOPOLITICA

2) distinguere, nella condizione umana negli spazi, la libertà come scelta dalla libertà come preferenza, nonché la libertà come autonomia del soggetto e come liberazione dai condizionamenti dei “dispositivi metodologici” dalla semplice “liberalizzazione” degli oggetti di scelta/preferenza dei soggetti (come avviene, per es., con il “libero mercato”): infatti, dalla consapevolezza di queste differenziazioni è maturato il tema delle disuguaglianze tra spazi e tra soggetti;

LE OPERAZIONI ELEMENTARI DELLA COMPARAZIONE COME GEOPOLITICA

- 3) tener conto che qualsiasi regola che disciplina i comportamenti umani non può che essere dei seguenti tipi: costitutiva o regolativa, scritta od orale, primaria o secondaria;
- 4) qualsiasi regola scritta pone problemi di comprensione per quello che è scritto (uso di parole, avverbi, concetti indeterminati ecc...) e per il suo significato (questioni di interpretazione): questi problemi sono a loro volta condizionati dalle c.d. “regole di riconoscimento”;

LE OPERAZIONI ELEMENTARI DELLA COMPARAZIONE COME GEOPOLITICA

5) le regole di riconoscimento sono legate al contesto delle “situazioni” in cui vivono i soggetti: si pensi al fattore religioso, per es. nell’Islam, o alla differenza tra regole consuetudinarie non scritte (fondate sul riconoscimento di una memoria condivisa) e regole scritte, il cui riconoscimento di fatto coincide con la lettura stessa della scrittura e con la sua comprensione condivisa (si pensi alla “rottura” della riforma protestante nella lettura della scrittura della Bibbia) (H. Kelsen, H. Hart, F.A. von Hayek, B. Leoni, C. Schmitt, E.B. Pašukanis);

COSTITUZIONI, POLITICA, DIRITTO

- 6) le regole della convivenza, quindi, sono frutto di decisioni (politiche) che determinano problemi di comprensione (lettura, interpretazione, riconoscimento) da parte dei soggetti cui quelle regole si riferiscono;
- 7) in tal senso, tali regole “configurano” la politica (ossia le decisioni) che le regole stesse (il diritto) (K. Loewenstein). Come si vedrà a breve, con la *Verweltlichung* europea maturerà la rottura definitiva di queste configurazioni dalla religione (cristiana), aprendo le porte al costituzionalismo moderno euro-atlantico, come insieme di regole di politica e di diritto, esclusivamente mondane e frutto esclusivo della libertà umana (nel condizionamento dei cinque fattori sulle sue preferenze) (C. Friedrich, E.-W. Böckenförde);

TIPI DI COMPARAZIONE COSTITUZIONALE

8) la comparazione costituzionale, quindi, non è altro che lo studio, ossia l'osservazione di conoscenza e comprensione, di tutti questi nessi, in dimensione storica e geografica, nella considerazione sia dell'aspetto "politico" della convivenza umana (comparazione costituzionale socio-politica) sia di quello "giuridico" delle regole di riconoscimento, costitutive e regolative (comparazione costituzionale giuridico-politica) (G. Lapassade, B. Widmar, N. Luhmann, U. Cerroni, N. Achterberg).

Michele Carducci
***Comparazione costituzionale e
geopolitica***

Secondo Modulo §§ 1-2: dispositivi
metodologici e *Verweltlichung*

IL DIRITTO È UN FENOMENO SOCIALE O NATURALE?

Si pensi:

all'evoluzionismo (Ch. Darwin)

all'ecologia (E.A. Haeckel)

alla biologia sociale (E. Durkheim)

all'etologia (K. Lorenz)

alla biologia della sopravvivenza (G. Hardin)

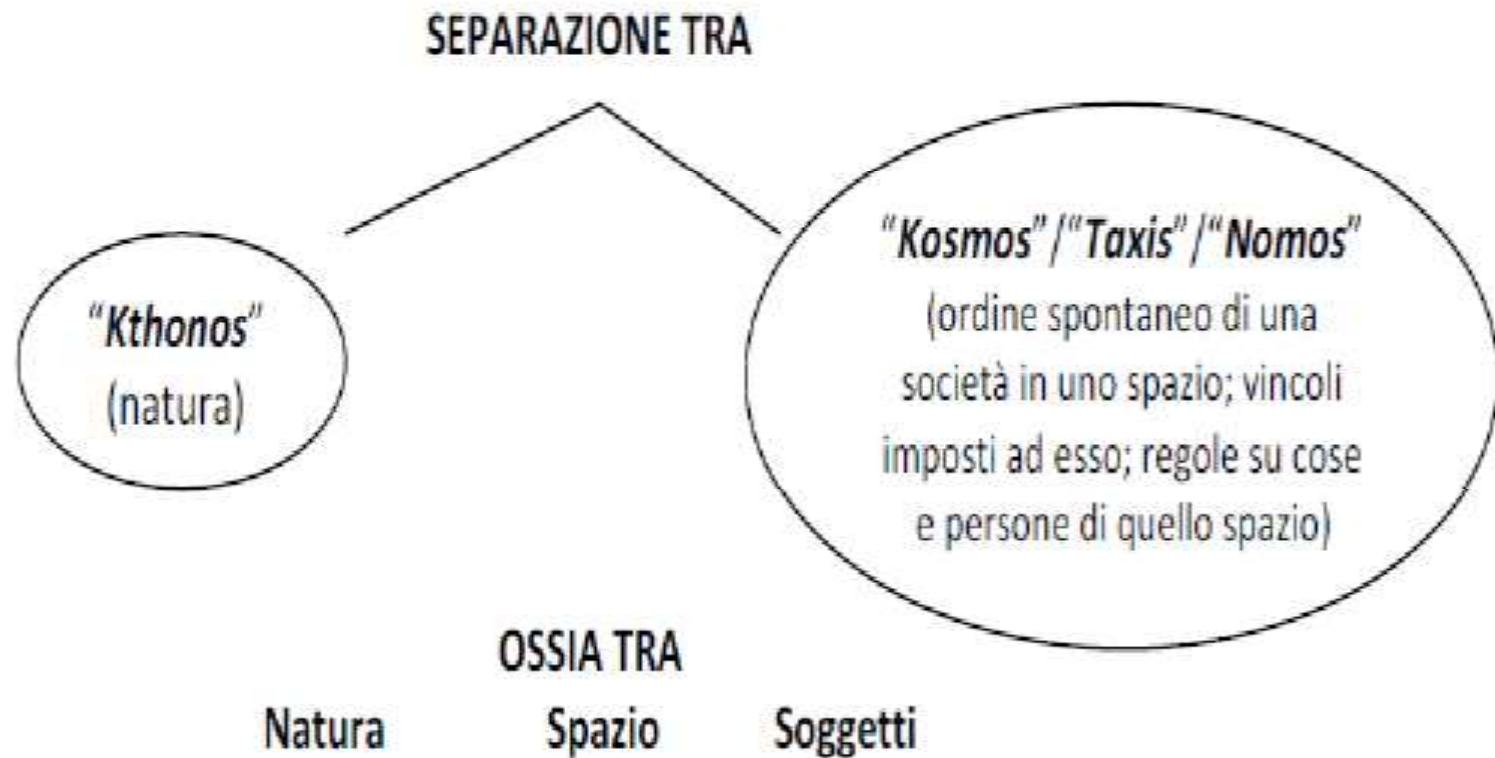
ma si pensi anche

al razzismo, alla schiavitù, alle donne, agli omosessuali, alla pazzia ecc ... (M. Foucault)

e infine

alla "sostenibilità" del sistema "geo-umano" (E.O. Wilson)

LA PRIMA GRANDE DIVISIONE GEO-POLITICA DEL MONDO



QUESTA SEPARAZIONE NON È STATA "NATURALE", MA "SOCIALE"
(F. Engels, *Dialettica della natura*, 1873-1882)

**PERTANTO LA COSTITUZIONE STORICAMENTE SI PRESENTA COME
FENOMENO SOCIALE A RIPRODUZIONE INTELLETTUALE**

SOCIALE =

definizione di uno spazio *con* regole
[Rex/Regio; Ortung/Ordnung]
relazioni *tra* soggetti *nello* spazio
attraverso regole
[parentela; lingua; scambio]

INTELLETTUALE =

Qualificazione dei soggetti *nello* spazio
[per sesso; per etnia; per razza; per lingua ecc...]
+ qualificazione delle relazioni *dei* soggetti *con* lo spazio
attraverso regole
[proprietà]

Religione/Ethnos

Kosmos/Taxis/Nomos

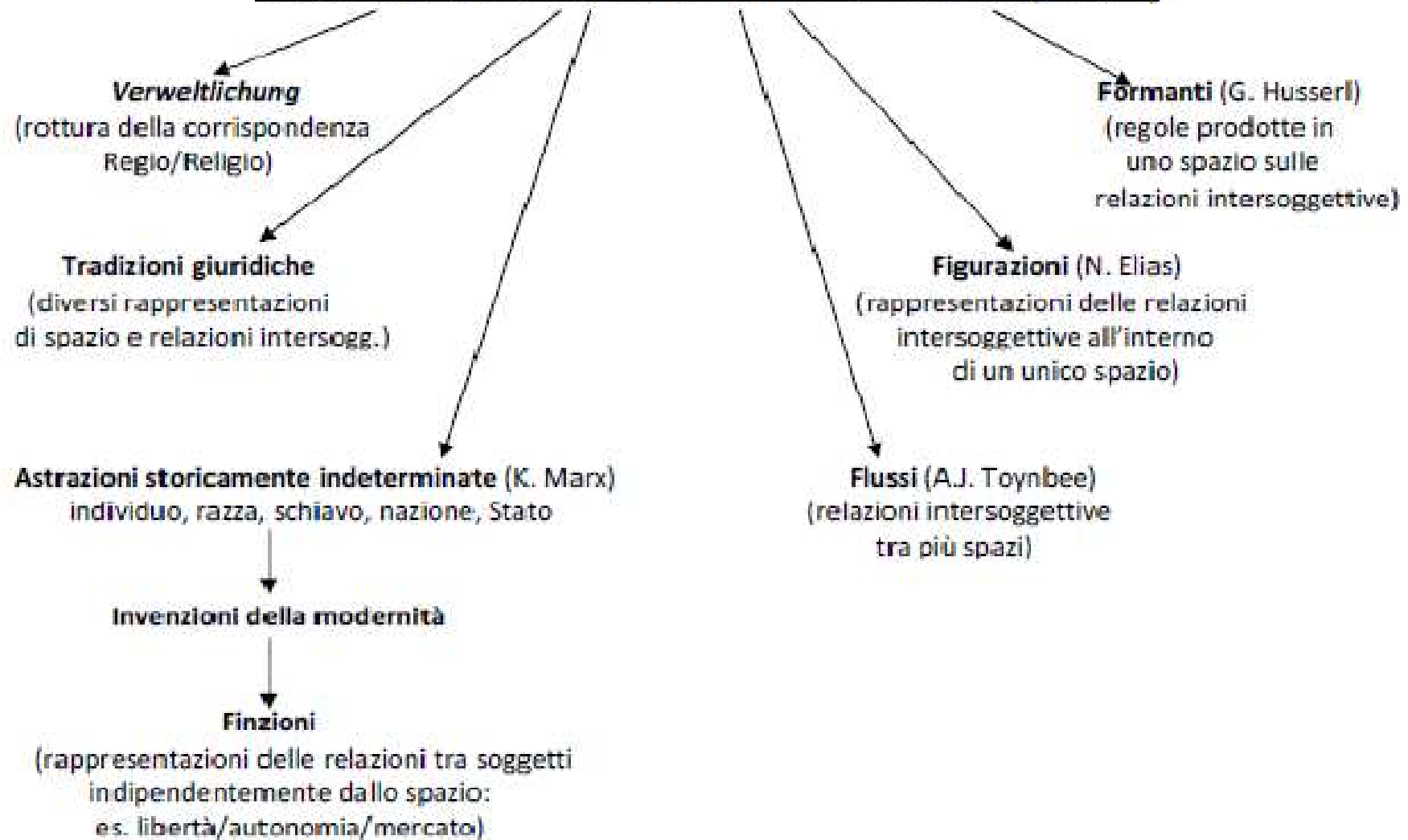
Cittadinanza (etnica; elettiva)
Umma
Vatanda;

souveraineté
suzeraineté
popolo (Hobbes)
moltitudine (Spinoza)
nazione

Il "circolo" delle complessità dell'operazione di comparazione costituzionale

SPAZIO (REGIO) E RELAZIONI INTERSOGETTIVE (RELIGIO)

[nella progressiva rottura tra ordo idearum e ordo rerum
con la secolarizzazione della modernità e l'affermazione del capitalismo]



QUINDI LA COMPARAZIONE GIURIDICA COSTITUZIONALE COMPORTA:



Oggi, la cosiddetta globalizzazione ha disarticolato le corrispondenze

tra:

- regole
- spazi
- relazioni intersoggettive
- rappresentazioni delle relazioni intersoggettive

e quindi tra:

- Finzioni (invenzioni e astrazioni indeterminate)
- Flussi
- Figurazioni
- Formanti

Nella comparazione costituzionale, si deve inoltre tener conto della differenziazione materiale che storicamente si è prodotta

tra

liberatio (come processo di conquista di libertà)

e

libertas (come condizione di libertà già acquisita)

nonché tra

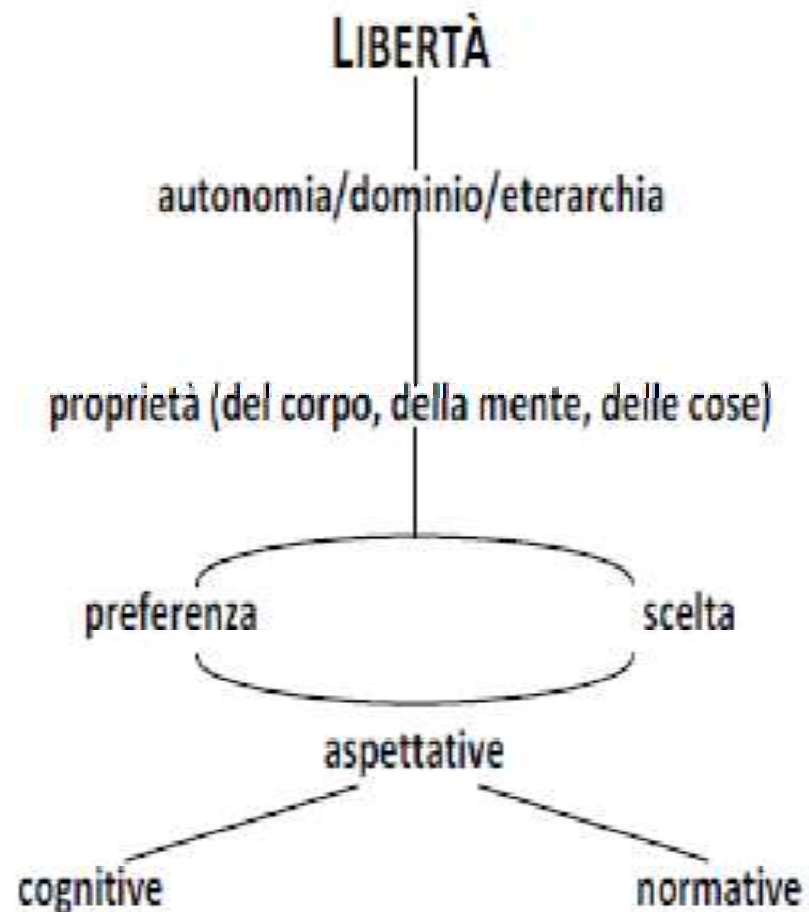
libertas

e

autonomia

(come capacità di non avere condizionamenti nelle proprie preferenze e nelle proprie scelte)

Si pensi al tema della c.d. "libertà negativa" (sono libero di decidere e fare, senza che nessuno possa interferire su di me → l' "ignoranza antropologica" di cui parla F.A. von Hayek)



Ma oggi la comparazione si deve misurare anche
con il problema dello *Kthonos*

infatti:

Tradizione giuridica “ctonia”
Problematica dei Beni Comuni
Earth Overshoot Day

Ma lo “*Kthonos*” ha proprie regole?

Concetti di Costituzione e rappresentazione delle relazioni intersoggettive nello spazio di una Costituzione

La costituzione degli antichi

(trascendenza della giustizia e preclusione
della sua realizzazione in un ordine costituzionale; C.J. Friedrich, *Giustizia e trascendenza. Un'alternativa rivoluzionaria all'individualismo*)

La Verweltlichung

La costituzione dei moderni

Artt. 1 e 16 Dichiarazione dei diritti
dell'uomo e del cittadino 1789

ossia l'immanenza della
"differenziazione funzionale"
ma alcune trascendenze permangono:

secco (no le donne)
schiavitù (no gli schiavi)
razza (no i neri)

perché?

colonialismo
e proprietà

ossia:

"*Kosmos*" / "*Taxis*"

delle relazioni intersoggettive

(F.A. von Hayek)

e "*nomos*"

della terra

(C. Schmitt)

(es.: artt. 2 del 1789, 1 del 1793, 1 e 5
del 1795, nella Rivoluzione francese;
il Emendamento nella Cost. USA)

Pertanto la normatività costituzionale moderna (ossia la rappresentazione delle relazioni intersoggettive come "differenziazione funzionale" nello spazio di una costituzione) conosce diverse declinazioni storiche,
in ragione del proprio percorso di:

Verweltlichung

relazione tra "Kosmos" / "Taxis"

emancipazione dal "Nomos"
della proprietà
(sulle persone e sulle cose)

Per cui, visioni storiche della normatività costituzionale come:

Recognitio (Common Law inglese – autonomia come "Kosmos" sulla "Taxis")

Constitutio (Rivoluzione francese – libertà/uguaglianza come "Taxis"
sul "Kosmos")

Liberatio (Rivoluzione di Haiti – liberazione/uguaglianza come
"Taxis" sul "Nomos")

Coniuratio (particolarismo italiano – eterarchia
come "Kosmos" sulla "Taxis")

Queste declinazioni storiche sono considerate fra loro comparabili per due ragioni

a) Si tratta di soluzioni diverse pur sempre del rapporto tra “*Kosmos*”/“*Taxis*”/“*Nomos*”, per cui la comparazione viene assunta come confronto di soluzioni di problemi considerati analoghi (E. Pašukanis), attivando la presunzione della c.d. “analogia domestica” tra qualsiasi spazio e qualsiasi relazione intersoggettiva (H. Bull).

b) Tutte e quattro escludono l’elemento “*Kthonos*”.

La presunzione di “analogia domestica” ha poi attivato processi storici fondamentali

Colonialismo

>> Colonialità del sapere

>>

Esportabilità del diritto

Empowerment

>>

Ingegneria costituzionale

>>

Institution and Nation Building

Michele Carducci
***Comparazione costituzionale e
geopolitica***

Secondo Modulo §§ 3-4: *Recognitio,
Constitutio, Coniuratio e Liberatio*

Che cos'è una Costituzione?

«è la Banca della giustizia che può emettere assegni scoperti» (M. Luther King)

«è una sinfonia che non può essere suonata con un cucchiaino» (G. Jellinek)

«è una partita a scacchi» (A. Ross)

Giustizia, regole, consenso, intelligenza (non forza fisica)

Come coniugarle? Attraverso i giudici (*Common Law*) o attraverso le leggi (*Civil Law*)?

Costituzione tra *petitum/consensus*

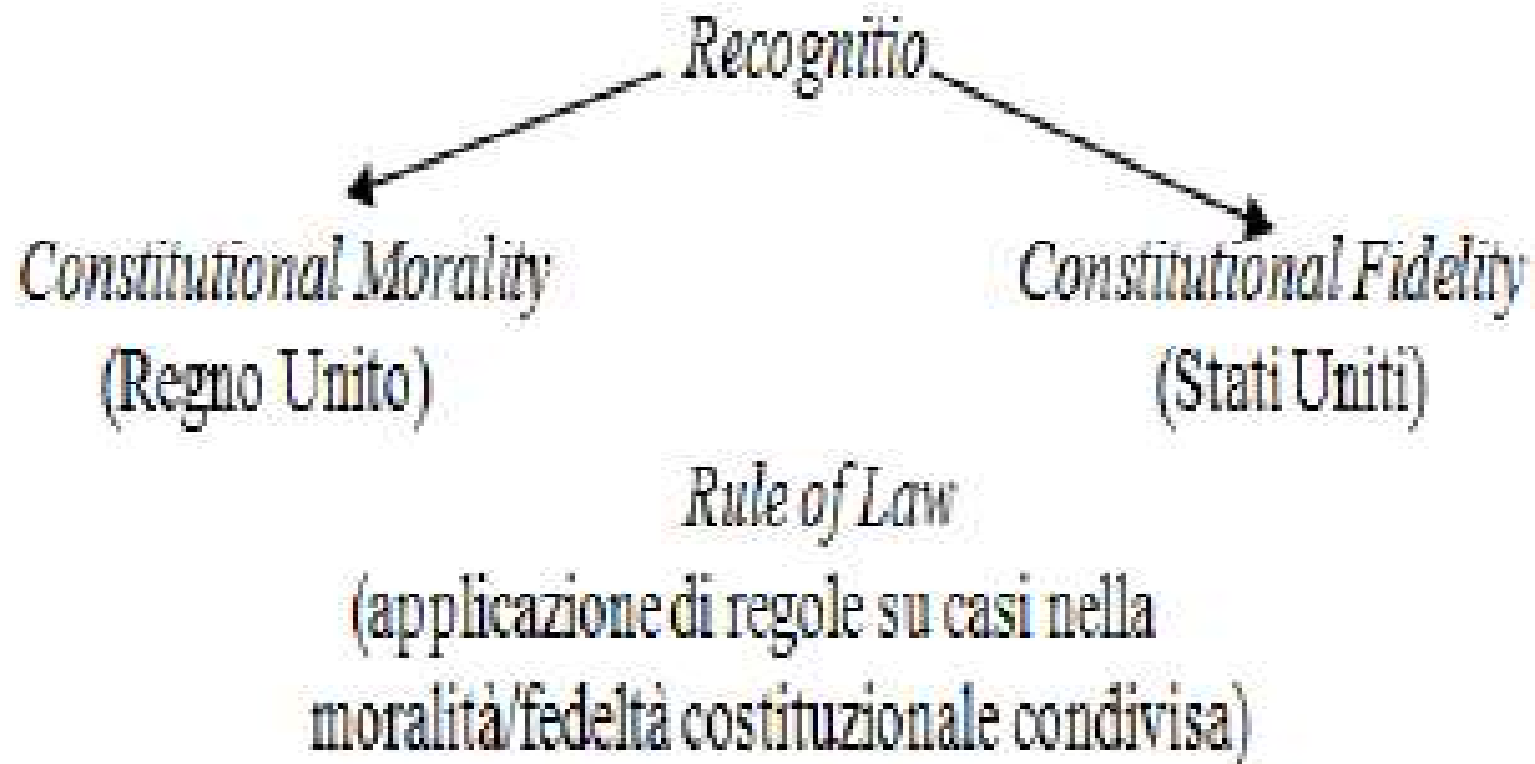
Le metafore richiamate consentono di comprendere che qualsiasi Costituzione racchiude un doppio binario di decisioni, giuridiche (regole) e politiche (consenso), declinate dalla intelligenza e non dalla violenza, per realizzare scopi comuni (giustizia). Qualsiasi Costituzione, quindi, si muove non solo nell'ambito del sistema giuridico e delle sue istanze di applicazione del diritto (il *petitum*), ma anche su quello politico della sua legittimazione e delle sue deliberazioni (il *consensus*).

Verweltlichung → separazione tra

natura

politica

[da riconoscere - *Recognitio* [da costituire - *Constitutio*
Common Law - *Petitum* [Civil Law - *Legislatio Consensus*



Constitutio



Legalità

(rispetto delle leggi:
artt. 1,4, 16 Dich. francese 1789)

Stato di diritto

(Stato che produce/impone regole)

Spagna e Germania? Fuori dell'Europa?

Spagna e Germania conoscono un percorso costituzionale tardivo rispetto alle coordinate aperte dalla *Verweltlichung*: la Spagna, perché non conosce la *Verweltlichung*; la Germania, perché sperimenta esperienze condizionate dalla sua identità e dal suo processo di unificazione (completato solo nel 1871).

Fuori dell'Europa, i percorsi costituzionali saranno segnati dai processi coloniali: di “conquista” pre-moderna; di “occupazione” moderna proprietaria.

Separazione natura/politica

Se la natura è separata dalla politica, qual è il presupposto materiale della convivenza costituzionale e qual è il ruolo delle regole rispetto a questo presupposto? (in altri termini, il tema del *Nomos*: le regole sulle cose nei rapporti intersoggettivi)

Il presupposto è la proprietà (Hobbes-Locke).

Il costituzionalismo moderno si afferma come “repubblicanesimo proprietario”, ossia come visione dei rapporti umani non come relazioni naturali (separazione natura/politica), ma neppure solo come relazioni sociali, bensì come relazioni sociali sul presupposto di proprietà su cose.

L’averne condiziona l’essere, non l’essere condiziona l’essere né tanto meno il fare condiziona l’essere (per questo ,esclusione delle donne e accettazione della schiavitù)

Costituzionalismo senza lavoro

Il repubblicanesimo proprietario esclude così dal proprio orizzonte non solo categorie dell'umanità (donne e schiavi) ma anche categorie dell'esistenza, come il lavoro [che la *Verweltlichung* identifica come vocazione spirituale (*Beruf*), non come attività fisica (*Arbeit*)] e la povertà, assunta come ininfluyente sulla libertà (occultando nella libertà il problema della liberazione e quello dell'autonomia nelle preferenze e nelle scelte)

Dal *Kosmos* al *Nomos*

Il costituzionalismo moderno nasce come prospettiva non solo di regole tra soggetti, ma anche di regole sulle cose tra soggetti.

Come concepire queste regole e il loro uso nelle relazioni tra soggetti, segna un ulteriore percorso storico del costituzionalismo, sintetizzabile in quattro esperienze:

Cost. USA

Rivoluzione HAITI

Cost. WEIMAR

Cost. ITALIA

Dalla Costituzione USA alla sindrome di Haiti

L'intelligenza presupposta: *Costituzione USA 1787-1789*

Clausole di funzionamento nella libertà ed uguaglianza presupposte

F

>>

L

(Costituzione)

(Emendamenti)

c.d. costituzionalismo repubblicano proprietario "transattivo" liberal-sociale,
senza "fini" di giustizia, ma solo con "rimedi" a ingiustizie

(prevale l'istanza di applicazione del diritto, tipica della tradizione di *Common Law*)

L'intelligenza liberata: *Costituzione di Haiti 1805*

Clausole di liberazione dai "valori" bianchi di libertà ed uguaglianza

Art. 14: "Tutti gli uomini sono neri a prescindere dal colore della pelle"

PF

>>

F

>>

L

c.d. costituzionalismo repubblicano non-proprietario

(prevale l'istanza della legittimazione fondata sul consenso,
tipica della tradizione di *Civil Law*)

Dalla sindrome di Weimar alla Costituzione italiana

L'intelligenza affidata al consenso del popolo: *Costituzione di Weimar 1919*

Clausole di sviluppo per "fini" di giustizia legittimati dal consenso

PF >> F >> L

c.d. costituzionalismo repubblicano "transitivo" democratico-liberale
attraverso la decisione legittimata dal consenso (di *Civil Law*)

Ma il consenso democratico può tutto, anche violare la legalità?

(c.d. "cavallo di Troia" della democrazia, nel conflitto tra legalità e legittimità)

L'intelligenza condivisa nei metodi e nei fini già indicati in Costituzione,
sottratti al consenso: *Costituzione italiana 1948*

Clausole di libertà presupposta ed uguaglianza trasformativa (artt. 1-2-3-4 Cost.)

c.d. costituzionalismo repubblicano "trasformativo" liberal-democratico
sui "rimedi" di ingiustizia ("riconoscere", "promuovere", "rimuovere")

PF >> L >> F

Le quattro esperienze sono importanti per comprendere due altri profili dell'esperienza costituzionale moderna.

Il **primo** riguarda la differenziazione storica tra l'idea dei **diritti umani** (presupposti dal costituzionalismo USA; da realizzare nella liberazione, in quello di Haiti), assunti come "universali" nel senso di riflettere il "*versus*" di qualsiasi individuo indipendentemente dalle proprie condizioni, e l'idea dei **diritti fondamentali** (propria della esperienza di Weimar), intesi come diritti che fondano la comunità umana e dipendono dalle istituzioni che governano la comunità umana. La Costituzione italiana, con il suo richiamo alla "dignità sociale" sarà la prima a coniugare dimensione universale astratta dei diritti umani e dimensione materiale concreta (istituzionale) dei diritti fondamentali.

Il secondo riguarda la progressiva distinzione tra asse della **legalità** e asse della **legittimità** delle regole rispetto alla Costituzione, determinato, l'uno, dal solo rispetto della gerarchia delle fonti attivate dalla Costituzione, l'altro, dalla coniugazione di quelle fonti con le libertà o i progetti liberatori riconosciuti o perseguiti dalle Costituzioni.

Questo processo conoscerà una traumatica interruzione con l'esperimento del Nazionalsocialismo, mirato a negare la legalità (eliminando la gerarchia delle fonti) in nome di una legittimità coincidente con la volontà del Führer.

Dal "Tatrecht" nazista alle "riserve di giustizia"

Dopo l'esperienza del Nazismo che aveva sperimentato il "Tatrecht", ossia la negazione della gerarchia e delle competenze nel sistema delle fonti per fomentare il caos costituzionale e l'abuso individuale e collettivo del potere e della violenza, le Costituzioni, a partire da quella italiana, costituzionalizzano le "riserva di giustizia" come regole: sulle fonti, sui procedimenti, sulle decisioni, sui controlli, definendo un duplice asse di legalità e legittimità non in contrasto ma concorrente (ciò che è legale deve essere legittimo, ciò che è legittimo deve essere legale)

(B. Mirkine-Guetzévitch)

Le Costituzioni come norme giuridiche

Le Costituzioni liberal-democratiche diventano vere e proprie norme giuridiche, anche se *sui generis*.

Esse non operano solo sul piano “regolativo” (lecito/illecito), ma soprattutto su quello “transitivo”, nella misura in cui combinano appunto l’asse della legalità (l’asse del mero rapporto tra lecito/illecito) con l’asse della legittimità (l’asse delle idee di giustizia e dei rimedi alle ingiustizie nell’adeguamento alle trasformazioni della società). La grammatica costituzionale riflette questa doppia anima con la sua scansione di principi con forza giuridica, regole di libertà e funzioni [PF > L > F].

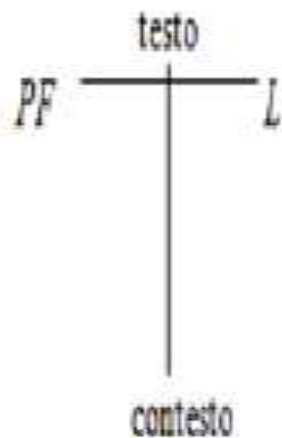
Il rapporto tra principi e regole

Tra l'altro, i PF consistono in enunciati giuridici a forte connotazione evocativa, emotiva e descrittiva, oltre che prescrittiva, rinviano inesorabilmente all'acquisizione evolutiva di un insieme dei diritti fondamentali (DF) assurti a valori (V) e fondati sul primato della dignità (D) della persona umana [PF = DF+V+D]: valori e dignità, frutto delle "figurazioni" consegnate dai processi di civilizzazione occidentale.

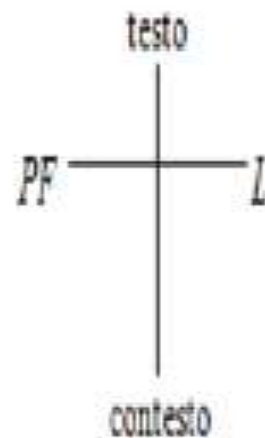
Il rapporto tra tempo, principi e regole, ossia tra diritto vigente e diritto vivente

Più il diritto vigente è lontano nel tempo, maggiore è l'apertura al diritto vivente. Maggiore è la distanza temporale dai testi, più forte è l'esigenza di osservare il contesto.

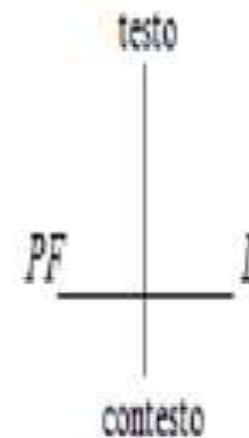
TEMPO A



TEMPO B



TEMPO C



Il problema della sovranazionalità e delle relazioni inter/extra/trans-ordinamentali

Questa scansione della dinamica di principi e regole è fondamentale per cogliere i problemi delle integrazioni sovranazionali (sia di tipo funzionale, come la UE, che convenzionale, come la CEDU) e delle relazioni inter/extra/trans-ordinamentali, in quanto sia i giudici che i cittadini si trovano coinvolti in un “intreccio” fra regole e principi di diversa provenienza che disarticola il rapporto tra consensus e petitum.



UNIVERSITÀ
DEL SALENTO

***Corso di laurea magistrale in
“Studi geopolitici e internazionali”***

MICHELE CARDUCCI

Comparazione costituzionale e geopolitica

Modulo 3 (§§ 1 - 4)

***Coordinate geopolitiche, comparazione “binaria” e
circolazione del costituzionalismo***



Pensiamo *dove* siamo

(Geopolitica della conoscenza: la “filosofia della storia” di Hegel; le mappe mentali di M. Foucault)

Decidiamo *dove* siamo

(Geopolitica della decisione: *Rex-Regio* di E. Benveniste; Nord-Sud/Occidente-Oriente e dialettica Servo-Padrone di Hegel; *Ortung-Ordnung* di C. Schmitt)

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA COMPARAZIONE BINARIA

- Con la “scoperta” dell’America, l’Europa, per la prima volta nella sua storia, scopre uno spazio libero che si apre davanti a lei, *res nullius* non solo da occupare, ma soprattutto da qualificare geograficamente, politicamente e giuridicamente (E. O’Gorman).
- Gli abitanti di quel “nuovo Mondo” vengono ad essere “giudicati” secondo i paradigmi del sapere europeo del tempo. Emblematica la lettura del “*Requerimiento*”.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- E quel “nuovo Mondo” viene ad essere geo-grafato secondo gli interessi e le visioni delle potenze europee: dalla demarcazione ispano-portoghese delle *rayas*, condizionata dalle preoccupazioni teologiche cattoliche, alle *amity lines* franco-inglesi, informate invece alla «nuova religione di lotta» (C. Schmitt), il calvinismo e l’etica del capitalismo.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Alla periferia della *Respublica Christiana* (tra XVI e XVII sec.), quindi, si produce una progressiva demarcazione.

Da un lato, il dominio ispano-portoghese influenza la configurazione della società meticcia latinoamericana, nella qualificazione del potere e dei diritti, fortemente condizionati dalle eterarchie imposte dal dominio coloniale, di matrice politico-ecclesiastica, di ripartizione delle terre (*Cacique – Encomiendas – Reducciones* ecc.).

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- Dall'altro, a partire dal Settecento, gran parte dell'America del Nord rientra nella sfera di dominio della Gran Bretagna, attraverso però l'*occupazione*, non la *conquista "missionaria"*, da parte di coloni inglesi fedeli alla Corona e al suo diritto, in una prospettiva di rivendicazione di autonomia (*self-government; agreement*).

PREDAZIONE vs. PRODUZIONE

Il Nord e Sud del continente americano presentano anche caratteristiche naturali differenti che incideranno sulla loro storia: al Sud, risorse naturali da «predare» per commerciare in Europa (oro e argento di Spagna e Portogallo vs. manufatti e prodotti di Inghilterra e Olanda), con l'effetto di attivare una economia estrattivistica di sfruttamento schiavistico e non di produzione attraverso il lavoro; al Nord, grandi pascoli su cui «produrre» attività attraverso il lavoro, con l'effetto di attivare una economia fondata sulla accumulazione di ricchezza e sul lavoro, quindi a tendenza capitalistica.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

La violazione dei diritti di quei coloni in Virginia e in Massachusetts spinge a rivendicarne un nuovo status verso la Madrepatria, non assimilabile né a quello della Compagnia delle Indie né a quello di qualsiasi contea inglese. Si tratta di uno status aderente alla condizione di cittadini inglesi veri e propri, che tuttavia l'Inghilterra non può assicurare oltre Oceano.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Quindi la nascita degli Stati Uniti d'America non si deve ad una sorta di stato di natura storicamente riscontrabile (secondo l'abuso del paradigma lockiano del fondamento costituzionale dell'esperienza di quel paese); né deriva dal paradigma *whig* della continuità della storia d'Inghilterra con lo sviluppo della sua Costituzione.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Si tratta di una nuova realtà (“nata moderna”), conseguente alla crisi inglese dell’Impero atlantico, espressiva, però, attraverso la sua Dichiarazione di indipendenza, di un proprio *ius gentium* alternativo a quello britannico, indipendente dal diritto costituzionale della Madrepatria.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- Il “nuovo Mondo” diventa così il primo campo di elaborazione di convivenze “diverse” da quelle prodotte in Europa.
- L’America latina è definitivamente segnata dallo sterminio degli indigeni (si pensi alla “controversia di Valladolid” tra Bartolomé de las Casas e Juan Ginés de Sepulveda, nel 1550, intorno alla natura umana degli *indios* come soggetti di libero arbitrio) e dall’economia di predazione

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- Ma questa economia di predazione diventa comunque un elemento di supporto fondamentale allo sviluppo del capitalismo atlantico, determinando la differenziazione tra Nord e Sud del Mondo. Così scriverà K. Marx: *“Il tesoro catturato fuori dell’Europa direttamente con il saccheggio, l’asservimento, la rapina e l’assassinio rifluisce nella madre patria e quivi si trasformava in capitale”* (*Il capitale*, Libro I, Settima sezione).

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- L'America del Nord si riconosce come insieme di Stati sovranamente indipendenti dall'Inghilterra e composto di cittadini liberi "al pari" di quelli inglesi: con gli stessi diritti personali e proprietari (*Foundamental Orders; Agreements of the people; Common Law; Supreme Law of the Land; Commerce Clause*)

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Il resto del Mondo – l'Oriente – appare un luogo “non qualificato” rispetto all'Europa e alla sua conformazione in monarchie e imperi. Il contatto con le “civiltà avanzate” dell'Oriente (Impero mongolo, Impero ottomano, Persia, India, Cina), fa conoscere grandi e ben organizzate strutture burocratiche che inducono alla curiosità e al rispetto verso quei contesti lontani, da cui difendersi piuttosto che “conquistare”.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Ne sono testimonianza le *Lettere persiane* di Montesquieu, scritte nel 1721.

Del resto, di quegli “Stati” non si può assumere né la perfetta corrispondenza con quelli europei; né la constatazione di *res nullius*. Sono comunque ordinamenti “mezzo-sovrani” perché privi delle legittimazioni e delle identità derivanti comunque dalla *Respublica Christiana* (in tal senso era qualificato il vicino Impero Ottomano)

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Nel contempo, l'esperienza storica della "conquista" ispano-portoghese, come quella della "occupazione" dei coloni inglesi, aveva dimostrato che in ogni caso gli abitanti dei territori "esterni" all'Europa cristiana altro non potessero essere che degli indigeni (da sterminare o sfruttare) o dei sudditi, da sottrarre ad altri sovrani e sottoporre comunque allo *jus publicum europaeum* (C.Schmitt).

La prima eccezione a tale logica sarà proclamazione di indipendenza nordamericana

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- Tra l'altro, la logica che aveva guidato il graduale evolversi del significato dei diritti individuali era partita in Europa dal sogno di sicurezza personale contro il potere arbitrario di re e principi: un sogno tutt'altro che "universale", perché animato da chi lottava per i suoi beni e le sue proprietà.
- La stessa richiesta dei diritti politici rispose alla necessità di difendere i diritti personali dei pochi che detenevano beni e proprietà.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- In altri termini, si poteva essere sicuri dei propri diritti personali, soltanto se proprietari di sé e delle cose e si possedeva la facoltà di esercitare i diritti politici e contribuire così alla elaborazione delle leggi, in quanto proprietari di sé e delle cose.
- Di conseguenza, nella *Respublica Christiana* il *dominium* della persona si erge a limite dell'*imperium* del sovrano.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- Ecco perché le originarie soluzioni elettorali di partecipazione democratica si fondano sulla limitazione del suffragio in base alla ricchezza e al livello di istruzione.
- Persino i *God Given* dichiarati inalienabili dai padri fondatori della democrazia americana escludono i non-proprietari, compresi donne e schiavi.

LE COORDINATE GEOPOLITICHE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Fuori dell'Europa questa corrispondenza *dominium/imperium* non poteva essere neppure presupposta, se non attraverso un'attribuzione di appropriazione delle nuove terre come sfera di inviolabilità.

- Così fu per i coloni del Nord America.
- Ma così non era stato per i *Conquistadores* iberici.
- Per questo differenza tra *NOMOS* iberico-americano e *NOMOS* nord-americano

IL NOMOS IBERO-AMERICANO

- La “scoperta” dell’America venne vissuta e continuata dalla Spagna come proseguimento della *reconquista* cattolica della penisola iberica.
- La Spagna non aveva conosciuto la piena espansione del feudalesimo e con esso la definitiva emersione del conflitto tra *dominium* e *imperium*.
- Inoltre, la Spagna “scopre” l’America in un’epoca precedente il moderno costituzionalismo

IL *NOMOS* IBERO-AMERICANO

- Al centro del potere spagnolo ci fu l'organizzazione centralizzata della guerra nella meta dell'espulsione dell'Islam (i "mori")
- Pertanto, non ci fu alcuno spazio per l'atomismo feudale e l'unità nazionale del territorio si costruì attraverso l'unità religiosa e militare (J. Ramsey).

IL *NOMOS* IBERO-AMERICANO

- Tuttavia, in America, i *Conquistadores* si trovarono di fronte Aztechi, Maya, Incas, Chibcha (popoli fortemente radicati in veri e propri Stati teocratici guidati da un imperatore-dio) oppure tribù “primitive” (i c.d. *Indios*), libere e isolate da ogni vincolo proprietario individuale e da ogni forma di Stato
- Verso questa umanità non si poteva che reagire in due modi.

IL *NOMOS* IBERO-AMERICANO

- Verso i “primitivi”, in quanto privi di *dominium*, negandone la natura umana di libero arbitrio e coscienza (“*chi non ha coscienza di avere non ha coscienza di sé*”);
- Verso gli Imperi teocratici, espressione di un *imperium* non cristiano (dunque anti-cristiano), proseguendo la missione della *reconquista*.

IL *NOMOS* IBERO-AMERICANO

- Infatti, il sovrano spagnolo venne investito, in continuità con la dottrina medievale del cardinale Enrique de Susa sul diritto di *reconquista* contro gli infedeli, di tutti i titoli giuridici sui territori scoperti a ovest, attraverso la *Bolla* di Papa Alessandro VI *Inter Coetera*, del 3 maggio 1493.
- E il sovrano spagnolo godrà anche del diritto di “patronato”, ossia del potere di candidare alle cariche ecclesiastiche vescovi, canonici e parroci.

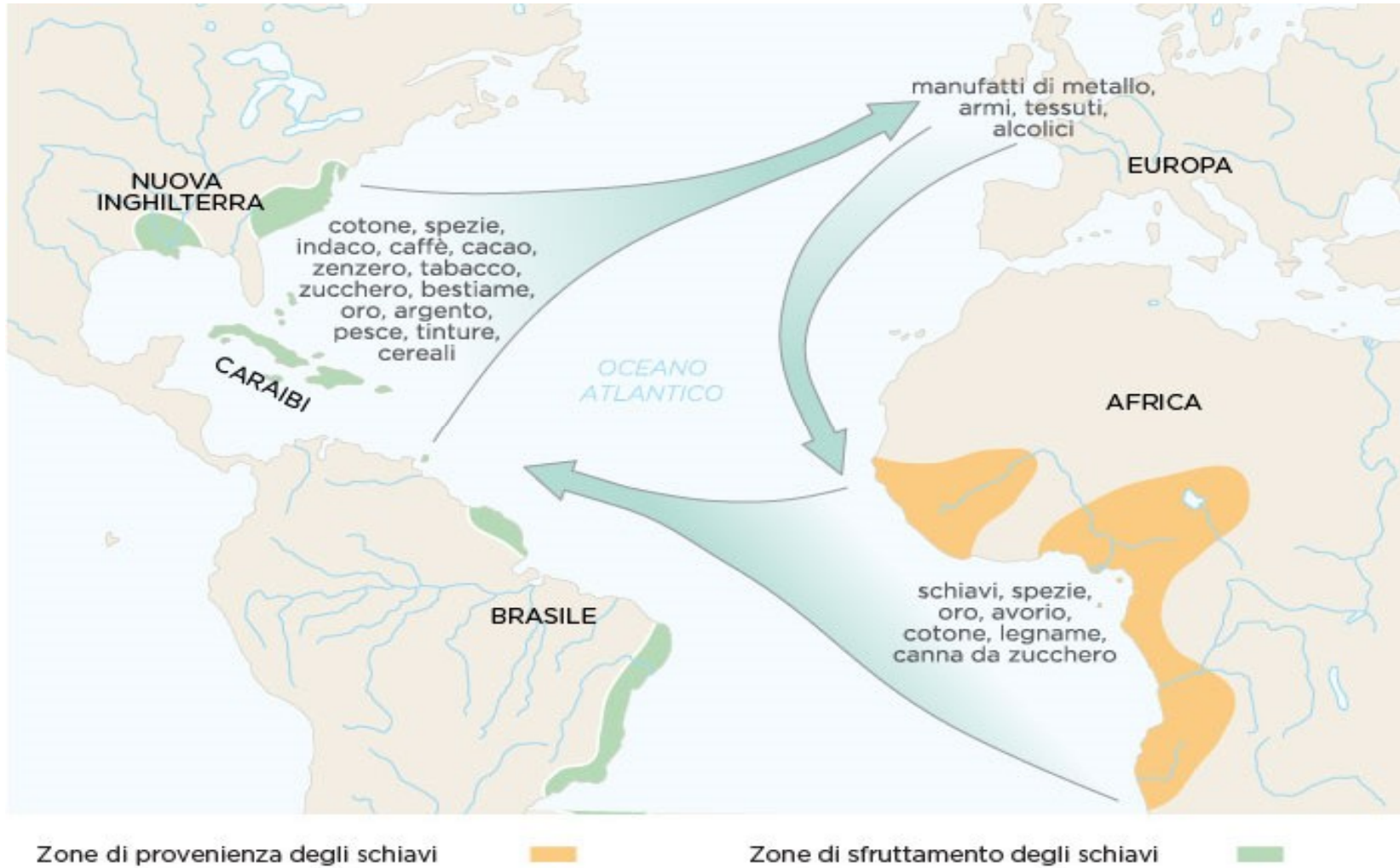
IL *NOMOS* IBERO-AMERICANO

- Nel 1538, il re spagnolo acquisisce persino il *Pase Regio*, ossia la facoltà di non dare attuazione alle bolle pontificie in America latina, se non dopo l'approvazione del Consiglio delle Indie.
- In questo modo, si venne a creare una sorta di sovrapposizione tra funzioni religiose e funzioni istituzionali della corona, con un conseguente sincretismo eterarchico tra istituzioni spagnole e poteri locali d'Oltreoceano.

IL *NOMOS* IBERO-AMERICANO

- Le ripartizioni territoriali americane si modellarono sulla falsariga del territorio spagnolo, riproponendo vincoli istituzionali e legami religiosi, tutti funzionali non alla contrapposizione tra *dominium* personale e *imperium* reale, bensì all'esatto contrario: alla contiguità e riproducibilità locale del loro nesso discendente dalla doppia funzione della Corona di Spagna.

Economia di “predazione” vs. economia di “scambio”



LE ORIGINI COLONIALI DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

È solo quando i conflitti intrastatali (le “rivoluzioni”) si legano alle idee delle rivoluzioni politiche e sociali – verificatesi negli Stati Uniti e in Francia – che diventa sempre più evidente l’emersione di un nuovo legame di *dominium* e *imperium*: quello tra occupazione di uno spazio (nemico o *nullius*) e mutamento costituzionale del regime giuridico interno ad uno Stato. Il costituzionalismo moderno nasce come differenziazione funzionale (art. 1 Dich. 1789), proprietà privata (artt. 2 e 4 Dich. 1789), separazione dei poteri (art. 16 Dich. 1789)

LE ORIGINI COLONIALI DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- *«Dopo la vittoria della restaurazione legittimistica (1815), questo venne considerato naturalmente come un comportamento contrario al diritto internazionale. Ma la restaurazione ... non fu poi un grado di impedire la vittoria in tutta Europa della Costituzione borghese e del costituzionalismo liberale» (C. Schmitt).*

LE ORIGINI COLONIALI DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

In altri termini, l'occupazione territoriale non può toccare il costituzionalismo né i principi del sistema costituzionale borghese: la nuova concezione (ora costituzionale) del *dominium*.

- Si crea un legame indissolubile tra Costituzione e *Nomos* della terra.

LE ORIGINI COLONIALI DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

- Ma questo diventa e resta, fino al 1900, lo «*standard comune*» del costituzionalismo nei rapporti intrastatali europei (la *Konstitutionelle Verfassung* di C. Schmitt).
- In altri termini, esso non si sviluppa come corollario del costituzionalismo degli Stati Uniti né si applica ai rapporti tra Stati europei e qualsiasi ordinamento estraneo all'Europa.

LE ORIGINI COLONIALI DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Pertanto, esso nasce e resta sì un paradigma irreversibile, ma inesorabilmente europeo ed eurocentrico e solo in questo senso “universale” (ossia ... di un solo verso).

Di conseguenza, il nesso tra occupazione territoriale, costituzionalismo e mutamento costituzionale si evolve differentemente:

- in Europa;
- negli Stati Uniti;
- in America latina;
- fuori dell'Occidente

LE ORIGINI COLONIALI DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

Ma in questa nuova proiezione del *Nomos* della terra, l'Occidente abbraccia comunque le due sponde dell'Atlantico, conglobando in sé l' "altro Occidente" del Sud America (pur sempre europeo perché "cristiano") e gli Stati Uniti, costituzionalmente diversi ma "convergenti", in ragione soprattutto della evoluzione atlantica dell'economia mondiale di scambio (O'Rourke, Williamson).

LA EMERSIONE DI UNO “STANDARD COSTITUZIONALE COMUNE”

- Questo quadro atlantico del costituzionalismo determina il reciproco riconoscimento, maturato nel corso del XIX sec. (C. Schmitt, O. Brunner, E.-W. Böckenförde), del rispetto di uno «*standard costituzionale intrastatale*» fra Europa e Stati Uniti (C. Schmitt): il *Nomos* della terra del XIX sec.

I CARATTERI DELLO “STANDARD COMUNE”

- Questo «*standard*» appartiene all'area del privato non statale, quindi ai rapporti economici (quello che C. Schmitt denomina *Konstitutionelle Verfassung*), non modificabile rispetto a poteri e forme di governo conseguenti *ai* (condizionati *dai*) mutamenti territoriali. La *Konstitutionelle Verfassung* identifica la sfera del privato (economico) come proprietà e contratto.

L'EVOLUZIONE DELLO “STANDARD COMUNE”

Nel corso del XIX sec. questa interconnessione si diversifica attraverso la progressiva separazione, nell'*Ortung* statale, tra diritto privato (formalizzato dai codici) e diritto pubblico (scritto nei testi costituzionali)

L'EVOLUZIONE DELLO “STANDARD COMUNE”

- L'insieme dei rapporti privati (come libertà proprietaria e di contratto) si emancipa dalla sovranità statale: la separazione tra Stato e società non statale, *imperium* (e *jurisdictio*), da un lato, e *dominium*, dall'altro, consente di distinguere il mutamento territoriale della sovranità (indipendentemente dai fattori che lo causano), dalla sfera di protezione della proprietà privata e del contratto, solo quest'ultima divenuta *standard costituzionale comune* agli Stati europei.

L'EVOLUZIONE DELLO “STANDARD COMUNE”

- A differenza di quello che avviene nel mutamento territoriale fuori dell'Europa, dove, per le stesse potenze coloniali europee, il suolo è considerato liberamente occupabile in quanto non appartenente allo Stato (i “nativi” non sono Stato) e quindi alla possibilità stessa del diritto intrastatale, l'intangibilità di Costituzione e Stato si riduce alla *Konstitutionelle Verfassung*, ossia all'area del privato non statale nella reciproca accettazione delle potenze in conflitto sulle sovranità territoriali.

L'EVOLUZIONE DELLO "STANDARD COMUNE"

- Il mutamento costituzionale si identifica così in un fenomeno endogeno, interno alla vicenda di una entità localizzata, separato dall'economia che travalica invece i limiti territoriali e resiste al mutamento costituzionale.

L'EVOLUZIONE DELLO "STANDARD COMUNE"

realizzando quello che sempre Schmitt definisce il suo «*rovesciamento altamente moderno*»:

cujus oeconomia, ejus regio.

W. Benjamin parlerà del capitalismo come
“la nuova religione”

Lo “standard costituzionale comune” del commercio



L'EVOLUZIONE DELLO “STANDARD COMUNE”

- I mutamenti costituzionali – sia formali, che informali, che territoriali – non devono semplicemente essere “neutrali” rispetto alla *Konstitutionelle Verfassung* dei rapporti economici privati, quanto piuttosto risultare finalizzati e funzionalizzati all'affermazione di una determinata economia politica dei rapporti tra privati.

L'EVOLUZIONE DELLO “STANDARD COMUNE”

K. Polanyi identifica nella prima guerra mondiale l'atto di chiusura del XIX sec. e il punto di svolta per una nuova funzione dello Stato (come prestatore di risposte sociali e attore di politiche economiche, attraverso regole di “cattura” – *Ergreifung* – dell'economia)

L'EVOLUZIONE DELLO "STANDARD COMUNE"

Ma le degenerazioni totalitarie dell'Europa sulla *Ergriefung*, come "conseguenza della pace" del 1919 (J.M. Keynes), confermeranno un mutamento nel paradigma euro-atlantico, con la demarcazione europea dal nuovo "*Nomos*" della terra di predominanza statunitense.

IL *Nomos* AMERICANO

Infatti, la logica *cujus oeconomia, ejus regio* segue alla espansione del *Nomos* della terra americano, nella sua differente qualificazione rispetto a quello dello *jus publicum europaeum*.

IL *Nomos* AMERICANO

- In primo luogo, esso pone la linea dell'emisfero occidentale – piuttosto che i rapporti intrastatali eurocentrici – come affermazione di un costituzionalismo “*diverso da*” (e “*migliore di*”) quello della “*vecchia Europa*” (è l'affermazione dell’ “*eccezionalismo americano*”).

IL *Nomos* AMERICANO

- Nel discorso del Presidente Monroe, del 2 dicembre 1823, l' "America", "questo continente", "questo emisfero" è identificato come sistema politico contrapposto all'Europa, in quanto "regime di libertà" rispetto alle restaurate monarchie europee del tempo.
- La "dottrina Monroe" designa il continente "America" come ambito degli *special interests* degli Stati Uniti.

LA MATRICE DELLA “ECCEZIONALITÀ” USA

Può essere sintetizzata dalla formula di Sanford Levinson (in *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton UP, 1988, 17 ss. e 37 ss.), che rintraccia la filosofia costituzionale anglo-americana nella sua duplice identità “cattolica” e al tempo stesso “protestante”: con la prima, che privilegia la tradizione e l’autorità dell’interprete qualificato; e la seconda, che privilegia il testo nella responsabilità individuale della ricerca di significati corretti al suo interno. In ogni caso, due criteri di autonomia contro le eterarchie ripristinate dalla restaurazione europea.

IL *Nomos* AMERICANO

- E secondo il “corollario Roosevelt” (1905), *«nell’emisfero occidentale il rispetto degli Stati Uniti alla Dottrina Monroe può indurre, nel caso di cattivo operato o di impotenza politica, all’esercizio di un potere di polizia internazionale da parte degli Stati Uniti».*

IL *Nomos* AMERICANO

- Del resto, in base all'Accordo con le Repubbliche dell'America centrale (Costarica, Guatemala, Honduras, Nicaragua e Salvador), del 20 dicembre 1907, si afferma la cosiddetta dottrina costituzionale *Tobar*.

IL *Nomos* AMERICANO

- Secondo la dottrina *Tobar*, non può essere riconosciuto dagli Stati Uniti nessun governo americano pervenuto al potere con un colpo di Stato o una rivoluzione, che impedisce libere elezioni e nega le libertà individuali di proprietà e contratto.
- La forma democratico-elettiva della legalità e della legittimità sancisce lo “*standard* costituzionale” del *Nomos* americano.

IL *Nomos* AMERICANO

- Ma, con la prassi del Presidente Wilson, che cosa dovrà essere inteso per *democratico* e *legale* sarà lasciato in concreto alle valutazioni dello stesso governo degli Stati Uniti, senza alcuna condizione di reciprocità con qualsiasi altro Stato dell' "emisfero americano", anche se democratico e liberale.

IL *Nomos* AMERICANO

- In questo modo, il *Nomos* americano si emancipa dalla necessità dei rapporti intrastatali, a base invece della evoluzione del *Nomos* dello *jus publicum europaeum*, rendendo effettivamente controllabile da parte del governo di Washington qualsiasi mutamento costituzionale di qualsiasi altro Stato americano (dell' "emisfero" occidentale).

IL *Nomos* AMERICANO

- Quando, con la prima guerra mondiale, gli Stati Uniti avanzano la pretesa dell'interventismo mondiale, la questione del *Nomos* americano finisce con l'interessare ogni altro Stato della terra, prescindendo dalla reciprocità del rapporto intrastatale e del solo "emisfero" occidentale.

IL *Nomos* AMERICANO

- Tale “universalizzazione” – non del costituzionalismo statunitense, ma del *Nomos* americano – trova consacrazione definitiva nella c.d. dottrina *Stimson*, dal nome del Segretario di Stato del Presidente Hoover (1928), ufficializzata dagli USA nei confronti di Cina e Giappone nel 1932:

IL *Nomos* AMERICANO

- «*An Act of any Part of the World is an Act that injures the Interests of United States*».
- All'equilibrio intrastatale dello *jus publicum europaeum* si contrappone definitivamente l'unicità del mondo in nome della universalità (non intrastatale) del *Nomos* americano.

IL *Nomos* AMERICANO

- Questa dottrina rafforza ovviamente la qualificazione unilaterale degli *standard* costituzionali della forma democratica del *Nomos* americano, come dimostrerà la c.d. “dottrina della sicurezza democratica” in Sud America, capace di avallare accordi intrastatali sicuramente ripugnanti al costituzionalismo, come il c.d. *Piano Condor* del 1975.

IL *Nomos* AMERICANO

- *«La sovversione, da alcuni anni a questa parte, è presente nel nostro Continente, diffondendo concezioni politico-economiche che sono radicalmente in contrasto con la storia, la filosofia, la religione e i costumi propri dei Paesi del nostro emisfero. La situazione non conosce frontiere né Paesi, perché si infiltra in tutti i gangli della vita nazionale» (Accordo siglato da Paraguay, Uruguay, Brasile, Perù, Bolivia, Cile, con l'avallo degli USA, il 29 ottobre 1975)*

Mutamento *per* l'economia

- In questo quadro, per esempio, si colloca la concezione del mutamento costituzionale di Samuel Huntington, che arriva a comprendere (e giustificare) anche i colpi di stato nei paesi del c.d. “Terzo Mondo” (*Political Order in Changing Society*, Yale UP, New Haven, 1968, trad. it. *Ordinamento politico e mutamento sociale: analisi dei fattori di crisi del sistema e delle soluzioni possibili*, Milano, Franco Angeli, 1975) in ottiche di giustificazione economica.

IL *Nomos* AMERICANO

- Ma l'impronta del *Nomos* americano permane anche dopo il crollo del mondo bipolare della Guerra fredda, ispirando il c.d. *Washington consensus* a sostegno delle transizioni democratiche sia dei Paesi dell' "emisfero" americano, dopo la stagione ispirata al *Piano Condor*, sia dei Paesi estranei all'Occidente europeo, ma da questo colonizzati fino alla metà del Novecento.

IL *Nomos* AMERICANO

- L'accesso alla *forma democratica* dello *standard* costituzionale è realizzato attraverso la “*condizionalità dei piani di aggiustamento strutturale*” (PAS):
 - processi elettorali competitivi e trasparenti;
 - giudici indipendenti;
 - libertà individuali di proprietà e di contratto.

IL *Nomos* AMERICANO

- La *forma democratica*, in altri termini, rimane sottratta alla reciprocità intrastatale e lo *standard* costituzionale si riduce ad un contratto sociale che si definisce come scambio fra risorse e istituzioni: lo Stato democratico deve fornire beni pubblici di base e la protezione dei diritti di proprietà; la libertà individuale deve fornire redditi e capacità di contratto.

IL *Nomos* AMERICANO

- Alla *Konstitutionelle Verfassung* dello *jus publicum europaeum* si contrappongono ora le ragioni di
 - *Governance and Empowerment,*
 - *Institution Building,*
 - *Capacity Building,*
 - *Legal Training,*dettate dal *Washington consensus*.

***Nomos* AMERICANO e ORIGINE COLONIALE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO**

- Questo significa che caratteristiche, problemi, specificità e difficoltà istituzionali delle realtà ex-coloniali (sia dell' "emisfero" americano che dei territori extraeuropei) non vengono ricercate nel passato coloniale che ha veicolato (ed ostacolato) in quei contesti il costituzionalismo.

***Nomos* AMERICANO e ORIGINE COLONIALE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO**

- In questo modo, il costituzionalismo (di importazione) di quei Paesi viene come “decontestualizzato” dalla sua storia e dalla storia dei domini (di “occupazione” o di “conquista”) che hanno edificato il *Nomos* della terra.

***Nomos* AMERICANO e ORIGINE COLONIALE DELLA CIRCOLAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO**

Nomos americano e continuità
della sua tradizione ne risultano
invece salvaguardati

IL NUOVO *Nomos* AMERICANO

- Si passa così dall'occupazione/invasione (fine '800) all'occupazione /liberazione/ingerenza ('900), all'assistenza secondo l'omologia *Costituzione-democrazia-rule of law-diritti umani-libero mercato*, assunta a strategia egemonica del mondo, in cui il *common law* diventa *standard* universale della pratica e della teoria costituzionale del *Nomos* della terra.

IL NUOVO *Nomos* AMERICANO

- Gli esempi possono essere i seguenti:
 - Il Piano *National Security for a New Century*, del 1998, con cui la presidenza Clinton promuove la estensione dei programmi statunitensi di formazione e assistenza nel *Law Enforcement* e nell'amministrazione della giustizia.

IL NUOVO *Nomos* AMERICANO

- I programmi dell'ABA (American Bar Association) di *legal training* nei Paesi non occidentali (soprattutto Asia e Africa), a supporto degli interessi economici e commerciali degli Stati Uniti.
- L'iniziativa *Democracy & Governcance* dell'Agenzia USAID (www.usaid.gov)

IL NUOVO *Nomos* AMERICANO

USAID è un'agenzia governativa indipendente che riceve indirizzi generali di politica estera dalla Segreteria di Stato, per la promozione della democrazia e dell'assistenza umanitaria nella crescita economica e di lungo periodo dei Paesi terzi, fondato su tre pilastri: *rule of law*; codificazione civile e commerciale; *governance*.

IL NUOVO *Nomos* AMERICANO

- Il *Bureau of Democracy, Human Rights and Labor* alle dirette dipendenze del Sottosegretariato per la Democrazia e gli affari legali (www.state.gov/g/drl/democ), con lo scopo di far crescere un'arena globale democratica, stabile e prospera per gli interessi nazionali degli Stati Uniti.

IL NUOVO *Nomos* AMERICANO

Ma questo nuovo *Nomos*, come le precedenti espressioni statunitensi, è concepito e perseguito sempre nell'assenza di qualsiasi reciprocità intrastatale di definizione degli *standard* costituzionali, spesso nella convinzione che l' "eccezionalismo" statunitense esoneri da qualsiasi confronto comparativo con altre realtà e altri costituzionalismi, per non rischiare una «*meretricious practice*» dannosa agli interessi statunitensi (R. Posner)

IL NUOVO *Nomos* AMERICANO

- Lo stesso “unilateralismo” dell’intervento umanitario (se non addirittura della “guerra preventiva”), ha corrisposto alla medesima visione di non reciprocità degli *standard* costituzionali, in cui la tutela degli *Human Rights* è professata nella supposta esistenza di un essere umano in quanto tale, avulso dalle altre qualità e relazioni specifiche (culturali, sociali, materiali) di cittadinanza costituzionale (S. Žižek).

WAHLVERWANDSCHAFT e VERWANDSCHAFT

- Così l'universalizzazione dei “diritti umani” induce a costruire rapporti di “parentela” (*Verwandschaft*) [gli “Stati amici” del linguaggio americano] negli *standard* costituzionali del nuovo *Nomos*, senza particolari preoccupazioni sulle reali “affinità elettive” (*Wahlverwandschaft*) dei rapporti intrastatali, come invece era presupposto nello *jus publicum europaeum* (Z. Bauman).

Circolazione di tecniche e modelli giuridici e circolazione del costituzionalismo

- Non è quindi così pacifico che la circolazione del costituzionalismo, nella egemonia di un unilaterale *Nomos* della terra, si radichi cosmopoliticamente al pari della circolazione delle tecniche e dei modelli giuridici funzionali a quel *Nomos* (americano).
- Si può dubitare che il processo sia irreversibile (F. Zakaria), ma è difficile immaginare che riesca effettivamente a produrre uno *standard* costituzionale comune e reciproco per tutto il mondo.

E il Nomos D'ORIENTE?

Impero Mongolo; Impero ottomano; Islamizzazione; colonizzazione

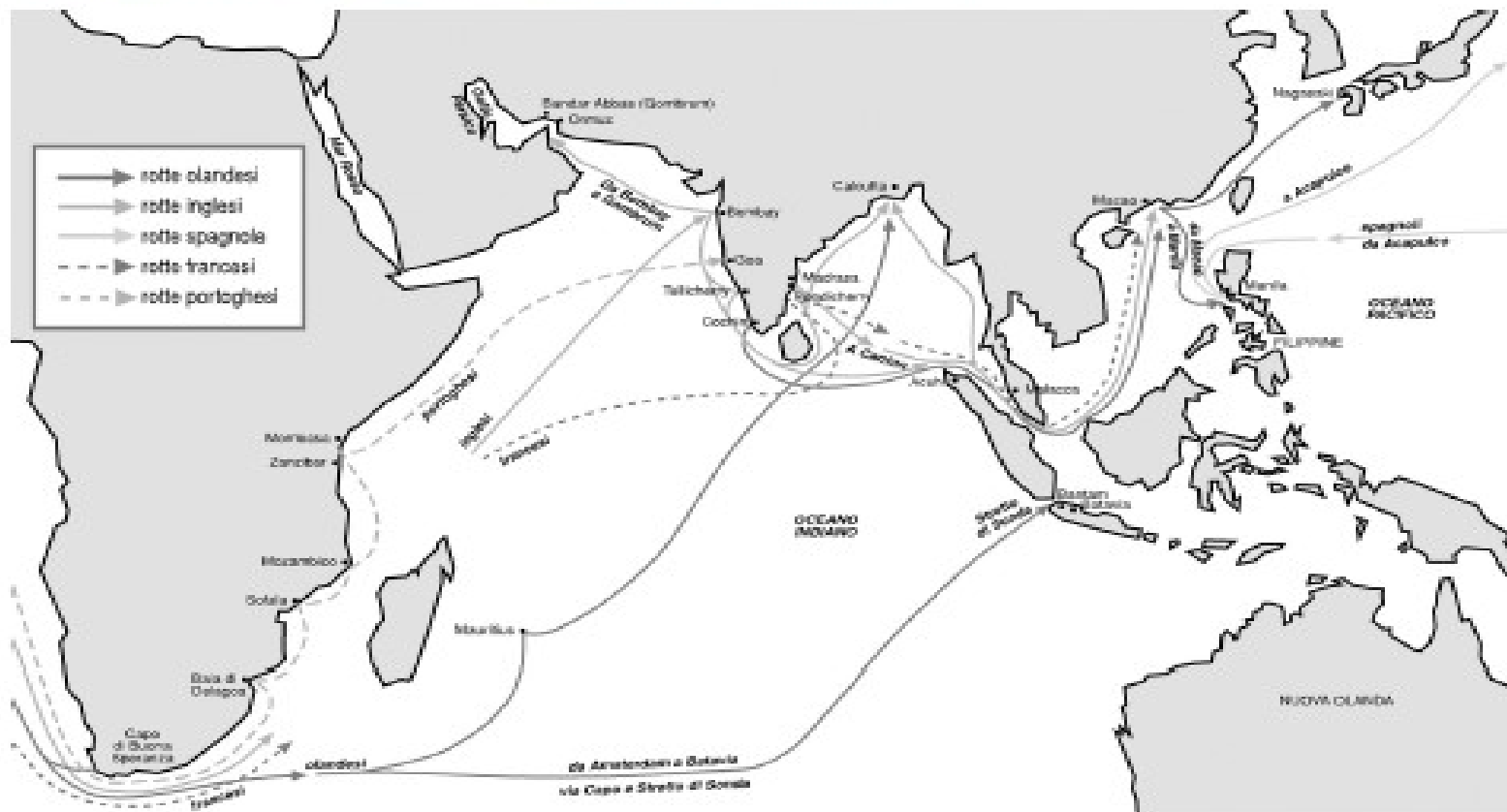
4. Indonesia e Malaya (1500-1750), i grandi imperi musulmani Periodo portoghese (1530-1575) Periodo spagnolo (1606-1663)

258



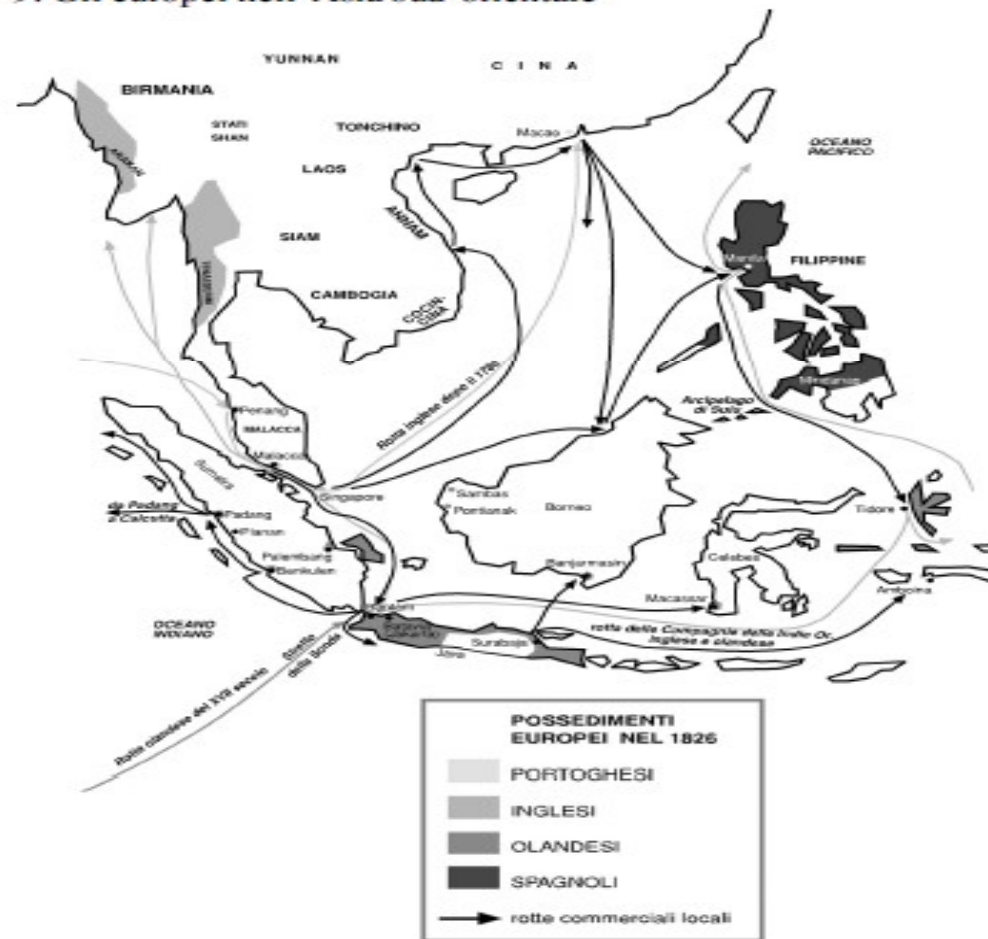
IL Nomos D'ORIENTE

8. Espansione europea oltremare dal 1600 al 1713 a.d.



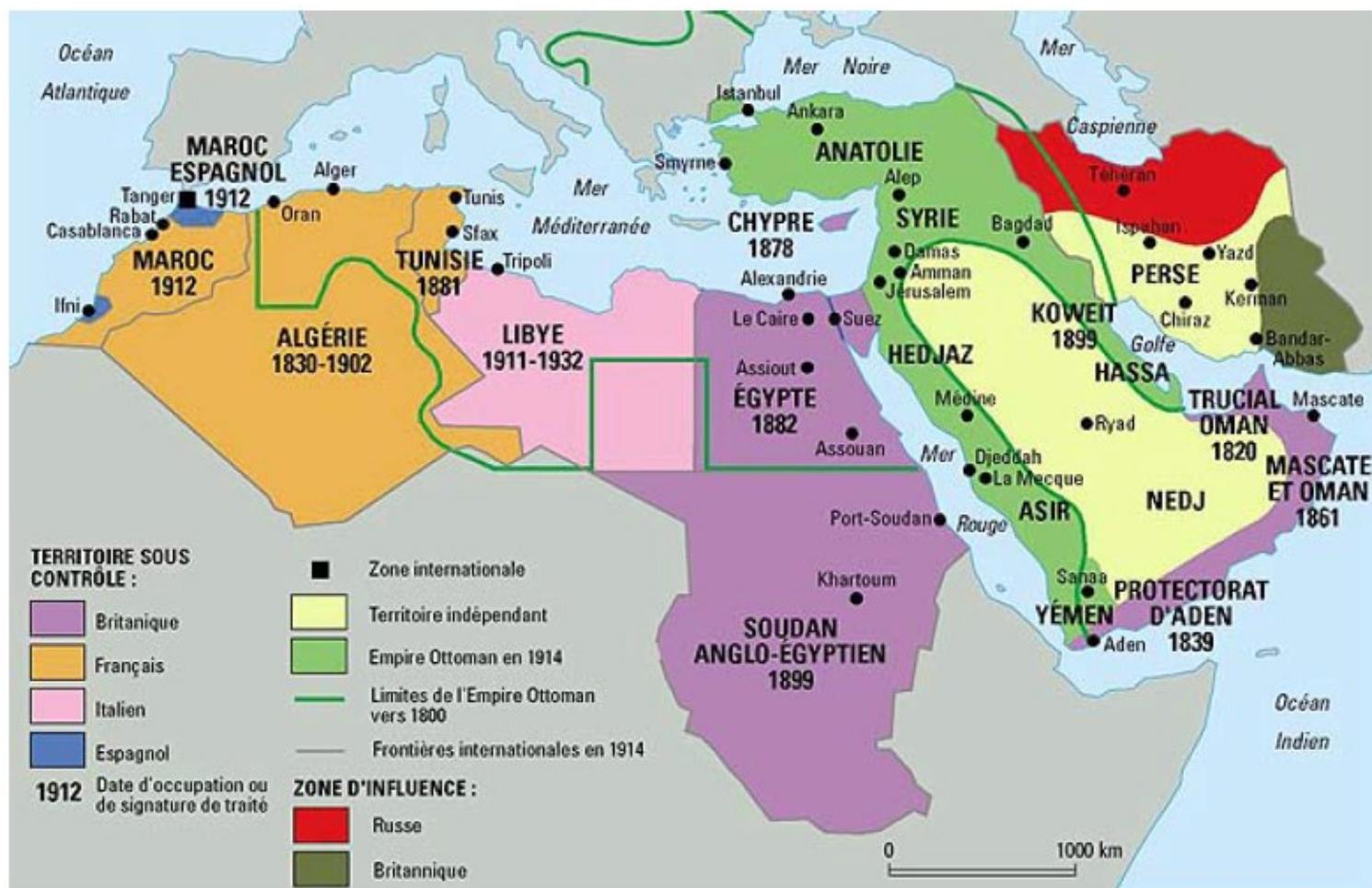
IL Nomos D'ORIENTE

9. Gli europei nell'Asia sud-orientale



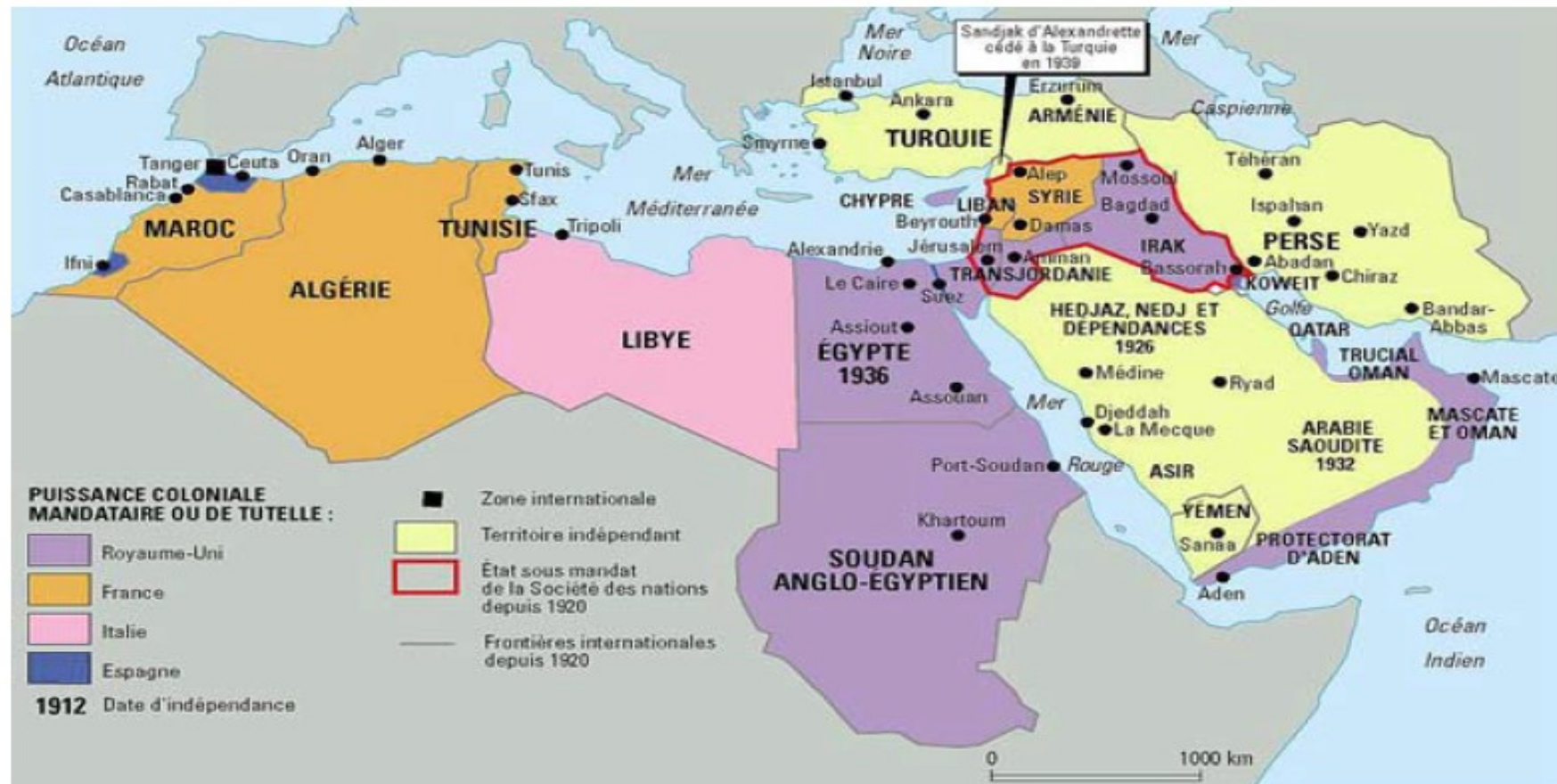
LA FINE DEL Nomos OTTOMANO

1914



LA FINE DEL Nomos OTTOMANO

Post 1920



Un Nomos OCCIDENTALE?

La ragione “occidentale” cosmopolitica non è stata affatto “intellettuale”, ma assume come sua legittimazione il determinismo di una prassi, quello che Carl Schmitt (*Il Nomos della terra*, 1950) denominava “*paradigma oceanico*” degli interessi e dei valori, che ha plasmato in senso cosmopolita produzione e scambio di beni (la *Konstitutionelle Verfassung*) e ha trascinato tutte le nazioni nella civiltà “borghese”. In questo modo, tutte le tradizioni giuridiche, compresa quella “ctonia”, si sono trovate a “coesistere” con la “civiltà” borghese.

Mappe mentali e cartografie

“(...) secondo la scienza cartografica nata e sviluppata in Europa, certi “modi di vedere e di rappresentare il mondo” non sono compatibili con la ricerca di una scienza capace di ascoltare le necessità specifiche dei diversi paesi e popoli che non hanno partecipato nel processo costruttivo di queste forme di rappresentazione(...).”

[Una cartografia per il Terzo Mondo, Álvaro José de Souza]

“La mappa non è il territorio”

[Alfred Korzybski]

Mappe mentali e cartografie

“La trasformazione del mondo inizia dalla trasformazione della nostra mente ed il rinnovamento della nostra mente inizia con la trasformazione delle immagini che introduciamo dentro: le immagini che attacchiamo nei nostri muri e che portiamo dentro ai nostri cuori”.

[Teaching a New World Vision, Ward Kaiser]

Nel 1500 *Gerardus Mercator*, un famoso cartografo fiammingo, disegnò una carta denominata "Carta di Mercatore", come strumento di navigazione. Questa carta fu utilizzata in modo particolare dai navigatori del 1600, poiché Mercator tracciò delle linee orizzontali e verticali, creando nuovi punti di riferimento e favorendo così la navigazione. Questa proiezione deforma le aree e quanto più ci avvicinavamo ai poli più la superficie aumenta, creando problemi di comprensione della realtà.

Mappe mentali e cartografie

È da 500 anni che le proiezioni modificate di Mercatore hanno contribuito alla formazione dell'idea di che cosa sia il mondo, ed è una delle più antiche e più diffuse sugli atlanti mondiali. In questo tipo di proiezione abbiamo un'Europa al centro del mondo, dove il Sud del mondo appare molto più piccolo e deformato, favorendo così lo sfruttamento e portando a rapporti deformati di conquista coloniale.

Dopo numerose ricerche si è giunti alla conclusione che il Sud del mondo, rappresentato dall'Africa, da parte dell'Asia e dell'America Meridionale, sia più grande del Nord e quindi le dimensioni di quest'ultimo non siano precise.

Arno Peters, uno storico e giornalista berlinese, nel 1973 tenne una conferenza dove annunciò la sua nuova proiezione della terra "La carta di Peters". Peters mostrò come questa proiezione fosse più corretta rispetto alla diffusa proiezione di Mercatore poiché conservava esattamente i rapporti fra le superfici delle varie parti del mondo. In questa carta vengono rappresentate in proporzioni reali tutte le aree – paesi, continenti ed oceani.

Mappe mentali e cartografie

Alcuni dati di confronto

CONFRONTO NORD – SUD

Nord del mondo 49.030.000 Km²

Sud del Mondo 100.260.000 Km²

CONFRONTO EUROPA – AMERICA DEL SUD

America del Sud 17.843.898 Km²

Europa 10.149.253 Km²

CONFRONTO AFRICA – EX URSS

Ex-URSS 22.400.000 Km²

Africa 30.258.010 Km²

LE LINEE EPISTEMICHE DELLA COMPARAZIONE BINARIA

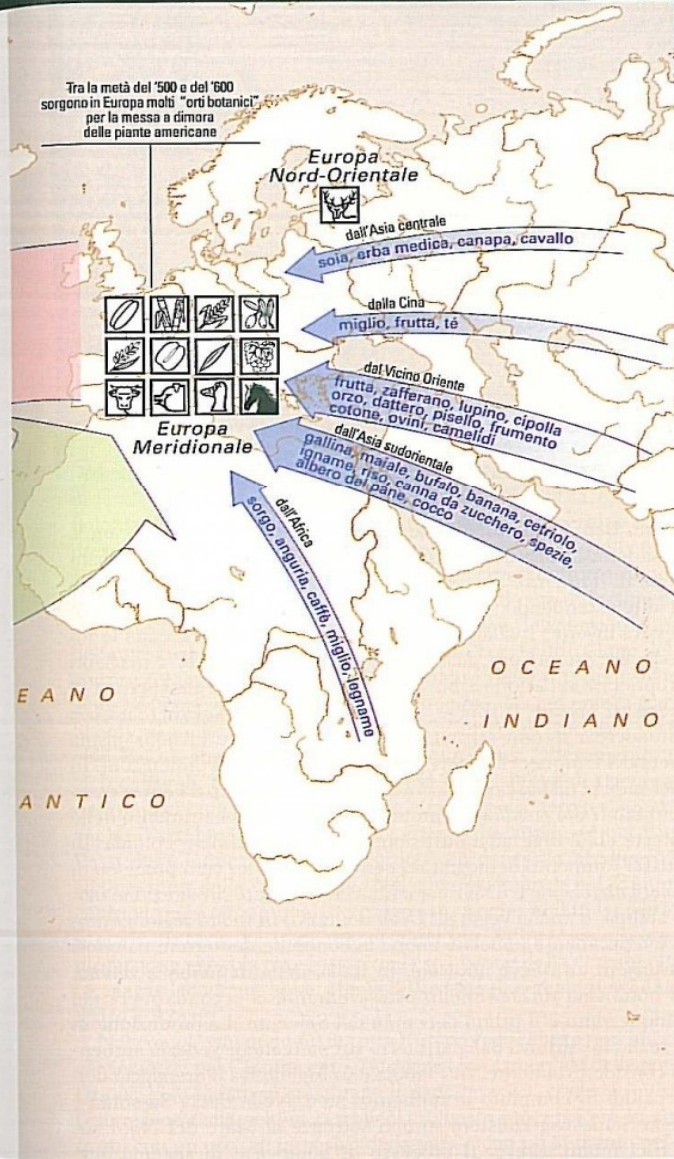
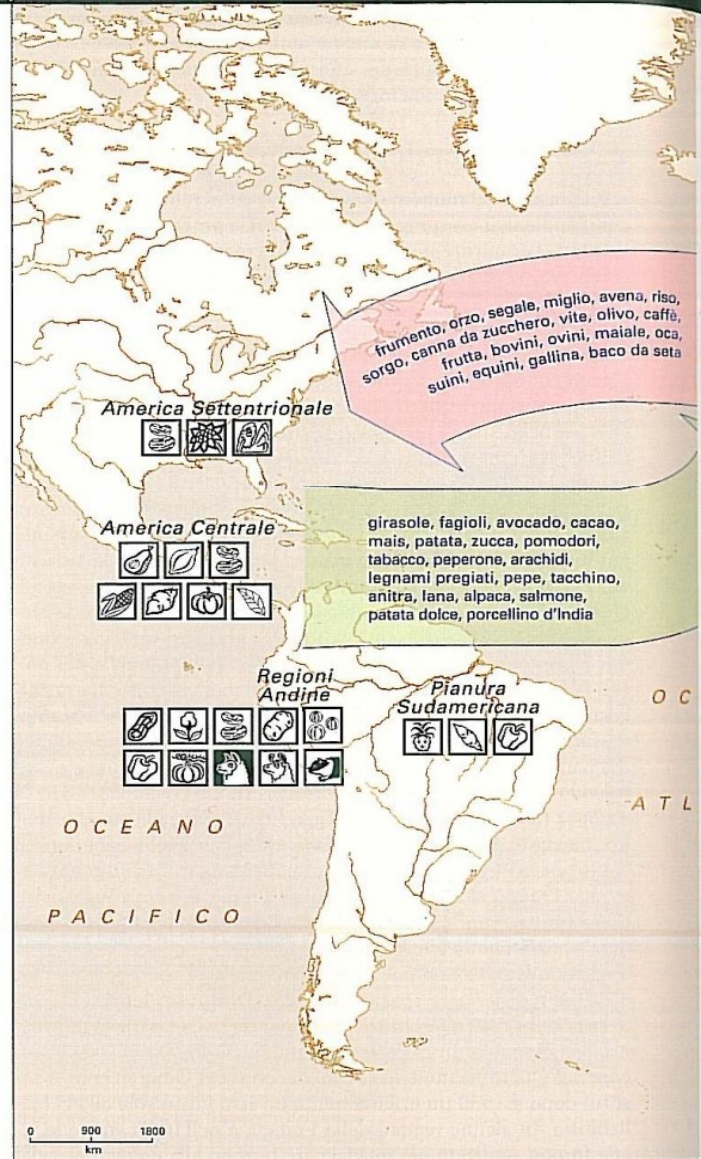
Il mondo cartografato dall'Occidente europeo ha definito la colonialità del potere e del sapere occidentale, attraverso la quale si è comparato il mondo in forma esclusivamente binaria (io qualifico l'altro, non viceversa né reciprocamente). Da quanto descritto derivano le 4 anime binarie della comparazione moderna: 1) il costituzionalismo è solo quello euro-atlantico nelle distinzioni West/the Rest, Nord/Sud, Centro/periferia; America agli americani; 2) la comparazione deve servire al commercio atlantico e ai rapporti privati di scambio (*Konstitutionelle Verfassung* di Schmitt); 3) la comparazione pratica la c.d. «analogia domestica» nelle relazioni internazionali (i contesti non cristiani – come l'Impero ottomano - non possono avere gli stessi attributi di sovranità degli Stati di origine cristiana); 4) la comparazione serve ad «aiutare» gli Stati diversi da quelli euro-atlantici, ma negli interessi del commercio atlantico (il c.d. «paradosso del Samaritano»: ti aiuto perché *mi* serve non perché *ti* serve, soprattutto se detieni risorse naturali estrattive, c.d. «maledizione olandese», che aumentano il commercio atlantico; cfr. Statuto Società delle Nazioni).

Il Nomos atlantico del XVI secolo

Scambi di animali e piante tra Vecchio e Nuovo Mondo nel sec. XVI

Origini geografiche di piante

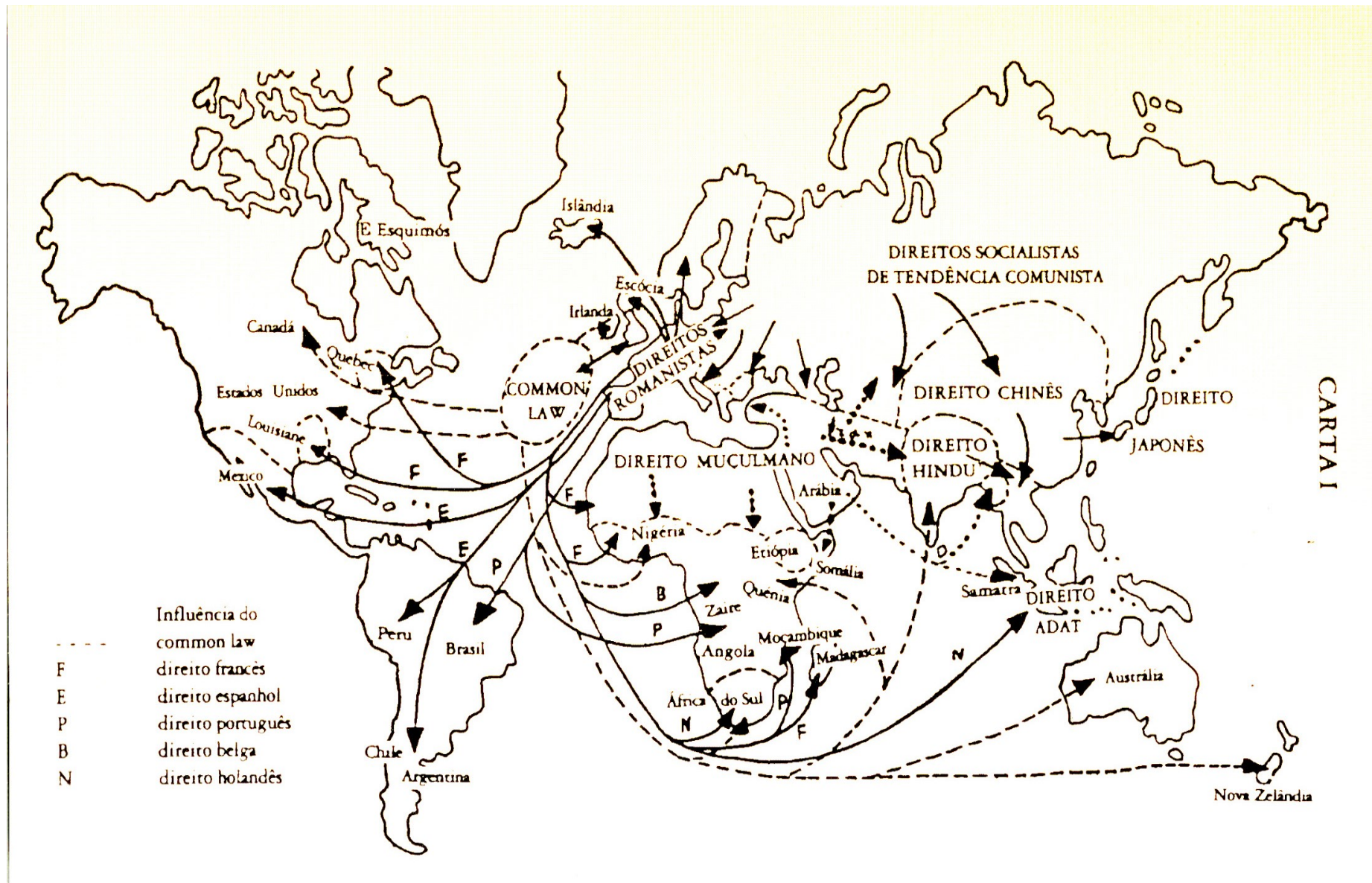
-  Ananas
-  Arachide
-  Avena
-  Avocado
-  Cacao
-  Caffè
-  Canna da zucchero
-  Cotone
-  Fagioli
-  Frumento
-  Girasole
-  Igname (tubero)
-  Mais
-  Olivo
-  Patata
-  Patata dolce
-  Pepe
-  Peperone
-  Pomodoro
-  Riso
-  Segale
-  Tabacco
-  Vite
-  Zucca



Origini geografiche di animali domestici

-  Alpaca
-  Bovini
-  Equini
-  Lama
-  Maiale
-  Oca
-  Porcellino d'India
-  Renna
-  Tacchino

Flussi e sistemi giuridici



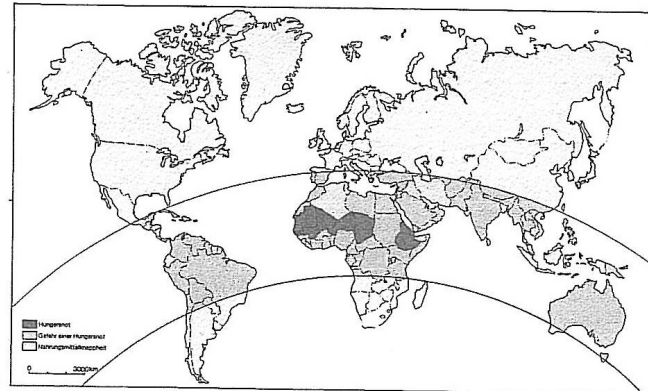
Il Nomos nel 1900



Il c.d. "Terzo Mondo"

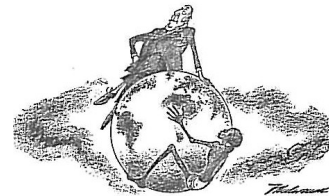
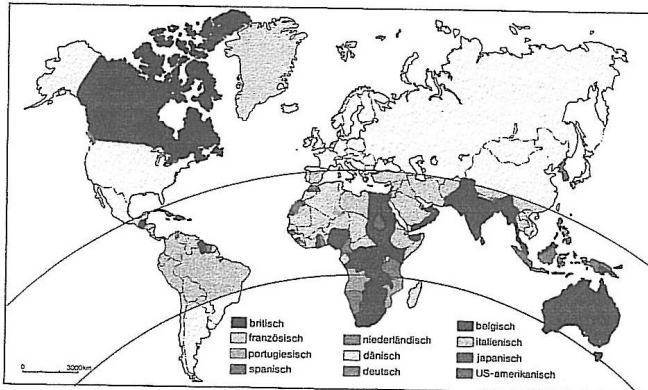
IX. Die Dritte Welt

1. Was sind Entwicklungsländer?



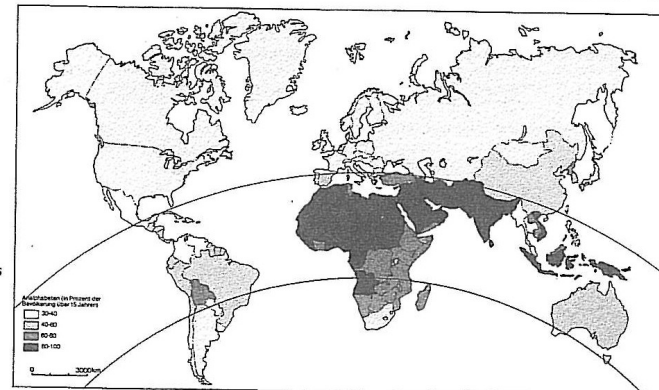
K 1 Hungergürtel der Erde

K 2 Gürtel der kolonialen Abhängigkeit



B 1 Arm gegen Reich

(a) Was drückt das Bild aus? (b) Vergleichen Sie die Lage der drei „Gürtel“. (c) Wie läßt sich die geographische Einheit der Gürtel erklären? (d) Was besagen die Bezeichnungen „Entwicklungsländer“, „unterentwickelte Länder“, „Dritte Welt“, seit der Ölkrise 1973 auch „Vierte Welt“? (e) Welche Länder gehören zur „Ersten“ und „Zweiten Welt“? (f) Nach welchen Kriterien sind die Bezeichnungen festgelegt?

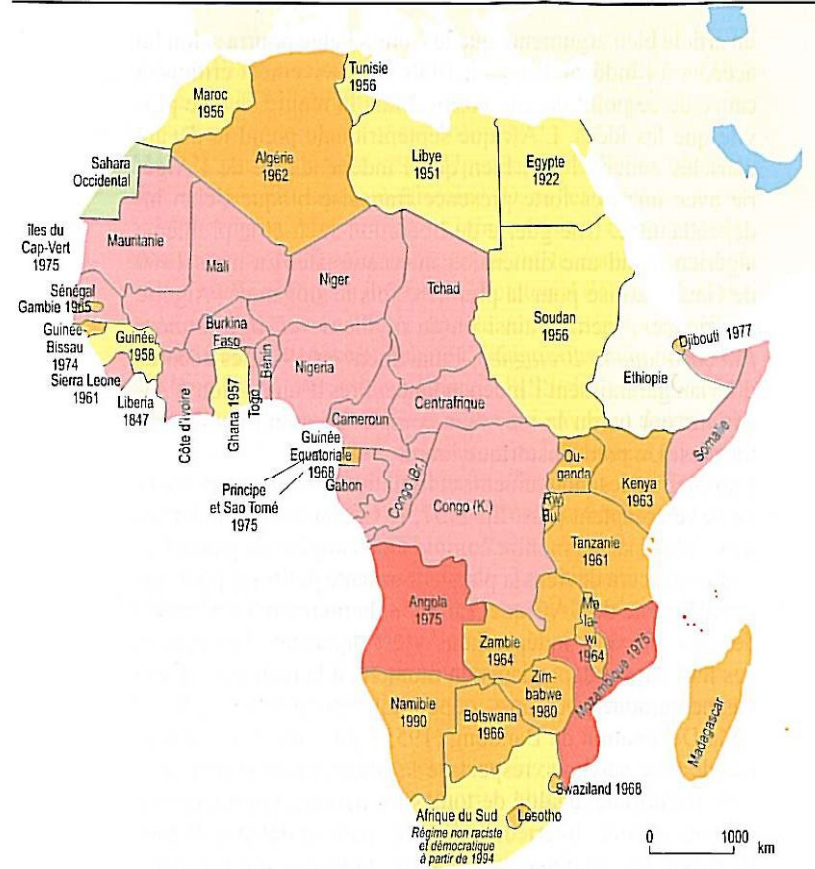


K 3 Gürtel des Analphabetentums

Indipendenza africana nel 1960

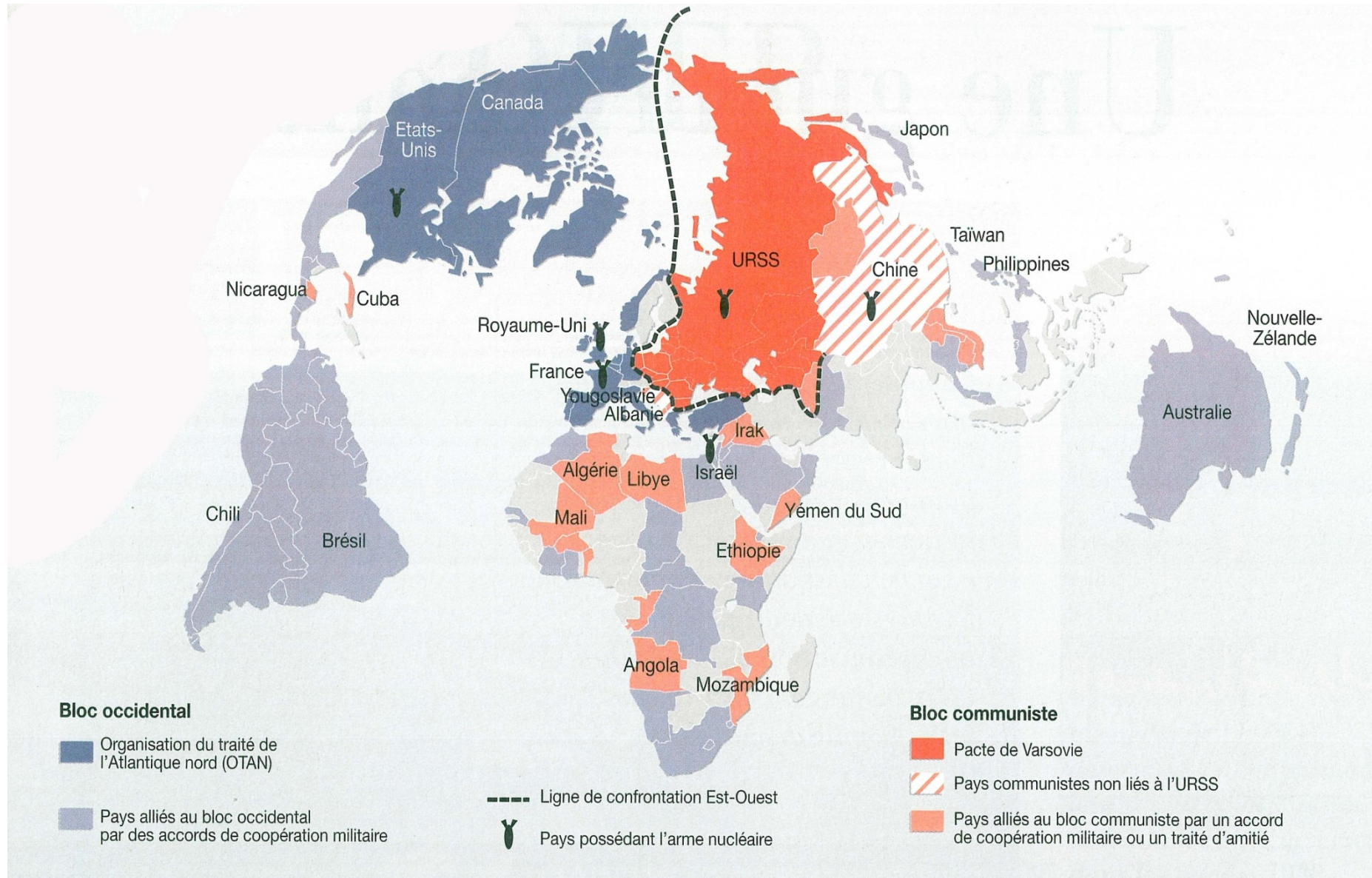
L'ACCESSION À L'INDÉPENDANCE POLITIQUE

DOC. 3

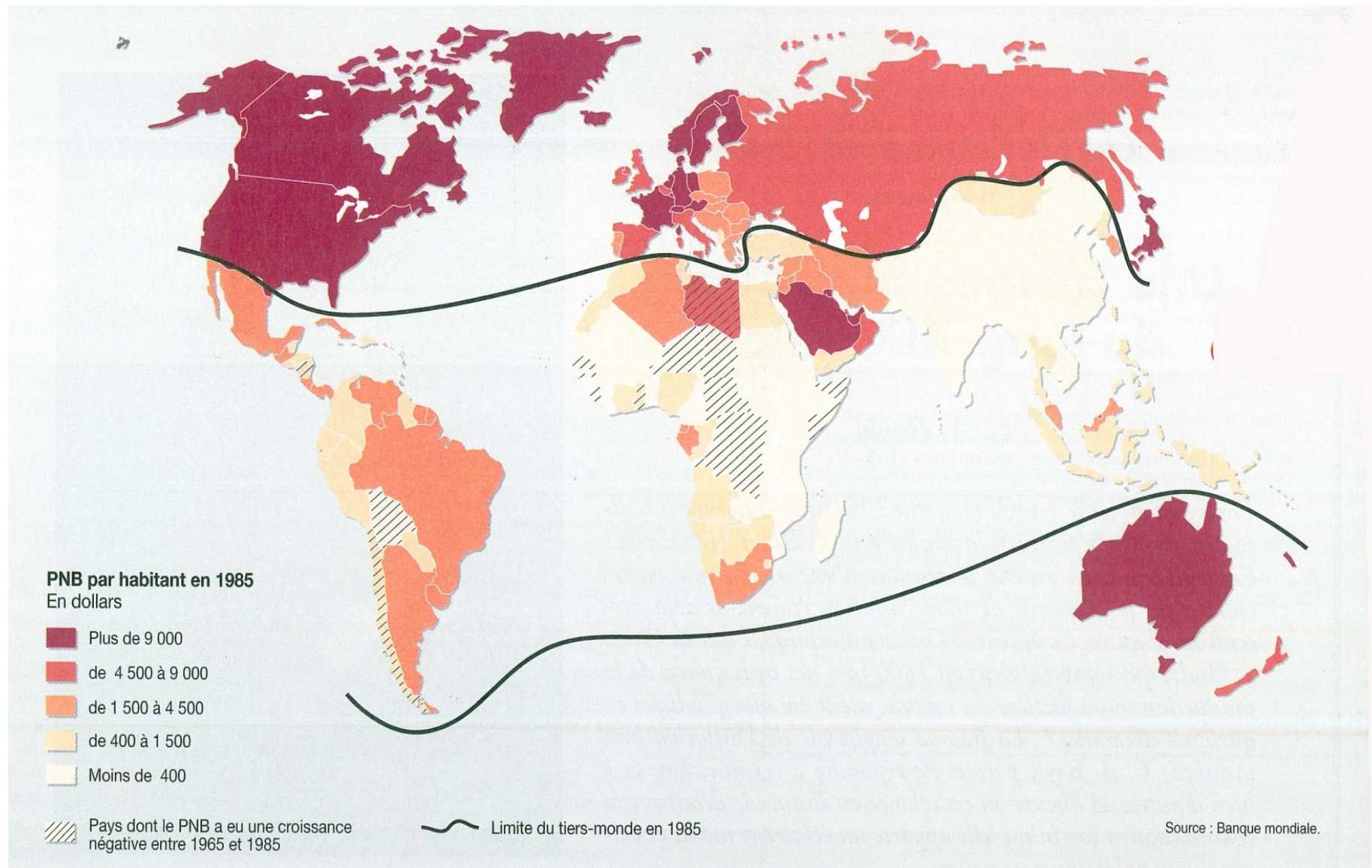


- Indépendant avant 1960
- Indépendant en 1960
- Indépendant après 1960
- Ex-colonies portugaises
- Sahara Occidental: territoire disputé entre le Maroc et le Polisario qui y a installé un gouvernement en 1982

I blocchi della “Guerra fredda”

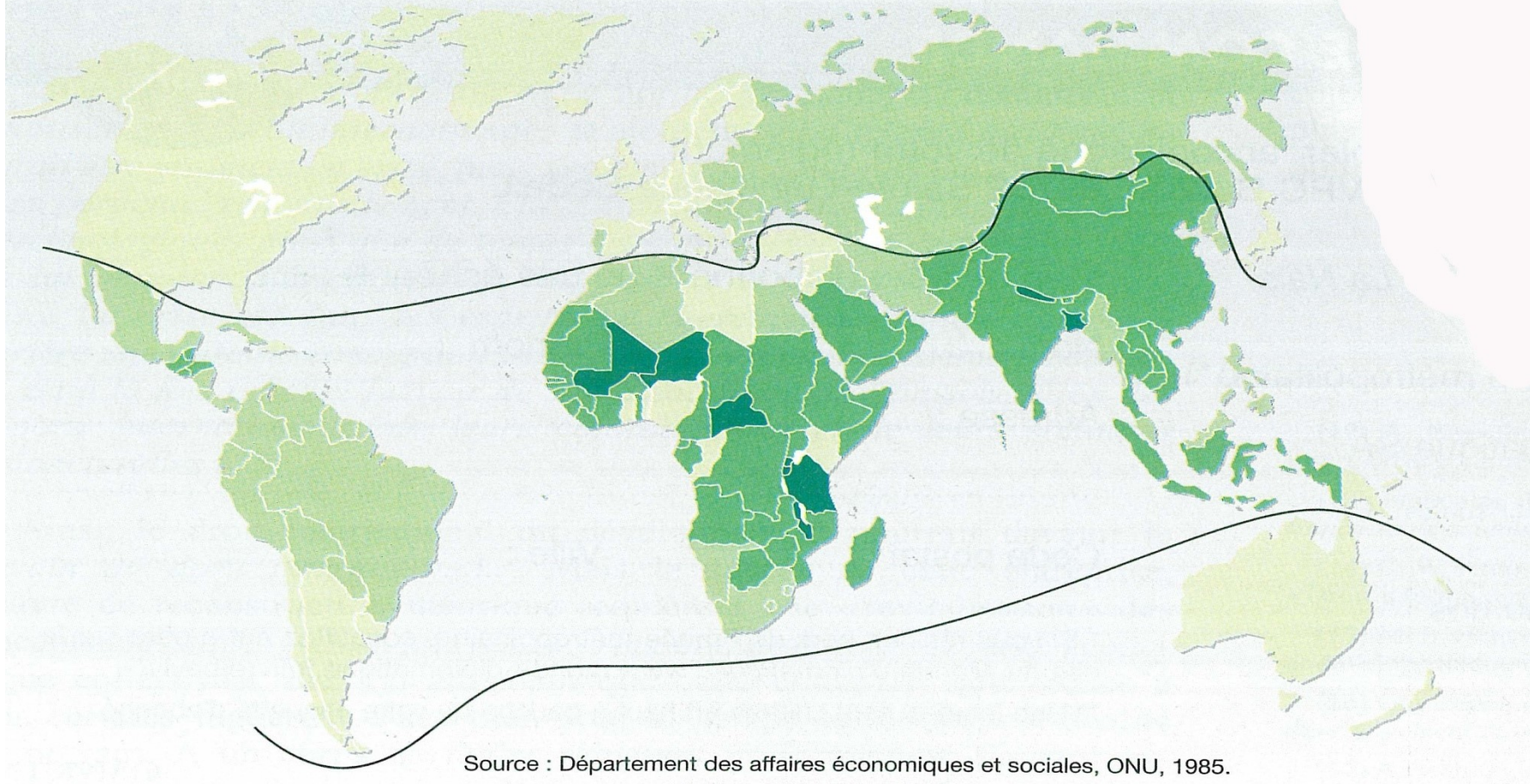
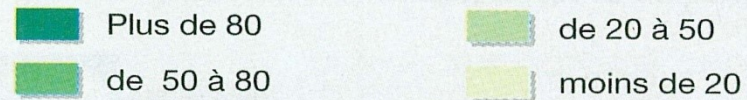


Il P.I.L. alla vigilia delle ultime “transizioni costituzionali”

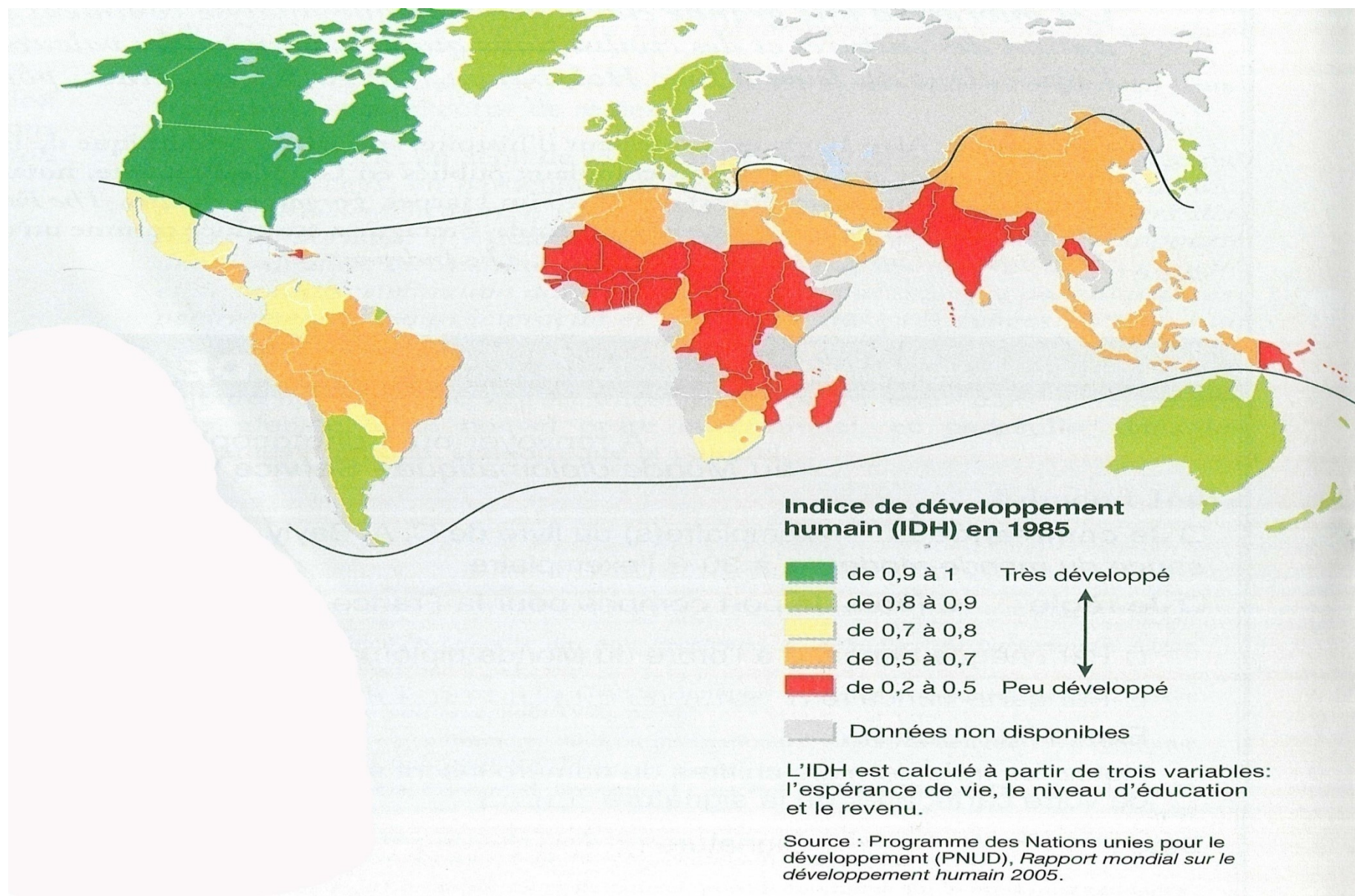


Sviluppo industriale alla vigilia delle ultime “transizioni costituzionali”

Main-d'œuvre agricole
en % de la main-d'œuvre
totale, en 1985



Indice I.S.U. alla vigilia delle ultime “transizioni costituzionali”

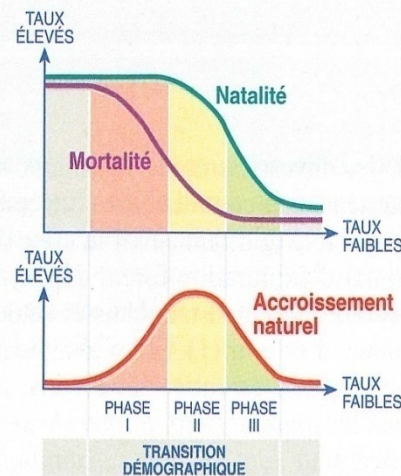
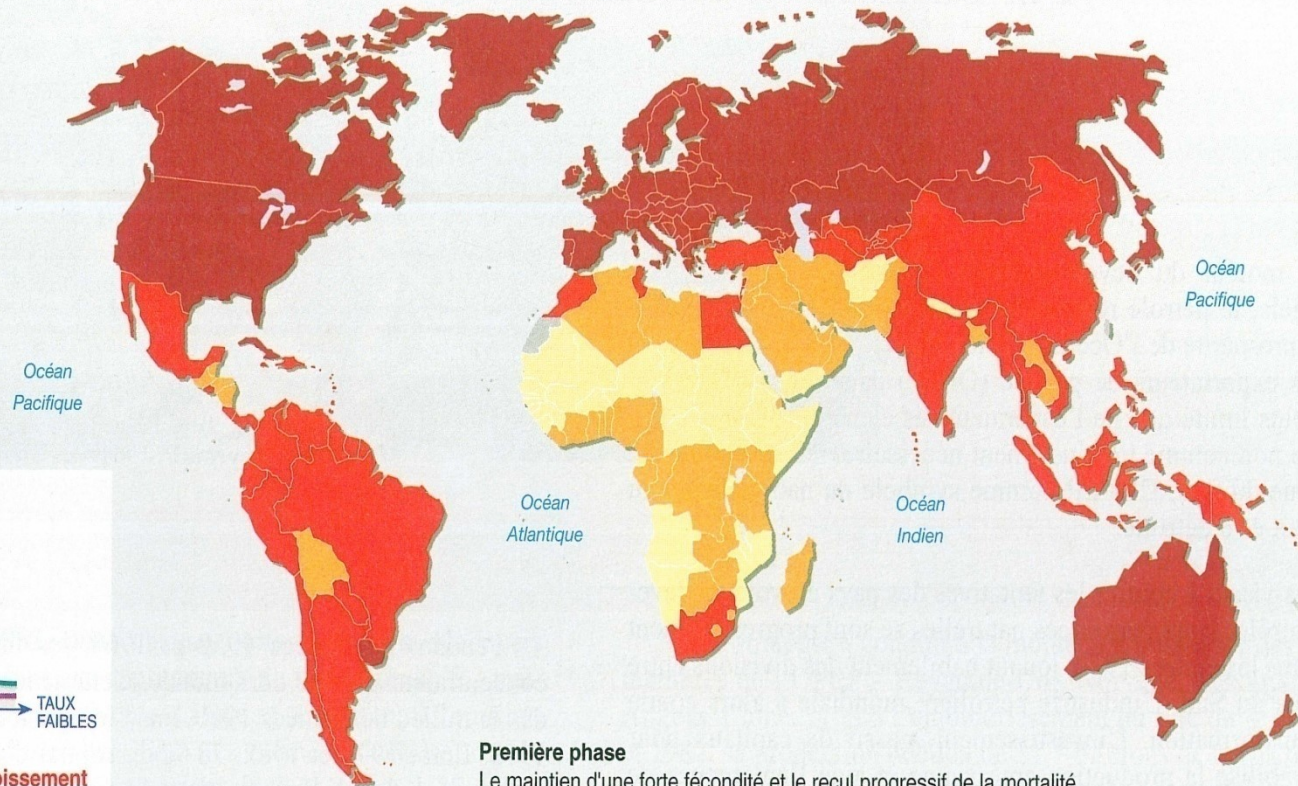


La “transizione demografica” nel 2000

Transition démographique dans le monde en 2000

Cette typologie est établie à partir des indicateurs suivants :

- Taux de mortalité
- Taux de natalité
- Taux de mortalité infantile
- Nombre d'enfants par femme
- Taux d'accroissement de la population pour 1995-2000



Première phase

Le maintien d'une forte fécondité et le recul progressif de la mortalité conduisent à des taux d'accroissement élevés.

- Première phase avec un taux de mortalité infantile très élevé
- Première phase avec un taux de mortalité infantile plus faible

Deuxième phase

La stabilisation progressive de la mortalité et le fléchissement de la fécondité conduisent à une stagnation des taux d'accroissement.

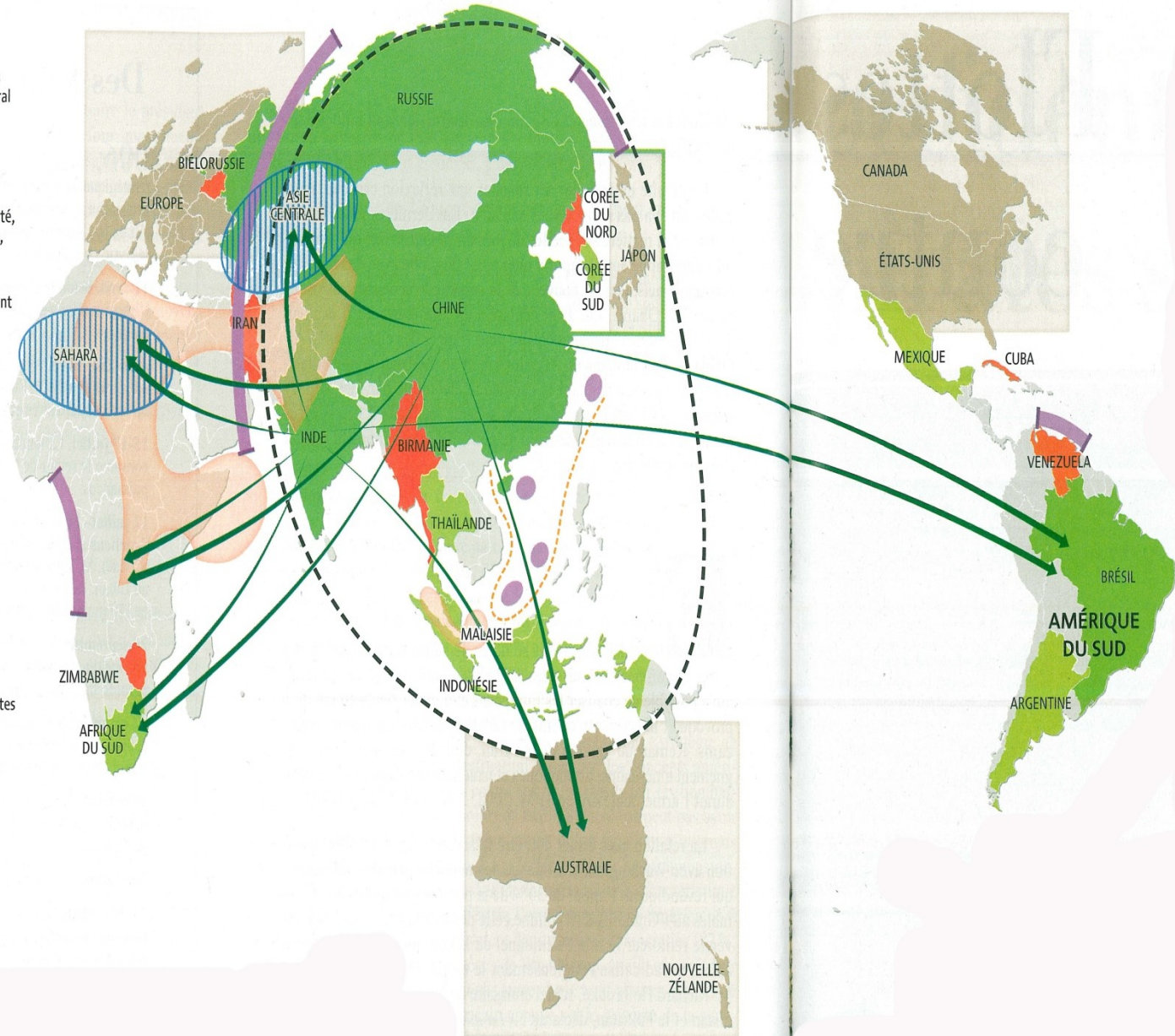
Troisième phase

Alors que la mortalité est pratiquement stabilisée, la chute de la fécondité provoque une réduction considérable du taux d'accroissement. C'est la phase d'achèvement de la transition démographique.

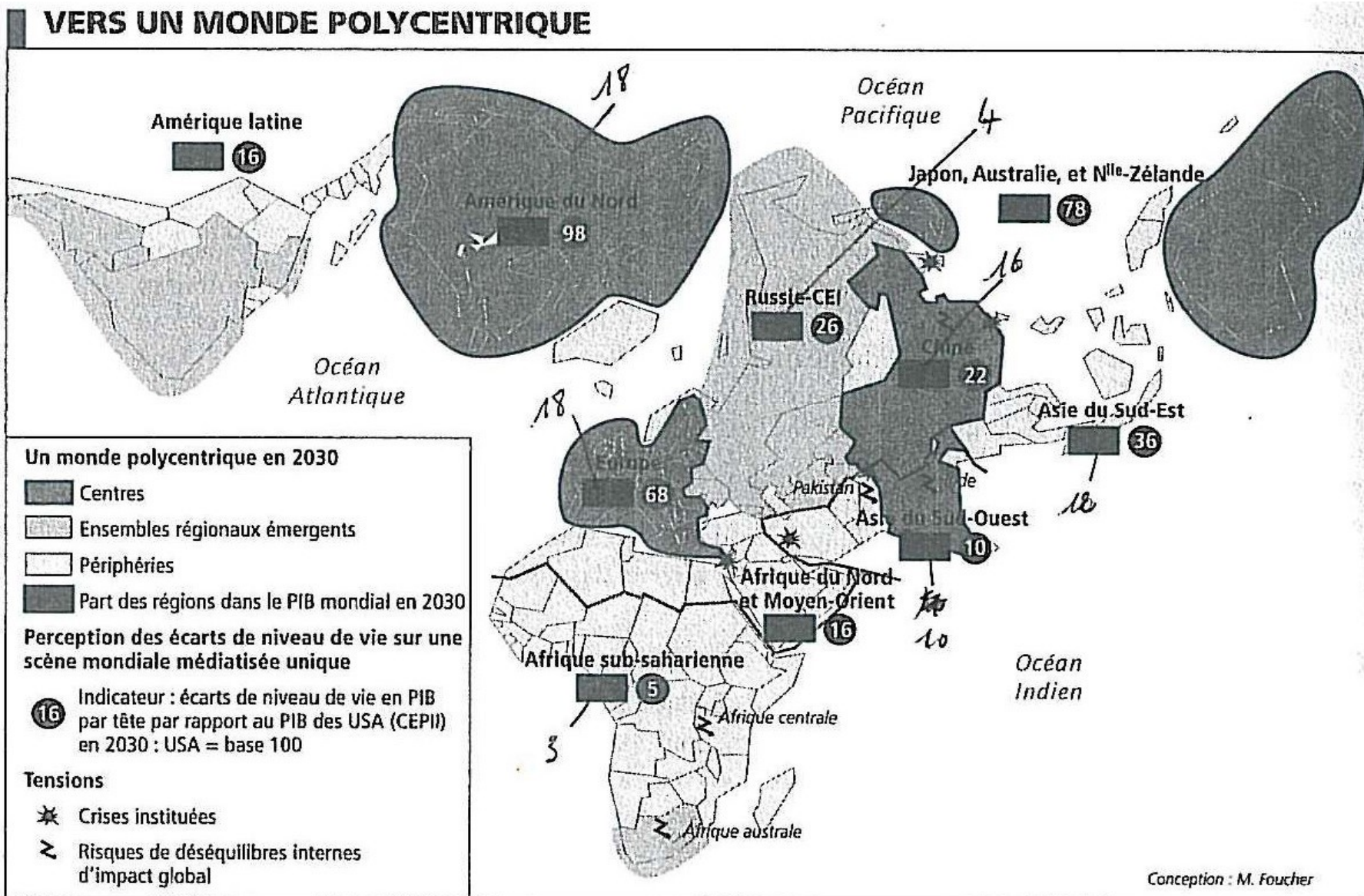
Sources : Daniel Noin, *Atlas de la population mondiale*, Reclus - La Documentation française, 1991. Carte actualisée avec les chiffres fournis par la division de la population des Nations unies, du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) et de la Banque mondiale.

Il c.d. “uovo cinese” e il “BRICS”

- Brésil, Russie, Inde, Chine (BRIC) : puissances émergentes en passe d'acquiescer un rôle central sur la scène internationale
- Puissances émergentes secondaires
- « L'œuf asiatique » : nouveau centre de gravité, environ deux tiers de la population mondiale, intenses échanges économiques
- ↔ Investissements et accords économiques visant à sécuriser l'accès aux matières premières stratégiques et éventuellement aux terres agricoles
- Revendications chinoises en mer de Chine méridionale
- Grandes puissances traditionnelles menacées par l'émergence des pays asiatiques
- Pays hostiles aux Etats-Unis
- Territoires instables, géographie du chaos : zone de guerre, violence, insécurité, piraterie...
- Territoires interstitiels, marges convoitées par les puissances traditionnelles et émergentes
- ↔ Arcs énergétiques (principales régions pour l'approvisionnement en gaz et pétrole)



Verso il Nomos policentrico e pluriverso

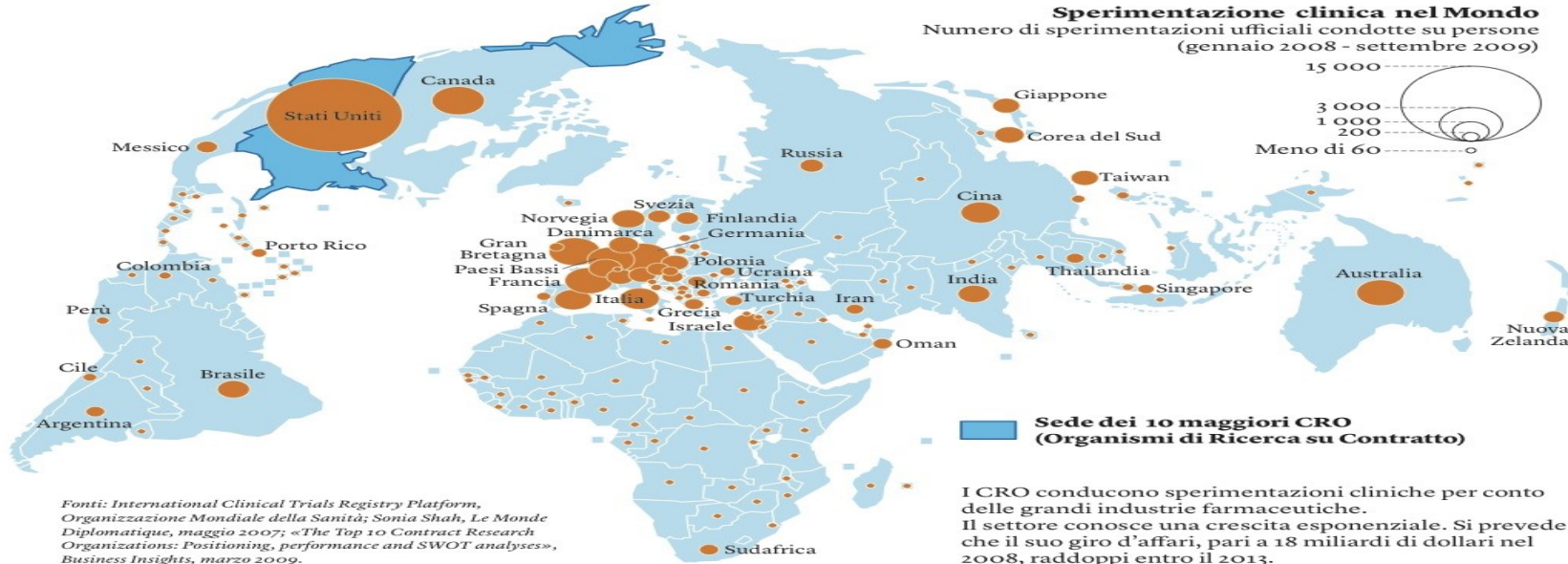


Sovranità degli Stati e militarizzazione delle risorse



Salute, sperimentazione, sovranità statale

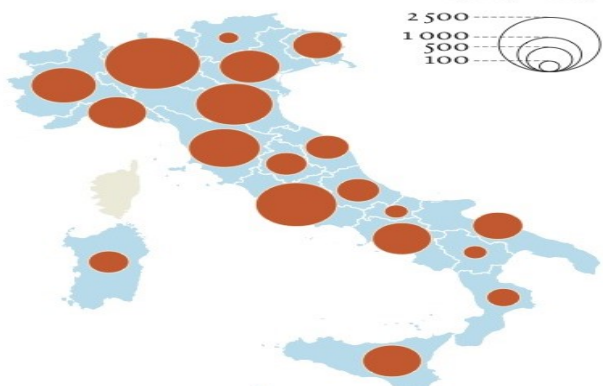
Corpi umani tra scienza e mercato



I CRO conducono sperimentazioni cliniche per conto delle grandi industrie farmaceutiche. Il settore conosce una crescita esponenziale. Si prevede che il suo giro d'affari, pari a 18 miliardi di dollari nel 2008, raddoppi entro il 2013.

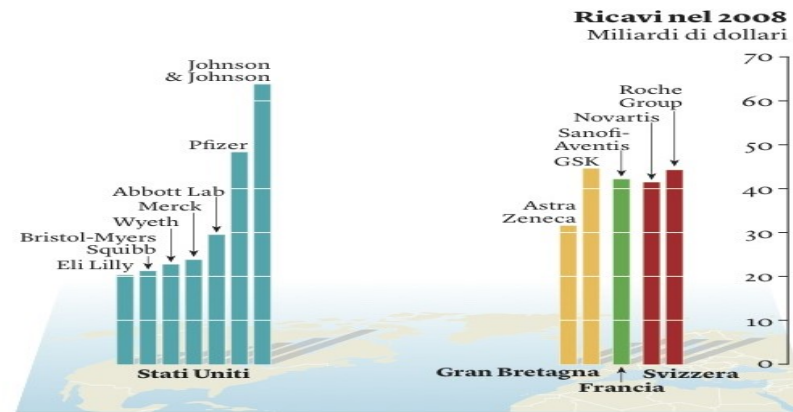
Sperimentazione clinica in Italia

Numero di sperimentazioni cliniche per regione (2004-2009)



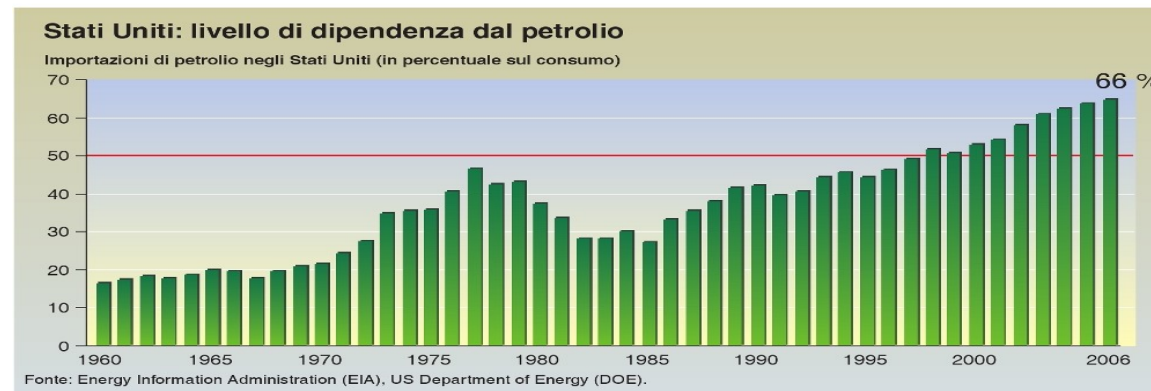
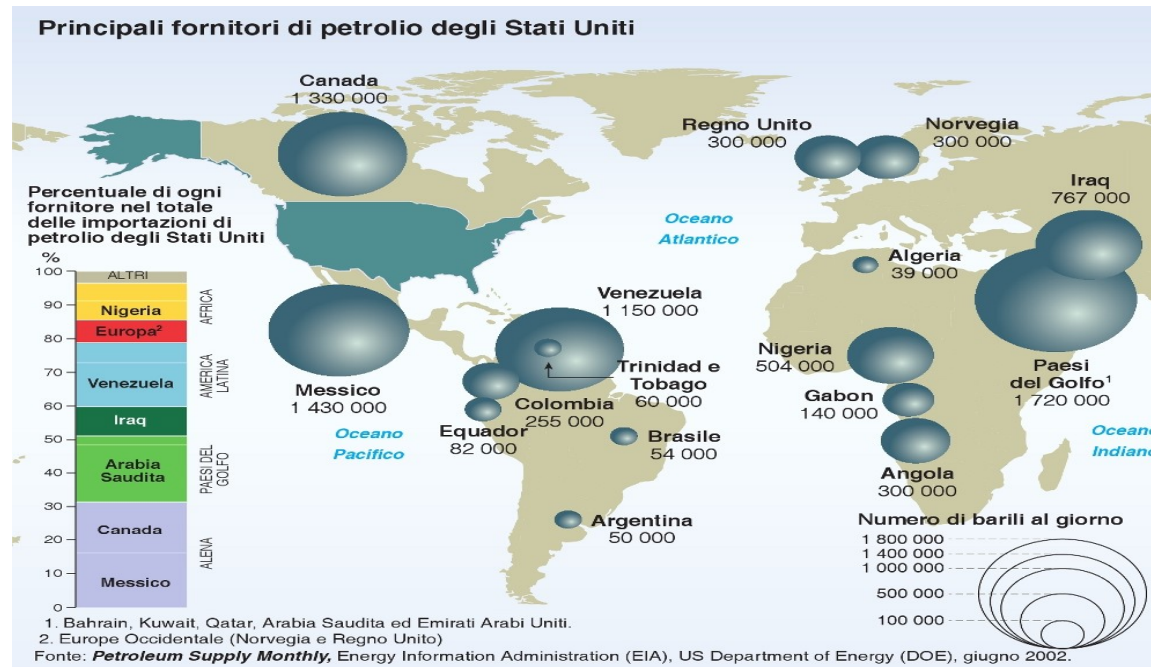
Fonte: Osservatorio Nazionale sulla Sperimentazione Clinica dei Medicinali, AIFA.

I dodici giganti del farmaco



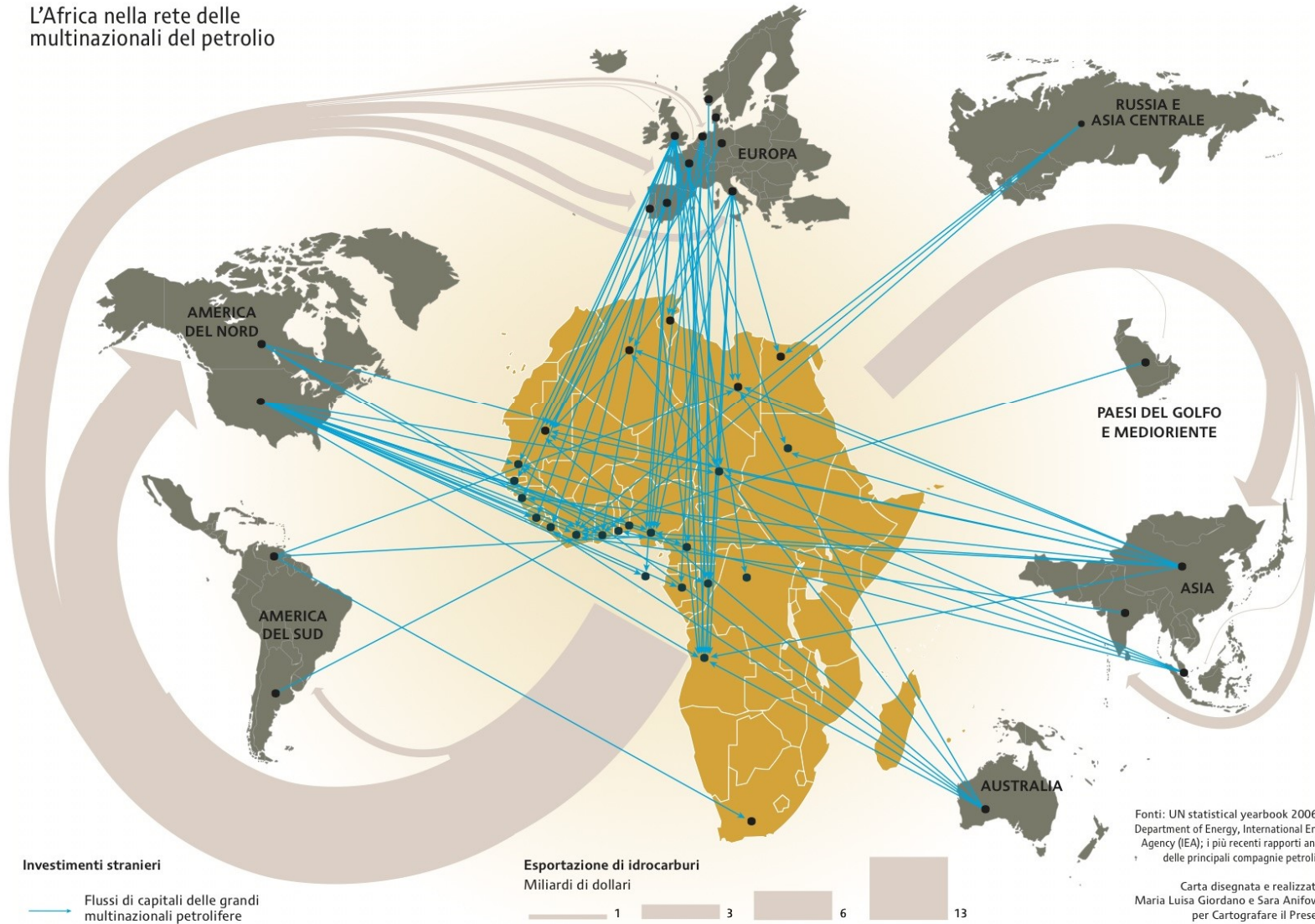
Fonte: «Global 500: Annual Ranking of the World's Largest Corporations», *Forbes*, luglio 2009.

La dipendenza energetica degli USA



La “rete” che ingabbia l’Africa

L’Africa nella rete delle multinazionali del petrolio

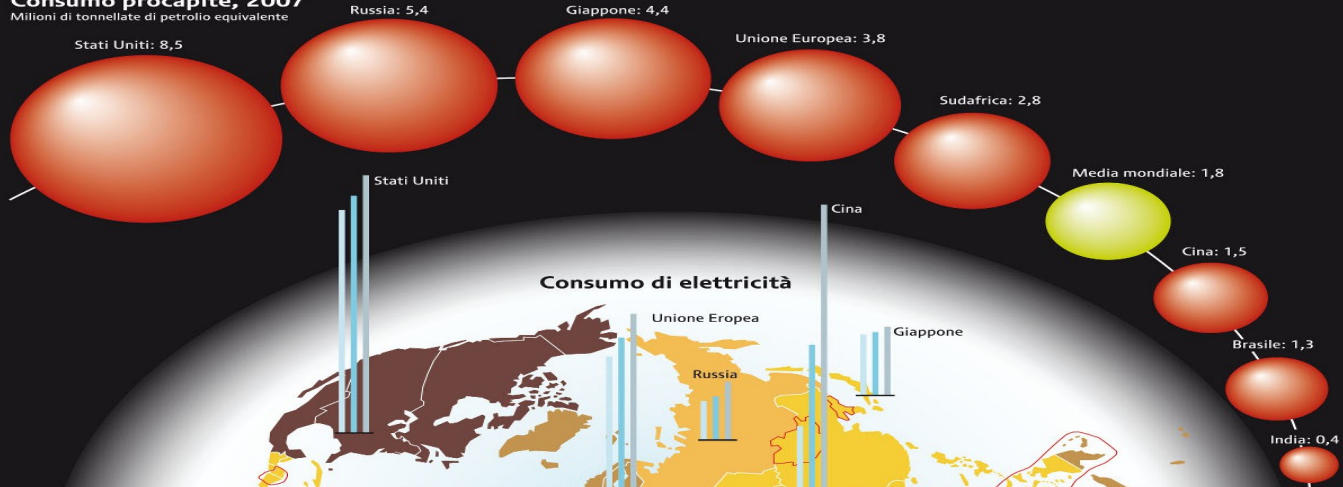


Il consumo di energia

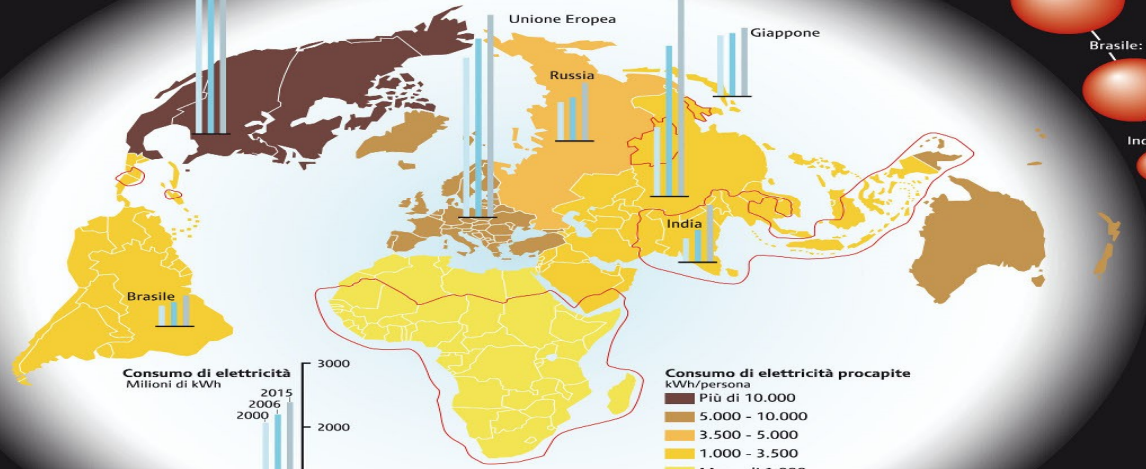
Grandi consumatori di energia

Consumo procapite, 2007

Milioni di tonnellate di petrolio equivalente



Consumo di elettricità



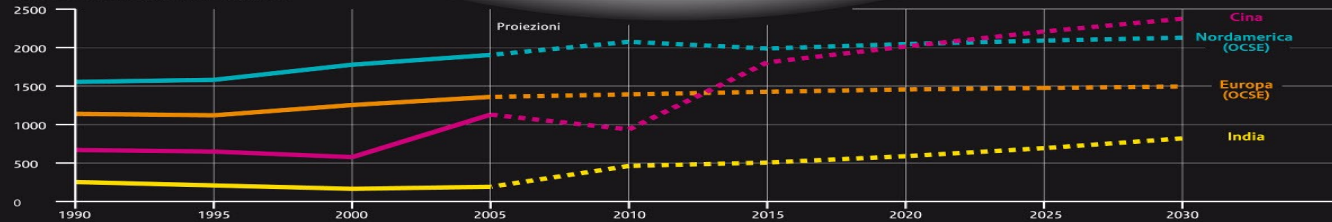
Consumo di elettricità

Milioni di kWh



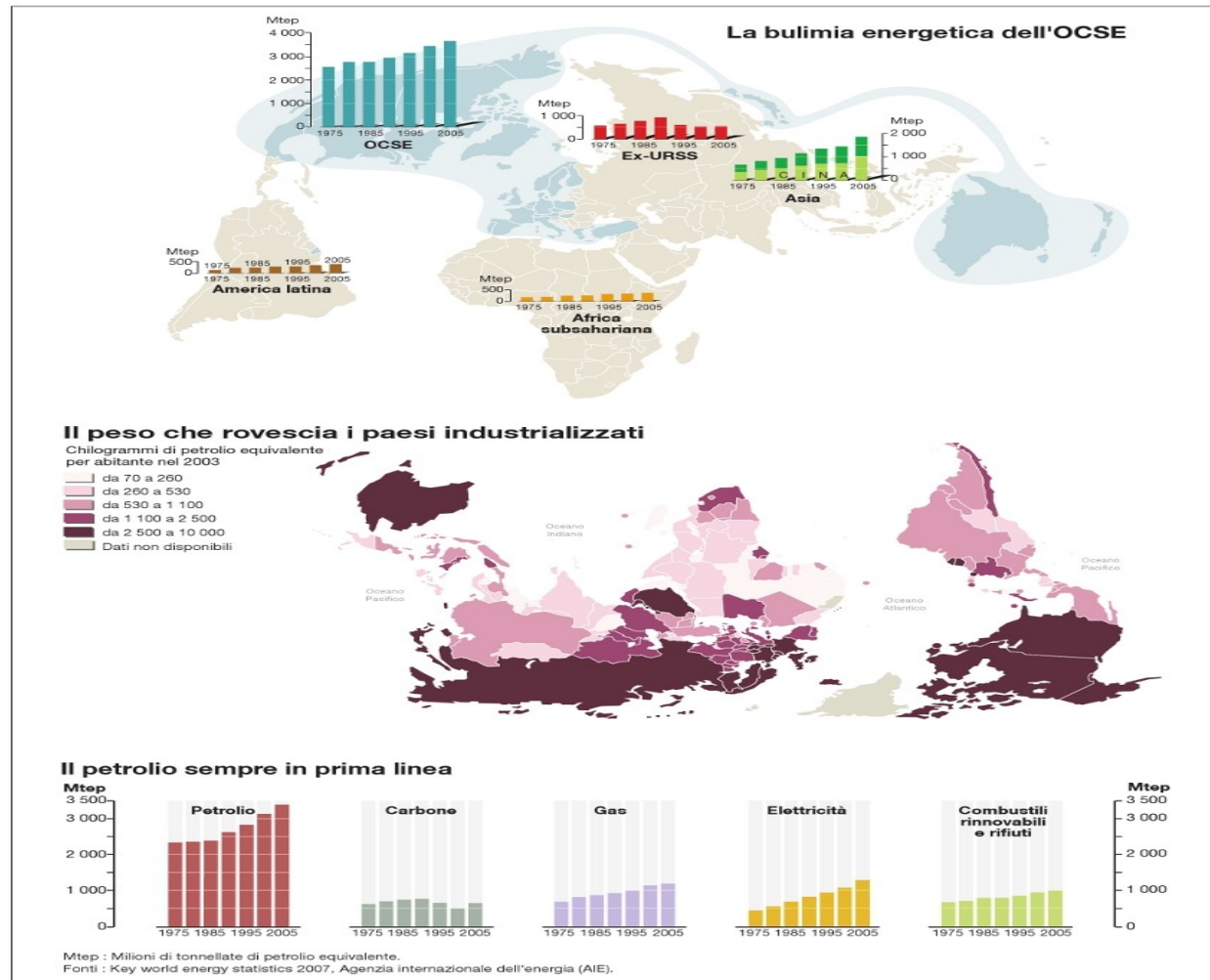
Chi consumava, chi consuma e chi consumerà

Milioni di tonnellate di petrolio equivalente



Fonti: Agenzia Internazionale dell'Energia (IEA): "World Energy Outlook", 1998, 2000, 2002, 2004, 2008, 2009; U.S. Energy Information Administration (EIA), (www.eia.doe.gov); Organizzazione Mondiale della Sanità e Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo: "The energy access situation in developing countries", 2009

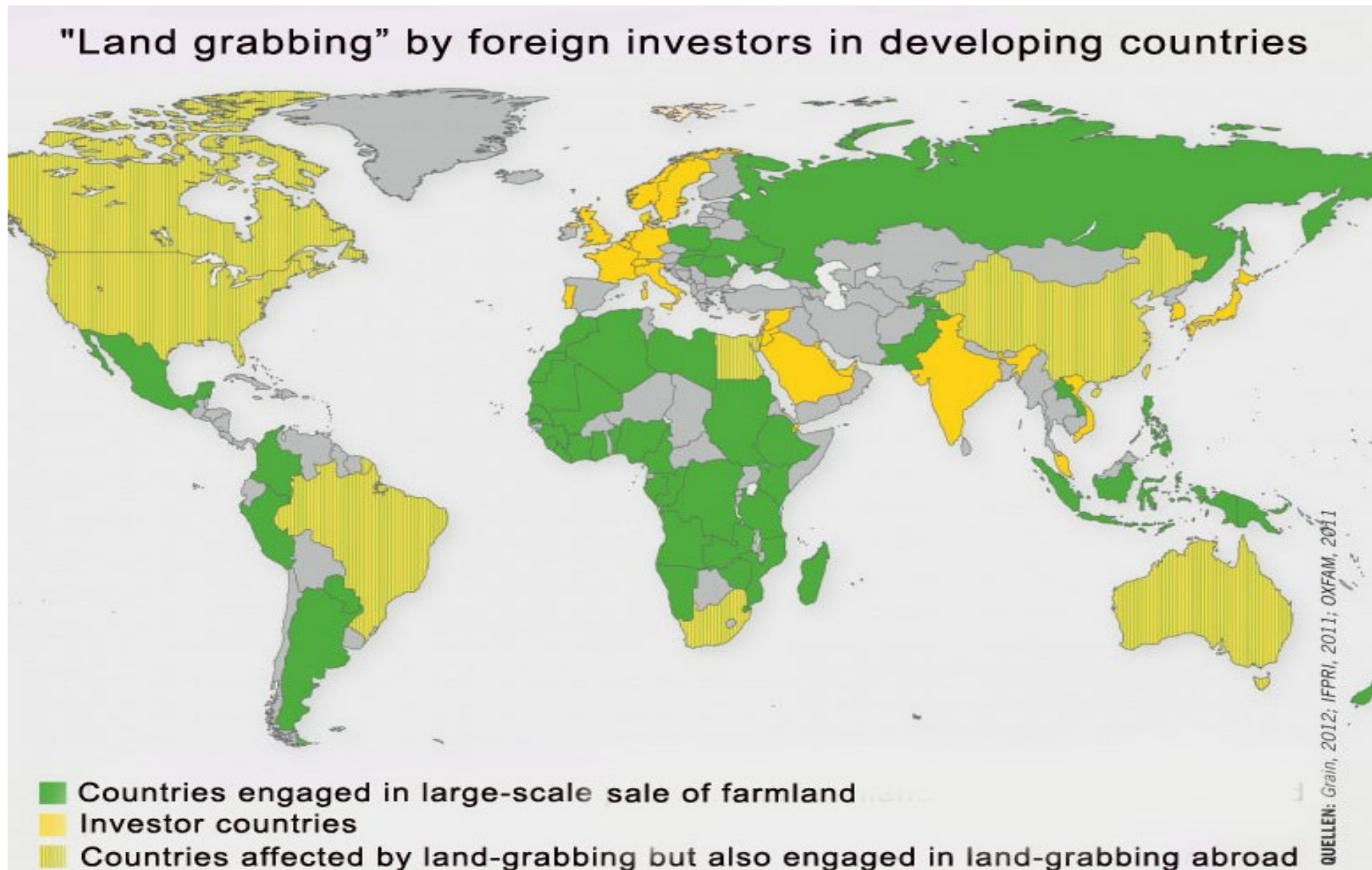
I “rapporti di energia”



Consumo di energia finale* nel mondo

* Energia utilizzata dal consumatore finale

Il Nomos del “Land Grabbing”



Il Nomos del “Land Grabbing”

Figure 1

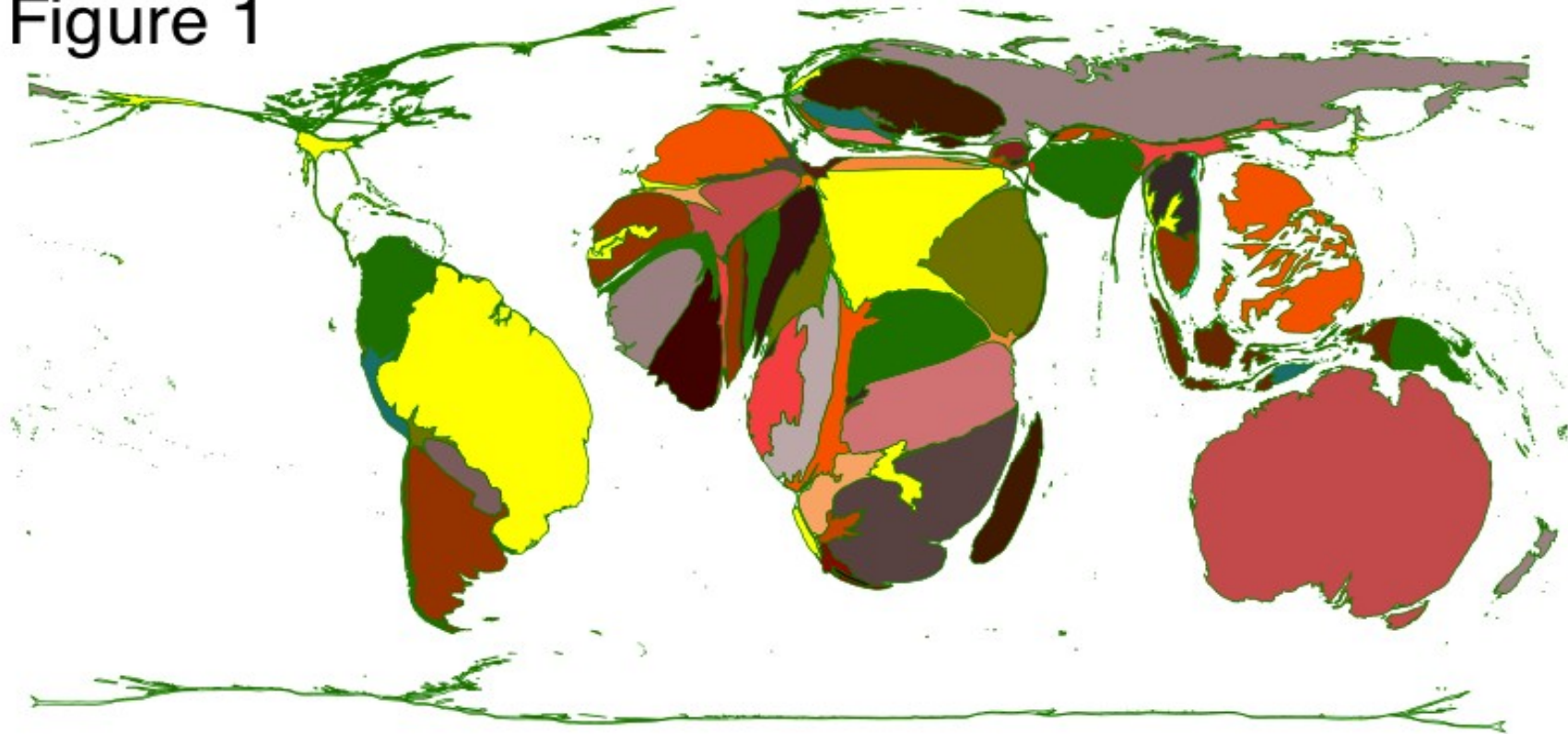


Figure 1. Distorted world map according to the relative amount of land grabs in each country. In other words, the area of each country was rescaled in proportion to the amount of land that has been acquired by foreign investors after 2006. The colors in the cartogram are only used to distinguish different countries.

Il Nomos del “Land Grabbing”

Figure 3

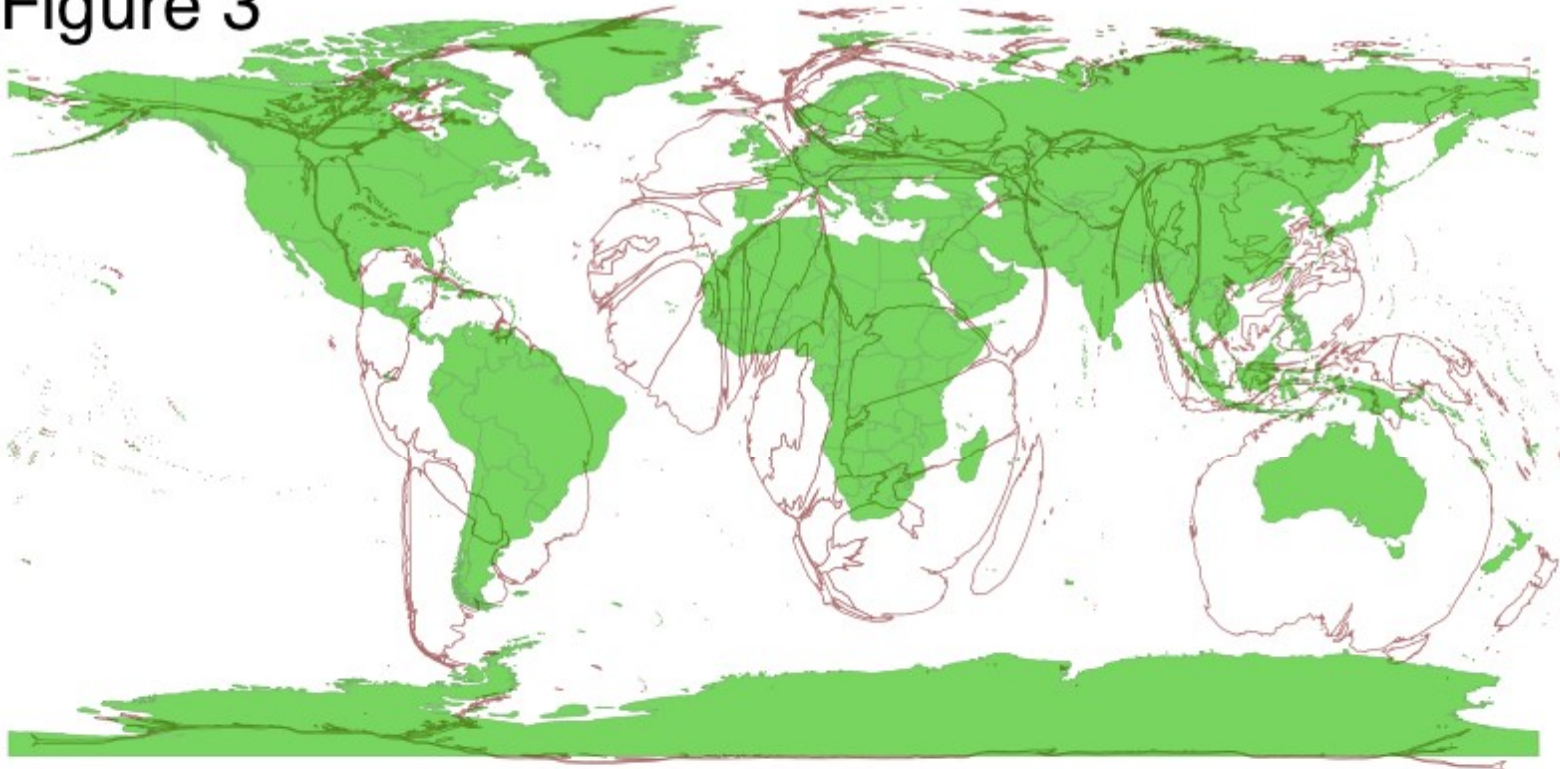
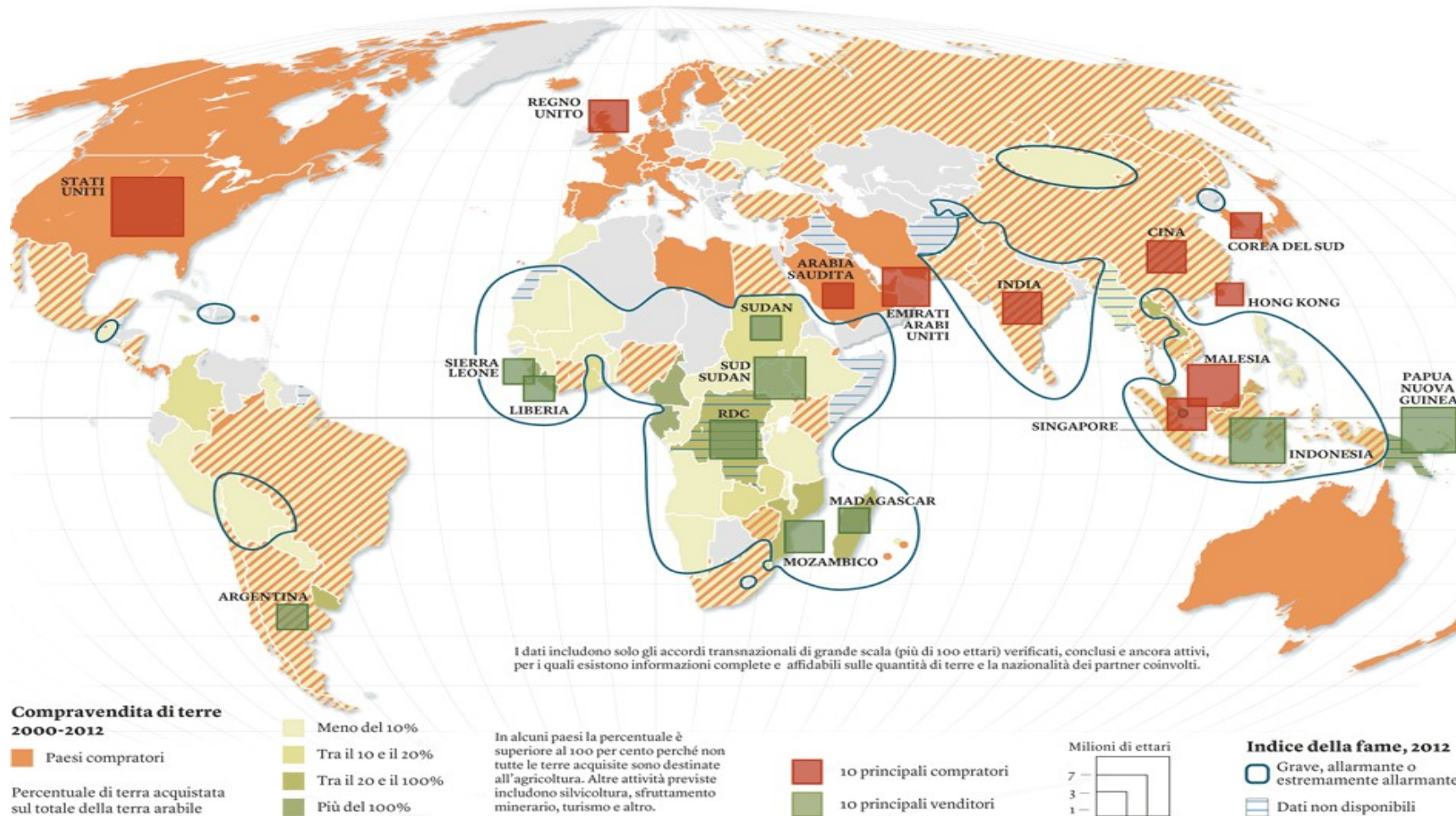


Figure 3. Normal world map overlapped to the cartogram of Figure 1 to facilitate comparison between the two maps.

Le “terre in vendita”: una nuova economia “di predazione”?



Per ulteriori analisi cartografiche

<http://www.cartografareilpresente.org/>

<http://www.internazionale.it/atlante/beni-comuni/>

Bibliografia

- K. A. Appiah, *In my Father's House: Africa in the Philosophy of Culture*, London, Methnen, 1992
- R. Ashby Wilson, J. P. Mitchell (eds.), *Human Rights in Global Perspective. Anthropological Studies of Right, Claims and Entitlement*, Routledge, London, 2003
- Z. Bauman, *Modus Vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido* (2006), tr. it., Roma-Bari, Laterza, 2007
- G. Bouchard, *Genesis de las Naciones y Culturas del Nuevo Mundo. Ensayo de istoria comparada*, (2000), tr. cast., Mexico Df, Efe, 2003
- M. Bussani, *L'uso imperiale del diritto*, in *Limes*, 1, 2010, 95 ss.
- Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007
- M. Carmagnani, *L'altro Occidente. L'America Latina dall'invasione europea al nuovo millennio*, Torino, Einaudi, 2003
- S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 57, 2007, 609 ss.
- E. dell'Agnese, *Geografia politica critica*, Milano, Guerini e Associati, 2005

Bibliografia

- P. A. Diaz Arenas, *Estado e Tercer Mundo. El constitucionalismo*, Bogotá, Temis, 1997
- A. Eide, A., *Economic, social and cultural rights as human rights*, in A. Eide, K. Kraude, A. Rosas, A. (eds.). *Economic, social and cultural rights: a textbook*, Dordrech, Martines Nijhoff, 1995,
- J. Eisenberg, *As Missões Jesuíticas e o pensamento Político Moderno. Encontros culturais, aventuras teoricas*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2000
- A. M. Gentili, *Le problematiche dell'Institution Building*, in V. Ianni (a cura di), *Verso una nuova visione dell'aiuto*, Roma, 2004, 149 ss.
- E. J. Hobsbawm, T. Ranger (a cura di), *L'invenzione della tradizione (1983)*, tr. it., Torino, Einaudi, 1987
- M. Kiskenniemi, *International Law and Hegemony: a Reconfiguration*, in *Cambridge Rev. Int. Affairs*, 17, 2002, 197 ss.
- B. Ikubolajeh Logan (ed.), *Globalization, the Third World State and Poverty-Alleviation in the Twenty-First Century*, Aldershot, Ashgate, 2002
- M. Livi Bacci, *Conquista. La distruzione degli indios americani*, Bologna, il Mulino, 2005
- P. Logroscino, *Spazi macroterritoriali e cosione. Premesse di comparazione costituzionale*, Lecce-Cavallino, Pensa, 2007

Bibliografia

- C. B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke* (1962), tr.it., Milano, A. Mondadori, 1982
- Th. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale* (1950), tr.it., Roma-Bari, Laterza, 2002
- K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1958
- A. Mudimbe, *L'invenzione dell'Africa* (1998), tr. it., Roma, Meltemi, 2007
- A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, Rizzoli, 2010
- M. Neves, *Transconstitucionalismo*, Sao Paulo, Martinsfontes, 2009
- E. O'Gomman, *La invención de América*, Mexico Df, Efe, 1958
- K. H. O'Rourke, J. G. Williamson, *Globalizzazione e storia. L'evoluzione dell'economia atlantica nell'Ottocento* (1999), tr.it., Bologna, il Mulino, 2005
- R. Posner, *The Supreme Court 2004 Term. A Political Court*, in 119 *Harvard L. Rev.*, 2005, 131 ss.
- J. A. Pocok , *La ricostruzione di un impero. Sovranità britannica e federalismo americano*, Manduria, Lacaíta, 1996
- V. Prashad, *Storia del Terzo Mondo* (2007), tr. it., Soveria Mannelli, Rubettino, 2009

Bibliografia

- J. Ramsey, *Spain: the Rise of the First World Power*, Tuscalosa, Univ, Alabama Press, 1973
- J. Rancière, *Who is the Subject of the Rights of Man?*, in *South Atlantic Quarterly*, 103, 2004, 2/3, 297 ss.
- K.L. Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism. The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models*, in *International J. Const, Law*, 1, 2003, 296 ss.
- C. Schmitt, *Il nomos della Terra* (1974), tr.it., Milano, Adelphi, 1991
- C. Schmitt, *Terra e mare* (1981), tr. it., Milano, Giuffr , 1986
- A. Sen, *La democrazia degli altri. Perch  la libert  non   un'invenzione dell'Occidente*, tr. it., A. Mondatori, 2004
- G. Teubner, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondisociali*, tr. it., Napoli, Ed. Citt  del Sole, 1999
- I. Wallerstein, *La retorica del potere. Critica dell'universalismo europeo* (2006), tr.it., Roma, Fazi ed. , 2007
- W.A. Williams, *Storia degli Stati Uniti*, tr. It., Bari, Laterza, 1968, vol. II.
- F. Zakaria, *The Post-American World*, New York/London, W.W. Norton & Company, 2008
- S. Zizek, *Diritti umani per Odradek?* (2005), tr. it., Roma, Nottetempo, 2005

Comparazione costituzionale e geopolitica

Modulo 4 Paragrafi 1-2

Michele Carducci
Deontologia e assiologia
dello Stato costituzionale di diritto
[di tradizione giuridica occidentale di *Common e Civil
Law*]

La Costituzione e i “dispositivi metodologici”

Una volta conosciute:

a) le diverse declinazioni dell’idea di Costituzione, conseguenti alla Verweltlichung e quindi alla differenziazione dei dispositivi metodologici delle relazioni sociali e alle visioni di libertà e giustizia “mondane”,

nonché

b) le coordinate geopolitiche del costituzionalismo, con i loro effetti di differenziazione tra Europa e Americhe nella progressiva separazione tra Nomos Iberico e Nomos Americano e nell’affermazione di uno “standard costituzionale comune”,

si deve verificare come le Costituzioni, in quanto principi o testi normativi dentro gli Stati, hanno interagito con questi “dispositivi metodologici”.

Rule of Law e Stato di diritto in prospettiva storica

Rule of Law

Linea della *Recognitio* (GB-USA)

Come giudizio (*petitum*) secondo:

***legge naturale +
morale universale (Kosmos) +
giustizia individuale di libertà (Human Rights)***

Sue caratteristiche:

***primato della argomentazione;
standardizzazione;
esportabilità della Rule of Law (es. Cina).***

Sua evoluzione:

***Rule of Law > Constitutional Rule of Law >
Democratic Rule of Law***

Primato del giudice (giudicare)

Stato di diritto

Linea della *Constitutio* (État de Droit)

Come decisione (*consensus*) secondo:

***legalità +
autorità (Taxis) +
legittimità "interna" allo Stato (Grundrechte)***

Sue caratteristiche:

***primato della interpretazione;
contestualizzazione statale (Rechtsstaat; St. di diritto);
non esportabilità.***

Sua evoluzione:

***Stato di diritto > Stato costituzionale > Stato
democratico di diritto***

Primato della legge (prescrivere)

La convergenza tra Rule of Law e Stato di diritto nel Novecento:

1. la centralità dello Stato

Il Novecento ha segnato nel mondo il primato del dispositivo metodologico Stato rispetto a qualsiasi altro (si pensi alla “nascita” degli Stati nel corso del secolo, dalla Società delle Nazioni all’ONU alla decolonizzazione e si pensi agli accordi di Bretton Woods del 1944, tra soli 44 Stati).

Questo ha favorito una declinazione della Rule of Law dentro ciascuno Stato, come sinonimo di “Stato di diritto” soprattutto nelle esperienze “liberal-democratiche” del secondo Novecento

[M. Neves]

***La convergenza tra Rule of Law e Stato di diritto nel Novecento:
2. Nomos americano e “sovrnazionalità”***

Contestualmente, però, questo processo si è sviluppato nella contemporanea definitiva affermazione del Nomos americano, con la sua convergenza verso la Rule of Law individualistica e funzionale allo “standard costituzionale comune” del mercato.

Da questa convergenza deriveranno:

- sia l’idea della sovrnazionalità “non statale”, a base della idea di integrazione europea nel primato della Rule of Law [F. Palermo] e della funzionalizzazione della Costituzione al mercato;***
- sia l’abbandono del “Gold Standard” di Bretton Woods, proprio perché radicato sul primato dello Stato.***

La convergenza tra Rule of Law e Stato di diritto nel Novecento:

3. il “valore d’uso” del sistema normativo dello Stato attraverso la sua Costituzione

Il Novecento, soprattutto europeo, sarà quindi caratterizzato da questa “tensione” tra primato dello Stato attraverso il “valore d’uso” della sua Costituzione, come base stessa di tutto il diritto, e riaffermazione del dispositivo metodologico Mercato come “standard costituzionale comune” fondato sul “valore di scambio”. Il “valore d’uso” della Costituzione abilitava una ermeneutica volta a:

- garantire “coerenza” al sistema normativo dello Stato;***
- verificare la “compatibilità” di questa coerenza con principi e regole costituzionali;***
 - definire la “sufficienza” delle tecniche di decisione, interpretazione e argomentazione rispetto a principi e regole costituzionali.***

Le premesse del “valore d’uso” della Costituzione dentro uno Stato

**La “grammatica” del costituzionalismo
“liberal-democratico”,
inaugurato nel Secondo Dopoguerra:**

PF > L/DF > F

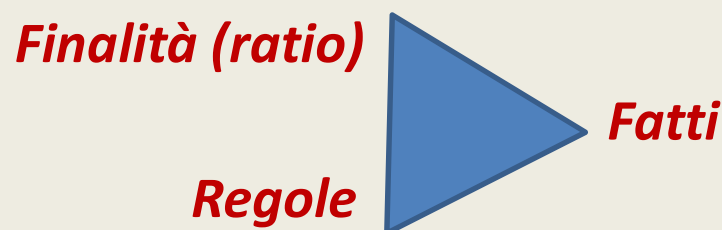
Come si “usa(va)” la Costituzione dentro uno Stato?

Assumendo l’enunciato normativo prodotto da un qualsiasi potere del sistema normativo come struttura triangolare che contiene:

Finalità

Regole

Riferimenti a fatti

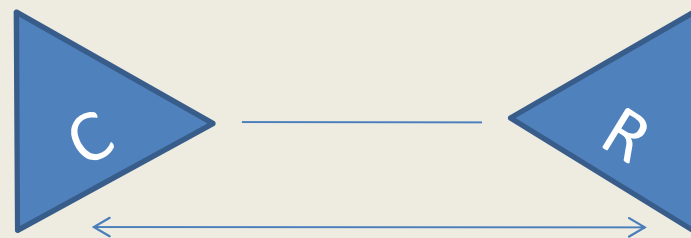


Interpretandolo attraverso procedimenti logico-argomentativi strutturati per 3 linee interne e 3 linee esterne di finalità e regole, rispetto ai fatti.

La prima linea interna

Garanzia della COMPETENZA

Verificare la conformità materiale e oggettiva di ciascuna singola decisione con quanto delimitato dalla gerarchia costituzionale nella produzione normativa.



La collisione di competenza determina un contrasto diretto (Widrigkeit), che impedisce, rendendolo superfluo, qualsiasi confronto successivo.

La seconda linea interna

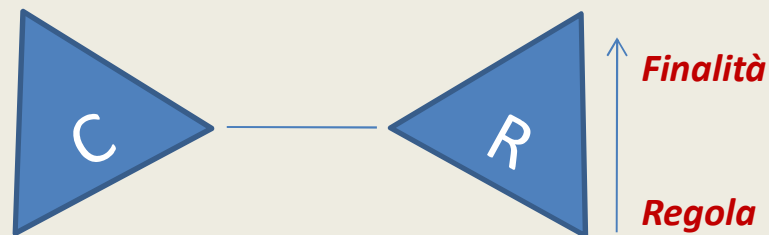
LA COERENZA INTERNA

Descrive la razionalità per linee interne di ogni singola decisione, rispetto alle finalità della stessa perseguite in considerazione dei fatti.

La razionalità è giustificata proprio dalla composizione triangolare degli enunciati delle decisioni normative. Essa non si traduce nella semplice ricerca della “non contraddizione logica”. Consiste piuttosto nella valutazione strumentale delle diverse finalità che la decisione intende e/o dichiara di voler conseguire nei fatti concreti di libertà, diritti o doveri su cui incide.

La coerenza interna opera in senso unidirezionale, in quanto attiva un nesso mezzi (della decisione)/fini (della medesima decisione).

Infatti, come sintetizzato efficacemente dal Tribunale Costituzionale Tedesco, attraverso di essa è possibile stabilire che “un mezzo è adeguato quando il suo utilizzo può favorire il risultato perseguito dalla decisione” [BverfGE 39, 210 (230)]. Pertanto, essa accerta uno stato di adeguatezza (Geeignetheit), nel momento in cui si promuovono decisioni a qualsiasi livello gerarchico della produzione normativa.



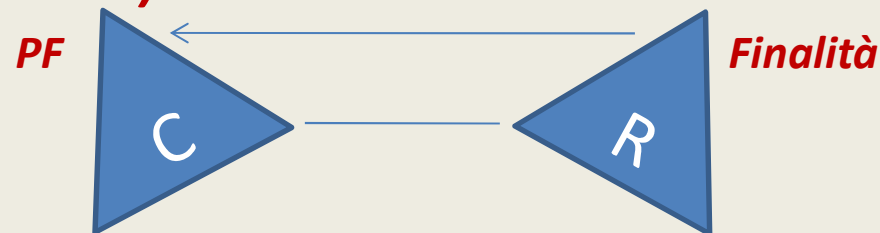
La irrazionalità mezzi-fini non dà senso (Vernünftigkeit) alla decisione normativa, destrutturandola nella sua composizione triangolare.

La terza linea interna

LA COMPATIBILITÀ INTERNA

Una volta appurata la razionalità della decisione normativa in sé, si apre l'orizzonte del confronto tra le finalità interne della decisione normativa, già verificate nella loro coerenza, e i parametri costituzionali dei "principi fondamentali", attraverso il contatto creato dal fatto regolato e dalla competenza espressa dalla decisione stessa.

Il primo passo di tale apertura è rappresentato dal confronto tra le finalità perseguite dalla decisioni oggetto e i "principi fondamentali" della Costituzione, affinché tutto il sistema produttivo, nella sua gerarchia, si attivi per concretizzare questi "principi" (NB NO principi "moralì", ma principi "scritti" in Costituzione: es. in Italia "riconoscere, promuovere, rimuovere" artt. 2 e 3).



La compatibilità (Vereinbarkeit) consente di ammettere la finalità della decisione come fattore di "co-determinazione" dello sviluppo costituzionale, quindi come arricchimento della materia costituzionale nei suoi principi, rispetto ai fatti concreti cui si rivolge la decisione (decisioni di "incompatibilità" del BVG)

Le 3 linee esterne del “confronto triangolare”

GLI ELEMENTI DEL CONFRONTO TRIANGOLARE

Quello triangolare procede dai due elementi già acquisiti dal confronto unidirezionale (i contenuti di una decisione prodotta da una funzione e la Costituzione come motore della gerarchia costituzionale) per rapportarli ad un “terzo elemento di comparazione” (cosiddetto Tertium comparationis), sostanzialmente integrativo del parametro costituzionale. Lo scopo è verificare se il “contesto” dell’intero sistema normativo statale, dopo la nuova decisione, è conforme a Costituzione.

Il Tertium comparationis può essere di tre tipi:

- equiordinato;***
- sovraordinato;***
- fattuale.***

Il confronto triangolare segue, e quindi presuppone, i passaggi del confronto unidirezionale.

La coerenza esterna

Scelta di un tertium comparationis “equiordinato”

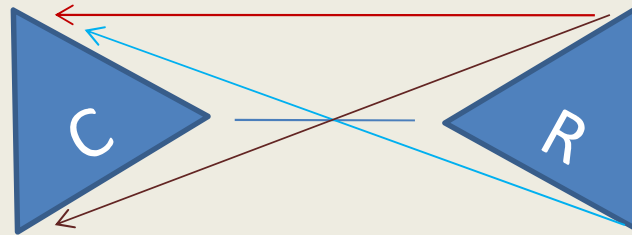
Il Tertium comparationis “equiordinato” consiste in una decisione gerarchicamente equiordinata a quella oggetto del confronto (quindi tra due decisioni che condividono lo stesso campo della gerarchia costituzionale): ad esempio, due leggi ordinarie rispetto alla Costituzione. Il “nesso di collegamento” è sempre rappresentato dai fatti, comparabili come riferimento delle due decisioni. Tra le due decisioni non deve sussistere alcuna delimitazione spazio-temporale dell’efficacia, altrimenti non sono confrontabili.



A questo punto, il confronto triangolare consente di fissare la coerenza esterna tra i fini di una decisione e quelli dell’altra assunta ad elemento terzo di comparazione.

RAGIONEVOLEZZA e PROPORZIONALITÀ

Il Tertium comparationis “sovraordinato” consiste in riferimenti costituzionali, espressivi di diritti costituzionali da far rispettare nel fatto concreto coinvolto dalla decisione. In questo modo, si vuole verificare COME, in nome di principi costituzionali, una decisione disponga dei diritti riconosciuti in Costituzione. Questo percorso attiva la tecnica della ragionevolezza-proporzionalità



La ragionevolezza (Verhältnismässigkeit) mira ad accertare che la decisione si giustifichi contemporaneamente per la propria necessità (Erforderlichkeit) e la proporzionalità “in senso stretto” (im engeren Sinne). La decisione è “necessaria”, quando non sono prospettabili alternative decisorie, che producano limiti alla libertà/dignità, in modo meno gravoso e con pari efficacia di intervento (in termini di tempo, spazio, costi). La decisione è “proporzionata”, quando rispetta la relazione tra la libertà oggetto dell’intervento decisorio e gli interessi trascendenti i singoli specifici destinatari della decisione normativa, in modo tale che la soddisfazione individuale non risulti l’unico fine della decisione e pertanto la sua limitazione sia compensata dal più ampio benessere comune [BverfGE 35, 382 (401)].

Collisione di diritti

Si può verificare il caso che una decisione non si riferisca, nei fatti, a un solo diritto riconosciuto nella Costituzione, ma coinvolga – direttamente o indirettamente – due o più diritti fondamentali, dando luogo alla “collisione” dei diritti

Questa “collisione” può essere “fisiologica” (tutti abbiamo diritti) o “tragica”.

La collisione “fisiologica” è risolta con il “bilanciamento”, che opera secondo la stessa logica della “proporzionalità” tra “beni della vita” astrattamente considerati e “interessi concreti” dei fatti reali (c.d. “soppesamento” di Robert Alexy).

“Scelte tragiche”

Le “scelte tragiche” sono “collisioni” di diritti non bilanciabili, quando

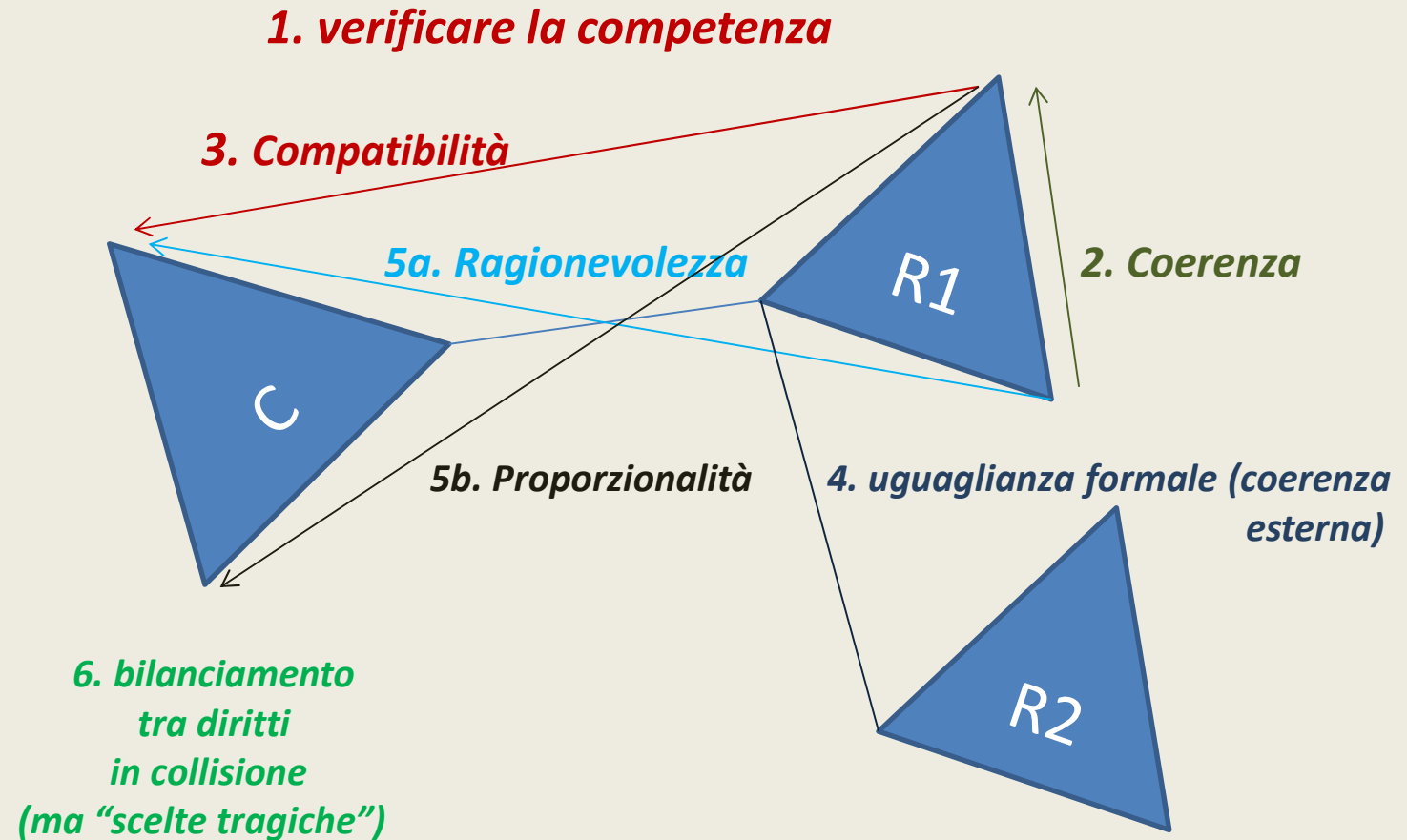
- più diritti entrano in conflitto nella stessa persona destinataria della decisione (es. aborto, con il diritto alla salute e alla maternità della madre);***
- lo stesso diritto entra in conflitto tra soggetti diversi (es. diritto alla vita della madre vs. diritto alla vita del figlio)***

Sintesi conclusiva

La “ermeneutica” interna al sistema normativo di uno Stato mira(va) a garantire che qualsiasi decisione fosse:

- coerente al suo interno (confronto unidirezionale);***
- coerente con altre decisioni dello stesso tipo (Tertium comparationis gerarchicamente equiordinato);***
- “necessaria” e “proporzionata” nel realizzare “principi fondamentali” e diritti costituzionali (Tertium comparationis sovraordinato);***
- bilanciata rispetto ai diritti coinvolti nei fatti.***

Schema finale interno allo Stato



Bilanciamento “orientato”

È importante osservare che nella prospettiva “ermeneutica” interna allo Stato il bilanciamento non opera(va) in termini “liberi”, ma SEMPRE e solo “conseguenziali” agli altri test di verifica e SEMPRE come bilanciamento “proporzionato” alle leggi, E NON per promuovere l’applicazione “diretta” della Costituzione.

c.d. “diritto vivente” tra giudici interni allo Stato

Giudice e Costituzione

Nessun giudice CREA la (sua) Costituzione (giudice “Juppiter”: C. Blanco de Morais).

Qualsiasi giudice APPLICA la Costituzione nella considerazione delle leggi (art. 101 Cost. it.), per individuare la risposta “corretta” (giudice “Ercole”: R. “Dworkin).

L’atto interpretativo resta ancora un atto “dichiarativo” e non un atto “volitivo” [polemica M. Atienza vs. L.L. Streck].

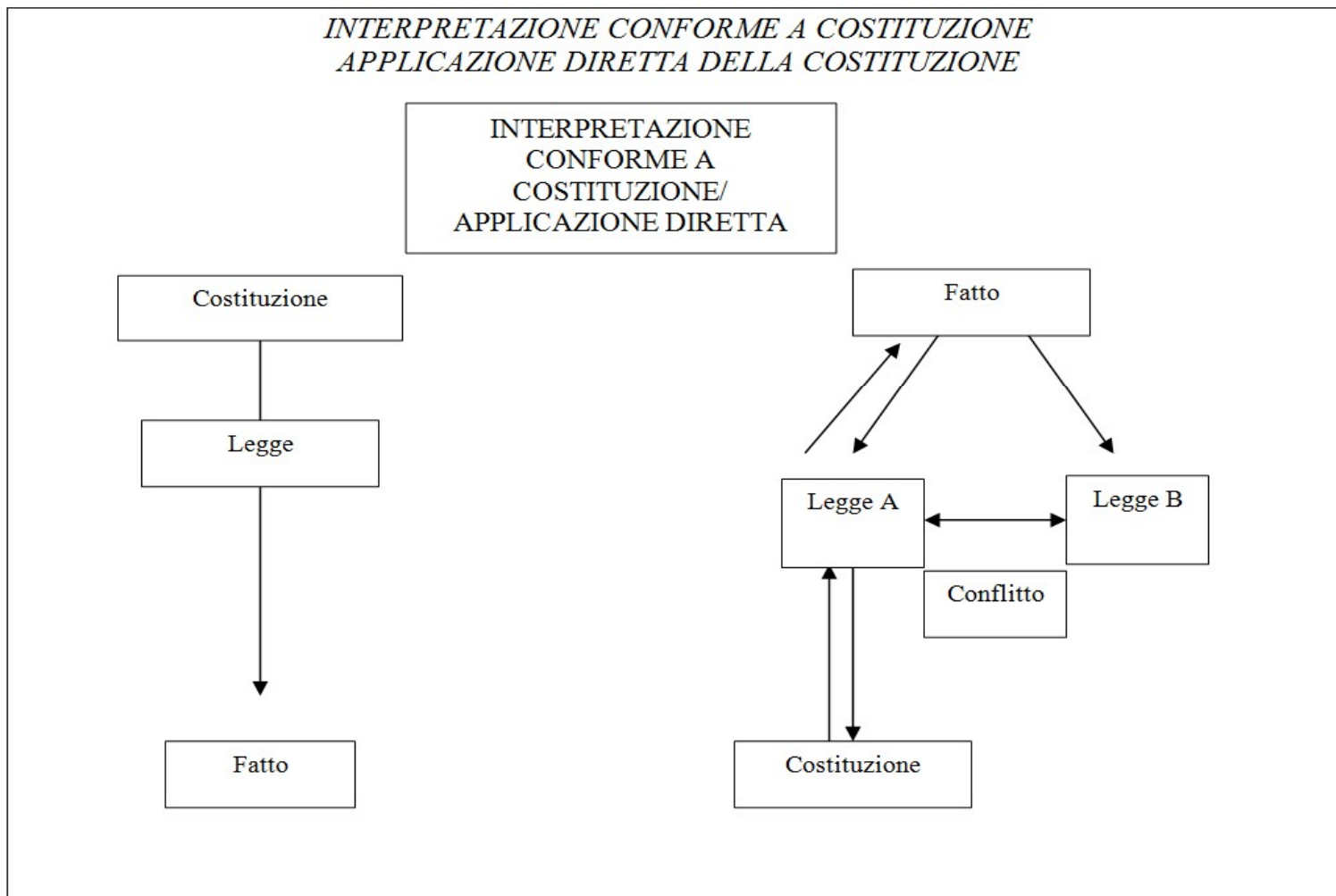
Non è positivismo “ingenuo”; è positivismo “possibile” (la c.d. “Constitutional Fidelity” USA)

Drittwirkung e interpretazione conforme

Nella stessa direzione risulta(va)no orientate:

- sia la tecnica della “drittwirkung” (come bilanciamento orizzontale orientato comunque dalle leggi esistenti);***
- sia la tecnica della “interpretazione conforme” NO ad (alcuni) “principi” della Costituzione, MA a Costituzione, ossia al suo insieme di regole e principi.***

La interpretazione conforme a Costituzione



Esempio: i “diritti senza legge”

Nella prospettiva della proporzionalità e del bilanciamento “orientato”, è possibile identificare e classificare le “LACUNE” del sistema normativo rispetto ai DIRITTI (i c.d. diritti senza legge) [Ligi Ferrajoli: diritti senza “garanzie”]:

- senza legge “in senso relativo” (es. italiani: stranieri irregolari; persone LGBT);***
- senza legge “in senso assoluto” (es. italiani: coppie omosessuali, diritto al rifiuto di cure, accesso a internet, diritto all’oblio)***

Lo schema nelle decisioni di “politica” del diritto

I TRE “TEST DI SUFFICIENZA”

LEGALE: per la competenza secondo legalità

***COSTITUZIONALE: come confronto sostanziale
unidirezionale e triangolare della ragionevolezza-
proporzionalità;***

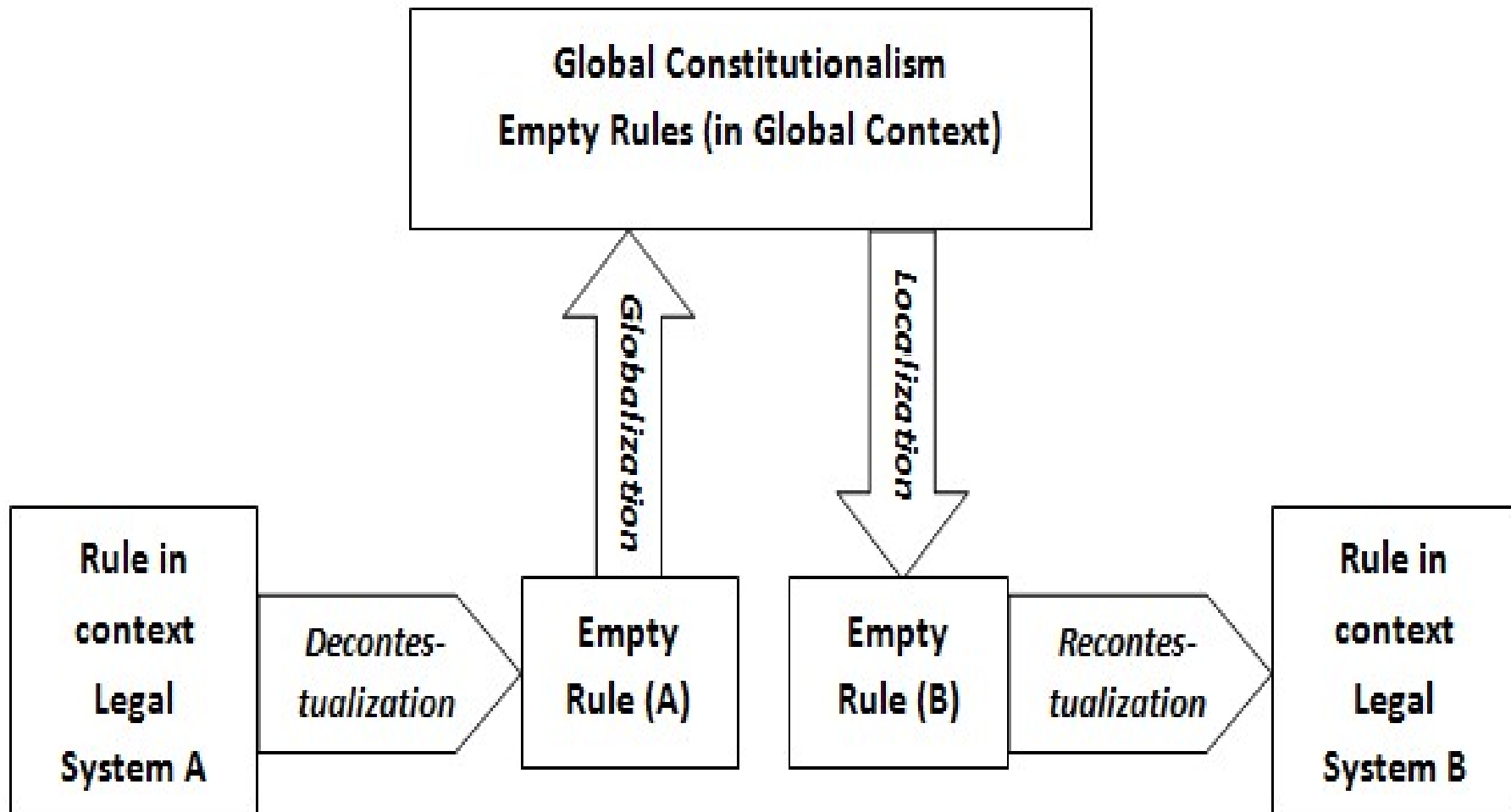
***ESISTENZIALE: in vista del confronto qualitativo del
bilanciamento sugli interessi.***

Conclusione

All'interno del sistema normativo Stato, la Costituzione ha orientato la "ermeneutica" del "valore d'uso" dei suoi contenuti (= tutto – società, Stato, comunità, economia, natura – è "orientato" alla Costituzione e alla sua "ermeneutica" che ne garantisce l' "uso")

[in tal senso, per es., si è parlato di costituzionalismo "dirigente", "trasformatore" etc ...]

***La divergenza tra Rule of Law e Stato di diritto nella globalizzazione e lo “svuotamento” dell’uso della Costituzione
(la tesi di G. Frankenberg: Order from Transfer)***



***Comparazione costituzionale
e geopolitica
Modulo 4 (paragrafi 3-4) e Modulo
5 (paragrafi 1-2)***

Michele Carducci

***I fenomeni di sovranazionalità e i loro effetti sulla
“deontologia costituzionale” degli Stati***

Indice

Che cos'è la sovranazionalità?

Perché nasce questo fenomeno?

Come nasce?

A favore di quale dispositivo metodologico opera?

Quando nasce?

Storia delle idee di sovranazionalità per l'Europa

Evoluzione della sovranazionalità europea nel contesto mondiale

Come funzionano le sovranazionalità europee?

Quali conseguenze produce tale funzionamento?

Comparazione delle sovranazionalità “tridimensionali”

I BRICS (rinvio)

Che cos'è la sovranazionalità?

Si pensi a ONU, WTO, UE, Convenzione europea diritti umani,

Sono tutte organizzazioni/strutture inter-nazionali e/o sovranazionali, ma sono tutte uguali?

Quando si può parlare di sovra-nazionalità?

Il termine “sovranazionalità” compare per la prima volta nel Trattato CECA del 1951, per indicare qualcosa di diverso dalla inter-nazionalità. Che cosa? Per rispondere si provi a discutere della parola stessa: si può comprendere che sovra - “nazionalità” significa sovra – gli Stati (le Nazioni), ma che cosa sta “sovra”?

I dispositivi metodologici “sovra” gli Stati

Storicamente “sovra” gli Stati si sono posti:

- o altri Stati, attraverso la nascita di Stati federali o federati, ossia costruiti attraverso processi federativi fra Stati (*foedus*; *Band/Bund* tedesco; *Federalizing Process* etc: es. Germania, USA, ma anche CH);
- o il mercato, come spazio sovrastatale di libera circolazione dello scambio di beni (Unioni doganali – *Zollverein*, Lega Anseatica; Unione postale, Unione telegrafica etc.).

Quindi, la sovranazionalità è stata caratterizzata dalla costruzione di un dispositivo metodologico “al di sopra degli Stati”, capace però di produrre effetti non “tra gli Stati” (come una organizzazione internazionale, a partire dal tentativo della “società delle Nazioni”, non casualmente chiamata “società”, bensì “dentro gli spazi degli Stati”).

Perché si avverte la necessità della “sovrnazionalità” come organizzazione diversa dalla “internazionalità”?

Anche in questo caso, si può rispondere storicamente osservando che la “sovrnazionalità” nasce come esigenza di garantire la pace fra gli Stati attraverso dispositivi metodologici condivisi: pace intesa non come “valore”, ma come assenza di guerra o in senso commerciale o militare. E l’unico modo di garantire la pace fra Stati in forma diversa dei semplici accordi, non poteva che essere quella di creare un dispositivo metodologico capace di regolare “dall’alto” le dinamiche degli Stati.

O Stato (federale) o mercato (sovranazionale)

Gli unici dispositivi metodologici che operano dall'alto (come si è visto), sono o lo Stato (A/E) o il mercato (A/I).

Già Adam Smith, nella sua *“Teoria dei sentimenti morali”* parlerà di “simpatia” per spiegare che il mercato è un dispositivo che richiede pace (perché fondato sullo scambio).

Carl Schmitt, ne *“Il Nomos della Terra”*, scrive che *“il mercato non conosce nemici e non ha confini”* (a differenza degli Stati). Non a caso, come si è osservato in precedenza, il mercato funziona secondo la logica A/I, mentre lo Stato in quella A/E (dove la esclusione “E” è data appunto dalla esistenza di confini). Del resto, uno Stato federale non può non avere confini. Una sovranazionalità fondata sul mercato non necessariamente è chiusa in confini (si pensi al WTO).

Come nascono le “sovrnazionalità”?

Qualsiasi “sovrnazionalità” è stata creata attraverso accordi fra Stati ossia attraverso Trattati internazionali, però con una particolare natura: quella di creare una sovrastruttura capace di produrre effetti diretti “dentro gli Stati”.

Emblematica, in tal senso, è la sentenza della Corte di Giustizia Van Gend en Loos

SENTENZA 5 FEBBRAIO 1963, CAUSA 26/62, VAN GEND EN LOOS/AMM.NE OLANDESE DELLE IMPOSTE

***“La Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, sia pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non solo gli Stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi...”*”**

A favore di quale dispositivo metodologico?

Ma se la sovranazionalità produce effetti “dentro gli Stati” (come spiega la Sentenza “*Van Gend en Loos*”), essa opera a favore di chi o, meglio, a favore di quale dispositivo metodologico interno agli Stati? In altre parole, mentre le relazioni inter-nazionali vincolano gli Stati reciprocamente, la sovranazionalità non opera solo “tra” Stati ma soprattutto “dentro”. E dentro ciascuno Stato possono coesistere mercato, società, comunità.

A favore di quale dispositivo metodologico?

Nell'Europa del secondo dopoguerra, nasceranno due percorsi quasi paralleli di “sovrnazionalità”, con effetti diverso “dentro” gli Stati:

la sovranazionalità “sostitutiva” del processo di creazione della CEE/CE/UE, funzionale al mercato come dispositivo metodologico sovrastante gli Stati;

la sovranazionalità “compensatoria” del Consiglio d'Europa/Convenzione europea dei diritti umani, del 1950), come garanzia del livello comune di tutela dei diritti umani in Europa.

Perché “sostitutiva” e perché “compensatoria”

Nella sovranazionalità “sostitutiva”, la organizzazione sovranazionale si sostituisce allo Stato nello scambio del mercato, affinché il mercato non conosca confini tra Stati.

Questa sostituzione può essere aperta (è il caso del WTO per il mercato globale rispetto ai confini degli Stati) o può essere chiusa (è il caso della CEE/CE/UE, non a caso originariamente chiamata “comunità economica europea”, per indicare appunto una “comunità chiusa” dentro la quale attivare lo scambio del mercato.

Perché “sostitutiva” e perché “compensatoria”

I fondamenti del carattere “sostitutivo” di questa sovranazionalità sono negli stessi Trattati europei che, sin dall’origine, affermano i principi delle cosiddette “4 libertà comunitarie europee” (libera circolazione di beni, capitali, servizi e persone) e il “divieto di aiuti di Stato” (ossia lo Stato non può interferire con la circolazione del mercato).

Quindi la sovranazionalità del mercato “si sostituisce” agli Stati.

Perché “sostitutiva” e perché “compensatoria”

Al contrario, la sovranazionalità “compensatoria” funziona in via “sussidiaria”: lì dove uno Stato non garantisce i diritti umani nei modi e nelle forme comuni indicate dalla Convenzione europea dei diritti umani, allora, dopo aver esaurito i ricorsi giurisdizionali di tutela interna allo Stato, ci si può rivolgere – ove persista la mancata garanzia - alla Corte europea dei diritti dell’uomo, per chiedere di compensare questa mancanza.

5 considerazioni di sintesi

- 1) La sovranazionalità è fenomeno diverso (anche se simile nel dato di creare un dispositivo metodologico “al di sopra degli Stati”) dalla federalizzazione che conduce allo Stato federale (lo Stato federale nasce fra Stati, crea un nuovo Stato, opera a favore e verso gli Stati di cui è composto);
- 2) Esistono due tipi di sovranazionalità: quella “sostitutiva” della organizzazione sovranazionale fondata sul mercato (CEE/CE/UE; ma anche WTO) e quella “compensatoria” di tutela sovranazionale dei diritti umani (CEDU) ;
- 3) Lo Stato federale non può non avere confini, la sovranazionalità del mercato, fondandosi sullo scambio, non ha necessità di definire confini (ecco perché i Trattati UE non contengono disposizioni sui confini dell’Europa, ma lo stesso vale per altre sovranazionalità “sostitutive”, come il Mercosur etc.);
- 4) La sovranazionalità del mercato, come dispositivo metodologico che prevale sugli Stati, offre la garanzia di favorire la pace fra Stati, perché il mercato non ha né nemici né confini, mentre un qualsiasi Stato ha confini e può avere nemici (per questo von Hayek definiva il mercato *Kosmos* e lo Stato *Taxis*);
- 5) L’Europa del Secondo Dopoguerra sperimenta, per la prima volta nel mondo, la sovranazionalità “tridimensionale” (Stati + sovranazionalità “sostitutiva” + sovranazionalità “compensatoria”)

Quando emerge in Europa questa esistenza “tridimensionale”?

La esigenza della sovranazionalità come esigenza di pace nasce in Europa dopo la catastrofe della Prima Guerra mondiale e la soluzione si cerca in due strumenti: la “costituzionalizzazione” del diritto internazionale (art. 4 Cost. di Weimar del 1919) e la “Società delle Nazioni” > Stato e Società come dispositivi metodologici di pace.

Entrambe le ipotesi falliranno, aprendo le porte alla catastrofe della Seconda Guerra mondiale.

Ma altrettanto catastrofica si è rivelata la dimensione internazionale del mercato (crisi del 1929 e “grande depressione”), in assenza di una organizzazione sovranazionale di scambio.

Storia delle idee di sovranazionalità per l'Europa

Non a caso, i dibattiti teorici di risposta alle catastrofi della guerra e del mercato si sviluppano in Europa a partire dal 1939, con tre linee di soluzione differenti:

- **F.A. von Hayek (1939)** > **“neutralizzare”** gli Stati affinché “perdano” la loro sovranità a favore del mercato (Stati che perdono la sovranità non fanno la guerra e il mercato è un dispositivo di pace: successivamente così anche J.M. Buchanan, teorico delle *“Public Choices”*);
- **D. Mitrany (1946)** > **“funzionalizzare”** gli Stati al mercato, attraverso la **“limitazione”** (no **“neutralizzazione”**) della loro sovranità per **“ambiti tecnici non controversi”** (ossia **“politicamente neutri”**: per es. produzione e circolazione di determinate merci non particolarmente controverse) e attivare così un progressivo processo di **“spill over”** (progressiva integrazione avrebbe prodotto ulteriore integrazione);
- **C.J. Friedrich, I. Jennings, G. Lucatello, A. Spinelli (1945-1951)** > **“individuare”** compiti comuni **“esterni”** agli Stati (prima di tutto, politica estera e difesa comune), per **“creare una comunità federativa di Stati”**, ossia gli **“Stati Uniti d'Europa”**, sul modello dell'esperienza USA; uno Stato, prima ancora che un mercato.

Quale idea è prevalsa?

Delle tre ipotesi, è prevalsa quella *“funzionalista”* di D. Mitrany. Questa logica sarà alla base delle categorie di *“Governance”* e di *“multilevel constitutionalism”* (I. Pernice), utilizzate per spiegare il processo di integrazione europea.

La prospettiva *“funzionalista”* sarà criticata da C. Schmitt, che parlerà di *“integrazione negativa”* (gli Stati stanno insieme perché decidono che cosa *“non fare da soli”*, non invece *“che cosa fare insieme”*) e di *“comunità di diritto”* (gli Stati non creano una *“comunità politica sovranazionale”*, capace di decidere su tutto, bensì una comunità funzionale al mercato e garantita da un Giudice sovranazionale che fa rispettare il diritto sovranazionale funzionale al mercato).

Ulteriori particolarità della idea “funzionalista”

La integrazione “funzionale” al mercato potrà consentire la istituzione di un Giudice (la Corte di Giustizia della CEE/CE/UE), quale garante delle regole sovranazionali, ma non avrà bisogno di una legittimazione democratica specifica, in quanto il suo fondamento non è uno Stato federale (come tale da legittimare con il consenso), ma una organizzazione tecnica che faccia funzionare la sovranazionalità del mercato. E un Giudice è una struttura di potere legittimata per le sue competenze “tecniche”, non per il consenso democratico che riceve. Per tale motivo, la sovranazionalità europea si svilupperà come “tecno”-“crazia” e non invece come “demo”-“crazia” (si pensi alla cosiddetta “*comitologia europea*”, ma anche al cosiddetto “*metodo comunitario*” di funzionamento delle istituzioni).

La democrazia sarà evocata come “valore” (presupposto esistente dentro gli Stati), non come “regola” del funzionamento della integrazione. In quanto “valore”, esso dovrà combinarsi con i “principi europei” (“libera circolazione” + “divieto di aiuti di Stato”). Tutto questo costituisce la matrice del cosiddetto “*deficit democratico*” della integrazione: un “*deficit*” geneticamente impresso dalla scelta “funzionalista” della integrazione (si ricordi la critica di N. Kaldor, nel 1971, a questo meccanismo che dà priorità al mercato invece che allo Stato federato).

Tappe del processo di integrazione europeo

1951 CECA – 1957 CEE (Trattato di Roma, “4 libertà” + “divieti di aiuti di Stato”)

1986 Atto Unico Europeo (dalla CEE alla CE)

1992 Trattato di Maastricht (dalla CE alla UE)

1997 Trattato di Amsterdam (apertura ad Est)

2000 – 2005 “stagione europea” (Carta di Nizza + “Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa) > fallimento

2009 Trattato di Lisbona (“abbandono” della Costituzione)

Alcuni riferimenti utili di conferma

SENTENZA 15 LUGLIO 1964, CAUSA 6/64, COSTA/ENEL:

“A differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri all’atto dell’entrata in vigore del Trattato e che i giudici sono tenuti ad osservare”.

SENTENZA 17 DICEMBRE 1970, CAUSA 11/70, INT. HANDELSGESELLSCHAFT/EINFÜHR ECC... :

“...La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l’osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l’ambito della struttura e delle finalità della Comunità”

Evoluzione nel contesto mondiale

L'idea di un mercato sovranazionale di circolazione di “4 libertà” con “divieto di aiuti di Stato” riflette una concezione della dinamica economica fondata sul consumo: offerta di beni in circolazione tra persone circolanti (“le 4 libertà” europee), senza interferenze statali (“divieto di aiuti di Stato”), dove le persone, prima ancora che “cittadini”, sono “consumatori” del mercato circolante di beni, servizi, capitali. In tale prospettiva, un elemento determinante per la piena sovranazionalità del mercato non poteva che essere rappresentato dalla moneta: monete nazionali (italiana, francese, belga, tedesca etc.) rappresentavano un ostacolo alla migliore “libertà di circolazione”. Per questo, la evoluzione della integrazione europea è stata accompagnata, sin dagli anni Sessanta, dal dibattito sulla introduzione di una “moneta unica europea”. Questa esigenza diventerà ancora più urgente dopo il 1971, con la “*fine del gold standard*” stabilito a Bretton Woods (perché il valore delle monete non sarà più valutato sulle riserve statali di oro, ma sullo scambio stesso di monete) e dalla fine della “Guerra fredda” (1989-1991), quando la possibilità di un mercato globale di scambio diventerà reale (essendo venuta meno l'esistenza di un sistema “anti-capitalistico”).

Evoluzione del mercato globale e “filosofia economica” della integrazione europea

Nel mondo globalizzato della moneta senza “*gold standard*” (con il primato del dollaro) e senza “muri” contro il sistema di produzione capitalistico, la filosofia economica della integrazione europea sarà quella della cosiddetta “crescita endogena”: far circolare beni fa aumentare i consumi; l’aumento dei consumi fa crescere l’economia; la crescita quindi non dipende da fattori “esogeni” (investimenti pubblici sostenuti da politiche fiscali), ma è “endogena” al meccanismo stesso della circolazione liberalizzata. Tale circolazione potrà favorire anche il cosiddetto “*Trickle Down Effect*” sull’accumulazione di ricchezza e quindi sul benessere dei consumatori/cittadini. È da qui che trae origine il primato dell’Euro come “base” della Unione europea (Trattato di Maastricht).

Il Trattato di Maastricht

ART. 1

“Con il presente Trattato, le Alte Parti Contraenti istituiscono tra loro un’Unione Europea, in appresso denominata Unione. Il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, le cui decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini...”

ART. 2

“L’Unione si prefigge i seguenti obiettivi:

- promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l’instaurazione di un’unione economica e monetaria che comporti a termine una moneta unica, in conformità delle disposizioni del presente Trattato;*
- affermare la sua identità sulla scena internazionale, segnatamente mediante l’attuazione di una politica estera e di sicurezza comune, ivi compresa la definizione di una politica di difesa comune che potrebbe condurre, successivamente, ad una comune difesa;*
- rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri, mediante l’istituzione di una cittadinanza dell’Unione;*
- sviluppare una stretta cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni...*

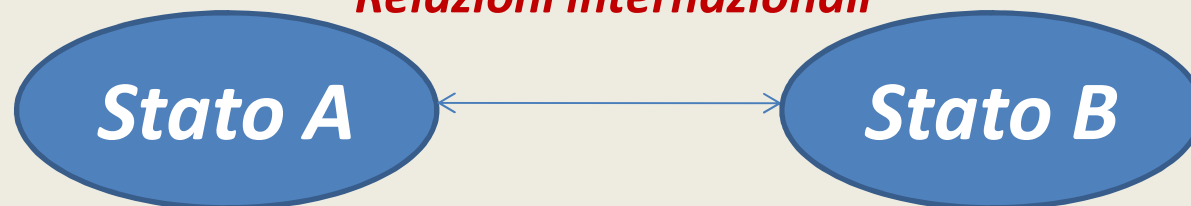
Gli obiettivi dell’Unione saranno perseguiti conformemente alle disposizioni del presente Trattato, alle condizioni e secondo il ritmo ivi fissati, nel rispetto del principio di sussidiarietà definito all’art. 3B del Trattato che istituisce la Comunità Europea”

ART. 6

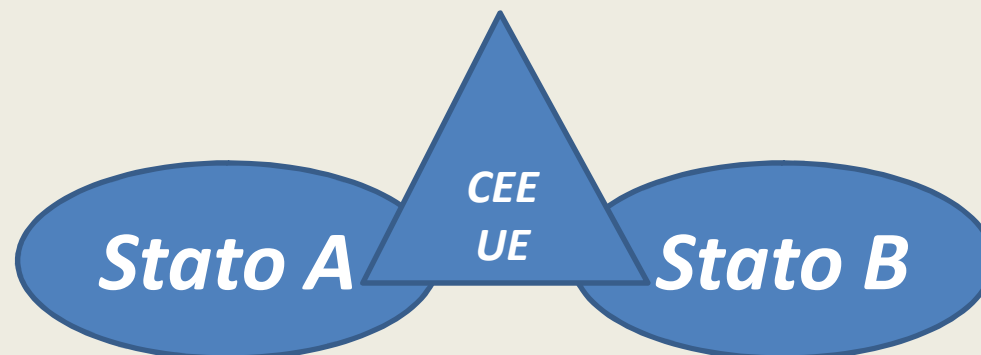
“L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano su principi democratici. L’unione rispetta i diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario...”.

Sintesi

Relazioni internazionali



Interazione orizzontale tra "dispositivi metodologici" dei singoli Stati



Sovranazionalità

Interazione verticale tra "dispositivo metodologico" sovranazionale e Stati

Come funziona la sovranazionalità “sostitutiva” europea?

Sentenza Corte CEE “Simmenthal” del 9.3.1978 (causa 106/1977):

- inutilizzabilità regole interne agli Stati;
- giudice statale “funzionalmente” subordinato alla sovranazionalità;
- quindi “*primauté*” ossia “primato” del diritto europeo su quello nazionale;
- per “*effetto utile*”, ossia il diritto europeo prevale non per ragioni “formali”, ma per ragioni “funzionali”: è l’unico “funzionale” alla integrazione europea.

SENTENZA 9 MARZO 1978, CAUSA 106/77, AMM. FINANZE/SIMMENTHAL SPA

“L’applicabilità diretta del diritto comunitario significa che le sue norme devono esplicitamente i loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità. Le disposizioni direttamente applicabili sono una fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro ch’esse riguardano, siano questi gli Stati membri ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario...In forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere ipso jure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche...di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie...Il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”

“Primauté” ed “effetto utile”

La dottrina giurisprudenziale della Corte di Giustizia CE/UE su “primauté” ed “effetto utile” sancisce:

- a) la funzionalizzazione dei diritti nazionali al diritto europeo (primauté);**
- b) la centralità del “valore di scambio” del mercato (le 4 libertà di circolazione come PF) rispetto a quella del “valore d’uso” delle Costituzioni (per questo cittadino = consumatore: es. diritto alla salute).**

Qual è il ruolo di diritti e libertà nella sovranazionalità?

La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE/UE elabora la dottrina unilaterale:

delle “tradizioni costituzionali comuni” e della qualificazione di L/DF come “principi generali” del diritto europeo.

Quindi L/DF = PF

Mentre per gli Stati costituzionali europei

PF > L/DF > F (i diritti non sono “principi” sono situazioni reali tutela da regole)

Sentenza 11 gennaio 2000, Causa C 285/98, Tanja Kreil/Repubblica Federale di Germania

“La parità di trattamento tra gli uomini e le donne, di cui alla direttiva CEE 76/207, osta all’applicazione del diritto nazionale tedesco, anche se di espressione costituzionale con il perentorio divieto dell’art. 12-a GG che esclude tutte le donne dagli incarichi comportanti l’uso di armi, sicché la disposizione costituzionale nazionale risulta incompatibile con il principio comunitario”

Ma che cosa sono i PF nella *Governance*?

***Governance* = governare la società PER l'economia (interazione verticale dei "dispositivi metodologici" di Stato e Mercato) = l'economia è una variabile indipendente dallo Stato, per questo diventa un PF (le c.d. 4 libertà comunitarie + i "divieti di Stato" + la moneta)**

DF = PF = in "funzione" dell'economia

Es. "divieto di disparità di trattamento" (classica forma di "integrazione negativa") invece di "rimuovere gli ostacoli alla disuguaglianza" (forma di "integrazione positiva")

È limitabile la “*Primauté*”?

Reazione della Corte costituzionale tedesca (cosiddetta “dottrina *Solange*” + art. 23 della Costituzione): fino a quando (*Solange*) la tutela europea dei diritti “equivale” a quella tedesca, si applica il diritto europeo.

Reazione della Corte costituzionale italiana (cosiddetta “dottrina dei controlimiti”): i limiti che il diritto europeo impone agli Stati sono “controlimitati” da principi e libertà inviolabili fissate dalla Costituzione (dottrina più teorica che pratica).

TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO, 12 OTTOBRE 1993 (“Sentenza Maastricht”)

“Il ricorrente al punto 1 sostiene di essere stato leso nel suo diritto assicurato dall’art. 38 GG, che garantisce a ciascun cittadino un diritto alla rappresentanza democraticamente legittimata nel Bundestag ... È ammissibile il ricorso costituzionale posto dal ricorrente ... Il Tribunale Costituzionale tedesco esercita la sua giurisdizione sulla applicabilità, in Germania, del diritto comunitario derivato in un ‘rapporto di cooperazione’ con la Corte di Giustizia Europea, all’interno del quale la Corte di Giustizia garantisce la tutela dei diritti fondamentali in ogni singolo caso per l’intero territorio della Comunità Europea, sicché il Tribunale Costituzionale tedesco si può limitare ad una garanzia generale degli standards irrinunciabili di difesa dei diritti fondamentali in Germania ...

- ***Il ricorso costituzionale, anche se ammissibile, è infondato ... Il Trattato fonda una Unione di Stati europei, sostenuta dagli Stati membri, che rispetta le loro identità nazionali: esso si riferisce alla Germania come membro di organizzazioni sovranazionali, ma non implica la sua adesione ad uno Stato europeo ...***

LEGGE FONDAMENTALE DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA

ART. 23 (ARTICOLO EUROPEO):

“1. Per la realizzazione di un’Europa unita, la Repubblica Federale di Germania collabora allo sviluppo dell’Unione europea, la quale è impegnata al rispetto dei principi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federativi e del principio di sussidiarietà e garantisce la tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equiparabile a quella contemplata da questa Legge Fondamentale ...”

SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA 8 GIUGNO 1984 N. 170

“Quando vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, è quest’ultima, in ogni caso, a prevalere ...

Fuori dell’ambito materiale e dei limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia...

Le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l’intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza 183 del 1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana...” (“controlimiti”)

Corte Costituzionale italiana, ordinanza n. 536/1995

“... Non compete ... a questa Corte fornire l’interpretazione della normativa comunitaria che non risulti di per sé di chiara evidenza né tanto meno le spetta di risolvere i contrasti interpretativi insorti ... in ordine a tale normativa, essendone demandata alla Corte di giustizia la interpretazione con forza vincolante per tutti gli Stati membri ...”

Conseguenze della sovranazionalità

1. La sovranazionalità non integra soggetti (con le loro libertà e i loro diritti), come invece avviene negli Stati federali, ma integra funzioni (gli “ambiti tecnici” di cui parlava D. Mitrany) e regole (il dispositivo metodologico Stato “dentro” il dispositivo metodologico del mercato che lo sovrasta);
2. Di conseguenza, i conflitti che si creano al suo interno non sono fra soggetti (come le persone dentro uno Stato), ma tra dispositivi metodologici.
3. In tal senso si parla di “desoggettivizzazione” prodotta dalla sovranazionalità: le persone sono funzionali al mercato (infatti sono qualificate “consumatori”) e il conflitto si trasforma: da *orizzontale* fra soggetti rispetto a parametri condivisi dentro uno Stato (la “deontologia costituzionale” dello Stato) a *verticale* fra ordini di priorità (la primauté e l’effetto utile del diritto europeo funzionale al mercato rispetto alla deontologia costituzionale dei singoli Stati).

Ma L/DF della CEDU 1950 e la Corte EDU?

Quale rapporto tra CE/UE – Stati – CEDU?

- per la giurisprudenza CE/UE:

L/DF CEDU = PF CE/UE

- per la giurisprudenza EDU:

L/DF CEDU = L/DF

v. artt. 4.2 e 6 Trattato Unione Europea

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, del 9 dicembre 2000 (Carta di Nizza)

Art. 52

- “1. Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.***
- 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei Trattati comunitari o nel Trattato dell’Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai Trattati stessi.***
- 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non osta al diritto dell’Unione di concedere una protezione più estesa”.***

Art. 4.2 TUE

“L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

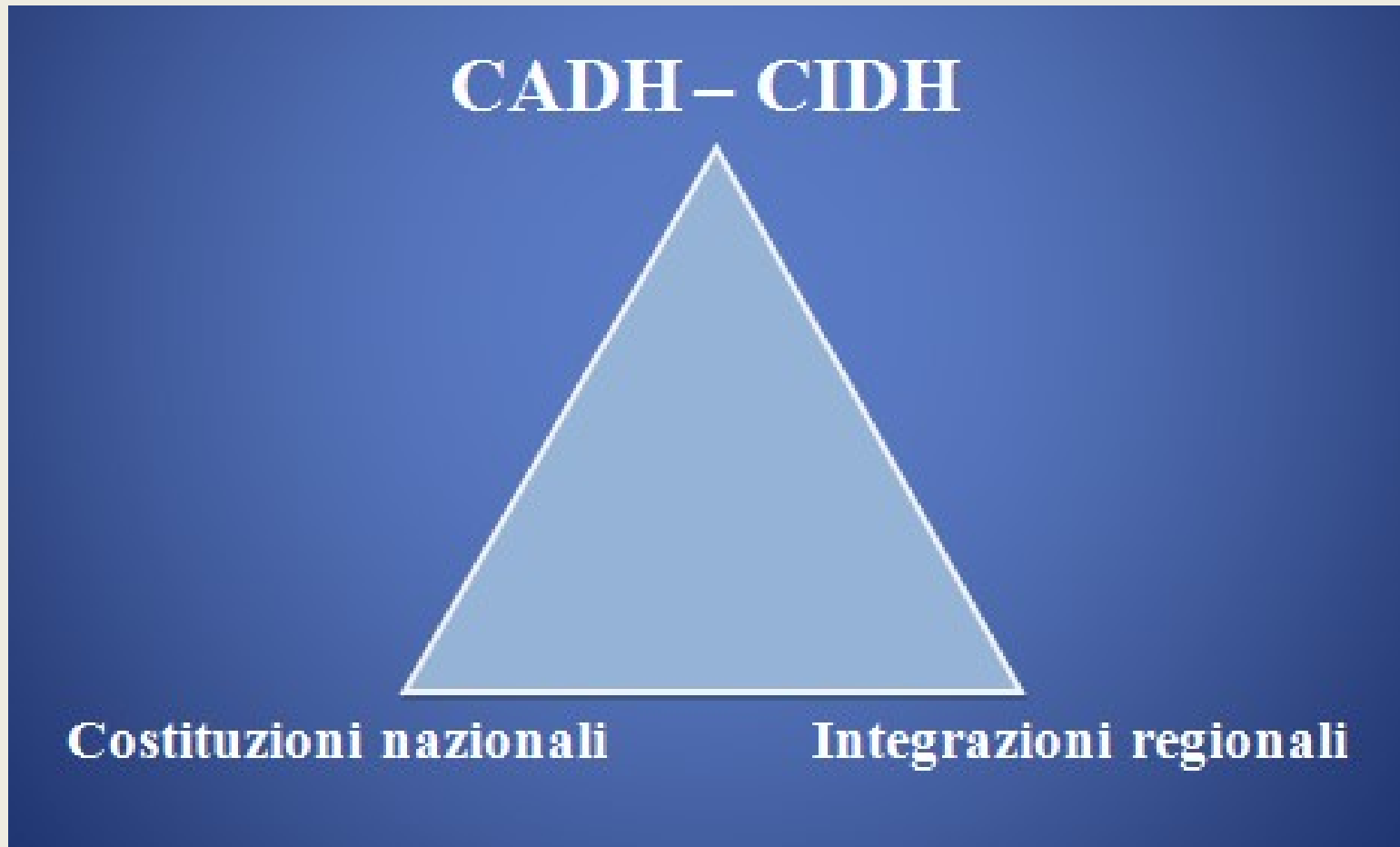
Art. 6 TUE

- 1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.***
- 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.***
- 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.***

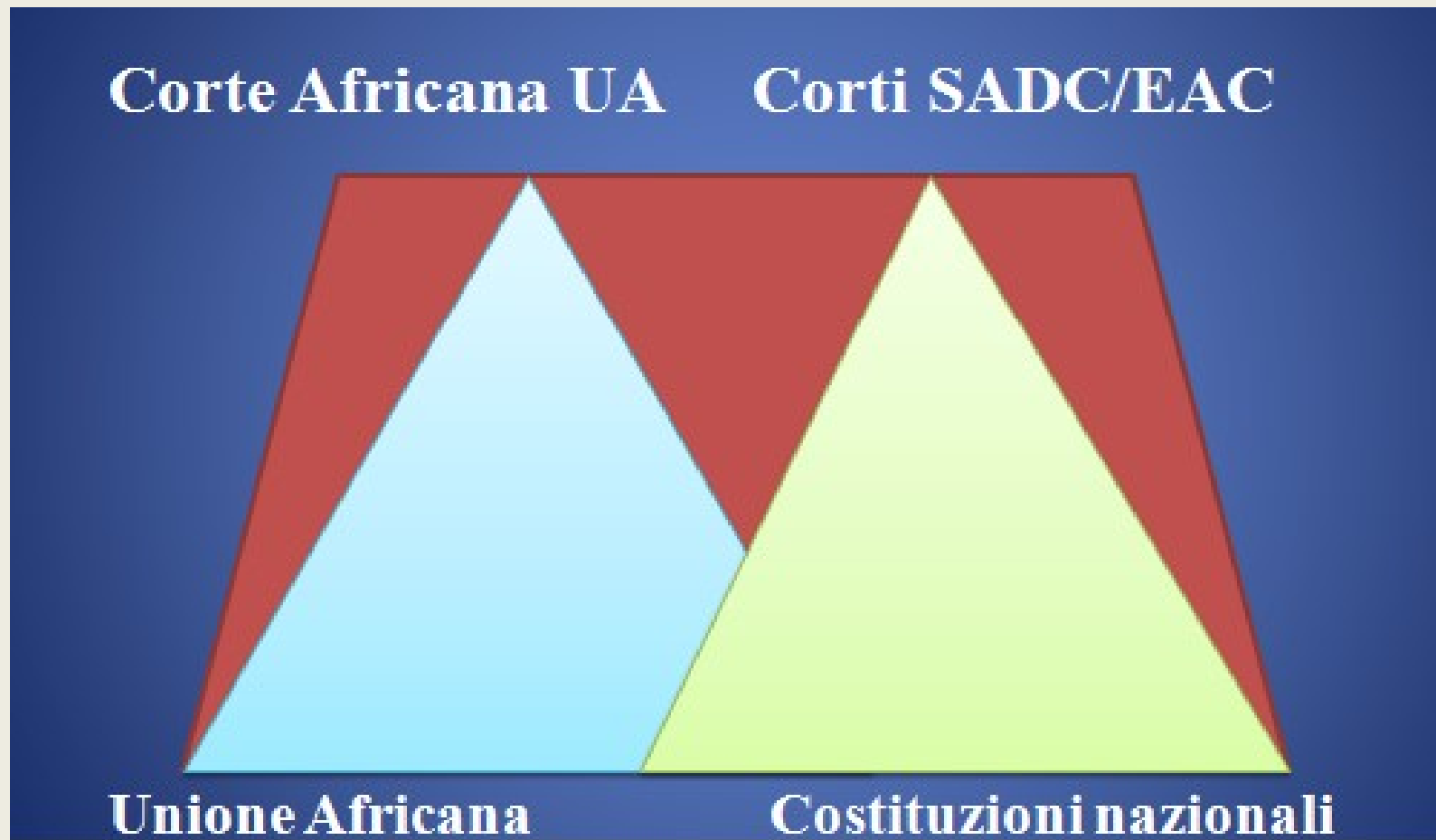
“Tridimensionalità” europea



“Tridimensionalità” americana



“Tridimensionalità” africana



I BRICS (rinvio)

Nel panorama mondiale delle sovranazionalità (sia di tipo “sostitutivo” – con il primato del mercato – sia di tipo “compensatorio – con la tutela comune dei diritti umani) e delle “tridimensionalità”, si segnala l’emergere del fenomeno BRICS (Brasile, Russia, India, Cina, Sudafrica), che promuove una cooperazione tra Stati del tutto diversa dalle semplici relazioni internazionali e dalle sovranazionalità inaugurata dall’Europa

Quali originalità per i BRICS?

- **No sovranazionalità né “sostitutiva” (creazione di un mercato sovrastante gli Stati) né “compensatoria” (tutelare in modo comune i diritti umani tra gli Stati membri);**
- **No condizionalità (nessun condizionamento della cooperazione BRICS verso gli Stati membri, neppure in caso di aiuti finanziari);**
- **No omogeneità (non si aderisce al BRICS perché si hanno caratteristiche comuni, e si coopera pur nella reciproca diversità);**
- **No interferenza (né il BRICS né i singoli Stati interferiscono e si esprimono sulle scelte politiche di ciascuno Stato membro);**
- **No “contagio democratico” (la circostanza che alcuni di questi Stati siano “democratici” – es. Brasile, India, Sudafrica – e altri no – es. Cina – oppure siano “meno” democratici – es. Russia) non legittima il perseguimento di “valori” e “regole” democratiche comuni o condivise, da diffondere (“contagiare”) dentro il BRICS.**

Comparazione costituzionale e geopolitica

1

MODULO 5
INTEGRAZIONE FACOLTATIVA PARTI 3-4

**LE “FALSE ANALOGIE” FRA TRIDIMENSIONALITÀ
EUROPEA E TRIDIMENSIONALITÀ AMERICANA**

MICHELE CARDUCCI

2 prospettive di studio

2

CORTE IDH vs. CORTE EDU
(isomorfismo ed equiparazione ingenua)

oppure ...

CORTE IDH vs.
CORTE EDU + CORTE UE
(comparazione funzionale sui diritti)

ESEMPI EQUIPARAZIONE INGENUA

3

«*Margine di apprezzamento*» della CEDU vs. «*marginde di prudenza*» della CIDH.

Concetto di «*consenso*» nella CEDU e nella CIDH

Utilizzo Convenzione Vienna Trattati del 1969 nella CEDU e nella CIDH

SCHEMA ESPOSIZIONE

4

**6 elementi determinanti per la comparazione
tra UE e America Latina**

11 contenuti di lessico solo europeo

4 puntualizzazioni del contesto europeo

6 ELEMENTI DETERMINANTI

5

- 1. com'è strutturata la tutela dei diritti in Europa**
- 2. quali sono i parametri di tutela**
- 3. qual è il ruolo dei fatti della controversia**
- 4. qual è il ruolo delle parti processuali**
- 5. quali sono le modalità di ragionamento del giudice**
- 6. quali sono gli effetti delle decisioni sovranazionali**

PER LE DIFFERENZE DAL CONTESTO DELL'AMERICA LATINA

11 CONTENUTI DI LESSICO SOLO EUROPEO (PER EVITARE EQUIVOCI)

6

1. **Tridimensionalità (Stati + UE + CEDU)**
2. ***Multilevel* (UE) ≠ Modulazione = Dissidenza funzionale (CEDU)**
3. **Certezza del diritto europeo ≠ certezza dei diritti in Europa**
4. **Diritti fondamentali (DF) ≠ diritti umani (DU)**
5. **DF come «principi» (UE) vs. Dir. Um. come riconoscimenti «condivisi» (CEDU)**
6. **Politica dei diritti ≠ giurisprudenza dei diritti
[es. migranti; diritti dei minori; diritto di famiglia; diritti internazionale privato ecc ...]**

11 CONTENUTI DI LESSICO EUROPEO

7

7. **«*Primauté*»/«effetto utile» (UE) vs. tutela «condivisa» (≠ tutela «comune») (CEDU)**
8. **Interpretazione «conforme» = comparazione «binaria» (UE) per art. 220 TFUE**
9. **«Margine di apprezzamento» = comparazione «ternaria» (CEDU) per artt. 8-11, 14-15, e 1 Protocollo 1 CEDU**
12. **Concetto «presupposto» di «democrazia»**
11. **«Tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (UE) vs. «*consensus democratico*» europeo (CEDU)**

4 PUNTUALIZZAZIONI DEL CONTESTO

8

1.

Sovranazionalità «sostitutiva» (CEE-UE) = ordinamento giuridico di obiettivi (c.d. «ambiti tecnici non controversi») + Sovranazionalità «compensatoria» (CEDU e CIDH) = convenzione tra Stati per tutela condivisa di diritti

2.

Tridimensionalità = 3 parametri ma in base al «punto di partenza»:

- | | | |
|--------------|-------------|--|
| UE | > | 1 versus 1 (solo UE) (c.d. <i>Multilevel</i> di applicazione per «effetto utile») |
| CEDU | > | 3 versus 2 (CEDU + Stati) (c.d. <i>Modulazione</i> di interpretazione) |
| Stati | > | 1 versus 1 (se UE) |
| | > | 1 versus 3 (se CEDU) |

4 PUNTUALIZZAZIONI DEL CONTESTO

9

3.

Diritti fondamentali con Stati (= politiche di «promozione», ma «condizionate») vs. diritti (fondamentali/umani?) senza Stato (= solo di «riconoscimento» UE e CEDU)

4.

Conflitti interordinamentali (antinomie «proprie» «reali») nella UE vs. conflitti di contenuto di tutela di soggetti (antinomie «improprie») nella CEDU

DIFFERENZE E CONVERGENZE

10

Quindi ...

differenze di «contesto»

ma anche differenze di «testo»

tra CEDU/UE e CIDH

CHE PRODUCONO 2 ASIMMETRIE CEDU/CIDH

ASIMMETRIA 1

Art 2 CADH non esiste nella CEDU

11

“Deber” de adoptar disposiciones de derecho interno

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

MA ESISTE ART. 220 TFUE

12

La Corte di giustizia della UE (no la Corte EDH)

- deve «garantire» il «rispetto» delle sue interpretazioni del diritto UE

e

- deve «assicurare» l'«applicazione» del diritto UE

(è l'unico organo europeo. La Commissione «vigila», ma non «assicura»)

CONSEGUENZA

13

in Europa

«effetto utile» da parte della Corte UE (non della Corte EDU) e «dovere» degli Stati di compiere tale «effettività» (divieto di «ostacolo» alle «4 libere circolazioni»)

vs.

in America latina

«effetto utile» da parte della Corte IDH per «dovere» degli Stati di compiere tale «effettività»

E ... EFFETTI APPARENTEMENTE ANALOGHI PER SOVRANAZIONALITÀ DIVERSE

14

Il «dovere» degli Stati di compiere la «effettività» sovranazionale opera in Europa per la sovranazionalità «sostitutiva» della UE, mentre in America latina riguarda la sovranazionalità «compensatoria» della CIDH.

Ma...

la sovranazionalità «sostitutiva» europea non è sui diritti

invece la sovranazionalità «compensatoria» americana è sui diritti

ASIMMETRIA 2

Art. 29 lett. c) CADH

15

«Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno».

E clausola della «società democratica» nella CEDU

16

Per la Corte EDU «società democratica» significa «rispetto delle differenze» («margine di apprezzamento» c.d. «maggioritario») in assenza di «consenso tra gli Stati» su diritti «non assoluti» (artt. 8-11 CEDU), per «analogia» con l'art. 38 Statuto CIJ («nazioni civili» e «ausilio» dottrina) come rispetto di diverse «concezioni giuridiche» legittimate dal consenso (per questo «uso giudiziale e *ex partibus*» del diritto costituzionale comparato).

Ruolo «antimaggioritario» della CIDH

17

Per la CIDH, i vincoli internazionali (Convenzione di Vienna e artt. 2 e 29 CADH) determinano la ricerca di un «vero regime democratico» come «obbligo internazionale» per «*pacta sunt servanda*» sulla «inseparabilità» dei diritti e la formulazione di un «*linguaggio comune*» come «*jus cogens*», per mezzo della interpretazione della CIDH e solo «margine di prudenza» come *self restraint* della stessa CIDH (caso «Gelman vs. Uruguay» e ruolo «antimaggioritario» della CIDH).

RUOLO DELLE PARTI IN EUROPA

18

**Art. 267 TFUE e Raccomandazione Corte UE
2012: *rinvio pregiudiziale facoltativo/*
obbligatorio da parte del giudice nazionale alla
Corte UE (d'ufficio o su istanza di parte)**

**Artt. 34-35 CEDU: *ricorso individuale (o di*
*Stato) davanti alla Corte EDU***

«*inter partes*» e «*ultra partes*» solo nella sovranazionalità «compensatoria» europea

19

Nella sovranazionalità compensatoria, Corte EDU caso *Marckx c. Belgio* n. 6833/74, 13 giugno 1979 § 58: «è inevitabile che le sentenze abbiano un effetto ultra partes, perché riguardano il confronto con previsioni normative contestate. Tuttavia, la decisione non può di per sé annullare o privare di effetto queste previsioni» (ma ora “Protocollo 14” e c.d. “Sentenza pilota” – caso *Torregiani c. Italia* 2013) e differenza dalla distinzione della CIDH su “*res iudicata*” e “*res interpretata*”, ispirata all’art. 2 CADH e «controllo di convenzionalità» come «controllo di validità».

DIVERSO RUOLO DEL FATTO?

20

In ogni caso, nella “sovrانazionale” le norme di diritto sovranazionale e quelle di diritto interno operano reciprocamente come “fatti normativi”.

In quanto “fatti” essi vanno «provati».

E l’onere della prova è in capo a chi lo vuole far valere, MA VARIA a seconda del carattere «compensatorio» o «sostitutivo» della sovranazionale.

**In ogni caso, il giudice sovranazionale si occupa esclusivamente di «fatti normativi» non di «fatti» processuali o sociali (c.d. «situazione di fatto illegittima»)
[differenza da CIDH]**

«DISORDINE» PARAMETRI EUROPEI

21

**“Consensus” della “società democratica”
nella CEDU
(fondato sugli artt. 8-11 e 35 § 1 CEDU)**

vs.

**richiamo alle “tradizioni costituzionali comuni”
e ai trattati internazionali
da parte della Corte di Giustizia UE
(elaborazioni in via giurisprudenziale,
poi inserite nei Trattati).**

COMPARAZIONE TERNARIA e «*consensus*» inter-statale e dentro la CEDU

22

Il *consensus* maggioritario come limite alla “dottrina/tecnica” (ma v. Preambolo Protocollo n. 15) del “*margin*e di apprezzamento” sui diritti ex artt. 8-11 CEDU (Caso *Handyside c. UK* sent. N. 5493/92): «il margine di apprezzamento nazionale è una conseguenza della supervisione europea. Questa supervisione riguarda tanto lo scopo quanto la necessità del provvedimento contestato».

In questo caso, il *consensus* è desunto dalla maggioranza delle norme degli Stati CEDU definiti come «*società democratica*» (una specie di *tertium inter-statale* «*filo-maggioritario*», funzionale alla logica «*compensatoria*» della sovranazionalità).

COMPARAZIONE BINARIA UNILATERALE e «*tradizioni costituzionali comuni*»

23

Causa C-44/79 *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, 13 dicembre 1979 § 15: la Corte “è tenuta ad ispirarsi” alle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”, per cui non può ammettere provvedimenti europei “incompatibili con i diritti riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati”. Anche i trattati internazionali cui aderiscono gli Stati membri “possono fornire elementi” (anche C-4/73 *Nold c. Commissione*).

Ma Causa C-11/70 *Int. Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970 §§ 3-4: “diritti” e “principi sanciti dalla Costituzione di un solo Stato non possono sminuire la validità di un atto comunitario”.

Quindi?

Tradizioni costituzionali *comuni* SI come *Tertium*?

Tradizione costituzionale di un solo *Stato* NO come *Tertium*?

MA ALLORA QUALI DF IN EUROPA?

24

Causa C-29/69 *Stauder c. Ulm-Sozialamt*, 12 novembre 1969 § 7: “i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l’osservanza”.

Cit. Causa *Int. Handelsgesellschaft* 1970: “La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l’osservanza” ... “nei limiti della struttura e delle finalità della Comunità”.

E IN CASO DI DF DELLA UE ANALOGHI A DIR. UM. DELLA CEDU?

25

Cause C-36/75 *Rutili c. Ministre de l'Intérieur* § 13, e C-222/84 *M. Johnston* §§ 17-18: CEDU e giurisprudenza della Corte EDH possono essere “*pari*” ai contenuti di norme e giurisprudenza comunitaria,

ma ...

Cause C-60/84 e C-61/84 *Cinéthèque SA* chiariscono che non spetta alla Corte della Comunità europea “esaminare la compatibilità di una legge nazionale con la CEDU”, mentre in Causa C-260/98 *ERT*, si specifica che comunque la Corte UE deve “*prendere in considerazione i diritti come riconosciuti e interpretati nella CEDU*”, per “*l'applicazione del diritto comunitario*” (c.d. *Principle of Constitutional Tolerance*).

Art. 6 TUE (post-Lisbona)

26

- 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.***
- 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.***
- 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”***

Art. 4.2. TUE (post-Lisbona)

27

Art. 4.2 TUE

"2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados y su identidad nacional inherente a sus estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, incluido el sistema de las autonomía locales y regionales..."

NB: questa disposizione formalizza a livello europeo il dogma weimariano della Zwischenverfassung (strutture separate da funzioni e diritti).

Tridimensionalità europea «dialogica-equivalente» (*Constitutional Tolerance*) e art 52 § 3 Carta di Nizza

28



La sovranazionalità «compensatoria»/ «sostitutiva» della CADH/CIDH

29

La situazione latinoamericana sia per il «blocco di costituzionalità transnazionale» previsto dalle Costituzioni di alcuni Stati sia, secondo alcuni, per via degli artt. 2, 3, 28.3, 67 e 68 della CADH, si presenta con una tridimensionalità molto diversa da quella europea rispetto ai.

L'impressione è quella di una tridimensionalità «monopolizzata» dalla CIDH, con il suo «controllo di convenzionalità» non cooperante con altre fonti o altri giudici sovranazionali e molto più incisivo delle integrazioni regionali, per l'assenza, all'interno di queste ultime, di un efficace meccanismo di pregiudizialità.

Tridimensionalità americana «non dialogica»

30

CADH – CIDH



Costituzioni nazionali

Integrazioni regionali

INTERPRETAZIONE «CONFORME»

31

Dentro la UE, giudici e autorità nazionali devono «applicare» il diritto UE e le interpretazioni della Corte UE dei DF (disapplicando il diritto interno).

Dentro il sistema CEDU, i giudici (non le altre autorità) possono «interpretare» in modo «conforme» alla Corte EDH le norme interne (ma non possono disapplicare il diritto interno)

Dentro il sistema CIDH, giudici e autorità devono «applicare» il diritto CADH come interpretato dalla Corte CIDH (disapplicando il diritto interno)

EUROPA: MULTILEVEL VS. MODULAZIONE E «DISOBEDIENZA FUNZIONALE»

32

In conclusione, il sistema c.d. «multilevel» di tutela dei diritti in Europa è differenziato nelle modalità e negli effetti tra sistema UE e sistema CEDU, con conseguenze diverse dal contesto latinoamericano in ordine a:

- modulazione del riconoscimento effettivo di un diritto (possibile per la CEDU, impossibile per la UE);**
- possibilità di «disobbedienza funzionale» delle autorità nazionali verso le decisioni sovranazionali (possibile verso la CEDU, impossibile verso la UE).**

QUALE «DISOBEDIENZA FUNZIONALE» IN AMERICA LATINA?

33

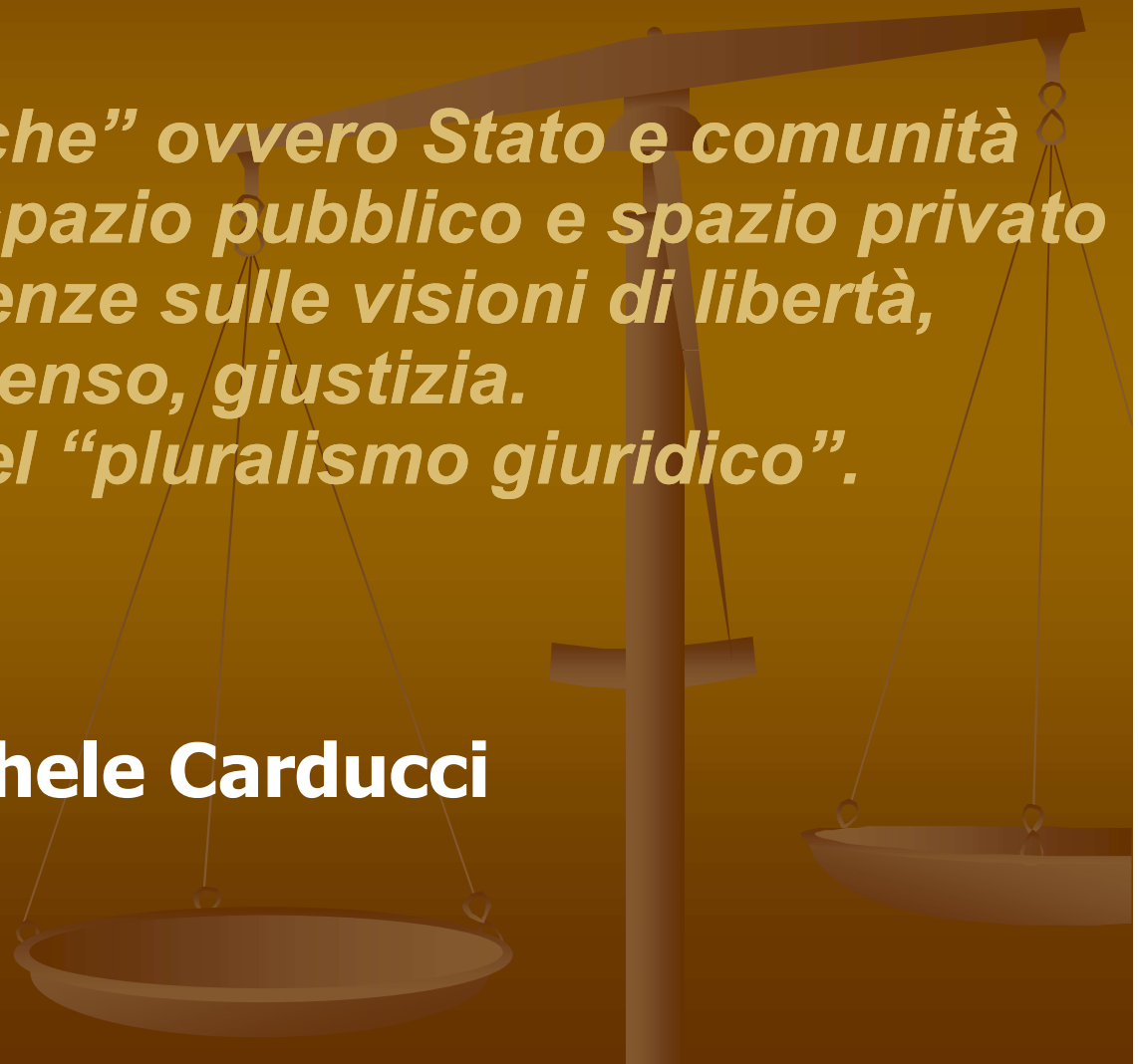
La Corte IDH appare più prossima alla Corte UE (e non alla Corte EDU), in quanto la testualità della CADU, le argomentazioni della Corte, i richiami ai principi di diritto internazionale opera in una logica di sovranazionalità «sostitutiva» (come la UE), anche se formalmente la sua matrice è «compensatoria».

**MA QUESTO PRODUCE REALMENTE
«*IUS COMMUNE*»?**

Modulo 5.3a Parte Prima
Stato e comunità: le tradizioni giuridiche e la loro comparazione

*“Tradizioni giuridiche” ovvero Stato e comunità nella distinzione tra spazio pubblico e spazio privato e nelle conseguenze sulle visioni di libertà, consenso, giustizia.
Il fenomeno del “pluralismo giuridico”.*

Michele Carducci



Premessa

Si è osservato che la deontologia costituzionale dello Stato fondato su una Costituzione liberal-democratica non è altro che un modo di praticare la giustizia, attraverso la condivisione dei rimedi alle ingiustizie. Si è visto anche che la sovranazionalità segue una deontologia differente, di tipo "sostitutivo" (se funzionale al mercato) o di tipo "compensatorio" (se riferita alla tutela dei diritti umani nella società). Si tratta ora di analizzare come la deontologia costituzionale dello Stato interagisca con altri dispositivi metodologici produttivi di proprie deontologie. E gli altri dispositivi metodologici che restano da considerare sono quello della comunità e quello della natura.

Stato vs. comunità e Stato vs. natura

È dunque necessario studiare il rapporto tra Stato e comunità e Stato e natura, per verificare quali modalità di regole, ossia quali deontologie, producano questi dispositivi metodologici e come interagiscano e condizionino lo Stato nella sua deontologia costituzionale.

La parte che segue sarà dedicata al rapporto Stato vs. comunità. Non tutte le comunità producono deontologie proprie istituzionalizzate. Se questo si riscontra, si può allora dire di essere in presenza di vere e proprie "tradizioni giuridiche".

Concetto di tradizione giuridica

Per tradizione giuridica si può intendere una deontologia costituzionale appartenente ad una determinata comunità; quindi una deontologia differente sia da quella dello Stato come da quelle sovranazionali.

Gran parte di queste tradizioni giuridiche ha una matrice religiosa, come del resto la stessa deontologia costituzionale dello Stato (fondata su libertà, consenso e giustizia) è figlia della *Verweltlichung* del cristianesimo.

Le tradizioni giuridiche

Esistono nel mondo almeno sette tradizioni giuridiche differenti (in ordine di tempo):

- Tradizione Ctonia/indigena
- Tradizione Hindu
- Tradizione Talmudica
- Tradizione Confuciana
- Tradizione Greco-romano-germanica (*Civil Law*)
(tradizione occidentale)
- Tradizione Islamica
- Tradizione Anglo-americana (*Common Law*)
(tradizione occidentale)

Le tradizioni più diffuse

Le tradizioni giuridiche più diffuse al mondo, in termini sia geografici che di appartenenza dei soggetti, sono:

- quella occidentale di *Civil e Common Law*, in ragione della sua diffusione coloniale;
- quella islamica, in ragione della sua espansione come Umma.

Tradizioni di “*Kosmos*” e di “*Kthonos*”

Tutte le tradizioni giuridiche, ad eccezione di quella “ctonia”, si differenziano per la combinazione di “*Kosmos*”, “*Taxis*” e “*Nomos*”. L’unica tradizione giuridica che riduce *Kosmos*, *Taxis* e *Nomos* a *Kthonos*, è quella appunto “ctonia”, ossia la tradizione indigena, la più antica dell’umanità e solamente di recente, con il Protocollo 169/1989 dell’OIL e la Dichiarazione ONU del 2007, ufficialmente riconosciuta

Armonia/sviluppo/storia

Inoltre, di queste tradizioni, la tradizione greco-romano-germanica (*Civili Law*) e quella anglo-americana (*Common Law*) [tradizioni dell'Occidente atlantico], sono le uniche tradizioni che pensano l'umanità non come natura né come sola memoria né tanto meno come rivelazione divina, bensì come STORIA (il "circolo hegeliano").

Statuto personale e spazio giuridico

Inoltre, tutte le tradizioni giuridiche – ad eccezione di quella occidentale di *Civil e Common Law* – si riconoscono nello statuto personale del diritto e non in quello territoriale (nel senso che le regole seguono il singolo soggetto in quanto appartenente a una determinata tradizione giuridica e non perché residente in un determinato territorio di uno Stato).

Questo significa che, in queste tradizioni, spazio giuridico e spazio personale coincidono, il che può determinare – e di fatto determina – problemi di conflittualità fra regole territoriali dello Stato (in cui il soggetto risiede) e regole personali della tradizione giuridica (in cui il soggetto si riconosce e che rispetta).

Si pensi al rapporto tra indigeni e Stati oppure tra Islam e Stati.

IL PLURALISMO GIURIDICO

Questa situazione di compresenza di più tradizioni giuridiche dà luogo al c.d. "pluralismo giuridico", che è un fenomeno diverso e più complesso del semplice c.d. "multiculturalismo" (non tutte le culture sono tradizioni giuridiche).

Gli interrogativi del pluralismo giuridico sono 2:

1. quale regola applico nei confronti di una persona in un determinato territorio, che riconosce e accetta una determinata tradizione giuridica?
2. a quali istituzioni e strumenti (per es. giudici o assemblee) quel soggetto deve fare riferimento?

Storicamente a questa domanda si è risposto nella logica "binaria" della comparazione costituzionale fondata sulla colonialità del potere e del sapere, quindi negando il problema e affermando il primato esclusivo della tradizione giuridica occidentale, diffusasi ovunque attraverso il colonialismo che ha "cartografato" il mondo come territorio di proprietà/sovranità degli Stati e non come comunità di persone fra loro diverse.

Il “circolo hegeliano”

Ecco che cosa scriveva Hegel, influenzando la filosofia del diritto occidentale sulla “pluralità”:

“La storia del mondo va da oriente a occidente: l’Europa è infatti assolutamente la fine della storia del mondo, così come l’Asia ne è il principio ... Benché la terra abbia forma di sfera, tuttavia la storia non compie un cerchio intorno ad essa ...”

[Lezioni di filosofia della Storia: I. La razionalità della storia]

L' «hegelismo» della comparazione binaria

Del resto, su questa colonialità del sapere, di matrice hegeliana, si sono fondati l'art. 22 del Patto costitutivo della Società delle Nazioni del 28 giugno 1919 e il c.d. "principio di reciprocità" di diritto internazionale, di cui è testimonianza l'art. 16 delle "Preleggi" del Codice civile italiano del 1942 (*"Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità"*).

TIPI DI PLURALISMO 1

Solo a partire dal Patto ONU del 1966 sui diritti economici, sociali e culturali (fino alla citata Dichiarazione ONU del 2007), l'atteggiamento occidentale cambia e si apre al riconoscimento del pluralismo giuridico.

Oggi esso si presenta in 2 forme: 1. pluralismo giuridico «pre-esistente» al colonialismo (in tutto il mondo non europeo); 2. pluralismo giuridico «in entrata» (in Europa, a seguito dei processi migratori).

Il primo, a sua volta, può operare in quattro modi:

- paritario (con il c.d. «deslinde»), ossia accettando le regole delle tradizioni non occidentali (es. Ecuador, Bolivia, Kazakistan);
- gerarchizzato al territorio come tale, ossia subordinandolo comunque al diritto territoriale dello Stato (es. Brasile, Senegal, Canada);
- gerarchizzato alla tradizione dominante pre-coloniale (per es. nei Paesi islamici, soprattutto arabi, come l'Egitto, dove la tradizione islamica è dominante, ma dentro l'influenza coloniale delle tradizioni di Common e Civil Law e nella presenza di tradizioni minoritarie ctonie);
- negato (si pensi all'Apartheid in Africa e ai Rohingya nel Myanmar).

TIPI DI PLURALISMO 2

Inoltre, nella osservazione dei fenomeni di pluralismo giuridico, bisogna tener conto di altri 2 fattori:

- A) la tradizione giuridica islamica, come si vedrà, è l'unica ad essere sovranazionale – perché fondata sulla Umma - e quindi capace di alimentare un pluralismo giuridico sovranazionale prevalente su qualsiasi diritto territoriale statale (con le puntualizzazioni, che si vedranno, sulla variante Sciita dell'Islam);
- B) in alcuni contesti, per esempio nell'Africa Australe, si è praticato, soprattutto dopo l'Apartheid, il metodo della c.d. "mixité", ossia la promozione di una tradizione "mista", attraverso la invenzione di regole e istituti giuridici che attingono da più tradizioni compresenti (ma si pensi anche alla Bolivia col suo Tribunale "plurinazionale").

Quindi non si deve confondere il pluralismo giuridico né con la semplice pluralità di culti religiosi né con il tema delle identità etniche (il c.d. "differenziale etnico", in quanto non esiste necessaria corrispondenza – come si vedrà – fra etnia e tradizione giuridica).

Ma esistono visioni comuni di giustizia nella condizione ormai riconosciuta di pluralismo giuridico del mondo?

Oggi, le visioni comuni di giustizia dipendono *solo* dalle tradizioni (tutt'oggi esistenti) oppure, in un mondo globalizzato nei rapporti di produzione come il contemporaneo, derivano dall'affermazione della "visione individualistico-borghese" occidentale – ossia "da oriente a occidente" - della vita e della storia (il "processo di civilizzazione" di cui parla Norbert Elias)?

E se giustizia può significare Utilità-"Parità di trattamento/*Equal Protection of Law*" –Uguaglianza-*Liberatio*-Emancipazione-Sviluppo (come segnato dal percorso della *Verweltlichung* occidentale), qual è il rapporto tra queste "visioni" e le "tradizioni" esistenti?

Esiste una “condizione naturale” di sviluppo/storia?

Sviluppo = felicità?

Sviluppo = ricchezza?

Sviluppo = benessere (Welfare)?

Sviluppo = libertà dal bisogno?

Sviluppo = sostenibilità?

Qual è il rapporto tra “visioni” di giustizia, sviluppo, natura, “tradizioni”?

Esempi: *Aborto e “Fanado”;*
La “sindrome” dell’Isola di Pasqua
Il cellulare

La condizione “arcaica” (cd. “primitiva” ma ctonia-indigena) della giustizia

- Il “singolo”, la natura, le aspettative di “primo grado”; ovvero la tradizione “ctonia” o “indigena” (oggi presente per circa 300 milioni di persone).

Natura
Vita
Tempo

Il cambiamento/sviluppo non dipende dall'uomo.

Gli spazi non sono appropriabili.

L'esistenza è armonia della/con la natura e non è mutabile tra/da gli uomini

La condizione “premoderna” occidentale della giustizia

Dalla tradizione greca
alla visione latino-cristiana
Parrhesía-Isogonia-Isegoría
Parrhesía/fede/verità

L'esistenza è armonia guidata da Dio. Gli uomini possono governare la giustizia lasciandosi guidare da Dio.
L'armonia è rivelata da Dio (non dalla natura)
e immutabile tra/da gli uomini
(elemento comune alle “tradizioni” Talmudica, Islamica, Hindu, Confuciana)

G. Scarpat, *Parrhesia*, Brescia, Paideia, 1964

H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, Bologna, il Mulino, 2011

I miti dell'individualismo moderno

Tra il 1492 e il XVII sec.

La rivendicazioni dell'Io contro le pressioni esterne
(religione, società, natura, cosmo).

L' "individuo" al posto del "singolo"

La *Verweltlichung* e la "diffidenza" verso il potere di
individui non voluto dagli individui stessi (Th. Hobbes)

Il "governo guidato" (dagli uomini individui)
della giustizia

L'armonia è tra gli uomini e mutabile dagli uomini.

L'armonia diventa "cambiamento"/"sviluppo"

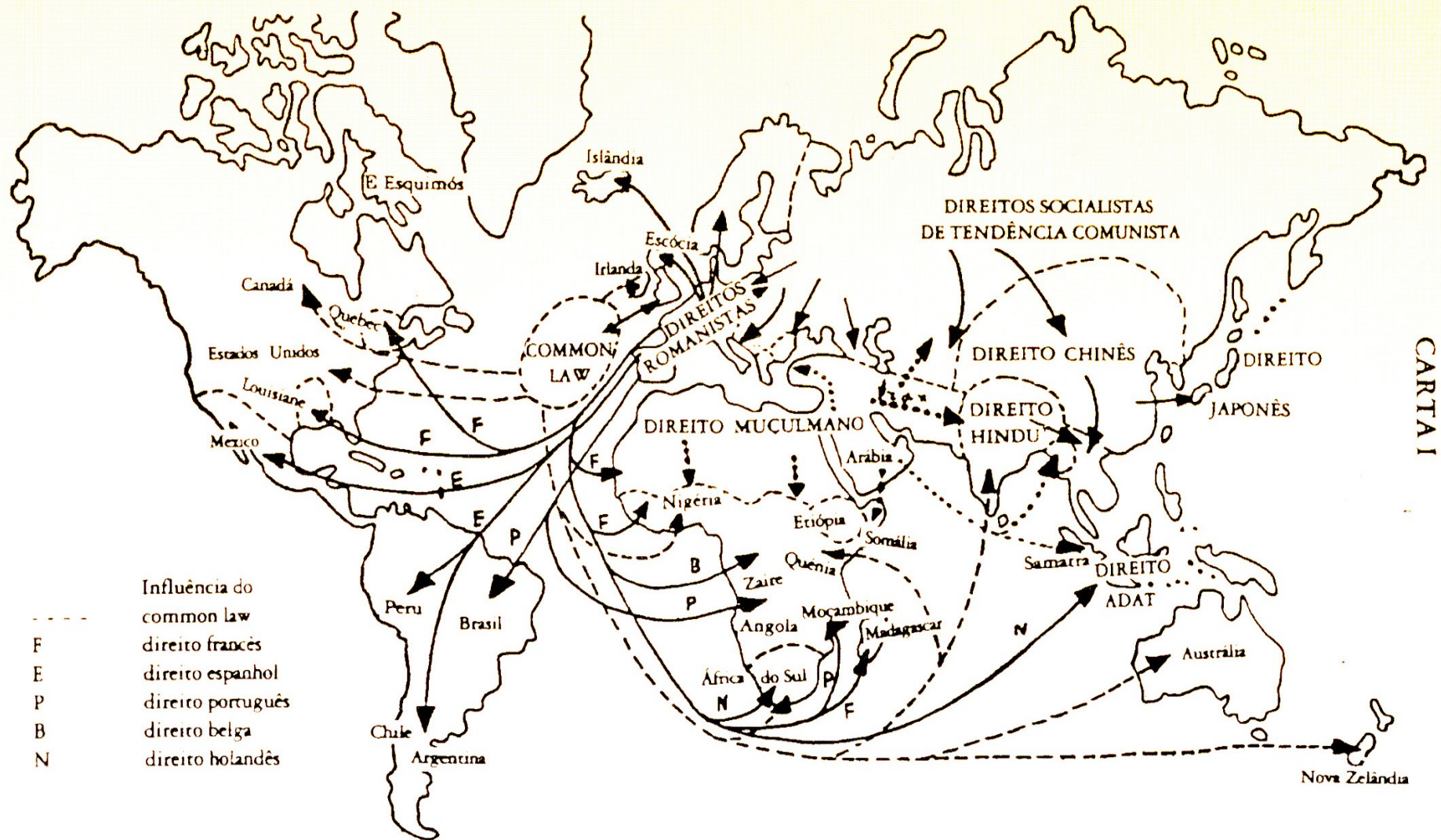
I miti "ricorrenti" di Faust (1587), don Chichote (1605), don Giovanni (1620),
Robinson Crusoe (1720)

Individualismo e “diffusione” delle idee di giustizia

L'individualismo è alla base della costruzione e diffusione della “società commerciale” e della separazione tra sfera pubblica e sfera privata.

Si pensi al *Robinson Crusoe* di Daniel Defoe (1719) e alla *Favola delle api* di Bernard de Mandeville (1705).

Eccetto la tradizione ctonia, indifferente a tempo e spazio, tutte le altre sono “espandibili”. Eccetto le tradizioni “talmudica” e “islamica” (in quanto di matrice monoteista senza *Verweltlichung*) tutte le altre sono “mescolabili”.



Quindi l'armonia quando è ingiusta?

- Nella tradizione ctonia, quando è contro la natura;
- Nelle tradizioni "rivelate", quando è contro Dio/la memoria;
- Nella tradizione moderna dell'individuo, quando è contro individui.

L'armonia "mutabile" da chi è governata?

- Nella tradizione ctonia, l'armonia non si governa perché è natura
- Nelle tradizioni rivelate, essa è governata per "sapienza" (sacerdoti-giudici) che detiene la memoria (talmudica, hindu, confuciana) o la scrittura (islamica), entrambe rivelate/tramandate;
- Nella tradizione moderna, è guidata da individui, legittimati (da Dio, prima, dagli altri individui con il consenso, dopo la *Verweltlichung*).

Quindi come si “guida” la giustizia?

Vietando promettendo

- Con la “rivelazione” (tradizioni Talmudica, Hindu, Confuciana)
- Con la scrittura rivelata (Islamica)

Fondando promettendo

- Con la scrittura fondativa: gli “Agreements” dei Levellers
- La “volontà comando” (no come divieto ma come promessa) per sé e per gli altri

Chi è causa di disarmonia?

- Nella tradizione ctonia, il singolo contro tutto il resto che è, come l'uomo, natura (il singolo non è individuo)
- Nelle tradizioni rivelate, il singolo contro Dio (il singolo non è Dio) [parrhesía=fede]
- Nella tradizione moderna, l'individuo contro individui (gli individui sono uguali) [parrhesía, isonomia, isogonia=libertà]

Come si rimedia alla ingiustizia?

- Nella tradizione attonia, ripristinando la natura
- Nella tradizioni rivelate, ripristinando la parola di Dio
- Nella tradizione moderna, ripristinando la legittimità del rapporto tra individui, attraverso il consenso

Ma dove insorge la ingiustizia?

- Nei rapporti tra singolo e natura, nella tradizione stoica (le ingiustizie sono "fenomeni")
- Nei rapporti tra soggetto e Dio (le ingiustizie sono "disobbedienze")
- Nei rapporti tra individui (le ingiustizie sono "casi" di dissenso/violenza – Gewalt - tra individui)

Ma esiste una “tradizione cristiana”?

Esistono due tradizioni “occidentali” che si coniugano con il cristianesimo, nel condizionamento del problema della “libertà religiosa”, ossia della qualificazione dei “casi” di ingiustizia tra individui, indipendentemente da un parametro comune di fede religiosa (condizione ammessa dalla Chiesa cattolica solo nel 1964, con il Concilio Vaticano Secondo, che finalmente accetta la libertà religiosa e la democrazia). Le due tradizioni sono differenti sui “casi”:

- di *Civil Law* (disciplinare “casi” nella uniformità del comando – figurazione cattolica)
- di *Common Law* (risolvere “casi”, nel pluralismo delle libertà – figurazione protestante)

Che cosa diventa allora la giustizia?

Nella tradizione ctonia, il problema non si pone, mentre in quelle "rivelate" essa coincide con la rivelazione/memoria.

I problemi si pongono per la tradizione moderna di *Civil Law/Common Law*. E sono tre:

1. La giustizia/ingiustizia nasce da "casi" di rapporti umani;
2. Una scrittura non rivelata deve governare (con individui) "casi" tra individui, ma come, imponendo fini di giustizia (a individui)?
3. Se la giustizia/ingiustizia è nei "casi" tra individui, essa è causata tra/da individui

Le conseguenze sono tre

- Libertà e giustizia sono potenzialmente in conflitto;
- La soluzione dei "casi" di ingiustizia deve essere legittimata da/tra individui, ma gli individui (per libertà) possono de-legittimare la soluzione stessa da (alcuni di) loro data;
- Il miraggio dell'armonia come sviluppo può tradursi nel contrario: disarmonia, non sviluppo, guerra (è il tema della schiavitù, della povertà, della tolleranza, posto da John Locke)

Ma queste conseguenze producono tre domande

- Se le ingiustizie sono causate da/tra uomini, esse da dove nascono? [è l'interrogativo che va da Roussau a Marx];
- Se le ingiustizie sono umane, possono essere eliminate per sempre dagli stessi uomini? [è il tema delle rivoluzioni, dai "Levellers" al 1917];
- Se l'armonia/sviluppo è reversibile, qual è la condizione stabile di sua persistenza? [è il tema della "ricchezza delle nazioni" di Adam Smith e della pace da Kant a Keynes].

Ultime tre conseguenze

1) La modernità della giustizia come "casi" tra individui, diventa differenziazione funzionale/ossia autonomia (si v. art. 1 Dich. 1789): individuo, società, natura, tempo, spazio, sviluppo, ricchezza, sono gli elementi di relazione "in funzione" dei quali l'individuo "scopre" la propria libertà e con la propria libertà "differenzia" le proprie esigenze/aspettative di giustizia. Infatti, la modernità coincide con l'affermazione non del singolo come "un dentro un sistema" (natura, tempo, spazio ecc...), bensì dell'individuo "separato" dai sistemi e con essi comunicante nella sua libertà (libertà economica, estetica, politica, morale, razionale e naturale, come nel giusnaturalismo ecc ...)

Ultime tre conseguenze

2) Ma in questo modo, l'individuo diventa l'arbitro e il giudice delle idee/condizioni di (in-)giustizia. In altri termini, il tema della (in-)giustizia diventa una questione sia politica, sia sociale, sia morale (J. Locke, A. Smith, E. Kant).

Ultime tre conseguenze

3) Se l'individuo non si limita più a "usare" il sistema, ma lo domina col suo Io tra individui, esso "dispone" dei sistemi rispetto ai quali "differenziare" liberamente ciò che è giusto o ingiusto. L'individuo diventa protagonista tecnologico del mondo.

L'idea di sviluppo si slega dalla natura [è il tema del "progresso"]

Quindi?

Il problema della giustizia coniugato con la libertà dell'individuo si traduce nel problema di che cosa sia giusto non dentro un "sistema dato/immutato" (natura, ambiente, altri soggetti ecc ...), bensì dentro un sistema "manipolabile/manipolato" dall'individuo stesso e da tutti gli altri individui.

È il "dono dello spirito maligno" di cui parla . G. Calabresi (*Il dono dello spirito maligno*, Milano, Giuffrè, 1996)

Ultima osservazione

Il percorso indicato consente di “scoprire” che le “idee” di Costituzione sono state costruite differentemente proprio rispetto alle “visioni” della giustizia e dello sviluppo, nella demarcazione segnata dalla *Verweltlichung*

- Politéia (come armonia precostituita-lo *Zoon politikon*)
- Recognitio (come memoria praticata da individui nel consenso)
- Constitutio (come accordo esclusivo e universale tra individui verso un comune futuro)
- Coniuratio (come accordo particolaristico e relativo tra individui non autonomo ma eterarchico)

Le esperienze storiche possono aver “combinato” nel tempo queste acquisizioni dell’esperienza umana (N. Elias). È il caso, ad esempio, della differenziazione tedesca (chiarita da Hegel) tra *Konstitution* e *Verfassung*.

Bibliografia di approfondimento

- C.J. Friedrich, *Giustizia e trascendenza. Le dimensioni religione del costituzionalismo*, Roma, Gangemi, 1998;
- C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990;
- E.-W. Böckenförde, *Cristianesimo, libertà, democrazia*, Brescia, Morcelliana, 2007;
- E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, Morcelliana, 2006;
- J. Witte Jr., *Diritti umani e protestantesimo*, Torino, Giappichelli, 2011;
- N. Elias, *Potere e civiltà*, Bologna, il Mulino, 2010;
- P. Burke, *Storia e teoria sociale*, Bologna, il Mulino, 1995;

Bibliografia di approfondimento

G. Reale, *Radici culturali e spirituali dell'Europa*, Milano, Raffaello Cortina ed. 2003;

P. Hazard, *La crisi della coscienza europea*, Torino, Einaudi, 1948;

R.C. Van Caenegem, *Il diritto costituzionale occidentale*, Roma, Carocci, 2010;

H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, Bologna, il Mulino, 2011.

Stato e comunità: le tradizioni giuridiche

Comparazione costituzionale e geopolitica

Modulo 5 paragrafo 3b Parte Seconda

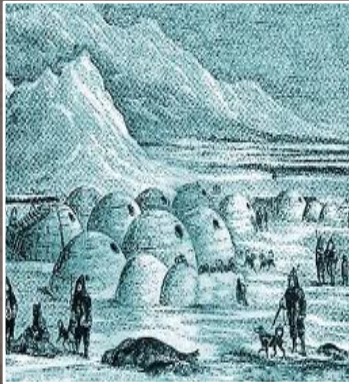
La più antica tradizione giuridica e originaria di tutte:
la “ctonia”

A chi appartiene questa tradizione?

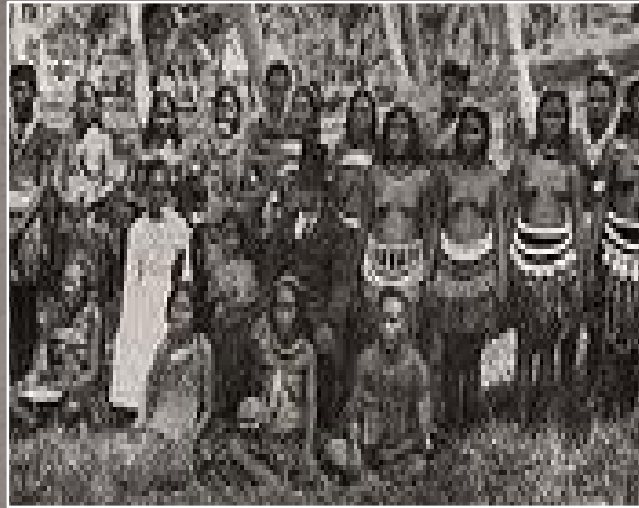
Indicati come «indios», «aborigeni» «indigeni», «nativi», i soggetti che ancora oggi applicano la tradizione giuridica «ctonia» sono stati classificati in base a criteri discriminatori, frutto della «colonialità» del sapere e del potere occidentale europeo.

Caratteri della tradizione «ctonia»

- Non c'è punto di inizio dettato da una «rivelazione» divina (come per le tradizioni talmudica, cristiana e islamica) o da una «sapienza» originaria (come per le tradizioni induista e confuciana). Di conseguenza, essa non si identifica con un «popolo», un gruppo etnico, una razza, una lingua, soprattutto un «credo religioso» produttivo di regole «primarie» di comando, divieto, permesso, obbligo ecc... Si tratta invece della più antica delle tradizioni giuridiche (almeno 3 milioni di anni) che accomuna tutte le popolazioni umane della terra. Da tale punto di vista, è la tradizione giuridica più aperta, meno escludente e più inclusiva di tutte le altre



- Inuit
- Aymara
- Quechua
- Tupi
- Guaranì



- Polinesiani



- Tribu africane
- c.d. «vitalogia africana»

Quale assiologia e deontologia?

Entrambe sono legate e funzionali ai cicli naturali e quindi alle risorse e ai servizi ecosistemici (acqua, vento, luce, legna, fuoco ecc...). Sul piano sociale, le comunità «ctonie» svolgono o hanno svolto attività di caccia (prestazione maschile) e di raccolta (prestazione femminile) e, successivamente, di pascolo (prestazione maschile) e di agricoltura (prestazione anche femminile). Da qui, un'assiologia «animistica» (tutti gli esseri viventi naturali esprimono un' «anima» umana) e un «teismo» non antropocentrico (eventi e fenomeni naturali comunicano agli uomini volontà e desideri sul loro comportamento: base delle «teocrazie» pre-colombine).

Quale assiologia e deontologia?

La deontologia è caratterizzata da regole «primarie» molto semplici (prevalentemente comandi e divieti connessi ai cicli stagionali della natura e alla fisiologia della vita degli esseri viventi) e regole «secondarie», strutturate su forme di organizzazione poco gerarchizzate, proprio perché non fondate su «verità rivelate» a qualche «profeta» e trasmesse ai suoi discendenti, bensì desumibili dai fenomeni e dagli eventi della natura e dunque da chiunque comprensibili. Per tale motivo, si parla della tradizione «ctonia» come fondamentalmente «democratica» (c.d. «democrazia primitiva» poligamica e/o poliandrica).

Caratteri prevalenti

Oralità della
comunicazione

Informalità delle
regole di
convivenza

Stili di vita
naturali

Assenza di
sapienza
giuridica

Assenza di
innovazione
sociale

Visione ecologica
della vita

Concezione
statica del
tempo

Oralità

- La oralità privilegia la memoria e quindi il ruolo «politico» delle persone più anziane non come «capi» né come veri e propri «giudici», bensì come depositari delle capacità di interpretazione degli eventi e fenomeni naturali: es. «leggere» il mare (il caso dagli abitanti delle Isole Andamane, non colpiti dallo tsunami del 2004 nell'Oceano indiano)

Informalità

Eventuali controversie sulle regole da seguire o da rispettare sono risolte prevalentemente in due modi:

- informale (es. la «sanzione» del canto nella popolazione Himba in Namibia)
- alternativa (es. popolo Dinka in Africa: il parente o migliore amico della parte si assume la responsabilità di rappresentare la posizione di critica del comportamento)
- Significativo il ricorso alla giustizia «ga-ca-ca» nel processo di riconciliazione dopo il genocidio etnico in Ruanda.

Assenza di giuristi

Poiché il diritto non è concepito né come una «rivelazione» né come una «sapienza», la tradizione antica non ha bisogno delle figure né del «sacerdote» né del «giurista», ossia dell'interprete privilegiato di quelle regole, per garantire la conformità alla volontà di un Dio o alle regole tramandate nel tempo. Il diritto è «diffuso» come sentimento morale di sopravvivenza in armonia con la natura. La violazione delle regole non è vista come un problema di «imputazione» individuale, bensì come un problema comunitario di non adeguamento all'armonia di tutti con la natura.

Visione ecologica della vita

In tale prospettiva, si può dire che la tradizione ctonia sia la tradizione «ecologica» per eccellenza.

L'essere umano è sì predatore e raccoglitore, ma proprio per questo la vita di tutti gli altri esseri viventi non è assunta come «cosa», «oggetto» di appropriazione (c.d. «proprietà»), ma come dono prezioso per la sopravvivenza stessa dell'essere umano (mangiano «raccolgo» la vita degli altri esseri viventi). Pertanto, nella tradizione ctonia è insita l'idea stessa della «sostenibilità» degli stili di vita e sono sconosciuti il concetto di «consumo» e di «rifiuto».

Concezione del tempo

Ma questa concezione della «sostenibilità» è legata altresì ad una concezione statica del tempo.

Infatti, a differenza delle tradizioni giuridiche di matrice «religiosa» o «sapienziale», il tempo non è «storia», ma «ripetizione circolare» (come i cicli vitali della natura). Emblematica è la considerazione del «ciclo mestruale» delle donne nella tradizione giuridica ctonia, rispetto alle tradizioni giuridiche di origine religiosa.

In quanto «ripetizione», esso non conosce differenze tra passato, presente e futuro e da qui deriva la mancata distinzione tra:

- morti e vivi (i morti sono considerati viventi nei vivi)
- vecchi e giovani (i vecchi sono semplicemente persone con una memoria maggiore dei giovani)
- parenti ed estranei (non esistono alberi genealogici che determinino differenze di «identità» e quindi definiscano il concetto di «famiglia»: da qui deriva la pratica poligamica e poliandrica)

Situazione attuale

- Oggi non esistono più tradizioni ctonie «pure», in quanto la colonizzazione europea del mondo e la «invenzione» degli Stati sul modello della tradizione giuridica occidentale hanno determinato o l'estinzione di queste tradizioni o la loro profonda trasformazione oppure la loro riduzione a «minoranze» identificate in base a criteri eurocentrici fondati non più sul dispositivo metodologico della natura, che ha accomunato l'intera tradizione ctonia, bensì su quello comunitario della lingua, della razza (c.d. «etnie»), della collocazione geografica, provocando nuovi effetti di «colonialità» del sapere e del potere.

«Colonialità» del sapere e del potere

Un evidente riflesso di questa «colonialità» del sapere e del potere è dato dai principi cosiddetti di «autodeterminazione dei popoli», inventati dalle potenze coloniali (e inseriti in diversi documenti internazionali), ma mai tradotti né in recupero delle «archeologie» originarie delle popolazioni indigene (ossia pieno recupero della tradizione ctonia «pura»), né nel riconoscimento di vere e proprie «autoctonie costituzionali» (ossia piena sovranità nel decidere come convivere con le tradizioni «occidentali» imposte dai colonizzatori»)

La Dichiarazione ONU del 2007

Non casualmente, la Dichiarazione ONU sui diritti delle comunità «indigene» (primo documento internazionale che riconosce dignità costituzionale alla tradizione giuridica «ctonia», sempre negata sin dai tempi della «controversia di Valladolid») non parla di «autodeterminazione», ma semplicemente di «autonomia» di queste popolazioni umane, offese dal «sapere» coloniale.

Perché è importante conoscerla?

Non solo perché appartiene ancora oggi a circa 350 milioni di persone nel mondo, ma anche perché:

- mantiene la memoria della violenza del colonialismo europeo, non solo in termini militari e politici, ma soprattutto del c.d. «sapere universale» dell'uomo (il c.d. «colore bianco della ragione»);
- dimostra che i concetti di «civiltà» e «civilizzazione» non sono dei «valori», ma dei prodotti storici relativi (N. Elias): es. aborto nella tradizione giuridica occidentale e «fanado» in quella etiope;
- dimostra che lo Stato è una invenzione di alcune tradizioni giuridiche;
- offre insegnamenti importanti nella crisi ecologica del pianeta.



Comparazione costituzionale e geopolitica
Modulo 5 § 4a: Parte Prima su Stato e comunità
nell'Islam

*Alcune specificità dell'Islam
tra spazio pubblico e spazio privato*

Michele Carducci

Tradizioni «talmudica», «occidentale/cristiana», «islamica»

Lo stesso Dio

tre «profeti» (Mosè, Gesù Cristo, Maometto)

pertanto, «continuità» dell'Islam rispetto alle due religioni precedenti e anche alle corrispondenti tradizioni giuridiche.

Ma l'Islam segna l'unico momento storico in cui Dio detta la «parola ad alta voce» (Corano)

Alcuni vocaboli essenziali

- 1) Rivelazione – trinità – figlio di dio – Cristo;**
- 2) Corano – Islam – Muslim – Arabo (lingua) – Umma;**
- 2) comunità umana – alleati – cristiani – ebrei – miscredenti;**
- 3) maschi – donne – matrimonio e mogli – prostitute – omosessuali – schiavi**
- 4) pudore – castità**
- 5) Animali – beni terreni**
- 6) combattere (per aprire la via di Dio) e sforzo interpretativo**

Normatività del Corano

Prevalentemente disposizioni normative «primarie» immediatamente applicabili e finalizzate non alla salvezza seguendo gli «esempi» del Cristo figlio di Dio, bensì all'obbedienza a Dio in quanto parola dettata e trascritta (Corano).

Da qui, tre conseguenze storiche importanti:

- rigidità e insostituibilità delle disposizioni «primarie»;
- fungibilità delle disposizioni «secondarie», molte delle quali di origine araba pre-islamica;
- assenza di un vero e proprio diritto costituzionale di origine «islamica» (come storicamente accadrà per la tradizione giuridica occidentale di matrice «cristiana»).

Normatività coranica e lingua araba

L'arabo è una lingua «diglossica», ossia con un linguaggio specifico di regole primarie, che ha ispirato il «fiqh», la scienza giuridica islamica.

Come lingua del Corano essa diventa intraducibile e inimitabile quindi non adattabile ad altri linguaggi giuridici, ancorché abbia influenzato altri linguaggi giuridici (dal turco al persiano alle stesse lingue occidentali).

Normatività primaria e secondaria

Come lingua «diglossica» di regole primarie, l'arabo non conosce un linguaggio relativo alle regole di organizzazione («secondarie»). In quanto riferita a popolazioni nomadi, il linguaggio serviva a definire i rapporti interni alla famiglia o i rapporti commerciali fra tribù. Da questa utilità deriva il termine *haqq* per indicare il diritto soggettivo come volontà: termine poi utilizzato con il Corano per distinguere i diritti di Dio dai diritti delle singole persone. Non esiste invece un concetto di diritto oggettivo, inteso appunto come insieme di regole secondarie

Lingua araba e linguaggio statale

Quindi in arabo non esiste un termine adatto a indicare una categoria concettuale capace di comprendere le regole del Corano e il diritto di uno Stato. In particolare, è ignoto il concetto di *Constitutio* (e quindi anche di rottura col passato). Per la prima Costituzione di un paese arabo, la tunisina del 1861, si utilizzò la parola *dustūr*, di origine persiana e designante comunque non un complesso di regole condivise per il futuro, bensì un soggetto esercitante l'autorità. Pertanto l'arabo è un linguaggio «conservativo» del Corano come parola normativa sacra (la *Sharia*) e delle regole comportamentali pre-islamiche compatibili nel *fiqh* (si pensi alla poligamia).

Similitudine col linguaggio talmudico

Le caratteristiche del linguaggio arabo/islamico ricordano quelle della tradizione giuridica talmudica, dove si riscontra:

- il *Pentateuco*, ossia la rivelazione scritta di Mosè;
- la *Mishnah*, ossia la tradizione orale scaturita in origine da popolo ebraico guidato da Mosè.

Gli *Hadith*

Nel linguaggio arabo, il richiamo alla tradizione persistente con l'Islam viene reso con l'espressione *Hadith*, che contiene gli enunciati e i comportamenti tramandati da Maometto e risalenti, nella loro compatibilità, alle consuetudini arabe. L'insieme degli *Hadith* compongono la *Sunna*.

La piramide del linguaggio giuridico islamico

Inoltre, il linguaggio giuridico islamico, oltre alle regole primarie religiose (la *Sharia* del Corano), a quelle ancestrali arabe riprese nel *Fiqh* e agli *Hadith* della *Sunna*, è integrato dai discorsi della dottrina o *Ijma*, espresso nelle scuole coraniche e dal *Qiyas* o ragionamento analogico individuale, ragionamento analogico del proprio statuto personale di musulmano finalizzato a «non cadere in errore» rispetto al Corano e alla *Sunna* (infatti, uno specifico *Hadith* di Maometto specifica che il musulmano «non concorderà mai sull'errore»).

La tradizione giuridica islamica e il potere politico

La piramide del linguaggio giuridico islamico è dunque compatibile con diversi sistemi di potere e di regole «secondarie». Poiché non esiste uno specifico vocabolario costituzionale dell'Islam e dell'arabo, il riferimento alla dimensione del potere politico-costituzionale, e alle regole «secondarie», è reso con termini generici come *Siyasa* (politica non religiosa, ossia «statale»), *Kanun* (regole non religiose), *Mazalim* (giurisdizione sulle lagnanze non religiose delle persone). Queste formule non sono espressione di una idea di «laicità», bensì di «non religiosità» delle regole, come tali meno importanti del – se non del tutto subordinate al – la piramide del linguaggio giuridico islamico.

Specificità “costituzionali” dell’Islam

Quindi, lo studio della tradizione giuridica islamica si rende necessario perché questa tradizione esprime una deontologia molto diversa da quella della tradizione occidentale per tre ordini di ragioni:

- per il suo lessico, la cui semantica è diversa dalla semantica costituzionale di rottura nella *Verweltlichung*;
- perché non conosce il riferimento allo Stato come dispositivo metodologico centrale rispetto a tutti gli altri (com’ è stato nella tradizione occidentale);
- per la sua diversa declinazione del rapporto tra spazio privato dell’individuo e spazio pubblico e politico (incidendo sui dispositivi metodologico della società e dello Stato).

Quale lessico “costituzionale” con l’Islam?

Riassumendo, se si vuole parlare di lessico costituzionale nella tradizione giuridica islamica, lo si deve fare nella triplice consapevolezza che:

- l’arabo, come lingua «diglossica» e lingua religiosa del Corano, racchiude una semantica immodificabile e inemendabile;
- il linguaggio giuridico e il sistema normativo del Corano compone regole «primarie»;
- le regole «primarie» sono indifferenti ai sistemi di potere e di regole «secondarie» praticate all’interno degli Stati;
- questa indifferenza non significa che le regole coraniche siano «fungibili» a qualsiasi sistema politico-costituzionale, ma piuttosto che esse, in quanto religiose, comunque prevalgono sulle strutture normative dei singoli diritti statali.

Un diritto «apicale»

Per comprendere questa dinamica, Alberto Predieri (*Sharia e Costituzione*, 2006) ha definito il diritto islamico un diritto «apicale» paradossalmente simile al diritto sovranazionale della integrazione europea, nel senso di fondarsi anch'esso sulla logica «sostitutiva» della *primauté* e dell'*effetto utile* (il musulmano deve far «prevalere» il diritto islamico sui diritti statali, per garantire l'«effetto utile» del rispetto del Corano, giacché – come prevede l'*Hadith* di Maometto – il musulmano «non concorderà mai sull'errore», anche se derivante da legittime previsioni costituzionali interne a uno Stato)

Legalità o legittimità islamica?

Ne deriva che il conflitto tra legalità e legittimità, che contraddistingue la vicenda storico-costituzionale dell'Europa dopo la *Verweltlichung* e segnerà anche la biforcazione tra *Common Law* e *Civil Law*, è estranea al linguaggio del Corano e non è percepita o percepibile come ragionamento giuridico del soggetto nella dialettica tra libertà e potere, regole primarie e regole secondarie, assiologia e deontologia.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Del resto, nel lessico classico dell’Islam è ignoto il concetto di “libertà” anche come “libero arbitrio” (già ammesso invece nella religione cristiana).

Il termine *Hurriyya* denota semplicemente la condizione giuridica di chi non è schiavo, ossia il libero. Non esprime invece un concetto di libertà “da” e “verso” il potere. Del resto, nell’Islam tradizionale, un governo è valido non perché si fonda sul consenso della libertà, ma perché è retto dalla giustizia (*adl*) intesa come conformità alla legge, che è la legge di Dio: la *Sharia*.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Sharia significa “via”, mentre il diritto (*fiqh*) altro non è che la scienza della legge religiosa, che individua le “radici del diritto” (*usul al-fiqh*), costituite dal Corano, dalla Sunna – ossia la tradizione degli atti, dei detti e dei silenzi del Profeta – dall’*ijma*, o consenso dei dottori della legge, e dal *qiyas*, o analogia per non errare. In questo modo, il diritto islamico si presenta totalmente come un “diritto divino” di regole «primarie», diverso anche dal diritto della cristianità medievale, che comunque già accettava la distinzione tra *Auctoritas* (della Chiesa) e *Potestas* (dell’Imperatore), concetto, quest’ultimo, a base di una idea di “laicità” (come separazione dal potere della Chiesa), non presente nelle categorie dell’Islam. D’altra parte, l’Islam non conosce una gerarchia ecclesiastica specifica (come nella Chiesa cristiana) e, di conseguenza, non può neppure immaginare una *Auctoritas* diversa dalla *Potestas* per definire proprie regole «secondarie»

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Che quello islamico sia inteso come un diritto «totalmente» divino (a differenza, per esempio, del diritto canonico cristiano, che è diritto temporale e quindi modificabile, ancorché conforme ai precetti religiosi), è dimostrato anche dal fatto che, nelle concezioni della tradizione giuridica islamica, non è ammessa l’idea stessa di lacuna, ossia di mancata previsione di un precetto. Il Corano è comunque considerato completo, anche se è stato rivelato progressivamente (e per questo si distingue tra un periodo meccano e un periodo medinese di scrittura del Profeta), sicché, secondo la maggioranza delle scuole giuridiche islamiche, la lacuna è una semplice aporia intertestuale tra i due momenti della vita del Profeta, risolvibile attraverso il *naskh*, una sorta di criterio cronologico di successione delle regole nel tempo (della vita del Profeta).

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

In tale prospettiva, anche il concetto di Stato, inteso come *Potestas* territoriale distinta dall’*Auctoritas* universale della Chiesa, non appartiene al lessico dell’Islam. Il territorio può essere distinto solo tra lo spazio occupato da chi riconosce la sovranità di Dio (*dar al-Islam*) e spazio occupato da chi non crede. Così come il concetto di popolo coincide con quello di *Umma*, la comunità dei credenti, in quanto statuto personale religioso e giuridico, indipendente dal territorio.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Ecco allora che la libertà islamica coincide con la perfetta aderenza al “diritto di Dio” (*haqq Allah*). I diritti delle persone (*huquq-insan*) consistono nella subordinazione a Dio, non invece nella libertà di fronte a Dio (come nella *Verweltlichung* europea). Le leggi umane, di conseguenza, hanno solo lo scopo di “amministrare” quest’ordine della *Sharia*, indicato come *siyasa shariyya*: non sono separate da essa.

Una separazione tra sfera privata (le persone) e sfera pubblica (le leggi terrene) evidentemente non è concepibile.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Il Corano, tuttavia, contiene anche un principio, quello della *hisba*, che da molti giuristi musulmani è considerato simile ai concetti occidentali della libertà e che viene tradotto con la formula “*comandare il bene e proibire il male*”. Tale principio, però, non è definito da specifiche regole che lo chiariscano.

Inoltre, il destinatario di tale principio è comunque la *Umma*, non il singolo individuo (Corano IV:59).

In ogni caso, la *hisba* ha una doppia valenza (Corano III: 110; IX: 71; XXII:41; VII:157; IX: 112): del governo verso i suoi governati e viceversa.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Come si concretizza la *hisba*? In due modi: come consiglio/ammonimento privato verso il governante (*nasihah*) e come critica (*hurryat al-muaradah*). In proposito, si citano i versetti XLII:39 e II:251 del Corano, oltre a un *hadith* di Maometto, per cui accettare il potere corrotto di un governante significa accettare la diffusione del male sulla terra. È anche vero, però, che per l’opinione sunnita di maggioranza, al governante si deve sempre obbedienza, a meno che non se ne dimostri la empietà: altrimenti, disobbedire è peccato.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Esiste dunque una sorta di “presunzione di legittimità” (*asl al-sihhah*) dell’agire di ogni musulmano. E tale legittimità può essere contestata solo con prove da parte di chi contesta oppure in caso di necessità (*darura*), ossia di emergenze di fatto.

La libertà consiste dunque nella sottomissione alla *Sharia* e nella sottomissione all’autorità governante sino a prova contraria (per disobbedienza alla *Sharia*).

Ma l’autorità governante, per governare, deve godere di qualche forma di consenso della *Umma*?

Qui entra in gioco il principio coranico della *Shura* (consultazione).

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Della *Shura* si parla in alcune parti del Corano e precisamente in due versi appartenenti al periodo meccano e a quello medinese del Profeta (XLII:38 e III:159). Nel primo, si parla genericamente della esortazione ai fedeli a consultarsi reciprocamente; nel secondo, al Profeta, già governante, viene ordinato da Dio di consultarsi con i suoi compagni sugli affari della comunità, fermo restando il dovere del governante di affidarsi a Dio. Il precetto, però, è stato anche interpretato in senso restrittivo, secondo la logica che qualsiasi ragionamento individuale (*ray*), anche se condiviso da un gruppo, non può sostituirsi alla parola di Dio né sovvertirla. Di conseguenza, la *Shura* non può essere considerata vincolante né essere utilizzata come un mandato di rappresentanza politica. Anche l’idea di responsabilità è concepita come rivolta a Dio e non alla comunità.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Il principio della *Shura* è poi legato a quello del *baya* o «consenso» nella scelta del Califfo. Il concetto di consenso, però, può essere inteso anche come semplice ratifica di una scelta già compiuta (per esempio, di designazione del Califfo da parte del suo predecessore), sicché anch’esso contribuisce poco a fondare una base di legittimazione democratica del potere. Tant’è vero che il concetto di «dispotismo», per la tradizione giuridica occidentale qualificato come forma di abuso di potere di chi governa a danno dei suoi governati, è espresso, sempre dal Corano, in termini di *istibdad*, ossia di violazione dei precetti e dei limiti della *Sharia* da parte di chi amministra la comunità.

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

L’ultimo concetto da considerare è quello di *fitna*, estremamente problematico perché utilizzato con riferimento sia alle condotte pubbliche che a quelle private dei fedeli (conferma della mancata separazione tra sfera pubblica e sfera privata nella tradizione giuridica islamica) e differentemente tradotto come «tentazione» (per esempio, nella sfera dei comportamenti sessuali), come «discordia» che il governante provoca all’interno della *Umma* (è questa, per esempio, l’accusa mossa dalla maggioranza dei musulmani all’autoproclamato Califfo dell’IS Abu Bakr al-Baghdadi, le cui scelte di terrorismo appunto stanno lacerando la comunità islamica), come «associazionismo» (ossia come peccato di indebita associazione di altre divinità all’unico Dio rivelato dal Corano).

Il lessico “costituzionale” dell’Islam

Il riferimento coranico alla *fitna* è nel versetto III:7. Il versetto III:7 del Corano riferisce che Dio ha rivelato il libro, componendolo di versetti chiari e versetti oscuri, sicché utilizzare i versetti oscuri per legittimare proprie decisioni terrene rappresenterebbe una *fitna*, anche perché a tutti i componenti della *Umma* sarebbe precluso lo «sforzo interpretativo» (*ijtihad*), giacché i dubbi interpretativi dovrebbero essere lasciati alle elaborazioni della dottrina teologico-giuridica, che ognuno dovrebbe poi «imitare» nelle sue azioni (*taqlid*). Tale prospettiva, poi, si collegherebbe al concetto, elaborato dai primi giuristi islamici, di disaccordo interpretativo dei governanti (*ikhtilaf*), che imporrebbe a qualsiasi governante di chiedere il parere alle autorità giuridico-religiose, anche al di fuori del proprio territorio (cose che, per esempio, il Califfo dell’IS si rifiuta di fare, contribuendo alla propria delegittimazione di fronte alla *Umma*).

Quale idea di democrazia?

In questo quadro semantico e concettuale così diverso da quello della tradizione giuridica occidentale, quale idea e quali forme di democrazia sarebbero praticabili senza violare i precetti della *Sharia*? L'ipotesi più compatibile sembrerebbe quella di una democrazia meramente elettiva, dove cioè la democrazia può servire solo come consenso/consiglio della comunità verso il suo capo, ma nulla di più.

Quale idea di deontologia costituzionale?

E quale può essere il ruolo della Costituzione di uno Stato rispetto alla *Sharia* accettata e praticata dalla comunità di quello Stato, comunque parte della *Umma* dei credenti? Nella letteratura internazionale (N. Abiad, *Sharia, Muslim States and International Human Rights: Treaty Obligations. A comparative Study*, London, 2008), si risponde a questa domanda proponendo due modalità di classificazione degli Stati «musulmani» (ossia con popolazione musulmana, ma escludendo da questa classificazione la Turchia, per la specificità e originalità della sua esperienza costituzionale).

Classificazione degli Stati «musulmani»

Rispetto alla Costituzione	Rispetto alle libertà religiose
Stati dove la <i>Sharia</i> è fonte esclusiva di legislazione e giurisprudenza rispetto alla Costituzione (Iran, Pakistan, Arabia Saudita)	Uno Stato «musulmano» è qualificabile «islamico» se riconosce l'Islam come religione di Stato
Stati dove la <i>Sharia</i> è fonte non esclusiva ma prevalente rispetto ad altra legislazione ma non alla Costituzione (Egitto, Yemen)	Lo Stato «musulmano» è comunque qualificabile come «islamico», se contempla la <i>Sharia</i> tra le sue fonti del diritto (sia in via esclusiva che concorrente)
Stati che si limitano a riconoscere l'Islam come religione di Stato e fonte legislativa solo per determinate sfere private della comunità credente, ma non fonte costituzionale (Marocco, Tunisia, Malesia)	Lo Stato «musulmano» non è qualificabile come «islamico» se ammette e garantisce, attraverso tribunali laici, la libertà di espressione e di religione, per cui la <i>Sharia</i> può essere utilizzata eventualmente solo nella sfera privata

È possibile separare sfera pubblica e sfera privata dell'Islam?

Dalle classificazioni suggerite dalla dottrina comparatistica, sembrerebbe emergere la possibilità, in alcuni Stati «musulmani», di riuscire a separare, di fronte alla *Sharia*, la sfera pubblica da quella privata di sua applicazione, a vantaggio della Costituzione come deontologia, però, esclusivamente pubblica, ovvero riferita solo alla gestione del potere e riferibile solo alle libertà «pubbliche», come i diritti politici e alcune libertà civili (riunione, associazione ecc...) ad esclusione, forse, dei diritti della persona.

Alcune puntualizzazioni 1

Bisogna tuttavia fare alcune puntualizzazioni.

a) La possibile distinzione tra sfera pubblica e sfera privata non è un effetto del diritto islamico, così come prima descritto nel suo lessico, bensì del diritto di alcuni Stati «musulmani».

b) Questo significa che tale distinzione non necessariamente è seguita dai fedeli di quegli Stati, i quali comunque appartengono, in quanto musulmani, alla *Umma* e sono subordinati sì al governante, ma anche – e soprattutto – alla *Sharia*, anche quando non riconosciuta formalmente come fonte esclusiva dello Stato.

c) La distinzione, pertanto, appare più rilevante per i non musulmani, soprattutto quando si tratta di ebrei e cristiani, la «gente del libro» (*ahl al-kitab*), non obbligata a convertirsi all'Islam, come i «pagani», ma comunque rispettosa della *Sharia* praticata dalla *Umma*.

d) Del resto, i giuristi islamici definiscono lo spazio pubblico *din wa dawla*, «religione e (nella) società», al di là di qualsiasi Stato.

Alcune puntualizzazioni 2

d) Lo spazio pubblico, pertanto, opera sempre dall'alto, come concessione dello Stato «musulmano», conformemente alla *Sharia*; non rappresenta il riflesso dell'autonomia privata nella sfera pubblica.

e) In altre parole, esso non rappresenta una prova della deontologia costituzionale né come riconoscimento e della promozione dei diritti, né come rimozione di ostacoli alla libertà e partecipazione.

f) Nella semantica musulmana, lo spazio resta un «dono divino» per la *Umma*, indipendentemente dell'uso pubblico o privato che se ne faccia.

Alcune puntualizzazioni 3

Ecco allora che quello che, nella tradizione giuridica occidentale, è definito «diritto privato» (ovvero il diritto *tra* privati e/o *nello* spazio privato), è inconcepibile nel diritto islamico. I rapporti privati costituiscono sempre un «bene pubblico» (*maslaha*: concetto esaltato soprattutto dalla tradizione sciita) e deve rispondere comunque al «pubblico interesse» (*istislah*).

Diritto islamico e altri dispositivi metodologici

Quanto analizzato consente di comprendere il rapporto problematico tra diritto islamico, ossia la tradizione giuridica islamica, e dispositivo metodologico Stato con la sua deontologia (il «diritto degli Stati musulmani»).

Resta da comprendere gli ultimi due profili, già affrontati con riguardo allo Stato nella tradizione giuridica occidentale (evolutosi come Stato costituzionale liberal-democratico):

- a) Il rapporto tra Stato «musulmano» e mercato;
- b) Il rapporto tra Stato «musulmano» e sovranazionalità.

Stato «musulmano» e mercato

Il rapporto tra Stati «musulmani» e mercato non produce alcun particolare problema. Se è vero che il mercato è un dispositivo metodologico che non conosce nemici e non ha confini, esso non crea problemi od ostacoli né nei confronti degli Stati «musulmani» né nei confronti della stessa religione islamica, i cui precetti in nulla confliggono con la logica del valore di scambio del mercato (al di là della forma di produzione capitalistica o meno: non a caso, sono esistiti Stati musulmani a ispirazione socialista).

Stato «musulmano» e sovranazionalità

Più problematica si presenta la questione della compatibilità degli Stati «musulmani» con i processi di sovranazionalità così come inaugurati in Europa, ossia come sovranazionalità «sostitutiva» funzionale al mercato e come sovranazionalità «compensatoria» di tutela comune dei diritti umani nella società. Il problema si pone, per esempio, per la Unione africana, che comprende numerosi paesi islamici ed è costituita sia come sovranazionalità «sostitutiva» (in abiti ancora molto limitati) sia come sovranazionalità «compensatoria» (con una propria Carta dei diritti umani).

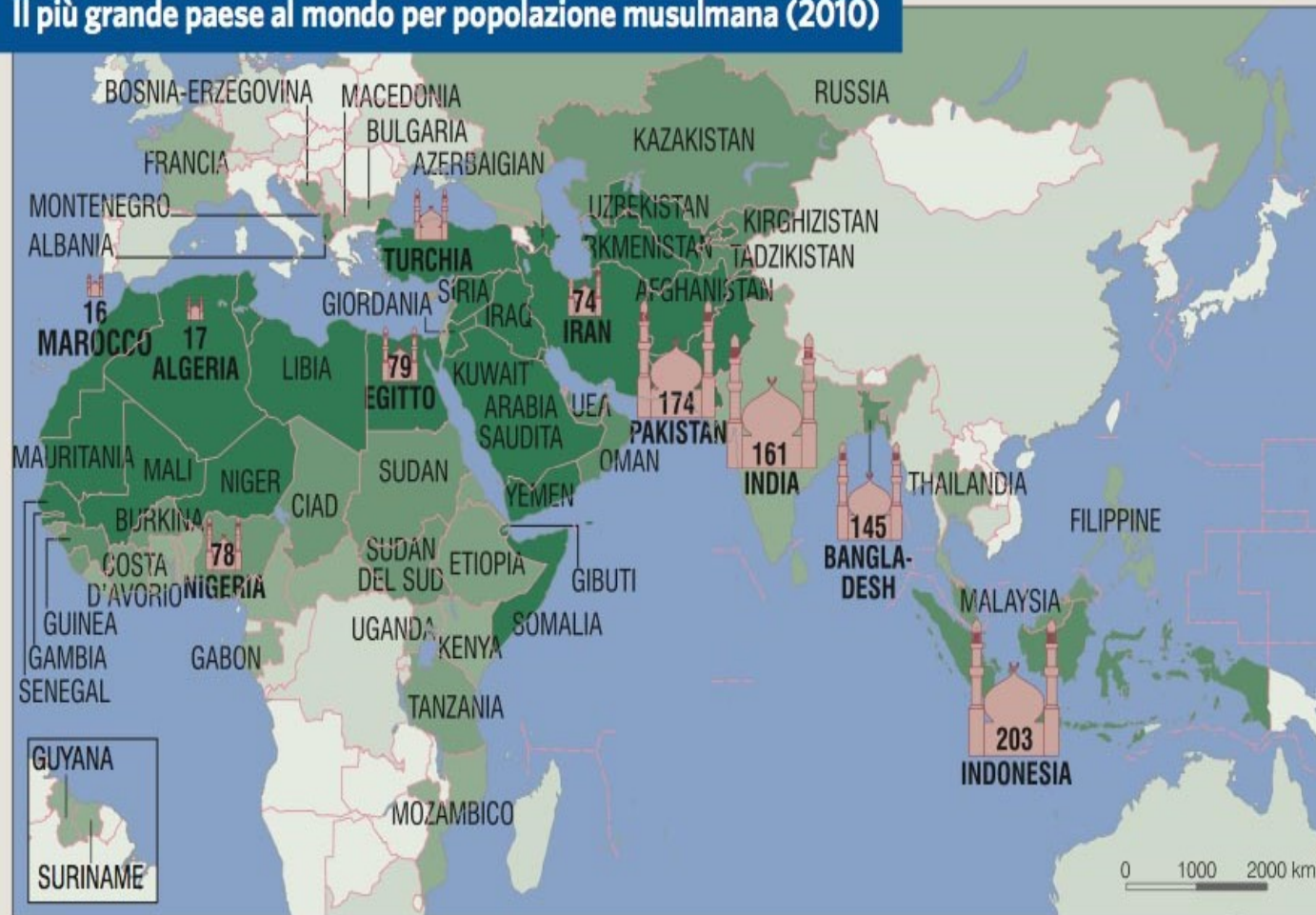
Panorama del mondo musulmano 1



735021 (R01698) 6/95

Panorama del mondo musulmano 2

Il più grande paese al mondo per popolazione musulmana (2010)



Presenza di musulmani nel mondo in % sul totale della popolazione



Numero di musulmani per Paese (in milioni)



Sovranazionalità e *Dar al-Islam*

Come accennato, nella tradizione giuridica islamica sono sconosciuti sia il concetto di Stato come vero e proprio dispositivo metodologico separato dalla comunità sia quello di nazione come dispositivo comunitario non religioso. La *Umma* è il tutto e il suo spazio è il *Dar al-Islam*, che già di per sé va oltre gli Stati. Esso non si sostituisce formalmente agli Stati, ma di fatto può vincolare e vincola i suoi cittadini in quanto *Umma* (A. Predieri). Quindi, è la unica vera sovranazionalità conforme ai precetti islamici.

Sovranazionalità e *Dar al-Islam*

Idee come quelle di «pan-arabismo», «nazione araba» etc. costituiscono il frutto della reazione islamica alle finzioni giuridiche imposte dagli Stati europei durante il dominio coloniale; non riflettono una evoluzione della tradizione giuridica islamica.

Di conseguenza, i sistemi sovranazionali, di qualsiasi natura essi siano, agiscono, ove esistenti, sia nei confronti del diritto islamico sia nei confronti del diritto degli Stati «musulmani», come «sovrapposizione», piuttosto che come «integrazione» di regole, per di più nella difficoltà, già richiamata, di tracciare irreversibilmente la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, alla base, tra l'altro, del postulato della «libera circolazione» che alimenta la sovranazionalità funzionale al mercato.

Un esempio

**Dichiarazione del Cairo sui diritti
umani nell'Islam, firmata il 5 agosto
1990**

*ART. 24: Tutti i diritti e le libertà enunciate
nella presente Dichiarazione sono soggette
alla Sharia islamica...*

E le «primavere arabe»?

L'esperienza delle «primavere arabe», con la regressione delle transizioni democratiche ivi sperimentate (si pensi, per tutti, alla presenza dei «fratelli musulmani» in Egitto ma anche alle resistenze in Tunisia verso la nuova Costituzione), non sembra modificare il quadro rappresentato sul fronte degli Stati «musulmani».

Resta l'esperienza della Turchia, come unico esperimento di costituzionalismo «mondanizzato» sia nella sfera pubblica che nella sfera privata, anche se oggi ridiscusso su più fronti, come dimostrano le recenti vicende costituzionali di quel paese.



Comparazione costituzionale e geopolitica

Modulo 5 § 4b Parte Seconda su:

- **Costituzionalismo islamico e comparazione islamica;**
- **le sovranazionalità di “cattura” degli Stati**

Michele Carducci

L'Islam come tradizione giuridica pluridiversificata

Identificate le specificità dell'Islam in generale come tradizione giuridica che unifica spazio pubblico e spazio privato nello statuto personale del diritto e verificate le differenze con le altre tradizioni giuridiche e con quelle di Common Law e Civil Law, si deve ora analizzare l'Islam nelle sue complesse articolazioni, che ne fanno, per ricchezza di contenuti e di varietà, una tradizione giuridica molto diversificata al suo stesso interno.

L'Islam come sovranazionalità

In primo luogo, si è constatato che l'Islam si fonda sul dispositivo metodologico comunitario della Umma. Si tratta dunque di una sovranazionalità che non opera in funzione del mercato o dello Stato, ma per la stessa appartenenza appunto alla comunità.

Questo significa che è una tradizione giuridica sovranazionale. Esistono altre tradizioni giuridiche sovranazionali? E, se sì, quali sono le differenze?

In effetti, esistono altre tradizioni giuridiche sovranazionali.

Tradizioni giuridiche sovranazionali

Bisogna stare attenti a non considerare una tradizione giuridica sovranazionale l'integrazione europea, per il fatto di evocare, essa, le c.d. «tradizioni costituzionali comuni», termine inventato dalla Corte di giustizia per individuare elementi comuni tra gli Stati membri, ma non espressivo della esistenza di un dispositivo metodologico comunitario pre-esistente agli Stati (e questo, nonostante il processo di integrazione europea sia stato formulato in origine con il ricorso al concetto di «comunità», ma nel suo significato latino di co-immunità e co-munus).

Tradizioni giuridiche sovranazionali

L'unica tradizione giuridica sovranazionale, oltre all'Islam, è quella talmudica. Le due sovranazionalità comunitarie sono uguali? In che cosa differiscono?

In sintesi, si può osservare che:

- l'Islam non concepisce la comunità come una etnia o una determinata identità soggettiva, a differenza della talmudica, che identifica la comunità nella identità ebraica, intesa però come «popolo eletto» e non come etnia;
- entrambe sono tradizioni giuridiche fondate sulla rivelazione, ma con una differenza, in quanto, per la talmudica, la rivelazione è quella originaria, unica e irripetibile, mentre, per l'islamica, la rivelazione è quella ultima, completa e risolutiva delle precedenti;
- entrambe non hanno conosciuto la *Verweltlichung*, ma quella islamica ha comunque conosciuto un suo processo di adattamento e differenziazione in ragione dei contesti storici e mondani di riferimento.

Tradizioni sovranazionali e altre tradizioni

Pertanto, la caratteristica delle tradizioni giuridiche sovranazionali è proprio quella di non far dipendere il dispositivo comunitario dal fattore etnico (il c.d. «differenziale etnico», che invece è presente nella tradizioni etniche) e di fondare le proprie regole sulla rivelazione, a differenza delle altre tradizioni, le quali:

- o si sono emancipate dalla rivelazione (Civil Law come prescrizione e Common Law come giudizio) -
- o prescindono (come quella Hindu, politeista, o quella confuciana, filosofico-persuasiva).

Tradizioni sovranazionali e altre sovranazionalità

Al contrario, la tradizione islamica presenta alcune caratteristiche comuni con le altre esperienze di sovranazionalità, in quanto si fonda su:

- un diritto apicale – la Sharia - simile alla *primauté* del diritto europeo (A. Predieri);
- il richiamo al passato per attenersi allo stare decisis o distinguersi da esso per adattarsi a tempi e luoghi, con il meccanismo del c.d. *Taqlid* (imitazione), simile al precedente e al *Distinguishing* di Common Law;
- lo strutturarsi come federazione di scuole giuridiche (le principali sono 4), similmente a una federazione di Stati con regole fra loro diverse ma nella unitarietà di funzionamento della federazione – come sarebbe la Umma (H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, 2010, pp. 330-336)

La pluridiversità dell'Islam

Come tradizione giuridica, l'Islam deve essere conosciuto nella considerazione di almeno 5 fattori determinanti della sua storia:

- la sua nascita nel contesto del mondo arabo, radicato in una tradizione giuridica ctonia che influenzerà le stesse regole islamiche;
- la sua distinzione tra Sciiti e Sunniti;
- la sua espansione attraverso l'esperienza dell'Impero Ottomano, quale struttura organizzativa disciplinata da regole anche mondane, in ragione della sua composizione plurireligiosa;
- la sua differenziazione nella esperienza costituzionale della Persia/Iran, quale modello di Stato islamico costituzionalizzato;
- la sua articolazione nello «sforzo» e nell'apertura/chiusura del Corano, in ragione anche della complessità filologica dell'arabo (la c.d. «*ijtihad*»).

L'importanza dei cinque fattori

Perché la considerazione dei 5 fattori determinanti è importante dal punto di vista costituzionale? Perché ci consente di comprendere che:

- l'Islam non è un fenomeno giuridico unitario e monolitico;
- l'Islam ha acquisito elementi della tradizione giuridica ctonia araba;
- l'Islam ha ricevuto interferenze/contaminazioni della tradizione giuridica occidentale, ma in due modi diversi:
 - a) in forma attiva di contaminazione, a seguito della espansione dell'Impero ottomano (si pensi al caso della Tunisia);
 - b) in forma passiva di interferenza coloniale, nel caso della Persia/Iran.

Questa diversità di iterferenze/contaminazioni ha giocato un ruolo fondamentale nella elaborazione islamica delle idee di Costituzione e di costituzionalismo nonché nell'esercizio, da parte del pensiero islamico, della comparazione costituzionale con altre tradizioni giuridiche.

Costituzione e costituzionalismo islamici?

Si può allora parlare di un concetto islamico di Costituzione? Di un pensiero islamico sulle Costituzioni (un costituzionalismo islamico diverso da quello euro-atlantico)? Di una comparazione costituzionale dal punto di vista islamico? In tal caso, la eventuale comparazione costituzionale islamica sarebbe stata anch'essa «binaria» come quella euro-atlantica?

A queste domande si può rispondere un modo euro-centrico (come emerso dalla precedente parte di questo Modulo, con riguardo ai concetti di consenso, giustizia, diritti ecc...), oppure in modo «allocentrico» (ossia considerando l'Islam in sé e nella sua storia di pensiero e di esperienza).

In arabo non esiste la parola Costituzione nel significato eurocentrico (nell'equivalente semantico di *Recognitio*, *Constitutio*, *Coniuratio* o *Liberatio*). La prima Costituzione in tal senso è quella tunisina del 1861.

Esiste invece il concetto di «unità costituzionale», elaborata dalle dottrine giuridiche delle Madrase e connessa al meccanismo del *Taqlid* (Glenn, *op. cit.*, 335).

Dottrine islamiche dello Stato e della comparazione

Esistono anche dottrine islamiche sul ruolo dello Stato, rispetto alla sovranazionalità della Umma, e dottrine sulla funzione della comparazione, per la convivenza tra regole islamiche, regole statali e regole di altre tradizioni giuridiche.

Si tratta di temi specificamente costituzionali, che non vanno confusi con quello del rapporto fra tradizioni giuridiche e (ruolo della) politica. Quindi non vanno confusi con il c.d. l'Islam politico (classificato in moderato, conservatore, popolare), quale appunto uso politico della religione (si pensi al Sufismo, al Salafismo, alla vicenda dell'ISIS, alle particolari situazioni di Siria, con gli Alawiti, Iraq, Curdi, alla stessa strumentalizzazione del *Jihad*).

Islam e filosofia

Del resto, l'Islam ha conosciuto grandi e importanti elaborazioni filosofiche (si pensi, per tutti, al recupero del pensiero di Aristotele), che hanno inciso anche sulla definizione del ruolo delle regole giuridiche nella complessità della vita mondana (in letteratura, si è parlato persino di «illuminismo» islamico, di «machiavellismo» islamico ecc..., per rimarcare processi culturali simili a quelli europei che hanno alimentato le basi del costituzionalismo euro-atlantico).

Le basi elementari della costituzionalità islamica

Inoltre, la sovranazionalità islamica, come Umma, ha una sua base costituzionale comune che si può far risalire alla prima fase della espansione islamica durante la vita del Profeta, a spese dell'Impero sassanide (651-652), e da cui è stata ereditata la «mezzaluna» quale simbolo stesso dell'idea islamica di sovranità: la sua derivazione da Dio; la sua manifestazione nella infallibilità delle parole del Profeta (base della Sunna); il suo perseguimento attraverso la virtù nella vita sociale (*dīn wa dawlah* = religione e società) e il ruolo del Califfo nel suo «contratto» (*'aqd*) con la Umma (per cui, il Califfo è il semplice curatore degli interessi socio-religiosi della Umma, non il rappresentante di una particolare politica).

Diritto islamico, diritto degli Stati islamici, diritto degli Stati con comunità islamiche

In tale prospettiva, va distinto il diritto islamico, come tradizione giuridica, da:

- il diritto degli Stati islamici;
- il diritto degli Stati dove vivono comunità islamiche.

Questa distinzione è molto importante sia per comprendere l'evoluzione del costituzionalismo islamico sia per verificare l'esistenza di approcci di comparazione costituzionale di matrice islamica.

Fonti della tradizione islamica e fonti giuridiche degli Stati

Infatti, le fonti della tradizione giuridica islamica sono le sue «radici» (*uṣūl*), ovvero il Corano, la Sunna, il Consenso, l'Analogia, da cui derivano poi i «rami» (*furu'*) della sua prassi e produzione di atti.

Questi ultimi possono «intrecciarsi» con il diritto positivo dei singoli Stati (Costituzioni, leggi, regolamenti, decreti ecc...).

Questa combinazione ha quindi segnato le esperienze «statali» della tradizione giuridica islamica.

I cicli del costituzionalismo islamico

Si può allora parlare di «cicli» del costituzionalismo islamico, ossia di quella combinazione tra «radici» della tradizione giuridica e «rami» dei singoli Stati con le loro Costituzioni, leggi ecc...

Una possibile suddivisione cronologica può essere la seguente:

- costituzionalismo del Sultanato ottomano del XIX sec.;
- reazione saudita alla crisi dell'Impero ottomano e *wahhabismo* del XVIII sec.;
- emersione del nazionalismo arabo ed esplosione della questione israeliano-palestinese, tra 1920 e 1948;
- edificazione del costituzionalismo repubblicano turco (1921-1982);
- edificazione del costituzionalismo persiano (1905-1978);
- rivoluzione costituzionale popolare khomeinista del 1978-1979;
- esperimento pakistano di “nuovo Stato islamico” decolonizzato (1947-1956);
- crollo del comunismo e crisi delle ideologie marxiste in Africa e Asia;
- «primavera arabe».

Comparazione islamica

Questa combinazione di “radici” e “rami”, nella distinzione tra Stati islamici e Stati dove vivono comunità islamiche, è alla base altresì della pratica di forme islamiche di comparazione fra propria tradizione giuridica e altre tradizioni giuridiche (in particolare, quelle occidentali e quella ctonia).

Per procedere in questi termini, però, è necessario acquisire le linee generali di “dottrina dello Stato” all’interno del pensiero giuridico islamico.

Le tre linee di “dottrina islamica dello Stato”

Si possono individuare tre linee principali di “dottrina dello Stato” interne alla tradizione giuridica islamica:

- la prima è la dottrina Sciita dello Stato (Ahmed al-Naraqi nel XIX sec. e il costituzionalismo islamico di Khomeini nel XX sec.), fondata sulla considerazione che, mentre per i Sunniti le porte della interpretazione sarebbero chiuse dal XII sec. e il tema del rapporto tra potere politico e potere spirituale non sarebbe determinante per la organizzazione costituzionale, per gli Sciiti la questione costituzionale della legittimità del potere temporale, e delle sue forme, è connessa alla stessa possibilità di garantire la guida spirituale della comunità, con connesse aperture a forme popolari di legittimazione dei poteri;
- la seconda coincide col *wahhabismo*, che, sin dalla seconda metà del 1700, propone, in opposizione alla decadenza dell'esperimento ottomano, la “rigenerazione delle origini” (Salafismo) come Islam ortodosso fedele alle dottrine giuridiche degli Ulema e non al potere politico legittimato dal popolo, con connessa chiusura alle forme di legittimazione popolare dei poteri (Monarchie nazionaliste arabe);
- la terza riguarda l'esperienza ottomana e turca delle leggi “terrene” del Sultano (le c.d. “riforme dall'alto”) che porteranno alla codificazione nella separazione tra sfera pubblica e sfera privata, sino alla “laicizzazione combattiva” e “forzata” della Turchia repubblicana di Kemal Ataturk e all'esperienza della Tunisia.

Turchia e Iran come esperienze importanti

Le esperienze ottomano-turca (nel contesto sunnita) e quella persiano-iraniana (nel contesto sciita) hanno identificato i laboratori di comparazione costituzionale più interessanti della tradizione giuridica islamica, proprio perché si interrogano sul rapporto tra fonti sharaitiche e fonti statali contaminate dalla tradizione giuridica occidentale di Civil o Common Law, dove le “radici” sono della tradizione islamica, ma i “rami” si arricchiscono del contributo della tradizione “occidentale”.

Comparazioni islamiche interne ed esterne

Nel contesto mondiale attuale, alla luce anche degli irreversibili fenomeni migratori che riguardano tutto il mondo, ma in particolare l'Europa quale centro geo-politico del costituzionalismo figlio della *Verweltlichung* e del potere/sapere coloniale, si possono classificare due modalità di comparazione costituzionale, operate dalla tradizione giuridica islamica:

- una interna agli Stati di storia islamica, dove le “radici” e i “rami” islamici hanno subito l’influsso della tradizione giuridica occidentale, per potere/sapere coloniale, con le loro “assiologie” e “deontologie”;
- una esterna ai contesti storici islamici, perché operante dentro Stati non islamici, dove le proprie “assiologie” e “deontologie” sono venute in contatto, soprattutto per causa delle migrazioni, con le “radici” e i “rami” della tradizione giuridica islamica.

Schema riassuntivo

Comparazione interna	Comparazione esterna
<p>Paesi del Maghreb (Islam-Tradizione araba-Civil Law/Common Law)</p> <p>Africa Sub-Sahariana (Islam e Tradizioni ctonie)</p>	<p><u>Atteggiamento degli Stati:</u> Regno Unito (accettazione di strumenti come gli Sharia Councils o Tribunals); USA (indifferenza individuale); Canada (tolleranza senza accettazione di strumenti istituzionali); Italia (via – inefficace – della intesa con l'Islam solo come «confessione» religiosa, ex art. 8 Cost.)</p>
<p>Asia (Islam-Tradizioni ctonie-Civil Law/Common Law) e caso particolare del Kazakhstan</p> <p><u>Incidenza sulla teoria delle fonti:</u> Stati «musulmani» (prevale la Costituzione come «radice» pubblica e privata) vs. Stati «islamici» (prevale la Sharia come «radice» pubblica e privata)</p>	<p><u>Atteggiamento delle comunità islamiche:</u> Adattamento c.d. Liberal Islam Rifiuto del confronto (es. Fratellanza musulmana) Costruzione di una comparazione condivisa (c.d. «fiqh occidentale» ossia un diritto islamico-statale dei Paesi europei, fondato su valori comuni).</p>



Utilità pratica della comparazione costituzionale dell'Islam e con l'Islam

Promuovere non semplicemente un dialogo inter-religioso, bensì una pratica di regole giuridiche che, nella considerazione dell'Islam come tradizione giuridica fondata sullo statuto personale rispetto al diritto territoriale degli Stati di Civil/Common Law, tutelino tutte le persone reciprocamente, indipendentemente dal fatto di riconoscersi o meno in una specifica tradizione giuridica (anche a tutela delle c.d. situazioni di «exit» e di «entry», ossia di chi abbandona le regole di una tradizione giuridica oppure decide di cambiarle, in un contesto ormai «misto», come quello contemporaneo mondiale).

Democrazia e Islam

La varietà di declinazioni costituzionali della tradizione giuridica islamica pone infine la questione di come qualificare e valutare le esperienze di democrazia degli Stati musulmani e islamici.

In letteratura, si parla di “democrazia imperfette” o “*Phoney Democracies*”, per indicare la presenza di limiti o difficoltà nel promuovere la c.d. “poliarchia” democratica, ossia la diffusione di pratiche “democratiche” nella società e non solo nelle istituzioni (libertà di associazioni, libertà nelle università, libertà di riunione ecc....).

È anche vero che in alcuni contesti, sono diffuse forme di democrazia partecipativa e diretta, connesse alle precedenti tradizioni giuridiche ctonie (es. in Giordania).

Altre sovranazionalità?

Chiuso il panorama delle tradizioni giuridiche e della specificità dell'Islam come tradizione giuridica sovranazionale, ci dobbiamo chiedere se, nel mondo attuale esistano altre sovranazionalità, di espressione sociale e quindi non comunitaria o statale, capaci comunque di condizionare gli Stati, al pari delle altre sovranazionalità studiate.

La risposta è sì. Esse sono principalmente 2:

- la sovranazionalità finanziaria;
- La sovranazionalità criminale (mafia, narcotraffico).

Ognuna di esse opera attraverso proprie regole e istituzioni (si pensi al mercato finanziario mondiale delle borse o ai «codici di onore» delle organizzazioni mafiose

I fenomeni di «cattura»

Queste sovranazionalità di fatto condizionano la sovranità degli Stati e le loro regole territoriali, producendo il fenomeno della c.d. «cattura».

Si parla di «cattura del regolatore» con riguardo ai condizionamenti che la sovranazionalità finanziaria, fondata esclusivamente sul denaro come oggetto di scambio in sé, determina sulle scelte degli Stati (es. fughe di capitali a seguito di tassazione di patrimoni finanziari), e di «cattura dello Stato», per situazioni in cui uno Stato non riesce a far valere la propria legalità verso le sovranazionalità criminali (es. Colombia e narcotraffico).

Le reazioni alla «cattura»

A queste situazioni, si può rispondere in tre modi:

- contrastando tali sovranazionalità (si pensi alla vicenda greca durante la crisi finanziaria mondiale o alla lotta alla mafia);
- attivando un para-Stato (meccanismi fattuali di adattamento e convivenza con tali situazioni);
- praticando il c.d. «doppio-Stato», ossia un insieme di regole o istituzioni differenti, a seconda se riferite o meno alle sovranazionalità che «catturano».

Comparazione costituzionale e geopolitica
Moduli 6, 7, 8 e 9:

Metodologia della comparazione

MICHELE CARDUCCI

Riepiloghi 1

I primi 5 moduli di studio hanno consentito di scoprire, ossia di conoscere, le Costituzioni moderne come fenomeno storico connesso ai due eventi di apertura della modernità: la *Verweltlichung*, i cui effetti hanno declinato le differenti concezioni delle regole costituzionali – principalmente come *Recognitio* e *Constitutio* – e la «scoperta» dell’America, vettore di affermazione della «colonialità» del potere e del sapere nel mondo; «colonialità» che si è imposta sulle altre tradizioni giuridiche del mondo, occultandole ma non eliminandole, posto che queste tradizioni (5, le principali, ad esclusione delle due declinazioni della tradizione giuridica occidentale) permangono e condizionano le regole giuridiche costitutive della convivenza fuori dell’Occidente euro-nord americano.

Riepiloghi 2

Del resto, si è altresì constatato che i comportamenti umani non sono determinati solo dalle regole giuridiche e, nello specifico, da quelle costitutive «primarie» e «secondarie», bensì da tutti i «dispositivi metodologici» che condizionano o limitano le nostre preferenze sulle nostre scelte.

In questo quadro così complesso – tutt'altro che «universale», perché in realtà differenziato – ci si deve ora chiedere come poter effettuare «confronti» (ossia comparazioni) tra regole e realtà fra loro differenti.

Come farlo e sulla base di che cosa farlo?

L'ipotesi dell'«universalismo naturale»

Se ci si richiama all'ipotesi di J. Finnis, ripresa da S. Legarre, si potrebbe sostenere che esista un «universale condiviso» da tutti i soggetti umani, come tale acquisibile a parametro di confronto di regole e comportamenti: un «universale naturale» consistente nella idea di «bene comune» per qualsiasi essere umano; un parametro «meta-etico» che orienterebbe i confronti e i giudizi (per es. il precetto «non uccidere»).

Tale ipotesi, tuttavia, non sembra risolvere il problema del «metodo» della comparazione.

La critica di Hume all'«universale naturale»

Già David Hume criticava le pretese «universalistiche», osservando che l'essere umano procede dalla propria esperienza per la formulazione dei giudizi e che questo processo di induzione si consolida per «abitudine», determinando la presunzione, concludeva Hume, che *«i casi dei quali non abbiamo avuto nessuna esperienza debbano somigliare a quelli dei quali l'abbiamo avuta»*.

In altri termini, l'«universale» difficilmente è qualcosa di concretamente conosciuto e verificato ovunque. Lo pensiamo per «abitudine», piuttosto che per conoscenza e per dimostrazione. Del resto, riprendendo Kant, *«pensare non significa conoscere, conoscere non significa comprendere»*.

«Universale» e «ignoranza»

Aggiungeva Hume che l'«universale» si può solo postulare, ma non dimostrare attraverso un'esperienza altrettanto universale. Del resto, chi può aver conosciuto concretamente l'intero mondo per poterne desumere per induzione gli «universali»?

Tra l'altro, proprio la storia delle fratture europee della «scoperta» dell'America e della *Verweltlichung* smentiscono qualsiasi esistenza «concreta» dell'«universale» meta-etico.

Il paradosso dell' «ignoranza»

La «scoperta» dell'America ci dimostra che «scopriamo» solo quello che «ignoriamo», sicché, proprio perché ignoranti, pretendere di essere certi che esista un «universale» meta-etico lascia intendere che semplicemente «ignoriamo» eventuali smentite della realtà su di esso, il che non equivale certo a una dimostrazione: ignorare non vuol dire dimostrare.

La *Verweltlichung* ha storicamente affermato il primato del consenso, rispetto a quello della «verità» dichiarata dall'autorità terrena della Chiesa cattolica, come fondamento della convivenza umana, sicché, se di «universale» si vuole parlare, questo può essere provato solo se concretamente c'è consenso altrettanto universale intorno ad esso, il che non pare (basti pensare alle assiologie e deontologie delle tradizioni giuridiche diverse da quella occidentale) e comunque tale «prova» ci ricondurrebbe alla nostra inevitabile condizione di «ignoranza», che non equivale certo a «dimostrazione».

Il c.d. «male»

Se poi si prendono in considerazione gli studi di «etologia» del Premio Nobel Konrad Lorenz sul «cosiddetto Male», ossia sull'aggressività innata in qualsiasi animale, in quanto istinto di sopravvivenza e dunque «fatto naturale» e non «apprendimento meramente sociale» della convivenza (appunto fatto «eto-logico», non «socio-logico»), si comprende come l'idea di un «bene comune» altrettanto «naturale» sfugga persino alla verifica della storia, che – tra l'altro – ha sempre consegnato esempi crudeli di rifiuto di una bontà universale.

Meglio essere consapevoli di essere «ignoranti», piuttosto che «presumere» (senza conoscere)

l'universale meta-etico

Da questo paradossale circolo vizioso non si esce.

Non esiste un «universale naturale» meta-etico, per tutti esistente, da tutti conosciuto e per tutti uguale.

Esiste piuttosto una «naturale universale ignoranza» dell'essere umano (come ci ricordava la filosofia greca antica, già con Platone e Socrate).

La presunzione di «universalità» ci fa credere di essere sempre e comunque dalla parte «di tutti». La consapevolezza della nostra «ignoranza», al contrario, ci costringe all'umiltà reciproca, al rispetto di ciò che è per noi «nuovo», all'esercizio del dubbio e all'impegno della continua, incessante conoscenza.

Ma allora?

Ma allora come faccio a confrontare regole e comportamenti?

Sulla base di quale parametro, dato che la pretesa meta-etica dell'«universale» non ci libera dalla nostra «ignoranza»?

Come faccio a non essere condizionato dalla mia «ignoranza» nell'effettuare confronti e nel formulare giudizi?

A queste domande bisogna cercare di rispondere per affrontare il tema della comparazione costituzionale, ossia il confronto tra regole «costitutive» (primarie e secondarie, con assiologie e deontologie) di comunità e comportamenti differenti.

La comparazione «binaria»

Sempre le vicende della «scoperta» dell'America e della *Verweltlichung* ci consegnano una dimostrazione storica che la comparazione moderna si è fondata su un confronto «binario», il cui contenuto può essere sintetizzato da queste due formule:

tu (l'altro) devi essere confrontato a me;

*io definisco il parametro del confronto e del giudizio
su di te (l'altro)*

(si pensi alla «controversia di Valladolid» sugli
Indios considerati «animali»)

Comparazione «coloniale»

La dimensione «binaria» è alla base dell'affermazione storica della «colonialità» del potere e del sapere, inaugurata appunto dalla «scoperta» dell'America (si ricordi il *Nomos iberico*) e rafforzata dalla *Verweltlichung*, che ha prodotto le idee moderne di Costituzione, come insieme di regole «costitutive» fondate su una tradizione comune o su un consenso comune verso il futuro (consenso, fuori dell'Europa, imposto dalla colonialità europea).

I limiti della comparazione «binaria»

Tuttavia, si è visto che il mondo non è segnato da una sola «tradizione» e che il consenso non è semplicemente «libero», dato che qualsiasi scelta dipende dalle preferenze e le preferenze sono condizionate dai dispositivi metodologici.

Già J. Stuart Mill parlava in proposito di «etologia» della osservazione, per indicare la necessità che l'osservazione della realtà si fondi proprio sulla considerazione di tutti questi elementi.

Relazioni internazionali «coloniali»

Tra l'altro, le stesse relazioni internazionali sono state infarcite dalle presunzioni della comparazione «binaria», come dimostra la vicenda della cosiddetta «questione d'Oriente», ossia dei rapporti tra Stati europei (cristiani) e Impero Ottomano, al quale l'Europa negava lo statuto della sovranità (qualificandolo «mezzo-sovrano») proprio perché estraneo alla «tradizione» cristiana (considerata l'unica «civiltà»).

4 tappe della comparazione «binaria»

- 1) La comparazione come “potere e sapere coloniale” (il “Nomos” iberico e quello “americano”);
- 2) La comparazione come uniformazione allo scambio (la sovranazionalità);
- 3) La comparazione come “analogia domestica” (la “questione d’Oriente” con l’Impero ottomano);
- 4) La comparazione come “esportazione” di valori e regole presunte «universali» (la “cooperazione allo sviluppo”).

Occultamento

Quindi la comparazione «binaria» non fa conoscere l'*Altro*. Occulta l'*Altro*, ne nega le specificità proprie, ne priva di dignità le differenze, non si fa carico dei suoi bisogni, non necessariamente identici a quelli miei che presumo «universali». Impedisce di conoscere le differenti tradizioni esistenti nel mondo.

Si pensi ai concetti di «nazione civile» o di «civiltà», prodotti dall'Occidente e presenti persino nei documenti che ancora oggi presidiano le relazioni internazionali, come la Convenzione di Vienna sulla interpretazione dei trattati.

Perché storicamente è stato così?

Perché il momento della conoscenza/comprendimento dell'altro è sempre stato – storicamente e materialmente – associato al momento della decisione e/o al momento dell'accordo tra soggetti in posizioni di forza differenti (es. *Requerimiento spagnolo*, nascita del “linguaggio diplomatico” secondo i rapporti di forza delle potenze europee).

L. Althusser: «*ogni comparazione è stata in realtà una scelta politica da imporre a qualcuno meno forte di noi*»

La Commissione Gulbenkian

Un contributo fondamentale alla considerazione dei condizionamenti che il potere/sapere coloniale ha prodotto nella comparazione «binaria» e soprattutto nei confronti delle realtà extraeuropee (definite e descritte in base a parametri solo eurocentrici) è venuta dalla c.d. *«Commissione Gulbenkian per la ristrutturazione delle scienze sociali»*

Emanciparsi dalla comparazione «binaria»

Due acquisizioni risultano quindi ineludibili:

- 1) la comparazione «binaria» non produce un confronto, bensì semplicemente un giudizio unilaterale verso l'*Altro*. Il fatto storico che questo giudizio unilaterale si sia imposto sul mondo attraverso la «colonialità» del potere e del sapere non vuol dire che esso rifletta la realtà delle cose nel mondo e consenta di far conoscere la realtà del mondo (la vicenda degli «indios» è tristemente emblematica della crudeltà della comparazione «binaria»);
- 2) la comparazione «binaria» non ci libera dalle nostre «ignoranze», anche quando ci illudiamo che essa persegua un «universale naturale» e «meta-etico».

2 ALTERNATIVE: «ignoranti» *per sempre* o *sempre meno* «ignoranti»?

A questa constatazione si può reagire in due modi:

- a) rinunciando a qualsiasi comparazione, per rimanere *per sempre* «ignoranti»;
- b) interrogandoci non solo su che cosa sia la realtà, dato che non esiste una «verità» universale o meta-etica, ma soprattutto su come ognuno di noi possa emanciparsi dai condizionamenti della propria «ignoranza», per essere *sempre meno* «ignorante»

Che cosa è la realtà?

Se non vogliamo permanere «ignoranti», la prima domanda da porci è
che cosa sia la realtà.

A questa domanda si può rispondere nel seguente modo.

La realtà consiste in :

- 1) oggetti osservati, cui attribuiamo un nome (es. gatto) (la *Sachlichkeit* ossia oggetti qualificati dal linguaggio);
- 2) ricorrenze di fenomeni ai quali attribuiamo una *definizione* per un significato (es. il suono del gatto lo definiamo «miagolare» e questa definizione lo distingue da altri animali), sicché si può dire che la realtà è un insieme di esperienze/conoscenze di fenomeni; conoscenze che si mantengono nel tempo logiche e coerenti intorno a definizioni connesse a significati (la *Realität* ossia l'attribuzione costante e coerente di un significato a un fenomeno – il miagolare –, non solo a un oggetto – il gatto);
- 3) esperienze di azioni qualificate in un contenuto che resta condiviso e costante nel tempo (es. l'esperienza di considerare «vivente» il gatto che miagola e non il gatto fatto in pietra) (la *Wirchlichkeit* ossia la realtà «agita» e non solo osservata dagli esseri umani: per cui, se rompo un gatto fatto in pietra non dico che «uccido» l'essere vivente gatto).

Realtà – linguaggio

La realtà dunque è *esterna* al soggetto (il gatto che miagola esiste indipendentemente dall'uomo), ma *dipende dal* soggetto (il gatto e il miagolio sono denominati e definiti in tali termini dall'uomo, non dal gatto).

La realtà è quindi linguaggio (L. Wittgenstein: «*non esistono parole, ma usi*»), in un triplice senso:

- la denominazione attribuita a ciò che si osserva (nome);
- la definizione di fenomeni osservati nell'esperienza, ai quali si attribuisce un significato (definizione);
- il contenuto di esperienze e azioni, che si condivide e si mantiene costante nel tempo (semantica)

Lo zero

Si pensi all'«esistenza» o meno dello «zero»

Esiste lo «zero»? Che cos'è? A che serve?

Equivale al «nulla»?

Non tutte le matematiche lo contemplano (lo «zero» deriva dalla matematica indiana).

Eppure ha un nome, consente la definizione di fenomeni (es. crescita «zero»), permette di elaborare contenuti condivisi di azioni ricorrenti (semantica) (es. le addizioni o le moltiplicazioni).

Realtà e diritto 1

Queste considerazioni sono importantissime anche nella osservazione dei fenomeni giuridici, per 4 ragioni.

1) in quanto quelli giuridici sono fenomeni sociali (con nomi, definizioni, semantiche maturate nelle esperienze storiche degli esseri umani) a riproduzione intellettuale (che produce a sua volta nomi, definizioni, semantiche).

Es. quando una stretta di mano è un contratto? Qui evidentemente entrano in gioco nomi, definizioni, semantiche non solo sociali (stringersi la mano), ma anche giuridiche (si pensi ai «diritti» riconosciuti agli animali, quando in passato erano considerati giuridicamente «cose», ossia oggetti e non soggetti di diritto)

Realtà e diritto 2

2) Inoltre è importante perché consente di comprendere che il linguaggio giuridico non necessariamente corrisponde al linguaggio comune, sicché i termini e le parole del diritto vanno contestualizzate nella loro storia e nel loro uso «giuridico» (si pensi al termine «diritto soggettivo», sconosciuto ad alcune lingue delle tradizioni giuridiche non occidentali, come quella ctonia e quella confuciana).

Realtà e diritto 3

3) Ancora, è importante perché consente di comprendere la specificità del linguaggio giuridico e la complessità della traduzione delle lingue nel campo del diritto (si pensi a quanto già osservato sulle parole *Rule of Law*/Stato di diritto; *Human Rights*/Diritti fondamentali; libertà-consenso nella tradizione giuridica occidentale e libertà-consenso nella tradizione giuridica islamica; proprietà privata nella tradizione giuridica occidentale e sua assenza in quella ctonia ecc.)

Realtà e diritto 4

Come si è già constatato dal precedente modulo di studio, questo nesso tra realtà e nomi, definizioni, semantiche è altresì alla base delle caratteristiche differenziali delle diverse tradizioni giuridiche esistenti al mondo, conoscibili e comprensibili solo attraverso questa analisi del rapporto tra realtà e linguaggio (altrimenti si cadrebbe, com'è stato, nella comparazione «binaria» si usare il proprio linguaggio per «comprendere» gli altri)

Realtà come «oggetto sociale»

In ragione dei 4 elementi richiamati, si conclude (M. Ferraris) che la «realtà» del diritto non è semplicemente un oggetto «materiale» (come il gatto), bensì un oggetto «sociale», composto di tutti gli elementi della realtà + le regole giuridiche che producono nomi, definizioni, semantiche e riflettono tradizioni giuridiche.

Realtà incomunicabile?

Tali constatazioni, tuttavia, non devono indurre a far credere che sia impossibile comunicare, che il mondo sia una Babele confusa e disordinata. Né deve far pensare che tutto sia soggettivo e relativo (io non posso chiamare «cane» un oggetto osservato, che tutti chiamano «gatto»). Nel contempo, costringe a relativizzare qualsiasi confronto tra esperienze giuridiche (non posso pensare che tutti, nel mondo, qualifichino allo stesso modo la stessa cosa in termini di nomi, definizioni, semantiche). Del resto, si è già visto che l'idea di «bene comune» può avere tanti significati (come nomi cui riferirsi, definizioni di fenomeni osservati, semantiche di esperienze vissute).

Relatività o relativismo?

In una parola, la consapevolezza che la realtà non deriva dal soggetto (non è il soggetto che crea il gatto), ma dipende dal soggetto (è il soggetto che lo denomina) disvela la relatività della conoscenza: la conoscenza è condizionata dalle nostre esperienze e dal nostro linguaggio. Relatività della conoscenza, però, non significa relativismo (tutto si fonda solo ed esclusivamente sul mio punto di vista soggettivo e personale).

Il relativismo assume il soggetto come «padrone» della realtà (tutto dipende da me e dal mio linguaggio) e alimenta ignoranza, pregiudizi oppure dogmatismi, fanatismi, intolleranze (nella storia delle religioni si sostiene che le religioni siano le prime espressioni antropologiche del relativismo, proprio per il loro «imporre» una lettura della realtà).

La relatività, al contrario, dimostra che il soggetto è parte della realtà (non esistono da una parte gli oggetti e dall'altra i soggetti), sicché più «esperienza» nella realtà si fa, meno approssimativa (relativa) è la nostra conoscenza della realtà.

Babele o *Popol Vuh*?

Può essere interessante constatare come questa consapevolezza ricorra in tutti i miti e le religioni del mondo, con interessanti parallelismi e differenti declinazioni proprio sul tema del linguaggio, per esempio nel confronto tra la Babele della Bibbia e il racconto quasi identico contenuto nel *Popol Vuh* (la c.d. «Bibbia Maya»). Nella Bibbia ebraica, la pluralità di lingue diventa una condanna di fronte all'unica «vera» parola di Dio. Nel *Popol Vuh* è, invece, considerata la virtù principale dell'essere umano, per promuovere conoscenza, tolleranza, apertura verso l'altro e l'ignoto (non a caso, i Maya sono stati un popolo «astronomico»).

Esperienza – conoscenza

Inoltre, tutto questo quadro permette anche di cogliere l'importanza della «esperienza» della realtà (quello che nel linguaggio comune si rende con la parola «prassi». L'esperienza non è solo fare qualcosa. Non casualmente, la lingua tedesca (dopo il contributo hegeliano su *Sachlichkeit, Realität e Wirklichkeit*) distingue l'esperienza in *Erfahrung*, come semplice praticare la realtà in modo «ignorante», nel senso letterale di ignorare la complessità della realtà, ed *Erlebnis* (lett. «vivere amando»), nel senso di amore per la conoscenza della realtà nella sua complessità (per es. il «turista» «pratica» il viaggio, il «viaggiatore» «ama» il viaggio).

Di conseguenza, non è vero che esiste una frattura tra teoria e realtà. Essa dipende solo da noi e dalla nostra pigrizia mentale: una teoria senza osservazione «amata» della realtà non serve a nulla; una realtà senza teoria (e senza studio «amato» delle teorie) alimenta pericolosa ignoranza.

Scrivendo genialmente J.L. Borges, con riferimento ai «chiacchieroni» che «sanno tutto» della realtà: *«solo l'uomo che ha conosciuto poco, allarga il mondo con le parole. Chi lo ha conosciuto e amato studiando, preferisce il silenzio della conoscenza continua»*.

Riepiloghi dalle lezioni

Qui si possono riepilogare alcuni passaggi esposti a lezione:

Pensare – conoscere – comprendere (Kant)

Realität – Sachlichkeit – Wirklichkeit (Hegel)

“Momento colombino” della conoscenza (colonialità del potere e del sapere, fondati su «ignoranza») = conoscere (giudicare) l’*Altro* = comparare, ma come?

Che cosa conosco? L’altro o me stesso?

Chi conosce è condizionato? Da che cosa? Dalla propria «ignoranza» (sotto forma di dogmi, pregiudizi, assenza di esperienza ecc....)

Come conosco? Necessità di un “discorso sul metodo” = metodologia

Costruttivismo (ossia costruire categorie) = conoscenza “oggettiva”?

Relatività (Albert Einstein – Ipotesi) vs. relativismo (soggettivismo delle idee – “anarchia del metodo” – Paul Feyerabend) > Karl Popper (congetture e confutazioni vs. semplice dissenso di opinioni)

Ancora

Kant > le “illusioni necessarie” (linguaggio giuridico che concettualizza fenomeni della realtà, semplificandone la complessità)

Marx > le “astrazioni storicamente indeterminate” (teorie e concetti che non si misurano con le diversità della realtà)

Ossia: da un lato, “necessarie” per osservare e classificare (ossia per conoscere, soprattutto il diritto, in quanto fenomeno sociale a riproduzione intellettuale); dall’altro, “storicamente indeterminate”, perché non contestualizzate con tutte le realtà (es. “scoperta” dell’America)

Ancora

E nel diritto? Fenomeno sociale a riproduzione intellettuale.

Quindi ancora più complicato (oggetti, comportamenti e “pensieri”)

Dov'è la Realität, la Sachlichkeit, la Wirklichkeit?
(Hegel, Filosofia del diritto pubblico)

È quella di chi produce il fenomeno o di chi lo osserva?

(es. “cannibalismo”: lo giudica chi osserva – e non è cannibale – oppure lo si qualifica e giudica in base all'altro, ossia a chi pratica il cannibalismo? Si pensi al *Caliban* di Shakespeare)

Ancora

Kant > critica “trascendentale” = il diritto è trascendenza e immanenza > il “formalismo giuridico”

Es. “furto di legna” (Marx 1848: la legge “mente” perché non si interroga sulla realtà del «prendere la legna» come bisogno umano, la legge quindi “finge”)

Marx e la “critica” alla filosofia del diritto pubblico di Hegel: la conoscenza e la comprensione del diritto non sono mere forme o mere astrazioni (ricordare metafora della “partita a scacchi” e idea di “giustizia” in Martin Luther King). Sono comunque realtà. Conoscere il diritto significa anche conoscere la realtà.

Realtà e ideologia

La complessità della considerazione della realtà, inoltre, permette anche di cogliere il ruolo delle «ideologie», termine originariamente utilizzato – nel XVIII sec. – come «scienza delle idee», ma poi degradato in:

- «falsa coscienza» della realtà (per ignoranza)
- «visione del mondo» (*Weltanschauung*), per imposizione di un'unica conoscenza, assunta a verità (si pensi alle «ideologie» totalitarie del Novecento)

Realtà e «universalisti linguistici»

Tra l'altro, come ha mostrato la straordinaria opera di semantica storica di R. Koselleck, l'idea che esista un solo linguaggio, un solo significato, una sola semantica, una unica definizione delle cose, dei fenomeni e dei comportamenti umani in tutto il mondo è frutto della «filosofia della storia» definitivamente maturata con l'Illuminismo razionalista europeo e col suo linguaggio «universalista» (si pensi agli straordinari contributi critici della «Scuola di Francoforte» con M. Horkheimer e T.W. Adorno)

«Universali linguistici» e Haiti

Ma quegli «universali linguistici» erano così falsamente «universali» che, quando vennero presi sul serio fuori dell'Occidente «razionalista» nell'isoletta di Haiti (affermando appunto la «universalità» della «*Fraternité*» rivoluzionaria francese) vennero ferocemente repressi dalla «civilizzazione razionale europea».

«ignoranti» od «onesti»

Si può allora concludere questa parte con le belle parole, cariche di altruismo umanista, di Leonardo Sciascia:

«siamo tutti corresponsabili della realtà e la differenza, se c'è, è solo in termini di partecipazione diretta o indiretta alla realtà. In ogni caso, di fronte alla realtà, dobbiamo decidere se restare ignoranti, lasciandoci vivere nei pregiudizi e relativismi, oppure praticare la faticosa onestà intellettuale della conoscenza, nella consapevolezza della relatività dei nostri giudizi e delle nostre certezze»

ARRIVARE ALLA COMPARAZIONE

Come mettere in pratica tutto questo sul piano della comparazione ossia del confronto di realtà con i loro nomi, definizioni, semantiche differenti?

Ma soprattutto, come farlo nel campo specifico della comparazione costituzionale, dato che il diritto è un fenomeno sociale a riproduzione intellettuale con un proprio linguaggio?

Per rispondere a queste domande, dobbiamo mettere a frutto le acquisizioni emerse sul tema della (conoscenza della) realtà e coniugarlo con tutto quello che si è appreso dai Moduli precedenti.

COMPARARE REALTÀ?

Non esiste una «verità» né esiste una unica «realtà». Esistono realtà «relative», in ragione del linguaggio che attribuisce nomi, definizioni, semantiche non sempre uguali e delle nostre «ignoranze». Questo, come si è visto, vale anche nel campo del diritto e dei fenomeni giuridici.

La comparazione serve proprio a questo: a «scoprire» le diversità della realtà (quindi a emanciparci dalla nostra «ignoranza»). Qualsiasi comparazione è un processo di «insubordinazione» nei confronti delle nostre «ignoranze»

Ma come «insubordinarsi»?

Insufficienza della comparazione «binaria»

È evidente che la comparazione «binaria», che storicamente ha giudicato il mondo con la sua colonialità del potere e del sapere, non si fa carico di questi problemi (del resto è stata frutto di crudeli ignoranze). La comparazione «binaria» mira a qualificare unilateralmente il mondo, senza affrontare la fatica di conoscere e misurare le differenze o le similitudini tra le realtà del mondo. Insomma, la comparazione «binaria» costruisce il mondo a propria immagine e somiglianza (in tal senso, essa è costruttivismo puro). Non a caso, si è parlato di «colore della ragione» (ossia di ciò che si considerava unilateralmente «razionale»: bianco, maschile, proprietario). Pertanto, solo una comparazione «non binaria» può dare risposte alle nostre domande.

L'astronomo e l'astrologo

Per provare a rispondere alla domanda di come farlo, interroghiamoci sulla differenza tra l'astronomo e l'astrologo. Entrambi comparano gli astri, ma fanno esattamente la stessa cosa?

Astronomo	Astrologo
Stesso oggetto (astri)	Stesso oggetto (astri)
Stessi nomi (degli astri) e stesse definizioni di fenomeni (es. rotazione degli astri)	Stessi nomi (degli astri) e stesse definizioni di fenomeni (es. rotazioni degli astri)
Stesso soggetto osservatore (es. astronomo che si diletta di astrologia)	Stesso soggetto osservatore (es. astrologo che si diletta di astronomia)
Stessa semantica?	Stessa semantica?
Stesso metodo?	Stesso metodo?

Allora?

La differenza tra astronomia e astrologia non è nell'oggetto, né nel soggetto osservatore, né nei nomi e nelle definizioni. Non è neppure nella semantica e nel metodo, giacché sia l'astronomo che l'astrologo rispettano una semantica (nel senso di esperienze di azioni qualificate in un contenuto che resta condiviso e costante nel tempo: per es. i caratteri di un segno zodiacale, la combinazione dei gas di un pianeta) e un metodo (cioè un insieme di procedimenti di osservazione ripetibili nel tempo).

La differenza allora è nella tecnica di dimostrazione e confutazione della conoscenza che si vuole acquisire attraverso quel metodo.

Metodo e tecnica di indagine

Non bisogna quindi confondere il «metodo» con la tecnica di indagine sulla realtà. Solo quest'ultima segna la differenza tra la scienza e altre forme di conoscenza/esperienza della realtà. Il contadino ha un «metodo», ma non per questo sa fare il botanico. Ma anche il botanico ha un «metodo», ma non per questo sa fare il contadino.

Quello che cambia è la tecnica di indagine sulla realtà. La tecnica di indagine, a sua volta, segna la differenza tra i metodi.

Lakatos e il «programma di ricerca» 1

Come ha spiegato I. Lakatos, solo lo scienziato deve sottoporsi a una fatica di conoscenza molto particolare, consistente in 4 fattori.

A) Il primo consiste nel seguire un programma di ricerca strutturato su tre livelli di osservazione: osservo la realtà di oggetti, fenomeni e comportamenti (I livello); osservo chi osserva questa realtà e quindi la «qualifica» con nomi e definizioni (II livello); osservo chi osserva chi osserva questa realtà e quindi la misura e giudica attraverso semantiche (III livello). Es. osservo un animale che emette suoni (I livello); osservo che quell'animale che emette suoni è denominato «gatto» e il comportamento di emissione di suoni è definito «miagolare» (II livello); osservo che questa realtà è classificata tra gli «esseri viventi», consentendo di distinguere il gatto (vivente) da una statua di gatto (non vivente) e determinando così le semantiche delle azioni umane (uccidere il gatto è diverso da rompere una statua di gatto). Nessun altro essere vivente diverso dall'uomo è mai stato in grado di procedere sui tre livelli di osservazione (il gatto vivente confonderebbe la statua di gatto con un suo simile).

Lakatos e il «programma di ricerca» 2

B) Il secondo fattore consiste nel fatto che solo la scienza non può sottrarsi alla confutazione (K. Popper): se l'astrologo è smentito dalla realtà, non succede nulla; lo stesso può dirsi del contadino. Se uno scienziato è smentito dalla realtà, vuol dire che ha «sbagliato» nel conoscere la realtà.

C) Proprio per questo, solo lo scienziato deve dichiarare «che cosa esclude» ossia che cosa non ha potuto o voluto conoscere della realtà (non a caso, la scienza procede per ipotesi, non per certezze, verità o mere idee).

D) La scienza, quindi, non è semplicemente un metodo, è un programma di ricerca replicabile (consentire a tutti di ripetere le osservazioni di I, II, III livello), trasparente (dichiarare che cosa si è escluso per volontà o impossibilità: dichiararlo non vuol dire confessarsi ignorante; significa essere onesti sui propri limiti di conoscenza), verificabile (le conclusioni dello scienziato sono confutabili, solo ripercorrendo il programma di ricerca per andare oltre, non semplicemente delegittimando la persona o la sua ricerca per ... propria «opinione»).

Confutazione vs. millanteria

La confutazione scientifica non è semplicemente la contestazione di una opinione altrui. Se così fosse, tutto sarebbe «scienza», pure un semplice contrasto di opinioni (si pensi al tema della presunta c.d. «post-verità»).

La confutazione scientifica è una dimostrazione scientifica essa stessa, che utilizza comunque i 4 passaggi della osservazione scientifica e consente, confutando, di arricchire la conoscenza della realtà. In tal senso, la confutazione scientifica produce sempre arricchimento nella conoscenza della realtà, non sua delegittimazione. Se così non fosse, sarebbe mera millanteria (si pensi al c.d. «metodo stamina», si pensi a chi «contesta» il riscaldamento globale, senza dichiarare che cosa ha «escluso» dalla sua osservazione).

Esclusione

Solo lo scienziato non può sottrarsi all'onestà di dichiarare che cosa ha escluso dal suo campo di osservazione, che cosa non è stato in grado di conoscere, che cosa ha voluto escludere. Se non lo fa, il suo programma di ricerca non è corretto, perché non consente di essere verificato da altri per essere eventualmente confutato.

Ma che cosa significa esclusione?

Significa 3 cose:

1 – come diceva Einstein, ogni ipotesi scientifica ha una storia ossia non può sottrarsi al confronto con ipotesi e indagini scientifiche precedenti. Se lo fa, lo deve dire e spiegare perché lo fa. Questo significa che tutte le scienze sono «storiche» perché comunque hanno una storia. Anche la matematica, scienza a-storica per eccellenza (occupandosi di numeri e formule), ha comunque, come programma di ricerca, una sua storia. Quindi escludere significa dichiarare anche che cosa non considero della storia delle precedenti osservazioni (di I, II e III livello) sull'oggetto osservato;

2 – ogni oggetto osservato è dotato di proprietà comparative e stati (ossia componenti) di proprietà comparative, che possono variare nel tempo e dunque devono essere specificati da chi osserva (si pensi all'età di un soggetto o al periodo storico di inquadramento del suo comportamento);

3 – il rapporto tra più oggetti osservati è condizionato dall'osservatore e quindi è variabile a seconda di come viene osservato, per questo va chiarito in partenza (si tratta del tema delle c.d. «variabili» dipendenti o indipendenti, di cui si farà cenno a breve).

Programma di ricerca

In definitiva, un programma di ricerca è sempre:

- un processo di osservazione della realtà strutturato su 3 livelli;
- un processo di osservazione che dichiara che cosa esclude nella conoscenza e perché;
- un processo confutabile da altri scienziati, che procedono comunque con proprie osservazioni su 3 livelli e dichiarando che cosa escludono e perché (se non lo fanno, millantano);
- un processo il meno possibile condizionato dai limiti (o peggio dagli interessi) di chi osserva, limiti (e interessi) che vanno dichiarati con trasparenza.

Le «tesi di Duhem»

Lo storico della scienza Duhem ha chiarito che la confutazione scientifica non è semplice ricerca di un «errore».

Proprio perché non si limita a contestare una ipotesi scientifica, ma a proporre alternative ulteriori a quella ipotesi, la confutazione scientifica è in realtà un'ulteriore tappa di cammino della scienza (si pensi agli «anti» ambientalisti che «contestano» il riscaldamento globale sottraendosi ai 4 passaggi del programma di ricerca).

Modelli, previsioni, causalità

Quindi la scienza non «scopre» la verità.

La scienza si interroga sulla realtà in termini di conoscenza di fenomeni e di previsioni di fenomeni.

E lo fa, attraverso il programma di ricerca che consente di costruire modelli descrittivi della realtà e cogliere nessi di «causalità» (o, meglio, come si vedrà, nessi tra variabili dipendenti e indipendenti)

Coinvolgimento e distacco dell'osservatore

Più lo scienziato è trasparente nel suo programma di ricerca (soprattutto onesto nel dichiarare che cosa «esclude»), più risulterà distaccato e non coinvolto ideologicamente, moralmente, politicamente dalla sua ricerca.

Non esiste la «neutralità» assoluta dello scienziato (si pensi alla ricerca di fisica nucleare che ha portato alla bomba atomica).

Ma, come ha spiegato Norbert Elias, questo non significa che lo scienziato debba sottrarsi allo sforzo del distacco e all'onestà di esprimersi, alla fine della sua ricerca, sulle conseguenze (anche politiche e morali) dei suoi risultati.

Quindi 1

Lo scienziato, dunque, non ha semplicemente esperienza né semplicemente idee e opinioni, come invece un contadino, un astrologo, una persona qualsiasi. Nessun contadino, astrologo o persona comune procede con una operazione così complessa e trasparente. Non a caso, originariamente, lo «sciamano» personificava la figura dell'astrologo in grado di orientare la coltivazione della terra, perché non sapeva praticare la scienza e attribuiva ad oggetti proprie «idee», senza dichiarare i propri limiti di conoscenza (infatti, in tutte le lingue arcaiche esisteva la parola «saggio», non quella «scienziato»).

Quindi 2

È talmente importante questa distinzione tra «opinioni» suffragate da esperienza (come *Erfahrung*) e «scienza» praticata da osservazioni oneste (come *Erlebnis*), che persino le Costituzioni contemporanee, a partire ancora una volta dalla Costituzione italiana del 1948, distinguono la semplice libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), che permette legittimamente all'astrologo di manifestare i suoi «oroscopi», dalla libertà della ricerca e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), la cui tutela permette non il semplice «dissenso» sulle ipotesi scientifiche, bensì la loro «confutazione».

Quindi 3

Se si vuole fare comparazione non «binaria» e si vuole confrontare la realtà in modo scientifico, allora si deve rispettare un programma di ricerca replicabile, trasparente e verificabile.

Diversamente, si utilizzano semplicemente dei «metodi» (anche la comparazione «binaria» utilizzava «metodi»). Non a caso, nella storiografia, si distingue la «politica» dei metodi dal dibattito «scientifico» sui programmi di ricerca. Poiché la «politica» dei metodi «binari» ha prodotto ingiustizie, legittimato la schiavitù, discriminato esseri umani, la posta in gioco è importante se vogliamo tutti contribuire a un mondo umano più giusto.

Quindi 4

I 4 elementi del programma di ricerca sono propri di qualsiasi scienza. Dunque non esistono effettive distinzioni tra scienze «dure» (quelle naturali) e scienze «molli» (quelle umane e sociali): cambiano oggetti, comportamenti e fenomeni, ma non il programma di ricerca.

Dunque anche la comparazione costituzionale è una scienza, non semplicemente un metodo.

L'esempio della pioggia e dell'ombrello

L'esempio della pioggia e dell'ombrello può chiarire la conclusione. Lo scienziato naturale si occupa di pioggia; il comparatista si occupa di uso di cose in caso di pioggia.

Inventato in Cina per proteggersi dal sole, l'ombrello è utilizzato da noi per proteggersi dalla pioggia (tanto da essere denominato «para-pioggia» nella maggioranza delle lingue europee). Il protocollo di ricerca esige che, in modo replicabile, trasparente, e verificabile:

- osservo le cose prese quando piove (I livello);
- osservo che queste cose sono chiamate «ombrello» e il comportamento di usarle con la pioggia definito come ripararsi dall'acqua (II livello);
- osservo che l'uso dell'ombrello non viene considerato un atto violento o una minaccia tra le persone, in quanto tutti lo qualificano (semantica) come strumento per ripararsi dalla pioggia (tant'è che l'ombrello non è qualificato «arma» da nessuna legge né dai giudici).

Esempio del *Kirpan*: Coltello? Arma? Simbolo religioso?

E il *Kirpan* che portano con sé i *Sikh*?

Esso è una delle 5 *K* che rappresentano gli atti di fede del *Sikhismo* (come per i cristiani sarebbe il portare con sé una croce).

È un arma? La «cosa» ha una forma di coltello e, per noi, la semantica di «arma» comprende anche la cosa «coltello». Ma per loro? Per i cristiani anche la croce è stata un'arma (si pensi alla simbologia dei crociati). E allora?

Faccio comparazione «binaria» (per noi è un arma) o vado oltre questo limite?

Solo una comparazione scientifica consente di costruire risposte su interrogativi del genere

La comparazione costituzionale

Tutto questo ci consente di tornare sul punto ancora aperto della comparazione costituzionale, che – come si è visto – è stata storicamente praticata in una modalità «binaria» tutt'altro che «neutrale» o «distaccata». D'altra parte, la comparazione «binaria» è pur sempre un «metodo» (come quello dell'astrologo), ma esso non ha certo rispettato le 4 condizioni scientifiche del programma di ricerca.

Si può pertanto concludere che fare comparazione costituzionale non «binaria» significa comparare in base a un programma di ricerca scientifico. Dobbiamo ora conoscere quali siano le specificità del programma di ricerca scientifica della comparazione costituzionale.

Comparazione non è semplicemente metodo comparato

Anche il comparatista A. Lijphart ha parlato di *comparazione* proprio per intendere l'intero programma di ricerca nel confronto tra due o più oggetti, definendo invece *metodo comparato* un qualsiasi percorso mirato non a produrre risultati certi, bensì a legittimare delle tesi precostituite di soluzione di problemi altrui (come, per es., le politiche del *Nomos USA* delle cosiddette "4 E": *Engagement, Empowerment, Endorsement, Enforcement*).

Tre specificità nella comparazione costituzionale

Allora, per fare comparazione costituzionale, dobbiamo tener conto di tre dati della «realtà costituzionale» (non casualmente resa in tedesco con la parola *Verfassungswirklichkeit*).

- 1) la «realtà costituzionale» è data prima di tutto da regole giuridiche costitutive (le Costituzioni);
- 2) le Costituzioni si riferiscono a cose, fenomeni, comportamenti attribuendo loro nomi e definizioni (si pensi alle regole primarie sui comportamenti di libertà o di divieto);
- 3) nel contempo le Costituzioni, e tutte le regole che ne seguono attraverso la loro assiologia e deontologia, sono oggetto di interpretazione per l'attribuzione di contenuti condivisi, ritenuti costanti dentro un insieme di azioni ricorrenti nel tempo (le interpretazioni delle Costituzioni producono semantiche: si pensi alla differenza storica tra *Human Rights/Diritti fondamentali*).

Costituzione e programma di ricerca

Pertanto, il programma di ricerca della comparazione costituzionale è condizionato dalla «positività» delle Costituzioni (ossia documenti «posti» per condizionare i comportamenti nella realtà). Questo produce 3 conseguenze sul programma di ricerca:

1. con riguardo all'onere di dichiarare che cosa escludo, non posso comunque escludere le Costituzioni dal mio campo di osservazione;
2. con riguardo ai tre livelli di osservazione, debbo comunque partire dalla osservazione di II livello (le Costituzioni ed eventualmente le altre regole conseguenti), per poi considerare le osservazioni di I e II livello;
3. qualsiasi confutazione della mia ricerca, per essere scientificamente plausibile, deve percorrere i due precedenti passaggi.

Comparazione costituzionale e programma di ricerca

Di conseguenza, la comparazione costituzionale non può che consistere in un confronto che assume ad oggetto principale due o più Costituzioni (con le loro «configurazioni» di fondazione e limitazione e le loro declinazioni storiche di *Recognitio* o *Constitutio*, che H. Heller chiamava «normalità costituzionale» e M. Dogliani, ha denominato «regolarità» costituzionali).

Comparazione costituzionale e ordine delle osservazioni e delle «opzioni»

Pertanto, la specificità del programma di ricerca della comparazione costituzionale consiste nel partire comunque dalla osservazione di Il livello (leggo le Costituzioni, con i nomi e le definizioni contenute dalle loro regole primarie e secondarie), per poi procedere con gli altri livelli di osservazioni (I e III) e con tutto il resto del programma di ricerca (per verificabilità e confutazione). Questo percorso è scandito da una serie di «opzioni», che rendono trasparente il programma stesso di ricerca.

Comparazione costituzionale tra giuristi e scienziati politici

Inoltre, sulla base di queste premesse, è possibile cogliere anche il diverso ruolo svolto dal giurista (che ha una formazione spiccatamente teorico-normativa) e dallo scienziato politico (che ha una formazione multidisciplinare) nell'uso della comparazione costituzionale.

Il giurista, occupandosi principalmente di regole giuridiche e loro interpretazioni produttive di semantiche, partirà, come si vedrà tra poco, dalle osservazioni di II livello per poi approdare su quelle di III livello.

Al contrario, lo scienziato politico, dovendosi occupare principalmente della realtà nella sua articolazione di nomi, definizioni e semantiche storiche (storia, antropologia, sociologia, economia, statistica ecc ...), dovrà pur sempre partire dalla osservazione di II livello, per poi concentrarsi principalmente (ma non esclusivamente) sulle osservazioni di I livello.

Opzione 1: allargare o restringere l'osservazione/ «macro»/«micro»

Proprio per il fatto che nella comparazione costituzionale non si può comunque escludere l'osservazione di II livello, l'osservatore ha solo la possibilità di allargare o restringere lo spazio di osservazione di I e/o III livello.

Si parla in proposito di «macro»-comparazione (che abbraccia un «campo giuridico» ampio – come denominato da P. Bourdieu) e di «micro»-comparazione (che si occupa di singoli o pochi «casi» o di «*Constitutional Situations*» – come denominate dal premio Nobel E. Ostrom).

Opzione2: tra opzione socio-costituzionale vs. opzione giuridico-costituzionale (entrambe «macro» o «micro»)

A questa prima opzione (tra «macro» e «micro»), l'osservatore deve poi associare 3 differenti opzioni.

La prima è quella se fare osservazione di I livello: è questa l'opzione socio-costituzionale.

La seconda è quella se fare osservazione di III livello: è questa l'opzione giuridico-costituzionale.

Ricapitolando, qualsiasi comparazione costituzionale:

- a) parte dalla osservazione di II livello;
- b) sceglie tra «macro» o «micro»-comparazione.
- c) opta tra opzione socio- ed opzione giuridico-costituzionale (a loro volta «macro» o «micro»);

Opzione 2a: socio-costituzionale «macro»

Se l'opzione è quella socio-costituzionale «macro», essa sarà di I livello molto allargata sulla realtà.

Per es.:

leggo che due Costituzioni riconoscono la tutela dei diritti dei bambini (osservazione di II livello). Osservo la realtà dei due Stati in cui vigono le due Costituzioni, considerando una serie molto ampia di dati sulla realtà dei bambini (violenza, alfabetizzazione, lavoro, abbandono, adozioni, traffico di droga, violenza di genere, strutture urbane ecc ...).

Questi dati così ampi mi fanno conoscere meglio la realtà costituzionale dei due Stati (per questo socio-costituzionale) sulla condizione dei bambini rispetto ai diritti riconosciuti in Costituzione.

Opzione 2b: giuridico-costituzionale «macro»

Se invece l'opzione è quella giuridico-costituzionale «macro», ad essere molto allargata sarà la osservazione di III livello.

Facciamo lo stesso esempio di prima.

Leggo che due Costituzioni riconoscono la tutela dei diritti dei bambini (osservazione di II livello). Ma osservo come le leggi, la giurisprudenza dei giudici e/o la dottrina degli interpreti dei due Stati, che discutono i temi dei diritti dei bambini su molti fronti e quali semantiche interpretative hanno costruito: per es. che cosa è considerato lesivo dei bambini in tema di violenza (un mezzo correttivo di un insegnante è violenza?), o alfabetizzazione, o lavoro, abbandono, adozioni, traffico di droga, violenza di genere, strutture urbane ecc ...) oppure quali solo le leggi e i regolamenti che tutelano i bambini nelle scuole, negli ospedali ecc...

In questo modo, conosco in modo ampio il diritto costituzionale dei due Stati, rispetto alle previsioni costituzionali.

Comparazione «micro»

Se invece opero in termini di «*Constitutional Situations*», opto per associare all'osservazione di II livello (la lettura delle Costituzioni) una osservazione «ristretta» a specifici «casi» (nella letteratura inglese si parla di «*case method*»). Questi «casi» possono riguardare la osservazione di I livello o quella di III livello o entrambe.

Ancora una volta, riprendiamo lo stesso esempio.

Leggo che due Costituzioni riconoscono la tutela dei diritti dei bambini (osservazione di II livello). Osservo la realtà dei due Stati in cui vigono le due Costituzioni, considerando soltanto pochi dati sulla realtà dei bambini (solo i dati sulla violenza, come I livello) oppure solo la giurisprudenza a tutela dei bambini e solo in tema di violenza (come III livello) oppure entrambi (solo dati sulla violenza + solo giurisprudenza in tema solo di violenza sui bambini).

Così facendo, conosco un poco di realtà e/o del diritto costituzionale dei due Stati.

Comparazioni ed «effettività»

Come si constaterà più oltre, l'«opzione» tra comparazione socio-costituzionale e giuridico-costituzionale è importantissima anche sul fronte dello studio della «effettività» delle previsioni costituzionali, sia sul piano della «realtà costituzionale» (quella che vedremo essere denominata effettività «primaria») sia sul piano del «diritto costituzionale» (con riguardo alla effettività denominata «secondaria»).

Le «opzioni» di comparazione costituzionale dello scienziato politico

In base alle opzioni a disposizione, la comparazione costituzionale dello scienziato politico avrà le seguenti 4 caratteristiche:

- deve comunque partire dal II livello (la lettura delle Costituzioni con le loro caratteristiche);
- non può non tener conto della osservazione di I livello (quindi non può sottrarsi alla opzione socio-costituzionale e alla effettività «primaria» della «realtà costituzionale»);
- può decidere se praticare o meno anche quella di III livello (opzione giuridico-costituzionale di «diritto costituzionale»);
- deve scegliere tra «campo giuridico» (allargare comunque la realtà: opzione socio-costituzionale «macro») o «*Constitutional Situations*»: opzione giuridico-costituzionale «micro» o «case method»)

Le «opzioni» di comparazione costituzionale del giurista

La comparazione costituzionale del giurista sarà in parte diversa, in quanto presenterà le seguenti 4 caratteristiche:

- deve partire dal II livello (la lettura delle Costituzioni con le loro caratteristiche);
- deve comunque considerare l'osservazione di III livello (le semantiche prodotte e utilizzate dagli interpreti delle regole giuridiche: giudici, leggi, dottrina – i cd. «formanti» di cui si parlerà a breve e che compongono il «diritto costituzionale»);
- deve scegliere tra «campo giuridico» (opzione «macro») o «*Constitutional Situations*»: opzione «micro» o «case method»);
- in ogni caso, la sua non potrà che essere una comparazione giuridico-costituzionale («micro» o «macro»), ossia di «diritto costituzionale comparato».

A che servono queste «opzioni»?

Come si vede, tutte queste «opzioni» di comparazione consentono di rendere trasparente e dunque replicabile e verificabile/confutabile il programma di ricerca sia degli scienziati politici come dei giuristi, che ricorrono alla comparazione costituzionale.

Soprattutto garantiscono l'onestà scientifica dell'osservatore, il quale sarà chiamato a dichiarare che cosa esclude (ossia a quali opzioni ha rinunciato e perché) e a non limitarsi ad esprimere «opinioni».

Onestà scientifica = oggettività

L'onestà, pertanto, non consiste soltanto nel dichiarare le proprie opzioni e che cosa si esclude con le proprie opzioni. Consiste soprattutto nello spiegare le ragioni delle opzioni e delle esclusioni.

È questa la «oggettività» della scienza, soprattutto sul fronte costituzionale, dove, come si è visto, il nesso tra assiologie e deontologie è determinante ed è stato storicamente condizionato, a causa della colonialità del potere e del sapere. Altrimenti si cade nella trascendenza o nelle astrazioni storicamente indeterminate,.

Se questo passaggio di trasparenza viene omesso, diventa difficile comprendere il perché delle scelte di ricerca dell'osservatore. In tal caso, la dimensione della ricerca diventa più prossima alla dossologia, come prevalenza di opinioni insindacabili del soggetto, che non alla epistemologia, come discorso verificabile di conoscenza (e dei suoi limiti) della realtà.

Comparare = valutare/misurare

L'insieme delle considerazioni esposte è ancora più importante, perché qualsiasi comparazione, compresa quella costituzionale, realizza un processo di confronto finalizzato a conoscere la realtà per formulare una misurazione o una valutazione, dove

- per «misurazione», si intende un calcolo quantitativo di dati come media o indice statistico di oggetti della realtà;
- per «valutazione», un giudizio soggettivo delle realtà confrontate, rapportato a un parametro qualitativo precostituito.

Valutazione e misurazione

Ancora una volta, il linguaggio hegeliano ci aiuta a comprendere questo ulteriore passaggio. In tedesco «valutare» si rende con due termini: *Bewertung* (termine figlio del romanticismo tedesco, significante «valutazione» in senso filosofico, ossia di visione del giusto e del bello); e *Evaluation* (di conio francese, figlio del razionalismo illuministico e significante la calcolo ingegneristicamente costruito di tipo quantitativo).

Comparazione «binaria» e statistica

Storicamente, valutazione e misurazione si sono affermati come strumenti operativi della comparazione «binaria», per legittimare scelte politiche («valutazione» sugli Indios fu la «controversia di Valladolid»). Tuttavia, con l'avvento dell'illuminismo razionalista, prende il sopravvento l'associazione tra comparazione «binaria» e «misurazione», dando vita alla «statistica» appunto come «scienza di Stato», ossia osservazione «calcolata» della realtà per legittimare le politiche dello Stato

Trasparenza nel «misurare»/«valutare»

Come si vede, il tema della comparazione ritorna sempre alla sua matrice «binaria» anche sul fronte della «misurazione»/«valutazione». Questo è importante, perché vuole dire che la trasparenza scientifica del programma di ricerca deve riguardare anche la costruzione del parametro di giudizio che ci permette di «misurare»/«valutare» le realtà che confrontiamo.

Vediamo come.

Onestà nella misurazione/valutazione

Di conseguenza, sul fronte specifico della comparazione costituzionale, l'onestà nel dichiarare quello che si esclude e perché lo si esclude, rispetto alle «opzione» disponibili nel programma di ricerca, serve a rendere trasparente appunto la «misurazione» o la «valutazione» del confronto effettuato dallo scienziato politico o dal giurista, rispetto ai suoi «coinvolgimenti» (moralì, politici, religiosi ecc ...).

Indicatori, descrittori, indici

Non a caso, tutte le rilevazioni statistiche, sia di tipo quantitativo che di tipo qualitativo, devono dichiarare, per essere scientificamente accettabili, sulla base di quale programma di ricerca sono definiti i parametri di confronto statistico (gli «indicatori»), che cosa essi comprendono ed escludono (i «descrittori») e quali conseguenze di «misurazione»/«valutazione» determinano (gli indici)

In base a che cosa si misura/valuta?

Lo stesso vale per la comparazione costituzionale. Ma, per comprenderlo meglio (dato che le Costituzioni contengono assiologie e deontologie), è necessario soffermarsi su 4 questioni pratiche:

- che cosa favorisce la «misurazione» e che cosa la «valutazione»;
- come controllare il «coinvolgimento/distacco» dell'osservatore, che giudica «misurando» o «valutando»;
- come costruire il parametro di giudizio della comparazione (quello che in statistica è l'indicatore con i suoi «descrittori» ai fini della «misurazione»/«valutazione»);
- come utilizzare nomi, definizioni e semantiche rispetto alla realtà osservata.

Gli effetti della «opzione» tra «micro» e «macro» della comparazione

In merito alla prima questione, la misurazione e la valutazione nella comparazione sono condizionate soprattutto dalla «opzione» tra «micro» e «macro» della comparazione stessa, in termini di:

- raccolta di dati osservati (tra II, I e III livello) per analisi quantitative (evidenze empiriche misurabili) o qualitative (evidenze empiriche storicamente narrabili), giacché, nella «micro»-comparazione, è più agevole raccogliere dati e computarli, mentre, nella «macro»-comparazione, è più congeniale la formulazione di giudizi generali sulla realtà osservata;
- livelli di astrazione delle ipotesi e spiegazioni formulate dall'osservatore, in quanto la «macro»-comparazione favorisce visioni di insieme che trascurano i dettagli, non potendo fare i conti con i tanti fattori (variabili) della realtà, a favore di narrazioni più generali, lì dove la «micro»-comparazione coglie i dettagli dei «casi», magari anche nei loro dati quantitativi, senza tuttavia necessariamente acquisire un quadro di insieme della realtà nel suo complesso (come «realtà costituzionale» o come «diritto costituzionale», a seconda della «opzione» socio- o giudico-costituzionale.

Tipi di condizionamento

In merito alla seconda questione, i condizionamenti su «coinvolgimento/distacco» dell'osservatore possono essere molteplici (si pensi, come caso banale, alla non conoscenza di una lingua straniera come ostacolo alla osservazione di II e III livello e alla comunicazione nella osservazione di I livello) e possono produrre vere e proprie “trappole cognitive” (credo di aver conosciuto e compreso la realtà e invece, senza piena consapevolezza, ho «ignorato» realtà). Quindi, le «trappole cognitive» si aprono quando non utilizzo correttamente le osservazioni di I, II, III livello.

Le più significative di queste «trappole» sono tre:

- l’*“analogia domestica”*, ossia il considerare l’ “altro” come sé e quindi assumere le proprie valutazioni come valutazioni da chiunque condivisibili e dunque assumibili come parametro comune di giudizio;
- l’ *“equiparazione ingenua”*, ossia formulare analogie e differenze in modo superficiale e sulla base di apparenze (per es. osservazioni solo di II livello);
- l’ *“isomorfismo”*, ossia presumere che forma uguali di regole e istituzioni (osservazioni di II e III livello) funzionino allo stesso modo e presentino le medesime caratteristiche concrete (che solo la osservazione di I livello può consentire di accertare).

L'importanza di Kant

Tuttavia, per lo specifico campo del diritto, come sempre bisogna ricordare il contributo fondamentale alla identificazione dei condizionamenti nella comparazione fornito da I. Kant con la sua critica trascendentale (*Critica della ragion pura*), sintetizzabile da questa scansione:

*Pensare un oggetto non significa conoscerlo
conoscerlo non significa comprenderlo*

Trascendenza e formalismo giuridico

Il diritto, come più volte detto, è un fenomeno sociale a riproduzione intellettuale.

Tale riproduzione intellettuale può appunto “trascendere” dalla realtà per la pretesa di assumere portata universale esplicativa di qualsiasi fenomeno sociale (la c.d. “*forza regolativa delle idee*” di cui parlava lo stesso Kant).

Questa natura trascendentale del diritto, conseguenza del processo storico di *Verweltlichung*, è alla origini del formalismo giuridico che si svilupperà nell'Ottocento e che rafforzerà la dimensione «binaria» della comparazione (mi preoccupo solo di conoscere le «forme» del diritto, non a realtà su cui operano)

Alcune categorie “trascendentali”

Si pensi a concetti giuridici come libertà; individuo; rappresentanza politica; responsabilità ecc ...

Si tratta di concetti con cui si pretende di conoscere, comprendere e comparare contesti giuridici, “trascendendo” dalla singola realtà di ciascuno (quindi rinunciando alla osservazione di I livello) e immaginando (presumendo) che quelle categorie siano esplicative universalmente di fenomeni concreti ovunque (come mero II o III livello di osservazione).

J. Stuart Mill e l'assenza della «causalità»

Il «coinvolgimento/distacco» dell'osservatore è quindi un fattore di condizionamento molto alto nella comparazione costituzionale, per due ragioni:

- per gli aspetti soggettivi (i convincimenti personali dell'osservatore);
- per gli aspetti oggettivi del diritto, con la sua naturale trascendenza che rischia di alimentare il formalismo giuridico.

I due profili si interfacciano, come ha mostrato J. Stuart Mill, al quale si deve la identificazione del modo pratico di superare il proprio «coinvolgimento»: l'osservazione di I livello per constatare l'assenza di «causalità» nei fenomeni umani e sociali.

Dalla «causalità» alle «variabili»

J. Stuart Mill chiarì definitivamente che la realtà sociale non è prodotta da nessi causali (basti pensare ai dispositivi metodologici che condizionano le condotte umane e quindi le relazioni tra individui, gruppi ecc ...), bensì da un insieme infinito di «variabili», ognuna delle quali può essere, a seconda dei modi di interazione reciproca di chi le osserva, «dipendente» o «indipendente» dalle altre. Pertanto, nella osservazione della realtà è importante cercare non le «cause», bensì le variabili che si presentano nella realtà e verificarne i nessi di «dipendenza» e «indipendenza».

Cause «materiali» o «moralì»?

Se si rinuncia a questo sforzo, si cade nella presunzione del meccanicismo sociale (come è stato per molte dottrine marxiste che predicavano la «estinzione» dello Stato, mai avvenuta) o in quell'«universalismo naturale», di cui si è già parlato con riferimento a Finnis, smentito anch'esso dalla realtà.

Del resto, la smentita dipende dalla libertà dell'essere umano, non ingabbiabile persino dalla religione (si pensi alla *Verweltlichung*, ancora una volta)

Lo schema offerto da Stuart Mill era strutturato su due passaggi.

Passaggio 1: la ricerca della «variabile indipendente»

Se osservo il fenomeno E nelle sue caratteristiche Y, mi chiedo quali tra le condizioni reali C.1, C.2, C.3 contenga un elemento costante rispetto al fenomeno E nelle caratteristiche Y. Nell'esempio è X prodotto dalla condizione C2. X è allora una variabile «indipendente» rispetto ad Y (una «causa di Y», si direbbe nel linguaggio comune, ma «indipendente» perché Y «dipende» da X e non viceversa)

CONDIZIONI (VAR. INDIPENDENTE)				EFFETTO (VAR. DIPENDENTE)
C.1	C.2	C.3	C. n	E
A	X	C	D	Y
B	X	E	F	Y
G	X	H	I	Y
L	X	M	N	Y

Passaggio 2: la controprova della «variabile indipendente»

Per essere certo di X come variabile «indipendente» rispetto a Y, verifico se l'effetto (E) Y ricorra comunque in assenza di X.

CONDIZIONI
(VAR. INDIPENDENTE)

EFFETTO
(VAR. DIPENDENTE)

C.1	C.2	C.3	C. n	E
A	B	X	C	Y
A	B	NON-X	C	NON-Y
A	B	X	C	Y
A	B	X	C	Y
A	B	NON-X	C	NON-Y

Un esempio per comprendere

Proviamo a mettere in pratica il discorso di Mill.

Ci vogliamo chiedere se il divieto dell'aborto (osservazione di II livello) sia in grado di «causare» la cessazione di aborti (osservazione di I livello) nel confronto dei Paesi A e B

Paese A	Paese B	Numero di Aborti
Aborto vietato		alto
	Aborto consentito	alto

Dalla osservazione di I livello desumo che il fenomeno degli aborti è una variabile «indipendente» dal tipo di previsione legale di permesso o divieto. Procedendo diversamente, sarei «coinvolto» dalle mie convinzioni morali, religiose o politiche (l'aborto è un «male», quindi va vietato per impedirlo: causalità morale) o meccanicistiche (se lo vieto, sono convinto che lo elimino: causalità meccanicistica).

Attenzione! 1: non cadere nel «formalismo giuridico»

Attenzione! Nell'esempio dell'aborto non ci siamo preoccupati di dichiarare che nel Paese A, dove l'aborto è vietato, il suo alto numero significhi che è «illegale», mentre nel Paese B, dove è consentito, sarebbe invece «legale». Questo è un ragionamento di «formalismo giuridico», che mi fa «conoscere» la «legalità/illegalità», ma non mi fa «comprendere» perché l'aborto sia comunque alto «nonostante» il diritto. In definitiva, il «formalismo» non si preoccupa della «effettività» del diritto e della sua «cattura», come vedremo, da parte di altri meccanismi di regole.

Attenzione! 2: assenza di «causalità» e relativismo

Inoltre, è bene puntualizzare che queste constatazioni di assenza di «causalità» non devono condurre al relativismo o allo sciovinismo. Questi atteggiamenti sono pericolosissimi, perché alimentano ignoranza e – come tristemente avvenuto nella storia – favoriscono pregiudizi e violenza (verbale e fisica).

Assenza di causalità non significa assenza di nessi. Proprio come dimostra il contributo di Mill, l'osservazione di I livello è importantissima per definire i rapporti di «dipendenza» o «indipendenza» tra «variabili» della realtà.

E questo serve, come si vedrà più oltre, per interrogarsi sulla «effettività» delle regole giuridiche e sul fenomeno della loro «cattura» da parte di altre «variabili». L'assenza di causalità ci impone di essere ancora più rigorosi nella conoscenza e comprensione della realtà (*pensare non significa conoscere, conoscere non significa comprendere*).

Relativismo e realismo

D'altra parte, l'atteggiamento «relativista» alimenta un realismo in termini o «cinici» (nella realtà tutto è relativo e dunque non vale la pena impegnarsi a conoscere con rigore, dato che qualsiasi opinione è legittima) o «culturali» (tutto è condizionato dalle «culture» di ciascuno e dunque non si può costruire una conoscenza condivisa).

Al contrario, la relatività dei programmi di ricerca favorisce la presa di coscienza di un realismo «metodologico» (la realtà, per essere conosciuta al meglio e liberarci dalle «ignoranza» – storicamente dannose – richiede metodi trasparenti e verificabili)

La necessità del *Tertium comparationis*

Per questo, la terza questione pratica per misurare/valutare è la più importante, perché serve a impedire la comparazione «binaria», produttiva di «trappole cognitive». Infatti, la comparazione, per non essere «binaria», non solo deve rispettare i programmi di ricerca e le «opzioni» descritte, ma soprattutto deve dotarsi di un *tertium comparationis*, sia esso quantitativo (per es. gli indici rispetto ai dati raccolti) sia esso qualitativo (un parametro di giudizio), in grado di orientare il confronto e il giudizio. Esso evidentemente deve consistere in un elemento «comune» agli oggetti comparati (altrimenti non potrei confrontarli).

Ma come si costruisce un *tertium comparationis*?

Come immaginabile, il parametro qualitativo è più complicato da costruire, perché si riconnette al precedente discorso del «coinvolgimento/distacco» dell'osservatore (quello quantitativo potrebbe essere anche una semplice media).

Vediamo allora come fare.

Prima tappa del *Tertium*

Si è detto che il *Tertium* deve essere un elemento comune ai due oggetti di comparazione. Nella comparazione costituzionale questo elemento comune deve tener conto di tre fattori:

- deve pur sempre partire dai dati normativi delle Costituzioni (attraverso la osservazione di II livello);
- deve tener conto della relatività di nomi, definizioni e semantiche che descrivono le realtà di riferimento di quelle Costituzioni (proprio per questo, il *Tertium* viene definito anche «linguistico»);
- deve essere rapportato a quello che si esclude nel processo di osservazione (in particolare, il discorso che si è richiamato prima su «proprietà» comparative e «stati» di proprietà comparative degli oggetti osservati).

Un esempio sulla prima tappa del Tertium

Facciamo un esempio, per chiarire meglio questa tappa. Ammettiamo di voler comparare Francia e Turchia in base al principio della «laicità». È questa la «proprietà» comparativa del mio oggetto di studio. Come faccio a costruire il *Tertium*?

- leggo le due Costituzioni in tema di laicità (osservazione di II livello);
- mi chiedo se la parola «laicità» abbia lo stesso significato in Francia e Turchia, come visto, in termini di *nomi* attribuiti a cose e *definizioni* di fenomeni (osservazioni di II livello), *semantiche* praticate sui comportamenti (osservazioni di III livello);
- decido quali elementi («stati» comparativi) del tema della laicità («proprietà» comparative) utilizzo e quali escludo ai fini della identificazione del *Tertium* (ad es. non mi occupo di «laicità nelle scuole», ma solo di «laicità» nell'uso pubblico di simboli religiosi e su questo elemento comparo Francia e Turchia).

La seconda tappa del *Tertium*

Una volta costruito il *Tertium*, come faccio a formulare una misurazione qualitativa (valutazione)? Come faccio a dire che cosa è meglio (o peggio) tra Francia e Turchia?

Ancora una volta, per rispondere anche su questo punto, ci soccorre J. Stuart Mill. Poiché, come si è visto, non esistono nessi di «causalità» ma solo di «variabili», il compito del *Tertium* non è quello di legittimare un giudizio soggettivo dell'osservatore (il meno «coinvolto» possibile, ma pur sempre soggettivo). È piuttosto quello di verificare, appunto come ha mostrato Mill, concordanze o discordanze tra fenomeni dei due Paesi, rispetto a «variabili comuni» e «variabili indispensabili».

Le «variabili comuni», infatti, consentono di comprendere se un fenomeno è ricorrente in entrambi i Paesi oppure no. Quelle «indispensabili» consentono di prevedere come produrre un determinato effetto (prevedere, non «causare»)

Proviamo a capire come.

L'ipotesi di J. Stuart Mill: la «variabile comune»

Nel 1843, J. Stuart Mill aveva ritenuto che concordanza e differenza fossero i due canoni fondamentali per promuovere la comparazione nel modo più “oggettivo” possibile.

Criterio della concordanza: *“se due o più casi di un fenomeno osservato Y hanno soltanto una circostanza in comune, questa circostanza è la causa o effetto (ossia la variabile comune – poi si vedrà se dipendente o indipendente) del fenomeno dato”.*

- Metodo della concordanza -

PAESI	Caso 1	Caso 2	Caso 3
VARIABILE 1	A	D	G
VARIABILE 2	B	E	H
VARIABILE 3	C	F	I
VARIABILE 4	X	X	X
FENOMENO OSSERVATO	Y	Y	Y

La circostanza X è la «variabile comune», nei casi 1, 2, 3, del fenomeno osservato Y. Valuto X come dato comune del fenomeno Y (non esprimo un giudizio soggettivo e unilaterale su Y, ma appunto una valutazione «comune» su Y)

L'ipotesi di J. Stuart Mill: la «variabile indispensabile»

«Criterio della differenza: “se un caso in cui il fenomeno si verifica (Y) e un caso in cui non si verifica (NON Y) hanno ogni circostanza in comune (A-B-C), tranne una (X) presente solo nel primo caso (caso 1), questa unica circostanza (X), per cui gli altri due casi differiscono (casi 2 e 3), è la variabile indispensabile del fenomeno Y”.

- Metodo della differenza -

PAESI	Caso 1	Caso 2	Caso 3
VARIABILE 1	A	A	A
VARIABILE 2	B	B	B
VARIABILE 3	C	C	C
VARIABILE 4	X	NON X	NON X
FENOMENO DA SPIEGARE	Y	NON Y	NON Y

Esempio di variabile comune

Traduciamo in un esempio il discorso di Mill e riprendiamo l'esempio del fenomeno dell'aborto.

Paese A	Paese B	Numero di Aborti
Aborto vietato		Alto
	Aborto consentito	Alto
Esistenza di consultori di assistenza alle donne		Alto
	Assenza di consultori di assistenza alle donne	Alto
Assenza di educazione sessuale nelle scuole	Assenza di educazione nelle scuole	Alto

L'assenza di educazione sessuale nelle scuole è una variabile comune ai due Paesi rispetto al fenomeno del numero alto di aborti.

Questo non è un giudizio soggettivo, bensì una constatazione del dato comune. Forse (è una previsione non una verità, una «probabilità» realistica, non una certezza) introdurre l'educazione sessuale nelle scuole (assente in entrambi i Paesi) può consentire di ridurre il fenomeno dell'alto numero di aborti.

Esempio di variabile indispensabile

Sempre con l'esempio del fenomeno dell'aborto.

Paese A	Paese B	Paese C	Numero di aborti
Vietato	Vietato	Vietato	Alto nei Paesi A e B
Consultori di assistenza alle donne	Consultori di assistenza alle donne	Consultori di assistenza alle donne	Alto nei Paesi A e B
Educazione sessuale nelle scuole	Educazione sessuale nelle scuole	Educazione sessuale nelle scuole	Alto nei Paesi A e B
Mancata previsione di reati di violenza sessuale	Mancata previsione di reati di violenza sessuale		Alto nei Paesi A e B
		Previsione di reati di violenza sessuale	Basso nel Paese C

La previsione dei reati di violenza sessuale si presenta come variabile indispensabile per ridurre il numero degli aborti. Forse (è una previsione non una verità) introdurre reati di violenza sessuale (assenti nei Paesi A/B) consente di ridurre il fenomeno dell'alto numero di aborti (come succede nel Paese C).

Variabili e previsione

Come si vede, la ricerca di variabili «comuni» e «indispensabili» non serve a fornire «verità» o certezze «causali». Serve a formulare previsioni sul rapporto tra regole ed effetti delle regole, che non siano meramente soggettive, apodittiche, non verificabili nel programma di ricerca.

Qualsiasi comparazione, quindi, deve essere oggettiva non solo in termini di programma di ricerca, ma anche in termini (non soggettivi) di giudizio (misurazione/valutazione) e previsione da parte dell'osservatore.

Ma che significa «previsione»?

Attenzione però!

«Previsione» non significa «predire» il futuro (altrimenti ci si confonde con gli astrologi...).

Significa rappresentare nessi tra variabili dipendenti e indipendenti, che – grazie alla comparazione – si presentano, nella realtà di oggi (non nel futuro), come «comuni» o «indispensabili» per produrre determinati effetti.

Chi vuole «confutare» una «previsione» non può semplicemente contestarla. Deve percorrere il programma di ricerca con tutte le sue «opzioni» e le tecniche di *Tertium*, che abbiamo descritto. Diversamente, costui è un millantatore «ignorante».

Previsione e interpretazione

Infine, il ricorso all'uso delle variabili «comuni» e «indispensabili» consente anche di formulare la propria «previsione» non semplicemente come «interpretazione» soggettiva, bensì come giudizio indotto dalla osservazione della realtà. Questo elemento è particolarmente importante per la comparazione costituzionale dello scienziato politico, giacché per lui non sono importanti principalmente le «interpretazioni» del diritto (come per i giuristi), bensì gli effetti che il diritto è (o non è) in grado di produrre sulla realtà (la «effettività»).

Riepilogo 1

Quindi il *Tertium comparationis* deve pur sempre partire dai dati normativi delle Costituzioni (attraverso la osservazione di II livello). Ai fini della misurazione/valutazione, poi, deve rivolgersi alla osservazione di I e III livello (con le specificità richiamate, a seconda dell'osservatore scienziato politico o giurista) in modo da;

- tener conto della relatività di nomi, definizioni e semantiche che descrivono le realtà di riferimento di quelle Costituzioni;
- dichiarare quello che si esclude nel processo di osservazione;
- procedere alla identificazione delle variabili «comuni» o «indispensabili» ai fenomeni osservati.

Solo così, è possibile formulare non «giudizi soggettivi», ma misurazioni/valutazioni in termini di «previsioni» sulla realtà in merito agli effetti prodotti dalle regole giuridiche.

Riepilogo 2

Inoltre, abbiamo già visto che la «realtà costituzionale» è data prima di tutto da regole giuridiche costitutive (le Costituzioni) e che le Costituzioni si riferiscono a cose, fenomeni, comportamenti, alle quali esse Costituzioni attribuiscono nomi e definizioni (si pensi alle regole primarie sui comportamenti di libertà o di divieto), oggetto di interpretazioni per l'attribuzione di contenuti condivisi, ritenuti costanti dentro un insieme di azioni ricorrenti nel tempo (le semantiche). Tutto questo lo scopro attraverso la osservazione di II livello (leggo la Costituzione) e III livello (leggo chi interpreta le parole della Costituzione). Invece, con la osservazione di I livello verifico se e come quelle regole producono effetti sulla realtà e, grazie al *Tertium comparationis*, sono in grado di individuare variabili «comuni» o «indispensabili» nella produzione di quegli effetti.

Esempio su quello che si è studiato:

1. osservazione di II livello e scelta del *Tertium*

Proviamo a mettere in pratica tutto quello che abbiamo studiato. Leggo (osservazione di II livello) che due Costituzioni di due Stati diversi contengono il seguente medesimo enunciato: «*tutti devono rispettare le donne*» (regola «primaria»). Inoltre, leggo che nessuna delle due Costituzioni stabilisce come farlo (mancano dunque regole «secondarie»). Decido quindi di assumere questo elemento (il rispetto delle donne) come *tertium comparationis* per verificare nella realtà (osservazione di I livello che devo fare come scienziato politico):

- se e quanta violenza sulle donne ci sia nei due Paesi;
- quali «variabili» siano comuni e quali indispensabili rispetto al fenomeno «violenza sulle donne»;
- se e fino a che punto quelle regole costituzionali siano «effettive»

Procedo dunque nel programma di ricerca.

2. Utilizzo del programma di ricerca

A questo punto devo formulare le mie «opzioni»:

- a) «opzione» tra «macro» (tutte le forme di «rispetto» delle donne) o «micro»-comparazione (per es. solo i «casi» di violenza domestica sulle donne);
- b) scelta tra opzione socio- ed opzione giuridico-costituzionale (quest'ultima la devo fare se sono un giurista, lo posso fare se sono uno scienziato politico: per es. decido di verificare come i giudici interpretano (attraverso la deontologia che abbiamo studiato) l'enunciato «rispettare le donne».

A questo punto sono pronto per la ricerca delle variabili «comuni» e «indispensabili».

3. Individuazione delle «variabili»

Ammettiamo di voler discutere solo il profilo del «caso» della violenza domestica (opzione «micro»), ma utilizzando tutti e 3 i livelli di osservazione

Stato A	Stato B	Violenza domestica
Enunciati costituzionali identici o simili (osservazione di I livello) con interpretazioni diversificate da parte di giudici e dottrina (osservazioni di III livello) e con una realtà socio-economica simile, per esempio in termini di reddito personale delle donne (osservazione di I livello)	Enunciati costituzionali identici o simili con interpretazioni diversificate da parte di giudici e dottrina (osservazioni di III livello), e con una realtà socio-economica simile, per esempio in termini di reddito personale delle donne (osservazione di I livello)	B è più bassa di A
Bassissimo accesso delle donne alle cariche di comando	Alto accesso delle donne alle cariche di comando	B è più bassa di A

Le variabili presenti nel primo riquadro sono «comuni» agli Stati A e B, mentre quella sull'accesso delle donne alle cariche di comando appare «indispensabile» per rendere più bassa la violenza sulle donne. Questo dato rende più «effettivo» l'enunciato costituzionale.

Valutazione/previsione

In questo esempio, l'osservatore ha effettuato una «opzione» sia qualitativa (quella che viene definita di «Rating»: nello specifico, come è valutato il tema delle donne da parte degli interpreti delle due Costituzioni) che quantitativa (definita di «Ranking»: quanto è il reddito pro-capite delle donne e quante donne accedono alle cariche di comando). Grazie a tutto questo si è potuta formulare una valutazione/previsione la meno soggettiva possibile sul tema «micro» della violenza domestica e quindi interrogarsi sulla effettività delle regole giuridiche a partire dalla Costituzione.

L'enunciato costituzionale «rispettare le donne» è più «effettivo» se, come nel Paese B, concretizzato attraverso l'accesso delle donne alle cariche di comando.

L'ultimo sforzo di «onestà» della comparazione costituzionale

Questo, però, non è tutto.

Sappiamo che la realtà è fatta di nomi, definizioni e semantiche che dobbiamo conoscere. Sappiamo che *Verweltlichung* e potere/sapere coloniale hanno prodotto parole con pretese universali, ma non per questo reali. Per non cadere nelle «trappole cognitive» della comparazione, dobbiamo allora utilizzare le «4-F» della comparazione, che di quelle due «rotture» della modernità si fanno carico. Vediamo come.

Il «pollo di Russel» e le «4 F»

Per chiarire questo passaggio, possiamo ricorrere all'esempio fatto dal filosofo matematico Bertrand Russel, noto appunto come «pollo di Russel».

Un contadino, tutte le mattine alle otto in punto, porta da mangiare ai suoi polli. Abituato a questa routine, il pollo tutte le mattine corre incontro al contadino aspettando il cibo. Ma una mattina, il pollo va incontro al contadino e questi lo acchiappa per ucciderlo e cucinarlo. L'esempio è interessante, non solo perché rivela, come già diceva Hume, che l'abitudine non ci fa necessariamente comprendere la realtà, ma soprattutto per il fatto che evidenzia che il solo discorso delle variabili comuni e indispensabili non è sufficiente a comprendere la realtà. Qui le variabili comuni sono le corse del pollo e del contadino tutte le mattine per il mangime. La variabile «determinante» della morte del pollo è l'uccisione da parte del contadino. Ma constatiamo anche – questo è importante – che le regole del pollo e del contadino, pur producendo variabili «comuni», rispondono a fattori differenti (il pollo corre per mangiare; il contadino corre dal pollo sì per farlo mangiare, ma anche per ucciderlo e cibarsene): vedremo più oltre che si tratta di due (tra pollo e uomo) «figurazioni» diverse.

Questi fattori, che segnano le differenze, sono appunto le «4 F».

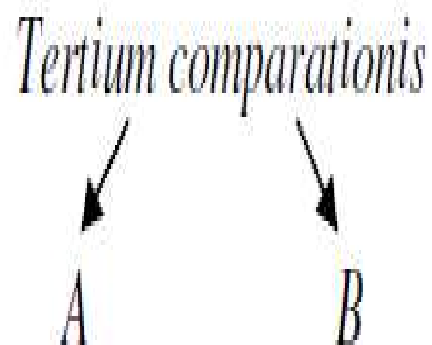
I postulati per inquadrare le «4 F» della comparazione costituzionale

Riprendendo il percorso inaugurato da L.J. Constantinesco (*Il metodo comparativo*), si possono individuare una serie di postulati, ossia di elementi indispensabili e determinanti (in tutto dodici), che, riprendendo gran parte delle cose dette sul programma di ricerca e sul Tertium, permettono di emanciparsi dalla trascendenza del diritto e quindi dai condizionamenti – impliciti o espliciti – della comparazione, soprattutto nell'uso di parole, definizioni, semantiche (come libertà, giustizia, democrazia, uguaglianza, differenza ecc ...).

Postulato 1

a) Primo postulato:

qualsiasi comparazione è una operazione ternaria ossia presuppone la elezione di un tertium comparationis sulla cui base effettuare un confronto.



Una comparazione a due è mero “costruttivismo” riflessivo [$A = B / B = A$].

Sul postulato 1

Certamente l'idea dell'operazione ternaria rintraccia una matrice “positivistica”, contrapposta appunto alle visioni “costruttivistiche” della ricerca sociale e della comparazione. Nella prospettiva “positivistica”, la realtà assume comunque un suo connotato obiettivo e unico, dal quale è possibile estrapolare elementi comuni (“proprietà” e “stati di proprietà”) da assumere come parametro di riferimento di qualsiasi operazione di confronto. Viceversa, nella prospettiva “costruttivistica”, la realtà è presupposta come soggettiva, molteplice e mutevole, pertanto non ingabbiabile staticamente in un insieme di presupposti di confronto. Il “costruttivismo” procederebbe per insiemi binari, non ternari. Del resto, quello di insieme è un concetto primitivo legato proprio alla possibilità, logica prima ancora che reale, di considerare oggetti distinti come costituenti un tutto unico di cui cogliere relazioni d'ordine esclusivamente binario (cosiddetta “legge di composizione esterna”).

Sul postulato 1

È anche vero, del resto, che nella comparazione giuridica, dove comunque dati “positivi” esistono (i cosiddetti “formanti” del diritto, positivamente prodotti), la triangolazione appare plausibile, nella misura in cui essa incrocia i vari “formanti” dell’esperienza giuridica per identificarne quelli che sempre L.J. Constantinesco ha definito gli “elementi determinanti” di ciascun ordinamento giuridico comparato: nel campo giuridico, quindi, il “costruttivismo” non sarà mai “assoluto”, non potendo esso ignorare i dati giuridici (diretti o indiretti) da prendere in considerazione in un determinato contesto di osservazione.

Questo postulato è importante perché evidenzia due corollari significativi nell’ambito di indagine che ci interessa.

Corollario 1 del postulato 1

Corollario 1. Bisogna tenere distinte le operazioni di mera “traduzione” di dati giuridici ($A = B / B = A$), da quelle di confronto in base a un parametro comune. In definitiva, tradurre, non solo parole ma anche concetti, categorie, semantiche giuridiche, non significa comparare.

Corollario 2 del Postulato 1

Corollario 2. Non si deve confondere il confronto di un solo oggetto rispetto a un parametro comune a più oggetti, con quello tra più oggetti rispetto allo stesso parametro [Comparare = (A/B/C) rispetto a T; non invece: Comparare = A rispetto a T; B rispetto a T; C rispetto a T ecc ...]. Faccio un esempio, evidenziato dalla dottrina: un giudice che, per decidere, invoca principi generali, di presunto *jus cogens*, desumibili dall'art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo o dal Preambolo del Patto per i diritti civili e politici, si rapporta a quel parametro senza necessariamente confrontare il proprio approccio con quello di un altro giudice, di un qualsiasi altro ordinamento, che effettui la medesima operazione di invocazione per casi simili. In tale ipotesi, di conseguenza, non si realizzerà alcuna triangolazione, che consenta di verificare/misurare (quindi comparare) analogie o differenze tra le operazioni interpretative dei due giudici rispetto a quel parametro.

Sul corollario 2 del postulato 1

Non a caso, appunto L.J. Constantinesco ha sottolineato come il confronto di un solo oggetto con un parametro comune a più oggetti costituisca semplicemente una “premessa alla comparazione”, ma non realizzi affatto l’operazione di comparazione.

Postulato 2

b) Secondo postulato:

qualsiasi comparazione consiste in una operazione di osservazione.

Quindi: $C = 0$

La constatazione appare ovvia ma è fondamentale. Comparare, anche per i più “costruttivisti” o “anarchici”, non significa “creare” *ex nihilo*.

Postulato 3

c) Terzo postulato:

infatti, osservare significa guardare e conoscere oggetti e gli oggetti della realtà possono essere innumerevoli per le loro proprietà e gli stati di queste proprietà $[R^n]$.

Quindi: $O = R^n$

*La comparazione non solo non procede *ex nihilo*, ma essa deve necessariamente selezionare elementi della realtà, non semplicemente come oggetti, bensì come loro proprietà e stati di proprietà.*

Postulato 4

d) Quarto postulato:

pertanto, il numero degli oggetti selezionati per la comparazione non dipende dalla realtà ma dall'osservatore, e più precisamente dal livello [L] di osservazione [O] che l'osservatore persegue.

$$\text{Quindi: } R^n = L(O)$$

Con riferimento all'operazione di comparazione, questo assunto vale con riguardo sia alla scelta/preferenza degli oggetti da comparare sia alla scelta/preferenza del *tertium comparationis*. Da tale angolo di visuale, la presunta incommensurabilità tra “positivismo” e “costruttivismo” appare mero netta, almeno nel campo giuridico, di quanto si immagini.

Postulato 5

e) Quinto postulato:

ancor più precisamente, i livelli [L] di osservazione [O] possono essere tre:

- *I livello [L₁]: osservo la realtà fenomenica (ossia oggetti con le loro proprietà e nei loro stati di proprietà);*
- *II livello [L₂]: osservo chi osserva questa realtà fenomenica;*
- *III livello [L₃]: osservo colui che osserva chi osserva questa realtà fenomenica.*

$$\text{Quindi: } O = L_1 / L_2 (O L_1) / L_3 [O L_2 (O L_1)]$$

Anche questo postulato produce importanti corollari per il campo di indagine che ci interessa.

Corollario 1 del postulato 5

Corollario 1. Nella comparazione giuridica, e costituzionale in particolare, i livelli di osservazione consentono di identificare i “formanti” e i “crittotipi”. Regole legali (L), regole espresse dalle opinioni dottrinali (D), regole che possono essere estraibili dagli esempi della dottrina (E), regole che i tribunali enunciano nelle loro massime (M), regole che i tribunali applicano nella soluzioni dei casi (A), regole di lingua e stile lessicale e argomentativo (S), non sono fra loro tutte simili perché non sono tutte osservabili allo stesso modo. Ad esempio, lo studio di legislazione e giurisprudenza presuppone una osservazione di II livello (le leggi che regolamentano casi; le sentenze che risolvono casi); lo studio della dottrina presuppone una osservazione di III livello (gli autori che commentano leggi o sentenze che risolvono casi o altri autori di dottrina); lo studio dei “crittotipi” può essere di I o III livello (L₁: studio di una prassi; L₃: studio delle opinioni dissenzienti all’interno di una decisione giudiziale).

Corollari 2 e 3 del postulato 5

Corollario 2. Il livello I di osservazione consente di conoscere le “tradizioni giuridiche” presenti in vari ordinamenti o sistemi giuridici (con le loro matrici religiose e culturali), mentre i livelli II e III permettono di conoscere i “sistemi giuridici” nei loro “elementi determinanti” (come formalizzazione di regole e di comportamenti).

Corollario 3. Il ricorso a tutti i livelli di osservazione, inoltre, apre alla conoscenza della circolazione dei modelli giuridici, all’euristica dei “flussi giuridici”, allo studio delle citazioni, alla comprensione delle autoqualificazioni dei “formanti”.

Corollari 4 e 5 del postulato 5

Corollario 4. Il livello I di osservazione facilita la comprensione delle realtà diverse e lontane da quella dell'osservatore, consentendo soprattutto di cogliere la differenza fra “centro” e “periferia” della “modernità costituzionale”, ossia fra autonomia ed eterarchia dei sistemi costituzionali rispetto ad altri elementi dell'agire sociale (religione, primato delle decisione politica, dipendenze economiche, tradizioni, rapporti di classe o di casta ecc ...).

Corollario 5. Infine, i livelli di osservazione consentono:

- di distinguere la comparazione giuridica da altre forme di comparazione “simili” perché convergenti negli oggetti osservati, che operano su un solo livello, come la politica comparata (livello I), o più livelli, come la sociologia giudiziaria comparata (livelli I e III);
- di misurare la “purezza” del metodo giuridico e la capacità interdisciplinare della comparazione.

Postulati 6 e 7

f) Sesto postulato:

qualsiasi osservazione [O] presuppone una scelta [S] non solo sull'oggetto della realtà e i suoi elementi [Rⁿ], ma anche sul livello di osservazione [L].

Quindi: $O = S(R^n \text{ e } L)$

g) Settimo postulato:

ma qualsiasi scelta [S] presuppone una preferenza [P].

Quindi: $S = P$

«Osservare significa decidere; decidere significa escludere», aveva acutamente sintetizzato N. Luhmann anche con riguardo allo studio delle Costituzioni.

Postulato 8

h) Ottavo postulato:

però, qualsiasi preferenza [P] risulta condizionata o vincolata (all'interno o all'esterno dell'osservatore) [Cond. (intra/extra)] a seconda del contesto.

Quindi: $P = \text{Cond. (intra/extra)}$

Valgano alcuni esempi per chiarirsi. Le competenze linguistiche dell'osservatore giurista identificano un suo condizionamento o limite interno nelle preferenze che determineranno le sue scelte di comparazione. Viceversa, il sistema delle fonti di un ordinamento opera come vincolo esterno al giurista per il suo raggio di preferenze e scelte (si pensi alle “clausole di apertura” di molte Costituzioni contemporanee, oppure all'inserimento di quell'osservatore giurista in un contesto *Multilevel* di interazioni interordinamentali).

A proposito del postulato 8

Sulla comparazione come operazione intellettuale condizionata dall'esperienza del soggetto osservatore (*che cosa già conosce*) e dalla sua competenza (*come confronta*), S.L. WINTER, *A Cleaning in the Forest: Law, Life, and Mind*, Univ. Press of Chicago, Chicago, 2001, e J. HANSON (ed.), *Ideology, Psychology and Law*, Oxford Univ. Press, New York, 2012.

Postulato 9

i) Nono postulato:

inoltre, le preferenze [P] dipendono anche da fattori extra-personali ed extra-formali, come le “figurazioni” [Fg], ossia i processi psico-sociali di civilizzazione di un determinato contesto istituzionale, conseguenti a “flussi” [Fl], anche giuridici, storicamente determinati.

$$\text{Quindi: } P = Fg + Fl$$

La lingua e il lessico giuridico, la distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo, la problematica della “dottrina legale” della giurisprudenza, il *Dharma* indiano, *Li* e *Fa* cinesi, il *Buen vivir* e la *Pacha Mama* andini, sono tutti esempi di “figurazioni” storicamente determinate da “flussi” giuridici prodottisi nel tempo.

Il contributo di N. Elias sul postulato 9

Colui che ha fornito il contributo metodologico più significativo, nell'approccio ad una comparazione sistemica delle dimensioni "psico-sociali" delle istituzioni, è stato N. ELIAS con le sue profonde ricerche sui processi di genesi sociale e di civilizzazione delle identità nazionali e statali europee (*Potere e civiltà* (1969), trad. it., il Mulino, Bologna, 1983)

La "figurazione" non sarebbe altro che la struttura rappresentativa di una catena di interdipendenze il cui potere, in quanto non entità ma relazione, si impone a coloro stessi che lo hanno posto in essere. Sulla importanza di questi profili nella individuazione degli "elementi determinanti" di una osservazione sociale comparata, si deve considerare il contributo offerto dalla cosiddetta Commissione Gulbenkian, (*Informe della Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*, a cura di I. WALLERSTEIN: *Abrir las ciencias sociales: Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*, II ed., Siglo XXI, México DF, 1999), il cui merito è stato quello di aver svelato altresì le "geopolitiche della conoscenza", con cui il modo di fare comparazione, egemonicamente eurocentrico, si è evoluto nella storia. Per un esempio pratico della rilevanza delle "figurazioni" nella osservazione comparata delle istituzioni, si può citare il celebre esperimento, promosso nel 1993 da Jacques Delors, con lo studio intitolato *Un approccio antropologico alla Commissione europea*: affidato a due antropologi francesi e a uno inglese, l'indagine rivelò il permanere, fra i funzionari europei, di profondi *Clivages* legati alla loro origine nazionale e culturale, come le divisioni fra "Nord" e "Sud", "mondo latino" e "mondo germanico", "cattolici" e "protestanti", cultura amministrativa della "centralizzazione" e quella della "decentralizzazione", cultura della "trasparenza" e della "confidenzialità".

Postulato 10

I) Decimo postulato:

“figurazioni” [Fg] e “flussi” [Fl] possono produrre “finzioni reali”.

Quindi: $Fg + Fl = \text{“finzioni reali”}$

Il concetto di “nazione”, in America latina, o quello di “Stato”, nell’Africa della decolonizzazione, identificano eclatanti esempi di “finzioni reali” alla base dei fenomeni di “mimetismo costituzionale” e di “facciata costituzionale”, presenti in quei contesti. Ma “finzioni reali” si riscontrano anche nella dogmatica giuridica, determinata dalle sue “figurazioni” e dai suoi “flussi” (per esempio, il concetto di *Recht* nello *Staatsrecht* tedesco e la differenza fra *Rechtsstaat* e *Rule of Law* non si comprenderebbero ignorando la storia del popolo tedesco e della sua identità di *Volk*) sia nelle verbalizzazioni dei “formanti” legislativi scritti (per esempio, il concetto di “inviolabilità dei diritti”, affermato dalla Costituzione italiana, rispetto alla “figurazione” dell’ “interesse legittimo”, formalizzato anch’esso dalla medesima Costituzione; analogo discorso si può fare per il concetto di “*coscienza centroamericana*”, formalizzato negli atti istitutivi dei processi di integrazione sovranazionale di quegli Stati).

Postulati 11 e 12

m) Undicesimo postulato:

per individuare “figurazioni”, “flussi” e “finzioni reali” di qualsiasi realtà, da comparare con altre, si deve ricorrere a tutti e tre i livelli di osservazione.

Il ricorso a questi campi di osservazione ridimensiona la possibilità di comparazioni meramente “metaforiche” (fondate sulla logica astratta dell’ “*als ob*”, ossia prescindendo da uno dei tre livelli di osservazione), di volta in volta declinate attraverso formule più o meno “magiche”, come è quella che invoca la “tutela più intensa” dei Diritti nel “dialogo” tra giudici, categorie dogmatiche, presupposizioni di realtà.

n) Dodicesimo postulato:

*una comparazione costituzionale “chiusa” (mono disciplinare) si (*pre*)occupa solo di osservazioni di II e III livello; una comparazione costituzionale “aperta” (interdisciplinare) si (*pre*)occupa anche di osservazioni di I livello.*

Conclusione

La prima conclusione è così di seguito riassumibile: solo una comparazione giuridica interdisciplinare consente di evidenziare “flussi”, “figurazioni” e “finzioni”. L’assunto potrebbe essere reso dalla seguente formula:

$$(S) (P) Fl + Fg (=finzioni) > O / L_{1,2,3} (Comp) R^n (T)$$

Scelte [S], conseguenti a preferenze [P] condizionate da flussi [Fl] e figurazioni [Fg] che producono finzioni, orientano il processo di osservazione [O], con i suoi connessi livelli [L_{1,2,3}], in cui consiste la comparazione di elementi (proprietà e stati di proprietà di oggetti) della realtà [Rⁿ] rispetto a un tertium comparationis [T].

I fondamenti della visione complessa

Tale interazione è presente in termini sistemici generali in numerosi approcci epistemologici (penso alle differenti teorie dei sistemi di H.R. Maturana e F.J. Valera, di N. Luhmann, di L. von Bertalanffy; al “razionalismo regionale” di G. Bachelard; alla sociologia del “campo giuridico” di P. Bourdieu; alla c.d. “equazione” di P. Dirac; alla comparazione di F. Galton; all’antropologia della conoscenza di A. Appadurai, e così via) e si inserisce nel solco della demarcazione novecentesca tra conoscenza oggettiva e interpretazione.

Il suo accantonamento può abilitare o all’ “anarchismo metodologico”, quell’ “anarchismo” o “spontaneismo”, oppure ai giochi metaforici dell’*als-ob*, dove in realtà non si sperimentano metodi ma si ri-utilizzano spezzoni di esperienze giuridiche altrui per fini propri.

Alcuni autori “classici” a fondamento dei postulati richiamati

La visione complessa è anche alla base del dibattito contemporaneo sul “costruttivismo” nelle scienze naturali e sociali.

In ogni caso, riferimenti fondamentali che hanno contribuito a focalizzare la rilevanza di questi postulati per la comparazione e il ruolo specifico di formanti, figurazioni, flussi e finzioni nella specifica comparazione costituzionale, sono i seguenti: G. Husserl per i “formanti”; N. Elias, per le “figurazioni”; A.J. Toynbee, per i “flussi”; lo stesso Kant, con le sue “illusioni necessarie” e Marx, con la sua critica dei feticismi, per le “finzioni”.

Esempi di flussi, figurazioni, finzioni

Alcuni dei flussi più significativi nella storia, anche per le figurazioni prodotte, sono stati: la romanizzazione (con il suo contributo alla tradizione giuridica occidentale); il cristianesimo (per i condizionamenti sul Nomos Iberico e per il fenomeno della *Welveltlichung*); l'Islam (con la diffusione della *Umma*); la colonizzazione; l'Impero ottomano (che ha condizionato le configurazioni costituzionali di futuri Stati indipendenti, come Tunisia e Turchia); il commercio (che determina il fenomeno del c.d. «*Policy Transfer*»); il Commonwealth (che ha diffuso la Common Law); le sovranazionalità (con per es. il c.d. «contagio») ecc...

Le finzioni, poi, possono essere dettagliate in finzioni politiche, utili a controllare l'ordine di uno spazio di decisioni (si pensi alla cittadinanza), dogmatiche, prodotte dai formanti (si pensi al concetto di negozio giuridico, al Trust, alla distinzione tra diritto pubblico e privato ecc...), storiche (i collettivi singolari studiati da Koselleck).

«4 F» e comunismo

Un discorso a parte andrebbe fatto per il «comunismo» sovietico, che non ha agito come un vero e proprio «flusso» per almeno 3 ragioni:

- perché si riprometteva di «estinguere» lo Stato e, con esso, tutte le «sovrastrutture» ad esso collegate (quindi anche le «4 F» storicamente prodottesi dentro e tra Stati);
- perché si consolidò attraverso il dogma staliniano della «rivoluzione in un solo Paese» (rispetto alla dottrina marxista-trotskyista della «rivoluzione permanente»), che condizionò altri Stati (a partire dal «blocco di Varsavia»), ma sul piano ideologico piuttosto che strettamente giuridico;
- per le specificità della cosiddetta «legalità socialista»

Le utilizzazioni pratiche di questi postulati

Consentono di non confondere i diversi elementi che compongono un “campo giuridico” ossia un spazio/contesto in cui si producono regole e fenomeni giuridici. Infatti:

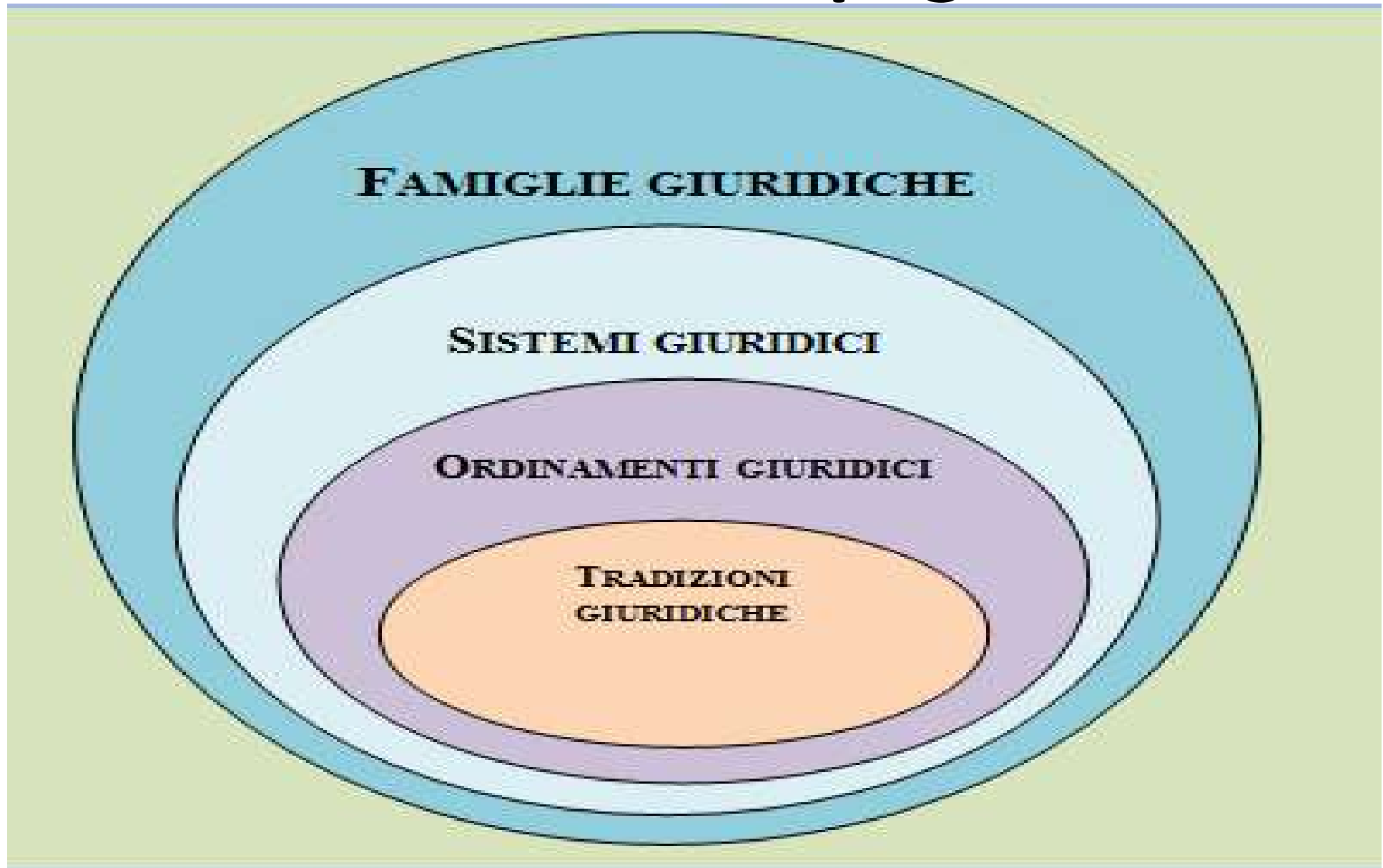
- lo studio dei “*formanti*” consente di comprendere il tipo di “*sistema giuridico*” e delimitare l’ “*ordinamento giuridico*” in cui si vuole operare;
- lo studio dei “*flussi giuridici*” consente di ricostruire le influenze che storicamente hanno determinato quel contesto, producendo appartenenze a “*famiglie giuridiche*”;
- lo studio delle “*figurazioni*” permette di ricostruire le “tradizioni giuridiche” esistenti nel mondo;
- lo studio delle “*finzioni*” consente di smascherare concetti, categorie e strumenti giuridici estranei (perché imposti) al contesto.

Pertanto

Si scopre così che, nella realtà, all'interno di una “*famiglia giuridica*”, storicamente prodottasi per una serie di “*flussi*”, possono coesistere più “*sistemi giuridici*”, con al loro interno più “*ordinamenti giuridici*” al cui interno convivono più “*tradizioni giuridiche*”.

Esempi: *Canada* (di *famiglia romano-germanica*), con due sistemi giuridici (*Civil e Common Law*) all'interno di un unico ordinamento giuridico (Quebec) dove convivono più tradizioni giuridiche (“*ctonia*” e “*occidentale*”); *India*; *Kazakhstan*; *Turchia*; *Paesi arabi*; *Ecuador*; *Bolivia ecc ...*

Coesistenze di “campi giuridici” 1



Coesistenza di campi giuridici 2



La rilevanza delle “tradizioni giuridiche”

Lo schema precedente rende evidente come il “nucleo” di qualsiasi fenomeno giuridico sia la “*tradizione giuridica*” di appartenenza dei soggetti che producono relazioni sociali (ci si ricolleggi alle analisi effettuate sulle diverse tradizioni giuridiche e si ricordi anche lo «statuto personale» di «regole primarie» delle tradizioni giuridiche diverse da quella occidentale, l’unica a statuto «territoriale»).

Formanti, Flussi, Figurazioni, Finzioni

Inoltre, grazie alle 4F della comparazione, si comprende che:

I Formanti possono circolare attraverso i flussi (c.d. “*imitazione*”, “*Transplant*”, “*Borrowing*”)

I Flussi giuridici circolano perché è la loro stessa caratteristica.

Le Figurazioni, in quanto rappresentazioni psico-sociali di regole, diritti, obblighi etc., appartengono alle persone e quindi circolano con le persone (le *tradizioni giuridiche*).

Le Finzioni producono rappresentazioni “generiche” della realtà di uno spazio (per es. qualificandolo “nazione” e simili), a seguito di flussi giuridici o anche di figurazioni e quindi possono produrre «trappole cognitive» nella comparazione.

Come circola il diritto nel mondo?

Quindi, le VARIABILI DI CIRCOLAZIONE GIURIDICA non possono che essere:

- i flussi giuridici (romanizzazione, islam, colonizzazione, commercio), che hanno creato “famiglie giuridiche” e “sistemi giuridici” con i loro formanti e anche le loro finzioni dentro gli “ordinamenti giuridici” (es. “nazione”; “Stato” etc.); ma questo è valso soprattutto per la tradizioni giuridica occidentale, fondata sullo statuto “territoriale” del diritto (*Imperium / Dominium*)
- Le *figurazioni* psico-sociali alla base di tradizioni giuridiche non occidentali, fondate sullo statuto “personale” del diritto (assenza di separazione tra spazio pubblico e privato).

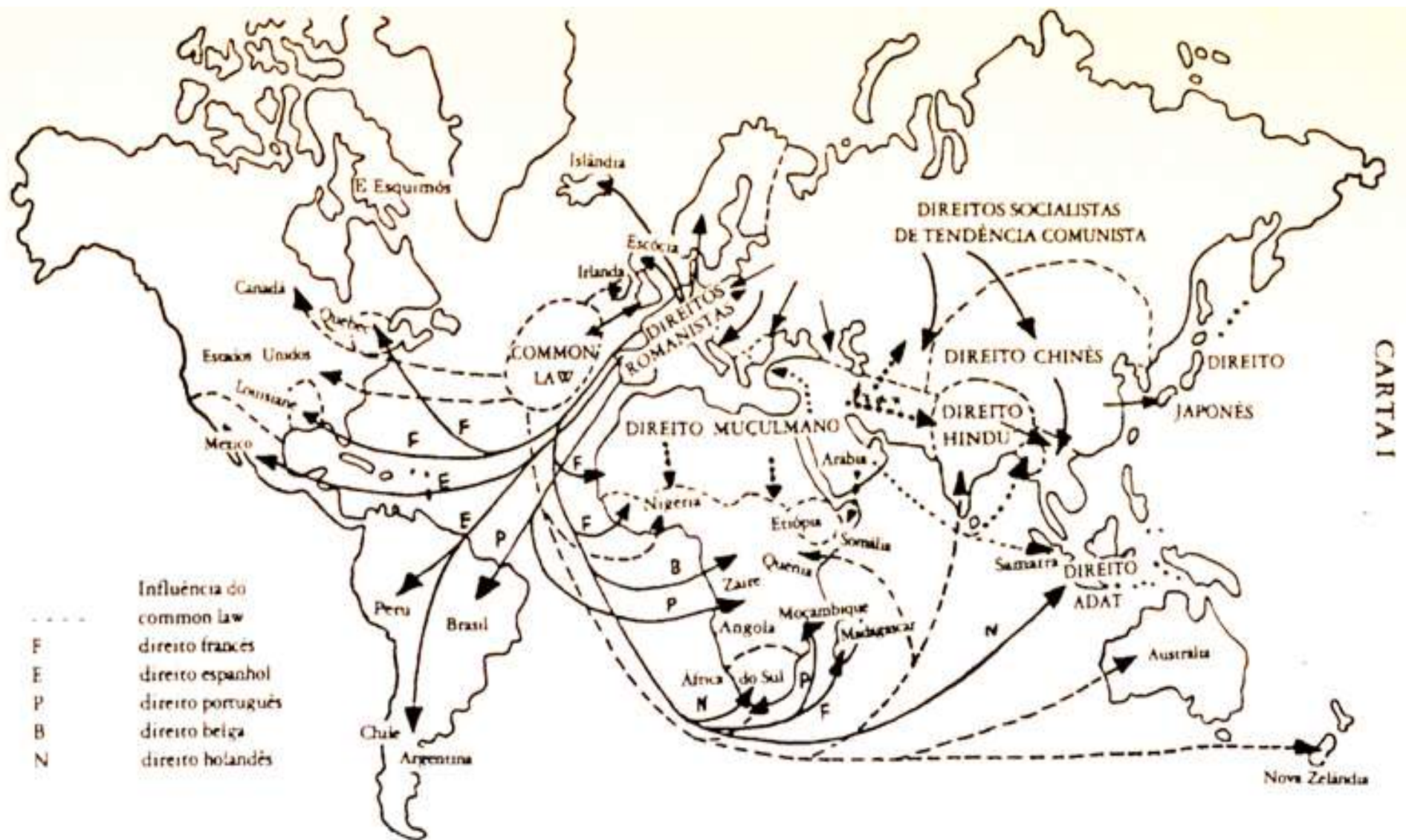
Esempio della “finzione giuridica” Stato rispetto alle “tradizioni giuridiche” africane, causa di “sincretismi” e “conflitti”



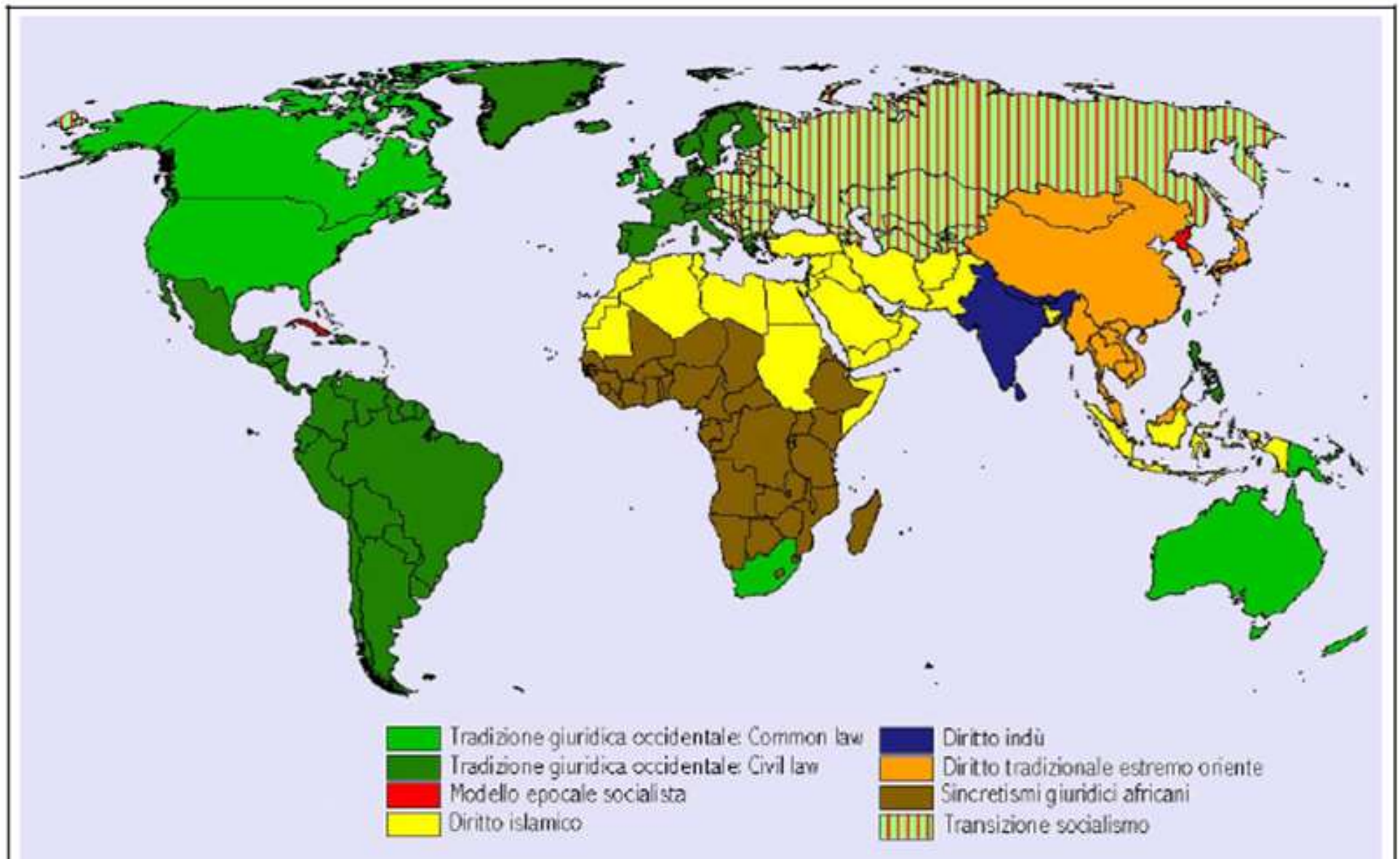
I “sistemi” socialisti

L'unico tentativo di rompere questa dinamica giuridica mondiale è stato perseguito dal comunismo, che, anche per tale ragione, proclamava l'ateismo, produceva “finzioni” (es. il Kazakistan), vietava circolazione di informazioni, imponeva migrazioni forzate, chiudeva i confini etc. (c.d «Rivoluzione in un Paese solo» contrapposta alla tesi della «Rivoluzione permanente»)

I flussi e le influenze di famiglie e sistemi giuridici sino alla formazione del diritto socialista



Prevalenze tra sistemi e tradizioni giuridiche



Torniamo al nostro esempio sulla violenza domestica

Grazie alla considerazione delle «4 F», la comparazione costituzionale può diventare ancora più «oggettiva». Torniamo al nostro «caso» della violenza domestica. Dopo aver letto le due Costituzioni (osservazione di II livello), sarà corretto inquadrare i due Stati (ordinamenti giuridici) rispetto alle «4 F»: quali flussi hanno subito (quindi quali famiglie giuridiche e quali tradizioni giuridiche siano presenti); quali formanti sono «attivi» e «passivi» (quindi a quale sistema giuridico appartengono); quali figurazioni siano riscontrabili (frutto di flussi); quali finzioni siano il frutto di flussi coloniali (per es. violenza domestica su donne indigene che vivono nelle baraccopoli)

Qual è l'utilità delle «4 F»?

Tutto questo consente di «contestualizzare» la realtà dei due Stati che si stanno comparando anche rispetto alle «variabili» rilevate.

Variabili «comuni» possono operare dentro «realtà» condizionate da flussi, formanti, figurazioni e finzioni differenti. Lo stesso può dirsi per le variabili «indispensabili». Insomma, le «4 F» mi fanno conoscere meglio le differenze della realtà del mondo, perché rendono più analitiche le mie osservazioni di I, II e III livello.

Esempio pratico 1: il «diritto alla città»

Facciamo un primo esempio pratico. L'ONU promuove, come obiettivo di sviluppo sostenibile, il «diritto alla città» nelle «*megacities*» (città con oltre 10 milioni di abitanti). Ma le «*megacities*» sono tutte uguali? Come realizzare il «diritto alla città» a New York rispetto a São Paulo. Qui ci vogliono, come sempre, tutti e tre i livelli di osservazione, con *Tertium* e «variabili», ma anche la considerazione delle «4 F», per essere i più rigorosi possibile (per es. NY è una città di Common Law, S. Paulo di Civil Law; S. Paulo ha presenze indigene, quindi tradizioni giuridiche ctonie; NY no, ma ha tradizioni giuridiche musulmane, hindu, confuciane, talmudiche). Una donna «*wasp*» di NY eserciterà il suo «diritto alla città» allo stesso modo di una donna «mestiza» di SP? Seguono alcune immagini rappresentative sulle «*Megacities*» nel mondo e su São Paulo/Morumbi.

Le «megacities»

WORLD MEGACITIES

Urban Areas with More than 10,000,000 Population (2015)



From Demographia World Urban Areas

Rank	Geography	Urban Area	Population Estimate	Year	Base Year Population Estimate	Land Area: Square Miles	Density	Land Area: Km2	Density	Base Year
1	Japan	Tokyo-Yokohama	37,843,000	2015	37,100,000	3,300	11,500	8,547	4,400	2010
2	Indonesia	Jakarta	30,539,000	2015	27,300,000	1,245	24,500	3,225	9,500	2010
3	India	Delhi, DL-UP-HR	24,998,000	2015	22,250,000	800	31,200	2,072	12,100	2011
4	Philippines	Manila	24,123,000	2015	20,750,000	610	39,500	1,580	15,300	2010
5	South Korea	Seoul-Incheon	23,480,000	2015	22,500,000	875	26,800	2,266	10,400	2010
6	China	Shanghai, SHG-JS-ZJ	23,416,000	2015	22,025,000	1,475	15,900	3,820	6,100	2013
7	Pakistan	Karachi	22,123,000	2015	19,530,000	365	60,600	945	23,400	2011
8	China	Beijing, BJ	21,009,000	2015	19,000,000	1,475	14,200	3,820	5,500	2013
9	United States	New York, NY-NJ-CT	20,630,000	2015	20,366,000	4,495	4,500	11,642	1,800	2010
10	China	Guangzhou-Foshan, GD	20,597,000	2015	16,400,000	1,325	15,500	3,432	6,000	2010
11	Brazil	Sao Paulo	20,365,000	2015	19,200,000	1,045	19,500	2,707	7,500	2010
12	Mexico	Mexico City	20,063,000	2015	19,250,000	800	25,100	2,072	9,700	2010
13	India	Mumbai, MH	17,712,000	2015	16,600,000	211	83,900	546	32,400	2011
14	Japan	Osaka-Kobe-Kyoto	17,444,000	2015	17,000,000	1,240	14,100	3,212	5,400	2010
15	Russia	Moscow	16,170,000	2015	15,500,000	1,800	9,000	4,662	3,500	2010
16	Bangladesh	Dhaka	15,669,000	2015	13,600,000	139	112,700	360	43,500	2011
17	Egypt	Cairo	15,600,000	2015	15,600,000	680	22,900	1,761	8,900	2015
18	United States	Los Angeles, CA	15,058,000	2015	14,667,000	2,432	6,000	6,299	2,400	2010
19	Thailand	Bangkok	14,998,000	2015	13,500,000	1,000	15,000	2,590	5,800	2010
20	India	Kolkata, WB	14,667,000	2015	14,113,000	465	31,500	1,204	12,200	2011
21	Argentina	Buenos Aires	14,122,000	2015	13,370,000	1,035	13,600	2,681	5,300	2010
22	Iran	Tehran	13,532,000	2015	13,000,000	575	23,500	1,489	9,100	2011
23	Turkey	Istanbul	13,287,000	2015	12,400,000	525	25,300	1,360	9,800	2011
24	Nigeria	Lagos	13,123,000	2015	13,123,000	350	37,500	907	14,500	2015
25	China	Shenzhen, GD	12,084,000	2015	11,500,000	675	17,900	1,748	6,900	2010
26	Brazil	Rio de Janeiro	11,727,000	2015	11,300,000	780	15,000	2,020	5,800	2010
27	Congo (Dem. Rep.)	Kinshasa	11,587,000	2015	11,587,000	225	51,500	583	19,900	2015





Esempio pratico 2: manifestazioni del pensiero e «figurazioni»

Se, per esempio, due Costituzioni riconoscono la libertà di manifestazione del pensiero (disposizione «primaria»), a condizione che sia «non offensiva», ci chiediamo che cosa significhi «offensiva» in base non solo alle variabili «comuni» e «indispensabili» degli Stati che stiamo comparando, ma anche dei «formanti» e delle «figurazioni» presenti in quei due Stati. Seguono due cartine in tema di «blasfemia» e di «apostasia», come situazioni «offensive» di manifestazione del pensiero.

Figurazioni e apostasia

Apostasy laws, 2014



Note: Countries with an apostasy law, rule or policy at some level of government during calendar year 2014.

Source: Pew Research Center analysis.

PEW RESEARCH CENTER

Figurazioni e blasfemia



Note: Countries with a blasphemy law, rule or policy at some level of government during calendar year 2014.
Source: Pew Research Center analysis.

PEW RESEARCH CENTER

Ecco lo schema definitivo che riassume il lungo percorso di questo Modulo, faticoso ma indispensabile per essere «onesti» nella comparazione.

LA COMPARAZIONE COSTITUZIONALE

PENSARE > la mera **comparazione “binaria”** (ignorante ancorché storicamente diffusa)

CONOSCERE > elaborare il **programma di ricerca** che:

1. parte dalla osservazione di II livello (leggere le Cost.)
2. esprime due opzioni: micro/macro + osservazione di I livello (realtà costituzionale) e/o di III livello (diritto costituzionale)

COMPRENDERE > ricorso a **variabili comuni e indispensabili** per **valutare/misurare** la **effettività** delle Costituzioni, attraverso:

1. un *Tertium comparationis* desunto dai testi delle Costituzioni
2. la considerazione delle “4 F” della comparazione costituzionale

PER QUALE SCOPO? Conoscere la “effettività” delle Costituzioni nel mondo

PERCHÉ QUESTO SCOPO? Perché il Costituzionalismo moderno si è accompagnato con esclusioni di soggetti, ingiustizie e discriminazioni, assenze di democrazia, quindi per leggere il mondo non in nome di un universale meta-etico o trascendente, ma per promuovere inclusione, giustizia, democrazia.

Comprendere non è interpretare

Dallo schema riassuntivo possiamo desumere che il processo di comparazione costituzionale non ha lo scopo specifico di interpretare le Costituzioni e, in generale, i «formanti». Questo non vale per il giurista, che pure deve utilizzare tutti i «formanti». La comparazione serve a comprendere la realtà al cui interno vigono le Costituzioni, considerandone il numero più alto possibile di variabili e di fattori, che incidono sulla loro «effettività». Se la interpretazione rimane un processo cognitivo soggettivo, la comprensione rappresenta invece un processo cognitivo che si sforza di essere «oggettivo» nel senso che si è visto di «onesto» nel programma di ricerca sulla realtà (*cum-prendere*: prendere insieme, unirsi alla realtà). L'interprete legge testi. Il comparatista osserva realtà.

La comparazione «binaria» non è stata «comprensiva», ma «interpretativa» e «impositiva». Quella «ternaria» promuove invece la «comprensione» della «effettività».

«Figurazioni» e lingua

Proprio per il fatto di doversi misurare con la realtà, che è fatta di nomi, definizioni e semantiche, e nella consapevolezza che qualsiasi realtà riflette anche «figurazioni», la comparazione non può non misurarsi coi problemi della lingua. Del resto, i problemi della lingua nella comparazione sono facilmente intuibili, appunto se ricordiamo il discorso fatto sulla realtà come linguaggio (nomi, definizioni, semantiche).

Tutte le lingue hanno nomi, definizioni e producono semantiche. Questo però non vuol dire che siano fra loro perfettamente corrispondenti nel riferimento alle stesse cose, gli stessi fenomeni o comportamenti, le stesse esperienze condivise

I problemi della lingua 1

Le questioni linguistiche principali che si incontrano nella comparazione costituzionale sono almeno 8:

1. il problema dei significati degli enunciati normativi che contengono nomi e definizioni (c.d. problema «interpretativo» della lingua);
2. il problema della «chiarezza» redazionale dei testi normativi (c.d. problema delle operazioni elementari del discorso giuridico);
3. il problema della traduzione di enunciati da una lingua ad un'altra lingua in sede di decisione «politica» (c.d. problema della «traduttologia giuridica» nei trattati internazionali);
4. il problema della circolazione delle lingue riferite a concetti o strumenti giuridici con proprie semantiche, per es. il «trust» inglese (c.d. problema della lingua come «flusso giuridico» esso stesso);

I problemi della lingua 2

5. il problema del multilinguismo della società e delle tradizioni giuridiche e delle lingue «ufficiali» del diritto e dello Sato (per es. in India);
6. il problema dell'uso della lingua nella ricerca scientifica (c.d. traduttologia scientifica per comunicare a livello internazionale);
7. il problema delle «figurazioni» specifiche che condizionano le traduzioni (es. «interesse superiore» del minore nelle diverse tradizioni giuridiche);
8. Il problema della incidenza della traduttologia giuridica sulla effettività «primaria» delle regole prodotte (e tradotte in più lingue), problema che riguarda soprattutto la traduzione di disposizioni «primarie», incidenti sullo statuto «personale» dei destinatari (es. il termine «famiglia» rispetto alle diverse «figurazioni» della famiglia e alle diverse realtà sociali delle famiglie nel mondo)

Il problema della «cattura»

Infine, questo lungo e complesso cammino consente di inquadrare la realtà anche come fenomeno di «cattura» della effettività dei sistemi giuridici formalmente retti dalle «4 F».

Per comprendere quest'ultimo punto, bisogna chiedersi in che cosa consista la «effettività» dei sistemi giuridici e in che cosa consista il fenomeno della loro «cattura».

Effettività «primaria» e «secondaria»

La effettività del diritto opera sempre su due piani:

- «primaria», come adesione autonoma alle regole (primarie e secondarie) del diritto (a partire da quelle della Costituzione)
- «secondaria», come rispetto delle regole a causa di sanzioni, meccanismi di imposizione o di controllo ecc... (ossia attraverso il ricorso alle regole secondarie).

Come si è già notato in precedenza, l'osservazione di I livello mi rende edotto sulla effettività «primaria», mentre quella III livello mi fa conoscere la effettività «secondaria».

«Cattura»

Ma l'osservazione di I livello, grazie anche alla individuazione di variabili «comuni» e «indispensabili», mi consente di scoprire che la effettività «primaria» delle regole, ossia l'autonoma adesione al diritto, può essere «catturata» da altri fattori, che si impongono con proprie regole «parallele» e «alternative» a quelle ufficiali del diritto, condizionando la realtà e i suoi soggetti.

Esempi di «cattura»

Si parla in tal caso di «sistemi normativi» (per distinguerli dai «sistemi giuridici» retti dalle «4 F») che si espandono su uno spazio d'efficacia condizionato dalle loro regole («controllano il territorio», come si dice nel linguaggio comune).

Si pensi alla mafia, al narco-traffico, al *Direito Achado na Rua* ecc...

Non sono «tradizioni giuridiche» (che sono meccanismi giuridici «concorrenti» fra di loro), ma appunto «sistemi normativi» alternativi alle «4 F» e alle stesse tradizioni giuridiche e dunque incidenti sulla effettività delle Costituzioni. In tal senso di «cattura». Per questo, bisogna studiarli, perché ci dicono molto sulla «effettività» delle Costituzioni (si pensi al recente processo di pace in Colombia).

«Cattura» e Costituzioni

La «cattura» della effettività «primaria» delle Costituzioni per mezzo di questi sistemi normativi che controllano territorio è un problema specificamente costituzionale, anche perché riflette e produce ulteriori discriminazioni, ingiustizie, violenze. Ossia ostacola i progetti costituzionali di affermazione dei diritti e delle libertà e di promozione della democrazia.

Rimedi

Tuttavia, i rimedi a questi fenomeni di «cattura» non sempre rispondono alle esigenze di realizzazione della effettività della Costituzione, quanto piuttosto di ripristino di controllo del territorio «catturato». Alcuni esempi consentono di constatarlo. Il rimedio può essere:

- militare (è questo l'approccio tipico del Nomos americano che predicava la «esportazione» della libertà e della democrazia attraverso le armi: «*Operazione Enduring Freedom*»);
- penale (sanzionare chi aderisce al sistema normativo «alternativo» oppure premiarlo se lo abbandona: si pensi alla legislazione sui «pentiti» di mafia);
- costituzionale, nel senso di indurre ad accettare la libertà e la democrazia come condizioni «convenienti» nell'abbandono del sistema «alternativo» (è questa la logica del processo di pace in Colombia) secondo una schema operativo che si ispira alla costruzione «tridimensionale» della giustizia, proposta da Nancy Fraser.

Ostacoli ai rimedi

Rimediare formalmente, però, non significa di per sé aver affermato la effettività «primaria» del sistema giuridico «ufficiale». Molti condizionamenti contribuiscono a rendere difficile il cammino della effettività «primaria», nonostante il rimedio alla «cattura».

Se ne citano alcuni:

- le c.d. *Path Dependence* e le *resilienze*;
- le «condizionalità» finanziarie;
- le neutralizzazioni prodotte dalle sovranazionalità sostitutive funzionali al mercato;
- le situazioni di «agonizzazione» che precedono o accompagnano l'introduzione di questi rimedi, teorizzate da G. Sharp (si pensi agli «embarghi» economici o ai sabotaggi).

Democrazia

Il rimedio migliore di fronte al fenomeno della «cattura» sembrerebbe essere quello della democrazia e delle libertà, dato che nessun sistema normativo «alternativo» ai sistemi giuridici opera attraverso la democrazia e il rispetto dei diritti.

Tale prospettiva, però, appare paradossalmente la più difficile e persino improbabile a livello internazionale, per diverse ragioni, che ci si limita ad elencare.

Democrazia dove?

Nella storia mondiale e nella geopolitica contemporanea, la democrazia occupa una condizione marginale, per almeno tre ragioni:

- storicamente la democrazia non ha rappresentato la forma di esercizio del potere più diffusa e stabile nella storia;
- la democrazia non costituisce neppure un elemento fondativo della stessa ONU che, pur fondandosi sui diritti umani, non solo non è organizzata e non opera in modo democratico, ma soprattutto non identifica, in modo esplicito e dettagliato, un «diritto umano alla democrazia» da promuovere e tutelare a livello globale;
- attualmente, nel mondo, soltanto 1/3 degli Stati è qualificabile «democratico», mentre le numerose sovranazionalità, emerse nel corso del Novecento, sono contraddistinte, come si è visto, da un fisiologico «deficit democratico».

Democrazia quale?

In più, l'idea stessa di democrazia può essere declinata su tre fronti diversi, ognuno dei quali coglie un aspetto necessario, ma non sufficiente, da solo, alla democrazia stessa:

- il fronte «etimologico»: democrazia significa elezioni libere periodiche (è questa la condizione minima);
- il fronte «metodologico»: democrazia significa «metodi democratici» nella società e nei corpi intermedi della società (dalla famiglia alle associazioni e ai partiti) (la c.d. «poliarchia» studiata da R. Dahl);
- il fronte «epistemologico», colto da J. Maritain: democrazia vuol dire dignità dell'uomo non solo individuale, ma anche e soprattutto sociale.

Declinology?

Proprio per la difficile combinazione dei tre fronti della democrazia (etimologico, metodologico, epistemologico), oggi si assiste a fenomeni di «declino» della democrazia, nel senso di perdita di «effettività» della democrazia soprattutto come «metodo» (F. Zakaria parla di «*illiberal Democracies*»).

Vicende come quella della Turchia (democrazia e Islam), del Kazakistan (democrazia e «Poliarchia» monocratica del Presidente della Repubblica), del BRICS (sovrانazionalità indifferente alla democrazia), delle «Costituzioni andine» (democrazia e sfide ecologiche), offrono numerosi spunti sui diversi problemi e le diverse forme di questo «declino».