

JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

Vol. II, Anno 2005



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

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

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. II, Anno 2005

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Pablo Eiroa, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario organizzativo), Juan Manuel Otero, Renata Pepicelli, Paola Persano, Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (vicedirettore), Filippo Ruschi (segretario di redazione), Emilio Santoro, Sara Turchetti, Francesco Vertova (webmaster), Silvia Vida, Danilo Zolo (direttore)

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

Indice

SAGGI **6**

L'ANTROPOLOGIA DEI DIRITTI UMANI **7**
LEONARDO MARCHETTONI

**IL PLURALISMO PRESO SUL SERIO: QUALI DIRITTI, QUALE GIUSTIZIA
PENALE?** **23**
LUCA BACCELLI

KANT'S RECOURSE TO THE DOMESTIC ANALOGY IN THE *PERPETUAL PEACE*
CHIARA BOTTICI **43**

ELEMENTI DI UN'ANALISI DEL TERRORISMO CONTEMPORANEO **62**
NICOLÒ BELLANCA

LA MODERNISATION DE LA CHARTE ARABE DES DROITS DE L'HOMME **71**
HAFIDHA CHEKIR

**IL DIRITTO ALL'ACQUA COME DIRITTO SOCIALE E COME DIRITTO
COLLETTIVO** **87**
DANILO ZOLO

FUNCIONES NORMATIVAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO **103**
DIEGO FREEDMAN

LETTURE **117**

FONDAMENTALISMO POLITICO **118**
ROBERTO CICCARELLI

DIRITTI E COSTITUZIONE NELL'UNIONE EUROPEA **122**
FEDERICO OLIVIERI

LE RAGIONI DELLA NONVIOLENZA DI ALDO CAPITINI **126**
THOMAS CASADEI

UNA NUOVA IDENTITÀ EURO-MEDITERRANEA **130**
FILIPPO RUSCHI

SAGGI

L'antropologia dei diritti umani

Leonardo Marchettoni

1. I diritti umani: consensus omnium gentium?

Ci sono buone ragioni per sostenere che il novecento, fra le altre cose, è stato anche, per riprendere il fortunato titolo di una raccolta di saggi di Norberto Bobbio, l'età dei diritti. Nonostante il succedersi di due conflitti mondiali, l'atrocità dei campi di sterminio e della persecuzione razziale, il riaccendersi, sul finire del secolo degli odi etnici, il novecento è anche il secolo in cui il processo di positivizzazione, generalizzazione e soprattutto internazionalizzazione dei diritti umani ha subito una progressiva accelerazione. Se poi l'ampliarsi e l'intensificarsi del dibattito sui diritti dell'uomo possa essere interpretato, come sostiene Bobbio (1), come un *signum prognosticum* in senso kantiano del progresso morale dell'umanità, questo è un interrogativo al quale sarei meno incline a rispondere affermativamente. In ogni caso, indipendentemente dall'interpretazione che se ne vuol dare, è un fatto che il linguaggio dei diritti umani ha conosciuto nel ventesimo secolo una diffusione e un'espansione costanti. E soprattutto la validità di questo linguaggio è stata sanzionata attraverso documenti ufficiali: i diritti umani sono stati accolti nella *Dichiarazione Universale* del 1948, ratificata da quasi tutti gli stati, sono state approvate convenzioni per la tutela dei diritti che vincolano gli stati aderenti, i diritti fondamentali sono stati incorporati nelle costituzioni democratiche contemporanee.

Può forse apparire paradossale che questo processo di estensione e positivizzazione dei diritti si svolga in un'epoca in cui si va spegnendo l'illusione di rinvenire un fondamento assoluto dei diritti dell'uomo. Questa situazione è stata riconosciuta lucidamente da Bobbio il quale ha indicato nella vaghezza semantica dei diritti, nella variabilità storica dei loro contenuti e nella loro eterogeneità strutturale gli ostacoli che si oppongono a un tentativo di fondazione (2). D'altra parte, continua Bobbio, con l'adesione della maggior parte dei governi alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* il problema dei fondamenti ha perso gran parte del suo interesse. Anzi, si può dire che la *Dichiarazione* "rappresenta la manifestazione dell'unica prova con cui un sistema di valori può essere considerato umanamente fondato e quindi riconosciuto: e questa prova è il consenso unanime circa la sua validità" (3). Tuttavia la consistenza di questo *consensus omnium gentium* non può essere data per scontata. Anche a prescindere dal fatto che la composizione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1948 escludeva i paesi sconfitti della seconda guerra mondiale mentre quasi l'intera Africa e gran parte dell'Asia erano rappresentate dalle potenze coloniali, fatto che si potrebbe ritenere superato dalla successiva adesione dei nuovi Stati post-coloniali, non mancano ragioni per dubitare.

La questione centrale concerne il peso che le differenze culturali giocano nel processo di espansione dei diritti. Dal momento che l'evoluzione del linguaggio dei diritti dell'uomo è avvenuta in Occidente, la concezione della persona umana che soggiace alla formulazione dei diritti non può che rispecchiare le assunzioni filosofico-politiche dell'individualismo occidentale. Per questo motivo la compatibilità dei valori civili, politici e sociali che fanno da premessa alla dottrina dei diritti dell'uomo con i contesti



culturali extra-europei non può essere presupposta acriticamente. Da questo punto di vista è significativa la polemica esplosa nel corso della seconda conferenza delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo, che si tenne a Vienna nel giugno del 1993. In quella sede ufficiale i delegati di buona parte dei paesi dell'America latina e dei paesi asiatici si opposero alla tesi sostenuta dai paesi europei e nordamericani dell'universalità e indivisibilità dei diritti fondamentali rivendicando la connotazione marcatamente occidentale delle dichiarazioni dei diritti e l'esistenza di una classe di valori specificamente asiatici (disciplina, ordine, coesione sociale), inconciliabili con l'individualismo universalistico e prevalenti sui valori occidentali (4).

A partire dalla conferenza di Vienna il tema degli *Asian values* si è guadagnato spazio crescente nel dibattito internazionale sui diritti umani. E i contorni dell'opposizione asiatica al sistema di valori dell'Occidente sono diventati più precisi anche in seguito alle dichiarazioni di uomini politici come Lee Kuan Yew, il famoso leader-filosofo di Singapore, e Mahathir Bin Moahammad, primo ministro malese. Al di là della complessa stratificazione di motivi politici, economici e ideologici mi sembra che la polemica sugli *Asian values* sia sintomatica di una difficoltà radicale per la teoria dei diritti. La formulazione dei diritti umani implica l'universalità poiché i diritti sono attribuiti a un soggetto in base al suo status di essere umano. I diritti non possono non essere universali perché altrimenti perderebbero la loro connotazione di diritti dell'uomo. E questo non contrasta con il particolarismo delle loro origini storiche poiché l'universalità è una proprietà logica che non deve essere confusa con asserzioni fattuali intorno alla genesi storica e politica dei singoli diritti (5). Tuttavia, la formulazione universalistica dei diritti dell'uomo non può cancellare il fatto che, in ogni caso, la teoria dei diritti e lo stesso linguaggio necessario ad esprimerla sono prodotti di una specifica tradizione culturale, quella occidentale. Si pone quindi il problema di valutare in che misura il concetto di diritti umani e le complesse assunzioni filosofico-politiche intorno alla natura della persona che ad esso sono sottese siano *comprensibili* da parte di individui appartenenti a tradizioni culturali diverse. Questo è il tema che mi propongo di sviluppare.

Così come è stata formulata, la questione sembrerebbe di natura fattuale e non normativa. L'interrogativo infatti non concerne la necessità etica e politica di una tutela a livello mondiale dei diritti fondamentali, coinvolgendo piuttosto il problema epistemologico del relativismo culturale e della comunicazione fra culture. Tuttavia, questa impostazione è senz'altro troppo semplificata. Domandarsi se certe assunzioni intorno alla persona umana siano comprensibili all'interno di tradizioni culturali diverse significa anche interrogarsi sulla possibilità che certi valori occidentali vengano riconosciuti come valori anche fuori dall'Occidente. Non è in gioco solo un problema di traduzione di un concetto giuridico da una lingua a un'altra; si tratta soprattutto di stabilire che posto occupano i diritti dell'uomo nei sistemi culturali asiatici o africani. Ma se si adotta questo punto di vista diventa importante, a mio giudizio, individuare quali contributi l'antropologia culturale può apportare alla riflessione sull'universalità dei diritti. Nelle pagine che seguono cercherò in primo luogo di formulare in maniera più accurata i termini della questione ripercorrendo criticamente il dibattito sugli *Asian values* e discutendo gli argomenti a favore dell'universalismo e dell'etnocentrismo. In seguito, proverò a tracciare un percorso attraverso la storia recente dell'antropologia



culturale. La speranza è che questo diverso punto di osservazione possa arricchire con prospettive inedite la discussione sui diritti.

2. Valori asiatici vs. universalismo occidentale

Secondo Lee Kuan Yew “i popoli dell’Asia hanno pochi dubbi che una società con valori comunitari, in cui gli interessi della società vengono prima di quelli degli individui, è preferibile all’individualismo americano” (6). Analizzando i discorsi di Lee è possibile ricostruire due argomenti principali sugli *Asian values*. In primo luogo, si dice, in Asia i valori della tradizione confuciana, come la disciplina, l’ordine e la coesione sociale sono considerati prioritari rispetto alla libertà politica. Per questo motivo alle società asiatiche si addicono regimi moderatamente autoritari o forme molto limitate di democrazia. I vantaggi di questi assetti politici consistono sia nella superiore capacità di difendere i valori tradizionali, sia, e qui tocchiamo il secondo punto, nella migliore attitudine a promuovere il successo economico. La forte crescita nell’economia dei paesi dell’estremo Oriente infatti viene spiegata in base alla superiorità della cultura asiatica, confrontando le virtù della tradizione confuciana, artefice del successo - ordine, disciplina, responsabilità familiare, spirito di gruppo - all’individualismo indolente e lassista responsabile del declino occidentale.

Dietro alla ostentata sicurezza di queste proclamazioni ci sono senza dubbio, come riconoscono Joanne Bauer e Daniel Bell (7), motivazioni di ordine politico e sociale. L’atteggiamento dei governi dell’estremo Oriente verso i diritti umani può essere letta come una forma di reazione alle pressioni occidentali per l’applicazione delle norme internazionali sui diritti e contemporaneamente come una legittimazione del modello politico esistente. Attraverso l’enfasi sulla comune matrice confuciana delle culture asiatiche si cerca di costruire un’identità post-coloniale da contrapporre alla colonizzazione culturale, politica ed economica americana. Tuttavia, anche ammettendone la natura di rivendicazione di autonomia politica, l’affermazione secondo la quale gli asiatici attribuiscono una priorità a valori contrastanti con quelli della tradizione occidentale non può per ciò stesso essere ritenuta priva di fondamento. E che questa difficoltà sia stata presa sul serio è testimoniato in maniera eloquente dal crescente numero di interventi critici prodotti sia da autori occidentali che orientali (8).

Il problema dell’esistenza di valori asiatici può essere criticato da diversi punti di vista. Un primo approccio può essere quello di ricercare direttamente nel corpus delle tradizioni religiose orientali appigli per dimostrare la compresenza, accanto ai valori enfatizzati dai teorici degli *Asian values*, anche di principi compatibili con la tutela dei diritti (9). È la strada percorsa ad esempio da Amartya Sen, il quale sostiene che è possibile rintracciare nella tradizione buddista consapevoli teorizzazioni dell’importanza della tolleranza e della libertà individuale (10). Nella cultura indiana e cinese sono presenti gli stessi elementi costitutivi dell’idea di libertà individuale che ricorrono nella tradizione europea, elementi che solo l’autoritarismo dei regimi contemporanei cerca di mettere in ombra. Sen conclude affermando l’universalità ‘di fatto’ dei diritti: “le nostre idee sui diritti politici e civili hanno assunto la loro forma attuale in tempi relativamente recenti ed è difficile considerarle un impegno ‘tradizionale’ delle culture occidentali” (11). Argomentazioni simili a quelle svolte da Sen in riferimento alla tradizione buddista vengono avanzate da Norani Othman in



relazione alla religione islamica. Secondo Othman la nozione coranica di *fitnah* che definisce la comune ontologia umana può essere invocata per sostenere la non estraneità alla cultura dell'Islam del principio di eguaglianza della tradizione occidentale. Othman, non diversamente da Sen, accentua le motivazioni politiche che stanno dietro all'interpretazione corrente dei precetti religiosi: le discriminazioni sessuali praticate nelle moderne nazioni islamiche del Sud-Est asiatico sono dovute al prevalere della fazione dei musulmani più conservatori, che si ispira all'ortodossia dettata dai paesi islamici del medio Oriente (12).

Mi sembra che questo tipo di argomenti non provi molto: anche senza sollevare dubbi sulla correttezza dell'operazione esegetica condotta resta il fatto che il punto in questione non riguarda quali contenuti possano essere letti nei testi delle tradizioni religiose asiatiche. Ciò che conta sono i valori che vengono sentiti come operanti in un certo momento storico, le relazioni e le gerarchie che sono istituite fra questi valori e il modo in cui i valori stessi orientano l'azione sociale. Anche se si accetta l'idea dell'esistenza di tradizioni individualistiche e 'liberali' all'interno delle culture cinesi e indiane la presenza di queste tradizioni non costituisce un motivo sufficiente per ritenere che gli asiatici condividano lo stesso patrimonio di valori degli occidentali. Questa difficoltà è riconosciuta da autori come William de Bary e Joseph Chan nel caso della civiltà confuciana in Cina (13). Secondo de Bary ricercare negli Analetti di Confucio, nelle sutre buddiste oppure nelle massime dell'antico legislatore indiano Asoka agganci per dimostrare la presenza di valori prossimi a quelli espressi nei diritti umani è un'operazione che non centra il bersaglio. Queste formulazioni infatti "possono illustrare ideali o valori tradizionali ma non possono, in se stesse, essere prese come testimonianza della realtà storica della Cina più recente o delle vicende del ventesimo secolo in cui il dibattito contemporaneo sui diritti umani si inserisce" (14).

Per de Bary la diffusa convinzione secondo la quale il concetto di un radicale individualismo è estraneo al confucianesimo non è completamente da respingere, purché si riconosca che la contrapposizione vale soprattutto per l'età contemporanea e molto meno se si fa riferimento all'Occidente premoderno, ancora pervaso da un forte spirito comunitario. D'altra parte sarebbe sbagliato sostenere che nel confucianesimo il valore dell'individuo risiede unicamente nel suo porsi in relazione con la comunità e nella sua capacità di assolvere il ruolo sociale che gli è imposto. Dalla lettura delle pagine di Confucio infatti è possibile ricostruire una dottrina della dignità della persona umana che de Bary chiama personalismo confuciano e che presenta tratti distinti rispetto all'individualismo occidentale (15). Al tempo stesso, ci sono altri aspetti della dottrina confuciana - l'atteggiamento di sfavore verso la legge rispetto alla coazione morale del rito, le limitazioni imposte alle donne dal rituale - che sono incompatibili con l'effettiva applicazione delle norme sulla tutela dei diritti. Per questo motivo l'esperienza storica del confucianesimo non può essere contrapposta in maniera netta alla tradizione occidentale dei diritti umani: semplicemente "alcuni dei diritti enumerati nella Dichiarazione Universale sono conciliabili con essa, altri no" (16).

A conclusioni analoghe giunge anche Joseph Chan (17). Il punto centrale del suo discorso è che, per quanto molti elementi chiave del confucianesimo siano compatibili con l'idea di diritti dell'uomo, la comprensione confuciana del significato delle libertà civili differisce da quella dominante nel liberalismo occidentale. In alcuni casi gli



JURA GENTIUM



asiatici tendono a restringere la portata dei diritti. Ad esempio, gli asiatici difendono la libertà di espressione per motivi strumentali piuttosto che per ragioni intrinseche: il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero è un mezzo con cui la società corregge gli atteggiamenti eticamente discutibili, etichetta i devianti, richiama i governanti alle loro responsabilità. Tutto ciò significa, sostiene Chan, che da una prospettiva confuciana è difficile riconoscere che i soggetti sono liberi di esprimere la propria opinione indipendentemente dalla natura sociale degli interessi che vengono promossi. E d'altra parte in altre aree la dottrina confuciana si serve dello strumento dei diritti in maniera completamente opposta, ampliandone i contenuti, come nel caso dei diritti che vengono riconosciuti agli anziani.

Le riflessioni di de Bary e di Chan ci avvicinano, a mio giudizio, a una raffigurazione più realistica dei termini del problema. Le culture non sono statiche e monolitiche, non sono blocchi separati gli uni dagli altri (18) e non è possibile continuare a interpretarne le tradizioni 'dall'esterno', senza cercare una posizione simpatetica. Soprattutto si deve ricordare che il linguaggio dei diritti è entrato ormai stabilmente nel lessico dei popoli asiatici e che i diritti sono riconosciuti nei documenti costituzionali dei paesi dell'estremo Oriente. Anche le differenze che si riscontrano nell'applicazione e nel contenuto dei diritti e che vanno messe in relazione con gli aspetti specifici della cultura locale, non possono essere etichettate aprioristicamente come deviazioni da uno standard fissato in maniera definitiva. Solo se accettiamo l'idea che le culture extraeuropee si servano dello strumento del diritto appropriandosene in maniera creativa il diritto può continuare a operare come un potente vettore di dialogo interculturale (19). In questo senso può tornare utile la nozione di "equivalente omeomorfo" introdotta da Raimundo Panikkar nel suo ben noto saggio sull'universalità dei diritti umani pubblicato nel 1982 (20).

L'argomentazione di Panikkar partiva dal riconoscimento delle origini occidentali del linguaggio dei diritti, inseparabili dai postulati di una natura umana universale, razionalmente comprensibile e marcatamente distinta dagli altri domini della realtà. Queste premesse antropologiche non possono essere tenute ferme se si adotta la prospettiva della tradizionale visione indiana, caratterizzata dalla nozione di *dharma*, che radica l'individuo nel tessuto di relazioni in cui sono inseriti tutti gli enti del cosmo. L'universalizzazione del concetto di diritti umani, comportando l'universalizzazione della cultura che lo ha espresso, rischia in sostanza di tradursi in un'imposizione su scala mondiale. L'unica alternativa praticabile consiste, secondo Panikkar, in un'ermeneutica dialogica che si impegni in un confronto tra il linguaggio dei diritti e i suoi equivalenti omeomorfi in altre culture. La legittimità e la coerenza di ciascun apparato normativo non può essere valutata prescindendo dal contesto culturale e sociale in cui è immerso; perciò, concludeva l'autore indiano, "la fertilizzazione incrociata delle culture è un imperativo umano della nostra epoca" (21).

Le tesi di Panikkar sull'urgenza del potenziamento del confronto interculturale sono state riprese in parte da Charles Taylor in un suo recente intervento sul tema (22). Taylor condivide l'opinione di Panikkar che la tradizione occidentale dei diritti riposa su assunzioni intorno alla natura umana che difficilmente possono essere accettate da tutte le società. Per questo motivo la possibilità di un "*genuine, unforced international consensus on human rights*" deve passare attraverso una tripla distinzione tra norme,



assetti legali e giustificazioni filosofiche sottostanti. Tentare di esportare oltre alle norme anche le premesse filosofico-politiche sulla libertà individuale può essere controproducente in quanto impedisce la mutua comprensione dei differenti universi morali. L'intento di Taylor è quello di mostrare che è possibile e necessario arrivare a una sorta di rawlsiano consenso per intersezione, vale a dire un consenso generale sulle norme ottenuto seguendo percorsi diversificati nelle strategie di giustificazione. Ad esempio, nel caso del buddismo Theravada la norma che ingiunge il rispetto della persona non si fonda su una dottrina della dignità dell'essere umano ma segue dall'affermazione del valore fondamentale della non violenza, l'*ahimsa* (23). Inoltre, Taylor suggerisce che la protezione dei diritti può avvenire anche in forme diverse da quella legale. Mentre il concetto di legge ha una lunga tradizione nelle società occidentali e gli organi preposti alla sua applicazione hanno spesso giocato un ruolo cruciale nella tutela dei diritti, nella storia più recente della Thailandia i diritti umani sono stati garantiti da un sovrano che ha attinto all'immenso prestigio morale della sua dinastia per interrompere la dittatura militare e ripristinare la legge costituzionale (24).

In una prospettiva più generale, Taylor pensa che il processo di universalizzazione dei diritti possa essere suddiviso in due fasi: nella prima si raggiunge un accordo sulle norme ma persiste "un profondo senso di differenza, un senso di estraneità, negli ideali, nelle nozioni di eccellenza umana, nelle figure retoriche e nei punti di riferimento concreti per mezzo dei quali queste norme diventano oggetto di un serio impegno per noi" (25). In questa fase l'accordo non è completo per il fatto che sussistono divergenze nell'applicazione e nell'ordinamento tra i vari diritti. Per questo motivo il consenso stesso deve venire continuamente rinegoziato ed è esposto al pericolo di spezzarsi. In un momento successivo, tuttavia, può intervenire una seconda fase, meramente eventuale, in cui inizia a verificarsi "un processo di apprendimento reciproco, in direzione di una 'fusione di orizzonti', per usare le parole di Gadamer, e in cui l'universo morale degli altri diventa meno estraneo" (26).

Per Taylor il maggiore ostacolo che si frappone al perfezionamento dell'intesa reciproca è rappresentato dall'incapacità di europei e americani di guardare la propria cultura come "una fra le altre". Nella mentalità occidentale la dottrina dei diritti umani sorge in seguito all'eclissi di altre idee e valori precedenti. Gli occidentali ritengono che questo stesso cammino debba essere ripercorso anche dai popoli extraeuropei, abbandonando il loro sistema di valori tradizionale per abbracciare i principi universali della modernità. Ma questo modo di pensare deve essere abbandonato lasciando il posto a un atteggiamento più obiettivo verso la storia, che non la riduca a un percorso lineare verso il progresso ma sappia ricostruirne le tortuosità e gli sbandamenti. Solo se sapremo accogliere questa lezione saremo

preparati a comprendere in maniera simpatetica i sentieri spirituali degli altri in direzione di una meta convergente. Contrariamente all'opinione comune l'obiettivo di un accordo mondiale non verrà raggiunto attraverso una perdita o una negazione delle tradizioni ma al contrario attraverso una creativa immersione da parte dei differenti gruppi nel proprio patrimonio spirituale, in modo da raggiungere, seguendo strade diverse, lo stesso traguardo. (27)

Nonostante le concessioni a una retorica talvolta fastidiosa le tesi di Charles Taylor contengono sicuramente interessanti spunti di riflessione. La prima conclusione generale che possiamo trarne è che il problema dell'universalizzazione dei diritti è in



sostanza il problema della comunicazione interculturale, vale a dire il problema delle modalità e dei limiti entro i quali è possibile arrivare a una comprensione di concetti estranei al nostro sistema culturale e al riconoscimento di valori diversi dai nostri. Il diritto è già diventato un veicolo di scambio, non diversamente dall'economia, dalla politica, dai beni di consumo, nel dialogo tra Oriente e Occidente e come tale è soggetto a un processo di appropriazione creativa che ne adatta i contenuti ai contesti locali, pur conservandone certe prerogative funzionali. E tuttavia nel caso del diritto questo fenomeno di 'creolizzazione' può incontrare resistenze più forti che nel caso di altri oggetti. Questo per il semplice fatto che il diritto è intrinsecamente connesso a una sfera di valori. Questi valori possono variare nella consistenza o nell'ordinamento quando il diritto viene 'appropriato' da parte di culture non occidentali. Ma questa modificazione non è indolore dal momento che, come si riconosce generalmente a partire da Hare, i valori morali sono tendenzialmente espansivi nel senso che aspirano a una formulazione universale e 'soverchiante' (28). Nel caso del diritto ci sono buoni motivi per dubitare che il riconoscimento della relatività storica e geografica dei valori occidentali invocato da Taylor possa rapidamente condurre all'auspicata comprensione simpatetica dei "sentieri spirituali degli altri".

Nonostante la convinzione ormai sempre più diffusa della loro infondabilità i diritti conservano intatta una forza speciale che deriva dal fatto che sono attribuiti sulla base dello status di essere umano. Nelle parole di Jack Donnelly, che dice di sostenere una forma di 'relativismo culturale debole',

affermare l'esistenza dei diritti dell'uomo è affermare che tutti gli esseri umani per il semplice fatto di essere uomini, hanno diritti. Questi diritti sono universali dal momento che appartengono a tutti gli uomini. Sono uguali: si è esseri umani o non lo si è e così si hanno o non si hanno gli stessi diritti umani, egualmente. E inoltre sono inalienabili: non è possibile perdere questi diritti dal momento che non è possibile cessare di essere un essere umano, indipendentemente da ogni trattamento. (29)

Non è facile sfuggire alla tentazione di assolutizzare la propria cultura e i valori che essa difende. E questo proprio in conseguenza della portata espansiva e universalizzante di quei valori. Qui sta la difficoltà nel vedere la propria cultura come 'una fra le altre'.

3. Percorsi nella storia recente dell'antropologia culturale

Secondo Mondher Kilani l'antropologia, "è storia nella misura in cui si costituisce in Occidente, a partire dalla fine del quindicesimo secolo, come discorso che parla degli altri. È dunque una modalità particolare e moderna della relazione storica che l'Occidente, da allora in poi intrattiene con gli altri" (30). L'antropologia dunque, in quanto sapere della differenza, assume istituzionalmente come suo oggetto il 'confronto con l'Altro' (31). La necessità di una disciplina che concettualizzi l'alterità presuppone un meccanismo di generazione delle differenze e delle somiglianze. Questo meccanismo è dato dalla cultura nella misura in cui la cultura è il luogo in cui gli individui vanno incontro a un doppio processo: di 'culturalizzazione' e di 'umanizzazione'. Il riconoscimento di appartenenza a una cultura comporta anche la formazione di un'idea specifica di che cosa sia l'uomo, di una certa concezione dell'umanità e di conseguenza anche di ciò che differisce dall'umano e viene identificato come 'l'Altro' (32). In questo



senso la cultura si costruisce come fuoco in cui convergono due opposti vettori che convogliano rispettivamente forze inclusive ed esclusive.

Se l'etnocentrismo è un tratto comune a tutte le società umane la questione del rapporto tra il discorso e contesto culturale di appartenenza è cruciale anche per la possibilità del sapere antropologico. Il paradosso dell'antropologia infatti è quello di una disciplina che parla degli altri e del nostro modo di rapportarci con essi ma nel fare ciò non può consumare la differenza originaria che fonda la stessa possibilità e significanza del discorso. La dicotomia tra noi e loro si riproduce continuamente nelle ambivalenze del discorso antropologico, nelle ripetute oscillazioni tra la tentazione a identificarsi con l'occhio di Dio o con uno 'sguardo da nessun luogo' e le ricadute di consapevolezza che restituiscono al qui e ora e alla prospettiva di un dialogo interculturale 'dal basso'. E il contenuto stesso dell'antropologia è esposto alla mutazione, alla riduzione prospettica, caratterizzandosi, a seconda delle premesse epistemologiche prescelte, come conoscenza generale sull'uomo oppure come studio di ciò che in specifici contesti sociali e culturali significa essere umano.

Se si prende sul serio la definizione dell'antropologia come sapere della differenza, lasciando agire la duplice valenza, soggettiva e oggettiva, del genitivo, è possibile decidere di seguire l'andamento di queste oscillazioni e cercare così di descrivere un percorso nella storia recente dell'antropologia culturale che passi attraverso l'individuazione di alcuni modelli epistemologici dell'interazione con l'altro. In questo senso la prima opzione di cui occorre rendere conto, che corrisponde al punto più basso dell'oscillazione, è quella del relativismo culturale. Il relativismo culturale nasce negli Stati Uniti, in opposizione alle pretese legiferanti e generalizzanti dell'evoluzionismo positivista, ed è legato alla figura di un allievo di Franz Boas, Melville Jean Herskovits. Secondo Herskovits i molteplici aspetti della cultura - produzione e distribuzione di beni, organizzazione sociale e politica, valori religione, tecniche, arti - sono presenti in ogni gruppo umano ma assumono presso ogni popolo caratteri specifici: ogni società è unica e la sua specificità è anche il presupposto che premette di affermare che le valutazioni sono possibili solo sulla base dei valori e principi interni all'oggetto da valutare (33). L'approccio relativista contiene dunque una critica del razionalismo e di tutte le teorie che includono una concezione universalista della natura umana, in favore di un privilegiamento della dimensione culturale, come depositaria di significato e di valore.

È evidente che il relativismo culturale, se assunto coerentemente, è autocontraddittorio in quanto, nel momento stesso in cui afferma la contestualità di ogni discorso all'orizzonte culturale di appartenenza genera un meta-discorso che si pretende assolutamente valido (34). Nelle parole di Clifford Geertz "se le forme verbali, lo schema degli accampamenti o il rituale per avvelenare i polli producono in qualche maniera modi specifici di funzionamento mentale, diventa assai oscura capire come individui racchiusi in una cultura siano in grado di penetrare nel pensiero di individui chiusi in un'altra" (35). In questo modo inoltre il relativismo finisce con il coincidere con il suo opposto, vale a dire con una posizione epistemologica che pretende di cogliere elementi invariabili e universali della natura umana.

Questa posizione nell'ambito dell'antropologia novecentesca è esemplificata essenzialmente dallo strutturalismo di Lévi-Strauss e dei suoi epigoni. Lévi-Strauss,



recepando la lezione dello strutturalismo linguistico, ipotizza l'esistenza di strutture trascendentali, non coincidenti cioè con astrazioni di costanti e varianti nei sistemi empirici, ma condizioni del riconoscimento di tali varianti e ricorrenze. In altri termini, le strutture sono il frutto di una capacità innata, chiamata ora 'inconscio' ora 'spirito umano' ora 'pensiero simbolico', comune a tutti gli uomini di ogni epoca e regione del mondo, che consente loro di comunicare mediante segni convenzionali. La struttura, dunque, non è una realtà concreta da osservare in maniera diretta ma consiste piuttosto con un complesso di trasformazioni in cui ogni sistema locale è logicamente inserito, venendo così a coprire tutte le possibilità logiche di trasformazione di ogni sistema (36).

Secondo Lévi-Strauss se si vogliono studiare scientificamente le culture umane si devono ricercare le loro strutture inconscie comuni. Questa assunzione comporta una rinuncia all'indagine della successione diacronica degli eventi per privilegiare una riflessione, l'analisi strutturale, che si concentri sui sistemi sincronici di relazioni soggiacenti alle culture diverse dalla propria (37). L'analisi strutturale procede attraverso le fasi della costruzione di modelli semplificati dei fatti osservati e della elaborazione di regole di trasformazione che governano la transizione tra i diversi modelli, in modo da portare alla luce la struttura, cioè il sistema di relazioni tra gli elementi dei singoli modelli (38).

Relativismo e strutturalismo nella loro irriducibile opposizione finiscono per condividere una pretesa di verità in relazione alla natura umana. Per il relativista questa verità consiste nel confinamento del significato e del valore entro l'orizzonte intrascendibile degli schemi concettuali di appartenenza, dei processi mentali e dei prodotti culturali che ad essi corrispondono, per lo strutturalista invece consiste nel riconoscimento della fondamentale unità del pensiero umano come processo, che si manifesta, se pure in modo criptico, nei suoi prodotti eterogenei. Entrambi gli atteggiamenti sono insostenibili e non ci forniscono una cornice teorica affidabile per affrontare il problema della comunicazione interculturale. Se si accetta il relativismo si è portati a concludere che non c'è alcuna alternativa alla pluralità dei valori e la stessa possibilità di una comunicazione costruttiva fra culture diverse tende a svanire. Invece dal punto di vista dello strutturalista, essendo possibile rintracciare anche nelle differenze le tracce di una matrice unitaria, la stessa molteplicità culturale si riduce ad un'apparenza, al di sotto della quale si intravede la autorappresentazione della ragione occidentale. La mia impressione è che ciò di cui abbiamo bisogno sia un approccio antropologico che sia più vicino alla comunicazione individuale e che soprattutto apra uno spazio per il confronto su significati e valori. Un candidato interessante può essere forse trovato nell'antropologia interpretativa di Clifford Geertz.

Al centro del lavoro di Geertz si situano disparati influssi e suggestioni da molteplici campi disciplinari: la semiotica, la sociologia (soprattutto Goffman), la filosofia (Gadamer e Wittgenstein), la critica letteraria. Geertz riprende l'impostazione individualizzante e particolaristica di Boas e la inserisce in una più ampia concezione della pratica etnologica come interpretazione di testi. L'opzione di metodo a favore del particolarismo si fonda sulla convinzione che le generalità non hanno molto da insegnarci; occorre piuttosto concentrarci sulle differenze e sulla intrinseca variabilità dell'uomo. Il soggetto infatti non è un ente "neutro" ma è costantemente collocato in una dimensione storica, inserito in una forma di vita, una cultura e un sapere:



JURA GENTIUM



non esiste una cosa come una natura umana indipendente dalla cultura. Gli uomini senza cultura sarebbero inguaribili mostruosità con pochissimi istinti utili, ancor meno sentimenti riconoscibili e nessun intelletto: casi mentali disperati. (39)

Geertz, seguendo Goffman, assume il carattere pubblico del pensiero e dei fenomeni culturali. Ne deriva una concezione contestuale e plurale del soggetto in cui acquista una portata centrale la nozione di significato e in cui la pratica antropologica non è vista consistere in una raccolta di fatti che si presteranno a successive sistemazioni e generalizzazioni ma in una scienza interpretativa che ha nei testi etnografici il proprio oggetto.

L'antropologo deve confrontarsi direttamente con gli eventi e le occasioni sociali concrete, cercando di leggere le esperienze degli altri dall'interno, alla scoperta dei significati che gli attori sociali conferiscono alle loro azioni. Aprirsi all'alterità non significa né un'obiettiva neutralità né un oblio di se stessi. Il lavoro dell'etnografo consiste piuttosto nel trovare nel proprio linguaggio le risorse per capire i fenomeni senza imporre su di essi i propri pregiudizi. L'antropologo deve usare i significati appartenenti alla propria cultura per ricostruire i modi in cui i soggetti appartenenti a differenti culture danno significato a se stessi. Secondo Geertz l'antropologo e il nativo sono presi in una circolarità ermeneutica: le interpretazioni dell'uno e quelle dell'altro si richiamano e non possono essere comprese isolatamente. L'attività dell'etnografo allora è quella di prodursi in un paziente 'va e vieni' tra il polo delle interpretazioni che i nativi danno della loro vita e l'altro polo, quello delle interpretazioni che l'antropologo è in grado di produrre attorno a tali interpretazioni. Ma questa comprensione richiede una relazione dialettica fra le nostre precomprensioni e le forme di vita che stiamo cercando di capire, richiede, in sostanza, che l'etnologo sia in grado di "cogliere la loro 'visione' con il nostro vocabolario" (40).

La centralità della circolarità ermeneutica emerge con chiarezza nel concetto di traduzione che Geertz definisce come interpretazione dell'alterità. Tradurre significa stare nella differenza, mettere a confronto il significato del traduttore con quello del tradotto. Più in generale tradurre significa apprendere un'altra forma di vita, imparare a parlare un'altra lingua. Il lavoro antropologico consiste dunque anche in un'opera di mediazione tra categorie e concetti culturali che interagiscono. In questa attività l'etnografo si serve sia di concetti 'vicini all'esperienza' - quelli che molto spesso gli attori utilizzano in maniera inconsapevole - che di concetti 'lontani dall'esperienza' - quelli impiegati dagli specialisti per costruire categorie generali (41). La compresenza di entrambe le categorie di concetti è essenziale secondo Geertz per individuare un punto intermedio tra l'esperienza dell'altro e la propria. Questo punto intermedio, che talvolta Geertz indica ricorrendo all'espressione gadameriana 'fusione degli orizzonti', rappresenta la comprensione del ruolo di entrambi i concetti e della loro interrelazione. Rappresenta soprattutto il luogo in cui è possibile produrre un resoconto aderente ai significati, una narrazione che non sia la descrizione delle premesse dei nativi "imprigionata nei loro orizzonti mentali, un'etnografia della stregoneria scritta da una strega, né sistematicamente sorda alle tonalità peculiari della loro vita, un'etnografia della stregoneria scritta da un geometra" (42).

Il modello epistemologico che sottende il lavoro di Geertz può richiamare il realismo interno del secondo Putnam o il Wittgenstein delle *Philosophische Untersuchungen*. Non diversamente da Putnam o da Wittgenstein Geertz difende una forma debole di



relativismo concettuale che non sfocia in una teorizzazione dell'incommensurabilità ma si limita a sostenere, in termini wittgensteiniani, la non-costrittività delle regole e la radicale incompletezza della grammatica. Per Geertz il pensiero "è una questione di scambi nelle forme simboliche disponibili nell'una o nell'altra comunità" (43), è confinato negli schemi forgiati dalla cultura di appartenenza e tuttavia viene rivendicata la possibilità di una traduzione dei concetti estranei, una capacità di interpretazione simile all'attività di cui ci parla Wittgenstein, che consiste nell'immaginare giochi linguistici e forme di vita diverse (44). Per questi motivi l'antropologia interpretativa geertziana può forse fornire un supporto alle tesi di Charles Taylor. Taylor, citando Gadamer, auspicava un processo di fusione di orizzonti che rendesse meno estranei gli universi culturali di occidentali e orientali e l'antropologia interpretativa sembra precisare il quadro concettuale delle modalità in cui la comunicazione tra culture può effettivamente verificarsi. Tuttavia, per un altro verso, il concetto di cultura di Geertz sembra eccessivamente statico per adattarsi al mondo contemporaneo, specialmente in rapporto alla percezione attuale dei fenomeni di globalizzazione e di ibridazione delle culture (45). Nel mondo contemporaneo il significato, come sostiene Ulf Hannerz, non può più essere considerato inerente alle pratiche di una singola cultura ma deve essere inseguito attraverso il flusso delle interconnessioni globali (46). Geertz, al contrario, sembra ancora concepire le culture come blocchi separati, blocchi tra i quali è possibile gettare ponti interpretativi ma che rimangono tuttavia fundamentalmente isolati gli uni dagli altri. Per Geertz, come per Wittgenstein, è possibile immaginare forme di vita diverse dalla nostra, applicazioni delle regole del linguaggio che divergono da quelle di cui abbiamo esperienza, ma ciò che non viene mai meno è lo sfondo comunitario su cui quelle forme di vita e quelle applicazioni si stagliano. In questo modo Geertz finisce con il restituire alla comunità culturale una posizione di priorità logica e assiologica.

Come tutti i relativismi, anche il relativismo di Geertz ha bisogno di individuare un punto di volta che consenta di parlare ed eventualmente di confrontare i diversi schemi concettuali e questo punto di volta è identificato nel linguaggio, nell'attività ermeneutica dell'antropologo che, servendosi dei 'concetti vicini' e dei 'concetti lontani', arriva a occupare uno spazio intermedio tra l'esperienza dell'altro e la propria. Suggesto che questa ipostatizzazione del linguaggio, che fatalmente coincide con il linguaggio della razionalità occidentale, rappresenta l'ultimo baluardo in cui si ripropone la divisione noi/loro. Come notano Ugo Fabietti e Francesco Remotti le tradizioni intellettuali non sono oggetto di analisi antropologiche: anche quando Geertz sostiene di voler assumere il punto di vista del nativo quello che effettivamente fa è ricorrere ai concetti teorici delle grandi tradizioni per illuminare i più umili e nascosti concetti indigeni (47). Forse la cultura non sta in un qualche altrove in attesa di essere scoperta: attende piuttosto di essere reinventata. E in questa operazione di creazione e invenzione l'antropologia "non ha da porsi in mezzo come un sapere neutro e mediatore già precostituito" (48).

L'alternativa che propongo consiste in una radicalizzazione del concetto di traduzione di Geertz in direzione della teoria davidsoniana dell'interpretazione e del rifiuto del dualismo tra schema concettuale e contenuto.

Come è noto Donald Davidson ha sostenuto una teoria semantica che finisce con il dissolvere il linguaggio in una intersezione di teorie interpretative provvisorie. Tra le



altre cose questa teoria implica che le differenze fra noi e gli altri non sono blocchi fissi che derivano dall'esistenza di schemi diversi; sono piuttosto variazioni di contenuto che è possibile comprendere facendo uso del principio di carità, in relazione alle nostre credenze condivise. Per l'interprete di Davidson l'attività di traduzione comincia sempre a casa nostra e capire culture diverse non è diverso, nel genere, da capire l'uomo della porta accanto. Davidson scrive:

pensare che ci sia una differenza di genere ci porta lontano dal cercare, molto più semplicemente, di mettercela tutta per accettare la visione del mondo di qualcun altro. Se infatti pensiamo che capire sia aver bisogno di qualche magico salto dell'immaginazione, non stiamo più facendo appello a noi stessi per scoprire il terreno comune sul quale possiamo dare un senso l'uno all'altro. (49)

4. Conclusioni

Nella prima parte di questo lavoro ho riformulato il problema dell'universalizzazione dei diritti umani come un problema di comunicazione interculturale: un problema cioè che coinvolge le modalità e i limiti nei quali è possibile approdare a una comprensione e a un riconoscimento di concetti e valori estranei al nostro sistema culturale. Nella seconda parte ho cercato di considerare il problema della comunicazione interculturale attraverso il contributo della riflessione antropologica più recente. Lo scopo era quello di individuare un modello epistemologico che potesse servire da cornice teorica per valutare la possibilità della comunicazione tra culture diverse e della traduzione di concetti da un ambito culturale a un altro. In questa direzione mi sono soffermato particolarmente sulla proposta di Clifford Geertz di un'antropologia interpretativa, centrata sulle nozioni di significato e traduzione. L'approccio di Geertz presenta senz'altro il vantaggio di privilegiare l'aspetto della comprensione dei significati a quello dell'elaborazione di generalizzazioni esplicative, e, in questo senso, può essere utile per stabilire le condizioni di un autentico dialogo interculturale. E tuttavia il limite dell'antropologia di Geertz mi sembra consistere nell'assunzione di un concetto eccessivamente statico di cultura, inadeguato rispetto alle condizioni attuali del mondo globalizzato, in cui i significati tendono a smarrirsi nei flussi di informazioni da un capo all'altro del pianeta.

La mia opinione è che occorre correggere la teoria interpretativa della cultura di Geertz in modo da poter tenere conto di questa mutata situazione. Occorre un'antropologia che assuma come proprio oggetto lo spazio in cui si costruiscono le formule linguistiche, gli slogan, le immagini che fluiscono attraverso le reti di informazione, quella che Hannerz chiama 'ecumene globale' (50). In questo senso, può risultare opportuno un investimento nei concetti davidsoniani di interpretazione radicale, principio di carità interpretativa e triangolazione. Nella misura in cui restituisce centralità alla posizione dell'interprete, con i suoi valori e i suoi significati, e alle sue interazioni con l'altro, riposizionando sullo sfondo la comunità come sistema culturale e totalità di senso, la teoria davidsoniana dell'interpretazione può rappresentare un importante punto di partenza per un'antropologia della contemporaneità.

Se si vuole riflettere sull'universalizzazione dei diritti umani, sulla portata e sul significato di un processo che, se pure a livello formale, è già in atto dal momento che i diritti fondamentali sono ovunque riconosciuti, almeno nominalmente, è necessario



indagare le forme della comunicazione a livello globale, prendere atto del fatto che non è più possibile come un tempo fare affidamento su un concetto forte di cultura come sistema e deposito di significati. Parlare di culture nel mondo contemporaneo rischia così di rivelarsi anacronistico perché le culture tendono a esplodere sotto la pressione dei messaggi e delle immagini che si accumulano dall'esterno, lasciando emergere la solitudine dell'individuo, obbligato a costruirsi un proprio ed esclusivo percorso attraverso i simboli e le figure della modernità. Ma allo stesso tempo questo vuoto brulicante di presenze che circonda il soggetto, questo isolamento paradossale che deriva dallo sfaldarsi dei confini culturali può diventare forse lo spazio più idoneo per instaurare un rapporto con l'altro, con i suoi mondi e i suoi valori.

Note

1. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 49-50.
2. Ivi, pp. 5-14.
3. Ivi, pp. 18-19.
4. Sulla conferenza di Vienna cfr. S.P. Huntington, *The Clash of Civilization and the Remake of the World Order*, Simon and Schuster, New York, 1996, trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 1997, pp. 280-289.
5. Sull'origine storica dei diritti si può vedere L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma, 1999.
6. Citato in J.R. Bauer, D.A. Bell, (eds.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 6.
7. J.R. Bauer, D.A. Bell, *Introduction*, in J.R. Bauer, D.A. Bell, (eds.), *op. cit.*, pp. 3-4.
8. La bibliografia sugli *Asian values* si va ampliando in maniera esponenziale. Per un primo inquadramento critico sul problema si può indicare la citata raccolta di saggi curata da Joanne Bauer e Daniel Bell e, dello stesso Bell, *East meets West: Human Rights and Democracy in East Asia*, Princeton University Press, Princeton, 2000.
9. Sul rapporto tra diritti soggettivi e religioni extra-europee si possono vedere L.S. Rouner, (ed.), *Human Rights and the World's Religions*, Notre Dame University Press, Notre Dame, Ind., 1988 e N. Rouland, *I fondamenti antropologici dei diritti dell'uomo*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", IV/LXXV, 2, 1998.
10. A. Sen, *Human Rights and Asian Values*, Morgenthau Memorial Lecture, 1997, trad. it. in Id., *Laicismo indiano*, Feltrinelli, Milano, 1998.
11. Ivi, p. 165.
12. N. Othman, *Rights of Women in Modern Islamic State*, in J.R. Bauer, D.A. Bell, (eds.), *op. cit.*, pp. 169-191.
13. W.T. de Bary, *Neo-Confucianism and Human Rights*, in L.S. Rouner, (ed.), *op. cit.*; Id., *Asian Values and Human Rights. A Confucian Communitarian Perspective*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1998; J. Chan, *A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China*, in J.R. Bauer, D.A. Bell, (eds.), *op. cit.* Sul tema dei



diritti in Cina si possono vedere anche Chung-Sho-Lo, *Human Rights in the Chinese Tradition*, in UNESCO, *Human Rights: Comments and Interpretations*, Columbia University Press, New York, 1949, J.C. Hsiung, (ed.), *Human Rights in the East Asian Perspective*, Paragon House Publishers, New York, 1985.

14. W.T. de Bary, *Asian Values and Human Rights*, cit., pp. 10-11.

15. Ivi, pp. 17-30.

16. Ivi, pp.15-16.

17. J. Chan, *A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China*, cit., pp. 212-239.

18. Cfr. J. Clifford, *The Predicament of Culture*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1988, trad. it. *I frutti puri impazziscono*, Boringhieri, Torino, 1993, pp. 17-29; J. Breidenbach, I. Zukrigl, *Tanz der Kulturen. Kulturelle Identität in einer globalisierten Welt*, Kunstmann, München, 1998, trad. it. *Danza delle culture. L'identità culturale in un mondo globalizzato*, Boringhieri, Torino, 2000, pp. 67-71.

19. Cfr. J. Breidenbach, I. Zukrigl, *op. cit.*, trad. it. cit., pp. 49-53.

20. R. Panikkar, *Is the Notion of Human Rights a Western Concept?*, "Diogène", 120, 1982.

21. Ivi, p. 110.

22. C. Taylor, *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*, in J.R. Bauer, D.A. Bell, (eds.), *op. cit.*

23. Ivi, pp. 133-136. Sul tema della fondazione dei diritti nella prospettiva della dottrina buddista si possono vedere anche K.K. Inada, *A Buddhist Response to the Nature of Human Rights*, in C.E. Jr Welch, V.A. Leary, (eds.), *Asian Perspectives on Human Rights*, Westview Press, Boulder, Co., 1990 e D. Keown, *Are there 'Human Rights' in Buddhism?*, "Journal of Buddhist Ethics", 2, 1995. Mentre Inada deriva i diritti umani dalla nozione di *paticca-samuppaada*, che designa il carattere relazionale dei processi di esperienza di ogni individuo, Keown collega i diritti e le libertà fondamentali alla teoria buddista della virtù e dell'autorealizzazione umana. Keown sembra poi seguire il Rawls di *Political Liberalism* quando aggiunge che la *Dichiarazione Universale* e le altre convenzioni sui diritti non offrono una visione complessiva del bene umano e che il compito di elaborare questa visione spetta alle dottrine religiose e filosofiche. In questo senso i diritti fondamentali andrebbero visti come precondizioni per la realizzazione degli obiettivi proposti dalle ideologie e dalle religioni concorrenti.

24. C. Taylor, *op. cit.*, pp. 132-133.

25. Ivi, p. 136.

26. *Ibidem*.

27. Ivi, p. 144.

28. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952, trad. it. *Il linguaggio della morale*, Ubaldini, Roma, 1968.



29. J. Donnelly, *Human Rights and Asian Values: A Defense of "Western" Universalism*, in J.R. Bauer, D.A. Bell, (eds.), *op. cit.*, p. 61.
30. M. Kilani, *L'invention de l'autre*, Payot, Lausanne, 1994, trad. it. *L'invenzione dell'altro*, Dedalo, Bari, 1997, p. 267.
31. U. Fabietti, R. Malighetti, V. Matera, *Dal tribale al globale. Introduzione all'antropologia*, Bruno Mondadori, Milano, 2000, p. 3.
32. Ivi, p. 11. La polivalenza della cultura in termini di inclusione ed esclusione è riconosciuta anche dall'etologia umana in termini pseudo-speciazione culturale. Cfr. I. Eibl-Eibesfeldt, *Die Biologie des menschlichen Verhaltens. Grundriss der Humanethologie*, Piper, München, 1984, trad. it. *Etologia umana. Le basi biologiche e culturali del comportamento*, Bollati-Boringhieri, Torino, 1993, p. 192.
33. M.J. Herskovits, *Cultural Relativism: Perspectives in Cultural Pluralism*, Random House, New York, 1972. Herskovits stilò il documento presentato nel 1947 all'ONU, all'indomani della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, dall'American Anthropological Association nel quale si raccomandava il rispetto delle diverse culture dei vari popoli e dei valori professati dai singoli individui.
34. Inoltre, il rispetto per le differenze predicato dai relativisti tende facilmente a slittare nell'elogio della separazione e del 'differenzialismo' più escludente e razzista. Cfr. T. Pitch, *L'antropologia dei diritti umani*, in A. Giasanti, G. Maggioni, (a cura di), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Cortina, Milano, 1995, pp. 181-184.
35. C. Geertz, *Local Knowledge*, Basic Books, New York, 1983, trad. it. *Antropologia interpretativa*, il Mulino, Bologna, 1988, pp.189-190.
36. C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Plon, Paris, 1958, trad. it. *Antropologia strutturale*, Il Saggiatore, Milano, 1966.
37. C. Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Plon, Paris, 1962, trad. it. *Il pensiero selvaggio*, Il Saggiatore, Milano, 1964, pp. 271 e ss.
38. C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, cit, trad. it. cit., pp. 311 e ss.
39. C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, New York, 1973, trad. it. *Interpretazione di culture*, il Mulino, Bologna, 1987, p. 93.
40. C. Geertz, *Local Knowledge*, Basic Books, New York, 1983, trad. it. *Antropologia interpretativa*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 14.
41. Ivi, p. 73.
42. *Ibidem*.
43. Ivi, p. 194.
44. L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Blackwell, Oxford, 1953, trad. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1967, p. 299.
45. Cfr. J. Clifford, *op. cit.*, trad. it. cit.



46. Cfr. U. Hannerz, *Cultural Complexity: Studies in the Organization of Meaning*, Columbia University Press, New York, 1992, trad. it. *La complessità culturale. L'organizzazione sociale del significato*, il Mulino, Bologna, 1998.

47. U. Fabietti, F. Remotti, C. Montaleone, *L'antropologia culturale: dalle certezze ottocentesche alle sfide del mondo contemporaneo*, in L. Geymonat, (a cura di), *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, vol. XI, Garzanti, Milano, 1996, p. 280.

48. *Ibidem*.

49. D. Davidson, *Intervista biografico teorica*, "Iride", 15, 1995, pp. 330-331.

50. Cfr. U. Hannerz, *op. cit.*

Il pluralismo preso sul serio: quali diritti, quale giustizia penale?

Luca Baccelli

I

People everywhere want to be able to speak freely; choose who will govern them; worship as they please; educate their children-male and female; own property; and enjoy the benefits of their labor. These values of freedom are right and true for every person, in every society-and the duty of protecting these values against their enemies is the common calling of freedom-loving people across the globe and across the ages (The White House 2002).

Sono affermazioni contenute nel documento che enuncia i principi della politica estera degli Stati Uniti. Nella loro brutalità, esprimono una convinzione diffusa non solo nelle *élites* politiche, economiche e militari della superpotenza, ma in larga parte del pensiero *mainstream*: l'idea che un certo nucleo, più o meno ampio, di principi e valori - che in genere vengono indicati come diritti umani - non solo debba essere attribuito a tutti gli esseri umani, ma possieda una validità universale e metatemporale, *across the globe and across the ages*. Si ritiene insomma che i diritti umani abbiano un fondamento, se non assoluto, indiscutibile. E si tende ad identificare questi valori universali con i valori-guida degli Stati Uniti (1), a sostenere, con le parole di Condoleeza Rice, che "American values are universal [...] the triumph of these values is most assuredly easier when the international balance of power favors those who believe in them" (Rice 2000). Su questa base, gli Stati Uniti si autoattribuiscono un diritto illimitato all'uso della forza militare per 'esportare' i diritti umani o imporre il rispetto, e la difesa dei diritti umani legittima procedure eccezionali anche nel diritto penale. La 'guerra preventiva' contro i *rogue states* che "reject human values and hate the United States" è legittima così come lo è la 'counterproliferation'. Così come lo sono i *Patriot Act*, l'*Homeland Security Act* e gli altri provvedimenti che, in funzione della 'lotta al terrorismo', autorizzano - in particolare nei confronti degli stranieri, ma non solo - forme di arresto, di indagine e di giudizio che violano i più elementari principi della procedura penale, a cominciare dall'*habeas corpus*. La detenzione per tempo indefinito dei sospettati di terrorismo a Guantanamo rappresenta in modo esemplare questo approccio.

L'obiettivo - dichiarato - della difesa e della diffusione dei diritti umani viene considerato tale da legittimare atti che mettono a repentaglio, o violano apertamente, il diritto internazionale e i principi del *rule of law*. Si può parlare, io credo, di 'imperialismo militare' e di 'giustizia imperiale' (2). Corollario di questa dottrina è la tesi dell'immunità dei cittadini e dei militari statunitensi dalla giurisdizione della International Criminal Court. L'Amministrazione Bush non solo non ha ratificato il trattato istitutivo, siglato a Roma nel 1998, ma si è attivamente impegnata per esentare gli statunitensi dai poteri di *investigation, inquiry* e *prosecutions* della ICC (The White House 2002, p. 19).

Fino qui mi sono riferito a documenti o 'manifesti' politici. Ma un'impostazione analoga si ritrova anche in significativi contributi teorici. Di particolare è la posizione dell'intellettuale progressista Michael Ignatieff: egli muove da un approccio storicista,



critica l' 'idolatria' dei diritti umani e si pronuncia contro la pretesa di 'fondarli' teoricamente, perché le pretese fondative rimandano ad assunzioni metafisiche non incontrovertibili che finiscono per dividere. Tuttavia per Ignatieff è possibile individuare un catalogo minimo, una sorta di nucleo duro dei diritti umani, che ha validità universale. Il contenuto dei diritti esprime per Ignatieff i conflitti tra gli individui e i gruppi. "Human rights is universal [...] as a language of moral empowerment" (Ignatieff 2001, p. 73), in quanto permettono all'individuo di "to act against practices [...] that are ratified by the weights and authority of their cultures" (ivi, p. 68). Da questa definizione, d'altra parte, discende che tale nucleo di diritti si limita alla "negative liberty", the capacity of each individual to achieve rational intentions without let or hindrance" (ivi, p. 57).

Così ridotti al loro minimo comune denominatore, che in definitiva coincide con il catalogo dei diritti civili della tradizione liberale occidentale, i diritti legittimano direttamente, senza tener conto delle procedure e delle mediazioni del diritto, le azioni militari per tutelarli. Per Ignatieff "human rights language is also there to remind us there are some abuses that are genuinely intolerable [...]. Hence human rights talk is sometimes used to assemble the reasons and the constituencies necessary for the use of force" (ivi, p. 22). In questa linea Ignatieff si è schierato pubblicamente e clamorosamente a favore dell'intervento americano in Iraq, (Ignatieff 2003a, p. 1; 2003b), sostenendo che come ogni impero storico, l'impero americano del XXI secolo ha il suo 'fardello'. E d'altra parte gli Stati hanno il 'diritto' di usare la forza per difendere i diritti umani: "The disagreeable reality for those who believe in human rights is that there are some occasions - and Iraq may be one of them - when war is the only real remedy for regimes that live by terror" (ivi, p. 4). Il ruolo imperiale comporta dunque degli obblighi, ma anche l'esenzione da ulteriori 'fardelli' come quelli rappresentati dalla Corte penale internazionale o dal Protocollo di Kyoto: "America's allies want a multilateral order that still essentially constrain American power. But the empire will not be tied down like Gulliver with a thousand legal strings" (Ignatieff 2003a, p. 7).

Emerge qui l'elemento più tipico di questa impostazione: il fine della tutela dei diritti umani/valori americani esenta da ogni vincolo giuridico: dalle procedure previste dalla Carta delle Nazioni Unite per autorizzare gli interventi militari così come dai principi del diritto penale sostanziale e procedurale, siano pure di rango costituzionale (3).

II

Nel dibattito teorico contemporaneo è presente un'impostazione specularmente opposta, che vede proprio nello sviluppo del diritto e delle istituzioni internazionali, e in particolare della giurisdizione penale internazionale, la via maestra per la tutela dei diritti umani. In questo filone la tutela dei diritti umani è ricollegata alla teoria del 'pacifismo giuridico' e del diritto 'cosmopolitico'.

Zum Ewigem Frieden di Kant è l'opera classica di questa corrente teorica. In essa si definisce l'idea che solo il supermanto dello 'stato di natura' nelle relazioni internazionali ed il passaggio ad un *Rechtszustand*- ad una condizione nella quale i rapporti internazionali siano regolati dal diritto - può garantire una pace duratura. Un



secolo e mezzo più tardi, in *Peace through Law*, anche Hans Kelsen considererà il diritto come lo strumento prioritario per il perseguimento della pace, criticando duramente l'idea che la guerra sia una conseguenza delle diseguaglianze e dei conflitti economici (Kelsen 1944, pp. 16-18). Anche per Kelsen “the ideal solution of the problem of world organization as the problem of world peace is the establishment of a World Federal State composed of all or as many nations as possible” (ivi, p. 5). Ma Kelsen riconosce che si tratta di un'ipotesi irrealistica. È invece del tutto praticabile - in particolare nella situazione che si delineerà con la fine della guerra - il progetto di una ‘Permanent League for the Maintenance of Peace’ istituita mediante un trattato cui aderiscano un considerevole numero di Stati ed aperto a tutti gli altri. A differenza che la League of Nations, miseramente fallita, questa Lega dovrebbe avere come suo organo chiave non un'assemblea né un organo amministrativo, ma una Corte di giustizia, titolare di giurisdizione obbligatoria. La principale difficoltà nelle relazioni internazionali è infatti vista nella mancanza di un'autorità riconosciuta e imparziale per dirimere le controversie, in grado di risolvere la questione di diritto.

Kelsen si rendeva perfettamente conto che il principale problema per una tale corte sarebbe stato di far eseguire le sentenze. E considerava prematura la formazione di una forza di polizia internazionale, che avrebbe compromesso gravemente la sovranità dei singoli Stati. Ma per Kelsen c'era un'alternativa: “The decisions of the international court can be executed against a reluctant State only by the other States, members of the international community, if necessary by the use of their own armed forces” (ivi, p. 20). Si verrebbe così a distinguere fra tali interventi - l'unica forma ammissibile di *bellum iustum* - e le guerre di aggressione, che dal patto Briand-Kellog costituiscono per il diritto internazionale un crimine.

Kelsen sottolinea che in questo modo non si farebbe altro che seguire la ‘naturale evoluzione’ del diritto: nelle singole comunità nazionali le corti hanno applicato il diritto per casi concreti molto prima che venissero istituiti parlamenti; in una società primitiva le corti sono poco più che tribunali di arbitrato e solo in un secondo momento avviene la centralizzazione del potere esecutivo. Nel progetto di Kelsen la Corte non avrebbe solo il potere di stabilire le ragioni e di torti nel caso di controversie fra Stati, ma anche sanzionare le violazioni del diritto internazionale da parte degli individui, anche in quanto rappresentati degli Stati.

Quella che Kelsen propone è una forma di estensione della sua interpretazione dell'ordinamento giuridico - la *Stufenbau* - a livello globale: non vi è dualismo fra diritto internazionale e diritto interno, ma un unico ordinamento giuridico globale. La sovranità si identifica con l'assoggettamento di uno Stato al solo diritto internazionale, “cannot mean an absolutely, but only a relatively supreme authority” (ivi, p. 35).

Un modello di questo tipo viene riproposto nel dibattito contemporaneo avendo di mira, più che il mantenimento della pace come tale, la tutela dei diritti umani. Anche per Jürgen Habermas i diritti umani sono attribuiti a tutti gli individui e sono fondati in modo universale (4). Tuttavia Habermas si oppone all'idea che vi sia un passaggio immediato dalla fondazione universale dei diritti alla legittimazione degli interventi - anche militari - per la loro tutela. Per quanto universali, i diritti umani *non* sono norme morali: “una moralizzazione *immediata* del diritto e della politica sfonderebbe effettivamente quelle ‘zone protette’ che noi [...] vogliamo comunque salvaguardare alle



persone giuridiche” (Habermas 1996, p. 233) e condurrebbe ad un *Menschenrechtfundamentalismus* (cfr. *ivi*, pp. 235-36). Invece il superamento, a livello globale, della condizione pregiuridica, il passaggio dallo stato di natura ad una condizione di giuridicità perfezionerebbe il carattere giuridico dei diritti umani e renderebbe possibile tutelarli.

Se stabilissimo infatti una situazione di diritto cosmopolitico, allora le violazioni dei diritti umani non sarebbero più giudicate ed aversate *immediatamente* da una prospettiva morale, bensì piuttosto perseguite come si perseguono le azioni criminali nel quadro di un ordinamento giuridico statale: vale a dire attraverso procedimenti giuridici istituzionalizzati. Per impedire che il diritto venga confuso con la morale non dobbiamo far altro che trasformare lo stato di natura [*Naturzustand*] vigente in una situazione giuridica di legalità. Solo così potremo garantire agli accusati [...] una piena tutela giurisdizionale (Habermas 1996, p. 226).

Questo significherebbe oggi, al di là dei limiti del progetto kantiano, “*vincolare* i singoli governi. Le sanzioni della comunità internazionale devono essere in grado di costringere i suoi membri a rispettare [...] le leggi” (Habermas 1996, p. 191), istituire una giurisdizione internazionale per la tutela dei diritti umani e costituire “un potere esecutivo che, se necessario, possa imporre agli stati nazionali - mediante interventi diretti sulla loro autorità - l’osservanza della Dichiarazione dei diritti umani” (Habermas 1996, p. 212).

L’assunzione di questa prospettiva non ha sempre permesso ad Habermas uno sguardo lucido né gli ha impedito di incorre in alcuni significativi errori di valutazione. Nel 1991 Habermas fu fra i molti intellettuali che videro in *Desert Storm*, in quanto intervento autorizzato dal Consiglio di sicurezza, un embrione di *Weltinnenpolitik*, piuttosto che cogliere il primo atto nel dispiegamento della strategia imperiale del *New Global Order*. Per contro il cosmopolitismo giuridico e il timore del *Menschenrechtfundamentalismus* non ha impedito che Habermas, nel 1999, si sia schierato a favore dell’intervento della NATO in Kosovo. L’evidente violazione del diritto internazionale vigente, sia sul piano dello *ius ad bellum* che su quello dello *ius in bello*, è stata giustificata facendo riferimento alla superiore esigenza di sanzionare la violazione dei diritti umani dei cittadini kosovari (Habermas 1999). Per contro, Habermas ha condotto una campagna intellettuale, coerente e militante, contro l’occupazione angloamericana dell’Iraq (Habermas 2003a). Una campagna nella quale le argomentazioni fondazionalistiche ed universalistiche non hanno trovato molto spazio, mentre Habermas ha finito per rispolverare i vecchi attrezzi francofortesi della critica dell’ideologia (Habermas 2003 b).

La posizione di Habermas è paradigmatica per un certo approccio che riprende il progetto kantiano-kelseniano del pacifismo giuridico, lo radicalizza in senso cosmopolitico, lo sviluppa nel senso della tutela sovranazionale dei diritti umani. E Habermas fa proprio il corollario giurisdizionale del teorema kelseniano: le competenze della Corte internazionale dell’Aia “dovrebbero essere allargate nel senso delle proposte già elaborate da Hans Kelsen mezzo secolo fa. La giurisdizione penale internazionale [...] dovrebbe venire istituzionalizzata in forme permanenti” (Habermas 1996, p. 200).

Ma questo grande progetto filosofico-giuridico va incontro a significative difficoltà. In primo luogo, ci si può chiedere se sia plausibile il modello monistico del diritto. Da Kant a Kelsen si è riconosciuta l’impraticabilità, e la pericolosità, di un ipotetico Stato



mondiale. La concentrazione del potere genererebbe il più colossale dispotismo. Ma questi problemi sono risolti ipotizzando un consesso federale o confederale, una qualche lega per il mantenimento della pace? Anche queste ipotesi non possono non fare i conti con il problema del monopolio della forza fisica legittima. Dati i profondi dislivelli di potere economico e militare, è ipotizzabile che le principali potenze attribuiscono ad un terzo - poniamo, un esecutivo federale - il potere di intervenire per sanzionare le violazioni del diritto internazionale, e dei diritti umani in particolare? E se questo avvenisse, non si assisterebbe ad una concentrazione della forza militare tale da configurare un potere assoluto, non controllabile né bilanciabile? Si noti che in una tale ipotesi l'esecutivo globale dovrebbe disporre non solo di armamenti 'convenzionali' ma di un arsenale nucleare strategico, senza il quale risulterebbe impotente di fronte alle potenze nucleari. E si ricordi che anche un ipotetico, generalizzato, disarmo nucleare non permetterebbe di distruggere il *know-how* per la fabbricazione delle armi di distruzione di massa: le innovazioni tecnologiche non si possono 'disinventare'. È pensabile un ordinamento giuridico globale nel senso forte in cui Kelsen lo intende in assenza di un monopolio della forza fisica legittima?

Kelsen risponde a problemi di questo genere alludendo alla genesi del diritto moderno, ed al fatto che per un lungo periodo i tribunali si sono limitati ad esercitare poteri di arbitrato o ad emanare sentenze, senza disporre del potere esecutivo. Ma questo schema potrebbe riprodursi su scala globale? In particolare, quali potenze e/o quale coalizione di potenze sarebbe in grado di sanzionare violazioni del diritto internazionale commesse da una superpotenza nucleare - l'ipotesi è tutt'altro che peregrina? D'altra parte, l'idea kelseniana della guerra come sanzione giuridica apre questioni di difficile soluzione. La guerra, per sua natura, fa vittime innocenti, riesce in modo molto limitato a discriminare fra combattenti e non, e d'altra parte provoca reazioni a catena. Il ricorso alla guerra per sanzionare la violazione dei diritti umani espone al paradosso per il quale si violano i diritti umani - a cominciare dal diritto alla vita - di coloro i cui diritti umani si vorrebbero tutelare.

D'altra parte, gli studi sulle istituzioni giuridiche della globalizzazione segnalano tendenze che sembrano andare in tutt'altra direzione che verso la costruzione di un ordinamento giuridico globale sul modello kelseniano. Sotto la spinta dei processi economici transnazionali il diritto tende piuttosto a perdere i suoi caratteri di prescrittività, di sanzionabilità, di certezza. Mentre il potere si sposta dalle istituzioni pubbliche alle agenzie private, dalla politica all'economia, si afferma una nuova *lex mercatoria* la cui logica contamina progressivamente anche gli ambiti tradizionali del diritto pubblico. Il modello del contratto si diffonde pervasivamente negli ambiti del diritto costituzionale, del diritto amministrativo e del diritto penale. Si affermano nuove fonti del diritto e proliferano i soggetti ed i destinatari del diritto. In altri termini, anziché ad una estensione verso l'alto della *Stufenbau* si assiste ad uno sconvolgimento della struttura dei singoli ordinamenti giuridici interni. Il diritto costituzionale, così, perde la sua capacità di 'chiudere' e fondare l'ordinamento, diviene 'interattivo' e 'fluidò' (Ferrarese 2003).

Ma questi processi non implicano una scomparsa delle sovranità 'forti', che anzi, come abbiamo visto, si riaffermano e si proclamano *superiorem non recognoscens* e immuni dalle sanzioni e dalle procedure giurisdizionali. Il diritto internazionale, almeno dal



patto Briand-Kellog e dalla Carta delle Nazioni Unite, introduce significative limitazioni di quel tipico attributo della sovranità che era lo *ius ad bellum*. Tuttavia le Nazioni Unite riconoscono di fatto livelli differenti di sovranità, attribuendo in particolare un ruolo egemone ai cinque membri permanenti del Consiglio di sicurezza. Ma anche questo schema sembra ormai superato: oggi gli Stati Uniti si considerano del tutto *legibus soluti* rispetto ai vincoli del diritto internazionale e si riattribuiscono un illimitato *ius ad bellum*. In questo contesto ‘imperiale’, sulla scena delle drammatiche differenze di reddito, di sviluppo e di potere che attraversano l’umanità, non c’è da stupirsi che il progetto della ICC incontri gravissimi problemi. Come è noto, il suo statuto presenta un profondo vulnus: il Consiglio di sicurezza ha il potere di impedire o sospendere le iniziative della procura. Estremamente pericolosa è poi la possibilità di accettare ‘contributi volontari’ non solo di governi, ma anche di organizzazioni pubbliche e private, con tutto ciò che questo potrà comportare in termini di finanziamenti. A ciò si ricollega il grave limite derivante dalla necessità di ricorrere alle forze militari delle potenze aderenti per esercitare azioni di polizia giudiziaria. Da parte loro gli Stati Uniti non si limitano a non aderire alla Corte, ma si adoperano per sottrarre i propri cittadini. Non solo gli statunitensi impiegati in operazioni di *Peacekeeping* godono di immunità: gli Stati Uniti, facendo leva sull’ambiguo art. 98 dello Statuto, si stanno impegnando a stringere il maggior numero possibile di trattati bilaterali che garantiscano perpetuamente l’immunità del loro personale militare.

III

Questi approcci hanno in comune l’idea che i diritti umani siano saldamente fondati. Viceversa, Norberto Bobbio ha argomentato la tesi che è impossibile stabilire un ‘fondamento assoluto’ dei diritti fondamentali. Bobbio rilevava che quelli che abbiamo definito, di volta in volta, diritti ‘naturali’, ‘umani’ e ‘fondamentali’ mutano storicamente, non sono analiticamente definibili, sono eterogenei e sono antinomici: non solo i diritti di determinati soggetti si possono contrapporre a quelli di altri soggetti, ma alcuni diritti attribuiti allo stesso soggetto possono contraddire altri diritti. Questa critica del fondamento assoluto costituisce a mio avviso un elemento prezioso nel suo lascito intellettuale. Tuttavia, sosteneva Bobbio, con l’approvazione della *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948 il problema del fondamento è superato: su di essa si esercita ormai un consenso generalizzato, un *consensus omnium gentium* e dunque quel sistema di principi può essere considerato generalmente riconosciuto e dunque fondato (Bobbio 1992, p. 13). Su questa via, Bobbio si inserisce nel filone del globalismo giuridico, facendo proprio il progetto kantiano-kelseniano di sviluppo ed affermazione del diritto internazionale (e, come Habermas, ha giustificato sia la guerra del Golfo del 1991).

Credo che in questa posizione emerga un limite, del resto caratteristico del magistero intellettuale di Bobbio. Bobbio ha per decenni messo impietosamente in luce i limiti, le contraddizioni, i paradossi del pensiero filosofico, giuridico e politico occidentale, ma non si è occupato del rapporto fra questa tradizione di pensiero ed altre esperienze culturali. Ciò emerge con chiarezza se si esamina il senso in cui sulla *Dichiarazione universale* si è esercitato un *consensus omnium gentium*. Non solo l’adesione di quasi tutti gli Stati del globo alle Nazioni Unite, ma la redazione di documenti come la *Carta*



africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata nel 1981 dall'OUA, o le varie dichiarazioni islamiche, testimoniano di una grande forza espansiva del linguaggio dei diritti, 'parlato' entro tradizioni giuridiche e culturali assai differenti da quella ellenico-ebraico-cristiana-illuministica. Ma il modo in cui tale linguaggio viene recepito - l'enfasi sui diritti sociali, l'affermazione dei diritti 'collettivi', la protezione della morale, della famiglia e dei valori tradizionali, i limiti alla libertà religiosa - restituisce un insieme di principi e valori significativamente trasformati rispetto a quelli della tradizione liberale. E si pensi, d'altra parte, a quel caso paradigmatico di resistenza alla diffusione del linguaggio dei diritti che è il dibattito sugli *Asian Values*.

Di fronte al problema del confronto interculturale, i tentativi di 'traduzione' si incentrano sull'individuazione di 'equivalenti omeomorfi' ai diritti umani nelle culture non occidentali (Panikkar 1982) o su una strategia di 'fusione degli orizzonti' (Taylor 1999). Qui riveste un'importanza del tutto particolare l'approccio proposto da Ottfried Höffe, che connette strettamente la fondazione interculturale dei diritti umani a quella del diritto penale. Secondo Höffe, si deve riconoscere che nella concezione dei diritti umani propugnata dall'Occidente, così come nelle concezioni 'non-occidentali', ci sono elementi cultural-specifici (Höffe 1998, p. 117). Ma è proprio per questo che si deve condurre un'accurata operazione di analisi dei diversi elementi, una distinzione dell'universale dal particolare che consenta di individuare i 'veri diritti umani'. Occorre ispirarsi ad una "strategia dell'universalità nella modestia" (ivi, p. 120) che permetta di raggiungere una 'universalità senza uniformità'. In questo modo è possibile definire i diritti umani "in modo tanto formale da restare aperti per diverse condizioni di vita e per diverse ipotesi di società" (ivi, p. 120). Al di là delle trasformazioni storiche e delle connotazioni culturali, esiste cioè un nucleo sovratemporale e transculturale di diritti umani.

Esistono infatti *conditions of agency* irrinunciabili per ogni essere umano, come la vita e l'integrità fisica, il linguaggio e la ragione (espressi nella nozione dell'uomo come *zoon logon echon*), una generale capacità sociale ed una più specifica capacità politica e giuridica (l'uomo *zoon politikon*). Sulla base di questa comune *conditio humana* la legittimazione dei diritti umani rimanda a quello che Höffe definisce 'scambio trascendentale': l'uomo può causare violenza ed esserne vittima. Proprio per questo "sussiste una pretesa soggettiva a non diventare vittime della capacità altrui di usare violenza; formulato positivamente, si tratta del diritto alla vita e all'integrità fisica". Inoltre - e questo è il punto decisivo - tale interesse può essere tutelato solo laddove gli altri - che hanno a loro volta tale interesse - lo rispettino.

Per giustificare i diritti umani nel loro carattere di diritti soggettivi bisogna quindi dimostrare la presenza di una reciprocità caratterizzante l'essere umano per il mero fatto di essere tale. Essa sussiste solo laddove l'uomo può realizzare un interesse irrinunciabile solo nella reciprocità e per mezzo di essa. In questo caso, dove gli interessi sono irrinunciabili e al contempo legati alla reciprocità, l'irrinunciabilità si trasmette alla reciprocità; lo scambio corrispondente è cioè a sua volta irrinunciabile. Diritti umani esistono non meramente perché l'essere umano possiede interessi di più alto livello, 'trascendentali', alla vita ed all'integrità fisica, ma solo nel momento in cui gli interessi possono esser realizzati solo reciprocamente e nel 'sistema della reciprocità' ognuno esige già una prestazione, la rinuncia alla violenza da parte degli altri, la quale ha luogo esclusivamente alla condizione della prestazione reciproca, ovvero della propria rinuncia alla violenza.



JURA GENTIUM



Si verifica qui pertanto uno scambio di più alto livello logico, ovvero 'trascendentale' (ivi, p. 64).

Se è possibile definire un nucleo di diritti umani e giustificarli in modo indipendente dall'appartenenza culturale, per Höffe si deve d'altra parte riconoscere che il diritto penale, in qualche forma, è presente in pressoché tutte le culture e che i suoi principi hanno validità interculturale. Si pensi a criteri fondamentali della procedura, come *in dubio pro reo*, *audiatur et altera pars*, *nemo sit iudex in causa sui*. Sul piano del diritto penale sostanziale, se pure vi sono forti differenze nella tipologia delle pene, è universale gran parte di ciò che viene inteso come crimine. E ciò esprime, secondo Höffe, un nesso di implicazione fra diritti umani e diritto penale (5). Infatti, egli sostiene, "affermare che si ha diritto a qualcosa - per esempio alla vita ed all'integrità fisica - significa che il soddisfacimento di questo diritto è dovuto a ognuno e che in caso contrario si può ottenere tale soddisfacimento con la forza" (ivi, pp. 70-71). In questa ottica, i divieti la cui inosservanza dà luogo ad una sanzione penale rappresentano il rovescio di esigenze legittime, in ultima istanza fondate sui diritti umani e pertanto valide universalmente. "Ciascuno di noi [...] ha in linea di principio interesse a che sussistano tali divieti" (ivi, p. 95) (6). Il fatto che Höffe 'prenda sul serio' i problemi di confronto interculturale emerge anche nella considerazione che l'idea filosofica dei diritti umani non coincide con determinato catalogo. Di qui la raccomandazione della 'modestia' e della 'cautela' e l'impegno a mediare un nucleo universale con elementi della rispettiva cultura, in cui le differenti tradizioni culturali hanno da imparare reciprocamente: "altre culture giuridiche hanno lo stesso diritto dell'Occidente' a riconoscere se stesse nei diritti umani, portando a termine i processi di apprendimento e di trasformazione necessari a questo scopo a partire da se stesse" (ivi, p. 96).

Se la titolarità dei diritti umani si traduce immediatamente nella facoltà di punire il trasgressore, affidare ai privati questo compito finisce per sfociare nella 'legge del più forte' e, in mancanza di un terzo *super partes*, rimane dipendente dall'interpretazione privata. Le *Eumenidi* di Eschilo possono venire interpretate come la narrazione del mito fondativo del diritto penale come procedura che interrompe la catena delle vendette; raccontano la nascita del potere pubblico come momento sostitutivo della vendetta di sangue.

Questa concezione del nesso diritti umani/diritto penale si esprime in una teoria retributivistica della pena, che nell'ottica di Höffe è in grado di recepire anche le istanze della prevenzione e del reinserimento sociale (7).

Sulla base di questo approccio. Höffe sostiene che l'incontro fra popoli differenti non configura come tale situazioni in cui gli stranieri possano richiamarsi alla diversità della loro cultura: dal punto di vista penalistico non esistono 'stranieri' in senso forte. "Il diritto penale internazionale conferma così una regola fondamentale dei discorsi giuridici interculturali: ciò per cui ci impegniamo con forza, lo possiamo ritrovare anche in altre culture in particolare ciò per cui ci indigniamo suscita l'analoga indignazione dei nostri simili anche altrove" (ivi, p. 136). In questa linea, Höffe auspica la formazione di un codice penale transculturale, al di là della ristretta serie di reati previsti dallo statuto della ICC, di cui critica la timidezza ed i limiti.

Si potrebbe mettere in questione, sul piano storico e su quello antropologico, l'effettiva universalità metatemporale e transculturale di quel nucleo di 'veri' diritti umani cui



Höffe riferimento come saldo fondamento dell'intera costruzione. Probabilmente De Maistre aveva torto quando sosteneva di non aver mai visto 'l'uomo'. La nostra specie, in una determinata fase della sua evoluzione, presenta senza dubbio alcune caratteristiche comuni e tipiche, come un insieme di socialità ed aggressività, di tendenze gregarie e di individualismo, come la vulnerabilità, la tendenza acquisitiva in presenza di risorse scarse e così via. Ed è verosimile che queste caratteristiche rimandino all'esigenza di valorizzare alcuni beni e di tutelarli, in particolare attraverso l'elaborazione di norme sociali. Un giuspositivista convinto come Herbert Hart (Hart 1961), del resto, parlava su questa base di un 'diritto naturale minimo'. Ma attraverso le differenti esperienze storiche, le differenti culture, i differenti codici morali all'interno delle società pluralistiche e 'politeistiche', cambia radicalmente l'interpretazione di questi beni e di questi valori, e dunque si modifica notevolmente il significato che si attribuisce ad essi. Anche solo per riferirsi al *mainstream* della cultura occidentale, si pensi alle contrapposte interpretazioni della natura umana di Aristotele e di Hobbes, alle loro conseguenze teorico-politiche (ed al modo in cui il pensiero di queste due geni assoluti sia stato condizionato dalle condizioni sociali e dalla mentalità corrente). Del resto, la stessa definizione di chi appartiene all'umano, di chi è *homo*, per così dire, *optimo jure*, si è trasformata storicamente ed è tuttora sottoposta a discussione ed interpretazione. Ora, il punto è che nelle società multiculturali (e non solo in quelle, come ci insegna la riflessione di Max Weber sul 'politeismo dei valori' come cifra della modernità) confliggono appunto tali differenti interpretazioni. Nessuno contesta, ad esempio, che la vita umana abbia grandissimo valore; ci si differenzia radicalmente, però, sull'interpretazione del significato della vita e sul 'peso' relativo di differenti valori: si pensi appunto alla discussione sul diritto alla vita dell'embrione comparata con il diritto alla scelta della madre, come a quella sulla 'sacralità' della vita rispetto alla sua 'qualità' nel caso dell'eutanasia.

In secondo luogo, sempre in presenza di un pluralismo di culture e di valori, ci si dovrebbe chiedere che cosa si intenda con 'diritti umani', piuttosto che con 'principi' o 'valori' umani: in cosa consista, cioè, la caratteristica specifica dei diritti soggettivi rispetto ad altri concetti deontici. Se pure è possibile individuare un nucleo (relativamente) metatemporale e transculturale di valori, è solo in tempi molto recenti che si è generalmente convenuto di esprimere tali valori in termini di 'diritti umani'. Si pensi al dibattito ottocentesco sulla *Dichiarazione* dell'89, ma anche alla secolare resistenza della Chiesa cattolica - di fatto fino al Concilio Vaticano II - a fare proprio il linguaggio dei diritti. E ciò vale a maggior ragione nel confronto interculturale. Si pensi, ad esempio a come la nozione dei diritti soggettivi, intesi come facoltà o poteri degli individui umani, sia difficilmente accoglibile come tale nella cultura indiana tradizionale, pervasa dalla nozione di *dharma*, lontana sia dall'individualismo che dall'antropocentrismo, che tende a connettere l'*humanum* con il tessuto di relazioni comune a tutti gli enti del cosmo (Panikkar 1982). Ma se riconoscere un valore non si identifica con il considerarlo un diritto soggettivo, l'idea di Höffe che alla titolarità di un diritto umano corrisponda immediatamente la legittimità della pretesa che chi lo viola sia punito diviene assai più problematica.

Ci si può poi interrogare ancora sul rapporto fra norma e sanzione. Höffe distingue la legittimazione della facoltà di punire dall'individuazione della sanzione, riconoscendo che l'esperienza del diritto penale conosce una grande varietà di pene, pur in presenza di



una tendenza alla loro mitigazione. Ma è possibile separare così nettamente la definizione del reato/violazione del diritto umano dalla determinazione della sanzione? D'altra parte forse non è necessario condividere la teoria kelseniana della norma giuridica, seconda la quale si dà norma nella misura in cui si definisce la sanzione per un particolare comportamento, per chiedersi: un reato punito, poniamo, con il supplizio o piuttosto con la sedia elettrica o con una pena detentiva può essere considerato come *lo stesso reato*? E non c'è bisogno di essere seguaci di stretta osservanza di Michel Foucault per riconoscere che attraverso la modificazione delle pene è passata una radicale mutazione della funzione, dello spazio e dello stesso significato del diritto penale (Foucault 1975).

Ma soprattutto ci si deve chiedere se una concezione retributivistica della pena sia quella più adeguata al confronto interculturale. Considerare il diritto penale come, in definitiva, l'attribuzione di giuste punizioni per atti da considerare in sé, e dunque universalmente, illeciti, è il modo migliore per limitare efficacemente le violazioni dei diritti fondamentali, per limitare le sofferenze degli individui, per favorire la pace? L'idea che la punizione sia la giusta punizione di un *peccatum* non rischia di rendere più ardua la tolleranza e più problematico il processo di apprendimento reciproco? Non si inclina a posizioni del tipo *fiat justitia, pereat mundus*, senza riguardo per il punto di vista delle vittime e per gli interessi generali della collettività?

Forse quegli inviti alla cautela ed alla prudenza che Höffe reitera andrebbero tenuti presenti anche quando si considera la potenzialità e l'efficacia del diritto penale. Senza ripercorrere un dibattito che ha contrapposto, fra l'altro, abolizionisti e sostenitori di un 'diritto penale minimo' (Ferrajoli 1989), non si può non riconoscere che anche nei singoli ordinamenti giuridici nazionali l'efficacia del diritto penale è tutt'altro che assoluta. E, per quanto le politiche meramente repressive, ispirate al principio della 'tolleranza zero' godano di larga approvazione, il diritto penale, da solo, non appare sufficiente per mantenere l'ordine e garantire la sicurezza dei cittadini. L'integrazione e la coesione sociale richiedono interventi su una pluralità di piani, dai servizi sociali all'istruzione, alle politiche del lavoro. D'altronde, l'apparato penale e il suo sottoapparato carcerario producono macroscopici effetti di stigmatizzazione, e in tal modo rafforzano sì la coesione sociale, ma a spese dell'esclusione dei 'devianti' (Parsons 1951). C'è allora da chiedersi se questo non valga *a fortiori* in presenza del confronto interculturale e soprattutto su scala internazionale. In particolare, il teorema kelseniano della pace attraverso il diritto e il suo corollario giudiziario sembrano sopravvalutare le possibilità del diritto, e del diritto penale in particolare, rispetto ad altri strumenti - dalla cooperazione economica all'apprendimento reciproco - per il mantenimento della pace. E questo vale anche per il progetto di *human rights through law*.

IV

La mia tesi è che per affrontare questi problemi sia utile interrogarsi sul carattere specifico dei diritti i quanto diritti soggettivi e riconoscere francamente il 'particolarismo' storico-culturale che li caratterizza. Lo stesso Bobbio ha sostenuto che "i diritti naturali sono diritti storici" (Bobbio 1992, p. VIII), e cioè



sono nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre. [...] la libertà religiosa è un effetto delle guerre di religione, le libertà civili, delle lotte dei parlamenti contro i sovrani assoluti, la libertà politiche e quelle sociali, della nascita, crescita e maturità del movimento dei lavoratori salariati, dei contadini con poca terra o nullatenenti, dei poveri che chiedono ai pubblici poteri non solo il riconoscimento della libertà personale e delle libertà negative, ma anche la protezione del lavoro contro la disoccupazione, e i primi rudimenti d'istruzione contro l'analfabetismo, e via via l'assistenza per l'invalidità e la vecchiaia [...] i diritti non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere. Nascono quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico, cioè al progresso della capacità dell'uomo di dominare la natura e gli altri uomini, crea o nuove minacce alla libertà dell'individuo oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza (ivi, pp. XIII-XV).

Se i diritti si originano da processi conflittuali, ci si deve riferire alla rivendicazione anche per individuare le caratteristiche specifiche della figura deontica del diritto soggettivo. Secondo Joel Feinberg ciò che qualifica i diritti soggettivi è “the activity of *claiming*”, l'attività di rivendicare. Il “characteristic use” dei diritti, “and that for which they are distinctively well suited, is to be claimed, demanded, affirmed, insisted upon” (Feinberg 1970, p. 151):

Having rights, of course, makes claiming possible; but this is claiming that gives rights their special moral significance. This feature of rights is connected in a way with the customary rhetoric about what is to be a human being. Having rights enables us to “stand up like men”, to look others in the eye, and to feel in some fundamental way the equal of anyone [...] and what is called “human dignity” may simply be the recognizable capacity to assert claims (ivi, p. 151).

In questa prospettiva è di grande la concezione ‘repubblicana’ dei diritti proposta da Frank Michelman. I diritti sono visti come “a relationship and a social practice” (Michelman 1986b, p. 91). Essi emergono da, e si fondano nel processo di elaborazione e trasformazione dei principi giuridici: quel processo che Michelman chiama *political jusgenesis*, e “can be both the free creations of citizens and, at the same time, the normative givens that constitute and underwrite a political process capable of creating constitutive law (Michelman 1988, pp. 1404-05). Al processo di *political jurisgenesis* partecipano i corpi deliberativi istituzionalizzati, la giurisdizione (*in primis* quella costituzionale) e tutte le arene di dibattito pubblico aperto ai cittadini che realizzano un “potentially transformative dialogue” (8).

Questa concezione dei diritti può essere accolta in un approccio pluralistico al diritto. La tradizione delle teorie antiformalistiche ed istituzionalistiche del diritto ha insistito sull'opportunità di riconoscere l'attributo ‘giuridico’ anche ad ordinamenti non statali e sull'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici. Ma anche se si utilizzano criteri più restrittivi per qualificare come ‘giuridico’ un ordinamento, non si può non notare che esistono differenti sistemi e insiemi di norme - più o meno riconosciute da questo o da quell'altro ordinamento giuridico - che regolano la vita delle singole persone. Questo approccio rivela una significativa validità euristica nell'epoca della globalizzazione e del multiculturalismo. Nelle società multiculturali gli individui sono intensamente investiti dal pluralismo normativo. Essi appartengono a più gruppi e sono interessati da norme e sistemi normativi differenti, provenienti da una pluralità di fonti, giuridiche e non. E tali norme possono configgere fra loro, tanto da scaricare sull'individuo l'onere



della scelta e/o della conciliazione. Tutto questo vale in modo particolarmente significativo per gli individui e le comunità migranti, che hanno a che fare non solo con l'ordinamento positivo del paese di origine e con quello del paese di immigrazione, ma anche con le norme religiose e con i codici normativi tradizionali vigenti nelle loro comunità di origine, a loro volta spesso riformulate ed integrate in relazione a quelle della società di immigrazione, spesso in sintesi inedite. "La vita delle comunità di immigrati è regolata da una sorta di diritto vivente in costante trasformazione che ha origine da molteplici fonti" (Facchi 2001, pp. 43-44). Tutto ciò esclude una gerarchia ben definita e analoga a quella comunemente accettata nel paese di immigrazione. In particolare, vi sono prescrizioni e norme avvertite come più vincolanti delle stesse norme giuridiche vigenti, comprese quelle penali. Ed è evidente che, *mutatis mutandis*, considerazioni analoghe valgono per lo scenario transnazionale.

Tutto questo riguarda direttamente il diritto penale. Nella giurisprudenza dei paesi europei si nota la tendenza a non ignorare il pluralismo normativo. Che un determinato comportamento, reato penale nel paese di immigrazione (in certi casi anche in quello di origine) sia considerato lecito, o più spesso obbligatorio, nel sistema di valori cui l'individuo risponde, è stato considerato spesso come un'attenuante. Per utilizzare le categorie giuspenalistiche: la volontà di provocare un determinato evento non si associa alla coscienza o alla volontà di causare un danno, ma piuttosto alla certezza di assolvere un dovere. In certi casi, la costrizione sociale verso certe pratiche ha configurato lo stato di necessità (Facchi 2001, pp. 66-70).

Un approccio insieme pluralistico e 'conflittualistico' ai diritti umani dovrebbe allora suggerire alcune considerazioni.

- a. Occorre riconoscere l'origine contestuale del linguaggio dei diritti, in un duplice senso: riconoscere che determinati valori e principi - o, se si preferisce, che l'interpretazione di determinati valori e principi - non sono universali e non sono facilmente universalizzabili; e riconoscere altresì che la forma-diritto soggettivo ha un'origine storica ed una connotazione culturale. Ciò non implica il relativismo, se relativismo significa attribuzione a tutti i principi dello stesso valore; credo sia piuttosto da raccomandare quello che Richard Rorty definisce 'franco etnocentrismo': attribuire grande valore a determinati principi, impegnarsi per affermarli, individuare forme di tutela, ma nella consapevolezza che tali principi non sono fondati in modo assoluto, che non c'è un consenso universale su di essi (o sulla loro interpretazione), che il linguaggio in cui sono espressi deve essere tradotto. Tutto ciò, ovviamente, anche con la consapevolezza che non si parte da zero: la condivisione e una determinata interpretazione del contenuto dei diritti umani si è diffusa ed incontra forme di *overlapping consensus*, mentre la stessa forma-diritti soggettivi - forse proprio per la sua capacità di esprimere il sentimento di dignità e il *claiming* - è fatta propria al di là del suo contesto di origine.
- b. Se i diritti sono concepiti in questi termini, sono escluse una serie di forme di presunta tutela; il paternalismo, più o meno benevolo, trova scarso fondamento e si recide il nesso fra fondamento assoluto dei diritti umani e interventi 'umanitari'; non solo gli interventi militari violano i diritti umani dei soggetti che si vorrebbero tutelare e sono incontrollabili giuridicamente (Zolo 2000, pp.



- 111-17); se i diritti umani sono il risultato di processi storici attivati dai soggetti che rivendicano ‘nuove libertà contro vecchi poteri’, ciò significa che non possono venire imposti *manu militari*: la loro universalizzazione rimanda ad un’opera paziente di confronto, mediazione e traduzione e non può essere imposta con la violenza.
- c. Il progetto di costruire un’alternativa all’uso della forza attraverso il diritto deve fare i conti con le trasformazioni del diritto contemporaneo e con la realtà del pluralismo normativo; in altri termini, se il modello gerarchico e statalistico dell’ordinamento giuridico è ormai inadeguato per i singoli ordinamenti interni, ciò vale *a fortiori* a livello sovranazionale. Tuttavia, pur se non si può parlare di ‘società civile mondiale’, anche a livello transnazionale si produce una circolazione di temi, questioni, valori, principi, si definiscono *issues* politiche e sociali, si organizzano forme di mobilitazione. Con le dovute differenze, potrebbe essere utilizzato anche a questo livello il modello della *jurisgenesis* proposto da Michelman. Anche a livello transnazionale si potrebbe ricostruire una sorta di ‘triangolazione’ fra l’azione dei movimenti, la giurisdizione - nazionale e sovranazionale -, l’azione politica entro gli Stati, le organizzazioni regionali e le istituzioni sovranazionali. Una triangolazione di questo genere rimanda non ad un modello monistico dell’ordine internazionale ma all’idea di una pluralità articolata (e competitiva) di soggetti sociali, politici e giuridici. In altri termini, non si tratta di contrapporre alla ‘spontaneità’ dei mercati ed all’azione delle potenze egemoniche l’ordine statico e gerarchico del diritto. Si tratta di garantire la molteplicità dei soggetti in campo, di favorire la pluralità delle culture, dei valori, delle istanze e delle rivendicazioni, in modo da stabilire controlli e contrappesi.
- d. In questa ottica si può considerare la dimensione sovranazionale del diritto penale. Nello spazio giuridico globale, l’ambito del diritto giurisprudenziale non può che essere molto ampio, e questo vale in modo particolare per i diritti umani e per la loro tutela. Ma è evidente che c’è differenza se i giudici sono i meri esecutori della volontà delle potenze imperiali oppure se si pongono come interlocutori dei soggetti e dei gruppi impegnati nella rivendicazione dei diritti. Il potere giudiziario può sollecitare o anticipare lo sviluppo del catalogo dei diritti umani e soprattutto degli strumenti per tutelarli, ma non può sostituirsi ai soggetti individuali e collettivi. Così concepito il potere giudiziario si presenta come una delle agenzie che intervengono nella dialettica fra processo rivendicativo ‘dal basso’ ed elaborazione normativa con gli strumenti del diritto. Le corti internazionali, insomma, hanno un ruolo-chiave sia nell’accertamento e nella definizione che nella tutela dei diritti. Ma non è pensabile che si sostituiscano all’azione politica e diplomatica e tantomeno ai processi sociali. In questo senso l’istituzione di una ICC è positiva *in quanto* se ne riconosca il ruolo di strumento definito e parziale. Non si può pensare alla ICC nei termini in cui Kelsen pensava alla *Permanent Court of International Justice*. Riconoscere la parzialità non significa attenuare l’autonomia rispetto ai condizionamenti politici delle potenze egemoni e dello stesso Consiglio di sicurezza. L’autonomia costituisce un valore prioritario rispetto a fini come la ricerca di



una ambito più vasto di applicazione, l'aumento dei reati di competenza ed alla stessa esigenza di dotarsi di un apparato investigativo e repressivo efficiente.

- e. Ma il problema del rapporto fra diritti umani, diritto penale e pluralismo normativo si pone in maniera drammatica anche rispetto ai singoli ordinamenti nazionali. Anche in questo caso, il riconoscimento del 'particolarismo' dei diritti umani, dell'esistenza di una pluralità di norme e sistemi normativi che attraversano gli individui e le comunità, e dei limiti del diritto penale, deve ispirare le politiche penali. Non si tratta in alcun modo di delegittimare i diritti fondamentali, di considerarli come principi derogabili. Considerare certi principi come contestuali, o come suscettibili di differenti interpretazioni, non significa che non si consideri un dovere irrinunciabile affermarli e difenderli. E su certi principi fondamentali è legittimo affermare "noi qui facciamo così" (Taylor 1994). Ma il riconoscimento del pluralismo normativo richiede saggezza, prudenza e sagacia nell'individuare aggravanti, attenuanti e scriminanti, nell'introdurre categorie di reati, nell'interrogarsi se la via penale sia la più adeguata per ottenere determinati risultati. E invita ad assumere come termine di riferimento il punto di vista dell'individuo coinvolto, in primo luogo della vittima della violenza, della sopraffazione, dell'emarginazione, dei condizionamenti culturali.

Un caso esemplare per verificare la fecondità di questi approcci è quello delle mutilazioni genitali femminili. Si tratta di un'evidente, gravissima violazione di diritti umani fondamentali all'integrità fisica, alla salute, ad una sessualità fisiologica, che coinvolge minori negando loro ogni libertà di scelta autonoma e perpetra una millenaria oppressione sulle menti e sui corpi delle donne. Questi diritti rimanderebbero immediatamente ad una grave sanzione penale nei confronti di chi opera le mutilazioni, dei genitori e forse della stessa comunità che esercita pressioni di vario tipo.

Ma nelle comunità dell'Africa e dell'Asia dove queste pratiche sono diffuse esse vengono avvertite come un obbligo. Non come una violazione del corpo della bambina, ma al contrario come un rito di passaggio, necessario perché diventi un'adulta responsabile, se non una 'donna' in senso pieno. Non c'è dubbio che queste culture attribuiscono grande valore alla salute, ma l'interpretazione che danno di questo valore - se vogliamo, di questo diritto - non implica il divieto di queste pratiche, anzi le vede con favore. La pressione normativa di questi codici tradizionali, nella gran parte dei casi, continua ad esercitarsi nelle comunità di immigrati in Europa e in Nordamerica. In questa situazione, la pur sacrosanta e pienamente fondata - sul piano giuridico come sul piano morale - condanna penale non è sufficiente:

- nelle comunità tradizionali i tentativi, già attuati dalle potenze coloniali e poi dai governi indipendenti, di vietare tali pratiche attraverso la repressione penale, si sono rivelati infruttuosi; a maggior ragione sarebbe illusorio seguire la via del diritto penale sovranazionale (per non dire dell'azione militare, pur in presenza di violazioni ripetute, sistematiche e gravissime di diritti umani); non sembra esservi alternativa ad una pressione dell'opinione pubblica internazionale che eviti forme di imperialismo culturale, assuma il punto di vista delle vittime e si saldi con i movimenti autoctoni, in particolare delle donne, per l'abbandono di queste pratiche (sostituite in certi casi con rituali incruenti)



- nei paesi di immigrazione, una politica di mera repressione penale, oltre a rivelarsi impotente (è frequente il ricorso a viaggi nel paese di origine per operare le mutilazioni) rischia di risolversi in un danno per la vittima, ad esempio nel caso di reclusione dei genitori; in molte situazioni i giudici hanno tenuto conto dell'esistenza di un pluralismo normativo di fatto, concedendo attenuanti ai genitori ed evitando di togliere loro l'affidamento della bambina, che si sarebbe risolto in conseguenze devastanti; molte analisi indicano l'importanza del lavoro di educazione e formazione e soprattutto degli interventi per garantire l'integrazione delle comunità nella società di immigrazione e soddisfacenti condizioni di lavoro, di reddito e di istruzione alle donne ed alle bambine. In questo momento si fronteggiano strategie di 'riduzione del danno' e strategie di inasprimento delle pene. C'è da chiedersi quali politiche siano più lungimiranti.

Note

Una versione precedente di questo testo è stata presentata al convegno *Human Rights and Criminal Justice*, Saarbrücken, March 27-29, 2004.

1. Un esempio paradigmatico di questo atteggiamento è il noto documento *What We're Fighting For*, sottoscritto all'indomani dell'11 settembre 2001 da una serie di grandi intellettuali statunitensi, che include figure come Francis Fukujama, Samuel Huntington e Michael Walzer: personaggi che nel corso della loro carriera accademica dovrebbero aver avuto l'occasione di imbattersi in qualche paginetta di David Hume. In questo documento l'idea che "All human beings are born free and equal in dignity and rights" è presentata come una delle "five fundamental truths that pertain to all people without distinction". D'altra parte "the conviction that universal moral truths (what our nation's founders called 'laws of Nature and of Nature's God') exist and are accessible to all people" è presentato come uno di quegli *American values* che costituiscono "the shared inheritance of humankind" (Aird *et al.* 2002).

2. Si noti che il documento *What We Are Fighting For* ha al suo centro la critica del 'realismo' e la riaffermazione della teoria della 'guerra giusta': "To seek to apply objective moral reasoning to war is to defend the possibility of civil society and a world community based on justice". Il momento storico in cui Al Qaeda minaccia "a foundational principle of the modern world, religious tolerance, as well as those fundamental human rights, in particular freedom of conscience and religion, that are enshrined in the United Nation Universal Declaration of Human Rights" è uno di quei momenti "when waging war is not only morally permitted, but morally necessary" (Aird *et al.* 2002).

3. A posizioni non lontane era giunto anche John Rawls nello sviluppare le sue riflessioni sulla *law of the peoples*. Anche per Rawls è possibile individuare un insieme di 'diritti umani' - una classe più ristretta rispetto ai diritti garantiti ai cittadini dalle democrazie liberali, diritti umani che non possono venire considerati come. Rispettare i diritti umani è condizione necessaria perché una società ed il suo ordinamento giuridico possano essere considerati decenti, ed è condizione sufficiente per escludere sanzioni economiche o interventi militari da parte di altri popoli. Uno Stato che viola i diritti



umani si colloca così, *per definitionem*, al di fuori del diritto dei popoli, nell'ambito degli 'outlaw states' fuorilegge'. Ma, in virtù dell'universalità dei diritti umani, è comunque tenuto a rispettarli. Ne consegue, secondo Rawls, che i popoli liberali ed i popoli decenti sono tenuti a *non* tollerare gli Stati fuorilegge e la guerra contro gli Stati fuorilegge allo scopo di tutelare i diritti umani è pertanto una guerra giusta. Questo può valere anche nel caso in cui gli Stati fuorilegge non siano particolarmente aggressivi o pericolosi: "If the offences against human rights are egregious and the society does not respond to the imposition of sanctions, such intervention in the defense of human rights would be acceptable and would be called for" (Rawls 1999, p. 94). Per Rawls, dunque, la teoria del diritto dei popoli nei confronti degli 'outlaw states' *si identifica* con la teoria della guerra giusta. In popoli liberali hanno un dovere in questo senso. Per quanto si richiami al principio dell'autodifesa - quell'autentico principio di *ius contra bellum* che è affermato nella Carta delle Nazioni Unite - Rawls fa qui una più o meno consapevole apertura di credito alla teoria della guerra preventiva. Ed è significativo che Rawls non citi neppure lo strumento della giurisdizione internazionale, in special modo penale.

Si potrebbe sostenere che *nihil sub sole novi*. Il primo autore a teorizzare esplicitamente il carattere universale dei diritti soggettivi, goduti da tutti gli uomini per *jus gentium*, il quale si identifica con il diritto di natura o ne deriva, Francisco de Vitoria, ha immediatamente connesso questa teorizzazione alla legittimità della guerra per imporre il rispetto di questi diritti. Nella *Relectio de Indis* si legge che laddove si impedisca il godimento di diritti quali --- la guerra per imporli è guerra giusta (e dunque la conquista spagnola delle Indie è legittima). Ed altrettanto giusta la guerra per tutelare i diritti umani degli Indios, violati attraverso pratiche quali l'antropofagia ed i sacrifici umani, anche se una tale guerra dovesse comportare vittime innocenti.

4. Secondo Habermas i vari cataloghi storici dei diritti, elaborati nel contesto della cultura giuridica europea moderna, costituiscono differenti interpretazioni "d'uno *stesso* sistema dei diritti" (Habermas 1992, p. 155). Accanto ad un percorso storico-sociologico di ricostruzione del processo di definizione e affermazione di un catalogo di diritti fondamentali, Habermas propone argomentazioni di tipo funzionalistico: i diritti fondamentali sono la condizione necessaria perché si costituisca il codice diritto, che richiede la garanzia dell'autonomia privata e pubblica. Inoltre, sostiene Habermas, "le grandi religioni con pretesa universalistica *convergono* in un nucleo di intuizioni morali" (Habermas 1991b, p. 19). E d'altra parte i diritti fondamentali rappresentano l'implementazione, attraverso un a 'genesì 'logica' dei diritti, del 'principio D', il principio normativo generale della *Diskurstheorie*, dunque rimandano a quelle che Habermas definisce 'strutture quasi-trascendentali' comuni a tutti i parlanti umani in quanto intraprendano una prassi comunicativa. Credo che si possa sostenere che la teoria habermasiana del discorso, nonostante la sua pretesa universalistica, sembra in realtà rimandare ad un contesto sociale, culturale e politico-giuridico definito. La ricostruzione storico-sociologica fa riferimento esclusivamente alla genealogia della modernità occidentale. Significativamente, Habermas sostiene che diritti umani, Stato di diritto e democrazia hanno un'origine comune. Ma anche le considerazioni funzionalistiche sui diritti come presupposto necessario del codice diritto in realtà presuppongono il riferimento non ad ogni possibile forma di ordinamento giuridico, ma al diritto positivo occidentale moderno. La considerazione della 'genesì logica' dei



diritti richiederebbe un'analisi più articolata, che porterebbe a mettere in questione gli stessi assunti-chiave della teoria del discorso. Qui può essere sufficiente una considerazione: in tutti i casi in cui Habermas argomenta sul cattere universale dei presupposti dell'agire comunicativo, aggiunge sempre una clausola del tipo 'per tutti coloro che vogliono intendersi'. Questo significa presupporre la disponibilità del partecipante all'interazione a mettere la propria verità a disposizione dell'interlocutore. Un atteggiamento difficilmente universalizzabile nella stessa cultura erede dell'Illuminismo.

5. Per Höffe il diritto penale “rappresenta un elemento irrinunciabile dell'organizzazione di una società che intenda se stessa come vincolata all'ideale dei diritti umani [...] nella funzione concreta di scudo protettivo dei diritti umani ed espressione del legame della società con le vittime della loro violazione [...] in questa funzione esso avanza a buona ragione la pretesa di possedere una validità interculturale” (Höffe 1998, pp. VIII-IX).

6. Questo tipo di legittimazione, dunque, non si richiama a particolarità culturali ma d'altra parte non concede al diritto penale una sorta di delega in bianco, tale da trasformarlo in “uno strumento di controllo generale del comportamento”: “dove non sono in gioco quei beni giuridici elementari che posseggono dignità di diritti umani non è lecito che intervenga l'*ultima ratio* dell'uso della coercizione da parte dello Stato, ovvero il diritto penale” (ivi, p. 95).

7. Höffe sottolinea che la pena in sé è una re-azione, *punitur quia peccatum est*. “Finché il diritto penale fa riferimento ad azioni intenzionali, che avvengono a seguito della violazione di una regola e soprattutto *a causa* di tale violazione, esso può essere sì riformato in più sensi, ma non può mai perdere il suo carattere di ritorsione. Poiché anche le alternative, l'effetto intimidatorio tramite la minaccia della pena e il reinserimento, consistono in reazioni *post et propter* a violazioni delle regole, anch'esse riconoscono - eventualmente *à contre cœur* - l'idea della ritorsione” (ivi, p. 88). È lo stesso principio della ritorsione a indicare la misura della pena, ma non nel senso letterale della legge del taglione: “chi si rende colpevole di un'elementare violazione del diritto merita di essere punito, e lo merita nella misura della gravità oggettiva del torto, del crimine, e della responsabilità penale (soggettiva) ovvero della colpa” (ivi, p. 90).

8. Particolarmente istruttiva a questo proposito è la storia del movimento americano per i diritti civili. Gli afro-americani costituivano all'inizio della vicenda una parte marginalizzata della società che stava trasformando la sua autopercezione. Con lo sviluppo del loro movimento - che peraltro ha conosciuto conflitti interni alla loro stessa comunità - gli afro-americani si sono contrapposti alla 'partial citizenship' di cui erano titolari, ma hanno anche rivendicato e fatto valere questa 'cittadinanza parziale'. Il potere giudiziario, in questo processo “drew on interpretive possibilities that the challengers' own activity was helping to create” (ivi, p. 1530).

Riferimenti bibliografici

Aird *et al.* (2002), “What We're Fighting For. A Letter from America”, *The Washington Post*, 12 febbraio 2002.



- Bauer, J. R., Bell, D.A. (eds) 1999, *The East Asian Challenge for Human Rights*, New York, Cambridge, Cambridge University Press.
- Belvisi, F. (2000), *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista*, Bologna, CLUEB.
- Bobbio, N. (1992), *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- Facchi, A. (2001), *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, Laterza.
- Feinberg, J. (1970), "The Nature and Value of Rights", in Id., *Rights, Justice, and the Bonds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton 1980.
- Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrarese, M. R. (2002), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Foucault, M. (1975), *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, Gallimard.
- Habermas, J. (1991), *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, Pendo Verlag.
- Habermas, J. (1992a), *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- Habermas, J. (1996), *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- Habermas, J. (1999), "Humanität, Bestialität", *Die Zeit*, april 29th.
- Habermas, J. (2002), "Letter to America", *The Nation*, December 16, 2002-2003.
- Habermas, J. (2003a), "Verschliessen wir nicht die Augen vor der Revolution der Weltordnung: Die normative Autorität Americas liegt in Trümmern", *Frankfurter Allgemeine*, april 17th.
- Habermas, J. (with J. Derrida) (2003b), "Unsere Erneuerung nach dem Krieg: Die Wiedergeburt Europas", *Frankfurter Allgemeine*, may 3rd.
- Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford University Press, London.
- Henham, R. (2003), "The Philosophical Foundations of International Sentencing", *Journal of International Criminal Justice*, I, 1
- Höffe, O. (1997), "Déterminer le droits de l'homme à travers une discussion interculturelle", *Revue de Métaphysique et de morale*, 4.
- Höffe, O. (1998) *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt a. M., Suhrkamp.
- Ignatieff, M. (2001), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton.
- (2003a), "The Burden", *New York Times Magazine*, January 5th.
- (2003b) "The Way We Live Now: 3-23-03; I Am Iraq", *The New York Times*, march 23th.



- Kelsen, H. (1944), *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press; reprint, New York-London, Garland, 1973.
- Lollini, A. (2003), “Le processus de judiciarisation de la résolution des conflits: les alternatives”, in E. Fronza, S. Manacorda (eds.), *La justice pénale internationale dans les décisions des TPY ad hoc*, Milano, Giuffrè.
- Lollini, A. (2004), “L’istituzione delle giurisdizioni *Gacaca*: giustizia post-genocidio e processo costituente in Ruanda”, *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2.
- MacKinnon, C. (1993), “Crimes of War, Crimes of Peace”, in S. Shute-S. Hurley (eds.), *On Human Rights*, New York, Basic Books.
- Michelman, F. I. (1986a), “The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government”, *Harvard Law Review*, 100.
- Michelman, F. I. (1986b), “Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World”, in J. R. Pennock-J. W. Chapman (eds.), *Nomos XXVIII. Justification*, New York-London, New York University Press.
- Michelman, F. I. (1988), “Law’s Republic”, *The Yale Law Journal*, 97, 8.
- Panikkar, R. (1982), “La notion des droits de l’homme est-elle un concept occidental?”, *Diogène*, 120.
- Parsons, T. (1951), *The Social System*, Glencoe, The Free Press.
- Pitch, T. (1995), “L’antropologia dei diritti umani”, in A. Giasanti-G. Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Milano, Cortina.
- Rawls, J. (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Rice, C. (2000), “Promoting the National Interest”, *Foreign Affairs*, 79, 1.
- Rorty, R. (1993), “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”, in S. Shute-S. Hurley (eds.), *On Human Rights*, New York, Basic Books.
- Rorty, R. (1996), “Giustizia come lealtà più ampia”, *Filosofia e questioni pubbliche*, II, 1.
- Sunstein, C. (1988), “Beyond the Republican Revival”, *The Yale Law Journal*, 97, 8.
- Taylor, Ch. (1994), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press.
- Taylor, Ch. (1999), *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*, in J.R. Bauer, D. A. Bell, (eds.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, New York, Cambridge University Press.
- The White House (2002), *The National Security Strategy of the United States of America*, United States Department of State.
- Vitoria, F. de (1539), *De Indis et de iure belli relectiones*, E. Nys (ed.), Washington DC, Oceana, Carnegie Institution, 1919.
- Zolo, D. (1995), *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano, Feltrinelli.



JURA GENTIUM



Zolo, D. (1998), *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci.

Zolo, D. (2001), *Chi dice umanità*, Torino, Einaudi.

Zolo, D. (2004), *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza.

Kant's recourse to the domestic analogy in the *Perpetual peace*

Chiara Bottici

One of the objections raised against the Kantian tradition of international relations (1) is that of its reliance on an essentially flawed analogy between domestic and international order. In Hedley Bull's words, the "domestic analogy is the argument from the experience of individual men in domestic society to the experience of states, according to which states, like individuals, are capable of orderly social life only if, to use the Hobbesian expression, they stand in awe of a common power" (Bull 1977: 46). According to Bull, we must abandon the domestic analogy altogether, not only because the attempt to understand something by means of something else is a sign of infancy in a subject, but also because the international society is unique and owes its nature to qualities that are peculiar to the situation of sovereign states (Bull 1966a: 45).

This criticism of the domestic analogy is often used as an argument for rejecting any supranational federal arrangement. (2) According to Michael Hardt and Antonio Negri, for instance, not only the Hobbesian hypothesis, which emphasises the contractual process giving rise to a new unitary and transcendental supranational power, but also the so-called Lockean conception, focusing on the counter powers that animate the constitutive process, must be rejected. In both cases, according to this criticism, the necessity of a global power would be drawn from an analogy with the experience of the domestic society, i.e. from the idea that peace can be reached only through the subjection to a common power.

The aim of this paper is to assess the validity of such a critique. Do we have to reject the Kantian argument and the other world order proposals following the same line of reasoning because they rest on a naive analogy - as Bull suggests? To answer this question, I will first try to evaluate the domestic analogy as a form of analogical argumentation, by analysing the conditions of its application. Second, I will apply this analysis to Kantian thinking, arguing that the domestic analogy here plays only a rhetorical and heuristic, but not a justificatory role.

We can identify in western thinking two mainstream meanings of the term "analogy": the first, ranging back to Plato and Aristotle, points to the equality of relationships - like the one existing among the members of a mathematical proportion $(x : y) = (k : z)$; the second, which is closer to the common use, points to the extension of knowledge from one situation to another on the basis of the similarities existing between the two situations. (3) Despite their being distinguished, these two meanings are interwoven, insofar as the similarity which supports the extension of knowledge from one situation to another may be conceived of as a similarity of relationships. Other possible meanings of the term might be found, but they all seem to refer to one of the two semantic areas identified above. For instance, one of the four terms of a proportion may be identical with another one - as in what Aristotle calls the "geometrical proportion", where the second term is identical to the third. (4) However, I will deal with all these meanings as special cases of one of the two semantic areas described.



Let us move to the “domestic analogy”. In its classical formulation, this type of reasoning consists in a proportion that can be expressed in the following way: “states : international relations = individuals : domestic realm”. Here, the unknown factor is the second, whereas all the other terms - as well as the relationship between the last two - are assumed as given. On the basis of a similarity of relationship between the two conceptual pairs, on the one hand, and on the basis of other similarities between the first terms of each pair, on the other, the relationship between the terms of the first pair can also be derived.

Moving one step farther, I will now analyse this way of reasoning by asking what the conditions for its application are. First, since the analogy is always drawn between two similar, but different, situations, whoever argues for the domestic analogy implicitly assumes that the two domains - domestic and international - are distinct. This thought has not yet been sufficiently emphasized and deserves more attention. Up to a point, a heuristic analogy between two domains can be so perfect that the differences between these domains diminish to the point of vanishing. But at the limit of this diminution, one can argue, the analogy itself disappears. It follows that there is a negative moment in any analogy which cannot be removed, without removing the analogy altogether thereby. According to C. Perelman and L. Olbrechts-Tyteca, the use of analogy in law, for instance, is much less widespread than is commonly held. In their view, the use of analogy is limited to the comparison of particular features of positive rights that are distinguished in space or in time. On the contrary, when looking for similarities between systems, these latter are thought of as examples of the general category of law, and, even more, when arguing for the application of a norm to new cases, we are moving within one single field. In fact, inasmuch as we recognise that the new cases fall within the same principle, there is no longer any separation between the two domains of the analogy, and therefore the analogy itself is thereby overcome (Perelman, Olbrechts-Tyteca 1958: 395).

Now, as the terms *inter-national* and *domestic* underline, what marks the difference between the two realms is national sovereignty, with its double face, internal and external. Sovereignty itself marks the borderline between the two domains by separating, inwards, the space for the exercise of the sovereign power (which is therefore *domestic*) and, outwards, the anarchic space of the clash of equally sovereign nation states (*inter-national*). Beyond this distinction there is, then, the tendency of modern political theory to conceive of the universe of politics in terms of a dichotomous view, separating its internal domain, subject to sovereignty, from the external one, domain of mere anarchy. We can talk of a crucial role played by the sovereignty *versus* anarchy dichotomy in modern political thinking. (5) By this, I mean that the two spaces, for the exercise of sovereign power, on the one hand, and for the anarchical clash of sovereign nation states, on the other, tend to be conceived of as both mutually *exclusive* - because what is included in the first cannot be part of the second - and jointly *exhaustive* of the whole universe of politics - so that what does not belong to the domain of sovereignty is usually assumed to belong to that of anarchy.

The previous remarks lead to the second condition for the application of the domestic analogy, namely, the fact that the knowledge extended to the international domain must derive from the experience of individuals in domestic society. Again, what is extended



to the international domain is a knowledge that is drawn from the modern “domestic” experience. Be it the whole experience of the sovereign state - as in world state proposals - or some kind of partial knowledge - as in the idea of a limited social contract among states, in both cases, in order to have a fully-fledged domestic analogy, the idea that the existence of a supreme power is the condition of social order must be derived from the specific modern experience of individuals. Therefore, those arguing according to this line of reasoning, without recognising its historical roots, run the risk of making an implicitly universal paradigm out of a historically situated experience, whereas any analogy drawn from historical experience should always be previously recognised and assessed as such.

This is not to say that any analogical argument relying on the modern experience is essentially flawed - as some critics of the domestic analogy seem to argue (6). This can be held only either by rejecting analogical reasoning altogether or by holistically discarding the modern experience as a whole. In reference to the first strategy, one might object that analogical reasoning, after having been rejected altogether by neopositivist thinkers, is now the object of great debate, suggesting its importance as a heuristic tool and as a means for argumentation. Whereas almost everybody recognises the validity of the analogy as a heuristic tool, its value is hardly held to be more than that of a mere starting point. I argue that analogical reasoning must also have some argumentative value, since it can potentially count in favour of one hypothesis over others. However, I recognise its precarious status, which is due not only to the fact that an overly successful analogy may disappear, as I stressed above, but also to the fact that the force of the analogy may always be denied by pointing to its negative moment, namely, to the difference between the domains of the analogy.

Therefore, an analogy may be too little to uphold a world order proposal, but it is certainly not only the sign of the infancy in the subject - as Bull argues. On the other hand, I am not willing to reject the whole modern experience either, as some postmodern thinkers seem to do. With the previous remark, I want only to point out the historical character of the experience of the modern state, which does not mean taking a position either in favour of or against it.

Now, what can justify the extension - whole or partial - of this experience to the international realm? This question leads us to the third condition for applying the domestic analogy, namely, the existence between the two domains of a sufficient number of similarities - which, in contrast to the differentiating side of the analogy, may be called the *positive* moment of the analogy. (7) As clearly appears from the proportion that I have described above, the main similarities between the two domains are, first, that between *states* and *individuals* and, second, the similarity of relationships assumed to exist between states and the problem of international order, on the one side, and individuals and the problem of domestic order on the other.

The assumption of a similarity between *states* and *individuals*, despite its ancient origins, received a new irresistible force in the modern age through the emergence of the concept of sovereignty. (8) However ancient the idea of the personality of the state may be, ranging back to the Justinian Roman law idea of the state as an abstract subject of rights, (9) it is in modern times, with the consolidation of the concept of a power *superiorem non recognoscens* that the idea of the state as a unitary actor, equipped with



a single will and rational behaviour emerged. It is no coincidence then that the metaphor state-person continually recurs in the texts of the earliest theorists of sovereignty, like Hobbes and Bodin. As Carl Schmitt has pointed out, these authors transpose the concept of sovereignty from the field of theology to that of political theory (Schmitt 1922). A “political theology” emerged thereby, because they conceived of the modern state in terms of secularised theological concepts. In this way, God’s *superiorem non recognoscens* power became the state’s sovereign power and the omnipotent God became the omnipotent lawgiver.

Once states started to be conceived as unitary actors endowed, like individuals, with a sovereign will, it was easy to go one step further and apply to the international domain the same category of state of nature which has been used by authors belonging to the natural law tradition to justify the institution of a sovereign power. Indeed, the idea of an international state of nature played a crucial role in the representation of the international realm up to the present. (10) Having drawn this parallel between the individuals’ state of nature and the international state of nature, the difference then emerges between those who maintain that this condition is unchangeable and those who go further and recommend for states the same social contract which has been applied to individual men: among the former is certainly Thomas Hobbes, whereas l’Abbé de Saint Pierre, who explicitly constructs his project for perpetual peace on the full extension to international relations of the Hobbesian argument, belongs to the latter.

In the current literature, Kant is also commonly held to be one of the major supporters of the domestic analogy. (11) According to this interpretation, his project *Perpetual Peace* rested ultimately on the mere analogical application of the conceptual apparatus of the natural law doctrine to the international realm. There are many passages which seem to support such an interpretation, as the following from *Second Definitive Article* of his *Perpetual Peace*: “People who have grouped themselves into nation states may be judged in the same way as individuals in a state of nature, independent of external laws, for they are a standing offence to one another by the very fact that they are neighbours. Each nation for the sake of its own security, can and ought demand of the others that they should enter along with it into a constitution, similar to the civil one, within which the rights of each could be secured” (Kant 1795: 102). (12)

The following parallel “civilised nations of Europe = savages of America” (Kant 1795: 103), which had already been proposed by Hobbes (Hobbes 1651: 187), highlights the suggestive power of the idea of an international state of nature, as well as the rhetorical strength of a comparison with “savage peoples”. As in the Hobbesian *Leviathan*, we found in this passage not only a parallel between states and individuals, but also a proportion, which I held to be constitutive of analogies: “states : international relations = individuals : state of nature”. However, in contrast to Hobbes, who - believing a change of this condition as ultimately unnecessary - (13) did not push the analogy any further, Kant seems to draw from this proportion the conclusion that states, like individuals, must exit from the state of nature through a social contract and give rise thereby to a juridical condition (*Rechtszustand*) - where for Kant, “the right (*das Recht*) is the sum total of those conditions within which the will of one person can be reconciled with the will of another in accordance with a universal law of freedom” (Kant 1797: 133). (14)



The problem now arises of evaluating how far Kant went with this analogy. In fact, the passage quoted above continues by saying that the constitution “similar to the civic one”, to which states should give rise, must be a federation of states (*Völkerbund*) (15) and not a world state (*Völkerstaat*), because this latter would contradict the initial assumption of considering the right of nations in relation to one another insofar as they are a group of separate states which are not to be welded together as a unit (Kant 1795:102) and, moreover, because laws progressively lose their impact as the government increase its range, and a soulless despotism would finally lapse into anarchy itself (Kant 1795: 113; 1797: 171).

One could now object that these arguments, precisely in a Kantian perspective, seem not to be decisive. The last two arguments that he puts forward against the hypothesis of a world state are mostly drawn from experience, whereas in Kant’s view, as we will see, experience cannot provide a certain guide for the future. One may also argue that the Constitution of the United States of America (1787), to which Kant did not devote enough attention, acts as counterexample to both these arguments: in this latter, whereas the impact of laws is guaranteed through a clear division of competencies between federal and national levels, the dangers of despotism are avoided by a complex counterbalancing between both federal and national powers as well as between legislature, executive and judiciary. Indeed, Kant by despotism means a form of government (*forma regiminis*) that is counterpoised to republicanism because it does not respect the separation between the government and the legislative power, and therefore it prevails each time the laws are made and arbitrarily executed by one and the same power (Kant 1795: 101). This is a point on which many interpreters have recently insisted: the arguments mentioned above hold only against the hypothesis of a despotic world state - what Kant calls “universal monarchy” (Kant 1795:113) - but not against the idea of a republican world state (*Weltrepublik*), which would fight the dangers of despotism through a clear division of the legislative from the executive. (16) On the other hand, one can add, the argument moving from the idea of a *ius gentium* seems to be a *petitio principii* and it contradicts the passage from the *Metaphysics of Morals* where he says that the *ius gentium* concerns not only relations among states but also among individuals (Kant 1797:165).

However, a much stronger argument against the hypothesis of a world state seems to be that again put forward in the *Perpetual Peace*: “while natural right allows us to say of men living in a lawless condition that they ought to abandon it, the right of nations does not allow us to say the same of states. For as states, they already have a lawful internal constitution, and have thus outgrown the coercive right of others to subject them to a wider constitution in accordance with their conception of right” (Kant 1795: 104). Here, no way out seems to be suggested: having argued according to the analogy states-individuals, a fundamental qualification is added.

If there is a domestic analogy in Kantian thinking, it must therefore be significantly limited. In fact, Kant does not simply apply to the international realm the domestic model of social order and therefore he cannot be accused of having overlooked the specificity of international order, as Bull in his criticism was suggesting. Kant’s proposal of a free federation of states, as well as his perplexities on the hypothesis of a world state, stems precisely from the awareness of the difference existing between states



and individuals, i.e. from the fact that states already have a constitution. In this sense, the Kantian project cannot be charged with naively applying to the international realm the domestic model of social order.

Furthermore, according to the first definitive article of *Perpetual Peace*, this constitution must be republican (Kant 1795:99). Republics, in Kant's view, are not inclined to move war because - as is the case under this kind of constitution - the consent of the citizens being required to decide whether or not war is to be declared, it is natural that they will have great hesitation in embarking on so dangerous an enterprise, for this would mean calling down on themselves all the miseries of war (Kant 1795: 100).

Even if this is a thesis that can be isolated from the others and is subject to criticism, (17) it should not be overlooked. By saying that states must have a republican constitution in order to achieve the ultimate end of perpetual peace, Kant clearly shows his awareness of the differences existing between states and individuals. Put in the language of international relations theories, Kant combines the systemic level of analysis to an approach which focuses on the units of the international system, and in so doing he is open to catch the specificity of international order.

At this point one could, however, object that the Kantian project of *Perpetual Peace* still ultimately rests on the domestic analogy - however significantly qualified this analogy might be. Indeed, as I stated above, the negative moment of the analogy is constitutive of it and, moreover, one can still argue that the necessity for states to give rise to a common power, even if this latter is not intended as a world state, is still derived from the experience of individuals in domestic society. In fact, there are in Kantian thinking at least two of the three conditions for the application of the domestic analogy. There is a separation between the domestic and the international domain, a separation that seems to acquire systematic value through the division of the concept of public right (*öffentlicher Recht*) into right of the state (*Staatsrecht*), international right (*Völkerrecht*) and cosmopolitan right (*Weltbürgerrecht*) (Kant 1795:98; 1797:136) (18). Furthermore, as we have seen, there is also the statement that similarities between the two domains exist - similarities that are ultimately expressed through the proportion "states : international realm = individuals : state of nature". But what role do all these elements play? Once it has been stated that important elements of the domestic analogy are present, the real question must focus on the role that these play. I argue that, despite their being present, they do not play any decisive founding role, because they are necessary but not yet sufficient conditions of the domestic analogy. In order to have a fully-fledged domestic analogy, all the three conditions must be respected. And this does not happen in Kant's project because, as I will try to show, he explicitly rejects the second condition of the domestic analogy, i.e. to derive the necessity of a social contract among states from the domestic experience of individual human beings.

In other words, going back to the two meanings of the term analogy described at the beginning of this paper, one can certainly say that there are in Kant some elements of domestic analogy, because there is a proportion "states : international realm = individuals : state of nature", and there is therefore an analogy according to what I called the first meaning of the term. But can we say that he derives from such a proportion an extension of knowledge from one domain to another - as would be



required according to the second meaning of the term? Is his reference to the domestic experience the basis for saying that, *since* individuals successfully resolved the problem of the social order through a social contract, states should do the same?

In my view, it could never possibly be so because for Kant the reference to a *fact*, be it the experience of individuals in the domestic society, or any other kind of historical experience, could never be the basis for saying states *should* follow this example. This is to say that the reference to whatsoever past experience could never rise to the range of philosophical justification. As he patently puts it in the *Metaphysics of Morals* when talking of the constitution necessary in order to achieve the perpetual peace, “the rule on which this constitution is based must not simply be derived from the experience of those who have hitherto fared best under it, and then set up a norm for others. On the contrary, it should be derived *a priori* by reason from the absolute ideal of a rightful association of men under public laws. For all particular examples are deceptive (an example can only illustrate a point, but does not prove anything, so that one must have recourse to metaphysics). And even those who scorn metaphysics admits it necessity involuntarily [...]” (Kant 1797: 174). (19)

In other words, there is nothing in the experience of individuals that might tell us *why* states should do the same, because this experience is at best an example which does not prove anything and might even be misleading. We will come back later to the reasons why according to Kant particular examples are deceptive. Here it is sufficient to say that, according to him, in order to reach perpetual peace, which is the ultimate end of the whole theory of right, we cannot rely on the past experience, because this is contingent and can therefore at best illustrate (*erläutern*) a point, but does not demonstrate (*beweisen*) anything (Kant 1797: 174).

More so: according to Kant it could not possibly be experience that makes the public coercion of right necessary, because even if experience would tell us that human beings or states are extremely benign to each other, even if we imagined them to be as benevolent and law-abiding as we please, the *a priori* rational idea of a non-lawful state will still tell us that, before a public and legal state is established, individual men, peoples and states can never be secure against acts of violence from one another, since each will have his own right to do what seems right and good to him (Kant 1797:137). Therefore, independently from what it actually happens, states should abandon the state of nature because reason tells us *a priori* that this, as a lawless state, is unjust.

As we also read at the beginning of *Perpetual Peace*, where Kant is about to present the *Definitive Articles* for perpetual peace, these articles do not stem from an *a posteriori* experience, but they are based on an *a priori* postulate of reason. Given that human beings, or peoples, living in a state of nature, even if they do not actually (*de facto*) injure each other, they are each other a threat for the lawfulness of their state (*statu iniusto*), all these articles must be based on the postulate of reason according to which “all human beings who can at all influence one another must adhere to some kind of civil constitution” (Kant 1795: 98). (20) This is not to say that these articles have nothing to do with the real world. On the contrary, it is only to say that the way in which things *actually* are in this world cannot be the basis for saying how they *should* be. But once we have derived from pure reason the principle in question, the next step consists in applying it to the possible cases provided by experience. Indeed the passage quoted



above continues by saying that “any legal constitution, as far as the persons who leave under it are concerned, will conform to one of the three following types: 1) a constitution based on the civil right of individuals within a nation (*ius civitatis*); 2) a constitution based on the international right of states in their relationship with one another (*ius gentium*); 3) a constitution based on a cosmopolitan right, in so far as individuals and states, coexisting in an external relationship of mutual influences, may be regarded as citizens of a universal state of mankind (*ius cosmopolitanicum*) (Kant 1795: 98-99).

As it clearly appears from this and analogous passages, the structure of the argument involves two fundamental steps: in first place there is the justification of an *a priori* postulate of reason, and secondly there is its application to experience. It is not merely that these steps are distinguished; their order cannot be inverted too, because experience cannot be the basis for the justification of an *a priori* principle. Therefore Kant could never have moved from the domestic experience for saying that, since this has been successful, states should follow it and also enter a lawful condition - as Bull in his interpretation suggests. On the contrary, he moves from an *a priori* postulate of reason and then applies it to all the possible cases: individuals within a nation, states in their relationships with one another, and finally individuals and states as far as human beings are regarded as citizens of a universal state of mankind.

Indeed it is also counterintuitive to think that Kant moves from the domestic realm to the global one: given Kant’s cosmopolitan outlook, we would on the contrary expect that he moves the other way. (21) I will come back to this point later. It is sufficient to stress here the importance of the distinction between the two steps of philosophical justification of a principle and its application. I argue that it is only because this distinction has been overlooked that Kant could have been interpreted as a supporter of the domestic analogy. In fact, even if there are some elements of the domestic analogy in Kantian thinking, they could never play the decisive founding role because in his view the reference to the past experience cannot provide the basis for a philosophical justification.

This distinction can also help to make sense of otherwise unsolvable tensions of his thinking. For instance, according to Otfried Höffe, there would be a contradiction in the thesis put forward by the *Second Definitive Article* of the *Perpetual Peace*, namely, between the final proposal of a federalism of free states, which implies the rejection of a world state, and the “founding analogy states-individuals, which would instead call for statehood” (Höffe 2001: 225). However, as I have shown, the analogy states-individuals does not necessarily imply the proposal of a world state, because, in order to have this further passage, it is also necessary to accept the second condition of the domestic analogy, which, as we have seen, Kant explicitly rejects.

To put it in a different way, there is no contradiction, because in order to have a contradiction we must have two contrasting propositions which are held to be true at the *same time* and under the *same respect*. But here we have two propositions, one asserting that states like individuals *should* give rise to a lawful condition, and the other saying that a free federation of states, under given circumstances, might be better suited to realise this end, whose truth holds from different points of view. Indeed even if the text of *Perpetual Peace* with its structure of international treaty suggests that Kant is



addressing these issues to policy makers, it would be misleading to read the text as if Kant would have been here aimed *only* at providing definitive fully-fledged institutional projects. Of course there is *also* the attempt at identifying the institutions better suited to implement the *a priori* postulate of reason that tells us that whoever find himself in the condition of influencing one another should enter a lawful condition, but this discussion situates itself at the level of application of a principle, and must not be confused with the philosophical justification of such a principle. In fact, in a Kantian perspective, whereas there might be doubts on what institution is better suited to the intended end, no doubts can emerge over an *a priori* principle of reason.

In my view, it is only the distinction between these two levels of argumentation, sometimes intermingled in the texts, that can explain why Kant fluctuates between the proposal of a world state and that of a free confederation of states. Many have noticed this tension without explaining how can it possibly be so, sometimes even within few pages - as it is the case of *Second Definitive Article* of the *Perpetual Peace*. (22) I think it can only be so because according to Kant, whereas at the level of the philosophical justification of a principle we can expect a knowledge that is certain, when moving on to the level of the application of such a principle, we have to take into account the contingency and multifaceted variety of the *empeiria* and we cannot expect the same degree of certainty.

This is a crucial point which deserves further attention. We have seen that, using the language of the contractualist tradition, Kant asserts that states can be judged as individuals in the state of nature and must therefore, like individuals, enter into a lawful condition through a social contract. But how did Kant conceive of this latter? What kind of necessity does it imply in his view? What kind of knowledge is he talking about when he says that states should give rise to it? I argue that this necessity is neither drawn from the past experience, nor from a simple rule of prudence. In fact, in Kant's view the social contract is neither an historical *fact* which explains the origin of power, nor an helpful *means* to obtain a given end, as would have been if he had conceived of it according to the mainstream contractarian tradition. Against the first interpretation, Kant explicitly argues that an inquiry into the origins of (state) power is not only useless for the purpose of perpetual peace, but also dangerous for it could be used as an excuse for breaking the law (Kant 1797:162). On the other hand, in contrast to the prudentialist reading, he argues that political maxims must not derive from the prospect of any benefit or happiness which might accrue to the state if it followed them, i.e. by an end which each state takes as the object of his will; on the contrary "they should stem only from (*ausgehen*) the pure concept of rightful duty, i.e. by an obligation whose principle is given *a priori* by pure reason" (Kant 1795:124). Indeed, as we read in *On the common saying: "this may be true in Theory, but it does not apply in Practice"*, "we need by no means to assume that this contract (*contractus originarius* or *pactum sociale*) based on a coalition of the will for the purposes of rightful legislation, actually exist as a *fact*, for it cannot possibly be so [...]. It is in fact merely an *idea* of reason, which nonetheless has undoubted practical reality, for it can oblige every legislator to frame his laws in such a way that they could have been produced by the united will of a whole nation..." (Kant 1793:79).



To sum up, in Kant's view, the social contract is an *a priori* idea of reason - and not a means to obtain a given end, and even less the explanation of the historical origin of power. And reason, in Kantian terminology, is the faculty that, given its transcendent character, is the practical faculty (23) *par excellence*, i.e. it is the faculty of determining the will only through the idea of duty itself, without taking into consideration what experience has to say. (24)

Therefore, in Kant's thinking, the necessity to abandon the state of nature could never have been drawn from experience - as it would have been if Kant had conceived the exit from the state of nature as a rule of skill for finding means to one's purposes, because it is the *a priori* determination of the will that is at stake here. In fact, a rule of skill, in Kant's view, would have involved a *theoretical* necessity, since, as we read in the *Critique of Practical Reason*, the rules of skill only point out the manifold of the possible action that is sufficient to produce a certain effect, and are thus as theoretical as any proposition that asserts the connection of a cause with an effect: whoever approves the effect must also be willing to approve the cause (Kant 1788: 159). On the contrary, what is at stake in the exit from the state of nature is the *practical* necessity, that is to say, the necessity stemming from an *a priori* determination of the will that is not subject to the approval of any further end, but that is an end in itself, namely from the duty in the sense of a categorical imperative.

We can also face the issue from the point of view of the Kantian distinction between the "moral politician" and the "political moralist". This is a distinction that Kant introduces in the *Appendix to the Perpetual Peace* to counterpoise two possible approaches to the problem of peace. After having said that there cannot be any conflict between politics, as an applied branch of right, and morality, as a theoretical branch of right (Kant 1995: 116), a clear division is made between the political moralist who follows maxims from experience - such as the sophistries "*Fac et excusa*", "*Si fecisti nega*", "*Divide and impera*" - and treats the problem of peace as a mere technical task (*Kunstaufgabe*), and the moral politician who rightly conceives of it as a moral task (*sittliche Aufgabe*). Only the second approach - he continues - is appropriate, since to bring about perpetual peace is not just desirable as a physical good, but is desirable precisely as a state of affairs which must arise out of recognising one's duty (Kant 1795: 122). Furthermore, according to Kant, to the solution of the first problem (that of *Staatsklugheit*) not only a great deal of knowledge of nature is required, so that one can use its mechanism to promote the intended end, but - nevertheless - "all this is *uncertain* so far as its repercussions on perpetual peace are concerned, no matter which of the three departments of the public right one considers. On the contrary, the solution of the second problem, that of the *Staatsweisheit*, presents itself as it were automatically; it is obvious to everyone, it defeats all artifices, and leads straight to its goal, so long as we prudently remember that it cannot be realised by violent and precipitate means, but must be steadily approached as favourable opportunities present themselves" (*idem*).

As clearly emerges from this passage, the solution to the problem of peace not only *should* not be drawn from experience, but it also *could* not possibly be so. Indeed, any attempt at doing so is doomed to failure, because, as we have seen, such a knowledge would be uncertain. This knowledge is indeed unreliable because, as we read in the



same passage, “history gives examples which go in opposite directions” in reference to the means by which to reach this goal (Kant 1795:122).

There is no space here to discuss at length the reasons why, according to Kant, such a knowledge is uncertain. I will only briefly point out that in my view this happens because Kant considers human beings as equipped with what he sometimes calls the “transcendental freedom”, namely, the faculty of choosing and determining a new course of actions, independently from natural causality. This kind of freedom is also sometimes called “causality as freedom” (Kant 1788: 215) and must be kept distinguished from freedom in the sense of the autonomy of will. (25) Thus, whereas we can predict what falls under the category of natural causality, in the realm of history and human actions we have to take into account humans beings’ independence from natural causality.

This is not to say that we cannot have any secure guide in this field, but only that the necessity at stake is not theoretical, but rather practical. In fact, if experience cannot provide any secure guide to the end of perpetual peace, on the contrary, pure reason, as the highest legislative moral power, absolutely condemns war and prescribes the exit from the state of nature as an immediate duty (Kant 1795:122). Over the necessity of this duty no doubt can be raised, precisely because it is prescribed *a priori* by reason and does not rely on contingent experience.

Therefore, to conclude on this point, only an empiricist reading which neglects the distinction between the philosophical justification of an *a priori* and its application to the multifaceted cases provide by experience, could at the end have attributed to Kant what I called the second condition of domestic analogy. On the contrary, as I have tried to show, this latter is not only patently rejected in the texts, but also contrary to philosophical outlook of the Kantian approach to the problem of peace.

However, even if Kant cannot simply be considered a supporter of the domestic analogy because he refuses one of its condition, at different points he refers, as we have seen, to the analogy states-individuals and, furthermore, he endorses the statement of the proportion “states : international relations = individual : state of nature”, thereby applying the language of the contractarian tradition to international domain. The problem therefore arises to assess the way in which these elements of domestic analogy should be read.

In first place, I think we should read them as rhetorical devices aimed at persuading rulers to apply those principles in their policy-making. This is true in particular for the *Perpetual Peace*, which, with its structure of international law treaty seems to be aimed at persuading policy makers of the desirability and feasibility of this project (Kant 1795: 115). This aim is made clear in the section entitled *Secret Article of Perpetual Peace*, where Kant explicitly invites rulers to listen and even consult philosophers on the conditions under which peace is possible. It is here interesting to note that, when introducing the *Second Definitive Article*, to which interpreters usually refer when attributing to Kant the domestic analogy, Kant argues that since we regard as barbarism, coarseness, brutality the way in which “savages” cling to their lawless freedom, we would expect that the European “civilised peoples” would hasten to abandon so degrading a condition as soon as possible (Kant 1795: 103). Here the series of dichotomies state of nature/lawful condition, barbarism/ civilisation, freedom of folly/



freedom of reason are clearly intended to play a rhetorical role. This seems also to be confirmed by the order of the arguments, since Kant begins by insisting on the general and uncontested contempt for the savages' lawless freedom, and only in a second step he turns the accuse of being like savage peoples to European sovereigns, introducing thereby the parallel "international relations"= "state of nature".

On the other hand, I think that the elements of domestic analogy that are present in the text play a further role, which I would define as heuristic. By this I mean that for instance the analogy states-individuals helps to formulate the problem at the beginning. This is to say that it enables to formulate the problem by addressing the question "can states be judged in the same way as individuals living in a state of nature". Indeed, as we have seen, there are many passages where this and similar formulations can be found. However, this is only the starting point of the formulation of the problem: once it is found that to solve the problem what is needed is not the reference to the experience of individuals, but the *a priori* justification of a principle, those formulations can no longer help. In fact, as we have seen, the final structure of the whole reasoning upon which the Kantian project ultimately rests is that of justification and application of a principle.

Therefore, we can also add, once the principle in question has been applied, the analogy is thereby overcome. As we have seen at the beginning, according to Perelman and Olbrechts-Tyteca, when we are applying a norm to new cases, we are not, properly speaking, reasoning by analogy: an analogy may help at the beginning, but once we have found that the new case fall within the same principle, the analogy is thereby removed, because there is no longer a separation between the two terms of the analogy, which - as we have seen - is one of the necessary conditions of the analogical reasoning. Therefore, going back to the Kantian reasoning, once we have found that the *a priori* principle, according to which whoever find her-/himself in the position of influencing one another must enter into a lawful condition, holds for states as well as for individuals, the analogy is thereby overcome because there is no longer any separation between the domestic and the international domain: rather we are in the unique domain of right. This domain is unique and the difference ultimately consists only in the different points of view for considering it: namely that of individuals within a nation (*Staatsrecht*), of states in their relationships with one another (*Völkerrecht*) and, finally, of individuals and states as far as, since the earth surface is spherical, human beings must also be considered as citizens of a universal state of humankind (*Weltbürgerrecht*). These are ultimately only three possible forms of the unique concept of rightful state (*rechtlicher Zustand*) so that if only one of these lacks the whole structure is undermined and must finally collapsed (Kant 1797:137).

Thus, what I have called the first condition of the domestic analogy, namely the separation between the two domains, has an uncertain status, too. It is true that it plays a central role in the distinction between the three domains of public right, but this distinction must be read merely as an approximation to a system. In fact, as we read in the preface to the *Metaphysic of Morals*, the concept of right, despite its being a pure concept, is oriented towards practice, because it finds application in the multifaceted cases provided by experience; this is the reason why Kant says he has to call his theory of rights "The metaphysical elements of the theory of rights" (*metaphysische*



Anfangsgründe der Rechtslehre) - and not simply “metaphysics of right”. According to him, there cannot be a purely metaphysical system of right (*aus der Vernunft hervorgehendes System*) - what would have implied a perfect division of its parts which, having to take into account the multiplicity of the experience is impossible, but only an approximation to a system (*nur Annäherung zum System*) (Kant 1797, AB, III, IV).

This may also explain why, in dealing with the crucial issue of the subjects of the *jus gentium*, Kant asserts that this latter involves not only the relationship between states but also between individuals. Quoting again the *Metaphysics of Morals*: “A state of nature among individuals or families (in their relations with one another) is different from a state of nature among entire nations, because international right involves not only the relationship between one state and another within a larger whole, but also the relationship between individual persons in one state and individuals in the other or between such individuals and the other states as a whole” (Kant 1797: 165). Therefore even in considering the relationship between states we cannot but consider simultaneously individual human beings.

This also confirms what we suggested before, namely that, the Kantian outlook is cosmopolitan from its inception, and it remains cosmopolitan even when he considers the *ius gentium* - it does not matter whether he takes a world state or a free confederation as the institution better suited to implement his cosmopolitan principles. But if the perspective is cosmopolitan, then it is counterintuitive to think that Kant could move from justice in the domestic sphere to its application to the global one (26). On the contrary, as we have seen, he moves from an *a priori* principle and then applies it to different forms of right, but always with the awareness of their interdependence. This was clear to him since 1784, when in the *Seventh Proposition* of the *Idea for a Universal History* he wrote that “the problem of establishing a perfect civil constitution is subordinate to the problem of a law-governed external relationship with other states, and cannot be solved unless the latter is also solved” (Kant 1784: 47). Since then Kant was well aware of the interdependence of the three levels of right *Staatsrecht*, *Völkerrecht* and *Weltbürgerrecht*, interdependence which he derives from the observation that, being the surface of the earth spherical, individuals and peoples cannot indefinitely spread, but have to reencounter. (27)

Precisely for this awareness Kant occupies a peculiar position in the modern political philosophy. And, as Katrin Flikschuh recently noticed, this position also counterpoises Kant to most contemporary liberals: whereas these latter conceive of justice at the domestic level and then apply it the global context, Kant does not distinguish between different theories of justice, but simply considers different levels of institutionalising his cosmopolitan conception of right (Flikschuh 2000: 170). Indeed many of those who consider themselves Kantian, recover Kant through an empiricist reading which neglects its dependence on a metaphysical approach, and this may finally explain why their reasoning often appears closer to the domestic analogy than that of Kant.

The best example of this tendency is Rawls’ treatment of the *Law of peoples*: after having considered justice in the domestic sphere he applies the same devices (original position, veil of ignorance etc) to the international one, only by adjusting them (Rawls 1999). There is not space here to discuss Rawls’ position in detail; suffice to note that his approach, which takes states and not individuals as the starting point and which



entails a radical refusal of the hypothesis of a world state, is in my view much closer to the domestic analogy than Kant's cosmopolitanism, which appears, at times, to embrace this hypothesis.

Therefore, in conclusion, to adopt a cosmopolitan perspective does not automatically imply to support the domestic analogy. As this analysis of the Kantian thinking has shown, the domestic analogy finally rests on an analogical reasoning that is alien to Kant's approach, which is based, on the contrary, on the deduction and application of an *a priori* principle. On the other hand, one might object that it is precisely in adopting such an approach that Kant is wrong; but this is another criticism, which calls into question a different set of problems.

Notes

This paper discusses arguments taken from my *Uomini e Stati. Percorsi di un'analogia* (2004, Pisa). A shorter version of this paper has been published in the *Journal of Political Philosophy* (December, 2003), while a German version is forthcoming in Merle, J.C. (Ed.), *Globale Gerechtigkeit*, (2005, Stuttgart). I am grateful to the "democracy in the age of globalisation" research group, directed by Furio Cerutti (University of Florence), for support and critical feedback. I am also grateful to Luca Baccelli, Katrin Flikschuh, Otfried Höffe, Thomas W. Pogge and Peter Wagner for their comments on earlier drafts of this paper.

1. I am here relying on Wight's classical distinction of three traditions of *International Theory* (Wight 1991). Instead of the label "revolutionist" I prefer to use the term referring to its founding father, since I do not find the former appropriate for a thinker so little inclined to sudden violent changes like Kant.

2. See, for instance, Rosenau 1990, Zolo 1997, 1998 and Hardt, Negri 2001.

3. See "analogia" in Abbagnano 1971, pp. 37-40; "Analogie" in Ritter 1971 pp. 214-228; "Analogy in theology" and "Analogy in science" in Edwards 1967, pp. 94-96 and pp. 354-359.

4. See Aristotle EN, V, 5 1131a and on the analogy as equality of relationships see Met. 9,6, 1047 b 35.

5. On the role played by the sovereignty *versus* anarchy dichotomy in modern political theory see Bottici 2002.

6. See for instance Ashley, whose criticism of the "double-voiced practice of domestication of the Western reasoning men" - a practice so called because it turns on the dichotomy of sovereignty *versus* anarchy - finally results in a holistic criticism of modernity (Ashley, 1988).

7. On the distinction between positive and negative analogy, see Hesse 1970.

8. See for instance Skinner's reconstruction of the nexus between the concept of sovereignty and the Hobbesian conception of the State as an artificial person (Skinner 1999, Runciman 2000).



9. I do not think that we can ascribe the idea of the state as a moral and juridical person, abstract subject of rights to classical political thought. The Platonic parallel *polis* - *soul* and the Aristotelian organicistic metaphor point instead much more to the organic composition of society, where the whole of the society is superior to the sum of its parts, but cannot be conceived of without them. On the contrary, with the concept of the state as a *persona ficta*, this latter is thought of as somehow independent from its members.

10. For a discussion of this point as well as a critical assessment of the international relations as a state of nature, see Beitz 1979.

11. Among the supporters of this interpretation in the field of international relations theories, see Bull 1977, Wight 1991, Suganami 1989. More recent readings in the field of Kantian studies are Höffe 1995, 1998, Marini 1998.

12. I will follow H.B. Nisbet's translation, Kant, *Political Writing*, Cambridge University Press, 1991, indicating the points where I am taking distance from it. Original passages are quoted from the Akademie Ausgabe, *Gesammelte Schriften*, hrsg. Königlich Preußische Akademie der Wissenschaft, Berlin, 1902.

13. After having stated the parallel savage peoples = sovereign states, and having described all the incommunities of such a "posture of war", Hobbes then conclude that, since sovereign states "uphold thereby the industry of their subjects, there does not follow from it that misery which accompanies the liberty of particular men" (Hobbes 1651: 188). For a further discussion see Bull 1981.

14. The translation of Kant's noun "*Recht*" has always been a problem for translators, since, in contrast to the English term "right", Kant's usage rather points to a total condition of external lawfulness - as counterpoised to inner morality. In order to keep the symmetry with the correspondent adjective *recht*-right, I will also follow H.B. Nisbet's translation "Right", sometimes recurring to unusual terminology such as "international right".

15. What Kant meant by *Völkerbund* is a very controversial point. For instance in *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, we found two times the expression *Völkerbund als Weltrepublik* (B 30-31; B 182-183). In this passage, however, he seems to indicate rather what we would today call a confederation of sovereign states, i.e. a free union of states.

16. See Höffe 2001, Marini 1998. In the Second Definitive Article Kant defines the republican constitution as the constitution which is founded upon three principles: firstly, the principle of *freedom* for all members of a society (as men); secondly, the principle of the *dependence* of everyone upon a single common legislation (as subjects), and thirdly, the principle of legal *equality* for everyone (as citizens) (Kant 1795: 99). In the following passages, he qualifies this definition by saying that republics differs from democracies because republicanism is that political principle whereby the executive power (the government) is separated from the legislative power, whereas democracy, in the truest sense of the word, is necessarily a despotism, because the laws are made and arbitrarily executed by one and the same power (Kant 1795: 101).



17. This theory is today discussed under the heading of “democratic peace”. Among his supporters see Doyle 1983, 1997, who explicitly refers to Kant, and Russett 1993, and more recently Rawls 1999. For a critique see Barakawi, Laffey 1999.

18. As we have seen above Kant uses the separation between *Staatsrecht* and *Völkerrecht* also as an argument against the Hypothesis of a world state (Kant 1795:102).

19. There are many passages which go in the same direction, for instance the following from the *Metaphysics of Morals*: (Kant 1797: 137).

20. See the whole passage of *Perpetual Peace* (Kant 1795: 98).

21. On this point I am indebted to Katrin Flikschuh (see particularly Flikschuh 2000:170).

22. See for instance Hurrell 1990 who carefully reassesses the balance between the statist and the cosmopolitan elements of Kant’s thinking but without explaining why those elements can possibly coexist (Hurrell 1990)

23. In Kant’s conception “practical” is what concerns the determination of the will, where the will, according to the *Critique of practical reason*, is the faculty of determining behaviour through the representation of rules (Kant 1788: 163).

24. According to Kersting the idea of a social contract can be interpreted as a variant of the text of universalisability, i.e. as the political counterpart of the categorical imperative: just as the categorical imperative as a moral principle allows for the evaluation of the lawfulness of maxims, so does the original contract as the principle of public justice serve to measure the justice of positive laws (Kersting 1993: 355).

25. These two meanings of the concept of freedom are to be kept separate, sometimes even against Kant himself. Kant clearly distinguishes between the two - both in theoretical and practical writings, but sometimes it is not so clear to which he refers. This can be due to the fact that, according to the conception put forward in the *Critique of Practical Reason*, (transcendental) freedom is the *ratio essendi* of the moral law, and therefore of the autonomy of the will, but this latter is the *ratio cognoscendi* of the former (Kant 1788, p. 140).

26. See Flikschuh 2000: 170.

27. The spherical surface of the earth is the central to Kant since the earlier writings on the philosophy of history (Kant 1784). It also continually recurs in the political writings, where it plays the central role in the foundation of the cosmopolitan right.

References

Abbagnano, N. 1971, “Analogia” in *Dizionario di filosofia*, Torino, UTET, pp.37- 40.

Ashley, R. 1988 “The Powers of Anarchy: Theory, Sovereignty, and Domestication of Global Life”, in Der Derian (ed) 1995, *International Theory - Critical Investigations*, pp.94-128.



- Barakawi, T. and Laffey, M. 1999 “ The Imperial Peace: Democracy, Force and Globalization”, *European Journal of International Relations*, 5(4): 403-434, 1999.
- Beitz, Ch. 1979, *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press.
- Bull, H. 1966, “ Society and Anarchy in International Relations”, in Butterfield e Wight (eds)1966, pp. 56-68.
- Bull, H. 1977, *The Anarchical Society*, London, Macmillan.
- Bull, H. 1981, “Hobbes and the international anarchy”, in *Social Research*, n.17, pp 717-39.
- Bottici, C. 2002, *Globalizzazione, sovranità e anarchia*, in D’Andrea D., Pulcini E. (eds) *Filosofie della globalizzazione*, Pisa, ETS.
- Butterfield, H. and Wight, M. (eds) 1966, *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics*, London, Macmillan.
- Doyle, M. 1983, “Kant Liberal Legacies, and Foreign Affairs”, Parts I and Part II, *Philosophy and Public Affairs*, 12 (3): 205-235 and 12 (4): 323-353.
- Doyle, M. 1997, *Ways of War and Peace*, New York, Norton.
- Edwards, P. 1967, “Analogy in Theology” and “Models and Analogy in Science” in *The Encyclopaedia of Philosophy*, Macmillan, London, pp. 94-97 and 354-359.
- Flikschuh, K. 2000, *Kant and Modern Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Habermas, J. 1996, *Kants Idee des ewigen Friedens - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, in *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main
- Hesse, M.B, 1970, *Models and Analogies in Science*, Notre Dame, University of Notre Dame Press.
- Hardt, M. and Negri, A. 2000, *Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Hobbes, Th. (1651), 1985, *Leviathan*, London, Penguin Books.
- Höffe, O. 1995, (ed), *Immanuel Kant - Zum ewigen Frieden*, Akademie Verlag.
- Höffe, O. 2001 “Königliche Völker” *Zu Kants kosmopolitischer Rechts und Friedenstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.



- Hurrel, A. 1990, "Kant and the Kantian Paradigm in international relations", in *Review of International Studies*, XVI, pp. 183-205
- Kant, I. 1781, *Kritik der reinen Vernunft*, in *Gesammelte Schriften*, hrsg. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaft, Berlin, 1902, AA.III-IV; Eng. tr. *Critique of Pure Reason*, in *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant*, 1998, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kant, I. 1784, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, AA VIII, 15-32; Eng. tr. *Idea for a universal history with a cosmopolitan purpose*, in *Political Writings*, 1991, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 41-53.
- Kant, I. 1788, *Kritik der Praktischen Vernunft*, Bd. V, 1-164; Eng. tr. *Critique of Practical Reason*, In *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant, Practical Philosophy*, pp.133-273, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kant, I. 1793, *Über den Gemeinspruch: "Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis"*, AA VIII 273-313, Eng. tr. *On the Common Saying: "This maybe true in Theory, but it does not apply in Practice"*, *Political Writings*, 1991, Cambridge, Cambridge University Press, pp.61-93.
- Kant, I. 1793, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, Bd. VI, pp. 1-202; Eng. tr. *The religion in the limits of pure reason*, in *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant*, 1998, Cambridge, Cambridge University Press
- Kant, I. 1795, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Bd. VIII, 341-386; Eng. tr. *Perpetual Peace: a Philosophical Sketch*, in *Political Writings*, 1991, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 93-131.
- Kant, I. 1797, *Metaphysik der Sitten, erster teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, VI, 203-372; Eng. tr. *Metaphysics of Morals*, in *Political Writings*, 1991, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 131-175.
- Kersting, W. 1992, *Politics, freedom and order: Kant's political philosophy*, in Guyer P. (ed) *The Cambridge Companion to Kant*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kersting, W. 1993, *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts und Staatsphilosophie*, Frankfurt Am Main, Suhrkamp.
- Marini, G. 1998, *Tre studi sul cosmopolitismo*, Pisa, Istituti editoriali e poligrafici internazionali.
- Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L. O. 1958, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, Presses Universitaire Francaise.
- Rawls, J. 1999, *The Law of Peoples*, Cambridge MA, Harvard University Press.



- Ritter, J. 1971, "Analogie" in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Bd. I, pp. 214- 227.
- Rosenau, J. 1990, *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, Princeton, Princeton University Press.
- Runcinman, D. 2000, "What Kind of Person is Hobbes' State? A Reply to Skinner", *Journal of Political Philosophy*, 2, pp 268-278.
- Russett, B. 1993, *Grasping the Democratic Peace: Principles of a Post-Cold War World*, Princeton, Princeton University Press.
- Schmitt, C. 1922, *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Skinner, Q. 1999, "Hobbes and the Purely Artificial Person of the State", *Journal of Political Philosophy*, 7, pp. 1-29.
- Suganami, H. 1989, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Barakawi, T. and Laffey, M. 1999 " The Imperial Peace: Democracy, Force and Globalization", *European Journal of International Relations*, 5(4): 403-434, 1999.
- Toulmin, S. 1990, *Cosmopolis. The hidden agenda of modernity*, New York, Free Press.
- Zolo, D. 1997, *Cosmopolis. Prospects for World Government*, Cambridge, Polity Press
- Zolo, D. 1998, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma.
- Wight, M. 1991, *International Theory. The Three Traditions*, London, Leicester University Press.

Elementi di un'analisi del terrorismo contemporaneo

Nicolò Bellanca

1. Lungo il XIX e XX secolo, la violenza politica collettiva può venire classificata secondo quattro modalità principali. La “guerra internazionale” si svolge tra Stati, ricorre a eserciti professionali e coinvolge, più o meno ampiamente, le risorse dei sistemi economici dei paesi in lotta. La “guerra civile” si effettua tra gruppi sociali all'interno di un territorio nazionale e presenta non di rado caratteristiche di insurrezione indipendentista o di rivoluzione popolare. Nelle “guerre di guerriglia” forze armate di opposizione realizzano strategie di resistenza, logoramento e controffensiva basate sulla consapevolezza della notevole inferiorità dei propri mezzi rispetto alle forze governative. Infine il “terrorismo” - secondo una definizione ampiamente condivisa, che qui criticheremo - è costituito da attacchi violenti perpetrati da un soggetto collettivo contro uno o più Stati, che suscitano un clima di paura sociale e d'instabilità politica colpendo bersagli simbolici oppure casuali, coinvolgendo i civili e valicando, nel contesto colpito, il “senso comune della violenza” (1).

2. Agli esordi del XXI secolo occorre ridefinire il ruolo delle modalità appena richiamate. Un primo aspetto riguarda il progressivo declino delle guerre internazionali (2), sia perché gli Stati nazionali non sono più gli unici attori della politica mondiale, sia soprattutto per lo scollamento tra confini statali e confini nazionali: spesso si combatte a cavallo tra più Stati, semplicemente per assecondare l'effettiva collocazione spaziale dei gruppi etnici, religiosi o sociali che lottano fra loro. Sono pertanto le tre forme restanti - guerre civili, guerriglie e terrorismi - a occupare ormai la scena. Nel 2003 si sono svolti 29 conflitti armati in 22 paesi (3). Cinque sono interpretabili come guerre civili, poiché in essi eserciti governativi combattono forze politiche di opposizione in un conflitto territoriale intenso e durevole: è il caso di Liberia, Nepal, Burundi, Sri Lanka e Sudan, ai quali, per zone più limitate del paese, possiamo aggiungere Uganda, Colombia, Algeria e Burma/Myanmar (4). Pochi altri conflitti di minore intensità sono riconducibili alla forma della resistenza guerrigliera: ciò vale per le forze di opposizione al governo in Eritrea, Etiopia, Costa d'Avorio e Senegal. I conflitti restanti si manifestano nei termini di una simbiosi sistematica di guerriglia e di terrorismo. Il caso che - per la sua esposizione mediatica, e per il coinvolgimento italiano - tragicamente osserviamo ogni giorno è quello dell'Iraq, in cui la guerra regolare tra il governo e l'alleanza guidata dagli USA è stata presto rimpiazzata dalla compresenza di una guerriglia di resistenza e del terrorismo transnazionale. Analoghe simbiosi si sono realizzate, lungo gli ultimissimi anni, in Kashmir (India), Palestina (Israele), Turchia, Afghanistan, Russia, Indonesia e Filippine. Se, peraltro, allarghiamo la casella dei conflitti armati per includere anche i luoghi nei quali si sono verificati, dall'11 settembre 2001 ad oggi, attentati terroristici significativi, dobbiamo aggiungere paesi come Tunisia, Marocco, Yemen, Arabia Saudita, Kenya, Pakistan, Uzbekistan, Ossezia, Spagna e Stati Uniti. Riassumendo, accanto a 9 situazioni in cui si svolge una guerra civile, e a 4 in cui si effettua una guerra di guerriglia, abbiamo 8 situazioni ove si manifesta un costante connubio di guerriglia e terrorismo, nonché 10 paesi direttamente colpiti dal terrorismo (e tutti gli altri sotto la minaccia di esserlo). Ovviamente diverse



JURA GENTIUM



“voci” della lista dei conflitti sono contestabili, ma l’ordine delle grandezze in gioco e soprattutto le linee di tendenza spiccano con un vigore inequivocabile. Quel che salta agli occhi è: a) il tramonto delle classiche guerre tra Stati; b) la sopravvivenza in contesti limitati di guerre civili, pur di estrema ferocia; c) la notevole rilevanza dei connubi, territorialmente delimitati, tra guerriglia e terrorismo; d) il dilagare del terrorismo transnazionale.

3. Dunque la guerriglia e il terrorismo appaiono oggi le forme più diffuse e incisive con cui si manifesta la violenza politica collettiva. Ciò avviene per una ragione tanto immediata quanto evidente: le altre forme di violenza non sono percorribili. Tra l’iperpotenza americana e i governi suoi alleati da una parte, e un qualsiasi gruppo di opposizione extraistituzionale dall’altra, lo squilibrio in armi, denaro, logistica, tecnologia è tale da rendere impraticabile uno scontro prolungato in campo aperto. Diventa necessario nascondersi o fuggire, per attaccare all’improvviso bersagli limitati nelle condizioni meno sfavorevoli. Per dirla alla rovescia, se i membri della banda (guerrigliera o terroristica) fossero nella condizione di condurre una “guerra regolare” contro il loro nemico, non sceglierebbero un tipo di scontro che - basandosi su gesti che spesso sono *no-escape attacks* - è molto più pericoloso.

Questo tratto comune a guerriglia e terrorismo è così ovvio da farci confondere. Esso spinge ad offuscare le differenze che continuano a esservi tra le due forme. Se stiamo al suo concetto puro, la guerriglia si presenta come fase interna ad un’insurrezione di massa, talvolta addirittura di segno rivoluzionario, mentre la nozione pura di terrorismo esprime il tentativo iniziale di scuotere, e via via coinvolgere in un processo sovversivo, masse giudicate renitenti e sottomesse. Tale differenza comporta un’implicazione assai importante. In quanto il guerrigliero è inserito in una vicenda ribellistica già in svolgimento, deve preoccuparsi, per migliorare le opportunità di vittoria, di non compromettere, e anzi di estendere, la partecipazione collettiva. Egli deve pertanto elaborare credibilmente e provare a realizzare tattiche e strategie, obiettivi intermedi e finali, capaci di convogliare un consenso diffuso. Seppure talvolta persegue una guerra di annientamento, la realizza soltanto nella misura in cui serve al fine della vittoria politica: la ferocia dev’essere sempre proporzionale al risultato da conseguire (5). Per il terrorista, piuttosto, è auspicabile che la propria azione rappresenti un “detonatore” in grado di risvegliare le masse; poiché tuttavia, quando effettua la propria azione, questo processo non si è verificato o è ancora *in fieri*, egli in definitiva ignora lungo quali percorsi, oltre quale soglia critica, in concomitanza con quali ulteriori avvenimenti, il suo attentato possa portare all’esito desiderato.

Se la differenza appena suggerita tra la condizione (idealtipica) del guerrigliero e quella del terrorista coglie il punto, essa dà luogo a una concreta biforcazione. Talune bande terroristiche ritengono di essere in grado di scommettere sulle conseguenze effettive dei propri gesti, ossia credono di potersi comportare *come se* fossero bande di guerriglieri. Esse tentano di ricondurre l’incertezza al rischio, stimando soggettivamente cosa seguirà a questo o quell’attacco: se diamo credito all’interpretazione che più ne esalta la lungimiranza previsionale, gli attentatori dell’11 marzo 2004 a Madrid hanno, in questo senso, ottenuto un pieno successo, prima conducendo l’opposizione politica in Spagna alla vittoria elettorale e quindi al ritiro delle truppe di quel paese dall’Iraq. Invece le



bande terroristiche “pure” - quelle la cui azione più da vicino corrisponde all’idealtipo che le connota - adotteranno attacchi centrati sul metodo della “asimmetria degli scopi”:

“Una dimensione che travalica i limiti conosciuti e forse ne stabilisce dei nuovi, anche se ancora indistinti è l’asimmetria degli scopi che si è affiancata a quella dei mezzi e delle strategie. A un estremo di questa asimmetria stanno gli scopi materiali o ideali ben definiti e all’altro sta l’assenza completa di scopi: il combattimento senza scopo alcuno. La conoscenza degli scopi è un fattore strategico di importanza maggiore della stessa conoscenza del potenziale avversario. Ma sapere che l’avversario non ha altro scopo *per* combattere se non quello *di* combattere non fornisce alcun vantaggio strategico e anzi influenza negativamente chi conosce, ma che non può neppure prendere in considerazione una guerra senza scopi e perciò senza *end state* e perciò senza fine. L’asimmetria degli spazi, dei mezzi e delle tecnologie, delle dottrine, delle politiche, degli stessi fattori morali che sostengono chi combatte è comprensibile e accettabile, ma quella degli scopi sfugge alla comprensione e all’accettazione e quindi istintivamente e irrazionalmente aumenta la paura” (6).

Essendo consapevoli dell’insensatezza di ogni calcolo strumentale, i terroristi “puri” puntano a gesti di annientamento privi di misura, sperando - confortati magari dalla fede in qualche ideologia o nell’intervento del trascendente nelle vicende mondane - che gli “effetti aggregati inintenzionali” depongano a loro favore. Questi gesti di mera distruzione, a loro volta, tanto più potranno aspirare allo sconvolgimento dell’ordine che si vuole distruggere, quanto più saranno generati al di fuori di ogni strategia prevedibile e lineare. Gli attacchi dovranno costituire “fatti nuovi” o “sorprese”: anziché eventi con probabilità iniziale zero, saranno eventi non immaginati. Gli attentati alle Torri newyorkesi, al Pentagono e alla Casa Bianca dell’11 settembre 2001, accostandosi a questo “modello puro” come nessun precedente atto terroristico era riuscito a fare, trovano in ciò la loro valenza simbolica deflagrante. Ciò, si badi, non avviene perché l’impiego di aeroplani dirottati come un’arma sia stato un’assoluta novità (7); né perché Osama bin Laden non dichiarò più volte obiettivi politici tatticamente definiti (8); bensì in quanto gli attacchi come tali prescindono da ogni valutazione del proprio impatto diretto e indiretto: essi cercano la distruzione pura, il colpo che annichilisce, indipendentemente dalle conseguenze per chi lo compie, per chi lo subisce e per tutti gli altri. Il terrorista “impuro” di Madrid, o quello che in questi giorni contratta quali ostaggi decapitare in Iraq e quando farlo, è una figura riconducibile alla razionalità strategica. Egli ragiona sulla geometria politico-militare delle forze in campo e tenta di forzarla in una precisa direzione. La figura che più disorienta è invece quella del terrorista che, abbattendo le Torri, imposta una “asimmetria degli scopi”. La sua razionalità consiste nell’inventare un attacco mortale dal quale il nemico non immagina la difesa, e nell’ignorare consapevolmente cosa ne seguirà (9).

È l’“asimmetria degli scopi” che manca nelle altre forme di violenza politica organizzata: si tratta di “colpire X affinché ciò serva da lezione e da deterrente nei confronti di Y, e al tempo stesso galvanizzi il proprio campo” (10). Può ovviamente accadere che in una guerra tra Stati, in una guerra interna o in una lotta guerrigliera un combattente, anziché danneggiare direttamente il proprio nemico, attacchi un soggetto terzo perché alleato o connivente col nemico, o addirittura perché equidistante. Ma questa linea di condotta costituisce una caratteristica essenziale soltanto del terrorismo,



il quale la applica in modo del tutto univoco e sistematico: non potendo colpire il “cuore” avversario, il terrorista ripiega talvolta su qualche (personaggio)-simbolo, che quantomeno presenta un nesso diretto col nemico, ma più spesso indirizza l’atto di guerra contro obiettivi che sono legati in modi (anche estremamente) indiretti al “cuore” nemico. Così, mentre il nemico avrebbe mezzi per proteggere ciò che (egli sa che) i terroristi concepiscono come il suo “cuore”, non ha risorse bastanti né sicure per tutelare gli infiniti bersagli che il terrorismo può giudicare a lui indirettamente legati. L’asimmetria degli scopi costituisce insomma il connotato cruciale della razionalità terroristica: di fronte a un avversario molto più potente, non basta aggirarlo agilmente, coglierlo impreparato, attaccarlo quando è disunito, spaventarlo con colpi feroci, sottrargli via via il consenso dei civili e pezzi di territorio; queste modalità strategiche - proprie della guerriglia - presuppongono ancora che l’obiettivo consista nel combattere direttamente, sebbene non in campo aperto, il nemico. Invece il terrorista, valutando *ex ante* impraticabile lo scontro diretto, abbandona ogni calcolo strategico; sceglie di colpire qualsiasi bersaglio indiretto, purché si tratti di un gesto estremo di violenza destabilizzante.

4. Che le due figure - del guerrigliero e del terrorista - vengano sovrapposte e confuse, deriva anzitutto dalla circostanza che nel fuoco dei combattimenti le distinzioni sono assai meno nette, e che una stessa banda può adottare metodi diversi in casi diversi; ma scaturisce anche dalla tentazione di ricondurre l’avversario a ciò che ci è noto: chi è abituato a concepire lo scontro armato in termini di calcoli strategici, ha difficoltà a riconoscere che qualcuno possa *decidere di non calcolare*. Così, una tra le più autorevoli letture storiche del fenomeno terroristico suggerisce che ogni organizzazione - dagli anarchici russi del XIX secolo, fino alle Brigate rosse italiane - ha dovuto fare i conti con una regolarità empirica: o è riuscita rapidamente a scompaginare e annientare l’organizzazione statale nazionale che colpiva, oppure i suoi stessi eclatanti successi sono diventati un orizzonte insuperabile e ormai infecondo, entro cui si è consumata la crisi strategica e il progressivo indebolirsi del proprio attacco (11). Questa chiave interpretativa - del tutto efficace finché valutiamo i risultati del terrorismo relativamente ai suoi scopi programmatici dichiarati, ossia rispetto ai suoi calcoli strategici - si rivela tuttavia poco adeguata, non appena ci riferiamo al metodo dell’asimmetria degli scopi. Mentre il terrorista “impuro” di Madrid, come suggerisce la regolarità prima indicata, o vince subito o non vincerà mai, il terrorista “puro” di New York non sa dove stia la vittoria, e quindi non la persegue. Si dedica ad annientare e, non potendo colpire effettivamente il “cuore” nemico, ne polverizza i simboli e ne terrorizza l’immaginazione. In che senso possiamo dichiarare che questo terrorista è stato sconfitto? Non lo sconfigge la morte fisica, non il mancato crollo dell’ordine nemico, non l’incisività della repressione, e nemmeno l’eventuale debole proselitismo tra le masse di riferimento. Secondo la logica del “tanto peggio tanto meglio”, egli vince purché e finché il nemico cambia a seguito del suo attacco: più la reazione è speculare, più il nemico sceglie di assomigliargli, più ricorre egli pure ad una forza “priva di misura”, maggiore risulta l’efficacia della lotta. Nulla sarà come prima. Attraverso percorsi storici imprevedibili, e che dunque non richiedono programmazione strategica, opportunità sovversive prima bloccate cominceranno a giocare le loro *chances*. Se questo accade, il terrorista “puro” ha vinto: ha deviato *comunque* il corso di una vicenda storica ai suoi occhi perversa.



5. Sulla base del ragionamento svolto, proponiamo una definizione molto selettiva, ma forse anche più stringente e utile: è “terrorista” un soggetto collettivo organizzato che effettua o minaccia un attacco violento contro uno o più Stati e che, per suscitare un clima di paura sociale e d’instabilità politica, colpisce secondo un’asimmetria degli scopi. Se raffrontiamo questa con la definizione evocata in apertura, ci accorgiamo che essa viene rivista in tre punti essenziali. Anzitutto, attribuiamo al soggetto la volontà e la capacità di organizzarsi: a nostro parere questa caratteristica, che pure è spesso assente nelle concettualizzazioni del terrorismo, si riscontra pressoché sempre all’esame ravvicinato dei gesti terroristici, nonostante essi siano talvolta compiuti da individui soli (ma *non* isolati). In secondo luogo consideriamo l’aspetto, reso ovviamente più efficace dalla globalizzazione del pianeta, secondo cui l’attacco terroristico può essere o effettuato o *anche soltanto minacciato*. Le aspettative di un attentato sono bastanti a orientare le *azioni* come se già fossero *reazioni* a qualcosa che tuttavia, in effetti, non è ancora accaduto e che potrebbe non accadere più (almeno secondo le attese). Per limitarci ad un esempio tra tanti, le recenti Olimpiadi atenesi sono costate fra i 7 e gli 8 miliardi di euro, molto più di quelle di Sidney 2000, principalmente per affrontare i problemi di sicurezza derivanti dalla “minaccia” di un attacco: il virtuale si è fatto storia *pur restando virtuale*. In terzo luogo, e soprattutto, connotiamo il terrorismo per il metodo dell’asimmetria degli scopi, che richiama la nostra attenzione su una linea di condotta che ignora la conformità dei mezzi ai fini, che definisce i fini in senso meramente negativo, e che, ciò nondimeno, esprime una forma di razionalità: quella che si elabora in una condizione di “incertezza radicale”, e che è volta a estendere la medesima condizione al nemico.

6. L’ultima parte del nostro ragionamento riguarda le reazioni degli Stati colpiti. Occorre distinguere ancora una volta tra le figure idealtipiche del terrorista-guerrigliero e del terrorista puro. Nei riguardi della prima figura, la storia ci consegna un repertorio di risposte statali efficaci, grazie alle quali viene confermata la regolarità empirica - sopra richiamata - della sconfitta dei terroristi, a meno che costoro non riescano repentinamente a destabilizzare l’ordine politico. Inutile ricordare che si è trattato quasi sempre di risposte fortemente liberticide, che hanno proceduto tracciando un profilo bersaglio del nemico, elaborando criteri per distinguerne i comportamenti, cercando l’approvazione o il non dissenso di tutti coloro che non corrispondevano appieno all’identikit elaborato. Ma cosa succede davanti alla figura del terrorista-puro? Come annota Fabio Mini nel brano prima citato, “la conoscenza degli scopi è un fattore strategico di importanza maggiore della stessa conoscenza del potenziale avversario”. Quando gli scopi del nemico sono ignoti, diventa arduo perfino riconoscere chi è il nemico. Ecco quindi - per venire alle vicende attuali - che nella *National Security Strategy* americana del settembre 2002 leggiamo che per terrorismo s’intende qualsiasi “violenza premeditata, politicamente motivata e perpetrata ai danni di innocenti” (12). Con quest’impostazione “la vera operazione non è quella di identificare i terroristi come nemici, ma di definire i nemici come terroristi. Il rovesciamento semantico indica che sono terroristi tutti quelli che gli Stati Uniti assumono come nemici” (13). Ne segue che “quando nessuno può dire in anticipo chi sia l’amico e chi il nemico, quando dappertutto possono essere presenti gruppi terroristici, il comportamento più “razionale” consiste nel considerare sospetto chiunque” (14). Siamo davanti ad una reazione che non può condurre alla vittoria, né può essere sostenuta a lungo, poiché “non possiamo



ritenere di porre termine a un fenomeno che può essere alimentato da qualsiasi piccolo gruppo in un pianeta di sei miliardi di persone. E non possiamo permettere ad ogni piccolo gruppo ostile di imporci per decenni i costi che saremmo preparati ad affrontare per pochi anni per proteggerci dalla potenza bellica di uno Stato straniero” (15).

Che razionalità può esservi nella scelta, da parte dello Stato militarmente dominante al mondo, di una linea di condotta che sembra condannare all’inefficacia e a enormi oneri finanziari, organizzativi e umani (16)? A nostro avviso sono possibili almeno due risposte tra loro complementari. La prima rimanda all’esigenza di *non* ridurre l’instabilità globale, della quale gli attacchi del terrorismo sono soltanto la manifestazione più eclatante. A sua volta, tale esigenza sembra affondare nella crescente debolezza degli Stati Uniti davanti alle proprie difficoltà economiche, ai recenti processi di de-globalizzazione e al coagularsi di aree regionali altamente competitive e autonome (17). Gestire l’instabilità globale, senza eliminarla, è un modo per poter ricorrere abitualmente a misure eccezionali e, così, meglio mantenere le proprie meno solide posizioni.

La seconda risposta segnala piuttosto la tragica efficacia, e il notevole realismo, della reazione dell’iperpotenza americana alla sfida del terrorismo transnazionale. Si tratta di assumere da parte dello Stato la stessa asimmetria degli scopi che è adottata dai terroristi puri. Lo Stato decide di *non tentare più calcoli strategici* di largo respiro, bensì, per dirla con le parole di Rino Genovese sopra menzionate, di colpire e atterrire “X affinché ciò serva da lezione e da deterrente nei confronti di Y, e al tempo stesso galvanizzi il proprio campo”. Gli Stati Uniti e i suoi alleati, non sapendo gli scopi del nemico né chi è tale, colpiscono governi e popoli dell’Afghanistan, della Palestina o dell’Iraq per colpire indirettamente - per terrorizzare - governi e popoli che potrebbero alimentare i terroristi. Non importa, in definitiva, qual è di volta in volta il bersaglio, purché e finché il suo annichilimento costringa il nemico - quale e dove esso sia - a spiazare i propri comportamenti, a spostare di luogo e tempo i propri attacchi o le proprie minacce. *Non potendo sconfiggere chi a sua volta non può vincere* (18), lo si provoca colpendo obiettivi ai quali egli dà importanza, per sollecitarlo a uscire allo scoperto, a dover decidere una strategia, a diventare terrorista “impuro”. Questa tesi può venire espressa con una frase ultrasemplificata ma non infedele: *lo Stato si fa terrorista per spingere i terroristi a diventare guerriglieri*.

Le due chiavi interpretative non stridono fra loro, ed anzi si rafforzano a vicenda. L’una spiega lo scenario odierno d’instabilità globale enfatizzando i fattori strutturali di fragilità dell’impero americano; l’altra lo razionalizza (anche) nei termini della reazione “meno inappropriata” - per il soggetto che la effettua, sebbene non per il restante 95% della popolazione umana - all’asimmetria degli scopi del terrorismo. Per entrambe le letture gli Stati Uniti non vogliono e non possono ridurre le forme attuali della violenza politica collettiva (19).

Note

1. Per la considerazione di altre modalità rinviamo a C.Tilly, *The politics of collective violence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; E.Conteh-Morgan, *Collective political violence*, Routledge, London, 2004. Tra le modalità *principali* andrebbe forse



aggiunta la “criminalità organizzata”, la quale controlla territori e mercati con violenza, intimidazione e corruzione, e, riciclando proventi illeciti, s’infiltra in attività economiche lecite. Il rilievo di questa modalità è oggi crescente: “Cosa Nostra (e i suoi soci: camorra, ‘ndrangheta e sacra corona unita), la mafia americana, i cartelli colombiani, i cartelli messicani, le reti criminali nigeriane, la yakuza giapponese, le triadi cinesi, la costellazione delle mafie russe, i trafficanti di eroina turchi, le posse giamaicane e una miriade di piccoli gruppi criminali regionali e locali, presenti in tutti i paesi, si sono uniti a formare una rete globale diversificata che permea i confini e mette in relazione malaffari di ogni genere”. M. Castells, *Volgere di millennio* (2000), Università Bocconi Editore, Milano, 2003, p.188. Preferiamo nondimeno escluderla, poiché ci dedichiamo alla violenza *politica* collettiva. Gli obiettivi del crimine organizzato appaiono “politici” in modi provvisori e strumentali, mentre gli scopi ultimi riguardano il guadagno e il prestigio. Il contrario accade per le altre quattro forme di violenza collettiva, in cui la finalità politica domina e sottomette a sé ogni altro motivo.

2. Dopo il 1945, i conflitti tra Stati sono stati relativamente pochi e spesso limitati nel tempo e nell’intensità. Ovviamente, le classificazioni cambiano a seconda dei criteri, ma il declino relativo delle guerre internazionali è unanimemente riconosciuto. In uno dei più autorevoli studi, ormai di qualche anno fa, si calcolava che su 164 guerre combattute tra il 1945 e il 1995, soltanto 38 rientrano nella categoria delle guerre tra Stati: K.J. Holsti, *The State, War and the State of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

3. I dati seguenti sono ripresi da M. Eriksson - P. Wallensteen, “Armed conflict, 1989-2003”, *Journal of Peace Research*, vol.41, n.5, 2004, pp.625-636. Secondo questa classificazione, i conflitti armati che si considerano sono soltanto quelli in cui una delle parti in contesa è il governo di uno Stato; essi vengono distinti in tre fasce: “minori”, che comportano in tutto meno di 1000 morti, ma almeno 25 per anno; “intermedi”, che segnalano in tutto più di 1000 morti, ma meno di 1000 all’anno; “guerre”, con oltre 1000 morti all’anno. L’interpretazione dei vari conflitti armati rispetto ai tipi della violenza collettiva organizzata è nostra.

4. Si tratta, volutamente, di una schematizzazione priva di zone grigie. In realtà, alcune delle situazioni elencate assistono all’intreccio della guerra interna con attività criminali su ampia scala - si pensi ai narcotrafficanti in Colombia -, ma pure all’alternarsi di fasi meno aperte di scontro, in cui le forze di opposizione ricorrono a forme di guerriglia.

5. Secondo una nota definizione di Sergio Cotta, la violenza è forza senza misura, mentre il potere è forza capace di darsi una misura. In questa accezione il guerrigliero non effettua atti di violenza, poiché, piegando l’uso della forza al suo fine politico, la converte in potere. La distinzione è ad esempio ben presente, pur con termini diversi, negli scritti di Mao Zedong. Gli atti di annientamento possono essere efficaci per le loro conseguenze, ma non vanno mai apprezzati in sé stessi: “Una guerra di annientamento produce una immediata e fortissima influenza su qualsiasi nemico. In una rissa è meglio recidere un dito all’avversario che ferirgli tutte e dieci le dita; in guerra è meglio annientare una divisione nemica che metterne in rotta dieci”. Mao Zedong, “Problemi strategici della guerra rivoluzionaria in Cina” (1936), in Id., *Opere scelte*, vol.1, Pechino: Casa editrice in lingue estere, 1969, p.265.



6. F. Mini, *La guerra dopo la guerra*, Einaudi, Torino, 2003, pp.110-111. Il brano di Mini è efficace, ma risulta opinabile quando asserisce che l'asimmetria degli scopi sarebbe un tratto odierno del terrorismo. Esso risale piuttosto alle origini del fenomeno.

7. In effetti, nel caso dell'11 settembre 2001, non è l'attacco in quanto tale a risultare inimmaginato. È invece proprio la sua conduzione in termini di "asimmetria degli scopi", anziché in termini di razionalità strumentale, a renderlo sorprendente: "La possibilità era immaginabile e immaginata. Ai primi di agosto 1999, l'ufficio dell'intelligence della FAA's Civil Aviation Security sottolineò il pericolo di dirottamenti aerei da parte degli uomini di bin Laden. Dopo una serrata esposizione di tutte le informazioni disponibili sul tema, la relazione identificava pochi scenari principali, uno dei quali era una "operazione di dirottamento suicida". Gli analisti della FAA giudicarono sfavorevolmente tale operazione, perché "essa non offre opportunità di dialogo per ottenere l'obiettivo-chiave del rilascio di Rahman e di altri estremisti imprigionati. ... Un dirottamento suicida va considerato come un'opzione di ripiego"⁶. *The 9/11 Commission Report*, 2004, p. 345.

8. "L'Occidente si è concentrato troppo, forse intenzionalmente, sulla retorica apocalittica di bin Laden, ignorando la sua agenda specifica. [...] Sebbene bin Laden crede in una lotta manichea fra il bene, rappresentato dalla sua spada dell'Islam, e il male, che include tutti gli infedeli, ha più limitati obiettivi di breve termine. [...] Egli insiste su] tre giustificazioni per attaccare l'America e gli americani: la presenza di truppe sul sacro suolo dell'Arabia Saudita; la politica verso l'Iraq e il sostegno allo Stato israeliano". T.R. Mockaitis, "Winning hearts and minds in the 'war on terrorism'", in T.R. Mockaitis - P.B. Rich (eds.), *Grand strategy in the war against terrorism*, Frank Cass, London, 2003, pp.29 e 25.

9. Pur senza voler ricondurre meccanicisticamente figure idealtipiche a personaggi concreti, oggi il filone terrorista-guerrigliero appare guidato da Abu Mussab al Zarkawi, mentre l'approccio terroristico puro ha la sua mente in Ayman al Zawahiri, il cosiddetto "vice" di bin Laden: "[col primo] l'Iraq è diventato l'Afghanistan della nuova generazione jihadista, [...] mostrando come il Nemico vada affrontato sul campo di battaglia [...]. Zawahiri al contrario è parso in passato assai scettico sugli esiti di uno scontro che si gioca su un terreno tradizionalmente favorevole alle forze occidentali. Per i leader storici quaedisti l'esportazione del terrorismo sembra l'unica arma capace di indebolire la morsa occidentale sul mondo islamico. Da qui la necessità di nuove azioni su larga scala". R. Guolo, "I comandanti del terrore", *Repubblica*, 10 settembre 2004.

10. R.Genovese, "Per la guerra perpetua", *Il Ponte*, LIX, 3-4, 2003, p.105.

11. Si veda, per tutti, L. Bonanate, *Terrorismo internazionale* (1994), Giunti, Firenze, II ed.2001.

12. *The National Security Strategy of the United States* (Washington, DC: The White House, 29 settembre 2002).

13. R. La Valle, "[La strategia della sicurezza nazionale degli Stati Uniti d'America](#)".

14. A. de Benoist, "11 settembre 2001", in F.Cardini, a cura di, *La paura e l'arroganza*, Laterza, Bari, 2002, p.86.



15. P.B. Heymann, *Terrorism, freedom and security*, The MIT Press, Cambridge (MA), 2003, p.xii. Secondo i dati forniti dall'Institute for policy studies, la guerra (iniziata con l'invasione americana del 17 marzo 2003) è costata nel suo primo anno 151,1 miliardi di dollari (e oggi supera i 220). Con questa cifra si sarebbero potuti assicurare i 27 milioni di cittadini statunitensi senza copertura sanitaria, pagare il salario a 3 milioni di maestri o 23 milioni di affitti per i senza casa o cibo per metà della popolazione affamata del pianeta. Si veda l'ampio importante studio *ex ante*, svolto da uno dei maggiori macroeconomisti, William Nordhaus, [*The Economic Consequences of the War with Iraq*](#). Ricordiamo che il bilancio 2004-05 per la difesa firmato da Bush prevede un investimento di 417 miliardi di dollari.

16. È amplissimo il fronte degli analisti secondo cui l'odierna strategia americana è irrazionale e sbagliata. Prendiamo tra i tanti Erik Leaver, "Top 10 Reasons for the US to Get Out of Iraq", *The Nation*, 24 settembre 2004. Le dieci ragioni sono: 1) i costi umani si stanno incrementando; 2) l'occupazione territoriale procede male; 3) la guerra avvicina gli Stati Uniti alla bancarotta; 4) il processo di ricostruzione è in mano a politici corrotti; 5) gli alleati sono pochi e tendono a ridursi; 6) il reclutamento dei terroristi prospera; 7) la guerra sottrae risorse difensive al territorio americano; 8) le torture di Abu Ghraib (e, prima ancora, il castello di menzogne con cui è stata giustificata l'invasione); 9) molti americani si oppongono alla guerra; 10) nessuna "sovranità" effettiva è stata ancora trasferita agli iraqueni. Sebbene si tratti di motivi difficilmente smentibili, tentiamo qui di mostrare che forse l'impostazione americana è meno ingenua e folle di come appare.

17. Rimandiamo a N. Bellanca, "Verso una globalizzazione-arcipelago?", *Il Ponte*, LX, 7-8, 2004. Tra i contributi più recenti, segnaliamo per la loro lucidità P.Sylos Labini, "Le prospettive dell'economia mondiale e l'Iraq", *Il Ponte*, LIX, 3-4, 2003; M.Weisbrot, "The unbearable costs of Empire", *Business Week*, 29 luglio 2004; M.Lombardi, "Economie ad alto potenziale di instabilità", *Antipodi. Alternativa libertaria*, 2, 2004.

18. "Una lezione centrale del controterrorismo è che il terrorismo non può venire "sconfitto", ma solamente ridotto, attenuato e in qualche misura controllato. Singoli terroristi o gruppi terroristici sono talvolta sconfitti; ma il terrorismo nel suo complesso mai lo sarà. Le aspettative debbono essere realistiche". P.R. Pilar, "Lessons and futures", in P.L. Griset - S. Mahan (eds.), *Terrorism in perspective*, Sage, London, 2003, p. 295.

19. Che il fenomeno terroristico possa venire contrastato lungo linee radicalmente differenti, è ad esempio argomentato e documentato in *Foreign Policy in Focus, A Secure America in a Secure World*.

La modernisation de la Charte arabe des droits de l'homme

Hafidha Chekir

Ce texte se situe dans le cadre du combat pour l'universalité des droits humains parce que l'universalité, elle-même, est un respect de la diversité culturelle.

Dans la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001, il est mentionné que: "la défense de la diversité culturelle est un impératif éthique, inséparable du respect de la dignité de la personne humaine. Elle implique l'engagement de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales" (1) comme elle se fonde sur le droit à la différence et à la pluralité des identités.

Cependant, dans le monde arabe, la consécration de l'universalité des droits humains aux hommes et aux femmes n'est pas de toute évidence et se heurte à beaucoup de résistances tant quant à sa consécration dans des textes juridiques qu'à son exercice et sa protection dans un contexte qui n'est pas toujours démocratique, marqué par une restriction voire une violation des droits humains.

Cette situation se répercute aussi à l'échelle régionale puisque contrairement aux autres régions européenne, américaine ou africaine, il n'existe pas de système régional de protection des droits humains ni de mécanismes conventionnels.

D'ailleurs, dans le Pacte de la Ligue des États Arabes adopté en 1945 par les 7 États fondateurs (2), avant la Charte des Nations unies, les droits humains ont été ignorés et n'ont pas figuré parmi les objectifs à atteindre par les États arabes.

En effet, les rédacteurs de cette Charte ont défini, dans l'article 2, les buts de la Ligue déclarant que:

"La Ligue a pour objet le resserrement des liens entre les États membres et la coordination de leur action politique en vue de réaliser leur coopération, de sauvegarder leur indépendance et leur souveraineté et de se pencher d'une manière générale, sur les questions touchant les pays arabes et leurs intérêts. Elle a également pour objet d'assurer une étroite coopération entre les États membres, dans le cadre des lois et législations en vigueur dans chaque État, en ce qui concerne (3),

- a. les questions économiques et financières, y compris les échanges commerciaux, les questions douanières, monétaires, agricoles et industrielles;
- b. les communications, y compris les chemins de fer, les routes, l'aviation, la navigation, la marine, les postes et les télégraphes;
- c. les questions culturelles;
- d. les questions de nationalité, de passeports, de visas, d'exécution des jugements et d'extradition des criminels;
- e. les questions sociales;
- f. les questions sanitaires;



cet oubli des droits de l'homme au niveau des objectifs s'est concrétisé au niveau des structures de la Ligue puisque la Ligue n'a pas prévu de représentation des populations et ne comprenait, à ses débuts, qu'un conseil composé de représentants des États membres, instance suprême de l'Organisation, un secrétariat permanent à la tête duquel se trouve un secrétaire général et des commissions permanentes spéciales constituées de représentants des États membres et chargées des questions techniques ayant trait aux domaines de coopération entre les États de la Ligue mais aucune structure permanente ou ad hoc chargée de la promotion ou du respect des droits de l'homme.

C'est seulement en 1968 et sur invitation du secrétaire général des Nations Unies à la suite de l'organisation de la Conférence internationale des droits de l'homme de Téhéran que par une Résolution en date du 3 septembre 1968 (4), fut créée une Commission arabe permanente des droits de l'homme (CAPDH) (5).

Cependant, dès sa deuxième session d'avril 1969, cette Commission a défini ses activités et a arrêté un programme d'action pour toutes les questions relatives aux droits de l'homme dans les États membres, par le biais de communications envoyées par les États membres et de communications avec les commissions nationales des droits de l'homme et en adressant des recommandations aux États concernés.

Elle a aussi délibérément choisi de limiter son intervention aux violations des droits humains dans les territoires occupés par Israël, restreignant ainsi ses activités et ne touchant pas aux questions de violations des droits humains ou même de reconnaissance de ces droits dans les pays arabes.

C'est pour cela, que peu d'efforts ont été fournis dans le domaine de la promotion des droits de l'homme et que la Charte arabe des droits de l'homme n'a vu le jour qu'en 1994, soit une année après la tenue de la conférence internationale des droits de l'homme de Vienne en juin 1993, qu'elle est apparue inadaptée et incapable de consacrer l'évolution internationale des droits de l'homme, traduisant plutôt l'état des droits de l'homme dans les pays arabes, leur difficile avancée et confirmant la volonté de ces États de contrôler et de maîtriser l'exercice des droits de l'homme.

Ainsi et pour rendre compte de cette situation, nous allons nous intéresser à la genèse de cette Charte, aux conditions de son adoption et aux tentatives récentes de modernisation.

- I. genèse de la Charte arabe des droits de l'homme
- II. l'adoption de la Charte
- III. l'actualisation de la Charte

I. Genèse de la Charte arabe des droits de l'homme

presque 50 ans séparent la création de la Ligue des États arabes de la charte elle-même et reflètent les hésitations et les réticences des États membres.

Pourtant plusieurs tentatives officielles et officieuses d'adoption d'une Charte arabe des droits de l'homme ont eu lieu.



1- les tentatives officielles d'élaboration d'une Charte arabe des droits de l'homme

C'est en 1968, que l'idée de doter la région arabe d'un texte régional de protection des droits de l'homme se développa.

La création de la commission permanente arabe des droits de l'homme fut un moment décisif à cet effet.

Dés 1970, cette Commission adopta le premier projet de charte arabe des droits de l'homme qui fut soumis aux États membres pour qu'il se prononcent sur son contenu et présentent leurs commentaires.

A ce moment, le Secrétaire Général de la Ligue chargea deux experts de la préparation d'un nouveau projet (6) de charte des droits de l'homme.

Mais devant le peu d'enthousiasme des États membres, le projet resta sans suite jusqu'au transfert du siège de la Ligue des États arabes à Tunis.

En 1985, la Commission arabe permanente des droits de l'homme a, de nouveau, étudié ce projet et l'a présenté à la réunion du conseil de la Ligue du 17 janvier 1986 qui l'a refusé en dépit de l'insistance de la Commission, préférant attendre l'adoption de la Déclaration islamique des droits de l'homme par l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI) en 1990.

Tout de suite après, en 1993, la Commission présenta un dernier projet. Elle fut soutenue par la pression de la communauté internationale des ONG et l'apport de la conférence internationale des droits de l'homme de Vienne de juin 1993 dont la Déclaration et le programme d'action affirment que:

“Les mécanismes régionaux jouent un rôle fondamental pour la promotion et la protection des droits de l'homme. Ils devraient renforcer les normes universelles en la matière énoncées dans les instruments internationaux pertinents et la protection de ces droits. La Conférence Mondiale sur les droits de l'homme appuie les efforts qui sont faits pour renforcer ces mécanismes et en accroître l'efficacité, tout en soulignant l'importance de la coopération avec l'Organisation des Nations Unies dans le domaine considéré.” (7).

Dans ce nouveau contexte international, tous ces efforts se concrétisèrent par l'adoption du texte de la charte composé de 43 articles par la Résolution du Conseil de la Ligue, en date du 15 septembre 1994. (8).

2- les efforts de la société civile pour l'adoption d'un texte régional arabe relatif aux droits de l'homme

Toutes ces initiatives ont eu lieu soit avant l'adoption de la Charte par la Ligue des États arabes pour l'appeler à adopter la Charte, soit après 1994, une fois le texte adopté pour le remettre en cause, présenter ses lacunes et demander son évolution.

Elles sont l'œuvre d'organisations non gouvernementales arabes et d'activistes critiques vis à vis du projet officiel de la Ligue.



La première initiative est l'œuvre d'un groupe d'intellectuels arabes dont Mr Cherif Bessiouni, qui dirigea pendant longtemps l'Institut supérieur international des sciences criminelles de Syracuse, en Italie et qui réunit, en 1986, un groupe d'experts et activistes arabes dans le domaine des droits de l'homme à l'effet de préparer un Projet de charte des droits de l'homme et des peuples dans le monde arabe (9).

Ce projet a été ensuite présenté et adopté au XVI e Congrès de l'Union des Avocats arabes qui s'est tenu, en 1987, à Koweït.

La seconde initiative est celle du Centre arabe pour l'éducation au droit international humanitaire et aux droits humains qui organisa, en 2002, à Sanaa, au Yémen, une rencontre internationale sur la modernisation de la Charte arabe des droits de l'homme et qui se solda par l'adoption d'une Déclaration dite Déclaration de Sanaa pour la modernisation de la Charte arabe des droits de l'homme.

La dernière initiative eu lieu à Beyrouth où fut organisé, à l'appel du "Cairo Institute for human rights studies" (CIHRS), de l'Association de défense des droits et libertés au Liban, du Réseau Euro Méditerranéen des droits de l'homme et de la Fédération Internationale des droits de l'homme (FIDH), en juin 2003, une conférence qui regroupa 36 organisations non gouvernementales arabes, 11 organisations non gouvernementales internationales, 15 experts indépendants et 7 experts gouvernementaux et des parlementaires.

Cette Conférence adopta une Déclaration dite Déclaration de Beyrouth qui dispose expressément que:

"La Charte arabe des droits de l'homme accuse des lacunes importantes par rapport aux garanties et critères internationaux reconnus dans le domaine de la protection des droits de l'homme et elle ne prévoit aucun mécanisme de surveillance et de suivi de la mise en œuvre de son contenu".

II. L'apport de la Charte

La charte arabe des droits de l'homme fut adoptée par le Conseil de la Ligue des États arabes, le 14 septembre 1994.

son apport est incontestablement important puisque, pour la première fois, un texte régional voit le jour dans le monde arabe, contribuant à la promotion des droits de l'homme à travers le monde et en particulier dans le monde arabe.

Cependant, ce texte n'a pas connu un sort heureux. Il reste aussi un texte lacunaire quant à la reconnaissance et à l'affirmation de certains droits.

1- les principes fondateurs de la charte arabe des droits de l'homme

Cette charte apparaît comme un texte de compromis. Elle se réfère en même temps aux principes universels des droits humains et aux principes consacrés par les religions et surtout par la religion musulmane.

Dans le Préambule, est ainsi expressément cité, "l'attachement à la Déclaration universelle des droits de l'homme, au Pacte international relatif aux droits civils et



politiques et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à La déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam" (10).

De même et à l'image de tous les instruments internationaux adoptés par l'Assemblée Générale des Nations Unies, à commencer par la Déclaration Universelle des droits humains, le texte du Préambule de la Charte commence par rappeler la foi en la dignité de la personne humaine, en la liberté et en la Justice.

Sauf que si le Préambule de la Déclaration Universelle considère d'emblée que "la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde" (11), celui de la Charte insiste sur l'apport des religions et part de la conviction de la nation arabe en ces principes depuis que Dieu l'a privilégiée en faisant le berceau des religions et des civilisations. (12).

Egalement et comme tous les textes internationaux, il existe une interrelation entre les droits de l'homme et la paix mondiale et notamment le droit des nations à disposer d'elles mêmes et à la protection de leurs ressources naturelles comme il y a une affirmation que la jouissance par la personne humaine de la liberté, de la justice et de l'égalité des chances constitue le fondement de l'authenticité de toute société humaine (13).

Un autre principe a été aussi retenu dans la Charte, c'est le principe de non discrimination que les États parties doivent respecter pour la garantie de tous les droits et libertés qui y sont énoncés (14).

L'une des particularités de la Charte tient aussi au fait qu'elle considère le racisme, le sionisme, l'occupation et la domination étrangère comme des atteintes à la dignité humaine et des entraves essentielles qu'il faudrait combattre pour la consécration des droits fondamentaux des populations.

Ainsi et comme on le constate, la référence aux principes de l'universalité des droits humains n'est pas valorisée par elle même mais elle est rattachée et placée en étroite corrélation avec les principes consacrés par la religion musulmane.

En somme, les rédacteurs de la Charte ont voulu assurer une complémentarité du moins apparente et un compromis entre l'universalité des droits de l'homme et les spécificités religieuses dominantes dans la région arabe.

Reste à savoir si la Charte a pu consacrer ce compromis dans l'affirmation des droits humains.

2- la consécration des droits de l'homme dans la Charte

Apparemment, la consécration des droits de l'homme dans la Charte semble être conforme aux normes internationales régissant la matière.

Certains droits sont identifiés à des droits civils et concernent le respect des droits civils tels qu'ils sont reconnus dans le Pacte International relatif aux droits civils et politiques qui a été ratifié par une grande majorité des pays arabes (15).



JURA GENTIUM



Ainsi en est-il du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont reconnus dans l'article 5 de la charte comme à l'article 9 du Pacte.

Ainsi en est-il aussi du droit à la vie privée qui comprend notamment la protection de la famille, de la maternité, de l'enfance et des vieillards, l'immunité du domicile, le secret de la correspondance, (16) du droit à la protection contre la torture (17), du droit à un traitement humain pour les personnes privées de liberté (18), du droit à la libre circulation pour toute personne se trouvant sur le territoire d'un État partie à la Charte, du droit à la protection contre toute expérience médicale ou scientifique sans son consentement (19), du droit de choisir le pays de résidence, de ne pas être empêché de quitter arbitrairement ou illégalement un pays arabe, même si c'est son propre pays ou d'être obligé de vivre dans un endroit ou région déterminée du pays (20), du droit à l'asile politique.

De même, dans la Charte, le droit à la propriété privée est reconnu à tout citoyen et aucun citoyen ne peut être privé de ses biens de façon arbitraire ou illégale. (21).

Quant aux droit d'accès à la justice, la Charte considère, comme tous les instruments internationaux relatifs aux droits humains, que toute sanction ne peut être prononcée qu'en vertu d'une loi en vigueur selon le principe général de la non rétroactivité des lois pénales plus douces (22), proclame la présomption d'innocence et garantit les droits de la défense (23).

Quant à la peine de mort, elle n'est malheureusement pas abolie mais elle est tout simplement organisée et conditionnée à l'accomplissement d'infractions très graves (24). Elle ne peut être prononcée en cas d'infraction politique (25). elle ne peut être appliquée à l'égard des enfants mineurs dont l'âge ne dépasse 18 ans, à l'égard des femmes enceintes jusqu'à l'accouchement, et à l'égard des femmes qui allaitent des enfants et cela jusqu'à l'âge de deux ans (26).

C'est la aussi une disposition reprise en partie du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques dont l'article 6 alinéa 5 dispose qu'"une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans et ne peut être exécutée contre les femmes enceintes"et renforcée par la charte qui a permis l'exécution de la sentence quand les femmes accouchent ou arrêtent d'allaiter.

D'autres droits sont repris du même pacte, notamment pour ce qui est de la citoyenneté et de la souveraineté puisque selon les dispositions de la charte elle même, le peuple est le fondement de la souveraineté et la capacité politique est un droit reconnu aux citoyens qui peuvent en jouir conformément à la loi (27).

De même, le droit à la nationalité est reconnu et personne ne peut être privé du droit de conserver sa nationalité d'origine ou de la changer (28).

Quant aux droits politiques, la charte reconnaît les libertés de croyance, de pensée (29), le droit d'exercer la liberté de culte, la liberté d'expression à condition de ne pas porter atteinte à la liberté d'autrui (30), le droit de réunion, la liberté d'association pacifique (31), le droit de constituer un syndicat et le droit de grève (32).

D'un autre coté, la Charte s'est aussi inspirée du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, notamment par rapport au droit au travail (33), le droit au choix d'un travail, le droit à l'égalité des chances et de traitement, le droit à un



salaires justes et l'égalité de rémunération pour les mêmes conditions de travail (34), le droit à l'exercice des fonctions publiques dans le pays. (35).

Pour ce qui est de l'enseignement, on remarque que la Charte insiste sur la nécessité de combattre l'analphabétisme et de faire de l'enseignement primaire, un enseignement obligatoire et gratuit pour les enfants. ce qui nous rappelle indirectement voire implicitement les dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui tout en affirmant, le caractère obligatoire et gratuit de l'enseignement appelle les États parties à prendre toutes les mesures nécessaires pour que le droit à l'éducation soit à un droit de l'homme dont devrait jouir toute personne. (36).

Tous ces droits sont importants mais ils restent insuffisants et ne sont pas entourés des conditions minimales de leur protection et de leur exercice par les personnes humaines, notamment les femmes. C'est ce qui explique les limites de la charte.

3- les limites de la Charte

La première grande limite de la Charte tient à la discrimination maintenue à l'égard des femmes. Un grand silence entoure la condition féminine.

Même si le principe de non discrimination est retenu dans l'article 2 de la Charte, il n'en demeure pas moins qu'il reste de portée générale et est assimilé plutôt à une Déclaration de principe dépourvue d'incidence au niveau de la consécration des droits.

Dans ce même ordre d'idées, aucune référence n'est faite dans le préambule de la Charte à la Convention Internationale relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui, pourtant, a été adoptée en 1979, soit 15 ans avant l'adoption de la Charte.

D'ailleurs, cet oubli s'est concrétisé par l'absence de définition de la discrimination à l'égard des femmes, pourtant intégré dans l'article premier de cette même Convention, par l'ignorance du statut des femmes dans tous les domaines de la vie, par l'inexistence de mesures que les États parties doivent prendre pour renforcer l'égalité entre les sexes et permettre aux femmes d'exercer leurs droits.

Dans le texte même de la charte, on parle de la personne humaine de façon générale mais on ne mentionne pas les droits spécifiques aux femmes tels que le droit à un congé spécifique, le droit aux congés de maternité, le droit à un congé parental pour que la fonction reproductive ne soit pas une fonction propre aux femmes et pour qu'elle soit assumée par les deux parents et prise en charge par la société toute entière, le droit à des discriminations positives, tels que le quotas ou la parité qui permettent aux femmes de participer aux instances de prise de décision.

On remarque également, qu'en plus de l'ignorance du statut des femmes dans la Charte, la famille n'existe qu'en tant que structure ou noyau essentiel de la société qu'il faudrait protéger (37). Cette disposition reprise de l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été complétée par les autres catégories sociales que tout État partie à la Charte doit protéger, notamment la famille, la maternité, l'enfance et la vieillesse et elle ne s'est pas accompagnée des autres dispositions du Pacte qui affirme dans l'alinéa 2 du même article 23, le droit égal au mariage pour les hommes et les



femmes, le libre et plein consentement des deux futurs époux, l'égalité dans les droits et des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

La seconde limite de la Charte tient à la consécration lacunaire des droits de la personne. A aucun moment, d'abord, n'existe la référence à l'indivisibilité, à l'interdépendance et à l'inaliénabilité des droits humains.

De même, aucune mention n'existe sur l'identification droits humains et droits des femmes tels qu'ils ont été consacrés depuis la Conférence internationale des droits de l'homme de Vienne de juin 1993.

Ensuite, la consécration des droits s'arrête à mi chemin et ne comprend pas l'ensemble des droits régissant le domaine. Ainsi en est-il des droits politiques puisque le droit de vote n'est pas explicitement mentionné et c'est seulement à travers l'interprétation des notions de citoyenneté et de capacité politique qu'on peut le déduire. Pourtant ce droit, identifié à un droit politique, constitue un acquis important et nécessaire à l'exercice de la démocratie et à la participation politique et se traduit par l'exercice de la citoyenneté, la participation à la direction des affaires publiques, le vote au suffrage universel et l'éligibilité, l'accès aux fonctions publiques du pays (38).

Le même phénomène peut être constaté dans l'exercice de la liberté syndicale. Contrairement aux dispositions de l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, seul le droit de constituer un syndicat et de faire grève sont prévus. Quant à la liberté syndicale, aux droits à l'exercice libre de l'activité syndicale et à la protection des responsables syndicaux, ils relèvent des conventions internationales.

En réalité, et pour finir, on peut affirmer, sans se tromper, que deux principes sont absents de cette Charte, l'égalité et la liberté et dénotent de l'intention des États arabes, d'adopter un texte lacunaire dénué d'impacts sur la promotion des droits humains.

La troisième limite se concrétise dans l'absence des mécanismes conventionnels de protection et de respect des droits de l'homme.

Seul un comité d'experts a été prévu par la Charte (39) mais même si, à l'image des autres mécanismes conventionnels internationaux, il est composé d'experts indépendants, choisis pour leur expérience et leur compétence, ses compétences restent limitées à l'examen des rapports initiaux et périodiques que les États doivent lui soumettre quant à l'application de la Charte et qu'il doit étudier et consigner dans un rapport accompagné des avis et des explications des États parties à transmettre à la Commission arabe permanente des droits de l'homme.

Malgré toutes ces lacunes et insuffisances, l'adoption de ce texte n'a pas eu de suite puisque à l'exception de l'Irak, aucun État ne l'a ratifié et les Émirats arabes unis, le Bahreïn, le Sultanat de Oman, le Koweït, l'Arabie Saoudite, le Soudan et le Yémen ont formulé des réserves et des observations pour justifier leur refus de l'adopter (40).

Pourtant et malgré ces obstacles politiques, la charte doit être considérée comme un instrument régional auquel les États arabes doivent accorder de l'importance si leur volonté est de promouvoir les droits de l'homme et de veiller à leur respect.



C'est ce qui explique les appels incessants des ONG et des défenseurs des droits humains dans le monde arabe pour son actualisation voire sa modernisation.

III. La modernisation de la Charte

Plusieurs facteurs ont contribué à l'actualisation de la Charte arabe des droits de l'homme.

Le contexte international, les changements survenus depuis les événements de septembre 2001 et l'effort entrepris par certaines ONG arabes et internationales ont incité certains États à revoir leur politique en matière des droits de l'homme et ont amené le conseil de la Ligue des États arabes à adopter une Résolution (41), en 2001, pour recommander aux États arabes, d'accélérer le processus de signature et de ratification de la Charte qui n'est jamais entrée en vigueur (42).

Certaines ONG, surtout arabes, ont demandé l'actualisation de la Charte après avoir constaté qu'elle ne correspondait pas du tout aux standards internationaux en matière de droits de l'homme et qu'elle comportait de graves lacunes.

C'est la raison pour laquelle, le 24 mars 2003, une nouvelle Résolution fut adoptée par le Conseil de la Ligue des États arabes (43), demandant à la Commission arabe permanente des droits de l'homme de moderniser la Charte, c'est à dire, selon les termes du Secrétaire Général de la Ligue, de la mettre en conformité avec les standards internationaux concernant la matière (44).

À cet effet et aux termes d'un accord d'assistance technique, le Haut commissariat aux droits de l'homme et la Ligue des États arabes ont constitué un groupe d'experts arabes, issus des mécanismes onusiens conventionnels, à l'exception du Comité CEDAW, et des procédures spéciales de la Commission des droits de l'homme pour examiner le texte de la charte et évaluer sa conformité avec les standards internationaux, après que la commission arabe permanente des droits de l'homme, eut organisé deux réunions, en juin et en octobre 2003. (45).

A l'issue d'une réunion qui s'est tenue en décembre 2003, le groupe des experts a formulé des recommandations qui ont été prises en considération par la Commission arabe permanente des droits de l'homme.

Finalement, cette Commission adopta, en janvier 2004, un texte final de modernisation de la Charte qui normalement doit, être soumis à la Réunion du Conseil de la Ligue des États arabes, dans sa session annuelle de 2004 mais qui a été reporté à la session de 2005 (46).

Il est incontestable que l'actualisation de la Charte a eu lieu mais il est aussi certain que cette actualisation est restée timide parce qu'elle n'a pas abouti à une actualisation réelle.



1- l'actualisation de la Charte: un progrès pour la promotion des droits de l'homme dans le monde arabe

Le nouveau texte de 2004 présente des avancées considérables par rapport à celui de 1994.

Dan son préambule, le lien étroit entre les droits de l'homme et la paix et la sécurité international est mis en valeur.

Se référant aux acquis de la conférence de vienne, ce texte consacre dans l'article premier, le principe de l'universalité, de l'indivisibilité, de l'interdépendance et de l'indissociabilité des droits de l'homme (47).

Dans le même ordre d'idées, cette Charte proclame le principe de non discrimination d'une manière générale et, demande aux États parties de prendre toutes les mesures requises pour garantir l'égalité effective dans l'exercice de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont consacrés.

De même, la Charte interdit l'esclavage et la traite des êtres humains ainsi que le travail forcé, la traite des êtres humains à des fins de prostitution ou d'exploitation sexuelle, l'exploitation de la prostitution d'autrui et toutes les formes d'exploitation y compris l'exploitation des enfants dans les conflits armés (48).

Aussi, la Charte s'intéresse aux droits des personnes handicapées, elle interdit la discrimination sur la base du handicap et demande aux États parties de garantir aux handicapés une vie décente, de renforcer leur autonomie et leur participation effective dans la société, de fournir des services sociaux gratuits, un soutien matériel, des services d'enseignement et de santé appropriés (49).

Une innovation importante est à mentionner dans ce cadre, c'est l'affirmation par la charte de l'égalité entre les sexes et la parité des chances et l'égalité effective entre l'homme et les femmes. (50).

Egalement et pour la première fois, la Charte a affirmé les droits de l'homme au développement (51), à un niveau de vie suffisant et le droit à un environnement sain, (52) à un meilleur état de santé. Pour atteindre ce niveau, elle a prévu un ensemble de mesures et de droits connexes tels que la lutte contre les facteurs de pollution de l'environnement et la fourniture de moyens d'assainissement, la lutte contre le tabagisme, la drogue et les substances psychotropes, la lutte contre les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé (53).

Autre innovation, en matière d'administration de la justice, sont garantis, l'égalité devant la loi et l'égalité de protection de la loi (54), l'égalité devant la justice et l'indépendance de la justice (55), le droit à un procès équitable par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi ainsi que l'aide juridictionnelle (56), le droit d'être informé immédiatement et de façon détaillée de la nature des accusations portées, le droit de disposer d'un temps et de facilités suffisants pour préparer la défense, le droit de prendre contact avec les proches, le droit de tout accusé à l'assistance gratuite d'un interprète, le droit pour toute personne déclarée coupable de faire appel devant une instance judiciaire supérieure (57), un régime judiciaire pour les



mineurs (58), le principe non bis in idem (59), l'interdiction de l'emprisonnement pour dette civile (60), le traitement avec humanité des personnes privées de liberté (61).

Malgré toutes ces avancées, le texte de la Charte reste en dessous des espérances et des attentes des ONG des droits humains et des femmes arabes.

2- l'actualisation de la Charte: un progrès timide

Comme le texte initial, la charte de 2004, pêche par certaines limites.

La première limite tient à l'ambiguïté des références parce que même si, comme tous les instruments internationaux, le préambule de la charte insiste sur la foi dans la dignité humaine, les principes de fraternité, d'égalité et de tolérance et l'article premier s'aligne sur les standards internationaux faisant référence aux textes internationaux les plus importants, il n'en demeure pas moins que la référence à certaines règles d'origine religieuse et surtout à la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam laisse croire que la volonté des rédacteurs de la charte qui apparaît comme un compromis entre ces principes n'est pas toujours au profit des droits humains universels mais l'est aux seuls droits humains acceptés par les textes d'origine religieuse, faisant ainsi prévaloir la spécificité civilisationnelle empreinte de religiosité et de sacralité.

La seconde limite réside dans le statut des femmes dans la Charte. Ce texte a, certes, adopté les principes retenus par la Conférence internationale sur les droits de l'homme relativement à l'universalité, à l'indissociabilité, à la complémentarité et à l'interdépendance des droits de l'homme, mais il n'adopte pas tous les acquis qui en découlent, notamment le principe selon lequel les droits des femmes sont une partie intégrante des droits humains.

Dans le même sens, la Charte ne définit pas la discrimination subie par les femmes comme cela a été l'objet de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (62). Pourtant, comme cette même Convention, elle demande aux États parties de s'engager à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la parité des chances et l'égalité effective entre l'homme et la femme dans l'exercice de tous les droits qui y sont énoncés.

Elle reconnaît que "l'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs" mais ajoute le cadre dans lequel doivent être reconnus ces droits, à savoir, "la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux." (63).

De ce fait et comme par rapport aux références énoncées dans le préambule, c'est toujours la conciliation voire le compromis entre les instruments internationaux et les instruments religieux qui a servi de fondement à la reconnaissance des droits des femmes.

un problème se pose alors, peut-on concilier des normes égalitaires et des normes fondées sur la discrimination à l'encontre des femmes? En plus, le recours à la notion de discrimination positive instituée au profit de la cheria ne garantit pas forcément la reconnaissance de l'intégralité des droits de l'homme aux femmes mais laisse plutôt croire que seuls des segments de droits vont être accordés aux femmes, ceux qui, au



nom de la Cheria leur sont accordés et qui n'ont pas fait l'objet de réserves au moment de la ratification de la Convention internationale relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (64).

Toujours par rapport au statut des femmes, la charte ne fait référence qu'à l'égalité devant la loi mais pas à l'égalité dans la loi, maintenant ainsi toute possibilité d'inégalité dans la loi, à l'image de ce qui existe dans la plupart des législations arabes de la famille.

La Charte garantit cependant aux femmes, la possibilité de donner leur nationalité à ses enfants (65) en tenant compte de l'intérêt de l'enfant mais pas en tant que droit égal reconnu aux deux parents sans distinction.

Elle reconnaît aussi à l'homme et à la femme le droit de se marier et de consentir librement au mariage mais rien n'indique que la famille, créée essentiellement par le mariage est fondée sur l'égalité des droits et des devoirs de l'homme et de la femme au regard du mariage, durant le mariage et après le mariage.

Elle interdit toutes les formes de violence ou de mauvais traitements dans les relations entre les membres de la famille, en particulier à l'égard de la femme et de l'enfant.

Cependant, aucune référence n'est faite aux autres espaces dans lesquels peut s'exercer la violence ni aux formes de violence, physique, morale et sexuelle que peut subir la femme ou l'enfant et tel que cela a été définie par la Déclaration internationale sur les violences faites aux femmes de 1993 (66).

D'autres limites existent (67). Elles concernent le maintien des discriminations à l'égard des non ressortissants (68), des étrangers, le maintien de la peine de mort, notamment pour les mineurs (69), la non prohibition des peines cruelles, inhumaines humiliantes ou dégradantes (70), la remise en cause du droit d'asile (71), l'ineffectivité du mécanisme de protection non pourvu de la possibilité d'examiner les plaintes et les réclamations de toute personne dont l'un des droits affirmés par la Charte est violé.

Malgré toutes ces limites, on doit appeler à l'adoption de ce texte par le Conseil de la ligue des États arabes comme un premier pas vers la promotion des droits humains.

On pourra alors revendiquer son amendement et agir pour qu'il soit conforme réellement aux standards internationaux relatifs aux droits de l'homme et se fonde sur l'égalité, le non discrimination et le respect de la dignité de la personne humaine dans le monde arabe.

Notes

1. Déclaration universelle sur la diversité culturelle, telle qu'elle a été adoptée par l'UNESCO, à sa trente et unième session, le 2 novembre 2001.

2. Les 7 États fondateurs de la Ligue des États arabes sont l'Arabie saoudite, l'Égypte, l'Irak, la Jordanie, le Liban, la Syrie et le Yémen. Actuellement la Ligue des États arabes comprend 22 États membres. Voir le texte de la Charte arabe des droits de l'homme en arabe, *Revue arabe des droits de l'homme*, n. 6, p. 114.



3. Driss Ahmed, “La Ligue des États arabes véhicule de coopération régionale et internationale?” *Revue des études internationales*, n. 88, 2/2004.
4. Résolution R 2443/48 (XLVIII) du Conseil de la Ligue des États arabes.
5. Conformément à l’article 4 du Pacte de la Ligue des États arabes qui énonce qu’un “comité ad hoc au sein duquel sont représentés tous les États membres de la Ligue est formé pour chacun des secteurs énumérés dans l’article deux. Ces comités sont chargés d’établir les règles et l’étendue de la coopération entre les États membres, sous forme de projets d’accords qui sont examinés par le Conseil, puis soumis aux dits États pour approbation”. Voir à cet effet, Boutros Boutros Ghali, *La Ligue des États arabes in les dimensions internationales des droits de l’homme*, Paris, UNESCO, 1978, p. 638.
6. Il s’agit de Messieurs Mohamed Assfour, égyptien et Hussein Jamil, irakien. Voir à cet effet, Mohamed Amin El midani, [La Charte arabe des droits de l’homme](#) et du même auteur *La Ligue des États arabes et les droits de l’homme*, Bibliothèque Jeanne Hersch, 2002. Voir le site [AIDH](#).
7. Voir le §37 de la Déclaration et du programme d’action de la Conférence internationale de Vienne de juin 1993, A/Conf. 157/23.
8. Résolution du Conseil de la Ligue des États arabes n° 5437 en date du 15 septembre 1994.
9. Voir à cet effet Abdeladhim el Wazir, *A propos du projet de la Charte arabe des droits de l’homme et des peuples*, *Recueil des droits de l’homme dans le monde arabe*, Beyrouth, Dar El Ilm lel malawine, 1989, Tome I, p. 423 (en arabe).
10. Voir Charte arabe des droits de l’homme, Préambule §6.
11. voir §1 du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l’homme, telle qu’adoptée par la Résolution 217Á (III) du 10 décembre 1948.
12. Voir §1 du Préambule de la Charte arabe des droits de l’homme.
13. Voir §4 et 5 du Préambule de la Charte arabe des droits de l’homme.
14. Voir l’article 2 de la Charte.
15. Le Pacte international relatif aux droits civiques et politiques a été ratifié par 13 États arabes. Ce sont l’Algérie, l’Égypte, l’Irak, la Jordanie, Le Koweït, le Liban, le Maroc, la Somalie, le Soudan, la Syrie, la Tunisie et le Yémen.
16. Selon les termes des articles 17 de la Charte et du Pacte.
17. Selon les termes de l’article 13-1 de la charte et de l’article 7 du Pacte.
18. Selon les termes de l’article 15 de la Charte et de l’article 10 du Pacte.
19. Selon les termes de l’article 13/b de la Charte et l’article 7 de la charte.
20. Selon les termes de l’article 21 de la Charte.
21. Selon les termes de l’article 25 de la Charte.
22. Selon les termes de l’article 6 de la charte.
23. Selon les termes de l’article 7 de la Charte.



24. Selon les termes de l'article 10 de la Charte.
25. Selon les termes de l'article 11 de la Charte.
26. Selon les termes de l'article 12 de la Charte.
27. Voir l'article 19 de la Charte.
28. Voir l'article 24 de la Charte.
29. Voir l'article 26 de la Charte.
30. Voir l'article 27 de la Charte.
31. Voir l'article 28 de la Charte.
32. Voir l'article 29 de la Charte.
33. Voir l'article 30 de la Charte.
34. Voir l'article 32 de la Charte.
35. Voir l'article 33 de la Charte.
36. Voir l'article 34 de la Charte et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
37. Selon les termes de l'article 38/1 et 38/2 de la Charte et de l'article 23/1 du Pacte.
38. Conformément aux dispositions de l'article 25 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.
39. Voir les articles 40 et 41 de la Charte.
40. Voir le texte de la Charte en arabe et les réserves des États arabes. La revue arabe des droits de l'homme n°6. précité p. 114.
41. Résolution 6089 du 12 mars 2001.
42. Notamment l'ONG Agir ensemble pour les droits humains et l'organisation internationale pour le développement de la liberté d'enseignement (OIDE) qui ont présenté un exposé à la Commission des droits de l'homme le 26 février 2004. voir E/CN.4/2004/NGO/64.
43. Résolution 6032-129 du 24 mars 2003.
44. Voir Commission des droits de l'homme E/CN.4/2004/NGO/64.
45. Curieusement, ce groupe d'experts comprend les experts arabes, membres des comités onusiens conventionnels tels que le comité des droits de l'enfant, Mr Hatem Kotrane de Tunisie, Mr Ibrahim Echeddi d'Arabie Saoudite et Mme Ghalia Mohamed ben Hamed Althani de Qatar, le comité des droits de l'homme, Mr Ahmed Taoufik Khalil d'Egypte. Il comprend aussi des responsables des procédures spéciales en la personne de Mme Leila Zarrouki de l'Algérie, un professeur universitaire spécialiste des droits de l'homme, à titre d'expert, Mr Tahar Boujellal et le coordinateur pour la région arabe auprès du Commissariat général aux droits de l'homme.



46. Rapport et Recommandations de la Commission permanente pour les droits de l'homme. Réunion complémentaire à la deuxième session de la commission consacrée à l'actualisation de la Charte arabe des droits de l'homme (4 au 15 janvier 2004).
47. Aux termes de 'article 1d, il est énoncé que l'un des objectifs de la Charte consiste à "enraciner le principe selon lequel tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, interdépendants et indissociables".
48. C'est la l'objet de l'article 10 a) et b).
49. C'est la l'objet de l'article 40 de la Charte.
50. C'est la l'objet de l'article 3 a), b) et c) de la Charte.
51. C'est la l'objet de l'article 37 de la Charte.
52. C'est la l'objet de l'article 38 de la Charte.
53. C'est la l'objet de l'article 39 de la Charte.
54. Selon les termes de l'article 11 de la Charte.
55. Selon les termes de l'article 12 de la Charte.
56. Voir l'article 13 de la Charte.
57. Voir l'article 16 de la Charte.
58. Voir l'article 17 de la charte.
59. Voir l'article 19 de la Charte.
60. Voir l'article 18 de la Charte.
61. Voir l'article 20 de la Charte.
62. L'article premier de cette convention est consacré entièrement à la définition de la discrimination subie par les femmes.
63. C'est la l'objet de l'article 3 c) de la Charte.
64. 16 États arabes ont ratifié cette Convention après avoir formulé des réserves sur certains droits égaux reconnus aux femmes, notamment dans la famille.
65. Voir l'article 29 de la Charte.
66. Déclaration internationale sur les violences faites aux femmes telle qu'elle a été adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1993.
67. Voir CIJ commentaires document en date du 3 mars 2004 se rapportant à la réunion complémentaire à la deuxième session extraordinaire de la Commission arabe permanente des droits de l'homme consacrée à l'actualisation de la Charte arabe des droits de l'homme.
68. Selon les articles 24 f), 34e) de la Charte.
69. Selon l'article 7 de la Charte.
70. Selon les dispositions de l'article 8 de la Charte qui se contente d'interdire la torture physique et mentale et les traitements cruels, inhumains, humiliants ou dégradants.



JURA GENTIUM



71. Voir à cet effet, l'article 28 de la Charte.

Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo

Danilo Zolo

0. Premessa

La mia relazione ha come tema centrale il diritto all'acqua inteso come “nuovo” diritto sociale e come diritto collettivo. Come “diritto sociale” il diritto all'acqua può essere rivendicato dai cittadini di una determinata comunità nei confronti delle proprie autorità politiche e deve essere perciò socialmente garantito da tali autorità. Come diritto collettivo il diritto all'acqua può essere rivendicato entro l'ordinamento giuridico internazionale dalle autorità politiche legittimamente rappresentanti di un popolo insediato in un determinato territorio. Sono perciò orientato a considerare il diritto all'acqua non semplicemente come un ‘diritto soggettivo’, e neppure, d'altra parte, come un generico ‘diritto universale’, o ‘diritto dell'umanità’, o, tanto meno, come un ‘diritto naturale’.

La mia relazione si divide in quattro parti. Nella prima parte esamino l'attuale disciplina dell'ordinamento internazionale vigente sul tema del diritto all'acqua e della gestione delle risorse idriche, in particolare delle risorse idriche condivise da più comunità politiche. Nella seconda parte presento una serie di argomenti a favore del diritto all'acqua e all'uso delle risorse idriche sia come ‘diritto sociale’ di ciascun membro di una determinata comunità, sia come ‘diritto collettivo’ di questa comunità. Nella terza parte analizzo rapidamente, dal punto di vista del diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo, la situazione del popolo palestinese, cioè di un popolo sottoposto da decenni ad una occupazione militare. Concludo esaminando brevemente alcune ipotesi di iniziativa internazionale che il popolo palestinese, rappresentato dalla sua Autorità nazionale, potrebbe prendere per ottenere il riconoscimento e la soddisfazione concreta del suo ‘diritto collettivo’ all'acqua e all'uso delle risorse idriche del suo territorio. L'ipotesi più interessante sembra essere l'impostazione della rivendicazione del diritto all'acqua del popolo palestinese come questione mediterranea.

1. Diritto internazionale e diritto all'acqua

La prima osservazione da fare è che non esiste nel diritto internazionale vigente un'esplicita formulazione normativa del diritto soggettivo all'acqua e neppure un'esplicita qualificazione dell'acqua dolce come possibile oggetto di un diritto collettivo. Si tratta senza dubbio di una grave lacuna dell'ordinamento internazionale che andrebbe rapidamente colmata, come da circa un decennio reclamano vari movimenti e associazioni nazionali e internazionali.

La prima iniziativa internazionale che ha tematizzato il diritto all'acqua è stata la Conferenza delle Nazioni Unite sull'acqua, che si è tenuta a Mar de la Plata, in Argentina, nel 1977. Nella dichiarazione finale si sosteneva che “tutti hanno diritto di accedere all'acqua potabile in quantità e qualità corrispondenti ai propri bisogni fondamentali”. Successivamente, nel settembre del 1990, le Nazioni Unite hanno



promosso a Nuova Delhi la Conferenza finale del Decennio internazionale dell'acqua potabile e nel gennaio 1992 si è svolta a Dublino la Conferenza della Nazioni Unite su acqua e ambiente che si è conclusa con l'importante "Dichiarazione finale di Dublino". Questa prima fase di iniziative internazionali si è conclusa con la Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo, tenuta a Rio de Janeiro nel giugno del 1992, nel corso della quale il problema dell'acqua è stato ampiamente trattato (1). Più recentemente e in modo particolarmente efficace si sono espressi il Gruppo di Lisbona e la fondazione Mario Soares, che nel settembre del 1998 hanno promosso il 'Manifesto dell'acqua' (*The Water Manifesto*), i due Forum Mondiali per l'acqua di Marrakesh (1997), dell'Aja (2000) (2), cui si sono aggiunti i Forum Sociali Mondiali di Porto Alegre e i Forum alternativi mondiali dell'acqua di Firenze (2003) e di Ginevra (2005)

Nonostante questa serie di importanti iniziative, le norme internazionali, come del resto quelle nazionali, non offrono oggi una risposta minimamente adeguata alle minacce politiche e ai problemi ambientali dovuti alla crescente domanda di acqua e ai conflitti che ne derivano. La domanda globale di acqua cresce rapidamente a causa dell'espansione demografica della specie umana e del diffondersi del modello tecnologico-industriale, tipico della modernità occidentale. Simultaneamente decresce la quantità di acqua potabile a disposizione delle popolazioni a causa delle turbolenze climatiche, dell'inquinamento sempre più diffuso e dei fenomeni di salinizzazione delle acque dolci. Quasi un miliardo e mezzo di esseri umani oggi non dispongono in quantità sufficienti di acqua potabile e si prevede che questa cifra raddoppi entro il 2020.

Nell'ampia fascia dei paesi poveri e deboli muoiono ogni anno oltre 2 milioni di bambini per mancanza d'acqua o a causa dell'acqua insalubre, quest'ultima essendo responsabile dell'80 per cento delle malattie epidemiche. La mancanza di acqua si traduce inoltre in una drastica diminuzione della produzione alimentare e in un aumento della fame e delle malattie legate alla denutrizione. Alcune aree del mondo sono particolarmente colpite dal fenomeno, in particolare l'America latina, l'Africa subsahariana, l'Africa del nord e il medio Oriente. Per queste ragioni le contese per l'acqua tendono a farsi sempre più aspre e spesso, come ha sostenuto Vandana Shiva (3), i conflitti territoriali sono conflitti in larga parte per l'accaparramento delle risorse idriche e degenerano in forme violente anche a causa dell'assenza di un quadro giuridico e di istituzioni regionali e internazionali in grado di risolverli.

Alcuni autori, fra questi il giurista italiano Luigi Ferrajoli (4), sostengono che il riconoscimento di un diritto all'acqua, come diritto rilevante entro l'ordinamento internazionale, può considerarsi implicito in diverse dichiarazioni e convenzioni multilaterali. Lo è anzitutto come un corollario del diritto alla vita enunciato, come è noto, dall'art. 3 della "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", del 1948. Se, come recita questo articolo, "Ogni individuo ha diritto alla vita", allora se ne può inferire che ogni individuo ha diritto all'acqua, se è empiricamente vero che l'acqua dolce, nelle sue varie utilizzazioni, *in primis* quelle alimentari e quelle igieniche, è una condizione essenziale per la sopravvivenza dell'*homo sapiens*.

Naturalmente si tratta di un corollario molto generico, per di più presente in un documento internazionale emesso da un organo come l'Assemblea generale delle Nazioni Unite le cui delibere sono prive di forza vincolante. Inoltre la Dichiarazione Universale non contiene formulazioni normative di tipo imperativo, e manca di norme



secondarie che riguardino la garanzia dei diritti enunciati e prevedano sanzioni a carico dei comportamenti lesivi di tali diritti. Si è anche sostenuto che un diritto all'acqua si può inferire dagli articoli 22 e 25 della medesima Dichiarazione, che attribuiscono ad ogni individuo il diritto alla sicurezza sociale e il diritto alla salute.

Documenti più rilevanti sul piano normativo sono il “Patto sui diritti civili e politici” (*International Covenant on Civil and Political Rights*) e il “Patto sui diritti economici, sociali e culturali” (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), entrambi del 1966. Il primo, sottoscritto e ratificato da oltre 130 Stati, compreso Israele, all'art. 6 prescrive che “Ogni essere umano ha un diritto intrinseco alla vita. Questo diritto deve essere protetto dal diritto” (5). Il secondo, all'art. 1, enuncia il diritto dei popoli “a disporre liberamente delle proprie ricchezze e risorse naturali” (6). Manca anche qui un riferimento esplicito al diritto all'acqua e alle risorse idriche, ma non ci sono dubbi che l'inferenza sia del tutto legittima nel senso che ogni comunità umana ha diritto alla utilizzazione delle *proprie* risorse idriche in quanto risorse naturali. Resta tuttavia irrisolto il problema di definire il predicato “proprie” quando le acque di superficie o le falde freatiche appartengano a più Stati: senza questa specificazione la norma resta sostanzialmente priva di efficacia regolativa e deve lasciare il posto, come vedremo, a regole consuetudinarie, normativamente più deboli. Si potrebbe indirettamente far leva anche sugli articoli 9, 11 e 12 dell'ultimo Patto citato, che enunciano il diritto alla sicurezza sociale, alla alimentazione, alla salute. Ma anche qui si tratta di formulazioni indirette e generiche e, soprattutto, non sostenute da norme di attuazione che possano rendere effettivo il diritto dei popoli all'acqua. E secondo una concezione realista del diritto internazionale - non idealista e normativista - le prescrizioni normative per le quali non sono previsti strumenti di attuazione di tipo amministrativo o giudiziario sono al più esortazioni di carattere morale, nobili auspici, non diritto positivo internazionale. Manca l'aspetto caratteristico del diritto: la possibilità che in ultima istanza le sue prescrizioni possano essere applicate o sanzionate in forma coattiva.

Considerazioni analoghe si possono fare in merito alle disposizioni internazionali in materia di utilizzazione delle acque fluviali e lacustri, delle falde freatiche e in genere delle fonti sotterranee. Il diritto internazionale è carente anche su questo tema. Si può tuttavia ricordare la convenzione di Helsinki, del marzo 1992, sulla protezione e sull'uso dei fiumi e dei laghi internazionali in ambito europeo - e quindi con applicazione soltanto regionale - che ha istituito una Conferenza degli Stati membri per dare attuazione alla convenzione. E merita di essere menzionata la risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sugli usi non destinati alla navigazione dei corsi d'acqua internazionali e la connessa “Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Water Courses” (1997), che però non è ancora entrata in vigore, non essendo stata raggiunta la quota delle 35 ratifiche necessarie (7). Da segnalare in questo documento sono gli articoli che riprendono le massime consuetudinarie risalenti alle celebri “[Regole di Helsinki](#)”, dedicate agli usi delle acque dei “fiumi internazionali”, adottate ad Helsinki nel 1966 dall'International Law Association (ILA). Gli articoli 5 e 6 obbligano i paesi interessati a una “equa e ragionevole utilizzazione delle acque”; l'art. 7 formula il principio della “innocuità” degli interventi idrologici e cioè vieta di recare un “danno rilevante” (*substantial injury*) al flusso delle acque



internazionali, mentre l'art. 8 stabilisce l'obbligo della cooperazione fra Stati nella gestione di acque internazionali (8).

Complessivamente si deve concludere che siamo in presenza di una sostanziale anomia (e anarchia) internazionale, sia per quanto riguarda la proclamazione e la tutela del diritto all'acqua e del dovere di cooperazione nell'uso delle risorse idriche internazionali, sia per quanto riguarda l'apprestamento di strumenti di garanzia per la protezione di questi interessi e valori (9).

Un discorso a parte, naturalmente, andrà fatto a proposito di un tema molto più specifico e cioè quello del rapporto fra potenze occupanti e territori occupati in relazione all'utilizzo delle risorse idriche nazionali e internazionali. Il tema riguarda drammaticamente la situazione palestinese. Anche in questo caso la situazione normativa è carente, non essendoci documenti internazionali che si pronuncino esplicitamente sul tema delle risorse idriche. Questo non toglie che dalle "Regulations" annesse alla IV Convenzione della Conferenza dell'Aja del 1907, e dalla IV Convenzione di Ginevra del 1949 si possono inferire, come dirò, alcuni importanti principi normativi che riguardano la gestione delle risorse idriche.

2. Il diritto all'acqua come diritto naturale, come diritto sociale e come diritto collettivo

Se l'ordinamento giuridico internazionale è gravemente carente, non mancano invece, come ho accennato, associazioni e movimenti internazionali che in questi ultimi anni hanno fatto del diritto all'acqua un tema di discussione e di rivendicazione di rilievo globale e che hanno anche tentato di porne una formulazione normativa.

2.1. *Il diritto all'acqua come diritto naturale.* Il documento che ha aperto la strada a queste iniziative è il *Water Manifesto*, redatto nel settembre 1998 da un comitato internazionale guidato dall'ex Presidente della repubblica portoghese, Mario Soares. Quattro sono le sue idee-chiave:

1. l'acqua è fonte insostituibile di vita e un "bene vitale" che appartiene a tutti gli abitanti della terra in comune;
2. l'acqua è un patrimonio dell'umanità e per questo è una risorsa che, diversamente da ogni altra, non può essere oggetto di proprietà privata;
3. La società umana come tale, ai diversi livelli della sua organizzazione, deve garantire anche in termini economici il diritto all'accesso all'acqua a tutti senza alcuna discriminazione;
4. la gestione dell'acqua richiede istituzioni democratiche, di democrazia partecipativa e rappresentativa. Per questo è urgente organizzare, a livello globale, un "Network of Parliaments for Water", lanciare campagne di informazione internazionale e istituire un "World Observatory for Water Rights".

Nella scia di questo documento sono state avanzate molte altre proposte - soprattutto da parte di movimenti transnazionali di carattere sociale o ecologico, come i Forum sociali, Attac, i fautori del "Contratto mondiale dell'acqua", etc. - che si battono per l'idea



dell'acqua come "bene comune universale", che come tale non può divenire oggetto di un diritto patrimoniale da parte di soggetti privati e tanto meno mercificato. Essendo un "dono della natura" e non un prodotto dell'invenzione umana - si sostiene - l'acqua può essere oggetto soltanto di un "diritto naturale" del quale sono titolari tutti i membri dell'umanità. Si tratta di una sorta di giusnaturalismo idrologico, che talora, in particolare in Vandana Shiva, assume i connotati di un'"etica globale" con accenti religiosi molto suggestivi (10). Per la tutela di questo "diritto naturale" si propone l'istituzione di organismi di carattere internazionale come il "World Water Parliament", l'istituzione di un Fondo Internazionale per l'acqua e di Corti internazionali *ad hoc*.

Non è mancato anche uno sforzo di precisazione normativa di questo "diritto naturale", nel senso che lo si è inteso come possibile oggetto di un "servizio pubblico" entro le varie comunità umane. Questo servizio pubblico dovrebbe garantire a tutti i cittadini il consumo gratuito dell'acqua sino ad una certa quantità (ad esempio 40 litri giornalieri per persona, come "minimo vitale"), il consumo di una quantità superiore a costi crescenti sino ad una certa quota (ad esempio sino a 130 litri giornalieri per persona, come "uso necessario") e una forte penalizzazione economica per i consumi più elevati, in modo da disincentivare gli sprechi. Si tratta ovviamente di posizioni caratterizzate da una forte ideologia globalistica ed ecologista, che meritano il massimo rispetto per la loro ispirazione morale e il loro slancio umanitario.

2.2. Il diritto all'acqua come nuovo diritto sociale. Da un punto di vista realistico, tuttavia, non si può non osservare che oggi l'acqua potabile - a differenza dell'acqua marina, dell'aria, della luce solare o dello spazio extra-terrestre - non è un "bene naturale" e tanto meno un bene universale che possa essere attribuito come un "diritto naturale", qualsiasi significato normativo si intenda attribuire a questo termine. In realtà, ciò di cui oggi gli uomini hanno un bisogno vitale - l'acqua per uso alimentare, sanitario e agricolo, che non supera in quantità l'1% dell'acqua totale "naturale" - è sempre più il prodotto scarso, conteso e vulnerabile dell'intervento umano. Il problema centrale è per un verso la garanzia dell'accesso all'acqua di milioni di persone che per ragioni politiche, economiche ed ecologiche non sono in grado di disporre, così come non dispongono di cibo sufficiente e di farmaci a prezzi accessibili. Per un altro verso cruciale è la protezione del diritto all'uso delle fonti idriche da parte di comunità politiche deboli, povere od oppresse, che si vedono confiscare il loro diritto all'acqua da paesi ricchi e potenti e da altrettanto ricche e potenti corporations internazionali, come, ad esempio, le francesi Ondeo (ex Suez Lyonnaise des Eaux) e Veolia (ex Vivendi), la tedesca Rwe e la statunitense American Water Works. Queste imprese sono fra l'altro sostenute nella loro mercificazione dell'acqua da istituzioni internazionali come il Fondo Monetario internazionale, la Banca Mondiale e la World Trade Organization (WTO) (11).

Per queste ragioni penso che il diritto all'acqua debba essere concepito e rivendicato non come una sorta di libertà negativa - l'uso indisturbato di un bene che la natura ha messo a disposizione di tutti gli uomini - ma, anzitutto, come un "diritto sociale" (12). Come osserva Luigi Ferrajoli, il paradigma del diritto alla vita quale fu teorizzato alle origini della civiltà giuridica moderna - come "diritto a non essere ucciso" e cioè come semplice immunità o "libertà negativa" - è profondamente cambiato e include anche il "diritto alla sussistenza" in senso proprio. Contrariamente all'ideologia liberale



classica, per la quale la sopravvivenza era un fenomeno naturale, affidato al rapporto dell'uomo con la natura, al suo lavoro personale e alla sua libera iniziativa, oggi sopravvivere non è più un fatto naturale, ma un fatto sociale, affidato alle possibilità di lavoro, di consumo e di sussistenza offerte dall'integrazione sociale. Il diritto all'acqua come diritto alla sopravvivenza è dunque un diritto alla solidarietà sociale - non diversamente dal diritto alla salute, all'istruzione, alla casa - che richiede rilevanti prestazioni da parte della collettività politica. Si tratta di un "nuovo" diritto sociale, che oggi nessuna costituzione liberale contempla, lasciando i cittadini completamente indifesi. È un diritto sociale "nuovo", perché nuovo è il bisogno ad esso sottostante, generato dalla crescente scarsità del bene necessario, dalla sperequazione con la quale è distribuito o è accessibile, dalle contese provocate dalla competizione per il suo accaparramento. Come è sempre accaduto nella storia, anche in questo caso un diritto soggettivo emerge e si afferma attraverso il conflitto sociale. Quando la privazione, l'oppressione o lo sfruttamento raggiungono livelli intollerabili, il linguaggio e la teoria dei diritti danno la forma più adeguata alle rivendicazioni sociali (13).

Il problema è dunque quello di una diffusa riforma degli ordinamenti nazionali che includa fra i diritti sociali costituzionalmente garantiti e azionabili in giudizio il diritto di accesso all'acqua e di consumo dell'acqua e affronti il problema della garanzia di questo diritto a favore di tutti i membri del gruppo sociale, a partire dai più disagiati ed emarginati. Per ora soltanto l'Uruguay, grazie alle pressioni del movimento *Agua y Vida*, nell'ottobre del 2004 ha inserito il diritto all'acqua nella sua Costituzione. Sarebbe nello stesso tempo necessario impegnare i governi a destinare risorse pubbliche per la costruzione di adeguate strutture di distribuzione dell'acqua, a offrire garanzie sanitarie sulla sua qualità, a praticare costi limitati, escludendo ogni forma di mercificazione dell'acqua necessaria al consumo primario per fini alimentari e igienici. E occorrerebbe reprimere gli sprechi, sanzionare il danneggiamento delle strutture e impedire l'inquinamento delle fonti.

2.3. Il diritto all'acqua come diritto collettivo. In secondo luogo, il diritto all'acqua deve essere inteso, a mio parere, come un "diritto collettivo". Uso l'espressione "diritto collettivo" - un termine sostanzialmente estraneo alla teoria dei diritti dell'uomo di matrice occidentale - nel senso che ha assunto a partire dalla Conferenza delle Nazioni Unite a Vienna del 1993 e che è stato precisato sulla base dei lavori teorici di Will Kymlicka (14). A Vienna un'aspra controversia oppose i sostenitori occidentali dell'universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo come diritti individuali ai sostenitori non occidentali dei "diritti collettivi", come il diritto allo sviluppo economico, alla protezione della identità linguistica e culturale delle minoranze etniche, alla eliminazione della povertà. Alla luce delle intuizioni di Kymlicka, i diritti collettivi non sono intesi semplicemente come diritti soggettivi riconosciuti ai membri di un gruppo: sono diritti che il gruppo come tale, attraverso i suoi organi e i suoi rappresentanti, può esercitare a nome di tutti i suoi membri all'interno di un determinato ordinamento giuridico, nazionale o internazionale.

Da questo punto di vista non ha molto senso fissare degli standard quantitativi di gratuito o legittimo consumo dell'acqua, validi per tutti i paesi e tutte le comunità. Ogni comunità, oltre il limite minimo coincidente con la stretta sopravvivenza, ha esigenze molto diverse da far valere in forme rivendicative o conflittuali. Come scrive Shiva,



presso un gran numero di comunità sociali il diritto all'acqua è, come il diritto alla propria lingua e ai propri costumi, un diritto alla identità del gruppo, e non è soltanto una condizione della sua sopravvivenza fisica. La negazione del diritto alle risorse e l'erosione del controllo sociale sulle proprie risorse e sui propri mezzi di produzione ledono l'identità culturale di un gruppo. Se l'identità collettiva non viene più elaborata attraverso l'esperienza socializzata della coltivazione dei campi, degli orti e dei giardini, delle attività artigianali, della trasmissione degli usi e dei miti, la cultura si riduce a un "guscio negativo", in cui gli individui rivendicano esigenze puramente economiche, appiattite in termini di puro consumo. Se il rapporto sociale con l'acqua - e con il cibo - è rispettato e protetto nelle sue forme consolidate nel tempo, il diritto all'acqua assume una importante valenza simbolica che appartiene al gruppo come tale e non semplicemente ai singoli membri del gruppo. Si pensi al rapporto fra i corsi d'acqua e la qualità dell'ambiente e, più in generale, fra l'umidità del terreno e i tipi di colture, di abbigliamento e di costumi alimentari, per non parlare dei miti identitari collegati ai grandi fiumi, dal Nilo al Gange, al Rio de la Plata, al Missisipi, al Tigri, all'Eufrate, al Giordano (15). Ed è il caso di ricordare che il geofilosofo tedesco Ernst Kapp, nel suo libro *Philosophische oder vergleichende allgemeine Erdkunde*, del 1845, aveva classificato le grandi civiltà antiche assumendo l'acqua come criterio della sua tassonomia, distinguendo tre tipi di civiltà: le culture potamiche, quelle talassiche e quelle oceaniche. Carl Schmitt ne ha ricavato, come è noto, la suggestiva contrapposizione fra civiltà terrestri e civiltà oceaniche (16).

3. Il diritto all'acqua del popolo palestinese

Sia il diritto di accesso all'acqua dei singoli cittadini palestinesi, sia il diritto collettivo del popolo palestinese all'uso delle proprie risorse idriche oggi è gravemente violato. Le violazioni si devono allo Stato di Israele che, dopo essersi attribuito il 78% dei territori della Palestina mandataria, dal 1967 occupa militarmente i territori palestinesi di Gerusalemme est, della Cisgiordania e della striscia di Gaza. Desidero dichiarare che quanto sosterrò in questo paragrafo a proposito degli illeciti internazionali commessi dallo Stato di Israele in tema di diritto all'acqua si basa quasi esclusivamente su fonti israeliane, in particolare sulla documentazione fornita da B'Tselem, Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories. È una documentazione che si segnala per il suo rigore e per la sua imparzialità (17).

1. Le violazioni riguardano anzitutto il "diritto sociale" di ciascun cittadino palestinese all'accesso all'acqua dolce. Questo diritto, come abbiamo visto, discende, sia pure indirettamente, dai documenti internazionali - in particolare il "Patto sui diritti civili e politici" e il "Patto sui diritti economici, sociali e culturali", del 1966 - che tutelano il diritto alla vita, alla sicurezza sociale, alla alimentazione, alla salute. Questi valori e questi diritti sono gravemente minacciati dall'imponente prelievo che Israele fa delle risorse idriche palestinesi, in particolare nella falda acquifera occidentale della Cisgiordania, e dalle limitazioni imposte alla popolazione palestinese nell'uso di acqua per fini alimentari e igienici. Le restrizioni sono state imposte in particolare con l'Ordinanza militare n. 92 del 1967, che aveva proibito ai palestinesi di costruire, possedere o amministrare un impianto idrico senza un apposito permesso dell'autorità militare (dal 1982 questa autorità è stata sostituita dalla Compagnia idrica israeliana,



Mekorot). Nel corso di decine di anni solo pochissimi permessi sono stati accordati ai palestinesi, e comunque i loro pozzi non devono andare oltre i 140 metri di profondità, mentre quelli israeliani possono raggiungere anche gli 800 metri (18). Sono state inoltre fissate delle quote di prelievo, sono stati espropriati pozzi e sorgenti di palestinesi assenti, si è fatto divieto di irrigare nelle ore pomeridiane, la fatturazione dell'acqua non fa alcuna distinzione fra israeliani e palestinesi nonostante il tenore di vita molto diverso (19). La conseguenza è che, per quanto riguarda il consumo totale di acqua, un israeliano consuma in media 370 metri cubi per anno, mentre un palestinese ne usa da 107 a 156. Per di più, le centinaia di colonie installate all'interno dei territori palestinesi, sia in Cisgiordania che a Gaza, contribuiscono in modo decisivo a violare - in alcuni casi a vanificare - il diritto sociale all'acqua dei palestinesi. I coloni israeliani usano fra i 640 e i 1.480 metri cubi d'acqua pro capite per anno. Oggi nella West Bank solo il 5% dei terreni coltivati dai palestinesi è irrigato (non più di come era nel 1967), mentre è irrigato circa il 70% delle aree coltivate dai coloni israeliani (20).

2. Le violazioni riguardano, in secondo luogo, il diritto collettivo del popolo palestinese all'uso delle fonti idriche nazionali e internazionali. Questo diritto è sancito da norme consuetudinarie del diritto internazionale generale che risalgono alle regole di Helsinki del 1966 e alla "Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Water Courses", del 1997 (21). In base all'art. 6 della Convenzione, lo Stato di Israele ha il dovere di usare le acque internazionali - condivise in questo caso con il popolo palestinese - secondo il principio della "sovranità limitata" di ciascuno Stato sulle risorse idriche internazionali. E questo principio impone a ciascuno Stato un'"equa e ragionevole utilizzazione delle acque", che eviti di recare danni alla qualità e al flusso delle acque condivise dagli altri Stati, lo impegna alla cooperazione nella gestione della acque e lo obbliga a tenere informati gli altri Stati della sua politica idrica. In realtà Israele non ha mai consultato le autorità palestinesi, ha sempre preso decisioni unilaterali ed oggi soddisfa il 25,3% delle sue esigenze idriche sottraendo acqua dalle falde freatiche della Cisgiordania. Complessivamente l'85% dell'acqua palestinese viene usata dagli israeliani, mentre ai palestinesi non è consentito di usare l'acqua del Giordano e dello Yarmouk. D'altra parte l'acqua del Giordano è inquinata perché Israele fa defluire acqua salata dall'area del Lago di Tiberiade nel basso Giordano. Inoltre il prelevamento di acqua dal Lago di Tiberiade per mezzo del National Water Carrier - la gigantesca conduttura idrica che si estende dal Giordano al deserto del Negev - ha ridotto notevolmente la portata del Giordano (22).

3. Le violazioni riguardano, in terzo luogo, i diritti che al popolo palestinese, in quanto sottoposto ad occupazione militare, vengono riconosciuti dal diritto umanitario di guerra stabilito dalle "Regulations" della Conferenza di Pace dell'Aja del 1907 (23) e dalla IV Convenzione di Ginevra del 1949 (24). Alla luce di queste norme uno Stato occupante non acquista il diritto di sovranità sul territorio occupato e sulle sue risorse naturali. L'occupante esercita una semplice autorità *di fatto*, in una situazione per definizione provvisoria. In questa cornice normativa l'art. 43 delle "Regulations" dell'Aja vietava allo Stato di Israele, in quanto Stato occupante, di introdurre modificazioni nella legislazione in vigore al momento dell'occupazione. Le ordinanze militari che le autorità israeliane hanno emesso per disciplinare a proprio vantaggio l'uso delle risorse idriche e la distribuzione dell'acqua nei territori occupati hanno invece profondamente alterato la disciplina giuridica preesistente. Inoltre le "Regulations" dell'Aja



distinguono tra proprietà “mobili” e proprietà “immobili”, distinzione di grande rilievo dati i limiti da esse posti allo sfruttamento dei beni immobili da parte dello Stato occupante. Quest’ultimo è autorizzato ad esercitare *de facto* la propria autorità sulle proprietà mobili in ragione delle sue esigenze militari, ma non su quelle immobili, come sicuramente devono intendersi le falde acquifere della Cisgiordania e di Gaza (25). Infine, l’art. 27 della quarta Convenzione di Ginevra vieta allo Stato occupante ogni discriminazione fra i residenti all’interno dei territori occupati. Dal punto di vista della quantità d’acqua fornita ai coloni e della regolarità di tali rifornimenti la disciplina introdotta dalla autorità israeliana discrimina invece nettamente la popolazione palestinese, in particolare nei periodi estivi. È il caso di ricordare che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, basandosi anche su alcune risoluzioni della Assemblea Generale delle Nazioni Unite, è stato molto netto nel condannare lo sfruttamento abusivo da parte dello Stato di Israele delle risorse idriche palestinesi (26).

4. È necessario aggiungere che il diritto all’acqua del popolo palestinese oggi è ulteriormente violato dalla costruzione del Muro in Cisgiordania. Su questo punto è sufficiente citare i paragrafi 293-297 del documento presentato nel gennaio 2004 dalla delegazione palestinese alla Corte Internazionale di Giustizia delle Nazioni Unite, che era stata incaricata dalla Assemblea Generale di esprimere un’opinione a proposito della legalità della costruzione del Muro e che, come è noto, si è pronunciata asserendone l’illegalità internazionale. La costruzione del Muro - si legge nel documento - sta avendo un pesante impatto sulle comunità insediate in prossimità del Muro o tra il Muro e la Linea Verde. Ci sono casi in cui il Muro separa gli agricoltori dalle sorgenti d’acqua, perché esse si trovano al di qua o al di là del Muro, impedendo loro di usarle. Si prevede che, quando sarà ultimata la costruzione della sezione occidentale del Muro, il prodotto agricolo annuale della Cisgiordania diminuirà di circa il 23%, mentre diminuirà di circa il 42% quando anche la sezione orientale del Muro sarà completata. Questa sezione avrà inoltre l’effetto di separare la popolazione palestinese dalla valle del Giordano e dal Mar Morto, impedendole per sempre lo sfruttamento agricolo di queste potenziali risorse idriche (27).

4. Il diritto all’acqua del popolo palestinese come questione mediterranea.

Ci sono delle ipotesi realistiche di rivendicazione e di soddisfazione concreta del diritto all’acqua del popolo palestinese? È ovvio che il conflitto per l’acqua è solo un aspetto - anche se uno dei più rilevanti - del conflitto per la liberazione del popolo palestinese dall’occupazione e dall’oppressione che subisce da decenni. Non si risolve il problema dell’acqua se non si risolve, assieme, quello della costituzione di uno Stato palestinese, della sua piena indipendenza, integrità e continuità territoriale, della liberazione della striscia di Gaza e dell’intera Cisgiordania dalle colonie israeliane tuttora in continua, sempre più illegale espansione, nonostante ogni retorica *Road Map*. Non si risolve il problema dell’acqua senza una soluzione ragionevole del problema di Gerusalemme e dei rifugiati palestinesi. E tuttavia si può almeno accennare a qualche iniziativa specifica che potrebbe essere intrapresa nella speranza che la via della pace si faccia meno ardua.



Una prima via è una energica partecipazione di rappresentanti del popolo palestinese alle iniziative che il movimento mondiale per l'acqua sta prendendo con successo crescente, a cominciare dai Forum Mondiali per l'acqua. Il prossimo Forum mondiale per l'acqua si potrebbe tenere a Ramallah?

Un'altra strada aperta è, ovviamente, quella del ricorso alle istituzioni internazionali, a cominciare dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e del Consiglio di Sicurezza. Potrebbe essere tentata una iniziativa analoga a quella che ha portato ad un'importante vittoria simbolica del popolo palestinese sul tema del Muro: il ricorso al parere della Corte Internazionale di Giustizia delle Nazioni Unite. Ma, è facile prevederlo, anche in questo caso non si andrebbe molto più in là di un successo simbolico. Il Consiglio di Sicurezza, d'altra parte, è condizionato dal potere di veto degli Stati Uniti che, salvo rarissime eccezioni, hanno sempre tutelato unilateralmente gli interessi israeliani a danno di quelli palestinesi.

Una ipotesi interessante e forse promettente può essere l'impostazione della "questione palestinese" - per usare una espressione cara a Edward Said (28) - come "questione mediterranea", sia in un senso generale, sia nel senso specifico del problema dell'acqua. Nel giro di circa vent'anni ogni abitante del Nordafrica e del Medio Oriente, compreso Israele, avrà a disposizione l'80% di quantità d'acqua in meno. Le risorse interne di acqua per ogni paese mediterraneo sono in media di 985 chilometri cubi all'anno, ma sono distribuite in modo molto disomogeneo tra il Nord (74%), l'Est (21%) e il Sud (5%). I paesi più ricchi di risorse d'acqua (Francia, Italia, Turchia, i paesi della ex Jugoslavia) dispongono di più dei due terzi delle risorse idriche dell'intera regione (29). Se la disponibilità d'acqua viene espressa come valore pro capite all'anno, lo scenario si fa ancora più allarmante: si passa da meno di 100 metri cubi per anno nella striscia di Gaza e nell'isola di Malta a più di 10.000 metri cubi all'anno in Albania e nella ex Jugoslavia. Su un totale di 25 paesi mediterranei, 8 di questi, con una popolazione complessiva di 115 milioni di abitanti, si trovano al di sotto della soglia considerata critica (1.000 metri cubi per abitante all'anno). In Israele, Giordania, Libia, Malta, Territori Palestinesi e Tunisia le risorse idriche sono già al di sotto della soglia considerata di povertà idrica (500 metri cubi per abitante all'anno) (30).

Se questo scenario è attendibile, sembra evidente che la comunità dei popoli mediterranei è il primo soggetto che dovrebbe essere investito del problema del diritto all'acqua del popolo palestinese e del conflitto con lo Stato di Israele, e tentare di impostarlo e di risolverlo nel quadro dei problemi idrici generali che riguardano l'intera regione. L'area mediterranea non è una semplice espressione geografica. Come è noto, esiste ed è attivo, nonostante i suoi gravi limiti, il programma di cooperazione euro-mediterranea lanciato a Barcellona nel 1995. Il programma associa 15 paesi europei e 12 paesi della riva sud ed est del Mediterraneo: Marocco, Algeria, Tunisia, Egitto, Giordania, l'Autorità Nazionale Palestinese, Israele, Libano, Siria, Cipro e Turchia. È il solo accordo internazionale nel quale Israele e l'Autorità Palestinese si trovino uno accanto all'altro. Come è altrettanto noto, quest'area mediterranea diverrà entro il 2010 una zona di libero scambio (Euromed) con l'intento di promuovere lo sviluppo economico dell'area, accanto a quello culturale, sociale ed umano (31). In questo quadro potrebbe avere senso proporre anzitutto la costituzione di una Water Authority euro-mediterranea. Più in generale, il popolo palestinese - sul tema dell'acqua, ma non



solo - potrebbe assumere l'iniziativa di una mobilitazione euro-mediterranea, coinvolgendo l'opinione pubblica e le energie civili presenti sulle sponde del Mediterraneo e contrastando ogni tentativo di fare del Mediterraneo e del Medio Oriente - si pensi alla strategia del Broader Middle East - un'area subordinata alle strategie egemoniche dell'impero atlantico.

Note

Questo testo è la relazione presentata al convegno internazionale "Water Values and Rights", tenutosi a Ramallah, in Palestina, nei giorni 2-4 maggio 2005, per iniziativa della Palestine Academy for Science and Technology e dell'United Nations Development Program. L'autore è grato a Fiamma Bianchi Bandinelli, Pietro Costa, Tecla Mazzaresse, Mariano Mingarelli, Stefano Pietropaoli, Lucia Re, Filippo Ruschi, Emilio Santoro e in modo particolare Luigi Ferrajoli e Antonio Cassese per avere letto e criticato in anticipo le sue pagine.

1. In particolar modo dall'"Agenda 21", al capitolo 18. In esso si indicavano interventi integrati nello sviluppo, gestione e utilizzo delle risorse idriche, e stilato un dettagliato programma che riguardava l'utilizzo urbano dell'acqua, la protezione degli ecosistemi, delle risorse idriche e della qualità dell'acqua, e mirava a garantire l'acqua come bene necessario alla salute, per alleviare la povertà, per garantire l'irrigazione e quindi la produzione alimentare.

2. Il Forum è stato organizzato dal Consiglio Mondiale dell'Acqua, istituito nel 1994 dalla Banca Mondiale con la collaborazione di alcuni governi e di grandi imprese. Nello stesso periodo è stata istituita la *Global Water Partership*, che ha lo scopo di avvicinare autorità pubbliche e investitori privati.

3. Si veda V. Shiva, *Water Wars: Privatisation, Pollution and Profit*, Cambridge (Mas.), South End Press, 2002, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2003, passim.

4. Cfr. L. Ferrajoli, *L'acqua come bene comune e il diritto all'acqua come diritto fondamentale*, Relazione al Convegno internazionale sul diritto all'acqua, Gorizia, 8 febbraio 2003.

5. Si veda l'International Covenant on Civil and Political Rights, del 16 dicembre 1966.

6. Si veda l'International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, del 16 dicembre 1966.

7. La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea Generale con 104 voti favorevoli, 3 contrari e 26 astensioni.

8. Cfr. Al-Qaryouti, B., *Le risorse idriche nel diritto internazionale con particolare riferimento alla Palestina*, Firenze, Edizioni Cultura della Pace, 1999, passim.

9. Cfr. V. Shiva, *Water Wars*, trad. it. cit., pp. 33-50.

10. Ibid., pp. 49-50.

11. Ibid., pp. 10, 95-112. Si veda inoltre M. Laimé, *Man Bassa sulla linfa vitale delle città*, "Monde diplomatique-il manifesto", 12 (2005), 3, pp. 10-1; dello stesso autore si veda: *Dossier de l'eau. Pénurie, pollution, corruption*, Paris, Seuil, 2003.



12. Uso il primo termine secondo la tassonomia elaborata da Thomas Marshall, che distingue fra diritti civili, diritti politici e diritti sociali; cfr. T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, in T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Chicago, The University of Chicago Press, 1964, pp. 78-9.

13. Cfr. L. Ferrajoli, *op. cit.*, passim.

14. Cfr. ad esempio W. Kimlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1989. Si veda inoltre A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 21-36. Contra J. Habermas, *Kampf um Anerkennung in der demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996, trad. it. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 87-8.

15. Cfr. V. Shiva, *Water Wars*, trad. it. cit., p. 12.

16. Cfr. C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1954, trad. it. Milano, Adelphi, 2002, p. 25. Per Kapp la storia del mondo inizia con la civiltà potamica, e cioè la civiltà fluviale degli assiri, dei babilonesi e degli egizi, fiorita nel territorio mesopotamico compreso fra il Tigri e l'Eufrate e lungo il Nilo. Segue la civiltà talassica e cioè la civiltà dei mari interni e del bacino del Mediterraneo, cui appartengono l'antichità greco-romana e il medioevo mediterraneo. Infine, con la scoperta dell'America e la circumnavigazione della terra, si afferma la civiltà 'oceanica': inaugurata dai popoli iberici, sarebbe stata dominata - lo è tuttora - dagli anglosassoni.

17. Si veda: B'Tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *Disputed Waters: Israel's Responsibility for the Water Shortage in the Occupied Territories*, ed. by Y. Lein, N. Abu-Rokaya and M. J'bara-Tibi, September 1998; B'Tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *The Water Crisis in the Occupied Territories*, January 2005; si veda inoltre N.D. Baddour, *Occupational Hazard: Slippery When Wet*, [Miftah](#).

18. Cfr. V. Shiva, *Water Wars*, trad. it. cit., pp. 85-6.

19. Cfr. M. Canepa, *Tutto comincia dall'acqua*, "Limes", 1 (2001), pp. 191-2.

20. Cfr. J. Isaac and W. Sabbah, *Water Resources and Irrigated Agriculture in the West Bank*, Jerualem: Applies Research Institute, 1998, pp. III-IV; si veda inoltre V. Shiva, *Water Wars*, trad. it. cit., pp. 84-6.

21. Sulle regole internazionali di carattere consuetudinario si veda la ricostruzione storica in V. Shiva, *Water Wars*, trad. it. cit., pp. 88-94.

22. Cfr. J. Isaac and W. Sabbah, *Water Resources and Irrigated Agriculture in the West Bank*, cit., p. iii.

23. Le "[Regulations](#)" sono annesse alla Quarta Convenzione (Hague Convention IV - The Laws and Customs of War on Land) della Conferenza di Pace dell'Aja dell'ottobre 1907, entrata in vigore nel gennaio 1910.

24. Il testo della Quarta Convenzione di Ginevra (Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War) del 12 agosto 1949, si può vedere nella rubrica [Guerra, diritto e ordine globale](#).



25. L'art. 55 delle "Regulations" annesse alla IV Convenzione della Conferenza dell'Aja del 1907 stabilisce che: "The occupying state shall be regarded as an administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct"; cfr. Med Intelligence, *L'eau en Palestine*, ed. by J.-M. Staebler, December 2000.

26. Nel 1979, con la Risoluzione 446, il Consiglio di Sicurezza ha istituito una Commissione con il compito di "studiare ed esaminare con cura la diminuzione delle risorse naturali, in particolare le risorse idriche nei Territori Occupati, con lo scopo di assicurare la protezione dei Territori posti sotto occupazione". Le raccomandazioni fatte da questa Commissione vennero approvate dal Consiglio di Sicurezza con la Risoluzione 465 del 1980. Gli studi condotti da questa Commissione avevano stabilito che "i cambiamenti causati dallo Stato di Israele nei territori occupati, inclusa Gerusalemme, costituiscono una violazione della IV Convenzione di Ginevra e delle pertinenti decisioni in relazione a tale problema adottate dal Consiglio di Sicurezza". Le altre principali Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza riguardanti la Palestina e i Territori Occupati sono le seguenti: 237 e 242 del 1967; 252 del 1968; 267 e 271 del 1969; 338, 339 e 340 del 1973; 298 del 1976.

27. Si veda: International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for an Advisory Opinion)*. Written Statement submitted by Palestine, 30 January 2004, paragrafi 293-297. Sul tema si veda inoltre: N.D. Baddour, *Occupational Hazard: Slippery When Wet*, cit., passim; A.R. Tamini, [*Muro d'acqua*](#).

28. Cfr. E. Said, *The Question of Palestine*, New York, Wintage Books Edition, 1992.

29. Cfr. M. Canepa, *Tutto comincia dall'acqua*, cit., pp. 185-92.

30. Ibid., p. 186.

31. Cfr. R. Pepicelli, *2010, un nuovo ordine mediterraneo?*, Catania, Mesogea, 2004.

Bibliografia

Allan, J.A. and Mallat, C.(a cura di), *Water in the Middle East: Legal, Political and Commercial Implications*, London, British Academy Press, 1995.

Allan, T., *Economic and Political Adjustments to Scarce Water in the Middle East*, in J. Isaac and H. Shuval (a cura di), *Water and Peace in the Middle East*, Amsterdam, Elsevier, 1994.

Allan, T., *Why Value Water? Some Perspectives on the Political Economy of Water and the Environment in the Mediterranean Region*, in E. Ferragina (a cura di), *L'acqua nei paesi del Mediterraneo*, Bologna, il Mulino, 1997.

Al-Qaryouti, B., *Le risorse idriche nel diritto internazionale con particolare riferimento alla Palestina*, Firenze, Edizioni Cultura della Pace, 1999.



- Anderson, T. and Snyder, P., *Water Markets: Priming the Invisible Pump*, Washington, Cato Institute, 1997.
- Antipolis, S., *L'eau en Région Méditerranéenne*, Plan Bleu pour le Méditerranée, 1997.
- Association France Palestine Solidarité, [*La question de l'eau en Palestine-Israel*](#), août 2003.
- Baddour, N.D., *Occupational Hazard: Slippery When Wet*, [Miftah](#).
- Barlow, M., *Blue Gold: The Global Water Crisis and the Commodification of the World's Water Supply*, San Francisco, International Forum on Globalization, 2000.
- Bellisari, A., *Public Health and the Water Crisis in the Occupied Palestinian Territories*, "Journal of Palestine Studies", 23 (1994), 2.
- Bourne, C.B., *International Water Law*, ed. by P. Wouters, London and Boston, Kluwer Law International, 1997.
- B'Tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *Disputed Waters: Israel's Responsibility for the Water Shortage in the Occupied Territories*, ed. by Y. Lein, N. Abu-Rokaya and M. J'bara-Tibi, Jerusalem, September 1998.
- B'Tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *Thirsty for a Solution. The Water Crisis in the Occupied Territories and its Resolution in the Final-Status Agreement*, Jerusalem, July 2000.
- B'Tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *Not Even a Drop. The Water Crisis in the Palestinian Villages Without a Water Network*, Jerusalem, July 2001.
- B'Tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *The Water Crisis in the Occupied Territories*, January 2005.
- Bulloch, J. and Darwish, A., *Water Wars. Coming Conflicts in the Middle East*, London, Victor Gollancz, 1993.
- Canepa, M., *Tutto comincia dall'acqua*, "Limes", 1 (2001).
- Cassese, A., *Powers and duties of an occupant in relation to land and natural resources*, paper presented to the Conference on the Administration of Occupied Territories, organised by Al Haq, Jerusalem, 22-25 January, 1988.
- Clarke, R., *Water: The International Crisis*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1993.



- De Villiers, M., *Water: The Fate of Our Precious Resource*, New York, Houghton Mifflin, 2000.
- Dichter, H., *The Legal Status of Israel's Water Policies in the Occupied Territories*, "Harvard International Law Journal", 35 (1994), 2.
- Dolatyar, M. and Gray, T.S., *Water Politics in the Middle East. A Context for Conflict and Cooperation*, London, Macmillan, 2000.
- Elmusa, S., *Water Conflict*, Washington, Institute for Palestine Studies, 1997.
- Ferrajoli, L., *L'acqua come bene comune e il diritto all'acqua come diritto fondamentale*, Relazione al Convegno internazionale sul diritto all'acqua, Gorizia, 8 febbraio 2003.
- Fishelson, G., *The Middle East Conflict Viewed through Water. A Historical View*. Tel Aviv, Tel Aviv University, 1989.
- International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for an Advisory Opinion)*. Written Statement submitted by Palestine, 30 January 2004.
- Isaac, J. and Sabbah, W., *Water Resources and Irrigated Agriculture in the West Bank*, Jerusalem, Applied Research Institute, 1998.
- Kally, E., *Water and Peace: An Israeli Perspective*, Beirut, Institute for Palestinian Studies, 1991.
- Khader, B., *La geopolitique de l'eau en Méditerranée*, "Le cahiers du Monde Arabe", 117-118 (1994).
- Klare, M.T., *Resource Wars: The New Landscape of Global Conflicts*, New York: Henry Holt & Company, 2001.
- Kliot, N., *Water Resources and Conflict in the Middle East*, London, Routledge, 1994.
- Lindholm, H., *Water and the Arab-Israeli Conflict*, in L. Ohlsson (a cura di), *Hydropolitics: Conflicts over Water as a Development Constraint*, London, Zed Books, 1995.
- Lowi, M.R., *Water and Power. The Politics of a Scarce Resource in the Jordan River Basin*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- Med Intelligence, *L'eau en Palestine*, ed. by J.-M. Staebler, December 2000.
- Petrella, R., *Il manifesto dell'acqua*, Torino, Gruppo Abele, 2001.



Powledge, F., *Water: The Nature, Uses, and Future of Our Most Precious and Abused Resource*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1982.

Tamini, A.R., [*Muro d'acqua*](#), agosto 2004.

Shiva, V., *Water Wars: Privatisation, Pollution and Profit*, Cambridge (Mas.), South End Press, 2002.

Simoncelli, M. and Rusca, M., *Hydrowar. Geopolitica dell'acqua tra guerra e cooperazione*, Roma, Edizioni Ediesse, 2005.

Sironneau, J., *L'eau, nouvelle enjeu stratégique mondial*, Paris, Economica, 1996.

Sposito, I., *L'acqua e il conflitto israelo-palestinese. Tra produzione di scarsità e imperativo idraulico nella pianificazione idrica di Israele*, Napoli, Università degli Studi di Napoli, tesi di laurea, 2002.

Starr, J.R. and Stoll, D.C., *U.S. Foreign Policy on Water Resources in the Middle East*, Washington (D.C.), The Center for Strategic and International Studies, 1987.

Tricarico, A., *La strategia finanziaria della Banca Europea d'Investimento per l'acqua della Palestina*, in *Voci dal conflitto*, Roma, Edizioni Ediesse, 2002.

Ziegler, J., *Rapport sur le droit à l'alimentation dans les Territoires palestiniens occupés*, Commission des Droits de l'homme de l'ONU, 2003.

Funciones normativas del interés superior del niño

Diego Freedman

Palabras iniciales

El presente ensayo tiene como fin discernir las funciones normativas del interés superior del niño contemplado expresamente en el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención).

De este modo, se contribuirá a precisar el mandato normativo proveniente de esta fuente de derecho al momento de su aplicación por un órgano estatal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este mandato normativo, al momento de su aplicación, deberá confrontarse con las reservas a la Convención realizadas por el Estado parte obligado y el resto de la normativa internacional y nacional de dicho Estado respetando el principio de *in dubio pro homine* (1).

La importancia del “interés superior del niño”

Se ha considerado que el “interés superior del niño”, resulta ser de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional de este cuerpo normativo. Al respecto, se señala que “el comité de Derechos del niño... ha establecido que el interés superior es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio ‘rector-guía’ de ella” (2). Agrega Bruñol que “cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el ‘interés superior del niño’ deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de la Convención” (3).

Dada la importancia destacada por los órganos internacionales de control y la doctrina hemos decidido estudiar las funciones normativas cumplidas por este principio sobre la base de una interpretación de la Convención. Este estudio nos ha permitido considerar que el interés superior del niño cumple dos funciones normativas: en el art. 3 (4) es un principio jurídico garantista y en los demás artículos (5) actúa como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos del niño.

Antes de adentrarnos en la explicación de estas funciones normativas, nos detendremos en la crítica a las normas que prevén en su articulado al interés superior del niño, ya que dicho cuestionamiento ha motivado y guiado nuestro estudio.

1) La crítica al principio del interés superior del niño: el “Caballo de Troya” de la Convención

Las normas de la Convención que hacen referencia al interés superior del niño han sido cuestionadas por su vaguedad, lo cual permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal. En este sentido, se ha considerado que es “una directriz vaga, indeterminada y



sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico... Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en ‘el interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra” (6).

Un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones otorgado a la autoridad pública resulta acorde con el paradigma de la situación irregular caracterizado por una relación autoritaria entre el Estado y los niños (7). Indudablemente, este margen de discrecionalidad se contrapone con el paradigma de la “protección integral”, el cual tiene como una de sus principales consecuencias normativas la contención del poder estatal limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en la relación Estado-niños (8).

En conclusión, parece ser que el interés superior del niño es el “Caballo de Troya” de la Convención al permitir cierto grado de discrecionalidad de las autoridades públicas al interpretar y aplicar sus disposiciones normativas. Esto permitiría la resurrección, o al menos, cierta supervivencia del paradigma de la “situación irregular”, con sus trágicas consecuencias en el ejercicio de la libertad de los niños seleccionados por el sistema penal juvenil (9).

En virtud de esta situación consideramos, en primer lugar, que el interés superior del niño está previsto normativamente en forma expresa y, por lo tanto, no puede ser desconocido por el saber jurídico. Pero, teniendo en cuenta las críticas esbozadas en este punto, debemos dárle una función y un contenido que sea acorde al paradigma de la “protección integral”, lo cual implicará reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños. De este modo, se contribuirá a consolidar este paradigma dando menos espacios para la actuación tutelar del Estado.

En las líneas siguientes, nos abocaremos a intentar establecer la función y el contenido del interés superior del niño reconocido en la Convención en aras de fortalecer el paradigma de la “protección integral”.

2) El interés superior del niño como principio jurídico garantista

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, con base en el desarrollo teórico de Ferrajoli, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales (10). Lo cual, implica que los principios jurídicos garantistas “se imponen a las autoridades, esto es, son obligatori[o]s especialmente para las autoridades públicas y van dirigid[o]s precisamente (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño debe meramente ‘inspirar’ las decisiones de las autoridades” (11).

Por lo tanto, el principio del interés superior del niño, reconocido en el art. 3 de la Convención, implicaría un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos. Ahora, ¿cuál es el contenido de este deber del Estado?



2.1) El deber de satisfacer todos los derechos

Una vez determinada su función, se considera que su contenido resulta ser la satisfacción de todos los derechos del niño (12). Agregándose que “reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño” (13). De esta manera, se pretende positivizar el contenido del principio sobre la base de todos los derechos enumerados en la Convención, lo cual parecería garantizar la objetivación necesaria para preservar el paradigma de la “protección integral”.

Sin embargo, consideramos que este deber estatal de satisfacer los derechos ya surge del propio articulado de la Convención al reconocerlos expresamente y disponer un mandato al Estado de efectivizarlos en otro artículo (14). En consecuencia, el mandato que derivaría de esta interpretación del principio no agregaría nada que ya no esté previsto específicamente en las normas jurídicas contenidas en la Convención. Esto hace necesario reinterpretar el principio y asignarle un contenido específico, que lo diferencie de las obligaciones originadas en las otras normas jurídicas previstas en la Convención.

2.2) El deber de privilegiar ciertos derechos de los niños

Por nuestra parte, proponemos interpretar al principio del interés superior del niño como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un “interés superior” al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos.

2.2.1) El privilegio no es general

Entendemos que el privilegio no puede operar como regla general garantizando todos los derechos de los niños en las situaciones conflictivas. Pese a que se ha sostenido que “la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmadrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo... Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos” (15). Agregando que “[e]n el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas... los derechos del niño deberán tener primacía no excluyente de los derechos de terceros”.

Sin embargo, discrepamos con esta opinión doctrinaria, ya que la propia Convención (16) establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros (17). Por ello mismo, no podemos afirmar la verdad de una proposición normativa que diga que “todos los derechos de los niños prevalecen sobre el resto de los intereses colectivos y sobre los demás derechos individuales”. Más allá de lo que nos parezca deseable, esta proposición



no se correspondería con el texto consagrado en la Convención y que limita nuestra interpretación.

2.2.2) El privilegio de ciertos derechos: el “núcleo duro”

La Convención reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación (18), lo cual implica, a nuestro juicio, la existencia de un conjunto de derechos que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Es decir, existiría un “núcleo duro” de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal.

2.2.3) El privilegio en las políticas públicas

El principio jurídico con el contenido que le asignamos tiene una consecuencia jurídica sumamente trascendente al obligar al Estado a otorgar prioridad a las políticas públicas destinadas a garantizar el “núcleo duro” de los derechos de la Convención (19). En este sentido, se sostuvo que “reconociendo su carácter de grupo vulnerable, acentúa la necesidad de un redimensionamiento de las políticas públicas del Estado para articular debidamente las relaciones entre niños y adultos” (20). Sin embargo, creemos que nuestra interpretación del interés superior del niño como principio jurídico garantista implica dar asidero normativo a estas consideraciones (21).

2.2.4) El límite de los recursos económicos

Generalmente se admite que un límite inevitable de la implementación de las políticas públicas radica en la falta de recursos económicos del Estado, lo cual se constituiría en una valla para la efectividad del principio del interés superior del niño.

Ante este planteo, consideramos que el redimensionamiento no debe verse estrictamente limitado por los recursos financieros recaudados por un Estado. Al respecto, explica Baratta, que es necesario el agotamiento de todas las posibilidades de cumplir con la “obligación de procurar los recursos necesarios, a través de los instrumentos de la política fiscal y financiera” (22). En consiguiente, el Estado viola su deber de satisfacer estos derechos cuando “no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles” (23).

Esta visión se corresponde con la aceptación de que el objetivo último de la actividad financiera del Estado es la satisfacción de los derechos fundamentales (24). Sobre la base de esta conclusión, el Estado resulta ser el obligado a modificar su política recaudadora para satisfacer los derechos de los niños y no son éstos los que deben dejar de “ser” sujetos de derechos por no ser suficiente la obtención de recursos económicos.



3) El interés superior del niño como pauta interpretativa

En otras normas jurídicas de la Convención, que antes enumeramos, el interés superior del niño actúa como pauta interpretativa para solucionar conflictos entre los derechos de los niños. Esto acontece cuando el articulado de la Convención establece que un derecho del niño verá limitada su vigencia en virtud del interés superior del niño

3.1) Interpretación sistemática

Se sostiene en doctrina que el interés superior del niño consagraría, en estos casos, el criterio sistemático de interpretación. Al respecto, señala Bruñol que “[l]os derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño” (25). Asimismo, sostiene que el interés superior del niño “permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño” (26).

En relación con esta posición, debemos decir que toda orden normativo se interpreta sistemáticamente en aras de una consideración y aplicación racional de sus preceptos normativos (27). En consecuencia, la Convención, también, debe ser interpretada sistemáticamente por ser un orden normativo. Si por un momento nos imaginamos que el principio no existiese, jamás podríamos deducir que la Convención no debe interpretarse sistemáticamente, de lo contrario nos opondríamos a presupuestos básicos de la teoría general del derecho. Por consiguiente, el interés superior del niño, en el caso que estableciera el criterio de interpretación sistemático, carecería de relevancia jurídica específica.

3.2) Interpretación jerárquica

Por nuestra parte, consideramos que cuando la Convención establece que un derecho del niño cede ante el interés superior del niño está disponiendo que determinados derechos pueden ser restringidos en aras de garantizar la eficacia de derechos de mayor jerarquía (28). De este modo, se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo diseñado. Estos derechos de jerarquía superior son los que hemos detallado en el punto 2.2.2 y que constituyen el “núcleo duro” de la Convención.

En conclusión, el interés superior del niño como pauta interpretativa permitiría solucionar conflictos entre los derechos consagrados en la Convención dando privilegio a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores. Debe destacarse que esta propuesta permite evitar que se esgrima el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención. De este modo, cualquier limitación a un derecho del niño esgrimiendo el interés superior del niño deberá



fundamentar la protección efectiva de un derecho perteneciente al “núcleo duro” de la Convención.

Palabras finales

En definitiva, consideramos que el interés superior del niño debe ser interpretado como un complejo de derechos fundamentales (“núcleo duro”) consagrados en la Convención. De este modo, entendemos que hemos objetivado el contenido del principio.

Las funciones normativas del interés superior del niño serían, a saber:

En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.

En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al “núcleo duro” de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al “núcleo duro” de la Convención.

Consideramos que esta interpretación que hemos propuesto resulta en gran medida acorde al paradigma de “protección integral” al objetivar las relaciones Estado-niños, limitar la discrecionalidad de las autoridades públicas en estas relaciones y garantizar, en todo momento, la protección de los derechos de los niños consagrados en la Convención.

Notas

1. Este principio se encuentra previsto en la Convención, específicamente, en el art. 41. Se sostiene que a “la luz del criterio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”, Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Argentina, 1997, p. 81

2. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998, p. 71.

3. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 71.

4. En el artículo 3 inciso 1 se dispone que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,



las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

5. A continuación transcribimos parcialmente el resto de los artículos de la Convención, en los cuales se encuentra previsto el “interés superior del niño” y opera como pauta interpretativa.

El artículo 9 inciso 1 establece que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño [...] Inciso 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El artículo 18 inciso 1 dispone que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

El artículo 21 regula que “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”.

El artículo 37 establece que “Los Estados Partes velarán por que... c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales...”.

El artículo 40. Inciso 2 dispone que “[...] los Estados Partes garantizarán, en particular:

[...] iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales...”.

6. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...*, García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 70. En similar sentido, se consideró que “[l]a noción general del *interés superior del niño*, que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del: *interés superior*”, Sophie Ballestrem en Díaz Ojeda, Augusto, *El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones*



Unidas, Propuestas de proyectos legislativos sobre niños y adolescentes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, p. 241.

7. La relación entre el Estado y los niños, desde comienzos del siglo XX, estuvo regida por el paradigma de la situación irregular. En dicho paradigma, los niños eran considerados “objetos” carentes de autonomía personal y el Estado podía actuar sin frenos normativos cuando éstos se encontraban en la vaga y amplia “situación irregular” quedando la libertad de la infancia sujeta a la discrecionalidad de la autoridad pública. Describiendo este paradigma, se sostiene que “la ideología de la situación irregular convierte al niño y al joven en objeto, no en sujeto de derechos, en un ser dependiente, que ha de ser sometido a la intervención protectora y educadora del Estado, la cual es profundamente selectiva...[y] provoca una identificación entre protección al niño y sanción, sobre la base de un pretendido objetivo de beneficencia o bienestar”, Bustos Ramírez, Juan, *Perspectivas de un derecho penal del niño*, Revista Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Argentina, 1997-A, p. 65. Para una descripción detallada de las características de este paradigma, ver Beloff, Mary Ana, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en Abregú, Martín y Courtis, Chistian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/ Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Afortunadamente, estamos en un proceso de transición de paradigmas evidenciada y motivada por instrumentos normativos internacionales como la Convención y los otros documentos del ámbito de las Naciones Unidas -las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad y las directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil conocidas como Directrices de Riadh-, enmarcados en el movimiento pro-derechos humanos surgido tras la segunda Guerra Mundial. Estos instrumentos están embebidos de un nuevo paradigma, denominado de la “protección de integral”, en el cual los niños son considerados “sujetos” de derechos y se establecen baremos normativos claros y precisos para la intervención estatal impidiéndose de este modo la discrecionalidad en el accionar de las autoridades públicas y limitándose al máximo los supuestos en que los niños puedan verse privados del ejercicio de su libertad. En este sentido, nos enseña Baratta que “la protección integral quiere evitar la construcción social que separa a los ‘menores’ de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujetos con derechos humanos originarios... La doctrina de la protección integral constituye... también el resultado de un amplio movimiento social en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa”, Baratta, Alessandro, *Infancia y Democracia* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, ps. 41 y 42. Para una caracterización detallada de las consecuencias normativas del paradigma de la “protección integral”, Beloff, Mary Ana, *La aplicación directa de la Convención...*, en Abregú, Martín y Courtis, Chistian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...*, ob. cit.

8. Esta relación entre la discrecionalidad y el paradigma de situación irregular es señalada por García Méndez cuando afirma que “[s]i consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la



protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad de la cultura y prácticas de la ‘protección’ (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de la infancia con los adultos y con el Estado” García Méndez, Emilio, en *Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia*, en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, ps. 16 y 17. Debe agregarse la relación inevitable entre discrecionalidad de la actuación estatal, autoritarismo y opresión de los sectores vulnerables, al respecto se considera que “[l]a discrecionalidad omnimoda del derecho de menores legitimada en la bondad protectora de sectores débiles y sobre todo incapaces, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo... La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (al como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores más débiles o vulnerables”, García Méndez, Emilio, en *Infancia, ley y Democracia...*, en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, ps. 20 y 28.

9. Más allá de su vinculación con el paradigma de la situación irregular, en líneas generales, debemos decir que resulta contrario a un Estado liberal, permitir que las autoridades públicas determinen por sí y con un enorme margen de discrecionalidad cuales son los intereses individuales imponiendo límites a la libertad personal y determinando los planes de vida de los individuos. Al respecto, debe oponerse el principio liberal de autonomía de la persona humana, por el cual, se “prescribe que el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción se opone al enfoque *perfeccionista*, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana”, Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 420.

Cuestionando el principio por el cual el poder político debe velar por la felicidad de las personas, se ha alzado Fichte considerando que este “principio dice que nosotros no sabemos lo que promueve nuestra felicidad, lo sabe el príncipe y es él quien tiene que guiarnos hasta ella, por eso tenemos que seguir a nuestro guía con los ojos cerrados. El hace con nosotros lo que quiere, y si le preguntamos, nos asegura bajo su palabra que eso es necesario para nuestra felicidad. Pone la soga en torno al cuello de la humanidad y grita: ‘Calma, calma, es todo por vuestro bien’.

No, príncipe, tú no eres nuestro *Dios*. De *Él* esperamos la felicidad, de *ti* la protección de nuestros derechos. Con nosotros, no debes ser *bondadoso*, debes ser *justo*”, Fichte, Johann Gottlieb, *Reinvindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, traducción de Faustino Oncina Coves, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 12.



10. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, España, 2001, p. 45. Asimismo, se sostuvo que “es una prescripción de carácter imperativo, dirigida a las autoridades judicial y/o administrativas que trabajen con niños y adolescentes”, Jiménez Eduardo, García Minella, Gabriela, *Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio* en Bidart Campos, Germán J., Gil Domínguez, Andrés, *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectiva*, Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 74.

11. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 77.

12. Cfr. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 78. En igual sentido, Eduardo Jiménez y Gabriela García Minella al sostener que “el interés superior del niño es la pura y simple satisfacción de sus derechos y garantías”, *Los niños y adolescentes argentinos...* en Bidart Campos, Germán J., Gil Domínguez, Andrés, *El derecho constitucional del siglo XXI...*, ob. cit., p. 74.

13. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, p. 78.

14. El artículo 4 dispone que “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”.

15. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 82

16. Limitamos nuestro análisis al estudio de una interpretación coherente y sistemática de la Convención. Sin embargo consideramos que resulta cuestionable que un derecho individual quede sometidos a intereses colectivos definidos en forma vaga como “moral pública”. Entendemos que esta regulación afecta el principio de inviolabilidad de la persona humana, por el cual, se “proscribe la imposición de cargas y sacrificios no compensables a ciertos individuos (sin contar con su consentimiento efectivo) sobre la base de que ello redunde en beneficio -incluso en un grado comparablemente mayor al perjuicio causado a aquellos individuos- de la mayoría de la población (o del Estado, una raza superior, una cierta clase social, etcétera)”, Nino, Carlos S., *Introducción al análisis...*, ob. cit., ps. 418 y 419.

17. A continuación enumeraremos los artículos de la Convención en donde se admite la limitación de derechos de los niños por la protección de intereses colectivos y derechos de terceros.

El Artículo 10 inciso 2 establece que “...los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

El artículo 13 dispone que “[e]l niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo



JURA GENTIUM



tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

Inciso 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”

El artículo 14 inciso 3 regula que “La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

El artículo 15 inciso 1 establece que “Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

Inciso 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

18. A continuación, transcribiremos parcialmente los artículos de la Convención que prevén derechos de los niños, en los cuales, no se prevé su limitación en forma expresa.

El artículo 6 inciso 1 dispone que “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

Inciso 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 7 inciso 1 establece que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad...”.

El artículo 8 inciso 1 regula que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...”.

El artículo 14 inciso 1 dispone que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia...”.

El artículo 24 inciso 1 establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios...”.

El artículo 27 inciso 1 regula que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...”.



JURA GENTIUM



El artículo 28 inciso 1 dispone que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho...”.

El artículo 31 inciso 1 establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes...”.

El artículo 40 inciso 1 dispone que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Inciso 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

- a. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b. Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley [...]
 - iv. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - v. Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - vi. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - vii. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento...”.



19. A favor de una orientación prioritaria de los recursos estatales en aras de garantizar los derechos de los niños se pronuncia Federico Palomba en *Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad*, en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, El Salvador, 1995, p. 17. Su fundamento radica en la vulnerabilidad propia de lo niños, al sostener que “su incapacidad de accionar sus derechos tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de protección social y jurídica”, Palomba, Federico, *Tendencias evolutivas... en La niñez y la adolescencia en conflicto...*, ob. cit., p. 18.

20. Jiménez, Eduardo, García Minella, Gabriela, *Los niños y adolescentes argentinos...* en Bidart Campos, Germán J., Gil Domínguez, Andrés, *El derecho constitucional del siglo XXI...*, ob. cit., p. 77

21. Debe recordarse que encontrar un anclaje normativo oculta la inevitable función creadora del juez, al respecto señala Alf Ross que “[e]l juez no admite en forma abierta, por lo tanto, que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley”, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997, ps. 175 y 176.

22. Baratta, Alessandro, *Infancia y Democracia* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, p. 37.

23. Baratta, Alessandro, *Infancia y Democracia* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, p. 37.

24. Esta relación entre la política financiera y los derechos humanos ha sido esclarecida por Horacio Corti, al sostener que el Estado deberá obtener los recursos necesarios para satisfacer los derechos fundamentales y, no como se suele sostener, que la eficacia de los derechos humanos dependería de los recursos estatales. Al respecto puede consultarse *La Ley de Presupuesto ante la Constitución*, Revista Lecciones y Ensayos, Editorial Lexis-Nexis, Nro. 77, Argentina, 2002.

25. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, p. 81.

26. Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño...* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, p. 81.

27. De otro modo, no se respondería al ideal por el cual “los sistemas de normas [son] coherentes, completos, económicos y operativos”, Nino, Carlos S., *Introducción al análisis...*, ob. cit., p. 272.

28. En relación con la jerarquía de los derechos humanos, se ha señalado que “entre los derechos humanos, como se ha observado más de una vez, hay derechos con *status* muy diversos entre sí. Hay algunos que valen en toda situación y para todos los hombres indistintamente [...] Estos derechos son privilegiados porque no entran en competición con otros, también fundamentales”, Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1982, p. 123. Asimismo, desde una posición iusnaturalista, se ha dicho que “es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenanda en relación con la idea de



JURA GENTIUM



dignidad humana (la que aquí defiende es, de mayor a menor importancia, los derechos personales y de seguridad, los derechos cívico-políticos y los derechos económico-sociales)”, Fernández, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, España, 1984, p. 114.

LETTURE

Fondamentalismo politico

Roberto Ciccarelli

Dio volendo vinceremo le elezioni. Per qualcuno questa affermazione può essere l'indice spontaneo di una speranza. Per altri, come il presidente degli Stati Uniti George Bush, è una certezza. Al punto da avere ricavato da una legittima invocazione l'abuso di un teorema politico-ideologico che oggi viene dissezionato, parola per parola, discorso per discorso, sul tavolo analitico di numerosi semiologi, teorici della comunicazione mediatica, e giornalisti.

Un recente volume di David Domke, ex giornalista e docente di comunicazione all'università di Whashington, sottopone il *bushismo* a un'attenta radiografia statistica (1). Ricco di grafici sensibili alle ricorrenze quantitative nei discorsi del presidente di alcune parole chiave (guerra preventiva, lotta del Bene contro il Male, difesa della sicurezza e della libertà del popolo americano contro gli attacchi terroristici), usate strategicamente perché entrassero nell'uso linguistico comune di tutti i media, il libro sembra mancare di un'analisi semiologica che potrebbe spiegare meglio il fenomeno della *dislessia creativa* di George Bush. L'uso, cioè, di un linguaggio fortemente simbolico innervato da potenti riferimenti religiosi, se non proprio mistici, espresso però in modo frammentario, tra *gaffes* verbali e concettuali per le quali Bush è noto e compiaciuto protagonista (2).

Domke assume inizialmente due parametri: l'uso del tempo e la ricettività del sistema americano dei media alle parole del presidente. Il tempo, innanzitutto. Di esso la prima amministrazione Bush ha fatto un uso strategico dopo gli attentati dell'11 settembre. La risposta militare alla strage doveva avvenire in breve tempo, la sua immediatezza era anzi considerata un vero e proprio fattore politico per impostare la "guerra al terrorismo". E così anche per la guerra in Iraq. L'effetto *count-down* fornito prima dalle pressioni operate dalla Casa Bianca sull'assemblea generale dell'Onu, e poi dall'ultimatum a Saddam Hussein non rispondeva soltanto alle esigenze delle forze armate americane di disporsi sul terreno, ma soprattutto a una logica drammaturgica che ha messo una tenaglia sempre più stretta al collo del sistema internazionale dei media. Si è così creato un circuito a doppio vincolo che obbligava i media a dare massimo risalto alle dichiarazioni dell'amministrazione e, allo stesso tempo, a vincolare tutte le posizioni critiche a quelle dell'amministrazione con il risultato di negare la loro autorevolezza. Coloro che osavano infatti criticare le politiche dell'amministrazione venivano tacciati di contiguità con il nemico. Quando la nazione è in guerra, infatti, bisogna garantire l'unità nazionale e non è possibile tollerare alcun caso di dissenso sul fronte interno.

Due sono i casi di cui Domke analizza la copertura mediatica: il primo è del dicembre 2001 quando l'ex ministro della giustizia Ashcroft assimilò alcune posizioni critiche a un attentato all'unità nazionale. Il secondo è del settembre 2002 quando Bush disse che quei senatori democratici contrari alla costruzione del carcere per "terroristi" di Guantanamo Bay non erano interessati alla sicurezza del popolo americano. La copertura mediatica data a queste dichiarazioni illumina l'autoritarismo implicito della prima amministrazione Bush, ma a parere di Domke anche il supporto concessole dai media, New York Times (prima del famoso *mea culpa* in prima pagina che lo ha spinto



a tornare su posizioni più critiche) e Whashington Post inclusi, che hanno agevolato la creazione di quel circuito di cui i comunicatori della Casa bianca sono esperti. Il paradosso finale, annota Domke, è che pur rivendicando la difesa della sicurezza del popolo americano e la protezione delle libertà dei popoli, l'amministrazione Bush ha fatto esattamente il contrario sferrando un colpo mortale anche ai diritti civili interni con l'approvazione del *Patriot Act* e la creazione del dipartimento della sicurezza interna.

Ma allora i *media* americani possono essere considerati corresponsabili della strategia della Casa Bianca? Per ingenuità o per calcolo, forse sì. E questa è infatti la conclusione del ragionamento di Domke ma la questione appare sicuramente più complessa. L'uso tanto esibito quanto strategicamente studiato del lessico millenaristico di Bush (la guerra del Bene contro il Male, l'elezione divina degli Stati Uniti nella guerra contro il terrorismo) non risponde esclusivamente alle esigenze del suo uso mediatico, ma rispecchiano una storia politica e teorica molto lunga e stratificata. Solo in alcuni brani Domke sfiora l'argomento che qui cercheremo brevemente di ricostruire in alcuni dei suoi capisaldi storici. In primo luogo, la questione dell'elezione divina degli Stati Uniti. Un tema derivato da quello biblico del popolo eletto che uno dei giganti della politica americana, Thomas Jefferson, con il consenso di John Adams e di Benjamin Franklin, inserì nell'estate del 1776 nella costituzione. Da allora, quello dell'Apocalisse è probabilmente il libro della Bibbia più letto dai presidenti americani: racconta dello scontro tra le forze del Bene e quelle del Male e si conclude con la vittoria finale del Bene e il ritorno del Messia. Ciò rende la narrazione godibile per il grande pubblico, soprattutto quando interseca la storia americana come l'ultima fase, quella determinante, prima dell'avvento del "nuovo millennio": il cielo scenderà sulla terra, gli uomini saranno giudicati secondo il loro merito e verrà istituita l'ultima epoca pacifica prima della fine dei tempi, lo "Shabbat perpetuo" che è una metafora protestante per annunciare quello che Francis Fukuyama avrebbe molto più tardi definito "la fine della storia".

L'uso della retorica del fondamentalismo religioso risponde tuttavia a una storia politica ben precisa. È almeno dalla metà degli anni Settanta, infatti, in coincidenza con la crisi fiscale dello stato sociale statunitense, che le chiese fondamentaliste hanno regolarmente iniziato a promuovere campagne sulla "salvezza", sulla "redenzione" e sulla "trascendenza personale" degli individui soffocati dalla crisi economica. Da allora hanno offerto una cornice religiosa nella quale scambiare una realtà deprimente per una speranza estatica in una vita migliore, in una morte apocalittica e in una resurrezione collettiva dei "salvati". Queste chiese promuovevano la restaurazione della famiglia tradizionale e dei suoi valori con una vigorosa furia in stile vecchio testamento contro l'aborto, l'omosessualità, il carrierismo delle donne, l'educazione permissiva dei bambini, l'educazione multiculturale e la libertà sessuale tratteggiati come "i" nemici "della" famiglia e minacce principali al diritto dei lavoratori di restaurare la perduta qualità della vita (romanzata anche religiosamente come "i buoni vecchi tempi").

I repubblicani di Bush strinsero una solida alleanza con la religione fondamentalista. I fondamentalisti organizzavano la base delle politiche neo-liberiste dei repubblicani per rovesciare l'eredità del New Deal (le leggi sul lavoro, lo stato sociale, la regolazione dell'industria di Stato ecc.). E di rimando i repubblicani di Bush si davano gli stessi obiettivi dei fondamentalisti religiosi: limitazione o soppressione degli aborti, dei



matrimoni gay, delle libertà civili degli omosessuali e promuovono politiche per favorire le scuole confessionali, l'astinenza sessuale degli adolescenti e i curricula della scuola pubblica riscritti in ottica religiosa. I repubblicani hanno concesso sussidi di stato (e non solo) alle chiese fondamentaliste che sostituivano i programmi dello stato sociale con quelli religiosi, aiutando anche le scuole religiose e riducendo la separazione tra stato e chiesa.

Il ruolo di due leader fondamentalisti religiosi, il Reverendo Jerry Falwell e il Reverendo Pat Robertson, fu determinante per dare a questa alleanza sociale, prima ancora che politica, *una visibilità mediatica*. Domke ricorda che entrambi apparvero in televisione subito dopo la strage dell'11 settembre per dichiarare che la tragedia era il segno dell'ira divina. Femministe, omosessuali, atei e altri vari degenerati dovevano essere maledetti per il disastro. Avevano corrotto la nazione tanto da incorrere nella punizione divina dell'11 Settembre. Lo stesso argomento è applicabile allo scontro con la "civiltà islamica" in versione fondamentalista di cui non mancano ampi riferimenti nelle dichiarazioni di Bush.

Siamo quindi tornati alla storia del Vecchio Testamento di Sodoma e Gomorra adattata al XXI secolo. In un modo ancora più insidioso, l'*American Council of Trustees and Alumni*, un'organizzazione cofondata da Lynne Cheney, la moglie del Vice Presidente, compilò e diffuse ampiamente un *dossier* di dichiarazioni fatte da un cospicuo numero di accademici americani che li accusavano di essere anti-americani perché, tra le altre cose, si erano opposti alla rappresaglia militare e "avevano invocato la tolleranza e la diversità come antidoto al male" (3). Furono in 117 i docenti che rilasciarono dichiarazioni utili alla causa patriottica contro la minaccia "dei nemici dell'America".

Da questi brevi cenni si può capire come la copertura mediatica (e ideologica) assicurata alle strategie di guerra della Casa Bianca non risponde completamente a una scelta deliberata di una serie di *anchormen* di schierarsi dalla parte del Grande Fratello, ma è il risultato di un vasto e pluridecennale processo sociale che ha raggiunto la sua piena consapevolezza con la definizione di una egemonia fondamentalista religiosa nella società americana. Il problema non è dunque solo quello dei *media*, ma il consenso che la destra religiosa repubblicana ha saputo conquistarsi a partire dalla contro-rivoluzione liberista avviata sin dai primi anni Ottanta da Reagan per rimuovere le conquiste civili e sociali dei movimenti degli anni Sessanta.

Note

1. D. Domke, *God Willing? Political fundamentalism in the White House. The "War on terror" and the echoing press*, Pluto Press.

2. Il modello di questa analisi è senz'altro il libro di Mark Crispin Miller, *The Bush Dislexicon. Observation on a National disorder*, Norton, 2001 di cui il lettore italiano ha avuto un breve ma sostanzioso assaggio in una sintesi pubblicata nel volume curato da Roberto Festa, *Cosa succede a un sogno. Le nuove tesi dei "neo-prog" Usa*, Einaudi 2004.



JURA GENTIUM



3. il *dossier*, pubblicato da J.L. Martin e A. D. Neale è intitolato *Difendere la civiltà: come le nostre università stanno rovinando l'America e cosa bisogna fare*. È stato pubblicato dall'Acta nel novembre 2001 ed è scaricabile via Internet.

Diritti e Costituzione nell'Unione Europea

Federico Oliveri

Dopo circa un anno dalla fine dei lavori in Convenzione, il 19 giugno 2004 la Conferenza Intergovernativa ha approvato in via definitiva il *Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*: la sua firma ufficiale è prevista a Roma, il novembre successivo. Come suggerito dai convenzionali, la seconda parte del testo includerà la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* già proclamata al Consiglio di Nizza nel 2000 ma priva, finora, d'efficacia giuridica. Anche in una fase tanto avanzata il processo costituente non ha dissipato le perplessità che lo hanno accompagnato e, per dirla col Guicciardini, una fitta *nebbia* continua a separare le *piazze* nazionali dai *palazzi* europei. Il volume collettivo curato da Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (1), cerca di fare chiarezza in materia affrontando il dibattito sul "futuro dell'Europa" nelle sue implicazioni strettamente politiche, implicazioni in genere neutralizzate dal lessico diplomatico o dalle formule degli ingegneri istituzionali. Scritti in gran parte tra il 2000 e il 2001, e pubblicati nel 2003, i tredici contributi sono stati superati in alcuni punti dagli eventi, ma il loro impatto resta notevole: pur non abbracciando nessun partito preso euro-scettico gli autori non concedono nulla a chi, oggi, voglia presentare il nuovo trattato come il migliore possibile.

Dove c'è o potrebbe esserci democrazia, ossia a livello nazionale, non si decide più e dove invece si decide, ossia a livello sovra-nazionale, la democrazia non c'è ancora. Non tutti gli autori interpretano lo "spazio giuridico globale" nato dall'Unione alla luce di un simile paradosso, ma nelle loro riflessioni su cosa sia (o debba essere) una costituzione europea difficilmente possono ignorare un fatto ormai accertato. Nelle materie sempre più numerose che gli competono il diritto comunitario gode di "applicabilità diretta" e di "primato normativo" sull'ordinamento interno degli stati, costituzioni incluse: i trattati, i regolamenti e in parte anche le direttive creano *eo ipso* obblighi e diritti per gli stati e per i cittadini. Al tempo stesso, però, la procedura legislativa ed esecutiva delle norme comunitarie difetta a tal punto di partecipazione, trasparenza e controllo da non soddisfare gli standard di legittimità propri delle norme nazionali.

Nonostante le diverse vie d'uscita prospettate al problema, una visione finisce per consolidarsi tra le righe del volume: se si vuole recuperare l'esperienza democratica degli stati di diritto nazionali, il nodo della sovranità europea non può essere sciolto solo *e parte principis*, trattando le competenze che l'Unione e gli Stati si contendono o le procedure di voto come questioni meramente tecniche. Per fare dell'Unione Europea un laboratorio di "democrazia post-nazionale", piuttosto che un esempio di post-democrazia su larga scala, il problema del potere e delle relative politiche va affrontato al tempo stesso *e parte populi*. Procedendo in questa direzione, la prima parte del volume ("*Carta dei diritti*" e *Costituzione in Europa*) intreccia sistematicamente l'attribuzione e la divisione dei poteri con la questione dei diritti e della cittadinanza, cui la partecipazione all'Unione dovrebbe garantire l'accesso. Le posizioni di Weiler e Habermas segnano i poli tra cui oscilla il dibattito.



Per lo studioso statunitense, una costituzione europea *c'è già* e qualsiasi tentativo di approfondire l'integrazione in chiave federale (leggi: statale) produrrebbe un accentramento di potere controproducente. Gli ordinamenti interni e quello comunitario hanno saputo sviluppare, a suo avviso, una "tolleranza costituzionale" (p. 31) che va apprezzata e garantita, specie in assenza di un vero popolo costituente europeo: con buona pace di chi considera l'auto-nomia l'elemento irrinunciabile d'ogni potere legittimo, l'Europa dei popoli dovrebbe accettare come un lieto mistero l'obbedienza dei cittadini a delle leggi che essi non si sono dati da sé. Per Habermas, invece, l'Europa dei cittadini ha urgente bisogno di una nuova costituzione per rifondare il proprio *modus vivendi*, messo in crisi dalla "globalizzazione neo-liberista" e dall'incrinarsi del consenso interoccidentale sull'uso legittimo della forza. Per conservare "le condizioni materiali di vita, le opportunità culturali e di tempo libero (...) che sole conferiscono all'autonomia privata il suo valore d'uso, rendendo possibile la partecipazione democratica" (p. 95) le forme di coordinamento negativo proprie del mercato non bastano più: occorrono politiche di coordinamento positivo (in materia di lavoro, welfare, governo della moneta, etc.), a loro volta bisognose di maggiore legittimità democratica. In quest'ottica lo sviluppo di una "sfera pubblica europea" e di una cultura politica comune fondata sull'accesso ai diritti, costituiscono altrettante sfide cui l'Europa dovrà rispondere per rinnovare la sua *proposta di civiltà* a fronte di un capitalismo globale, destabilizzante e inegualitario.

Sia Morelli che Dellavalle, per ragioni analoghe a quelle di Habermas, sostengono l'opzione euro-federalista e si impegnano a delinearne gli elementi politico-istituzionali di base. Tra questi spiccano, per la loro assenza dal testo definitivo del trattato, l'attribuzione al Parlamento europeo di pieni poteri (iniziativa e co-decisione legislativa in tutte le materie, controllo e voto di fiducia sulla Commissione), l'adozione generalizzata di maggioranze qualificate al Consiglio dei ministri, l'ampliamento del bilancio comunitario con possibilità per l'Unione di levare proprie imposte.

Più scettico a riguardo Grimm che, pur non essendo contrario per principio all'idea di una costituzione (federale) né ad un catalogo scritto di diritti, registra l'assenza di condizioni essenziali alla riuscita di un simile progetto: innanzitutto la formazione di un "popolo europeo", ossia di una sfera pubblica di interessi socialmente organizzati, senza la quale la costituzionalizzazione dell'Unione rischia di aggravare il "deficit democratico" invece di alleviarlo.

Pernice e Mayer, infine, sostengono che in Europa una "costituzione senza stato" sia l'unica auspicabile e possibile. Applicando i modelli del *multi-level constitutionalism*, gli autori propongono di trattare l'insieme delle fonti europee di rilevanza costituzionale (trattati, normativa e giurisprudenza comunitaria, costituzioni nazionali, accordi europei in materia di diritti) come parte di un'unica "costituzione integrata", gravitante intorno ad una cittadinanza europea attiva e ad una sussidiarietà rettamente intesa.

La seconda parte del volume (*I contenuti della "Carta dei diritti"*) sviluppa più diffusamente la questione di cosa sia, o dovrebbe essere, un sistema europeo dei diritti fondamentali. L'originale articolazione della *Carta di Nizza* intorno a sei materie chiave (dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia) offre l'occasione per un confronto con la più tradizionale partizione in diritti civili, politici, sociali conomicidaavesei valori o principi chiave (dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà,



cittadinanza, giustizia e culturali: il bilancio complessivo ne risente, nella misura in cui le carenze (redazionali, contenutistiche o giurisdizionali) del documento sembrano in quest'ottica prevalere sulle sue innovazioni. Tra i cosiddetti diritti civili, uno statuto ambiguo viene ad esempio attribuito alla proprietà, limitabile solo *dall'esterno* tramite esproprio debitamente rifondato e non anche *dall'interno*, tramite un riferimento ad una sua "funzione sociale" (2). I diritti politici sono formalmente riconosciuti, ma fin quando il loro esercizio non sarà possibile anche fuori delle urne (tramite reti associative, partiti europei, etc.) e il Parlamento non avrà piena potestà legislativa, la cittadinanza che ne deriva non potrà dirsi effettiva (3). I diritti sociali guadagnano con la Carta il rispetto da parte dell'Unione, ma in assenza di misure pro-attive al momento non previste la loro giustiziabilità resta precaria, così come il loro carattere fondamentale è soggetto a riserva, se la Corte di giustizia continuerà a considerarli come eccezioni alle libertà di mercato (4). I diritti culturali, infine, sono riconosciuti mantenendo in genere un buon equilibrio tra istanze di libertà e di eguaglianza, tutele individuali e collettive, interessi nazionali ed europei: il principio di non-discriminazione, pur non impegnando gli stati ad interventi attivi di tutela o ad una revisione dei modelli di vita sottesi al loro sistema giuridico, sembra scongiurare usi (auto)segregazionisti delle differenze culturali (5).

La terza parte (*La garanzia dei diritti: la "Carta europea" e le tradizioni costituzionali nazionali*) completa l'analisi materiale della cittadinanza europea, confrontando la garanzia dei diritti offerta dalla giurisdizione comunitaria con le analoghe disposizioni nazionali: su questo terreno "l'euroscetticismo del diritto costituzionale" raggiunge forse il suo picco più alto. Per l'eccesso di lavoro cui la Corte di Giustizia è già confrontata, la *Carta dei diritti* rischia infatti di essere utilizzata solo contro gli stati e non, come sarebbe necessario, contro l'Unione stessa (6). Questa possibilità preoccupa perché, a livello europeo, molti diritti sono meno garantiti che dalle costituzioni nazionali. Inoltre, la Corte di Giustizia finisce per assumere in materia il ruolo di corte costituzionale (suprema) senza possederne per intero i caratteri, né formali né sostanziali: da un lato, infatti, i suoi membri sono di nomina governativa, dall'altro il testo della Carta offre solo garanzie minime e affida il bilanciamento dei diritti al legislatore molto più che al giudice (7). Gli effetti di questa situazione possono, per altro, avere portata extra-giuridica: in una società plurale come la nostra, integrata essenzialmente dal rispetto per il diritto e dall'esercizio dei diritti, un sistema giurisdizionale in qualche modo claudicante, come quello pan-europeo, sembra venir meno alla sua stessa funzione sociale (8).

A fronte di questo scenario, difficile ma anche denso di opportunità, Zagrebelsky suggerisce nell'*Introduzione* una lettura forte del processo costituente. Sullo sfondo della guerra all'Iraq e delle divisioni mostrate in materia dall'Europa, i molteplici deficit dell'integrazione convergono ai suoi occhi in uno solo: l'assenza, dopo il fatidico 1989, di una risposta alla "questione dell'identità europea" a fronte della "potenza politica, economica e culturale americana" (p. V). L'Europa può anche darsi una Costituzione senza stato, nel senso moderno del termine: ma senza una chiara immagine di sé, in cui riconoscersi e farsi riconoscere dal resto del mondo, questo progetto è destinato a restare politicamente vuoto.



Se è vero, inoltre, che l'Unione europea ha partecipato e partecipa attivamente al modello economico-sociale dominante (con le sue politiche della concorrenza, i suoi vincoli alla spesa pubblica nazionale, le sue priorità in materia di stabilità dei prezzi), cosa vuol dire esattamente auspicare il suo ruolo mondiale, o il suo contributo ad un "migliore governo della globalizzazione"? Nonostante gli auspici di Habermas e di molti altri autori - è opinione di chi scrive - l'Europa potrebbe salvare il proprio *modus vivendi* dal modello liberista solo a condizione di imprimere una torsione radicale ai propri orientamenti economico-sociali. Il che significa affiancare al nodo delle tutele giurisdizionali e della soggettività politica, di cui il volume rende ampio conto, il problema del *costo dei diritti* ossia del modello di sviluppo in grado di garantirli e finanziarli.

Note

1. Laterza, Roma-Bari 2003.
2. Cfr. il saggio di Mario Comba.
3. Cfr. il saggio di Enrico Grosso.
4. Cfr. il saggio di Olivier De Schutter.
5. Cfr. il saggio di Jörg Luther.
6. Cfr. il saggio di Louis Favoreau.
7. Cfr. il saggio di Ugo De Siervo.
8. Cfr. il saggio di Armin von Bogdandy.

Le ragioni della nonviolenza di Aldo Capitini

Thomas Casadei

Negli ultimi anni è andato espandendosi - simmetricamente rispetto all' "esplosione" di una letteratura sui temi della guerra nelle sue molteplici forme ('giusta', 'etica', 'umanitaria', 'preventiva', 'per la democrazia', 'contro il terrorismo', 'globale') - lo spazio di discorso sui temi della pace e della nonviolenza. Anche in Italia l'analisi, in chiave sociologica e politologica, sui processi che hanno visto affermarsi un imponente movimento per la pace è andata articolandosi e, gradualmente, a fianco di pubblicazioni di natura più propriamente 'militante' (tese ad indagare linguaggi, pratiche, connotati di tale variegata costellazione), si è allargato il campo di studi sulle questioni del pacifismo e sugli autori che più hanno contribuito all'elaborazione delle teorie della nonviolenza. Tra questi un ruolo centrale, per quanto solo negli ultimi tempi approfondito in maniera sistematica con gli strumenti della filosofia e della teoria politica (1) spetta senza dubbio ad Aldo Capitini (1899-1968), massimo teorizzatore della nonviolenza in Italia e forse anche in ambito europeo (avvicinabile a Gandhi nel contesto internazionale), attuatore, al contempo, dei suoi principi e dei suoi metodi, nonché costruttore di concrete pratiche di pace (*in primis* attraverso la Marcia Perugia-Assisi, ideata nel 1961, e la rete costituita dai COS, Centri di orientamento sociale, attivi nel secondo dopoguerra).

Un recente antologia, curata da Mario Martini (2), da anni impegnato in uno studio analitico dell'opera del filosofo (3), offre una puntuale presentazione del pensiero di Capitini, delle sue radici, e delle molteplici dimensioni che in esso interagiscono: quella *religiosa*, quella *filosofica*, quella specificamente *politica*. "È infatti una ragione intrinseca quella che collega in Capitini le idee, il pensiero, e l'azione, la testimonianza. Egli ha saputo tradurre nella pratica le idee della nonviolenza, e d'altra parte ha saputo impiantare in un discorso teorico, filosofico e religioso, ma anche politico, i principi della stessa perché ne risultassero giustificati razionalmente" (p. 9). Come ha puntualmente sottolineato Tommaso Greco, "solo tenendo presente questo nesso, quindi, è possibile riprendere seriamente il lascito teorico di colui che è da considerare a tutti gli effetti come uno dei fondatori della 'scienza politica nonviolenta'" (4).

In lui, come in Gandhi, la nonviolenza ha origini e caratteri religiosi; sia l'atteggiamento nonviolento, sia quello religioso hanno, infatti, lo stesso punto di partenza: la coscienza della limitatezza della realtà, della sua insufficienza. A partire dall'assunto della violenza come "indifferenza" scaturisce una forte tensione etica all'*apertura* verso il cambiamento: vedere le cose nella loro possibilità di essere diverse da come sono, e attivarsi perché lo siano significa sottrarsi all'acquiescenza al reale, alle logiche dominanti, ai meri fatti. "Il *fatto* è ciò che troviamo nella nuda realtà, mentre il valore è ciò che muove da noi verso la realtà e, aggiungendosi ad essa, la cambia: non si inverte niente se non attraverso un'*aggiunta* valoriale" (p. 13).

In Capitini, come per molti versi anche nella filosofia del dialogo dell'amico Guido Calogero, la nonviolenza rimanda, significativamente, a ciò che oggi suole definirsi 'etica della cura': "la nonviolenza è, dunque, dire tu ad un essere concreto e individuato; è avere interessamento, attenzione, rispetto, affetto per lui; è aver gioia che esso esista,



che sia nato, e se non fosse nato, noi gli daremmo la nascita: assumiamo su di noi l'atto del suo trovarsi come madri nel mondo, siamo come madri" (p. 74)

Su un piano più propriamente filosofico-teoretico, Capitini si pone in netto contrasto nei confronti di quella tradizione polemologica che a partire da Eraclito giunge alla dialettica hegeliana e a Marx: il nesso costitutivo, originario, non è quello "conflitto-necessità", ma quello "conflitto-aggiunta", proposta di superamento dello stesso. Il conflitto può essere superato non attraverso la considerazione della necessità, ma attraverso il suo contrario, la *possibilità*: non si combatte la guerra con la guerra, ma si lotta *prima* della guerra preparando il suo contrario. Il conflitto si supera mettendo qualcosa di diverso al posto di ciò che lo ha generato e affrontandolo con metodi diversi da quelli dell'avversario: scaturisce da questa convinzione la prassi capitiniana di "contrasto e aggiunta", che rifiuta il paradigma polemico che da Eraclito nutre dal profondo tutto il pensiero occidentale (5).

Da questa visione scaturisce la concezione filosofico-politica di Capitini, la sua idea di una democrazia 'integrale': una vera democrazia è per lui nonviolenta, e richiede un processo di educazione permanente. A questo riguardo è la terza parte dell'antologia quella che affronta il nodo cruciale, la domanda che viene posta al nonviolento e che il nonviolento non può eludere: è possibile una politica - efficace - della nonviolenza? (p. 138).

La proposta della nonviolenza comporta l'oltrepassamento dell'etica storicistica e della tradizione realistica occidentale, e si configura, pertanto come una forma di *rivoluzione permanente* che parte, osserva Martini, dall'interno delle ideologie affermatesi in Occidente, sia di quelle liberali e liberistiche sia di quelle socialiste (pp. 20; cfr. pp. 187-191). È dalla critica del realismo politico che scaturisce dunque una peculiare prospettiva come il liberalsocialismo o, come si è suggerito di recente, del *libero-socialismo* (6). La politica della nonviolenza non rifugge la realtà, anzi la attraversa, si addentra in essa, è lotta, una "lotta continua" che immerge nel mondo, "attiva" e "modesta" (pp. 51, 55), alla "continua ricerca di ampie solidarietà" (p. 182), alternativa a qualsiasi forma di chiusura egoistica e di indifferenza. Essa - come mostra tutto l'orientamento pratico e sociale di Capitini nel corso della sua esistenza e la sua elaborazione e sperimentazione di forme di intervento nonviolento (di cui si fornisce un'ampia illustrazione nella parte quarta) - è volta a rendere la nonviolenza un fatto *pubblico, sociale*, di dimensioni sempre più ampie fino a divenire internazionale: "la società mondiale va considerata investita di questo dinamismo della nonviolenza, specialmente se noi sapremo coordinare la nonviolenza nel mondo" (p. 81).

Capitini propugnava una "Internazionale nonviolenta", *dal basso* (pp. 141-142), che oggi si può concretamente intravedere nei vari movimenti pacifisti a carattere globale. Entro tale orizzonte si mira al superamento delle strutture di dominio ponendo in primo piano il legame organico tra mezzi e fini: la coerenza tra il fine e i mezzi, sempre trascurati nella logica occidentale, la nonviolenza si pone, pertanto, non solo come un'esigenza morale, ma come un'esigenza della validità dell'azione politica.

L'attualità del messaggio di Capitini si manifesta in molteplici aspetti: in primo luogo, esso presuppone una diversa concettualità del potere, la cui logica - affinché non si tramuti in dominio - necessita della nonviolenza, che si muove sempre "dal basso", e dalla sua capillare diffusione e articolazione orizzontale (secondo il modello della



omnicrazia e del *federalismo*); in secondo luogo, esso mostra che è possibile generare un *pensiero normativo* che opti per la nonviolenza e che dunque non si limiti a registrare i fatti che si svolgono nella vita sociale e politica ma sappia orientare gli eventi attraverso un rimando continuo tra situazione contingente, ragione come argomentazione e opzione valoriale (operazione che può connotarsi, anche laicamente, con “argomenti e ragioni della nonviolenza”); infine - questo ci pare il senso più radicale dell’opera capitiniana - il messaggio e la prassi della nonviolenza possono considerarsi espressione di un modo peculiare dell’atteggiamento ‘realistico’, ovvero quello che invita a vedere le cose nella loro possibilità di essere diverse da come sono attualmente, e ad attivarsi perché lo siano; ciò sulla base del principio che ‘non è reale solamente ciò che è reale, ma è reale anche ciò di cui abbiamo bisogno’.

Il bisogno, oggi, appare quello di un’abolizione dello “schema” dominante (cfr. p. 77), di un cambio di paradigma: dal conflitto-necessità al conflitto-aggiunta, ovvero il superamento del conflitto che diventa guerra. Sono questi gli *argomenti* dei sostenitori di un pacifismo *radicale e attivo* - oltre a Capitini e Gandhi, quello di Bertrand Russell, Ernesto Balducci, Danilo Dolci - che rileva, *realisticamente*, come la guerra non abbia più senso per il semplice fatto che non si vince più. Per il semplice fatto che anche una guerra vinta non chiude il conflitto che voleva chiudere, ma anzi lo riapre in forme più nuove e terribili.

Una doppia, inedita, possibilità emerge dunque dagli scritti di Capitini: individuare e praticare un modo alternativo di realismo (“Realista è chi sa gettare nel profondo del suo tempo lo scandaglio, e avverte non ciò che ripete il passato come fu, ma ciò che apre, che rinnova energicamente”) e porsi concretamente l’ambizioso obiettivo di “vincere la ripetizione della storia secondo categorie consuete” (pp. 185, 186). Una forza costante per smentire i dati che sembravano ineluttabili, per tramutare la logica della politica, per cambiare il corso delle cose a partire da un’alternativa immediatamente messa in atto, anche se di lunghissima scadenza: di tutto questo è stata testimonianza la dedizione totale di Capitini ad una ‘causa’ che tutte le altre ricomprendeva, quella della nonviolenza.

Note

1. Cfr. P. Polito, *L’eresia di Aldo Capitini*, Aosta, Stylos, 2001.
2. A. Capitini, *Le ragioni della nonviolenza. Antologia degli scritti*, a cura di Mario Martini, ETS, Pisa 2004.
3. A lui si deve - tra l’altro - la cura degli *Scritti filosofici e religiosi*: A. Capitini, *Scritti filosofici e religiosi*, a cura di M. Martini, Perugia, Centro studi Aldo Capitini, 1998.
4. T. Greco, *Capitini preso sul serio*, “Il Grandevetro”, 151, marzo-aprile, 2000.
5. Per una visione d’insieme della “linea di belligeranza” che attraversa il pensiero occidentale, si veda, da ultimo, R. La Valle, *Agonia e vocazione dell’Occidente*, Milano, Terre di mezzo, 2005, in part. pp. 22-33.
6. Proposta opportunamente avanzata in G. Moscati, *Il libero-socialismo di Aldo Capitini*, in G.B. Furiozzi (a cura di), *Aldo Capitini tra socialismo e liberalismo*, Milano, Angeli, 2001.



Riferimenti bibliografici

A proposito dei testimoni del pensiero nonviolento citati nel testo e in stretto rapporto con la figura di Capitini, si possono vedere alcune recenti pubblicazioni:

Ernesto Balducci: bibliografia critica: 1956-2002, a cura di A. Cecconi, Fiesole, Fondazione Ernesto Balducci, 2002.

In nome dell'uomo: per conoscere Ernesto Balducci, antologia a cura di A. Cecconi, Fiesole, Fondazione Ernesto Balducci, 2005.

Barone G., *La forza della nonviolenza. Bibliografia e profilo critico di Danilo Dolci*, Napoli, Dante & Descartes, 2005².

Cingari S., *Il pensiero politico-sociale di Ernesto Balducci e la globalizzazione*, Firenze, Chiari, 2004.

Dolci D., *Luci di prospettive vastissime*, in *Il messaggio di Aldo Capitini*, Manduria, Lacaita, 1977.

Giummo L.C. e Marchese C. (a cura di), *Danilo Dolci e la via della nonviolenza*, Manduria, Lacaita, 2005.

Polito P., *Danilo Dolci (1924-1997)*, "Teoria politica", 2, 2001.

Malucchi M., *Ernesto Balducci: cattolicesimo, marxismo, etica planetaria*, Firenze, Chiari, 2002.

Una nuova identità euro-mediterranea

Filippo Ruschi

Mare serrato tra le montagne, il Mediterraneo ha avuto uno strano destino. Nonostante la sua collocazione periferica ai margini della grande massa eurasiatica, la complicata scansione dei suoi spazi - si dovrebbe piuttosto parlare di Mediterranei, avverte Braudel -, un entroterra spesso avaro di risorse, questo spazio geopolitico ha rappresentato uno dei vettori della storia. Mentre le grandi civiltà potamiche una dopo l'altra si sono logorate al punto di lasciare solo un fioco ricordo di sé, le culture mediterranee nel loro millenario percorso hanno mantenuto una impressionante continuità: si tratta di un lungo processo di sedimentazione, ma anche di ibridazione, che ha caratterizzato le popolazioni insediatesi lungo le coste del Mediterraneo. Ed è proprio questa identità plurale, 'liquida', porosa, la causa e al tempo stesso l'effetto del primato storico mediterraneo.

Il fatto che negli ultimi secoli questa area sembra aver smarrito la propria capacità centripeta e aggregante, abbia cessato la sua funzione di relè, non autorizza però a dismettere il valore storico della 'esperienza mediterranea'. Di più: se questo spazio geopolitico oggi rischia di essere solo una linea di faglia tra 'zolle' geopolitiche sempre più in frizione, il recupero di un paradigma alternativo appare assolutamente necessario. Ecco allora che è importante tornare a parlare di Mediterraneo, magari con buona dose di realismo, senza ipostatizzare segnali ancora deboli e contraddittori. Si tratta di un percorso senza dubbio complesso e ramificato, che esige un approccio interdisciplinare e che trova un *baedeker* affidabile nel recente *A New Euro-Mediterranean Cultural Identity* (1). Il volume curato da Stefania Panebianco è ricco di elementi preziosi per riflettere sul dialogo euro-mediterraneo e sulle sue prospettive di sviluppo. Grazie ai contributi di una decina di studiosi - oltre che della curatrice stessa - *A New Euro-Mediterranean Cultural Identity* offre un'accurata ricostruzione dello sviluppo della cooperazione regionale nell'area mediterranea, con le sue luci e le sue innumerevoli ombre.

Si tratta di una vicenda tutt'altro che univoca: la dinamica delle relazioni euro-mediterranee, infatti, è tutt'altro che lineare. L'Europa del Trattato di Roma fin dai primissimi anni Settanta si era posta il problema di una politica unitaria verso i c.d. Paesi Terzi del Mediterraneo (PTM). Questo nuovo indirizzo avrebbe dovuto essere quanto meno complementare alla consolidata prassi dei rapporti bilaterali, una trama di relazioni segnata dalla retorica post-coloniale della *special relationship*. Già il vertice di Parigi del 19 ottobre 1972 aveva promosso una politica di cooperazione, diretta in primo luogo ad agevolare gli scambi con il bacino meridionale del Mediterraneo. In realtà, quella che fu grandiosamente denominata Politica Globale Mediterranea dette risultati modesti. In primo luogo la Guerra Fredda precludeva molti spazi politici alla CEE. L'adesione al Trattato di Roma di Grecia (1981), Spagna e Portogallo (1986), la cui produzione agricola era in diretta concorrenza con quella della sponda africana ed asiatica del Mediterraneo, poi, aveva raffreddato gli entusiasmi comunitari. La politica europea era destinata ad un brusco cambio di rotta con il crollo del Patto di Varsavia che, anche in una prospettiva mediterranea, apriva alla Comunità inediti scenari politici.



In relazione al rinnovato attivismo di Bruxelles si possono fare diverse ipotesi. Nelle pagine introduttive del volume è la stessa Panebianco ad elaborare un ventaglio di soluzioni riconducendo, ad esempio, la progressiva istituzionalizzazione delle relazioni trans-mediterranee ad analoghi fenomeni di integrazione regionale quali l'ASEAN (Association of South East Nations) o il NAFTA (North Atlantic Free Trade Area). Ma, come riconosce con schiettezza il politologo tunisino Bechir Chourou, il dinamismo comunitario è stato significativamente motivato dalla volontà di stabilizzare la regione, sottoposta all'offensiva del radicalismo islamico.

Questa rinnovata sensibilità 'mediterranea' ha fatto sì che il 27-28 novembre 1995 a Barcellona, sotto le insegne del Partenariato Euro-Mediterraneo, fosse indetta una prima conferenza interministeriale. L'iniziativa ha fatto convergere nel capoluogo catalano i rappresentanti dei paesi membri dell'Unione Europea ed i capi di stato e di governo di dodici stati della sponda meridionale del Mediterraneo: dal Marocco alla Turchia, ad Israele ed all'Autorità Palestinese, con la significativa esclusione della Libia - a tutt'oggi 'grande assente' dai tavoli della negoziazione euro-mediterranea -, ma con l'inclusione della Giordania.

La conseguente adozione da parte dei *convenors* della Dichiarazione di Barcellona, segnando l'indiscutibile successo dell'iniziativa, ha instaurato un sistema istituzionale basato su tre partenariati: i primi due, concernenti la sicurezza e la cooperazione economica, replicano modelli istituzionali consolidati. Il terzo, rivolto a favorire il dialogo interculturale, presenta caratteri piuttosto atipici.

In relazione alla delicata questione della sicurezza, con la Dichiarazione le parti si impegnano a promuovere la stabilizzazione della regione mediterranea, agendo in conformità della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Tra gli strumenti per raggiungere questo ambizioso traguardo è opportuno quanto meno segnalare l'enfasi attribuita alla formazione di un 'sapere' condiviso, di un linguaggio comune tra i tecnici - diplomatici e scienziati - delle due sponde del Mediterraneo. L'idea di fondo è che la costituzione di un *network* tra gli apparati burocratici dei paesi EU e di quelli dei PTM in grado di travalicare la dimensione protocollare, sia condizione necessaria per la stabilizzazione regionale. E che la costituzione di questa rete passi anche attraverso un percorso formativo comune.

Il 'secondo pilastro' della Dichiarazione di Barcellona è rappresentato invece dal partenariato economico. L'obiettivo è duplice: da un lato si tratta di dare attuazione ad un'efficace politica di cooperazione. Dall'altro si intende preparare il terreno per l'istituzione nell'area mediterranea di una zona di libero scambio, prevista per il 2010. Il progetto suscita non poche perplessità tra gli autori dei contributi raccolti in *A New Euro-Mediterranean Identity*: Stelios Stavridis e Justin Hutchence, ad esempio, ritengono problematico un processo di liberalizzazione economica svincolato da un analogo processo di democratizzazione politica. Panebianco, dal canto suo, rileva come questa *free trade area* possa avere pesanti ripercussioni sui delicati sistemi economici dei PTM, privi degli adeguati strumenti competitivi.

Al partenariato in campo sociale, culturale e umano è affidato l'impegnativo compito di favorire, nel rispetto delle reciproche differenze culturali e religiose, la creazione di una società civile mediterranea. Questo partenariato è inoltre rivolto alla cooperazione in materia di immigrazione, lotta al traffico di stupefacenti e repressione del terrorismo.



Non è il caso di indugiare sulle molte perplessità connesse all'inclusione in un unico partenariato di problematiche tanto differenti. Piuttosto mi pare opportuno sottolineare come questo 'terzo pilastro' - oggetto privilegiato dei contributi del volume - sia rivolto a stemperare l'asimmetria insita negli altri due partenariati. Ed è quanto meno significativo che proprio alla dimensione culturale sia riconosciuta dalla Dichiarazione una valenza 'centripeta' primaria. Si tratta, come nota Panebianco, di un approccio 'costruttivista' che, nella fondazione dell'identità politica mediterranea, postula la necessità di un sistema condiviso di norme, valori e prassi.

Proprio sui pregi e sui limiti di questo progetto emerge dal volume un vivace, e prezioso, dibattito. Il giurista libanese Youssef Mouawad, ad esempio, sottolinea la distanza che separa l'archetipo islamico di società civile, fondato sul primato dell'esperienza religiosa e sulla centralità del gruppo familiare, dal significato che questa locuzione assume nell'esperienza giuridica e politica occidentale. Dal canto suo Mohammad El-Sayed Selim, docente dell'Università del Cairo, avverte tutti i rischi connessi ad una politica culturale europea che, priva della necessaria flessibilità, risulta spesso unidimensionale. Ulteriori contributi esaminano poi la compatibilità tra le istituzioni politiche e giuridiche delle due sponde del Mediterraneo, con particolare riguardo al riconoscimento ed alla tutela dei diritti umani.

Se dunque la costituzione di un *framework* normativo condiviso da ambedue le sponde del Mediterraneo assume la fisionomia di una vera propria sfida culturale, si deve registrare come anche sul piano 'operativo' il terzo partenariato abbia incontrato forti difficoltà ed alcune spiacevoli *impasses*. La Dichiarazione di Barcellona ha promosso la costituzione di reti integrate di relazioni tra Organizzazioni Non-Governative (ONG), istituzioni culturali e centri di ricerca incardinati o meno negli apparati statuali. In particolare sono stati predisposti dei programmi di cooperazione rivolti ad ambiti specifici dalla tutela ambientale alla cooperazione nella formazione accademica, allo sviluppo dei media. L'esperienza maturata, salvo alcune pregevoli eccezioni quale il programma *EuroMed Heritage*, è stata tutt'altro che soddisfacente, tanto da portare ad inchieste giudiziarie ed al congelamento di molte iniziative. In questo poco confortante panorama, il contributo di Annette Jünemann fa luce sul ruolo delle ONG nel processo di costituzione di una società civile mediterranea. A Partire da Barcellona si è infatti instaurata la prassi dei c.d. *EuroMed Civil Forums*, riunioni parallele a quelle delle delegazioni governative del Partenariato Euro-Mediterraneo, organizzate dalle ONG. Questi *Forums*, arrivati nel 2005 al decimo appuntamento, coordinandosi in maniera più o meno diretta con gli appuntamenti 'istituzionali', hanno promosso istanze sociali, politiche ed economiche. Si è trattato di esperienze segnate spesso da atteggiamenti contraddittori, come Jünemann osserva con lucidità. Eppure di fronte alle difficoltà in cui si muovono i programmi ufficiali, proprio il ruolo degli *EuroMed Civil Forums* si sta dimostrando, in una prospettiva *bottom-up*, sempre più insostituibile nella definizione di una cornice normativa comune alle due sponde del Mediterraneo.

Note

1. S. Panebianco (ed.), *A New Euro-Mediterranean Cultural Identity*, Cass, London-Portland, 2003.



JURA GENTIUM

