

JURA GENTIUM

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

Vol. VII, n. 1, Anno 2010



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.unifi.it/>

Segreteria@juragentium.unifi.it

ISSN 1826-8269

Vol. VII, n. 1, Anno 2010

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 (vice direttore), 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**

**LEGAL RECONSTRUCTION IN AFGHANISTAN RULE OF LAW, INJUSTICE,
AND JUDICIAL MEDIATION** **7**

ANTONIO DE LAURI

HARD CODE NOW? **33**

SERENA MANZOLI

**CONSTITUTIONAL PLURALISM AND THE POLITICS OF THE EUROPEAN
COMMON GOOD** **52**

MARCO GOLDONI

**L'EVOLUZIONE DELL'IMAMATO IN EUROPA E L'INQUADRAMENTO DEL
PERSONALE RELIGIOSO MUSULMANO** **76**

VALENTINA FEDELE

**TENDENZE NELLE DISEGUAGLIANZE DISTRIBUTIVE NEI PAESI
DELL'EUROPA ORIENTALE E DELL'EX-URSS** **97**

LEONARDO MENCHINI, LUCA TIBERTI

**DAL DIRITTO INTERNAZIONALE AL DIRITTO COSMOPOLITICO?
RIFLESSIONI A MARGINE DE LA DEMOCRAZIA NELL'ETÀ DELLA
GLOBALIZZAZIONE** **114**

GIUSEPPE PALMISANO

LETTURE **132**

**ALCUNE TENDENZE DELLA LETTERATURA RECENTE IN TEMA DI DIRITTI
UMANI. RIFLESSIONI SU UN RECENTE LIBRO DI JAMES GRIFFIN** **133**

LEONARDO MARCHETTONI

***DOMESTIC ANALOGY* E GLOBALIZZAZIONE. RIFLESSIONI SU *RETHINKING
THE DOMESTIC ANALOGY IN A GLOBAL AGE* DI CHIARA BOTTICI** **140**

ELISA ORRÙ

SAGGI

Legal Reconstruction in Afghanistan

Rule of law, Injustice, and Judicial Mediation

Antonio De Lauri

The present article is based on field research carried out in Afghanistan between 2005 and 2008. For the most part, the research was conducted at the Second District Court of Kabul, the Provincial Office and the Prosecutor's Office of District 11. During my fieldwork I directly observed twenty court cases (both criminal and civil), in order to examine the ordinary daily practice of law. Thus, by the means of an ethnographic analysis of "Afghan justice", I have tried to investigate the daily implications of a "legal expansion" conveyed by the international agencies. I also conducted several interviews with judges and prosecutors, whose point of view emerged as being crucial to understanding the "life" of judiciary institutions. In addition, the ethnographic analysis was prompted by a series of interviews carried out with aid workers, administrative officials, international organizations experts, and members of the customary assemblies.

My thoughts and observations are a critical reflection on the legal reconstruction which the international community and the Afghan government initiated in 2001. In particular, my aim is to highlight some of the more controversial factors that accompany the implementation of a foreign model of justice inspired by the ideology of the rule of law. By giving particular attention to the work carried out by Afghan judges, I will discuss some of the more important mechanisms of imposition, resistance, and absorption which are taking place within the Afghan Justice system.

1. Rule of law in Afghanistan

In Afghanistan, following operation Enduring Freedom and the consequent arrival of various international companies on Afghan soil, the 'international community' (lead by the United States) has decided it would like to give political stability and democracy to the country. The endeavor has evolved into a more extensive, and rather controversial, process of reconstruction which calls into question the 'democratize and modernize' mantra that has become the ideological justification for a (by now) well-established form of geopolitics. In spite of the criticism which has been leveled at the seemingly obsolete 'theory of modernization', the paradigm continues to fuel international policies and actions.

The extent to which this policy of 'modernization' is at the base of the current redefinition of the Afghan legal and judicial system becomes quite clear. Within a geopolitical context of expansion and control that still seems to be guiding this delicate historical moment marked by the ideo-logic of the reconstruction and various forms of 'humanitarian fundamentalism' (1), this policy of modernization has also led to the development of a state-centric vision of social transformation. Of course, encounters between different political and legal systems and principles are bound to result in forms of syncretism. The criticism of my paper is more concerned, however, with the enormous role which this 'modernizing vision' (2) has played in supporting political/economic projects of expansion which have often transformed Afghanistan into a battlefield (3). This vision has rewritten the historical narrative of events in



Afghanistan giving emphasis to what analysts and politicians have interpreted as the ‘need for modernization’, or, more precisely, ‘democratization’ (4). Within this same vision, there has been a tendency (5) to legitimize all social transformations in the name of an external process of modernization while painting the picture of an afghan society rooted in its own traditions and resistant to (imposed) ‘improvements’.

During the various international conferences and meetings, the legal reconstruction has appeared as the crux of discussions concerning the future of Afghanistan, and more generally Asia. On an ideological-symbolic level, this reconstruction has been legitimized by evoking the principle of the rule of law as a key category for the larger project of democratization being carried out by the international community.

The underlying logic is that a global rule of law becomes valid for national administrations giving citizens the possibility of making recourse to it in order to have their rights upheld. State governments, in turn, are also subjected to these global rights (6). As Cassese notes, the global expansion of law as an endeavor is still precarious, and the system of ‘the same rules for everyone’ is still anything but stable.

According to which criteria should these equal rules for everyone be established?

The document endorsed by the London Conference on Afghanistan (2006) was explicit about the desire to “respect the pluralistic culture, values, and history of Afghanistan, based on Islam.” The objective was to unite the rule of law ideology (tied to the western legal system) with a system of law founded on its own principles and rooted in Islamic tradition. In this context, the insistence on instituting the rule of law was tightly intertwined with the initiatives for “economic development” and “creating stability” in Afghanistan (7). Nevertheless, the convergence of the rule of law and Islamic law has not resulted in a well defined set of judicial procedures nor have the discrepancies between the 2004 constitution and the law in force been resolved. And this is not all. The present plans for the justice system have avoided incorporating practices and values which are part of the customs of the Afghan people, and in doing so have impeded the formation of an acceptable and recognized system that reflects the social fabric of the country. As I have learned over the course of my research, these plans have been in direct conflict with the work of many judges who continue to uphold a series of customary practices by adopting an approach of contamination, an approach that is determined by a plurality of normative reference systems ranging from custom and state law to international law and the principles of Islam.

From 2005-2008 I had the opportunity of meeting many United Nations workers (above all from UNIFEM and UNODC), various members from the International Development Law Organization (IDLO) and other organizations involved in the legal sphere in Afghanistan. From my conversations with them (8) it emerged that many of these ‘protagonists’ of the reconstruction have a general attitude of refusal in regard to the customary practices used to settle disputes and make decisions, which they consider to be inconstant, violent, and sexist. There are certainly many such cases to be found. Indeed, many international agencies gather (and in some cases try to resolve) dramatic examples of human rights violations. It is important, however, to point out how this ‘cataloging’ of offences has at least two main effects: 1) it reproduces determined political identities (9) within a context of contrapositions which are often violent; 2) it leads to an attitude of condemnation in regard to an entire system of customary practices



JURA GENTIUM



and values, to delegitimizing that system in favor of one imposed from without. The tendency is similar to what Chatterjee (10) recognized in colonial regimes: a tendency that was functional for colonialism's project of 'civilizing' and which, in this case, is being employed by projects of 'modernization and democratization'.

Moreover, the reconstruction process in Afghanistan involves an enormous quantity of aid, cooperation, and development projects which are having an enormous effect on the social and political life of the country. These projects, whether they are initiated by governments, or intergovernmental and non-governmental agencies, seek to legitimize their endeavors symbolically, for example through the rule of law. But there is a vast difference between the academic conception of the rule of law and the intentions and the effects of the actions carried out in its name. Generally speaking: "In an increasing number of places, promoting the rule of law has become a fundamentally imperialist enterprise, in which foreign administrators backed by large armies govern societies that have been pronounced unready to take on the task of governing themselves." (11)

The idea that Afghanistan is not capable of creating a stable political system on its own is a typical perspective of international interventionism, which condones one country exercising control over another if it is not considered ready to govern itself. Such a perspective reinforces the hegemonic nature of this form of interventionism capable of obscuring the transnational historical processes which are actually at the base of the internal political unrest in Afghanistan, and attributes it to an inability to give oneself democracy.

Today Afghanistan is essentially led by the United States, the United Nations, the European Community, and a dozen or so NGOs. The International policies of these entities have made the rule of law a mantra through which determined political and legal models are assimilated. This is clearer if one considers that the rule of law is not something which exists outside of culture and can easily be imposed through the creation of formal structures, through the rewriting of constitutions and statutes (12). In Afghanistan today, the rule of law constitutes a key category in the lexicon of international interventionism, a category with which functionaries of the Afghan government, judges, attorneys, and local administrators must measure themselves. It is within the culture of the rule of law that one must interpret the importation/exportation of political wills which, in the rhetoric of international politics, make themselves the guarantors of values such as social justice and human rights. The theory of the rule of law is presumed to be 'good for everyone' (13). Indeed, it has become inextricably tied to the concept of democracy and often to the idea of the struggle for democracy.

Nevertheless, it may well have become impossible to disguise the enormous interests behind the various actions legitimated by the rule of law. During the war in Afghanistan, in addition to the well known interest in extracting energy resources, conspicuous earnings have been made in the sectors of privatized security and in relation to the creation of new fiscal paradises (14). From the point of view of those countries involved in the reconstruction process, the connection between legal expansion and economic penetration is thus crucial.



2. Kabul's Judges

The apparatus of the rule of law moves on multiple levels and affects the judges of Kabul in various ways. The judge's discretion is not immune or indifferent to legal instruments derived from discussions about human rights and the standards of international rights. Presently within the Afghan justice system, we are witnessing a series of cause and effect phases in which the rule of law appears as an unavoidable form of contamination in the bringing together of different models of justice. From another perspective, one could read it as evidence of the expansion of power and domination which seek legitimization in the legal system. The use of rule of law to bestow legitimacy on various political and economic interests is observable on more than just the level of imposition, or at least not exclusively in these terms. Under the influence of external force (following for example a military intervention), complex mechanisms of resistance and assimilation are triggered. The force of foreign models of justice permeates the Afghan legal system in various manners through indoctrination, persuasion, and contamination across both political and humanitarian lines. If dominant countries have exercised their influence in an explicit and ostentatious manner in the past, these days they do so through a tactic of moral suasion (15). However, Afghanistan's case is peculiar. The institutional changes which have been introduced from without were anticipated by a moment of violent transition: the war. The tactic of moral suasion was implemented in a second moment, in the form of a programmatic promotion of determined economic models and humanitarian propaganda.

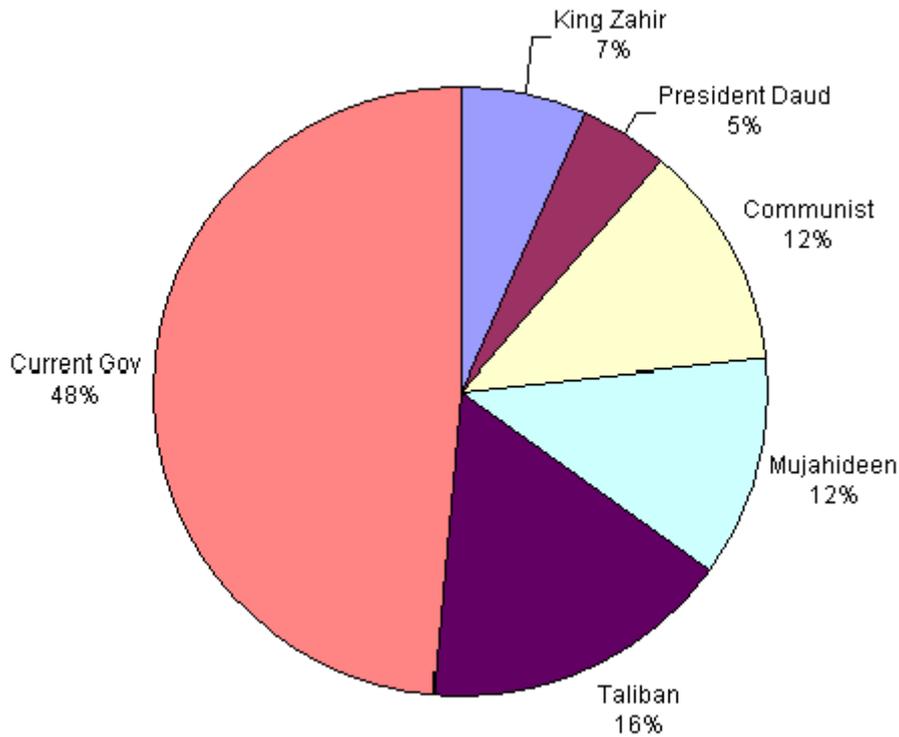
In any case, the various international conferences, treaties, and agreements which have taken place since 2001 have resulted in plans of action to be carried out from the top down, but also in phases of acquisitions and resistance. For the perspective of the judges of Kabul the rule of law cannot simply be understood as an externally imposed order. On one hand, the judges themselves embody the affirmation of foreign influence while on the other they reinforce their own way of understanding justice which is rooted in Afghanistan's legal network and culture. Within the body of judges, then, contrasting initiatives and forces compete with one another. Such motivations initiatives or forces are often the result of the influences of religious figures or international agencies. As unlikely as it may seem, the fundamentalist intentions of some powerful judges of the Supreme Court might even come about in contexts which are heavily influenced by the policies of organizations like the United States Agency for Development (USAID).

2.1 Judicial Training

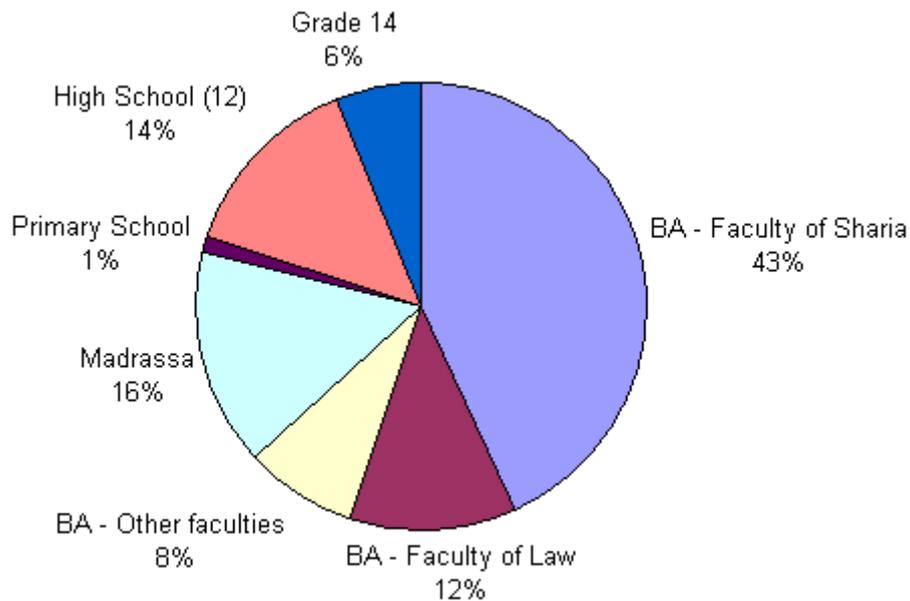
The training which Afghan judges receive is undoubtedly a crucial factor for the entire judicial system, and one which highlights the role that international agencies play in all of this.

Although small in number, the present make up of the body of judges is rather heterogeneous, though only around 4% of them are women.

As the following diagram shows (16), Afghanistan's present judges were nominated in various political contexts (though within a short span of time), and each of which was marked by a different concept of the role of justice (consider for example the difference between the Communist and Taliban regimes).



Also from the point of view of their training there is a relevant amount of heterogeneity (17):



Looking at these charts, it is easy to imagine how difficult it is to achieve uniformity in Afghan judicial practices; there is little uniformity in the judges training backgrounds, and some of them are not even officially qualified to cover their positions (18).



After the fall of the Taliban regime, the judicial system has been increasingly affected by its relationship with international agencies. Their effect even extends to the realm of training.

A recent report by the Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law (19) states that even those judges who have gone through the conventional program of studies might not be capable of carrying out their job. This is because it is necessary to have a profound knowledge of Islamic and state law, both of which are essential elements of the Afghan legal system. Moreover, the particular preparation of students who have studied in the *Madrassa* further complicates the situation. With the goal of providing all the necessary tools for the various legal professions, the University of Kabul created a common curriculum for the Law and Shari'a Faculties that included a series of seminars for the students (20). The report of the MPIL also pointed out how according to law all of the judges should have completed and passed a *stage* in order to practice the profession. Yet only half of them had fulfilled this requirement. However, this trend seems to have turned around since then. In 2007 the majority of the nominated judges had completed the stage required. In 2005 the Supreme Court began a three-week vocational training program called Foundation Training which was intended for judges who had not completed the judicial stage (21). The latter lasted a year and included a first phase of around 8 months of courses, followed by an exam, and finally an "internship". According to a regulation enacted by the Supreme Court, core elements of the courses are: 1. Holy Qur'an and Hadiths; 2. Judicial terminology; 3. The Constitution; 4. Law of Organization and Jurisdiction of Courts; 5. Civil Code (4 Volumes); 6. Criminal Code; 7. Criminal Procedure Code; 8. Criminal Investigation Code and its respective amendments; 9. Civil Procedure Code; and 10. Commercial and Commercial Procedure Code. The courses are organized in trimesters, the first conducted by IDLO and the second by the German MPIL and the French Institut International Pour les Etudes Comparatives (IIPC) and the third by USAID (22).

In addition to having an active role in the formation of the judges, these organizations are responsible for financing the stage project. Specifically, the MPIL organizes the seminar section of the training: 1. Constitution I; State Organization (2 weeks); 2. Constitution II: Human and Fundamental Rights (1 week); 3. Criminal Law (General Part) (2 weeks); 4. Court Organization Law (1 week); 5. Fair Trial Training (2 weeks); 6. Judicial Ethics (1 week) (23).

These last two points merit particular attention. In regard to judicial ethics, the MPIL report states:

For centuries, the ethical rules of conduct for the Afghan judiciary were derived from Islamic sources. Muslim scholars defined ethical rules for judges as early as the late 8th century. About two hundred years later, these texts merged into a genre of legal literature of its own called "*adab al-qadi*" (conduct of the judge). In May 2007, this tradition came to an end when the Supreme Court of Afghanistan enacted a Regulation of Judicial Conduct which set forth abstract rules. In this respect, it is different from the Islamic texts which are composed of reports from concrete examples such as the Prophet and his successors (24).



To be precise, we should note that even though the rules of conduct for judges drew inspiration from Islamic law and tradition, they have always worked to the advantage of those in power. In 1886, Abdur Rahman had a conduct code written for his judges which was inspired by the law treatises of the Hanafi School. The code did not bring about enormous changes to the rulings of the judges despite the fact that it meant they were obliged then to adhere to the procedural guidelines established by the powerful emir. Abdur Rahman's reforms were a sort of restoration of the *Shari'a* which showed a total disregard for local customs. Before Abdur Rahman, judges only exercised influence, albeit minor, in urban centers while in rural and periphery areas official legal offices were still a sort of apanage of customary legal structures. With the objective of reinforcing his centralized authority, the emir attempted to extend this Islamicized legal system to the rest of the country in hopes of being able to implement the *Shari'a*. Abdur Rahman tried to carry out his centralizing goal with the use of force, but he also attempted to legitimize his actions; for this he was known as the 'protector and champion of Islamic faith'. Rahman formally distinguished between sources of law: Islamic law, customary law, and state law (civil and administrative laws, *qanun*). He also established three types of courts: the Islamic court that judged civil and religious cases, the criminal court that was administered by the heads of police and the religious judges and which applied Islamic law, and the board of commerce for commercial disputes, a judicial structure which was similar to that which was in place after 1964 (25). From a comparative point of view, it is interesting to note how "the enactment of the Regulation of Judicial Conduct can be seen against the background of a world-wide movement." (26) The report, however, reads, "the question of the enforcement of the Afghan regulation is especially difficult in Afghanistan, as the new Regulation of Judicial Conduct does not fully comply with the pre-existing enforcement mechanisms." Nevertheless, "by means of careful interpretation of the existing norms, the institute is able to provide a coherent, workable system based on the existing regulations. The comments on contemporary Afghan law are explained in the wider context of international development in the field of judicial ethics." (27)

The Max Plank manual and seminars are dedicated to these points (28). The manual states that the "basic prerequisite for a fair trial is that proceedings are conducted by a competent, independent, and impartial tribunal." (29) But the manual specifies another important point: "the term law is to be understood in the strict sense of a parliamentary statute or an equivalent unwritten norm of common law." (30) This becomes an important specification in the context of Afghanistan, a country where the normative substratum is not only shaped by a state law system but by customary practices and values too.

From this brief overview of the Max Plank Institute we have seen how custom is not taken into consideration during the training of the judges. This does not mean, however, that the international organizations involved are not aware of the political and legal relevance of the customary assemblies or that they do not understand the diffusion and significance of socio-normative practices which have been consolidated over time. From one of USAID's earlier reports (31), for example, it is clear that they are aware of the relevance of customary systems used for resolving disputes, cases of reconciliation or compensation have. This exclusion of serious studies on the connection between custom and judicial practice is a reflection of the dichotomous opposition between



‘formal justice’ and ‘informal justice’ (32) that dominates the discourse of legal pluralism in Afghanistan. This contrasting vision is expressed on both a legal and political level, and is often represented by a rigid juxtaposition of central and local authorities.

As I have pointed out in my research, the judges continue to make recourse to certain customary practices when carrying out their duties. They continue to pay attention to ‘traditional’ authorities, and they consider family and interfamily conciliation a useful means of maintaining social equilibrium.

The USAID report does not contain hostile language in regard to customary institutions. As a matter of fact, one of the ‘recommendations’ regarding the implementation of future projects is to create dialogue between the ‘formal’ and the ‘informal’ (reinforcing this inappropriate terminology) system of justice:

Focus groups and interviews reveal an almost total lack of understanding on the part of judges of the primary court of the informal system and vice versa. (...) In order to establish an effective relationship and appropriate allocation of responsibilities between the two systems of justice in Afghanistan, actors within both systems ought to know the basic legal principles of both. (33)

One could easily object to these statements by pointing out that judges already reference certain customary practices used for dispute resolution. But more importantly we should note the contradiction in terms of rhetoric that emerges from a comparison between the report of MPIL, or from conversations with UN and IDLO workers who espoused a legal doctrine aimed at the internationalization of justice through the overcoming of customary practices which they considered to be disrespectful of human rights, and the ‘advice’ expressed in the more ‘dialogic’ report of USAID, that also should not be considered an organization close to the customary structures. Such contradictions between the entities that share control over the training process of the judges are not uncommon in a context of reconstruction like that of Afghanistan, where a plurality of political figures are involved - often without any real coordination between them - in the political, legal, economic, and social life of the country.

The influence of international organizations in Afghanistan goes beyond the realm of the Supreme Court, which is economically dependent on external aid. By creating a body of judges it can use as a vehicle for their own international standards, they are also exercising their influence on a more daily level in the justice system. The same ‘promotion’ of dialogue between legal systems (34) takes place on a political and dialectical level and is the result of an increasing awareness of the resistance of many Afghans in relation to an externally imposed justice system that they feel has little to do with their daily life. The judges, caught between the demands of a social structure which is coping badly with foreign interference and the controlling position of international institutions (to whom the government must answer), practice a sort of negotiated justice which does not fulfill the needs of the citizens.

The USAID report takes an analytical approach to the Afghan legal system in order to understand the uniqueness of its form of justice which is built on a multiplicity of sources all of which are interconnected. As I have already mentioned, such an approach, attentive to the customary substratum, might be the result of the increasing resistance



expressed by Afghan citizens with regard to the interference of interventionist political agendas and foreign models. Regardless, the ‘suggestions’ expressed in the USAID report have had little actual confirmation in the projects realized throughout the country. All this of course just repeats the typical gap between a rhetoric of cooperation and the actual political praxis of implementing projects. In my opinion it is also extremely important to note that when these reports mention customary practices it is exclusively in relation to actions of social institutions like the *Jirgas* or *Shuras* (35). In doing so they completely ignore the fact that most conflicts and problems are dealt within the family structure. Institutions like the *Jirgas* and *Shuras* are tied to the collective dynamics of the community. This means that their actions are related to an entire context of social ties, neighborhoods, authorities, and determined values (often even determined resources). In a city like Kabul, where the demographic boom, the mass influx of people, housing politics, and poverty have created a break in social ties, recourse to customary practices tends to be the preferred method for settling disputes within and amongst families. In many cases this is accompanied by recourse to judicial institutions as well. The failure of the community network provokes a detachment between the value system which individuals follow and the practices which are implemented in the name of those values. A possible consequence of this could be the tightening of certain customary practices, in response to an environment in which hierarchies and traditional values encounter other social phenomena like unemployment, scant housing, and poverty. In Kabul, everyday life shows all the complexity of a multifaceted normative system (based on custom, state law, and Islamic principles) under which ‘upholding justice’ cannot happen without a continuous process of negotiation that sees each individual case confronted from multiple contexts: family mediation, intervention on the part of international organizations, meetings with attorneys, court hearings, decisions of the *Jirgas*, etc.

There is, however, a notable difference between customary practices initiated by individuals and families and customary practices ‘judged’ by social institutions like the *Jirgas* and *Shuras*. In the case of a *Jirga*, for example, we are talking about a traditionally recognized social institution, whose political influence can be seen in the procedures of legitimation of political instances at national level (i.e. the *Loya Jirga*, the Grand Assembly of Leaders). Although the *Loya Jirga* (36) has little to do with the local *Jirgas*, its symbolic and historical value is deeply rooted in the customary substrate which the *Jirgas* embody. The customary assembly, then, is an influential political subject acting at a community level, being fully involved in the reconstruction process. For example, the so called *Provincial Shuras* represent a point of contact between Government, international agencies, and local communities, and have an important role in facing issues of public interest.

If recourse to the practice of *bad* (37) as the result of a family decision represents an injustice which can be faced on a legal level, when decided by a *Jirga* it produces an injustice whose effects are also political. In other words, where customary negotiations carried out on a family or interfamily level stress the socio-legal repercussions, on the level of the *Jirgas* and *Shuras* they stress the political implications. To reiterate, this distinction is subtle; in both cases, the normative and political implications are relevant and interconnected. What I would like to underline in making this subtle distinction, however, is that in the process of reconstruction, the subjective political forms which



the customary assemblies embody are defined by a type of political-legal negotiating which do not take into consideration those people who must take justice into their own hands because they are without access to judicial institutions or customary ones. In the end, then, that which is generally described as legal pluralism becomes an inaccessible normative pluralism in which both the rhetoric of the reconstruction and that in favor of reaffirming the customary institutions (*Jirga, Shura*) overshadow the daily praxis of a multitude of individuals who are excluded from the dominant antagonism that symbolically oppose the rule of law and the *Jirgas*.

Obviously legal and judicial reconstruction is complicated and cannot be explained through one perspective alone. In addition to the shadiness which hides itself behind the flag of the rule of law, we must also recognize the multitude of other ways in which the powers and interests that take advantage of Afghanistan in the name of justice and democracy carry out their actions, often giving rise to evident contradictions. Yet, despite the variety and the (at least presumed) lack of coherency of the rhetoric, the underlying logic behind the international organizations in Afghanistan remains the same. These organizations continue to be vehicles for a transnational order that is only marginally interested in rectifying the injustices suffered by people on a daily basis.

Afghanistan continues to be a terrain where battles are waged whose implications go far beyond the borders of the country. How do we discern between the work of USAID from the affairs of Enduring Freedom? How can we evaluate the work of the Italian Justice Project without considering the interests of the Italian government in the international alliances? How should we consider the various and intermingled aspects of warlordism (38), the drug trafficking network, and the policies of a pro-western government when analyzing the reconstruction process now underway? What complexity of relationships is behind the increased number of attacks in the capital, security policies, control over energy resources, and opportunities regarding neighboring countries (Iran, Pakistan...)?

Although these issues seem distant from the daily injustices suffered by individuals, they actually allow for their perpetration by fostering the continuation of mechanisms of violence and domination. Carolyn Nordstrom (39) uses the term 'global fault lines' to explain the connection between the events in an individual's life and phenomena of global proportions. In the story she tells of her encounter with a war orphan who sold cigarettes, Nordstrom considers the networks and profits tied to this illegal trade: half of the world's cigarettes are contraband; cigarettes are rarely moved alone, usually transported together with arms, drugs, human beings, pharmaceuticals, cars, software, etc. The money moved, which ends up in financial markets, currency exchanges, and bonds markets, is capable of causing a national currency to crash. For Nordstrom, the war orphan is a critical aspect within the sphere of global finances. The tragedy of the child represents a 'tremor'. In the context of war and institutionalized violence, the fault lines are determined by certain political, economic, and ethical relationships established according to the flow of goods, services, money, and people who create unstable inequalities, unequal access to power, and an inequality in the distribution of resources.

It is not difficult to imagine how international politics, private profit, and internal instability in Afghanistan have forced the post-2001 (40) reconstruction process to follow a logic which is poorly suited to fighting injustice.



During a meeting with some workers from the IJPO, I came across a brochure entitled 'No Progress Without Justice'. (41) Justice and the protection of human rights are presented by the Afghan government and the international organizations as the foundations for a 'better future' for the country. The standards of international law are certainly pronounced loudly in Kabul, not loudly enough however to drown out the many victims of violence and poverty.

To use another metaphor of Nordstrom, we can think of the Afghan justice system as a 'fracture zone,' a line of "instability that radiates out from specific and discernible crises." (42) These zones are fragile; they collapse under the slightest stress.

3. The Common Good

What reasons are used to legitimate interventions in the Afghan justice system? What ideological foundation supports this fragile 'fault line' that we call a justice system?

After sentencing a young boy named Ali, arrested with 6 kilos of heroin in a suitcase (43), to 6 years of imprisonment, judge Ajmal (44) of Kabul's Second District sat down to have a long conversation with me and my friend Basir (45). The judge spent a long time talking about the problem of drug trafficking in Afghanistan and the repercussions it has on the lives of Afghanistan's young people. He then went on to talk about the role of judges in Afghanistan today. For Ajmal (46), "the courts are a place where one can put the country in the right direction after many years of war and deprivation." With the expression 'in the right direction', the judge was referring to the "need to follow the road to justice." When I pushed Ajmal to clarify the significance of the word 'justice', he described two distinct qualities: the need for institutional reorganization, and the creation of a shared value system. Ajmal finished by expressing his idea of a nationally shared legal awareness: "We should all be able to give the same response to the question: which justice are we talking about?"

Judge Ajmal's incites us to consider how justice, even before referring to law, is tied to the concepts of 'right' and 'wrong', and how it presents itself as the oppressor of the latter in favor of the former. These are socially constructed categories that although apparently stable, are continuously subject to reformulations caused by contamination from the spheres of culture, religion, and law as well as by events and social transformations. The same opinions and convictions which cause an event (an action, punishment, or demand) to be considered right, also contribute to the identification of its opposite, to an event being considered wrong. Every individual has his or her own definition of what is right and what is wrong that he or she creates both rationally and unconsciously. Through this process of incorporation and re-elaboration, an individual learns to delineate the borders of 'right' and 'wrong' (what is 'good' and what is 'bad') on the basis of beliefs, social experience, and dynamics of power. The justice system should be then founded on a collectively elaborated concept of justice. In other words, the ideal should support the institutional sphere of justice, even if a certain distance between the two is inevitable.

In the last decade, there have been an increased number of debates regarding innovations to the justice systems of common law and civil law countries. These debates have emphasized the ideal dimension and have pointed out its distance from praxis. In these debates, restorative justice has received more and more attention and



has been proposed as a possible evolution of ‘making justice’ (47). Restorative justice may be defined in relation to three of its main elements: reparation, reconciliation, and community conflict management. Generally speaking, restorative justice seeks out resolutions - following an event in which established norms have been broken - with the aim of promoting reparation for injury, reconciliation between the parties involved, and the reinforcement of community/collective equilibrium and cohesion.

When these reformulations of judicial codes and the Western concept of law are resituated in a context like Afghanistan, they assume a different legal and historical perspective and move one to reflect on some aspects of particular interest from a comparative point of view (48), such as the use of mediation in courtrooms or mechanisms that legitimate authority in the name of maintaining a community equilibrium.

In reference to the *Pashtun* concept of justice, many scholars have noted (49) that the norms of the *Pashtunwali* (50) often refer to a restorative rather than a retributive model of justice. When a norm is violated, the offender is forced to ask forgiveness to the family of the victim and to pay ‘blood money’ instead of going to prison. The meaning of the concept of blood money varies, however. In some cases it means that the family of the perpetrator must give a daughter in marriage to the family of the victim. The need for reestablishing equilibrium after an illicit act is evident in this case (51).

Such a concept of justice understands a transgression of a consolidated norm as something which has repercussions beyond the single individual, something that affects the equilibrium of an entire community. In such a system, the repercussions for the victim and the community are just as important as those for the offender. In this sense, reconciliation and the preservation of a certain ‘order’ within the community may be considered structural conditions of the customary normative system.

The decisions made by customary institutions like the *Jirgas* seem to be tied in some ways to this ‘restorative spirit’ and the promotion of reconciliation. (In mediation, one of the principle goals is to limit the possible repercussions of a transgression, such as feuds or vendettas.) When the practice of *bad* is implemented by a *Jirga* (sometimes with the support of the *Mullah* and/or members of state or provincial institutions), it can be associated with this socio-normative idea of reconciliation. A report issued in 2003 by the Women and Children Legal Research Foundation speaks of the *bad* as a practice used for resolving disputes and problems, when in reality “through this practice women and children are used as slaves.” (52) However, an aprioristic affirmation of the sort (although one might share its aims) cannot be considered exhaustive. Such an affirmation tends to set up a rigid opposition between ‘tradition’ (identified with the customary system) and ‘modernity’ (recognized in state and international law), the same dichotomy at the base of international interventionism. There are many elements to take into consideration when one looks at the mechanisms of customary dispute resolution, such as transformations to the social body, the reformulation of family roles, resistance to externally imposed models of justice, and the tension present amongst various forms of authority. In this sense, the idea of the ‘common good’ (53) (the equilibrium of the community) behind certain practices and decisions should be considered in relation to the present conditions of the Afghan justice system which has often been the outlet for a reconstruction policy that does not look out for the interests of the population.



Therefore, that which might elsewhere be considered an ‘innovative’ model of justice when analyzed in the context of Afghanistan poses a series of questions in regard to its dedication to maintaining the equilibrium of the community and not just repressing criminals: What are the conditions and the limits of reconciliation? At what cost must the equilibrium of the community be persevered? Within a context of legal transplanting, according to which criteria is this equilibrium defined?

I include this brief digression on restorative justice and the formulation of the questions above to underline my criticism of the theoretical assumption that the forced implementation of a model of justice (the rule of law) is a viable way of protecting citizens and improving living conditions.

My position in regard to the expression common good, in the use to which I am referring here, is of course critical. If a certain understanding of the common good is associated with community life and may serve to legitimate certain forms of authority - and also of violence (like in the case of the *bad*) -, it can just as easily be used to support the establishment of a rule of law project in the form intended by the international community. This is a sort of degradation of the concept of the common good and the collective interest in favor of determined objectives. Within the customary sphere, community equilibrium is presented as a common good, a ‘good’ which involves the consolidation of social hierarchies and reestablishes a sort of economy of connections and reciprocal relationships. In the reconstruction process, the governmental and international rhetoric presents the rule of law as an essential element for the ‘development’ of the country, necessary for the ‘good of all’. The words of one USAID worker in regard are important: “Without the establishment of the rule of law it is impossible to build the foundations necessary for social justice and solid democracy in Afghanistan [...]. We have a fundamental role in seeing this process through.” (54) The comments of a researcher for IDLO were similar: “Reforming the justice system is a primary objective of the international community, for the good of Afghanistan and for all of us.” (55)

When certain positions in the name of the collective become absolute, they often result in the forced imposition of instruments, models, and ideas that are assumed to be indispensable in the pursuit of a common good for which certain people (or States) become the guarantors.

Todorov’s remark, “Whenever we see the dawn of an eternal good, the blood of old people and children is always shed,” (56) suggests that perhaps we should give up on the idea of a definitive and incontestable ‘good’. Counter to this idea, “the fight against evil should be conducted without falling into illusory dogmatisms, with awareness of the limits of our condition.” (57) In the current political-legal context of Afghanistan, instead of systematic examples of fighting injustice, of ‘righting wrongs’ (58), one finds ideological oppositions which tend toward dogmatisms. In brief, the international community’s contribution often becomes more of a forced interference accompanied by the promotion of models and principles that ignore the social context of Afghanistan, an interference which often hides various objectives and interests. On the other hand, certain political leaders, *mullah*, *ulama*, faction leaders, and government officials provoke a type of antagonism which, when imbued with political importance, escalates into violence and attempts to root itself in a ‘essentialized custom’ as a constructed



symbol of dissidence towards external interferences. As a result, it is difficult for Afghan citizens to access the various normative institutions. Certainly, the interconnections between different normative models (customary, human rights, Islamic law, state law), as well as the coexistence of customary assemblies and judiciary institutions, are already a part of the normative panorama in Afghanistan. Nevertheless, this coexistence is characterized by tension rather than collaboration. Thus, normative interconnections result from processes of negotiation (often initiated by judges) that have the aim of maintaining equilibrium amongst the various forms of power and mechanisms of social legitimization. With respect to this point, it is interesting to examine the action of mediation carried out by Kabul's judges in greater detail. This action of mediation should not be understood as a simple 'judicial tool'; it must be considered within a wider perspective.

4. Mediation within the courtrooms of Kabul

The mediation role which judges carry out in the courtrooms of Kabul can be seen in both civil and criminal cases, although in different ways. However, the cases I have seen have spurred me to question statements such as the following which attempt to explain what restorative justice is 'in practice':

In practice this means the affected parties are directly involved in the justice process, dealing with the injustice through interaction and mutual understanding. They are given voice to vent their feelings, present their side of the story, and ideally come to an agreement about the hurt the offense has caused, the offender's responsibility, and what can be done to restore a sense of justice. (59)

Though such an affirmation comes out of good intentions, it implies that mediation merely entails exercising one's judicial tasks and forgets the fact that the judges carry out their work in a much more articulated context. For this reason I feel that it is appropriate to speak of a sort of mediation at various levels that involves the mediating role of the judge in facing specific cases, but also negotiation between legal systems and different forms of authority (traditional, state, religious).

Subject to the pressures and circumstances of the present justice system, the judges of Kabul practice a form of mediation which does not simply conclude with an agreement or (presumed) reconciliation but reflects the drifts of a negotiated justice which most often favors the strongest party over the weakest.

When examined in practice, in concrete circumstances, the 'myth of mediation' upheld by supporters of restorative justice assumes a different value and can no longer be accepted as a technical juridical concept capable of resolving all problems. The myth surrounding mediation is fueled by abstractness and is often based on unrealistic notions of harmony and reconciliation. Indeed, "an uncritical celebration of harmony is at base acceptance of philosophies that have more to do with ideological belief than with social justice". (60) Moreover, this abstractness has the capacity to function dialectically as an implicit stamp of universality. (61)



4.1 Kidnapping and Mediation

I discussed the following case with judge Abdul (who presided it) of the Second District Court of Kabul. (62)

The story begins one afternoon when Homaira, an eighteen-year-old girl, was approached by a car as she was beginning to make her way home from the *bazaar* where she had done some shopping. The driver of the car, a twenty-year-old boy named Hossain, offered to give her a ride home. Since she knew the boy, who was from her own neighborhood, she accepted the ride and sat down in the back seat of the car. According to the girl, Hossain immediately became aggressive and threatened to kill her if she resisted him. After threatening her, Hossain drove out of town. Troubled by the fact that Homaira had not returned home, the father called the police, not to report that she was missing but that she had run away from home. As Homaira's mother explained (63), within the house her father was evidently worried about the girl but in public he had to appear angry with his daughter for the insult she was bringing upon their family (64). In the meantime, Hossain was taking Homaira toward the Pakistani border where he planned to sell her for profit. However, Hossain, not having any experience or the right contacts in Pakistan, almost immediately gave up on the criminal venture after some initial difficulties. Three days after her disappearance, Homaira returned home. She immediately recounted what had happened and gave Hossain's name. Despite this, a day later, she was put into jail and no measures were taken by the police against Hossain. The report of the prosecutor who sentenced the girl stated that she had run away from home with a man. While she was in detention, a meeting between her father, Hossain, his father, and other male members of the two families was organized. During the meeting Hossain was asked if he was willing to marry Homaira, to which he replied yes. Homaira was still in detention when they gave her this news, but she refused the compromise. After a few weeks, Hossain was also interrogated by the prosecutor, who did not charge him with kidnapping, but did obligate him to appear in court. During the first session, everyone involved was heard. Homaira remained in detention while Hossain returned home. In the second session, judge Abdul dropped the charged against Homaira after having read all the papers and testimonies regarding her case. However, no measures were taken by the judge against Hossain. The following is the judge's explanation for this decision:

Judge: Homaira was detained for many months. From the testimonies and the documents it seems that her version of the facts was what actually happened. This is also demonstrated by the fact that she refused the marriage proposal of the boy. For her father and for the community, it did not matter what happened afterwards. The girl was wrong in accepting a ride from the boy. She should not have gotten into the car of a boy who was not her husband or one of her brothers. For Homaira's father this was a disgrace. These stories can end up even worse.

Antonio: Why did Homaira remain in detention for so long?

Judge: This question has two answers: At the beginning the prosecutor thought there was a possibility she might run away again. In the first court session I did not order her release for her own protection. If she had returned home before everything had been cleared up she might have been beaten or threatened.



JURA GENTIUM



Antonio: Was it dangerous for her to decline the marriage proposal of the man who had kidnapped her.

Judge: Certainly. If she had accepted the proposal, the entire affair would have been resolved. Instead, her responsibility in the affair and that of the boy still had to be determined. Judging by the facts, it is improbable that the two ran away together. But in regard to the abduction, it is her word against his.

Antonio: After she was released and her testimony was deemed true, was it not implied that he had abducted her.

Judge: In certain cases the objective is not to condemn someone. The trial would have been long. Had Hossain been arrested problems would have surely arisen between his family and hers.

Antonio: The objective then was to avoid any further problems.

Judge: And also to protect her. But I don't think that all of Homaira's problems have been resolved. Her father will be stricter with her and most likely he will not allow her to leave the house for a long time. Or he will try to organize a marriage as soon as possible.

This brief exchange shows us how the mediation conducted by judges is inevitably conditioned by the context in which it takes place, by customs, and by preexisting social hierarchies. One might object that this is not the type of mediation that jurists have in mind. We should, however, observe how the judge here does not stress the sentence. On the contrary, his main aim is to make sure that the parties involved, as well as those connected or behind them are pleased by the settlement. In the end, this aim turns out to be an attempt at pacification, of assuring the problem does not escalate or have grave repercussions. Sure, this might not be an ideal example of mediation, but when is one ever ideal? Is there a real context in which legal models find their perfect correspondence? In the courtroom, mediation can lead to the reparation of a wrong, to reconciliation, but also to the violation of the victim's rights and the reification of determined forms of inequality. Homaira was forced to pay for an 'acceptable' settlement, which might have, as the judge believed, saved her life. The example of Homaira raises a few important questions: Who has the power to mediate? In which ways is this power conditioned? How are the weakest individuals protected through judicial mediation?

Within the judicial context of Kabul, mediation is the result of a legal praxis oriented at reparation and reconciliation, and is a response to the current circumstances of the judicial system which are difficult to work in and which often pushes judges to make compromises.

In March of 2008, thanks to my friend Shahim (65), I was able to participate in some classes held by the IDLO at the University of Kabul. During one of the last lessons, the teacher gave students documentation of some court cases and asked them to describe the procedure they would have used to resolve each one. Having been present at many actual court cases, I was struck by the gap between the judicial praxis which one witnesses in the courtrooms of Kabul, whose settlements are aimed at finding an accord between the parties involved in an effort to avoid disturbing preexisting social stability,



and the settlements laid out by the IDLO teacher, which were aimed at identifying legislative provisions that will support the judges unilateral decision. The gap between judicial praxis (influenced by custom and external pressures) and the abstraction common to the classes was reflected in the objectives of the class itself, one of which was to promote standard legal models, in line with Afghan law and respectful of international agreements.

As we have noted, those who work in the courtroom would be remiss in underestimating the social context behind the hearings, in ignoring its “specific social weight” (66).

It is almost impossible for the judges in Kabul not to ‘look around’. Judge Abdul stressed this exact point: “If I were to talk about a court settlement in a classroom, it would be different from the decisions I make every day. Sometimes, the point is to avoid the worst. This is what is difficult. Because it is not like everyone imagines, it is not enough to just apply the law.”

Judge Abdul’s statement raises fundamental questions: Should judges be responsible for the consequences which their judgments bring about? If the consequences are grave or dangerous for a person, should the judge go ahead with his application of the law’s provisions? In so-called ‘modern democracies’, the discretion of judges in this sense seems rather limited; the judges possess an undisputed power to judge that must always be symbolically founded on the law. Even if it exists, their discretion is concealed behind the ideology of legalism. On the other hand, the mediation model (which continues to have more and more supporters in the West) explicitly stresses not only the judgment but the social dynamics related to the case. This being said, as we have seen in the case of Homaira, this does not necessarily imply that all parties involved will obtain justice, or that the injustice suffered will be righted. This is the price which is paid in order to avoid the escalation of a conflict and its subsequent consequences.

Judicial mediation, then, rests on the fence between a professionalized system of justice (despite the numerous attacks on Kabul’s judges for their lack of professionalism) and notions of justice rooted in the customary substratum. (For example, the proposal of marriage to Homaira is a common conciliation practice.) In this way, the judges adopt a judicial praxis of contamination in response to the existence of multiple normative models, even if this praxis is over-determined by a policy in favor of centralizing justice. An implicit negotiation between ‘principles of justice’ is born, which in the present process of reconstruction assumes the semblance of a form of resistance towards the affirmation of the Western rule of law as the exclusive model of justice for resolving problems. A close look at judicial mediation understood in these terms should lead us to a reexamination of the present mechanisms behind the establishment of standard judicial models. These mechanisms take little account of the common space available for re-elaborating the tools and rethinking the institutions whose task it is to rectify the injustices suffered by citizens.

5. The Administration of court cases

The power and responsibility assigned to judges have traditionally been seen in relation to their symbolic, ritual, and moral characteristics to the point of considering the trial as the first moment in which law takes root in ordinary life (67). Following Simon



Roberts' reflections on the changing role of courts, we may more thoroughly examine some aspects of the role of judges and the power which they embody. According to Roberts:

The 'court' has already long provided symbolic cover for more than trial and judgment. With their officially sanctioned move to constitute primarily arenas for bilateral negotiation the dislocation between form and substance increases. The judges now appear increasingly as 'exemplary', ceremonial figures, presiding over, - or rather legitimating - other people's decision-making. Arguably, with this decline in the importance of command, the decay of an operational/practical role, the ceremonial, ritual dimension increases in importance. (68)

Although Robert's reflections regard a very different legal and social context from Kabul, namely that of the United Kingdom, it is possible to note how legal systems centered around mediation and the consequent redefining of the role of the court are a contemporary phenomenon of transnational interest, particularly in light of the present process of legal transplanting or, as some might prefer to call it, legal imperialism.

In the Court Houses of civil and common law countries, the 'ceremonial dimension' has always been connected to legal symbolism, under the logic of a judicial ritual which carries out its tasks according to its own rules. According to Garapon, then, the first gesture of justice is neither intellectual nor moral, but architectonic and symbolic (69). Certainly, Kabul's courts have little to do with the "gothic pomp of Victorian courtrooms" (70) or with the "judicial stage designs" (71) of the Parisian courtrooms. The crumbling and peeling walls of Kabul's courts make one think of wars, not the grandeur of judicial power, and the lack of iconography connected to justice there reaffirms the Islamic concept of the latter. Besides this (considering the influence exercised by foreign models of justice, in particular that of the United States), the ceremonial function that the judges of Kabul fulfill rests in the relation between the legal ideology which they embody and the attempt to nationalize justice. Indeed, the ideology of legalism is always concomitant to centralization (72). In this sense, the judges of Kabul come to embody the symbolism of a state power that is attempting to affirm itself by making use of the momentum of transnational forces which are moving forward in the name of the rule of law.

Claiming that the decline in the operative/practical role of the court is accompanied by an expansion of the ceremonial dimension of judges, Roberts stresses that courtrooms are increasingly becoming places in which requests, whose management is entrusted not only to judges, are legitimated. This phenomenon is observable in the courts of Kabul. It would be incorrect to talk about judicial pluralism within Afghanistan's justice system, at least not at this point. However, the dynamics in the courtroom invite one to question the exclusive and controversial task of 'judging' that in theory belongs to the judges alone. Their authority is continuously questioned by the interference of political factions and international actors. Moreover, judges have to face the discontent of those who turn to state justice and are left unsatisfied. In fact, for the majority of Afghan citizens, the state justice system is not seen as an indispensable normative reference system, or at least is not seen as the only one possible.



JURA GENTIUM



Judicial mechanisms and customary principles are often at work together in the settlements of judges, not as the implementation of a policy but as a ‘handhold’ for judges who seek to further legitimize their verdicts and to remain afloat in such an unstable environment. Mediation at various levels is a product of this instability, one that does not involve the protection of the weakest parties involved.

The judges seem to carry out their work according to ‘rules’ which do not correspond to the official rules of the Afghan government and the international organizations. This is because during the externally supported project of centralization the state justice system has tended to take on forms that try to keep distance from traditionally respected forms of authority and customary norms. In the end, contamination is absent in the dominant rhetoric on justice reconstruction but finds in the judicial and investigative practices (i.e. the work of the prosecutors) a badly managed possibility for re-elaboration.

If, on the other hand, international agencies and state institutions worked to promote a justice system that recognized the permeation of various normative reference systems and forms of authority, how would the role of judges change? This question calls for a more general discussion about the power to judge that judges embody.

By accepting the idea that the judicial ritual is a “necessary evil” (73), one implicitly recognizes the inviolability of the law, where the judge corresponds to the orchestrator of the ritual, who has the task of imposing “respect for the symbols of power” (74). Carrying out a ritual translates into doing something with one’s power (75), something that is in the hands of the judge but which tends to escape him or her. The trial represents a social event where the power of justice is ritualized and confined to the judicial praxis, which must continuously reinforce its exclusive right (power) to judge. For this reason, the trial may be understood as a domestication of violence by means of rite (76). Although Kabul courts lie in dramatic circumstances, it is possible to catch sight of a judicial mechanism that could potentially lead to a questioning of the acceptance of judging as a ‘necessary evil’. At present, Afghan judges do not have undisputed authority; they cannot exercise their power to judge without regard to various other social concerns. That judges must submit to ‘greater’ powers (commanders, religious figures, politicians, etc.) is not what interests me at present. Instead, I would like to underline the importance and influence of customary values and practices of conducting negotiations inside courtrooms, something of which judges are well aware. The picture is of course complex, and making a paradigm out of only a sample of the work of judges (those with whom I interacted) would be questionable. My aim instead is to reflect on certain observations, to see what these points of view may suggest. For example, in relation to my argument above, I will recall one episode from a case I witnessed. The judge, not having sufficient evidence to determine whether the three defendants were actually guilty of the charge of corruption against them, decided to call two old men, acquaintances of the defendants, to the stand. The two men had no direct involvement in the facts of the case but were deemed “respectful and honest” (77). As such, they were in a position to help the judge determine the trustworthiness of the defendants. The old men confirmed that they had known the defendants and their families for many years and assured the judge of their “good reputation” in the neighborhood.

According to Garapon,



in the act of judging, will and refusal, tension toward the outside, and mistrust of ourselves alternate. “Judging well” involves the temptation to act and to abstain. To judge means to separate from oneself, from the world, and from the impressions matured in the courtroom. Ritual becomes a necessary condition for this to happen; by placing limits, it thrashes the senses, conferring sense. To heighten the ability to judge, an auto-mutilation of the senses is necessary. The judge must hear everything, but nothing else other than what he has heard, see everything, but nothing else other than that which he has seen. It is as if the act of judging brings about the death of a certain part of one’s self and the world. Without this indispensable caesura justice could not exist (78).

Despite its subtlety, Garapon’s analysis tends to reinforce a dominant discourse that does not allow for alternatives in the face of a universalistic ideology of legalism which states attempt to instill in their judges. A symbolic affection, which when applied to the reconstruction in Afghanistan, fits well with the modality through which centralization of the judicial system becomes a form of standardization of justice, a standardization which unites with the language of modernization transmitted by the international community and ends up corresponding to an a priori established system of law (the rule of law).

In the present historical conjuncture in Afghanistan, justice continues to be a fertile ground for absolutism and conflict rather than an occasion for rethinking the pluralistic normative system now in place. It is in relation to this that judge Abdul’s approach of ‘avoiding the worst’ must be understood. From his perspective, the practice of judging becomes a practice of compromise:

Denouncing is not enough. It does not resolve the problem. Let’s not confuse the end with the means. The objective is to resolve the problem; the means might be denouncing and then a trial, or a meeting between families, or both (...) Certain problems could be resolved by applying the law, but the right conditions for doing so have to exist, otherwise you risk causing more harm than good. It’s necessary to individuate the best way of resolving the problem, even if this involves some sacrifices.

If the Afghan judicial system is too structurally weak to offer a foundation for finding a socially shared sense of justice, part of this is due to the reconstruction policies which we can justly say have continued on the road of injustice all the while wearing the guise of law.

Notes

1. Danilo Zolo, *Fondamentalismo umanitario*, in *Una Ragionevole apologia dei diritti umani* (Michael Ignatieff, 2003). Unless otherwise indicated, all translations to English are mine.
2. On the historical roots of this ‘dominant paradigm’ in Afghanistan, see James Caron, *Afghanistan Historiography and Pashtun Islam: Modernization Theory’s Afterimage*, *History Compass*, Vol. 5,2 (2007); Nick Cullather, *Damming Afghanistan: Modernization in a Buffer State*, *The Journal of American History*, Vol. 89, 2 (2002).



3. In the case of Afghanistan there is a clear tie between military intervention (e.g. Enduring Freedom) and the conspicuous outpouring of international agencies involved in the process of reconstruction and democratization.

4. For a comparative analysis on transnational processes of modernization/democratization, see John H. Hamer, *Money, Modernization and Ambivalence Among the Sidama of Northeastern Africa*, *History and Anthropology*, Vol. 22, 1 (2009); David Hunt, *Dirty Wars: Counterinsurgency in Vietnam and Today*, *Politics and Society*, Vol. 38, 1 (2010); Junan Lee, *Primary Causes of Asian Democratization*, *Asian Survey*, Vol. 42, 6 (2002); Edward D. Mansfield, Jack Snyder, *Democratization and War*, *Foreign Affairs*, Vol. 74, 3 (1995); Hans. P. Schmitz, *Domestic and Transnational Perspectives on Democratization*, *International Studies Review*, Vol. 6, 3 (2004); Ilana Shapiro, *Beyond Modernization: Conflict Resolution in Central and Eastern Europe*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol 552 (1997).

5. A tendency that is tied to aid policies and the myth of ‘development’ as well as a certain political-academic perspective that saw the establishment of western legal institutions in Afghanistan as a clear ‘sign of progress’. The perverse effect of these positions is that Afghanistan has been considered a country ‘eternally in need of help.’ They have also distorted history and obscured the roots (the responsibility of certain countries) of the internal instability, poverty, and conflicts in the country. The idea itself of ‘reconstruction’ has remained tied to these assumptions. Noncritical reflections, then, tend to bring about (directly or indirectly) the perpetuation of a discourse of political interventionism, based on a particular geopolitical structure in reference to Afghanistan and the rest of that part of Asia.

6. Sabino Cassese, *Oltre lo Stato* (2006): 4.

7. See the document *The Afghanistan Compact*, United Nations Assistance Mission in Afghanistan, unama.unmission.org (2006).

8. These took the form of both semi-structured interviews and informal conversations.

9. For a comparative analysis, see Mahmood Mamdani, *Beyond Settler and Native as Political Identities: Overcoming the Political Legacy of Colonialism*, *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 43, 4 (2001).

10. *Colonialism, Nationalism, and Colonized Women: The Contest in India*, *American Ethnologist*, Vol. 16, 4 (1989).

11. Rosa Ehrenreich Brooks, *The New Imperialism: Violence, Norms, and the “Rule of Law”*, *Michigan Law Review*, Vol. 101, 7 (2003): 2228.

12. Rosa Ehrenreich Brooks, *supra* note 11.

13. See e.g. Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (2004).

14. See Ugo Mattei, Laura Nader, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal* (2008).

15. See e.g. Orsetta Giolo, *Le concezioni della giustizia nell’islam contemporaneo. Le “retoriche” governative e le rivendicazioni delle società civili*, *Antropologia*, 11 (2008).



16. Livingstone Armytage, *Justice in Afghanistan. Rebuilding Judicial Competence After the Generation of War*, ZaöRV, 67 (2007): 189.

17. Armytage, *supra* note 16: 191.

18. In relation to the Law on Judicial Organization, the supreme court has the duty of selecting the judges, who are then nominated by the President. Among other things, the law establishes that judges must complete a degree in the departments of Law and Shari'a, or that they have to have graduated from a *madrassa*. A fourth of the judges currently practicing have not satisfied these requisites; see Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL), *Support to the Judicial Stage of the Supreme Court of the Islamic Republic of Afghanistan (2006-2008)* (2009).

19. MPIL, *supra* note 18.

20. MPIL, *supra* note 18: 5.

21. MPIL, *supra* note 18: 6.

22. MPIL, *supra* note 18: 7.

23. MPIL, *supra* note 18: 7.

24. MPIL, *supra* note 18: 10.

25. See Robert L. Canfield, Nazif M. Shahrani, eds, *Revolutions and Rebellions: Anthropological Perspectives*, (1984); Vartan Gragorian, *The Emergence of Modern Afghanistan: Politics of Reform and Modernization* (1969).

26. MPIL, *supra* note 18: 10.

27. MPIL, *supra* note 18: 10.

28. Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL), *Max Plank Manual on Fair Trial Standards* (2009).

29. MPIL, *supra* note 28: 56.

30. MPIL, *supra* note 28.

31. United States Agency for International Development, *Afghanistan Rule of Law Project. Field Study of Informal and Customary Justice in Afghanistan and Recommendations on Improving Access to Justice and Relations Between Formal Courts and Informal Bodies* (2005).

32. In regards to Afghanistan, the dichotomy between 'informal' and 'formal' (or 'unofficial' and 'official') does not seem appropriate. Although some governmental officials and some employees within the state justice system have been influenced by the categories of international political and legal protagonists, the majority of Afghans do not refer to costume and customary institutions in terms of 'informal justice'. It is misleading to refer to structures like the *Jirga* as 'informal'. Every system is characterized by a continuous tension between abstract ideals and its concrete application, which the dichotomy between 'formal' and 'informal' is unable to capture. The association of formality with governmental institutions and informality with customary organizations is poorly suited to the situation in Afghanistan. However, the majority of the reports, accounts, and articles dealing with the Afghan legal sphere use



these expressions, which in my opinion are not suitable for describing the various articulations and complexity of its legal network. Such expressions can be found in the contributions of scholars in the field as well as in the documents of various international organizations. See, Thomas Barfield, *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions*, The United States Institute of Peace (2003); Thomas Barfield, *Informal Dispute Resolution and the Formal Legal System in Contemporary Northern Afghanistan*, The Rule of Law Program (2006); Neamatollah Nojumi, Dyan Mazurana, Elizabeth Stites, *Afghanistan's System of Justice: Formal, Traditional, and Customary*, Feinstein International Center (2004); Norwegian Refugee Council, *An Assessment of the durability and Enforcement of Decisions in the Informal and the Formal Justice Systems in Kabul* (2007); USAID, *supra* note 28; Alexander Thier, *Reestablishing the Judicial System in Afghanistan*, Center on Democracy, Development, and the Rule of Law, Stanford Institute for International Studies (2004); Ali Wardak, *Building a Post-War Justice System in Afghanistan*, Crime, Law and Social Change, Vol. 41, 4 (2004).

33. USAID, *supra* note 31: 13.

34. Afghanistan's legislative provisions allow for the use of various legal models, although as part of a hierarchical legal system which is detached from the daily praxis. The civil code states that when there are provisions relating to the *qanoon* (state law) one should not turn to the system of justice provided by the *Shari'a* in order to resolve the case. If there are no articles relating to the *qanoon*, the court should apply *hanafi* law; while if *Shari'a* law is insufficient for resolving the case, the court can judge on the basis of custom, as long as it does not go against the *Shari'a* and the law.

35. Social institutions throughout the country, which are made up of important local figures. These assemblies are not permanent but are established when there are important community decisions to be made or conflicts to be resolved between families. In addition to the role which they carry out in resolving disputes, the assemblies also function as powerful communication networks for the Afghans. The assemblies have an important role in regard to public consensus as well, in times of peace and war. At a local level, the opinions of the *Jirga* and *Shura* members regarding the construction of community infrastructures are considered important. They are also often responsible for mobilizing protests or negotiating with international entities. There are various 'levels' and types of assemblies; see Akbars S. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society: Traditional Structure and Economic Development in a Tribal Society* (1980); Ibrahim M Atayee, *A Dictionary of the Terminology of the Pashtun Tribal Customary Law and Usages* (1979); Fredrik Barth, *Political Leadership Among Swat Pathans* (1959); Jamil M. Hanifi, *Jerga*, Encyclopedia Iranica (2009); Ali Wardak, *Structure of Authority and Local Dispute Settlement in Afghanistan*, in *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies* (Hans-Jorg Albrecht et. al. Eds. 2006).

36. On the loya jirga, see Jamil M. Hanifi, *Editing the Past: Colonial Production of Hegemony Through the "Loya Jerga" in Afghanistan*, Iranian Studies, Vol. 37, 2 (2004).

37. A practice which entails giving a woman (as a form of compensation) of the family of an individual who has wronged another family to the family who has undergone the injury.



38. See Rainer Glassner, Massod Karokhail, Conrad Schetter, *Beyond Warlordism. The Local Security Architecture in Afghanistan*, Internationale Politik Gesellschaft (2007).

39. *Interpretazioni in conflitto*, in *Pratiche e politiche dell'etnografia* (Antonio De Lauri et. al., eds., 2005).

40. On the problems associated with the reconstruction, see Sultan Barakat, *Setting the Scene for Afghanistan's Reconstruction: The Challenges and Critical Dilemmas*, Third World Quarterly, Vol. 23, 5 (2002); Jonathan Goodhand, *Aiding Violence or Building Peace? The Role of International Aid in Afghanistan*, Third World Quarterly, Vol. 23, 5 (2002); Kristian B. Harpviken, Arne Strand, Astri Suhrke, *After Bonn: Conflictual Peace Building*, Third World Quarterly, Vol. 23, 5 (2002); Christina Jones-Pauly, Neamatollah Nojumi, *Balancing Relations between Society and State: Legal Steps toward National Reconciliation and Reconstruction of Afghanistan*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 52, 4 (2004); Sven G. Simonsen, *Ethnicising Afghanistan? Inclusion and Exclusion in Post-Bonn Institution Building*, Third World Quarterly, Vol. 25, 4 (2004).

41. Printed by the Italian Justice Project Office (IJPO) and the International Development Law Organization (IDLO), Kabul (2006).

42. *Global Fractures*, Social Analysis, Vol. 52, 2 (2008): 72.

43. Ali had been arrested at the Kabul airport. His case was one of the rare cases in which I was able to see a defendant defended by a lawyer (in the majority of civil and criminal cases there is no defending attorney present). Ali stated that he was carrying the bag for a friend and didn't know its contents. During the trial, however, he refused to give the name of the people who had asked him to transport the bag and those who were suppose to receive it.

44. I was giving access to the courtrooms in Kabul after getting to know the judges. Only then was I allowed in, and only to the cases that these particular judges were presiding over. Even though almost all trials are public, it is difficult to find outsiders in the audience. My presence was not preceded by a formal authorization from the Supreme Court or a request by the Italian Embassy. (Such a permission would have rendered my purpose there ambiguous.) It was the fruit of contacts I developed over the course of months. For these reason I have decided to protect the identity of the judges by using invented names.

45. Basir received an education in law from the University of Kabul. His help has been crucial during my field work in Afghanistan.

46. Conversation of 3/11/08, Kabul.

47. See e.g. Gerry Johnston, *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates* (2002); Tyler G. Okimoto, Michael Wenzel, Norman T. Feather, *Beyond Retribution: Conceptualizing Restorative Justice and Exploring its Determinants*, Social Justice Research, 22 (2009); John Braithwaite, Heather Strang, *Restorative Justice: Philosophy to Practice* (2000).

48. This comparative view is predicated on the assumption that the politics of colonialism and imperialism had long lasting effects (and continue to) on the make-up



of national legal systems. As John R. Schmidhauser states: “Most modern commentators such as David and Brierly refer to the widespread utilization of the two major European families of law as part of a ‘received’ tradition—a designation which suggests willing acceptance of an external legal culture. The historic record of colonial expansion contradicts such benign explanations despite the tendency of most conventional law commentators to treat families of law such as the British common law or continental civil law as objective conflict resolution systems rather than manifestations of the cultural imperialism of powerful colonial nations.” *Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Post-Colonial Judicial Systems*, *International Political Science Review*, Vol. 13, 3 (1992): 321.

49. See e.g. Nadjima Yassari, *Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan*, in *The Shari’a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt. Implications For Private Law* (Nadjima Yassari, eds., 2005): 50.

50. The Pashtunwali is the behavioral/value code of the Pashtun. It is an oral code which covers various aspects of the social life within the Pashtun communities: honor, dispute resolution, hospitality. The Code has a conspicuous political-ideological character and can be understood as a collective identity mechanism. On Pashtunwali see Akbar S. Ahmed, *supra* note 35; Ibrahim M. Atayee, *supra* note 35; Fredrik Barth, *supra* note 35.

51. See also Pierre Centlivres, *Violence in the Afghan Conflict*, Summer School, Slovenija (1997/1998).

52. *Bad, Painful Sedative*, Research Report, Kabul.

53. Here the idea of the ‘common good’ refers to a conversation I had 10/3/06 with Daud Popal, a member of the Shura of Langhar (Kabul province). The ‘old mujaheddin’, as he referred to himself, claimed the Shura “is necessary for the good of the community,” adding that “if the village people have problems, they go to the Shura, not to the courts; they would not resolve the problem there because, in court, there is no honesty, no safety. The judges do not honor and respect the Quran in their work (...) the Shura keeps the village united.”

54. Conversation of 9/13/06, Kabul.

55. Conversation of 9/26/06, Kabul.

56. Cit. in Franco Crespi, *Il Male e La Ricerca Del Bene* (2006): 90. See also Tzvetan Todorov, *Right to Intervene or Duty to Assist?*, in *Human Rights, Human Wrongs* (Nicholas J. Owen, eds., 2002). Here Todorov notes that forcefully imposed ‘good’ is never an indisputable advantage. If it is necessary to conquer a country in order to put it on the right path, its inhabitants are not likely to be grateful.

57. Crespi, *supra* note 55: 91.

58. See Gayatri C. Spivak, *Righting Wrongs*, in Nicholas J. Owen, *supra* note 55.

59. Tyler G. Okimoto, Michael Wenzel, Norman T. Feather, *supra* note 47: 157.

60. Laura Nader, *The Words We Use: Justice, Human Rights, and the Sense of Injustice*, in *Mirrors of Justice* (Kamari M. Clarke, Mark Goodale, eds, 2010).

61. Mario Ricca, *Oltre Babele. Codici Per Una Democrazia Interculturale* (2008): 101.



62. My conversations with the judge took place between March and April of 2008.
63. Here I am referring to the documentation of the case and what the judge told me.
64. The expression ‘family’ refers here to the group of relatives that share the same habitation. In regard to the case at hand, the behavior of the father might be attributed to reverence for an honor code that requires the man to protect the honor of the entire family. Honor is often talked about as one of the most important things for Afghans. However, we cannot really quantify honor. It is a principle that is closely tied to the social dynamics between individuals and groups. One must know how to ‘play the honor game’; i.e. to know the implicit and explicit rules that govern the rhetoric and behavior tied honor. This is tied to public recognition since honor is felt in relation to others. It is part of one’s reputation, their public appearance. In a system in which honor is of great importance, the private/intimate sphere must be particularly protected. In this sense, the private sphere has a normative importance. Indeed, its normative importance extends along many social levels (family, relatives, community). The main objective is to protect the private sphere; internal conflicts, shortcomings and failures that should not be exhibited to outsiders. The head of the family is responsible for dealing with problems involving the honor of the family. But in doing so, he must maintain his image within the community. In the case of Homaira, the father had to demonstrate to his neighbor his indignation in regard to his daughter. In other words, he had to show the sense of shame which was ‘suggested’ to him from without. On honor, see Pierre Bourdieu, *Esquisse D’une Theorie de la Pratique* (2000); Unni Wikan, *in Honor of Fadime: Murder and Shame* (2008).
65. A senior student at the Faculty of Political Sciences (Kabul) at the time.
66. Antoine Garapon, *Del Giudicare. Saggio Sul Rituale Giudiziario* (2007): 260.
67. Antoine Garapon, *supra* note 66: 3.
68. Simon Roberts, *Un tribunale civile inglese secondo una prospettiva antropologica*, *Antropologia*, 11 (2008): 54. See also Marc Galanter, *The vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in the Federal and State Courts*, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, 3; Michael Palmer, Simon Roberts, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making* (2005).
69. Antoine Garapon, *supra* note 66: 3.
70. Simon Roberts, *supra* note 68: 53.
71. Antoine Garapon, *supra* note 66: 11.
72. Simon Roberts, *supra* note 68.
73. Daniela Bifulco, *Prefazione*, *in Del Giudicare*, *supra* note 66: XVI.
74. Daniela Bifulco, *supra* note 73: XXIII.
75. Antoine Garapon, *supra* note 66: 8.
76. Antoine Garapon, *supra* note 66: 230.
77. Second District Court of Kabul, hearing from 3/25/08.
78. Antoine Garapon, *supra* note 66: 272.

Hard Code Now?

Prospettive critiche di un codice civile europeo

Serena Manzoli

Si parla da anni, tra giuristi, del progetto di un Codice Civile Europeo: un Codice che, sostituendo quelli nazionali, unifichi d'un colpo solo tutto il diritto privato a livello comunitario (1). Non deve far sospettare disaccordi in seno alla comunità scientifica, il fatto che il discorso sul Codice si trascini da anni: che si debba averlo, un Codice, non sembra esserci dubbio: a dividere i giuristi sono, sia chiaro, solo le usuali disquisizioni sul *come*. Gli argomenti dei codificatori (2), con varie sfumature, si sintetizzano in due punti, mutuati dall'analisi economica del diritto: il Codice sarebbe l'unico strumento in grado di ridurre i costi di transazione e di eliminare quei particolari costi di transazione che si indicano con esternalità (3). Il costo di transazione è il costo connesso ad ogni contrattazione (4): è il tempo che le parti utilizzano per contrattare. È il costo in denaro che sostengono per l'assistenza legale, quello che debbono sopportare nel caso di mancato rispetto dell'accordo. Sono tutti quei costi che "precludono o riducono la possibilità di transazioni 'piane' [smooth market transactions]" (5): non pare enorme dire che, quando si può, si devono eliminare. Riproposto a livello europeo, poi, il problema suona così: costo di transazione è il costo sostenuto per informarsi sul sistema legale dal quale la transazione sarà regolata.

Un'azienda che voglia esportare o aprire una filiale in uno Stato membro dovrà informarsi sulle norme vigenti in quello Stato: a fornire le informazioni ci pensano gli uffici legali o le *law firms*; chiaramente però, dietro pagamento di un compenso che ammonta appunto a costo di transazione, insieme alla perdita di tempo che tutto ciò comporta. Ma è pure costo di transazione quello di un contraente, sempre la nostra azienda, che si trovi nella necessità di rinegoziare buona parte delle clausole contrattuali con un altro contraente, perché non è chiaro quale diritto statale si dovrà applicare.

Se il costo di transazione è alto, vi saranno soggetti che necessariamente verranno tagliati fuori dai commerci intercomunitari: l'abbassamento dei costi di transazione è quindi anche un modo per consentire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese. (6)

L'esternalità è a sua volta un costo: un costo però che dovrebbe essere sostenuto e non viene sostenuto da chi ne ha il dovere. Esemplicando, un'azienda che non garantisca le necessarie misure di sicurezza ai suoi dipendenti, evita di sostenere un costo che però graverà sui lavoratori; oppure, un contraente che sia economicamente forte può scegliere di negoziare clausole inique per l'altro contraente, facendo gravare i costi di tale sopportazione sulla parte debole.

In Europa, lo scenario che si delinea è quello di grandi multinazionali che prevaricano i piccoli fornitori o subfornitori imponendo clausole vessatorie e inique condizioni di contratto; o che sbaragliano la concorrenza di piccole e medie aziende che non possono permettersi di scaricare su altri le loro esternalità e devono quindi sobbarcarsi costi più alti.



Ma può davvero un Codice, oggi, costituire la risposta al problema dei costi di transazione e delle esternalità?

E' scopo di questo articolo dimostrare come l'impressione che il Codice possa costituire il mezzo adeguato per i problemi del mercato europeo sia un'illusione ottica, figlia dei fasti del positivismo giuridico; un'idea che ha il fascino del vintage. Noi però non viviamo nell'Europa di due secoli fa; e un Codice oggi non sarebbe in grado di fare i conti, per il modo in cui è strutturato, con la realtà giuridica attuale.

Difatti, con il Codice ci si propone unificare i tanti diritti statali in un solo diritto europeo - e si vuole farlo, come vedremo, riproponendo una forma che è quella - appunto - codicistica, e quindi peculiarmente *astratta*. Questo movimento verso l'unificazione è un movimento che, in parte, lo sappiamo, l'Unione Europea ha già posto in atto a suon di regolamenti e direttive. Ma esistono, è questa l'analisi dell'articolo, altri movimenti, opposti o solo parzialmente coincidenti con quello sopra descritto, che di fatto fiaccherebbero la *vis* unificatrice del Codice Europeo. Che movimenti? Intanto la globalizzazione del diritto privato, una globalizzazione che non avviene per via statale, o comunitaria, ma per mezzo delle *law firms*, attori cioè privati, ma pur di prim'ordine nel panorama giuridico odierno. Creando ed esportando le proprie soluzioni giuridiche, le *law firms* creano un diritto transnazionale, quindi globale, con peculiarità anglosassoni, lontano dalla mentalità che ha creato i Codici. Esiste poi un movimento esattamente opposto, stavolta statale, che va verso la frammentazione: le leggi che, a partire dalla seconda metà del '900, ciascun ordinamento europeo - il focus sarà solo su quello italiano - ha emanato in vari ambiti del diritto privato: diritto del consumatore, della proprietà, del lavoro. Una frammentazione, una specificazione, che poco ha a che vedere con i sogni di astrattezza e unità di un Codice Europeo.

E se ci sono quindi, nel diritto attuale, movimenti che spingono all'uniformazione - ma per mezzo di attori "privati" - ed altri che muovono verso la frammentazione, un Codice, in ogni caso, si rivela strumento inadeguato a fronteggiarne le questioni.

1. Astrattezza

Si potrebbe iniziare con la notazione tanto scontata quanto, però, trascurata, che il Codice è un corpo normativo dotato di una caratteristica particolare, l'astrattezza. Esso è composto di proposizioni brevi, con nessun riferimento a circostanze di fatto; è "formulat(o) in modo da prevedere in via ipotetica lo schema astratto di una situazione che può in concreto verificarsi in molteplici casi" (7).

Come è noto, qualora la norma sia troppo astratta, sta al giudice e alla dottrina adattarla al caso concreto e colmare l'astrattezza a mezzo di interpretazione.

Prendiamo l'art. 2043 del Codice Civile italiano, che definisce il fatto illecito come un "...fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto"; qui, si sa, per amor di astrattezza il legislatore ha omesso di dirci molte cose: che cosa sia un danno ingiusto; a che criteri parametrare il grado della colpa; secondo che criteri liquidare il danno. Non è nuovo come il 2043 sia tra i più discussi dalla nostra dottrina e giurisprudenza (8).

Dunque, più una legge è astratta, maggiore è il potere della giurisprudenza di adattarla, interpretarla, finendo per dare al legislatore solo un "contentino", come diceva



impietoso Bernard Rudden (9). Ora, pare ovvio dire che un solo Codice per tutto il sistema europeo attribuirebbe lo stesso potere in capo ai giudici statali: con la sola differenza che ogni sistema giuridico statale si sentirebbe legittimato, in virtù della sua cultura, ad interpretare la stessa norma in modo diverso, come è successo proprio riguardo il tema della responsabilità civile (10).

Consideriamo invece il concetto, altrettanto astratto, di buona fede: concetto largo, che si presta quindi ad un robusto lavoro di interpretazione e specificazione giurisprudenziale (11). Il comparatista Gunther Teubner lo ha analizzato prendendo in considerazione il legame tra di esso e la situazione economica del paese in cui le corti operano, notando come esista una stretta relazione tra il mondo economico e il modo in cui il concetto di buona fede viene implementato (12). Concentrandosi sul modello tedesco e anglosassone, Teubner nota come, nel primo, i rapporti tra i vari attori sociali - banche, industrie, sindacati - presuppongano relazioni di lunga durata: il concetto di buona fede viene prepotentemente in rilievo; le relazioni che si sviluppano, per durare nel tempo, presuppongono cioè un dovere reciproco di correttezza o buona fede, che le corti hanno imparato a tutelare (13). Un caso venuto all'attenzione della suprema corte tedesca illustra fino a che punto possa arrivare il concetto di buona fede in quell'ordinamento.

Il giocatore di una squadra di calcio (14) si fa corrompere per truccare il risultato di un match; viene ceduto in prestito ad un altro club; successivamente confessa il misfatto, vedendosi interdetta la pratica calcistica. La squadra acquirente, che si trova ad aver pagato un giocatore inutilizzabile, chiede dunque il risarcimento al club d'origine: richiesta che la Corte Suprema tedesca accoglie. Sorprendentemente, perché il club cedente alla data del trasferimento non era a conoscenza della corruzione del giocatore.

Riassumendo, la motivazione si snoda così: il rischio che un giocatore divenga inutilizzabile può gravare sull'acquirente o sull'alienante. Se il giocatore si infortuna dopo il trasferimento, è legittimo che sia l'acquirente a sopportarne il costo; viceversa se l'infortunio avviene prima. La situazione cambia nel caso di un atto infedele del giocatore. L'atto infedele avrebbe potuto compiersi anche dopo la cessione, e la squadra d'origine avrebbe dovuto ancora assumersi il rischio. Ecco la buona fede, nella tentacolare accezione tedesca: si deve garantire della correttezza - soggettiva - dei propri dipendenti per un dovere di correttezza generale. "E' fuori questione che, applicando il principio di buona fede, il rischio [che il giocatore si dimostri infedele] venga sopportato dall'alienante". Qui la "correttezza morale" assurge a "vizio" - anche se il paragone è fuorviante, perché qui il "vizio" dipende da un atto della volontà di un soggetto capace di agire. In altre parole, la *squadra d'origine era tenuta a garantire anche l'integrità morale del giocatore*.

Questa è una soluzione che lascia sicuramente confusi anche i *civil lawyers* (15): né in Francia, né in Italia il concetto di buona fede si spinge fino a questo estremo. Ad esempio, nel caso, solo parzialmente analogo, dell'art. 2049, il fatto illecito del dipendente fa sorgere responsabilità per il padrone o il committente: non però quando l'atto del dipendente non persegue "finalità coerenti con quelle in vista delle quali le mansioni gli furono affidate", cioè pone in essere "attività privata svolta nell'esercizio della [sua] personale autonomia" (16); come sicuramente accade nel caso del giocatore.



Gli esempi a questo punto potrebbero proseguire (17); ciò che dovrebbe esser chiaro è come un Codice, contenendo in gran parte clausole generali del tipo esaminato *supra*, si presti ad essere variamente interpretato a seconda del sistema giuridico in cui viene applicato. E se veramente il Codice dev'essere minimale (18), quindi astrattissimo, come può scaturirne un effetto uniformante (19)?

2. Mentalità da codice e mentalità da Case law

Esiste inoltre un sistema in cui il concetto stesso di astrattezza è molto meno di casa: il *common law*.

Nel *common law*, com'è risaputo, si dividono la scena due regole antitetiche: quella del *precedente vincolante*, e quella in base al quale il diritto è creato *ex novo* dal giudice, induttivamente, estrapolando la regola dal caso concreto.

Quindi il giudice inglese è sostanzialmente vincolato da quanto deciso dai giudici che l'hanno preceduto, tranne in una serie di casi, di cui ci interessa quello che va sotto il nome di *distinguishing*. (20) Col *distinguishing* il giudice dichiara di non voler applicare la *ratio* formulata in un precedente perché i presupposti di fatto sulla base della quale quella *ratio* è stata formulata non sussistono nel caso in questione; in altre parole, non si può applicare per analogia la norma formulata nella sentenza precedente.

Si può notare qui, senza pretese di completezza, come l'analogia possa esser definita come un metodo di ragionamento che procede dal particolare al particolare (21): mentre è proprio della deduzione procedere dal generale al particolare, e dell'induzione dal particolare al generale. Come insegna Aristotele (22), l'analogia ha sempre lavorato a livelli *più bassi* senza mai salire al *generale*.

Il ragionamento analogico inoltre “isola e compara elementi casuali, quali per esempio il colore o altre qualità strutturali che possono trovarsi in due (...) situazioni di fatto. (...) La sua essenza è perciò nella nozione di somiglianza e differenza” (23). Insomma, ragionare per analogia implica “passare dal particolare al particolare” (24) evidenziando le *somiglianze e le differenze*. Tipico dell'analogia è quindi muoversi in maniera *aderente ai fatti* e dipendere dai fatti stessi fino a non potersi più applicare ogni qual volta questi fatti varino anche di poco.

Tornando al discorso giuridico, è chiaro come, basandosi sul *distinguishing* e quindi sull'analogia, il giudice inglese sembri tendenzialmente più incline del *civil lawyer* a considerare i fatti, dettagli o circostanze concrete ai fini della decisione; essendo il livello di astrazione del *common lawyer* più basso, cioè come si è detto, più *aderente ai fatti*, sempre il caso concreto viene ad avere molta più rilevanza.

Esemplificando: nel famoso *Rylands v. Fletcher*, il proprietario di un fondo costruisce un serbatoio sul suo terreno. Per cause che non avrebbe potuto prevedere, l'acqua penetra nel sottosuolo e inonda una miniera vicina. In appello si stabilisce che la responsabilità sussiste pure in assenza di colpa perché “chi porta sul suo terreno, accumula e mantiene qualsiasi cosa che potrebbe recare danno se si disperde [escapes], deve mantenerlo entro i confini a suo rischio, e se non lo fa, è *prima facie* responsabile del danno che è naturale conseguenza della fuga” (25).

Ed è una mentalità esercitata a dare rilevanza agli elementi concreti, quella che spinge i commentatori anglosassoni ad avvertire, e ad elencare: la *regula iuris* di *Rylands* non



vale solo nel caso di fuga di acqua; vale anche per i danni dovuti a fughe di gas (26), elettricità, nonché da quelli derivanti da un'esplosione (27), o dall'immissione continuata di fumi venefici (28), come elencano quasi tutti i manuali di diritto. Ora, per un *civil lawyer*, tanta pedissequa precisione non avrebbe senso: perché sottolineare che una fuga d'acqua sia analoga a una di gas? Lavorando a livelli d'astrattezza più alti, questo non può essere che *ovvio*; per un continentale l'ambiente, i materiali, le circostanze concrete sono molto spesso dettagli superflui, mentre la sostanza sta lì, nelle categorie astratte del Codice che si sovrappongono alla realtà: attività rischiosa, danno, responsabilità oggettiva; per un avvocato italiano, il 2050 del Codice Civile.

Non così per il common lawyer; e infatti, ecco di nuovo il *distinguishing*: nella discussa *Read v. J. Lyons & Co.*, Ms. Read lavora in una fabbrica di munizioni (attività rischiosa); si verifica un'esplosione da cui rimane danneggiata (danno); e tuttavia i Lords rigettano la richiesta di risarcimento sulla base del fatto che il danno non risulta da nessuna *fuga* o immissione su terreni vicini, ma che l'esplosione ha avuto effetto solo nei confronti di chi si trovava *all'interno* della fabbrica: la regola di Ryland non si può applicare. A ribadire quanto detto sopra.

Per dirla con Samuel, nel diritto inglese:

“lo sviluppo legale non è un problema di indurre regole (...) da un numero di situazioni di fatto e applicare queste regole (...) a nuove situazioni di fatto. Piuttosto è un problema di muoversi *da e verso i fatti*. E' questione di spostarsi da una *res*, per esempio una autostrada pubblica, ad un'altra *res* come la proprietà privata” (29).

Ci si muove da un fatto a un altro fatto, solo se l'analogia si può cucire su misura (30) sul nuovo caso particolare, altrimenti no: altrimenti si induce. Nel *civil law*, al contrario, “lo scopo è quello di eliminare rapidamente ogni traccia delle circostanze e *stabilire un'idea o un concetto*. Così, i fatti sono immediatamente iscritti entro un ordine teoretico preesistente dove subito svaniscono” (31).

Posto dunque che non tanto la metodologia - induttiva piuttosto che deduttiva - o il sistema delle fonti, ma *il modo di guardare ai fatti*, la griglia epistemologica, del common lawyer è diversa da quello del civil lawyer: quale sarebbe l'impatto di un Codice sul sistema di *common law*? Un Codice è astratto, concepito da una mentalità astratta dei giuristi continentali: abbiamo appurato fino a che livello quella dei common lawyers non riesca ad esserlo. Come si comporterebbe un giudice inglese davanti al Codice? In che modo leggerebbe i casi alla luce di questa nuova griglia? Il Codice insomma, potrebbe sortire l'effetto uniformante che i codificatori aspettano? A queste domande vale, amplificata, la risposta data nel paragrafo precedente: uniformazione mai; avvicinamento forse, ma parziale, *piecemeal*, e a prezzo di grandi costi, di tempi lunghi, di tendenze eversive da parte del common law. Rischi, tanti (32).

3. Frammentazione della realtà

L'idea dei codificatori del secolo scorso era quella di rendere il Codice un repertorio se non totale, perlomeno esauriente “di figure e discipline tipiche” (33); di consegnare ai cittadini un'opera compiuta, circolare, e con l'ambizione - mai sopita - di “dare risposta a tutti i problemi della realtà” (34).



Tutto, insomma, avrebbe dovuto stare in un Codice. E se l'idea sembra durare almeno fino ai primi decenni del '900, periodo in cui le leggi speciali sono numericamente poche ed etichettate come "eccezionali", poi la storia ci mostra come l'unicità del Codice si sia trovata inesorabilmente a soccombere davanti al proliferare degli interventi normativi posteriori, a partire dalla seconda metà del 1900. Perché? A leggerlo in un'ottica politica, parrebbe che il Codice, esponente degli interessi della borghesia terriera e mercantile, si sia trovato a competere, da un certo punto in poi, con una molteplicità di interessi; non più generici mercanti o latifondisti, ma una congerie differenziata di commercianti grandi e piccoli, fornitori, grandi imprese, salariati. Non più la generica figura del cittadino o contraente, a cui bastava un solo Codice; ma gruppi di "lavoratori subordinati o affittuari di fondi rustici o locatari d'immobili urbani" (35), una molteplicità sociale che vuole tutta vedersi rappresentata, e che, a partire almeno dagli anni '60 - come già Irti notava - comincia ad esserlo, non all'interno del Codice, ma tramite quelle leggi che la dottrina considera integrative o complementari e che Irti invece chiamava "decodificanti". (36)

Prendiamo il nostro Codice Civile: pur rimanendo intatta la forma, la sua portata è stata indubbiamente ridimensionata da tutti gli interventi legislativi successivi. Un esempio. Il contratto di locazione *tout court* è una figura contrattuale astratta regolata dall'art. 1571 e seguenti, che stabilisce la falsariga delle obbligazioni reciproche di locatore e conduttore, qualsiasi sia l'oggetto del contratto. Il 1571 è formalmente ancora valido. Poi però, fuori e dentro il Codice, ci sono una serie di figure specifiche disciplinate da leggi che si stratificano temporalmente. La locazione di immobili urbani, è coperta dalla l. 392/78 e 431/98; l'affitto di cosa produttiva, che si trova nel Codice dall'art. 1615 al 1627, poi è integrato da discipline specifiche con legge ordinaria; sull'affitto di fondi rustici, si cumulano gli interventi delle leggi 567/67, 11/71, 203/82 e dei decreti legislativi 228/01 e 99/04, tutti rispettivamente additivi e/o parzialmente abrogativi della disciplina precedente; infine la locazione della nave ha la sua fonte nel Codice della navigazione.

Si potrebbe obiettare come, nel caso della locazione, gli interventi normativi successivi siano stati sostanzialmente *integrativi* del Codice: non lo abrogano, né esplicitamente lo snaturano. E' vero però che lo relegano a mero schema, di quasi nessun valore vincolante effettivo. In altre parole, gli articoli relativi alla locazione in generale che si trovano nel Codice finiscono per fornire semplicemente lo scheletro su cui i vari differenti tipi di locazione si vanno a innestare. La "locazione in generale" viene ad essere una figura che nella realtà non esiste: nella realtà esistono i vari tipi di locazione di immobili, d'azienda, di fondi, di nave, ciascuno regolato da una normativa *ad hoc*. In altre parole, dove c'è la legge integrativa, il Codice mantiene una parziale funzione di *default*: si applica se e dove la legge lo permette, e se le parti non hanno previsto altro.

Di più, vi sono leggi speciali che non si limitano a integrare, ma che derogano, modificano o abrogano apertamente il dettato codicistico. Parzialmente questo accade con la stessa locazione -per esempio la legge che stabilisce l'equo canone per gli immobili ad uso abitativo deroga alla generale libertà delle parti di stabilire il prezzo del contratto, che è un caposaldo dell'autonomia privata codicistica; ma investe aree sicuramente più vaste con lo Statuto dei Lavoratori, l.300/70, o con la legge sul divorzio, l.898.70, o con le leggi sui contratti agrari raccolte in testo unico nel 1982.



Queste sono vere e proprie “leggi decodificanti” nella terminologia dello stesso Irti: quello che dice il Codice non vale più se le parti si trovano in una situazione contemplata dalla legge speciale (37).

Un altro esempio, stavolta suggerito dallo stesso Ugo Mattei, uno dei più veementi - e chiari - *supporters* del Codice Europeo servirà a ricondurci più specificamente al discorso sul Codice Europeo. Un Codice come lo vuole Mattei, oltre ad essere *hard* cioè vincolante (38) e minimale, dovrebbe pure essere il medesimo per commercianti e consumatori; sulla falsariga insomma del nostro Codice del 1942, di quello svizzero e del recente *Burgerlijk Wetboek* olandese. Le ragioni: un doppio binario per consumatore e commerciante porterebbe a difficoltà applicative. Come stabilire con certezza chi è consumatore e chi non lo è? “Sistemi legali differenti hanno utilizzato criteri differenti per stabilire quando le transazioni possono considerarsi commerciali” (39) scrive Mattei.

La sua obiezione è sensata; è vero che non c'è un criterio distintivo - né ontologico, né economico - chiaro per distinguere tra commerciante e consumatore; che le direttive fissano di rado criteri interpretativi, e che soluzioni differenti si sono avute e con ogni probabilità si avranno. Ma è legittimo dedurre che la distinzione consumatore-non consumatore *non ci debba essere*? La soluzione di Mattei pare essere quella di eliminare il doppio binario, realizzando un diritto di compromesso per consumatori e commercianti. Scontentando tutti: i commercianti perché troppo vincolati; i consumatori perché poco tutelati. Abbiamo detto che Mattei cita l'esempio del nostro Codice Civile: di come questo, a differenza dello Zanardelli, accorpi il diritto dei commercianti col diritto dei non commercianti (40). Vero. Ma a testimoniare il fallimento di un simile compromesso non ci dice di come, dal 1942 in poi, il diritto privato italiano si sia mosso tutto verso la duplicazione, la frammentazione degli ordinamenti, come abbiamo visto poco sopra (41).

Allo stesso modo nell'area della protezione del consumatore, gli interventi normativi, innescati dal legislatore europeo, si sono succeduti a ritmo vertiginoso a partire circa dalla seconda metà degli anni ottanta (42). Interventi che non sono stati eccezionali, e che hanno tutelato una figura che nella realtà esisteva già, il consumatore, creandone la corrispondente figura giuridica:

“Il processo che si è avviato (...) è quello della creazione di regole distinte a seconda che una delle parti sia o non sia un consumatore. E' dunque la qualità del soggetto (o se si vuole il suo *status*) a determinare la norma applicabile ai rapporti negoziali” (43), notava Zencovich già nel '93, echeggiato dalla dottrina europea” (44).

La società è differenziata, il diritto va differenziato; da una cinquantina d'anni a questa parte, questo si è mosso tutto nella direzione della frammentazione, del riconoscimento di nuovi status. Si seguono dinamiche di specificazione, si eliminano le macrocategorie: già da molto tempo “cittadino” per il diritto privato non significa più nulla. Trent'anni fa, parlando dell'inarrestabile tendenza del Parlamento a emanare leggi speciali per integrare le scarse previsioni del Codice Civile, Irti notava:

“[il movimento delle norme speciali ha carattere] differenziato, perché la specialità significa emersione di note caratteristiche, abbandono della figura *astratta del cittadino* e rilevanza di posizioni nei gruppi e nelle categorie economiche. (...) *Il principio di eguaglianza sospinge non più verso l'uniformità ma verso la differenziazione*” (45).



Dal punto di vista della rappresentatività sociale, quindi, l'idea di Codice, volta ad astrarre, a ridurre, a uniformare, oggi non può che essere perdente.

4. Nuovi attori giuridici sulla scena

Infine, i sostenitori di un Codice Europeo sembrano non prendere in considerazione un altro elemento, su cui dobbiamo pure soffermarci. Sperare che un Codice, emanato dalle Istituzioni Comunitarie, abbia la facoltà di unificare l'intero diritto privato europeo significa ignorare che esistono altri centri di creazione di diritto, diversi da quelli istituzionali, che possono contrastare o impedirne un'applicazione uniforme. Introduciamo qui un altro attore: la *law firm*, ossia l'ufficio legale plasmato sul modello della multinazionale. Freshfields, Clifford Chance, Linklaters, Allen & Overy, per citare le maggiori, hanno sedi sparse per il mondo e raggiungono fatturati da milioni di Euro. (46)

La crescita esponenziale delle *law firms* è un fenomeno che non può più essere ignorato; con le *law firms* si afferma un diritto nuovo: un diritto non solo integrativo, ma anche alternativo a quello comunitario, statale, internazionale, con caratteristiche e contenuti suoi propri.

Cosa fanno le *law firms*?

In sostanza, forniscono assistenza legale al cliente stipulando contratti (47).

Il contratto è innanzitutto strumento naturale di specificazione del diritto codicistico o legislativo. Ma non è solo questo: il contratto non solo integra, ma modifica tutte quelle disposizioni di legge che non sono vincolanti, come lo stesso ordinamento ammette: il contratto è nullo solo se contrario a *norme imperative*; valido in tutti gli altri casi, che sono la maggioranza (48).

E' qui che l'attività delle *law firms* si è sbizzarrita, plasmando una sorta di moderna *lex mercatoria*: dando vita ad un fenomeno molto più rigoglioso di quanto la dottrina, concentrata sulle fonti "canoniche", si sia mai preoccupata di notare (49). Una *lex mercatoria* che, plasmata sulle esigenze di ciascun cliente, si dimostra flessibile, e risulta lo strumento fondamentale per supportare un' economia in rapidissima espansione che presenta caratteristiche diverse a seconda del prodotto, del servizio, del mercato.

Le modalità di redazione del contratto sono molteplici (50). Innanzitutto, si può fare riferimento alle soluzioni giuridiche offerte dagli stati: cioè si determina che il diritto applicabile sarà quello, ibrido, previsto da due o più ordinamenti statali. Per esempio, nella vendita di un ufficio londinese da parte di una *joint venture* giapponese ad una società australo-britannica con sede ai Caraibi, si è negoziato un contratto combinando previsioni di diritto inglese, australiano, del Jersey, delle isole Vergini britanniche e giapponese, come ci mostra John Flood (51). In altri casi, se la *law firm* è grande, se appartiene cioè al *magic circle* delle *law firms* multinazionali di stampo anglosassone, allora le soluzioni prescelte saranno quelle di *anglosaxon mind*: la *law firm* taglia corto al problema dei costi di transazione imponendo le proprie pratiche e figure giuridiche (52). Un esempio, solo il più macroscopico, è il proliferare di vere e proprie nuove figure contrattuali, come *franchising*, *leasing*, *factoring*, *performance bond* anche nell'ordinamento europeo.



E a ben vedere, forme ben delineate e affermate come questi contratti di *common law* ci conducono a parlare di altri due aspetti del lavoro della *law firm*.

Primo aspetto: si noti come le *law firms* finiscano per imporre con successo non solo le proprie soluzioni legali, ma pure delle soluzioni legali standard: delle “*typified solutions*” (53), veri e propri nuovi moduli; nel nostro esempio, figure contrattuali nuove. Lo fanno su scala mondiale: *leasing* e *factoring* sono, con lo stesso nome, i moduli usati dal giurista italiano come da quello americano o tedesco. La *law firm* crea un diritto universale nuovo, con regole generali e astratte: nemmeno un positivista della vecchia scuola, per cui norma è solo quella che sia generale e astratta, potrà più negare che il *leasing* è diritto appunto perché generale e astratto. Di più, se il diritto ha tra i suoi scopi quello di creare certezze, attraverso le *typified solutions* la *law firm* crea un diritto che è certo, perché universalmente riconosciuto, praticato, durevole. Alle *law firms*, dice Ferrarese,

“spetta mantenere le riserve di fiducia tradizionalmente detenute dal diritto (...). Si è già parlato della cosiddetta *lex mercatoria*. Qui basterà aggiungere che le *law firms* devono non solo crearla, ma altresì immetterla nel circuito giuridico facendola apparire il più possibile un prodotto non dissimile da un prodotto giuridico tradizionale, per assicurare un buon funzionamento del traffico economico, sotto le insegne protettive della legalità” (54).

Ora, la fiducia nelle *law firms* dipende da molti elementi : uno ne è l’innegabile potere, anche economico, che deriva dal potere economico dei clienti che servono; il secondo è la capacità di assicurare un’assistenza legale dettagliata, precisa, affidabile, data anche la disponibilità di uomini e mezzi; il terzo, è il fatto come abbiamo visto, che la *law firm* è in grado di sviluppare pratiche contrattuali comuni che sono sostenute non solo dal vincolo contrattuale in sé; ma pure dall’*opinio iuris seu necessitatis* che sostiene gli usi praticati a livello generale. Il che è come dire che il potere della *law firm* e la fiducia che esso genera, è un potere, alla Weber, sia razionale-legale, sia carismatico (55). La *law firm*, il suo brand che ispira fiducia, la sua diffusione nel mondo, somigliano molto al potere carismatico descritto da Weber: e le soluzioni giuridiche proposte dalla *law firm* si affermano anche per effetto di questo carisma. Ma non basta: col passare del tempo i contratti inventati dalla *law firm* divengono moduli, soluzioni standard, entità che la stessa giurisprudenza recepisce e tutela, come si vedrà tra poco. Si passa quindi ad una legittimità di tipo “legale” molto simile a quella weberiana. (56)

E che questo potere sia forte, si può notare da diversi indizi; nel caso ben noto del *lease-back* (57), per esempio la *law firm* non si è limitata a creare un nuovo tipo contrattuale, ma lo ha fatto in velato sprezzo delle norme statali. E’ noto come la nostra giurisprudenza abbia a lungo esitato prima di riconoscerlo come contratto valido: si diceva fosse nullo perché ricalcava lo schema del patto commissorio, tipico contratto in frode alla legge (58). Ora invece il *lease-back* è comunemente accettato dalle nostre corti. Tutto questo potrebbe significare, innanzitutto, che le corti statali abbiano legittimato il *lease-back* non perché convinte della sua validità, ma perché questo è un contratto praticato comunemente, anche fuori dall’ordinamento statale, e non riconoscerlo sarebbe stato pregiudizievole per l’economia nazionale. Come nel caso del *leasing*, che pure, come figura giuridica dava da discutere per essere una locazione *sui generis*, le corti potrebbero aver ceduto ad un argomento non puramente giuridico (59).



C'è però un'altra cosa che questo caso sicuramente ci insegna: che la pratica contrattuale "sospetta" del *lease-back* sia continuata nonostante le opinioni contrarie della giurisprudenza; e che le *law firms* l'abbiano praticato a dispetto di queste, massicciamente.

Si deve quindi notare come la *law firm* non solo crei quando lo Stato permette; ma pure si senta in grado di imporre allo Stato quello che esso ha negato, dove non lo imponga *tout court*. Essa è un soggetto giuridico autonomo: agisce e colma là dove lo Stato non ha la forza di arrivare; lo piega - o si sente in grado di farlo - là dove lo Stato non ha la forza di opporsi. Perché, è chiaro, opporsi alla *law firm* è opporsi al flusso del commercio, alla sua inarrestabile potenza: opporsi agli interessi degli imprenditori e di quella borghesia che, due secoli addietro, hanno decretato la fortuna dei Codici un po' in tutta Europa; e che ora, con la stessa lunatica determinazione, determinano la fortuna della nuova *lex mercatoria* (60).

Peraltro abbiamo un'ultima osservazione che conforta quanto detto: le *law firms* sono così potenti da servirsi a piacimento degli stessi strumenti che lo Stato prevede. Notazione disincantata quella di Flood, per cui le *law firms* di Bruxelles hanno scelto Bruxelles non solo perché da lì scaturisce il flusso imponente della legislazione europea: ma perché trovarsi *in loco*, a pochi passi dai centri del potere, politicamente inteso, è il modo migliore per influenzarlo, secondo ormai comuni pratiche di lobbying (61).

Se il cliente vuole una soluzione giuridica che necessita di norme dall'alto, il *lawyer* influente le negozia direttamente alla fonte. Come ci conferma il *senior partner* di uno studio di Bruxelles:

"Bisogna ottenere delle modifiche alle procedure, e così è più facile. Se si va davanti alla Corte, ci sono meno probabilità, costa di più e ci si impiega più tempo. Però bisogna conoscere la Commissione molto bene, sapere a che Commissario parlare, e poi portarlo a pranzo fuori, a bere qualcosa." (62).

Tutto questo ci può dire, è vero, che si ha ancora bisogno della Commissione o del Consiglio per ottenere la soluzione giuridica desiderata. Ma è pure vero, da un lato, che si tratta di norme *mandatory*, quelle che si vanno a negoziare: cioè di quelle norme che il nostro Codice chiama imperative, inderogabili perché dovrebbero assicurare che l'autonomia privata delle parti non vada a pregiudicare l'ordine pubblico del mercato. E queste norme, invece, vengono "negoziare" tra Commissione e *law firms* come due contraenti privati negozierebbero le loro clausole contrattuali. Il che fa riflettere: "[la] legge (...) ha forza di contratto tra le parti" (63) come notava Irti.

5. Conclusioni

Dobbiamo concluderne che il problema dei costi di transazione è un problema che un Codice non sarebbe in grado di risolvere. Astratto, finirebbe per subire difformità di interpretazione che ne limiterebbero la *vis* uniformante; per risultare poco rappresentativo degli interessi frammentati del corpo sociale; e per subire la forza di soggetti creatori di diritto come le *law firms*, ormai potenti attori nel panorama giuridico globale.



Il problema dei costi di transazione insomma rimane; ma non si vuole con questo dire che debba rimanere, come pare concluderne parte di quella dottrina che finisce per sostenere i masochistici argomenti della “differenza come ricchezza” (64). Necessitano però soluzioni giuridiche nuove, flessibili, al passo con i tempi. Necessitano nuovi centri di creazione del diritto. E’ in questa direzione, credo, che la ricerca debba muoversi, senza perdersi in rievocazioni dei tempi andati.

Note

1. Tutto comincia da due risoluzioni del Parlamento Europeo, la Resolution OJ 1989, C 158/400 e la Resolution OJ EC 1994, C 205/518, a cui è seguita una mole di pubblicazioni, tra cui si segnalano: Vogenauer -Weatherhill (eds.), *The Harmonization of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford-Portland, 2006; Hartkamp et al. (eds.) *Towards a European Civil Code*, Njimegen, 2004. Il network Study Group on a European Civil Code riunisce invece una serie di Università Europee che partecipano al progetto.

2. Tra le varie posizioni, più o meno sfumate, dei neo-codificatori, vedi anche, tra gli altri: G. Alpa, ‘European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’, in *ERPL*, 2 (2000), 1, p.3 21.; O. Lando, “Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium”, in *Scandinavian Studies in Law*, 40 (2000), 1, p. 343; G. Gandolfi, “Per la Redazione di un ‘Codice Europeo dei Contratti’”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 6 (1995), 1, p. 1073. Per una visione complessiva e riassuntiva di tutte le posizioni, S. Càmara Lapuente, “The Hypothetical ‘European Civil Code’: Why, How, When?”, in *Era Forum*, 2 (2002), 1, p.89.

3. Questa è in particolare la posizione di Ugo Mattei, “Hard Code Now!”, in *Global Jurist Frontiers*, 1 (2002), 2, p. 1.

4. L. Franzoni, *Introduzione all’ Economia del Diritto*, Bologna, 2003

5. U. Mattei, “A Transaction Costs Approach to the European Code”, in *ERPL*, 5 (1997), 1 p. 537.

6. In questo senso vedi Ole Lando: “Smes are afraid of trading, notably selling their goods and services abroad. The unknown laws of foreign EU countries are a trade barrier” in “The Future Development of European Contract Law”, in *Era Forum*, 2 (2002), 1, p. 99

7. G. De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, Bologna, 2001, p. 137.

8. Inizialmente la Corte di Cassazione aveva riconosciuto la risarcibilità per lesione dei soli diritti soggettivi assoluti, vale a dire diritti della personalità o diritti reali. Più avanti, con spartiacque la nota sentenza Meroni, “clamoroso *revirement*”, riconobbe la -qui solo astratta - risarcibilità anche dei diritti di credito. Infine dopo ulteriori aperture, la Cassazione è arrivata al riconoscimento della risarcibilità anche di situazioni diverse dal diritto, gli interessi legittimi, che hanno trovato tutela a partire dalla sentenza 500/99.

9. B. Rudden, “Courts and Codes in England, France and Soviet Russia”, in *Tul. L. Rev.*, 48 (1973-74), 1, p. 1027. (traduzione mia)

10. Si è citato l’art.2043, il fatto illecito: ora il fatto illecito, *delict* o *tort*, ha ricevuto la stessa attenzione in altri paesi europei, e forse anche di più; ma, per quanto ci interessa,



il risultato non è stato lo stesso in tutti gli ordinamenti. Le corti francesi, ad esempio, hanno seguito un iter sostanzialmente analogo a quello italiano, al termine del quale hanno riconosciuto la risarcibilità del danno nei confronti di una serie di soggetti: parenti, compagno di fatto, concubina, datore di lavoro. Il che è come dire che, per i francesi, fatto ingiusto è quello che lede sia il diritto al mantenimento - del coniuge superstite -, sia “una situazione di fatto meritevole di protezione” - come quella del convivente - ma anche diritti di credito - vedi il caso del datore che ha perduto il dipendente. Non sono però ancora arrivate a riconoscere la risarcibilità dell’interesse legittimo nei confronti dello Stato. Viceversa vi sono sistemi che negano a priori la risarcibilità di queste situazioni giuridiche, come quello tedesco, austriaco, greco: anche se qui è il Codice stesso a impedire l’attività integrativa della giurisprudenza. E però è sintomo di una mentalità giuridica che tende a negare la risarcibilità di tali situazioni.

11. Vedi F. Galgano, *Diritto civile e Commerciale*, vol. 2, tomo I, p. 631 e ss.

12. G. Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, in *Mod. L.R.*, 61 (1998), 1, p. 13.

13. G. Teubner, *ibid.* p. 27.

14. BGH, 13/11/75; NJW 1976.565.

15. Difatti, in un caso che può considerarsi simile, la Corte di Cassazione italiana finisce per far soccombere il dovere di buona fede davanti al principio di riservatezza. Un dirigente si fa assumere da una società presentando un curriculum in cui omette di indicare che il suo ultimo rapporto di lavoro si è concluso con un licenziamento, “motivato dalla infamante ragione che il dirigente si era fatto corrompere da un fornitore d’impresa ed era stato perciò denunciato all’autorità giudiziaria” come riassume Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. 2, tomo I, 2005, p. 400. In questo caso la Corte ritiene che non vi sia dolo omissivo; “la semplice reticenza può integrare il dolo incidente a meno che non si provi che la controparte avrebbe potuto conoscere la circostanza taciuta usando l’ordinaria diligenza”. Quindi il dovere di buona fede non si spinge fino al limite di indicare informazioni per sé pregiudizievoli, se l’altra parte può rilevarle da sola. Cass. 24 luglio 1976, n. 2961, in *Mass. Foro. It.*, 1976.

16. Cass, 11 febbraio 1969, n.471, in *Resp. Civ. Prev.*, 1970, p. 267, in relazione ad un custode di auto che, appropriandosi illecitamente del mezzo in custodia, aveva causato danni a terzi.

17. Sulla stessa linea si muovono le Corti tedesche quando considerano illegittima la pratica bancaria di sfruttare le relazioni affettive figli-genitori, inducendo i primi a stipulare, mossi da affetto filiale, fideiussioni a favore di questi ultimi, ma a condizioni più che onerose. Qui, è l’*ordre public* - inteso come ordine del mercato, del corretto svolgimento delle transazioni - che vieta questa “commercializzazione di amore e gratitudine” e muove le corti a sanzionare il comportamento scorretto delle banche. A ben vedere però, come ha ben rilevato Teubner, il concetto di ordine del mercato va a braccetto con quello di buona fede; questi contratti sono nulli non solo perché eccessivamente onerosi, ma anche perché moralmente riprovevoli. Nemmeno il nostro concetto di rescissione per lesione, che interviene nei casi di contratti iniqui negoziati in “stato di bisogno” coprirebbe l’estensione che ha assunto in questi casi il principio di



buona fede nell'ordinamento tedesco. Sotto questo profilo, non sembra essere un caso che la direttiva che stabilisce la nullità delle clausole vessatorie nei contratti col consumatore quando sono contrarie a buona fede, lo faccia indicando una serie di casi in cui la mala fede è presunta. Essa colma con l'elencazione di tali clausole quel *gap* che le corti potrebbero avere nell'interpretazione.

18. U. Mattei, "Hard Code Now!", in *Global Jurist Frontiers*, 1 (2002), 1, p. 1.
19. Arriva alle stesse conclusioni J. Smits, "A European Private Law as a Mixed Legal System", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 5 (1998), 1, p. 328.
20. Vedi F. Moretti, *Il Precedente Giuziario nel Sistema Inglese*, in F. Galgano et al. *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 2006; nonché G. Ajani, *Sistemi Giuridici Comparati*. Lezioni e Materiali, Torino, 2006.
21. R. Blanchè, *Le Raisonement*, p. 19-23, Paris, 1973.
22. R. Blanchè, *ibid.* p. 161.
23. G. Samuel, "Taking Methods Seriously", in *Journal of Comparative Law Part 1*, 2 (2007), 1, p. 1.
24. G. Samuel, *ibid.*
25. Fletcher v. Rylands (1866), LR 1 Ex.
26. Northwestern Utilities Ltd. v. London Guarantee and Accident Co., (1936), AC 108.
27. Rainham Chemical Works Ltd. v. Belvedere Fish Guano Co., (1921), 2 AC 465.
28. Halsey v. Esso Petroleum Co. Ltd., (1961), 2 All ER 145.
29. G. Samuel, *The Foundation of Legal Reasoning*, Maklu, 1995, p.195. (traduzione mia)
30. "Tailored to the facts", Lord Diplock in Roberts Petroleum Ltd. vs. Bernard Kenny Ltd.
31. P. Legrand, "European Legal Systems Are Not Converging", in *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 1, p. 52.
32. E' questa, in sintesi, la visione di Samuel e Legrand, i quali si soffermano rispettivamente sui concetti di framework e mentalità come distintivi del sistema di common law rispetto a quello di civil law. Vedi G. Samuel, "Comparative Law and Jurisprudence", in *International and Comparative Law Quarterly*, 47 (1998), 1, p.817; "Can the Common Law Be Mapped?", in *University of Toronto Law Journal* 55 (2005), 1, p. 271, e P. Legrand, "European Legal Systems Are Not Converging", cit; "Against a European Civil Code", in *Modern Law Review* 60 (1997), p. 44; "Are Civilians Educable?", in *Legal Studies* 18 (1998), 1, p. 216.
33. N. Irti, *L'Età della Decodificazione*, 4^a edizione, Milano, 1999, p. 25.
34. N. Irti, *ibid.* p. 25.
35. N. Irti, *ibid.* p. 40.
36. N. Irti, *ibid.*



37. Le leggi speciali, che siano decodificanti o meramente specificanti, sono entrambe testimoni di un'età di cambiamento inarrestabile: del “dramma storico [di un] Codice civile che, immobile nel tempo, (1942: quasi la metà di un secolo), tenta di ridurre il significato delle leggi speciali, e suscita nostalgie e ricordi ed emozioni; [e di] leggi speciali, che, agili e flessibili, si rannodano alla Costituzione, disciplinano istituti della società industriale, introducono ed applicano nuovi principi” N. Irti, *L'Età della Decodificazione*, cit. p.196.

38. Non meramente “opzionale” - ossia applicabile solo se le parti lo vogliono - come pure alcuni fautori della “soft” codification vorrebbero. Ugo Mattei, “Hard Code Now!”, cit.

39. U. Mattei, “Efficiency and Equal Protection in New European Contract Law”, in *Virg. Jour. Int. Law*, (1999), 1, p. 545.

40. U. Mattei, “Efficiency and Equal Protection in New European Contract Law” cit.

41. Come vedremo nei prossimi capitoli; di frammentazione ha parlato prima di tutto Irti, *L'Età della Decodificazione*, cit. ma ormai il termine è pressoché diffuso nel linguaggio giuridico.

42. Prima il d.p.r. 224/1988 che implementa la già citata direttiva 85/374 sulla responsabilità da prodotti difettosi; poi il D.Lgs. 50/92 che deriva dalla 85/577 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali; gli art. 18-24 della l. 142/92 sul credito al consumo; la l. 52/96 sulle clausole vessatorie, confluita negli artt. 1469 *bis-sexies*; i nuovi articoli 1519 *bis-novies* sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo; il D.Lgs. 185/99 sui contratti a distanza.

43. Z. Zencovich, “Il Diritto Europeo dei Contratti (verso la distinzione fra ‘contratti commerciali’ e ‘contratti dei consumatori’)”, *Giurisp. Ital.*, 145 (1993), 1, p. 57.

44. “Nel corso degli anni ‘80 e ‘90 in molti paesi europei il diritto del consumatore si è sviluppato in una branca importante del diritto (...) con un grande ambito di autonomia *vis-à-vis* col diritto privato generale M. Hesselink, *The Structure of New European Private Law*, in M. Hesselink et al. *The New European Private Law*, 2002.

45. N. Irti, *L'Età della Decodificazione*, cit. p. 95.

46. Secondo una statistica pubblicata sul settimanale britannico *The Lawyer*, 2010, relativa alle sole Law Firms britanniche.

47. Non solo: ma non ci occuperemo qui dell'attività arbitrale o di risoluzione delle controversie, nè della consulenza giuridica ulteriore a quella contrattuale che pure le law firms forniscono.

48. F. Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. 2, tomo 1, p. 347.

49. Con l'eccezione di alcuni, tra cui Flood, il cui lavoro si concentra quasi esclusivamente sull'attività delle law firms, e a cui faremo spesso riferimento.

50. “One can take three broad views on the transnational practice of business law: first, to export one's domestic law; second to adopt the local law of the jurisdiction one is in; and third, to create or to deploy norms not connected to any particular state” J. Flood, “Megalawyering in the Global Order: the Cultural, Social and Economic



Transformation of Global Legal Practice”, in *International Journal of the Legal Profession*, 3 (1996), 1-2, p. 176.

51. J. Flood-F. Sosa, “Lawyers, Law Firms and the Stabilization of International Business“, di prossima pubblicazione su *Northwestern Journal of International Law and Business*.

52. J. R. Faulconbridge et al. “Global Law Firms: Globalization and Organizational Spaces of Cross-Border Legal Work”, cit. p.6

53. J. Flood-F. Sosa, “Lawyers, Law Firms and the Stabilization of International Business”, cit. p.2

54. M. R. Ferrarese, *Le Istituzioni della Globalizzazione, Diritto e Diritti nella Società Transnazionale*, Bologna, 2000, p. 107.

55. M. Weber, *Economia e società*, Milano, 1961.

56. While most of the current literature still supports Max Weber’s thesis that the state legal system provides the central support structure in modern economies, the stabilization of behavioral expectations on the basis of general legal provisions (programs) is possible only if adequate legal structures exist, which is questionable in the international context. Consequently, the stabilization of normative expectations will be integrated at a lower level of abstraction; professional roles will have a particular significance, even when general programs seem to be at play. J. Flood-F. Sosa, “Lawyers, Law Firms and the Stabilization of International Business”, cit., p.3

57. Nella pratica tradizionale del *lease-back* un soggetto, in genere un imprenditore, vende un proprio bene all’impresa di *leasing*, per poi riottenerlo in *leasing* dalla stessa impresa.

58. Cfr. Trib.Milano, 19 giugno 1986, in Foro Pad., I, (1987), p. 408: “nel contratto di sale and lease back, la natura del contratto di leasing e la funzione oggettivamente di garanzia della vendita, sono indici insuperabili della frode alla legge che vieta il patto commissorio (...) Il sale and lease back configura un mezzo per eludere il patto commissorio ed è quindi nullo sia il contratto di vendita che il successivo e collegato contratto di locazione finanziaria”.

59. Il che non deve scandalizzare: vi sono corti tendenzialmente più aperte ad argomenti di questo tipo; quasi banale citare la Corte Europea di Giustizia o le corti di *common law*. Peraltro sul punto si può discutere: potendosi affermare come, a ben vedere, patto commissorio e *lease-back* siano figure funzionalmente differenti, e che la legittimità del secondo si ricavi comunque dal Codice, cioè quindi da ragioni squisitamente giuridiche. Pare essere l’opinione di Galgano in *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. 2, tomo 2.

60. Il che non è che ci faccia gioire, esattamente come non fa gioire Mattei. E’ però un elemento da prendere in considerazione.

61. “For some lawyers (...) an office in Brussels is merely a listening post to pick up information on draft directives; (...) others, believe ‘it is clear that the concept of the Brussels office acting just as a ‘listening post’ is outdated” in J. Flood, “Megalawyering in the Global Order: the Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice”, cit., p. 193.



62. J. Flood, *ibid.* p. 193, traduzione mia.

63. N. Irti, *L'Età della Decodificazione*, p. 37.

64. Tra questi vedi ad esempio P. Legrand, cit.

Bibliografia

Ajani G., *Sistemi Giuridici Comparati. Lezioni e Materiali*, Torino, Giappichelli, 2006

Alpa G., "European Community Resolutions and the Codification of 'Private Law'", *European Review of Private Law*, (2000) 2

Alter K., "Who Are the Masters of the Treaty? European Governments and the European Court of Justice", *International Organizations*, 52 (1998) 1

Arthurs H.W. & Kreklevich R., "Law, Legal Institutions and the Legal Profession in the New Economy", *Osgoode Law Journal*, 34 (1996) 1

Berger K. P., "The Principles of European Contract Law and the Concept of 'Creeping Codification of Law'", *European Review of Private Law*, (2001) 1

Biavati P., *Europa e Processo Civile. Metodi e Prospettive*, Torino, Giappichelli, 2004

Càmara Lapuente S., "The Hypothetical 'European Civil Code': Why, How, When?", *Era Forum*, (2002) 2

Castronovo C., "I Principi di Diritto Europeo dei Contratti e il Codice Civile Europeo", *Vita Notarile*, (2000) 1

Collins H., "Good Faith in European Contract Law", 14:2 *Oxford Journal of European Legal Studies*, (1994)

De Vergottini G., *Diritto Costituzionale*, Bologna, Cedam, 2000

Drobnig U., "Scope and General Rules of a European Civil Code", *European Review of Private Law*, (1997) 5

Faulconbridge J.R. et al., "Global Law Firms: Globalization and Organizational Spaces of Cross-Border Legal Work", *GaWC Research Bulletin* 256

Ferrarese M. R., *Le Istituzioni della Globalizzazione. Diritto e Diritti nella Società Transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000.

- *Il Diritto al Presente. Globalizzazione e Tempo delle Istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002

- *Diritto Sconfinato. Inventiva Giuridica e Spazi nel Mondo Globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006

Flood J., "Megalawying in the Global Order: the Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice", *International Journal of the Legal Profession*, 3(1996) 1/2

Flood J. & Sosa F. P., "Lawyers, Law Firms and the Stabilization of International Business", di prossima pubblicazione su *Northwestern Journal of International Law and Business*

Franzoni L.A., *Introduzione all'Economia del Diritto*, Bologna, il Mulino, 2003



Gandolfi G., “Per la Redazione di un ‘Codice Europeo dei Contratti’”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69 (1995) 1

Galgano F., “Le Fonti del Diritto nella Società Post Industriale”, *Sociologia del Diritto*, (1990) 1-2

- *Lex Mercatoria, Storia del Diritto Commerciale*, Bologna, il Mulino, 1993

- *Diritto Civile e Commerciale*, 3^a e 4^a edizione, Bologna, Cedam, 2003- 2005

Goode R., “Communication on European Contract Law”

Grundmann S., “The Structure of European Contract Law”, *European Review of Private Law* (2001) 4

Hartkamp A., “Principles of Contract Law”

- “Perspectives for the Development of a European civil law”, paper presentato alla Trento Conference del 15 Luglio 1999

Hartkamp A. et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Njimegen, 2004

Hesselink M. W., “The Structure of New European Private Law”, in Hesselink et al. *The New European Private Law*, NY-Le Hague-London, Kluwer Law International, 2002

Irti N., *L’Età della Decodificazione*, 4^a edizione, Milano, Giuffrè, 1999

Joerges C., “Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example”, *European Review of Private Law*, (2000) 1

Kahn Freund O., “On Uses and Misuses of Comparative Law”, *Modern Law Review*, (1974) 1

Kerameus K.D., “Problems of Drafting a European Civil Code”, *European Review of Private Law*, (1997) 5

Kerber W. & Grundmann S., “An Optional European Contract Law Code: Advantages and Disadvantages”, *European Journal of Law and Economy*, 21 (2006) 1

Lakatos I., *The Methodology of Scientific Research Programmes: Philosophical Papers*, Cambridge, CUP, 1978

Lando O., “Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium”, *Scandinavian Studies in Law*, 40 (2000) 1

- “The Future Development of European Contract Law”, *Era Forum*, (2002) 2

Lasser M.de S.-O.-l’E., “Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System”, *The Yale Law Journal*, (1995)

Legrand P., “European Legal Systems Are Not Converging”, *International and Comparative Law Quarterly*, 45 (1996) 1

- “Against a European Civil Code”, *Modern Law Review*, (1997)

44

- “Are Civilians Educable?”, *Legal Studies*, (1998)18



Leible S., “Response to the Communication of the Commission“

Lopez-Rodriguez A. M., “Towards a European Civil Code Without a Common European Legal Culture? The Link Between Law, Language and Culture”, *Brooklyn Journal of International Law*, 29 (2004) 3

Markesinis B., “Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity”, *European Review of Private Law*, (1997) 5

Mattei U., “A Transaction Costs Approach to the European Code”, *European Review of Private Law*, (1997) 5

- “Efficiency and Equal Protection in New European Contract Law”, *Virginia Journal of International Law*, (1999)

- “Hard Code Now!”, *Global Jurist Frontiers*, 2 (2002) 1

Mengoni L., “L’Europa dei Codici o un Codice per l’Europa?”, *Quaderni del Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero*, n. 7, Roma, (1993)

Moretti F., “Il Precedente Giuziaro nel Sistema Inglese”, in Galgano et al. *Atlante di Diritto Privato Comparato*, Bologna, Zanichelli, 2006

Niglia L., “The Non-Europeanisation of Private Law”, *European Review of Private Law*, (2001) 4

Osman F., *Vers un Code Européen de la Consommation*, Bruxelles, 1998

Roca Trias E., “The Process of Codifying the European Legal System”, *Global Jurist Advances*, 2 (2002) 2

Rudden B., “Courts and Codes in England, France and Soviet Russia”, *Tulane Law Review*, 48 (1973-74) 1

Sacco R., “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *The American Journal of Comparative Law*, (1991) 1

Samuel G., *The Foundation of Legal Reasoning*, Maklu, 1995

- “Comparative Law and Jurisprudence”, *International and Comparative Law Quarterly*, 47 (1998) 1

- “Can the Common Law Be Mapped?”, *University of Toronto Law Journal*, 55 (2005) 1

- “Taking Methods Seriously”, Part 1, *Journal of Comparative Law*, (2007) 2

Schmid C. U., “Legitimacy Conditions for a European Civil Code”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (2001) 8

Sherwin E., “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *University of Chicago Law Review*, 66 (1999) 1

Smits J., “A European Private Law as a Mixed Legal System”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (1998) 5

Teubner G., “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *Modern Law Review*, 61 (1998) 1



Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, UMR Régulation des Activités Economiques et Sociales, “Réponse à la Communication sur le Droit Européen des Contrats de la Commission Européenne”

Vogenauer & Weatherhill (eds.), *The Harmonization of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford-Portland, 2006

Zencovich Z., “Il Diritto Europeo dei Contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali e “contratti dei consumatori””, *Giurisprudenza Italiana*, 145 (1993) 1

Zweigert K. & Kötz H., *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition, Oxford, Clarendon Press, 1998

Casi citati

BGH, 13/11/75; NJW 1976.565

Cass. 11 febbraio 1969, n.471, in Resp. Civ. Prev., 1970, p. 267

Cass. 24 luglio 1976, n. 2961, in Mass. Foro. It., 1976.

Cass. 22 luglio 1999, n. 500

Gray v. Barr (1971, 2 Q.B. 554, C.A.)

Fletcher v. Rylands (1866) LR 1 Ex.

Halsey v. Esso Petroleum Co. Ltd., (1961) 2 All ER 145

Northwestern Utilities Ltd. v. London Guarantee and Accident Co., (1936) AC 108

Rainham Chemical Works Ltd. v. Belvedere Fish Guano Co., (1921) 2 AC 465

Trib.Milano, 19 giugno 1986, in Foro Pad., 1987, I, p. 408

Constitutional Pluralism and the Politics of the European Common Good

Marco Goldoni

1. Tracking European Common Goods

The common good has never been a popular concept in liberal thought (1). It has always conjured up images of despotism and heavy metaphysics assumptions. An endemic conflict between the politics of the common good and the politics of individual and group interests is always looming, once a discourse on the public good is introduced in the debate. This is one of the reasons why, in the liberal tradition, reflections on the common good are frequently replaced by arguments based on principles of justice. Rawls' distinction between the right and the good represents the most influential example of this strategy. In other versions, individual rights are often thought as a bulwark against the illegitimate and sometimes violent demands of the common good (2). If the common good is conceived in a communitarian fashion, then the rightholder is at risk of being ignored or sacrificed to the common good. In the framework of the national state, this conflict can take the form of the opposition between state (public) and individual interests where nationalism plays a negative role in shaping in an organic or unitary way the understanding of what one intends with the word common. Of course, if the common good is admitted as a legitimate concept, then it is portrayed as inherently free from conflict (3). If the object of the common good were essentially contested, so goes the argument, it would not be an authentic common good (4). In this version, the common good is usually understood as generality as distinguished from the will of all or the sum of individual interests.

Transposed to the level of the European Union, the idea of the common good, once linked to clearly defined political units such as the nation state, becomes inevitably more controversial. What is fundamentally different about the EU is that there are - at least - two levels of legitimate law-makers which have overlapping competences and sometimes conflicting policies and interests (5). Of course, the usual justification for European political decisions, being based on an output-oriented attitude (6), has always revolved around the idea that the European Union should basically guarantee to his citizens good and effective governance, which means that European citizens not only have the right to participate, but they also have a right to be properly governed. But this strategy still eludes the question of what is the European common good and how to track it, not to say that it does not clarify whether there are one or several (multilevel) common goods. Indeed, the main problem is that it is difficult to enucleate with any certainty to which political space the idea of common good should be referred to when we speak of Europe. In other words, given that the Gordian knot of the nature of the EU has not yet been cut, the meaning of the adjective European, when applied to the idea of the common good, remains largely unattainable and elusive.

From an intergovernmental perspective, the idea of the common good of a multilayered polity should be located in the aggregation of the interests of its single units. From a federalist perspective, a European common good should be established through the realisation of a perfect integration (7). However, as remarked by Jiri Priban,



the constitutional structure of the EU is determined by the “non-state” character of the Union, the absence of its sovereign legal authority, and the subsequent impossibility to clearly establish the normative supremacy and hierarchy of EU and national laws (8).

And this is why the idea of constitutional pluralism has attracted so much interest and has become one of the most challenging European constitutional narratives (9). Given the unresolved or unstable hierarchy between (at least certain) national constitutions and EU law, federalist or intergovernmentalist approaches to EU constitutionalism cannot claim to be exhaustive. Since each level is seen as sovereign in its own terms, a description of the overall state of affairs in terms of pluralism seems more appealing than one which concedes too much to the claims of one side or the other. In other words, constitutional pluralism is a theory that accounts for the fact that in Europe no single institution, national or supranational, can claim to have the ultimate authority. In a recent paper, Gareth Davies has starkly rejected constitutional pluralism by defining it as an “empty idea”, because “where there are multiple sources of apparently constitutional law one always takes precedence and the other is then no longer constitutional” (10). This reaction is based on a classic (and modern sovereignty-based) stance on constitutionalism as higher law, where the higher nature of the law implies a legal hierarchy. However, Davies also concedes that despite “the investment in constitutional pluralism by scholars has not brought satisfactory returns, yet pluralism is too attractive an idea to be abandoned in haste” (11).

In this paper, I intend to investigate and assess the theoretical resources offered by two versions of constitutional pluralism for the tracking of the European common good. This has to be done cautiously because it would be unfair to ask to a theory that has been put forward for other reasons to solve problems for which it was not conceived in the first place. However, after having enucleated the main tenets of constitutional pluralism, this paper intends to focus on some of the structural limits which make pluralism not always suitable as a theory for tracking the European common good. In particular, the focus on judicial dialogue and conflict, partly due to the contingent structure of the European constitution, i.e., the fact that one of the most relevant legal channels of communication between the European and the national levels is the preliminary reference (12), and the record of judicial relations since the time of the *Maastricht Urteil* impedes the formation of a larger view on the dynamic and formation of a (or many) European common good(s).

Constitutional pluralism remains a challenging theory because it invites us to maintain a sense of legal meaning despite the recognition that the usual standard of legal modern sovereignty does not apply anymore. However, this is not a radical pluralist theory for at least two reasons. It aims at rationalizing the *status quo* (*rectius*, to provide the most accurate framework for understanding legal reality), not at transforming it. Moreover, pluralism is portrayed as an instrumental value and not a normative one (13), which means that pluralism serves the aim of integration and not *vice versa*. But it should not pass unnoticed that it also purports to explain pluralism as the best institutional mechanism to protect fundamental rights. Given this scenario, this theory might be improved by adding other elements into the framework. On a descriptive level, it should



take into account actors other than courts. Otherwise, it would lose, at least partially, its explanatory force.

Also, while seemingly workable, it should, on a normative level, answer the question of whence its principles draw their legally binding force from. The pluralists view seems to take for granted that the principle of proportionality and an agreement on general principles are sufficient to ground the protection of fundamental rights. At this stage, one of the problems, as we shall see, lies in resorting to the idea of judicial dialogue as an alternative way of tracking the public interest. Furthermore, constitutionalism is grounded on the very idea of proportionality and balancing becomes the best solution to deal with conflict of rights. But if one admits, as the pluralists do, that the legal meanings in the European legal space cannot be always imposed *ex alto*, then it is also necessary to recognize that European law is shaped through multiple interactions of many and different institutions.

In order to show these weak spots of the pluralists' discourse, I will proceed as follows. In the second and third paragraphs, two of the most influential theories offered by constitutional pluralists (Mattias Kumm and Miguel Maduro) will be examined and evaluated against the background of a republican conception of the common good. The main difference between these two versions is to be found at the level of principles: both advocate the necessity of certain constitutional (meta)principles, but they do not share the same list of principles. In any case, this principled aspect seems to challenge the idea that pluralism, as some authors fear, won't cease "to pose demands on the world" (14), leaving the societal forces free to determine the outcome of any kind of institutional conflict. Among the things that are worth being outlined, an inquiry into these two proposals will show that, despite they claim to be pluralists, they are not ready to take into full account the consequences of epistemic pluralism. Indeed, in this shape, constitutional pluralism betrays a bias in favour of judicial power and the risk, always inherent to these kinds of theories, of favouring a strong centripetal drive. As already remarked, there are technical and practical reasons behind this idea: first, the formal channel of communication between the Luxembourg Court and the national States is constituted by the preliminary reference procedure; second, the historical role played by the European Court of Justice in the process of constitutionalizing the European polity (15). But this mono-institutional approach may prove to be in contradiction with the premises which constitute the pluralists' agenda. It strikes as contradictory to support epistemic pluralism and at the same times take for granted that constitutional courts have the monopoly of national constitutional meanings. Interestingly, once taken in a less judicial fashion, pluralism may provide some useful insights on how complex is the relationship between courts and political institutions in the European legal realm. At this level, the normative and the explanatory properties of constitutional pluralism may prove appropriate for understanding the implications of a wider and, indeed, more pluralistic perspective on the relation between national and supranational authorities. In the last paragraph, since the pluralists are still concerned mainly with the judicial process and they rely on an exclusively output-related approach to legitimacy, they are not able to put forward an autonomous and sufficient proposal for tracking and defining European common goods. In fact, they do not take into account the so-called circumstances of politics (16) and the relevance of input reasons in the tracking of common goods. Indeed, if this is the context in which pluralism has developed, then the



task for the European constitutional theorist consists in providing constitutional criteria and/or principles which may keep together, on the one hand, the idea of multiple sites of authority and, on the other hand, the meaningfulness of the constitutional discourse for the EU.

2. The Primacy of Proportionality: Mattias Kumm's Conflict Rules

Mattias Kumm is certainly one of the most sophisticated supporters of the idea of constitutional pluralism and, at the same time, a proponent of the legitimacy of strong judicial review. His reflection on the topic, as is true for other constitutional pluralists, has been triggered by the *Maastricht* judgment (17). The core of Kumm's pluralism can indeed be individuated in a jurisprudence of constitutional conflict which should contribute to the maintenance of coherence within the European legal order (18).

In a series of articles, Kumm has developed a theory for explaining and justifying the current state of affairs of the European Union, a state which may be described with a paraphrase of the words of *The Federalist*: neither federal nor national, but a composition of both (19). As already said, in such a context a collision between constitutional orders becomes a concrete and often not desirable possibility. And Kumm's pluralism intends to deal precisely with these exceptional circumstances. In his theory, pluralism is instrumental to the managing of constitutional conflicts.

Kumm identifies three tenets of modern constitutionalism which should orient the resolution of constitutional disputes. The first one is "*the idea of legality*" (20), that is the rule of law. National courts should start with the presumption that they have to enforce EU law, but this presumption "can be rebutted, however, if, and to the extent that, countervailing principles have greater weight" (21). To sum up, the respect of the European rule of law should be the rule, but exceptions are allowed. The second principle is jurisdictional, in the sense that it establishes boundaries for protecting national self-governments against illegitimate intrusions of the European Union. This principle has currently taken the form of subsidiarity. The third and last principle is democratic legitimacy. Kumm introduces this principle in light of the persistence of the democratic deficit at the European level: "national courts continue to have good reasons to set aside EU law when it violates clear and specific constitutional norms that reflect essential commitments of the national community" (22). On top of these three principles of constitutionalism lies an interpretive approach according to which

the task of national courts is to construct an adequate relationship between the national and the European legal order on the basis of the best interpretation of the principles underlying them both. The right conflict rule or set of conflict rules for a national judge to adopt is the one that is best calculated to produce the best solutions to realise the ideals underlying legal practice in the European Union and its Member States (23).

This is the Dworkinian principle of "best fit" (24) and it assumes that both national and European constitutional orders are built on the same normative ideals, that is, the three principles previously enucleated. It also presupposes the ability of a national court to disregard EU Law when its provisions find no reflection in national constitutional norms and, in case of explicit contrast, no interpretive effort can possibly save the



conflict. This is an interpretive device that allows the developing of a coherent European Legal order as long as inviolable national constitutional principles are in danger or violated. The role of pluralism becomes apparent: it helps EU constitutional law to flourish by posing some constraints. It also capitalizes on a practice of some constitutional courts to remain loyal to the founding principles of their own national constitution.

Some questions might be posed at this stage. Where these constitutional principles come from? And what makes them legitimate? The answer may be found, according to Kumm, in history and in human rationality. The first prong of this answer recalls the historical events that have lead European nations to adopt national constitutions in several waves (first, Italy and Germany after the end of the World, then Spain and Portugal after the end of the dictatorships, and the embracing of liberal constitutionalism by the States of the former Soviet-block). A core of liberal principles can be detected in these documents and in the constitutional tradition of each country. Part of the force of the principles evoked by Kumm lies, therefore, in the legal and political practices which take inspiration from them.

The second prong that supports this two-tier approach to legitimacy of these principles is represented by the rational nature of these same principles. First of all, principles are not rules (at least, according to Kumm, who follows Alexy) and they are not subject to the same pedigree requirements (25). They do not need to be enacted in order to be valid. In a classic liberal fashion, reason is supposed to justify the adoption and implementation of certain constitutional principles (26). The recognition of this feature of constitutional principles, typical of a certain rights-based constitutionalism (27), seems to accept the idea that the validity of the same principles is somehow pre-political. This approach has certainly an impact on the reasoning of the courts and fosters a discursive relation between them. In this respect, as Kumm puts it, courts engaged in principled reasoning may have a positive spill-over effect. Judicial opinions using principled analysis are absorbed by the media and permeate the public debate, thereby encouraging meaningful public deliberation (28).

Taken together, the historical and rational prongs form the basis of Kumm's constitutional perspective, from which conflicts should be assessed and managed. It is a unitary and universal perspective because it takes into account all the layers involved in the integration process and treats them as a common whole. From this point of view, a European legal practice is envisaged and imbued with substantial and homogenous values coming from a specific conception of constitutional rationality.

From these assumptions follows that, if correctly interpreted, constitutional rationality should underline the central role of proportionality analysis. The idea of proportionality deserves to be dissected because it represents, according to Kumm, what is peculiar of the European legal order and what makes it, at least partially, legitimate. Proportionality analysis ensures that the laws of a polity can be justified in terms of reasonableness. *Lato sensu*, proportionality review is comprised of four steps (29). The first one should discern whether the law has a legitimate aim. If the law's aim were simply to discriminate against a politically or socially disfavoured group of people, then the law would fail this test and should be struck down. The second step concerns the suitability of the means envisaged by the law in order to achieve its aim. If the means are clearly



unrelated to the aim, then again, the law cannot pass the test. The third step implies an inquiry into possible alternative ways for achieving the same end that are less restrictive of the rights of those negatively affected by the law and that is, at the same time, equally effective and equally cost-effective for the State. Finally, step four is to be considered as proportionality *stricto sensu*. This step is indeed the so-called “balancing test”, which reads: “the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other” (30). In other words, the restrictions on the rights of those who are negatively affected must not be disproportionate with respect to the value of the legitimate aim that would justify the law. Going further, this balancing should be performed in three phases: first, establishing the degree of non-satisfaction, or of detriment to a first principle (intensity of the infringement); second, establishing the importance of satisfying the competing principle; third, establishing whether the importance of satisfying the latter principle justifies the detriment to or non-satisfaction of the former (evaluation) (31).

According to Kumm, if properly understood, balancing is performed paying great attention to the judgments of the legislature whose law is under examination (32). A law will be found unconstitutional only if the best attempt to provide a legitimate aim for the law yields the aim no reasonable person would think sufficient to justify the negative costs involved (33). To wrap up these insights into a political-philosophy jargon, judicial review, thought in this way, that is, as a site of proportionality analysis, comes to be equated to public reason, or as famously argued by Rawls, constitutional courts are intended as the institutional embodiment of the idea of public reason (34). They are the seats where the principles of liberal constitutionalism can be publicly articulated in a universalistic (that is, acceptable to all the people involved in the discussion) manner. Courts are the most appropriate institution for performing this task. They are not constrained by elections and they are not representative of the interests of the electorate. This distance from citizens’ interests and desires bestow on them the possibility of becoming the seat of reflexivity (35). The privileged status of courts is deemed to be valid both for national and European courts.

Proportionality analysis offers the most rational way to solve constitutional conflicts in Europe. It requires, according to Kumm, both national and European courts to engage in balancing in order to find the solution that fits best all things considered within the overall practice of European law. Of course, this activity is guided mainly by one value, i.e. integration, and this fact gives on the balance a major weight to EU law against national claims. This means, in other words, that there is a structural bias toward European relative supremacy over national interests, with the exception of those constitutional principles which cannot be overcome (36).

In theory, this relative supremacy works as a form of protection of the fundamental rights of European citizens. Indeed, it should work only as far as it does not violate some constitutional principles of Member States. But this primacy and its potentially distorting effects on proportionality analysis become evident when one considers, among other examples, the much debated *Laval* and *Viking* cases (37), where some of the four freedoms were to be balanced against certain social rights linked to national labour law. In the latter case, the ECJ held that corporations could rely on their free movement rights against trade unions when industrial action threatened employers’



exercise of those rights. In *Laval*, the ECJ, interpreting Article 56 TFEU (previously Article 49 EC) on freedom of providing services held that free movement rights precluded a trade union from using a blockade of sites to force an employer from another Member State to sign a collective agreement containing terms that were more favourable than those laid down in the relevant legislation. In these cases the starting point of the Court's argument has been that the right to strike is conditional on the satisfaction of the proportionality test. This directs courts to consider whether there was any other form of action open to the unions which would have been less restrictive of the employer's free movement rights. But the point of the practice of industrial action is to cause harm to the employer because otherwise it won't be really effective in persuading it to make concessions (38). For this reason, it does not look promising to assess the right to strike with the tools of proportionality analysis. As it has been noted, usually

the proportionality test is commonly used as a way of assessing the state's limitations on the right to strike [...] However, in *Viking* and *Laval*, the right to strike is not the starting point for the analysis. Instead, the ECJ's reasoning begins with the employer's assertion of its free movement rights [...] Thus, it is the union's industrial action which must pursue a legitimate aim and which must not go beyond what is necessary to achieve that aim (39).

Therefore, in *Laval* the Court considered that industrial action as blockading of sites constitutes a restriction on the freedom to provide services which is disproportionate with regard to the *public interest*. The suspicion is that we are not witnessing an ordinary balancing but rather a structural imbalance (40), other than a re-interpretation of Treaty provisions that is "marking a substantial hierarchy between economic and social rights" (41).

It is clear that the preponderant focus on the work of courts cannot put into question some of the unchallenged assumptions on which is based a case like *Laval* (42). The principle of proportionality very much assumes that the boundary of rights have been established before any political process, so that it is possible to think that a statute or a collective action should infringe a right as little as reasonably possible. But if one considers the idea of common good as something whose content has not been settled once and for all because of an agreement on certain outputs between the relevant actors (43), then one is left wondering what is the common measure or yardstick against which evaluating the weight of the interests involved (44). Things become even more complicated when proportionality analysis is performed outside the framework of the constitutional State. In the latter case, to the question on the standard according to which one is supposed to measure the optimization of rights or principles, one may respond, as Alexy puts it, somehow elusively, "the constitutional point of view" (45). The point is that the meaning of this constitutional point of view, at least in Europe, is far from being clear.

Another controversial aspect of the proportionality analysis should be mentioned. In the case of *Laval*, the ECJ did not take properly into account the peculiar structure of the Scandinavian social model and therefore questioned the state's failure to regulate the collective bargaining process on which it was relying for full implementation of the



Posted Workers Directive (46). Clearly, it would have been unrealistic to ask to the Court to ponderate and take into consideration all the aspects linked to the peculiar Scandinavian social model involved in the litigation. And this is due to the fact that, the principle of proportionality, as it stands today, does not give a voice to all the parties involved (47). To put it more accurately, proportionality and the law of balancing appear to be conceived within a pre-constituted framework which sets the content of fundamental rights without taking into account the disagreement on the same rights. For this reason, once left to the jurisdiction of courts, rights are claimed by the applicant and that state of affairs may create a presumption of priority (48). Despite what might appear as obvious, the European contextual root of Kumm's proposal is hardly the only reason that can explain his "single institutional" approach. Indeed, when he has to evaluate judicial review, Kumm clearly sides with what has been defined as legal constitutionalism (49). Recently, he has clarified his position on this issue, qualifying it as part and parcel of a rationalist paradigm (50). The point of judicial review is to allow what he defines as "Socratic contestation" for those excluded by the political process. Kumm is right when he affirms that

it is utterly implausible to claim that through ordinary legislative procedures 'the people themselves' decide political questions, whereas decisions of duly appointed judges are cast as platonic guardians imposing their will on the people (51).

It is possible to think of multiple sites where to articulate the will of the people and this is usually the task of the principles of representation and separation of powers. However, in this passage one can detect also a serious misunderstanding of modern democratic politics. Kumm is reacting against political constitutionalists of the British and American kind (52), and in particular he wants to undermine their institutional preference for the role of parliaments. He believes that by weakening the link between the people and parliament he can reject political constitutionalism. If one admits that representative democracy is a second best solution because it precludes the people from directly deciding, so goes the argument, then it becomes also legitimate the role of an institution like a constitutional court which is equally distant from the people. But this move proves to be too quick. In fact, there is no strict connection between the claim that the people cannot be properly represented by any single institution and the claim that what is normatively relevant for contemporary constitutionalism should not be determined by the will of the people. Kumm thinks that "the rhetoric of 'the people themselves' sabotages clear thinking" (53), but if one concedes that representative democracy is the best version of democratic legitimacy (54), then this argument loses much of its theoretical grip. Here lies the *ratio* of pluralism in Kumm's interpretation:

on the conceptual level, constitutional pluralism allows basic commitments of liberal democracy to be articulated in a way that divorces them from the Hobbesian statist conceptual framework in which they originally had to fit. It allows us to reconceive legitimate authority and institutional practices in a way that makes without the ideas of the state, of sovereignty, of ultimate authority, and of 'we the people' as basic foundations of law and the reconstruction of legal practice (55).



The reference to a concrete collective sovereign would shift the *locus* of legitimacy from reason to collective will, a move highly dangerous for Kumm since, as noted earlier, it would reintroduce particularity in the constitutional system and this would taint the judges' ability to perform proportionality analysis.

According to Kumm, the authentic institutionalisation of the practice of contestation has been realized by the contemporary European system of courts. This has been possible because of a series of propitious conditions, not available before World War II (and probably not even before the fall of the Wall). The point of this practice is aptly described by the author in these terms: "The most likely way that a citizen is ever going to change the outcomes of a national political process, is by going to court and claiming that his rights have been violated by public authorities" (56). This is the gist of Kumm's argument: courts constitute a more effective and viable channel for representing disagreement than the political process. In this way, contemporary European constitutionalism, after having learned its lessons from the disasters of the "short Century", protects itself from the return of nationalism, one of the worst evils generated by European history and by its modern metaphysics (57).

Kumm's approach is highly representative of a typical *forma mentis* of the European scholar, which understands constitutionalism in atomistic terms, leading to a legal environment which envisages as the only appropriate spaces of contestation and of claiming those represented by national and international courts. Coherently, rights are conceived as individual safeguards against the State and the focus of the constitutional theorist remains on the relationship between the individual and the State, or to put it in a more theoretical shape, between the individual fundamental rights and the policy promoted by a majority of citizens or politicians.

Once again, things are portrayed in this way because it is believed that the reasonableness of the arguments put forward by the legal authority and by the dissenters can be checked only by judicial reasoning through balancing. To put it shortly, this is a restatement of the idea that courts are forums of principles and political institutions forums of policies (58). If one conceives rights as optimisation (and not maximization) requirements - as Kumm seems to do - then courts become the most effective locus for balancing between rights. Yet, it is telling that some of the test-cases to whom Kumm refers in developing a theory created in order to solve constitutional conflicts through judicial bodies, were finally resolved by the political process. In Ireland, the prohibition of abortion was saved at the Community level by adopting a special protocol exempting Ireland from certain Community rules. In Germany, the *Kreil* case triggered a change in the Basic Law (59).

3. The Institutional Version of Pluralism: Maduro's Contrapunctual Principles

Another highly influential body of work for constitutional pluralism has set the contribution of the ECJ in terms of "necessary cunningness" in the process of juridification of the EU. The so-called dual nature of supranationalism, that is, the idea that the integration process has been marked mainly by legal means and only marginally by political processes (60), has now been challenged by different perspectives. Miguel Maduro, in order to avoid the risks federalists have outlined, has introduced meta-



principles in order to regulate the relation between supranational and national courts. These principles are defined as “contrapunctual” and they aim at avoiding chaos and conflict in a polity where there are multiple sites of constitutional authority. They are, clearly, normative principles and should constitute the core of constitutional pluralism, that is, pluralism viewed from the internal perspective of every institutional actor. As already remarked, if pluralism were circumscribed to a descriptive level, it would simply amount to the recognition of a state of affairs that one may approve of or not. The move to a normative level implies that all the actors involved in pluralism should start acting guided by reasons given by the idea of constitutional pluralism. For example, they should recognize the fact that there are other constitutional sites representative of competing equal claims. The point is that collisions between different constitutional perspectives in a pluralist environment are almost unavoidable. A framework to preempt (or at least to contain) possible conflicts needs to be introduced within this perspective. As it should be clear, this move is very close, in substance, to Kumm’s appeal to fundamental and common constitutional values. Pluralism cannot be taken to its extreme consequences, otherwise it will collapse into something completely different, giving way to anarchy and to the manipulation of the legal order by the most powerful. For this reason, by introducing contrapunctual principles, Maduro certainly wants to limit pluralism in a significant way. In this sense, he presents his theory not as a radical, but a more modest version of pluralism (61). Interestingly enough, the principles he puts forward are addressed first of all to courts (national and European).

The first principle to which courts should subscribe is *pluralism* itself:

any legal order (national or European) must respect the identity of the other legal orders; its identity must not be affirmed in a manner that either challenges the identity of the other legal orders or the pluralist conception of the European legal order itself (62).

In other words, no court should affirm the supremacy of its legal order. This principle is intended to foster two values. First of all, it should protect national identity and the related idea that self-determination is fundamental in the formation of this identity. In the European context, the respect of national identity poses the problem of co-existence between different identities. The recognition of the value of self-determination (63) entails an attitude of respect between the European and the national level. This mutual recognition implies the acceptance of the existence of EU law on the one side, the respect for the claims of national constitutions on the other. The second value fostered by the idea of pluralism is *participation*. For Maduro, pluralism should be constructed in such a way as to promote the broadest participation possible. Leaving the construction of a pluralist legal order to courts means promoting the participation of certain subjects (those who can afford the transaction costs involved in EU law litigation). Litigants in EU case law “often coincide with multi-national companies and are supported by cross-national legal strategies while, for example, national court involvement in this litigation does not benefit from the same cross-national perspective or coordination” (64). Also, the dialogue between national courts and the ECJ tends to develop along separate national lines, raising the question of the uneven impact of different constitutional courts on the European dialogue. Maduro seems to admit that pluralism goes hand in hand with a certain conception of institutional (or more



accurately, judicial) equality. Otherwise, pluralism in itself would never be able to yield a true European legal discourse. The third principle states that courts should seek consistency and vertical and horizontal coherence in the whole of the European legal order. Maduro notes that “(w)hen national courts apply EU law they must do so in a manner as to make those decisions fit the decisions taken by the ECJ but also by other national courts” (65). Evidently, the same rule applies to the ECJ, which should take other courts’ decisions seriously. According to the third principle, “any judicial body (national or European) should be obliged to reason and justify its decisions in the context of a coherent and integrated European legal order” (66). This means that courts should use reasons, which may later be adopted by other courts within the EU. Consequently, under this principle courts are not allowed to rely on specific provisions of their constitutions as justification because this could lead to “evasion and free-riding” (67). In other words, it is better to prevent courts using the autonomy of their legal systems in their legal reasoning. This should be done in order to promote a virtuous cycle in the application and construction of EU law. According to Maduro, the avoidance of giving reasons based on its own constitution will make courts aware of the effects of their decisions on other national legal orders. In this way, Maduro believes, courts will internalise in their decisions the consequences for future cases in other national courts and in the system as a whole. This third requirement is probably the most demanding. Given the genetical link between most of the national constitutional courts and their constitutions, it is quite hard to provide reasons, for those courts, that are completely detached from the source of their legitimacy. One should not forget that most (if not all) of the national constitutional courts are thought to be the guardian of their national constitution (68). Paradoxically, the universalisability requirement may force courts to solve most conflicts by themselves and this leaves no space for other institutions to step in. In the European Arrest Warrant saga, for example, the Polish Constitutional Tribunal left the decision of a conflict between a clearly formulated constitutional prohibition to extradite Polish nationals on the one hand and the requirement to do so imposed by a framework decision on the other to the constitutional legislator (69). Following Maduro’s principle of universalisability, the Polish Tribunal should not have left the decision to the legislator, because the reference to the condition of Polish citizenship cannot be universalized.

The fourth and last principle is probably the most original among those advanced by Maduro: the idea of *institutional choice* (70). According to this principle, “each legal order and its respective institutions must be fully aware of the institutional choices involved in any request for action in a pluralist legal community” and “the importance of institutional choices in a context of legal pluralism only serves to reinforce the need to do adequate comparative institutional analysis to guide courts and other actors in making those choices” (71). The introduction of institutional choice in a European context devises pluralism as a doctrine not only for the exceptional situation of constitutional conflict (as it is, to a certain extent, in Weiler and Kumm), but to guide the ordinary state of affairs. However, as we shall see below, Maduro’s pluralism does not seem to avoid the defects of “single institutionalism”. When he makes reference to the dialogic nature of the European legal order, he indeed reflects almost exclusively on the role played by courts and provides guidelines only for judicial behaviour.



The aim of these contrapunctual principles is to make “harmony” possible within a context of different “melodies”. A viable form of constitutional pluralism requires that every actor involved be ready to recognise the competing claims of each other and to mutually defer. In order to obtain this, conditions for mutual deference must be established. The idea is that all the actors involved must acknowledge the values of pluralism and acting consequentially. Maduro believes that pluralism is in itself an external theory: institutions should operate adopting the perspective of the legal system to which they belong (72). At the same time, institutions should be aware of the possible interactions with other actors and other jurisdictions in the context of pluralism. One may see a danger for the coherence of European law in the fact that ordinary actors in the pluralist arena are not always playing fairly when it comes to the task of adjudicating in a context where heterarchy, rather than hierarchy, should be the rule. In this context, contrapunctual principles may easily degenerate into dissonance or cacophony (73). It is a danger that cannot be underestimated. At this stage, it is also possible to point out an equal risk, but opposite in substance, that is to introduce a European aspect in the relevant national institution which would require too much from it. This may bring national courts to act as if they were European courts, which means that there could be two possible outcomes. One is the idea championed by Franz Mayer, according to whom national constitutional courts should also interpret EU law from the point of view of national constitutions, “generating national constitutional law versions of EU law”, as alternative to that of the Luxembourg Court. This position does not seem very convincing, because it is affected by several problems: It not only supports an asymmetrical and unilateral constitutional review, but it also asks to the single national constitutional court to act in order to be the guardian of the other Member State constitutions (74).

If, on the other hand, national constitutional courts were asked to act like European Courts by introjecting certain European principles as normative guidelines, then the meta-principles required by Maduro would be reduced to an almost monist conception of the relation between European and national law. The emphasis on commonality might suggest a form of institutional pluralism, as promoted by the late MacCormick (75). However, as ably remarked by Nico Krisch, “the character of the coherence requirement can also be interpreted in a more radical fashion, as merely a moral requirement for the different actors to show respect to each other, to display an orientation towards cooperation rather than conflict” (76). This is a charitable interpretation, probably the best one for Maduro’s proposal. It makes the European legal order a compound of 28 legal systems, each one willing to engage at the European level respectfully (77). However, several questions remain open. As in the case of Kumm’s theory, it remains open the question of the *status* and legitimacy of these meta-principles. Maduro’s solution is to interpret the content of these principles as a form of Sunsteinian incompletely theorized agreements, which might allow the possibility of agreeing on particular legal outcomes without an agreement on the fundamental values that may justify those outcomes (78). This suggested interpretation looks quite weak if the aim of constitutional pluralism is to encourage some form of constitutional dialogue. If for Kumm the resolution of constitutional conflict lies in the individuation of some principles which are removed from among the “appropriate subjects for political



decision” (79), for Maduro, contrapunctual principles constitute a really thin grammar of a pluralist discursive public reason.

Despite its institutionalist touch, Maduro’s pluralism is still, even though not necessarily, court-centred. This is so for at least three reasons. First, the language and the substance of Maduro’s theory are always directed at courts. Second, the idea that the EU constitution is a remedy of Member State constitutions’ failures is dependent on a proper institutional analysis. However, take for example, his reading of the former Article 28 EC: if understood as a political right, it gives traders a tool to question regulatory policies of a State to which they import their goods, forcing that State to justify its regulatory choices. One must seriously ask whether the judicial process in the Union is open enough so as it does not systematically favour only some type of litigants (80). Third, it is in relation to courts that he highlights what might be called “institutionalist awareness”: courts

must increasingly be aware that they don’t have a monopoly over rules and that they often conflict with other institutions in their interpretation. They have to accept that the protection of the fundamental values of their legal order may be better achieved by another institution or that the respect owed to the identity of another legal order should lead them to defer to that jurisdiction. This requires courts to both develop instruments for institutional comparison and to set limits for jurisdictional deference at the level of systemic identity (81).

It is the courts’ specific role that bestows on them the responsibility of being at the institutional crossroads of several legal interactions. But why this institutional awareness should be limited to courts? Is it possible to extend it also to other institutional actors? And if yes, shall those actors be guided by exactly the same principles?

Before putting under scrutiny this possibility, it is better to take stock of what has been outlined up to now. Kumm’s and Maduro’s theories do not have the resources for avoiding the fact that constitutional pluralism be reduced to mainly judicial dialogue. Or at least, they do not engage directly with the question of how define politically the European public interest. The confinement of pluralism to the realm of courts presuppose an objective (but thin) understanding of fundamental rights and the idea of European common good may end up being only a sophisticated formulation of the *status quo* with no real engagement with the values promoted by a more politicized conception of the public interest (82).

4. Assessing Pluralism Against the Common Good: An Enlarged View

Constitutional pluralism is extolled for several merits. They are supposed to be, at least, 1) learning, 2) more space for voice and 3) limitation of constituted powers (83). The first value is realized through a common disposition for exchanging information and experience among different institutions belonging to different orders. The absence of a hierarchical authority, far from representing simply a constitutional impasse, may provide room for greater adaptability and responsiveness to changes. The second value usually associated with pluralism is the opening of new channels for contestation. This



aspect enhances the representative dimension of constitutionalism by bringing in voices from institutional and perhaps non-institutional sites often neglected. The proliferation of sites of contestation, while improving conflict, may also help in making more visible and evident to citizens the role and the essential values of institutions. The third value implies that the multiplication of authoritative institutions will render problematic any claim of being an ultimate authority (84). Furthermore, the need to reach a compromise among different levels involved in a decision or in its implementation should encourage a more cautious attitude from the subjects and, to go back to the first value, a willingness to listen and if necessary even to learn from the reason of other institutional actors.

In light of these remarks, the doubt that a strong constitutional take on pluralism may hamper these valuable aspects is legitimate (85). This essay limits itself to note that one of the weakest spots in the pluralists account lies, as already remarked, in the absence of a more sophisticated account of the interaction between institutions belonging to different levels. In tracking common goods, a perspective on how different institutions interact in a multi-layered polity proves to be essential. According to Raz,

the existence of common goods depends on wide-ranging consensus. The relative absence of conflict of interests and the background of a common tradition makes the courts a suitable forum for the conduct of this branch of politics (86).

The role of courts in the tracking of common goods is obtained by serving individual rights which by being served consolidate the value of common goods. But if one assumes that the content of common goods, despite the fact that it is the product of a wider consensus, is open to discussion and debatable, even after a decision on it has already been taken, then Raz's position seems to be partial. It reproduces certain stereotypes on the difference between democratic processes as concerned on short-term interests and judicial activity concerned mainly with the protection of fundamental rights (87). The politics of the common good, in a pluralist environment, should be represented at several levels by different institutions, each one putting forward a conception of the common good from a specific (representative) point of view.

Therefore, the lack of a reflection on the role of political institutions in the tracking of common goods casts a shadow on the ability of constitutional pluralism to provide for the values previously mentioned. Indeed, this view strikes as inaccurate both at a descriptive and at a normative level. On the first level, this institutional blindness (88) is probably due to the fact that there is a tendency in Europe to conflate legal reasoning with judicial reasoning (89). The European Arrest Warrant saga represents a good example of a practice understandable in pluralist terms, even though the lesson one might draw from it remains far from univocal (90). But in order to explain the dynamics behind this saga, one should not limit its account to the dialogue between the courts involved in the case. *Mangold* (91), a case concerning discrimination on the ground of age, constitutes another example which might prove the necessity for an enlarged institutional view. In this case, the ECJ, leaving aside its case law on horizontal effect and temporary effects of Directives, recognized a new general principle of non discrimination on the basis of age (92). This led to declare the incompatibility of a German law allegedly intended to introduce fixed-term contracts for employers older



than 52 in order to facilitate their integration in the job market. Unsurprisingly, this decision was received with harsh criticism from the German parliament and the German President, generating a lively debate which will soon come to an end with a decision of the *Bundesverfassungsgericht*. In the meantime, the ECJ seems to have overruled its own position as a reaction to the German political backlash. In *Palacios de las Casas* and in *Bartsch* (93), the Court reduced substantially the message sent previously with *Mangold*. This conflict proves that is the case that communication (and conflict) between institutions can be a more sophisticated, delicate and sometimes dangerous (for the authority of the ECJ) operation when national political institutions have a say in the debate. However, all this happens in an informal way, that is, outside formal institutional channels, and it may give the impression that what counts is mostly the political force of the involved institution(s).

On a normative level, to account for an encompassing view on the possible institutional dialogues in Europe would have represented a first step toward a constitutional theory which allows for more voices to be heard, more perspectives from which to learn and more sites of possible constitutional resistance. The tracking of the European public interest, as complicated as it certainly is, might also benefit from a more, say, pluralist understanding of the separation of powers between different layers. This separation may also represent the first step in the setting of normative criteria for solving conflicts between different interests underpinning the relation between European and national layers.

All this happens, also, in an under-theorized legal context which hardly will change any time soon. As known, the Treaty of Lisbon has introduced new powers for national parliaments which were already contemplated in the Constitutional Treaty. This could be understood as a first step toward a more political dialogue between European and national institutions. National parliaments are given a new instrument (the “Early warning system”) to police the application of the principle of subsidiarity. The Treaty incorporates a Protocol that lays out a special procedure to enable national parliaments to play that role. The Protocol establishes that the Commission should forward all documents of legislative planning and all legislative proposals to national parliaments at the same time as it forwards them to the European Parliament and the Council. All European legislative acts have to be justified with regard to the principles of subsidiarity and proportionality. Art. 4 states that “the reasons for concluding that a Union objective can be better achieved on the Union level shall be substantiated by qualitative and, wherever possible, quantitative indicators” (94). If a national parliament holds that a proposed legislative act is incompatible with a commitment to subsidiarity it can send a reasoned opinion to the Presidents of the European Parliament, the Council and the Commission stating why it considers the draft in question does not comply with the principle of subsidiarity. This opinion should be taken into account and if at least a number of parliaments to which a third of all votes have been allotted have sent such a reasoned opinion, then the draft must be reviewed. The draft can then be maintained, amended or withdrawn and reasons must be given for this decision. The parliaments’ veto is not binding, and the scope of this tool is limited, one might be reminded, to subsidiarity arguments, not proportionality. However, the aim of this provision is to create a framework of cooperation between the Commission, the Council and national parliaments in order to produce a written record of reasons so that the ECJ can assess



them if asked to do so in litigation. But what is most interesting from a pluralist perspective is that parliaments are not recognized legal standing and therefore cannot bring subsidiarity issues to the ECJ. Only the government of the Member State could bring action on parliament's behalf (95). This means that there won't be any direct channel of communication between the ECJ and national parliaments. Of course, it is far from being clear that a political question needs to be taken to court (96) (but then, one wonders whether this argument can be valid for every subsidiarity issue) and it is questionable to refer to national parliaments as a collective entity while it is clear that there are huge differences among legislatures across Europe (97). Moreover, in the absence of a lasting practice, it is difficult to assess the impact of these provisions on subsidiarity.

As it happens in other constitutional experiences, a dialogue, or sometimes, a conflict between institutions belonging to different constitutional layers of the polity may help both spark a debate on the meaning of certain constitutional features and on the application and interpretation of fundamental rights (98). Obviously, the single-institutional approach advocated by some constitutional pluralists is constrained by certain legal rules (like the preliminary reference rule) which shape the institutional interactions between institutions at the European level. But the assumptions of the pluralists' approach do not rule out completely the possibility to enlarge the scope of these interactions in order to include other perspectives. Indeed, one can already find traces of this possible enlarged view (99). The reason why this kind of enlarged dialogue/conflict may become normatively desirable lies in what every institution represents. As remarked by William Eskridge and Philip Frickey in an essay on a different legal context, different institutions seek "to promote [their own] vision of the public interest" (100). This view would probably vindicate Daniel Halberstam's idea of constitutional heterarchy. After having outlined three constitutional values (democracy, expertise and fundamental rights), Halberstam makes a case for different claims based on the values of constitutionalism:

none of these values is exclusively or even reliably associated with one or another of the contending actors. At different times, different actors can lay claim to be vindicating any one or more of these values. If an actor can maximize all three values in any given case, that actor's claim to authority within the system becomes paramount. If, as is more frequently the case, different actors can lay only partial claim to one or the other of these values, the stage is set for constitutional confrontation (101).

In conclusion, one of the possible ways to track down European common goods lies, once again, in the interplay between representative institutions and the principle of separation of powers, even when this problem is tackled within a multilayered polity as the Europe Union is supposed to be. Constitutional pluralism indicates an interesting route that might be followed to arrive at a better formulation for a European politics of the common good. However, it represents only a first step that needs to be supplemented, firstly, by more attention to input reasons as provided by political processes and, secondly, to a thicker pluralist interplay between different powers and institutions. (*)



Notes

1 This does not apply to republican theory. See, among others, P. Pettit, *Republicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 121-122; see, also, I. Honohan, *Civic Republicanism*, London, Routledge, 2002, pp. 150-158. In this paper, a republican conception of the common good as an object whose content is always open to political contestation and redefinition is adopted. Unfortunately, it is not possible to develop this aspect for reasons of space.

2. See the classic statement by R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977. For Dworkin's evolution on the topic see P. Yawell, "A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights", *American Journal of Jurisprudence*, 52 (2007), pp. 93-122. For an exception, within the liberal field, see J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 52-55.

3. According to Raz, "the politics of the common good, questions regarding what is and what is not in the public interest are as controversial as other political issues. But they are relatively free from conflict": *Ibid.*, pp. 55-56.

4. On this conception of the idea of the common good see J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980), Oxford, Oxford University Press, 2010 (second edition), ch. 6.

5. N. Bernard, *Multilevel Governance in the European Union*, The Hague, Kluwer, 2002.

6. Characteristically, Romano Prodi, presenting his Commission Agenda in July 1999, remarked that "at the end of the day, what interests them [Europeans] is not who solves these problems, but that they are being solved": quoted in P. Magnette, "European Governance and Civic Participation: Beyond Elitist Citizenship?", *Political Studies*, 51 (200), p. 142.

7. This is a highly simplified account. For a useful overview of the theories of European integration see A. Wiener, *Theories of European Integration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 (2nd ed.).

8. J. Priban, "Multiple Sovereignty: On Europe's Self-Constitutionalization and Legal Self-Reference", *Ratio Juris*, 23 (2010), p. 47.

9. For an introduction see M. Avbelj, J. Komárek, "Four Visions of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, 1 (2009); M. Avbelj, "Questioning Eu Constitutionalisms", *German Law Journal*, 1 (2008); M. Avbelj, J. Komárek (eds), *Constitutional Pluralism in Europe and Beyond*, Oxford, Hart, 2011 (*forthcoming*).

10. G. Davies, *Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism*, in J. Komárek, M. Avbelj (eds), *Constitutional Pluralism in Europe and Beyond*, cit.

11. *Ibid.*

12. As known, the preliminary reference procedure is not followed uniformly among Member States: A. Tomkins, D. Chalmers, *European Union Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 291-302; S. Nykos, "The Preliminary Reference Process: National Court Implementation, Changing Opportunity Structures and Litigant Desistments", *European Union Politics*, 4 (2003), pp. 397-419.



13. Here lies the main difference between constitutional and legal pluralism: the latter recognizes pluralism as an intrinsic value. For a recent and excellent overview of pluralist theories see E. Melissaris, *Ubiquitous Law*, London, Ashgate, 2009. For a strong pluralist case against constitutionalism see N. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

14. M. Koskeniemi, “The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics”, *Modern Law Review*, 70 (2007), p. 23.

15. See the classic account of E. Stein, *Lawyers*, “Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, (1981), pp. 1-27; see, also, J. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

16. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 102; A. Weale, *Democracy*, London, Basingstoke, 1997, pp. 8-13.

17. 89 BverGE 155.

18. M. Kumm, “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 262-307.

19. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay (eds), *The Federalist Papers*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 192 (paper n. 39, J. Madison).

20. M. Kumm, “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, cit., p. 299.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. Ivi, p. 286.

24. Kumm specifies that even though the “best fit” principle is clearly inspired by Dworkin’s legal and constitutional theory (see *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in *Freedom’s Law: The Moral Reading of the Constitution*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1996, pp. 1-34), it does not depend on the idea of integrity or on a thick conception of interpretation. It is not clear how is it possible to have a best fit approach to the question of adjudication in matters of constitutional authority without resorting to the idea of integrity. Probably, Kumm wants to avoid the fact that integrity is linked to a conception of the liberal community, which he seems to treat as potentially authoritarian and dangerous for European integration. Indeed, one of the main concerns for Kumm is to avoid any reference to the idea of nation or people, deemed by him irremediably tainted by their romantic and irrationalistic conception.

25. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (revised edition), p. 44.

26. On the limits of rationality as understood by modern liberalism see P. Kahn, *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton, Princeton University Press, 2005. On the limits of this approach applied to Europe, see U. Haltern, *Europa Recht und das Politische*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.



27. On the distinction between democratic and rights-based constitutionalism see J. Rubinfeld, “Unilateralism and Constitutionalism”, *New York University Law Review*, 79 (2004), pp. 1971-2028.

28. M. Kumm, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004), p. 595.

29. I follow Kumm’s reconstruction, except where otherwise indicated.

30. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 102. As known, Alexy is the most influential supporter of the balancing test. On Alexy’s legal philosophy see G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007. Cf., also, D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

31. R. Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *International Journal of Constitutional Law*, 3 (2005), p. 572.

32. Kumm brings considerations of normative jurisprudence to bear on the practice of proportionality analysis in M. Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, cit., pp. 131 ff.

33. Cf. M. Kumm, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, cit.

34. See J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, ch. VI.

35. For a recent attempt at justifying judicial review in these terms see P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Paris, Seuil, 2008.

36. It should be noted, however, that the focus on constitutional conflicts allows Kumm to preserve a space for national autonomy.

37. Case C-341/05, C-438/05.

38. A. Davis, “One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal*, 37 (2008), pp. 140-144.

39. Ivi, p. 141.

40. On the difficulties of proportionality analysis applied to the balancing between fundamental freedoms and other rights, in particular with the right to implement collective action, see the comments, made before the decisions were taken, by E. Bercusson, “The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day”, *European Law Journal*, 13 (2007), pp. 279-308.

41. A. Davesne, “The Laval Case and the Future of Labour Relations in Sweden”, *Cahiers européens*, 1 (2009), p. 9.

42. Not to mention the fact that if it is the court that identifies the relevant interests, then why should the interests of the parties before the court be privileged over the interests of others equally affected by the outcome of the decision?



43. On the general difficulty even for democratic theory to set normative criteria for the definition of common goods see T. Christiano, “The Authority of Democracy”, *Journal of Political Philosophy*, 12 (2004), pp. 266-290.
44. G. Webber, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 23 (2010), p. 193.
45. R. Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, 16 (2003), p. 442.
46. This shows a superficial understanding of the industrial relations context. And the test of proportionality was decided on such a reductive understanding.
47. G. Davies, “Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time”, *Common Market Law Review*, 43 (2006), pp. 63-84.
48. E. Brems (ed.), *Conflict Between Fundamental Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 3.
49. Cf. R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
50. It seems that for Kumm constitutionalism is mainly rationality. This is why its principles may be recognized by a competent organ even in the case they had not been enacted.
51. M. Kumm, “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *European Journal of Legal Studies*, 1 (2007), p. 26.
52. In this quotation, it is quite evident that the reference goes to L. Kramer, *The People Themselves*, New York, Oxford University Press, 2004.
53. M. Kumm, “Institutionalising Socratic Contestation”, cit., p. 27.
54. See, e.g., N. Urbinati, *Representative Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.
55. *Four Visions of Pluralism*, cit., p. 366.
56. M. Kumm, *Institutionalising Socratic Contestation*, cit., p. 25.
57. Kumm individuates in Hobbes the main responsible for the creation of this “monster” and refers to Kant and Rousseau as the main theorists of this nationalist republican constitutionalism. This is quite a superficial reading of these two authors. For a different reading, among many available works, see N. Urbinati, *Representative Democracy*, cit.
58. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, ch. 2.
59. M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 270.
60. It is interesting to note that the idea of the ECJ’s necessary cunningness has been adapted outside a pluralist framework by Julio Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*,



Oxford, Hart, 2002. Cruz resorts to John Ely's theory of judicial review as protecting democracy from its weaknesses for explaining how the Court sought to correct for national representational deficiencies or to relieve supranational decisions amidst the complexly overlapping layers of governance. In that respect, Cruz is clearly moving beyond pluralism, advocating a strong form of European constitutionalism.

61. Maduro makes it clear in *Four Visions of Constitutional Pluralism*, cit., p. 344. On the idea that Maduro's theory is not truly pluralist see the remarks made by M. Avbelj, *Questioning EU Constitutionalisms*, cit., p. 19.

62. M. Maduro, *Contrapunctual Law*, cit., p. 526.

63. On this topic see the classic article of J. Raz, A. Margalit, "National Self-Determination", *Journal of Philosophy*, (1990), pp. 12-34.

64. M. Maduro, *Contrapunctual Law*, cit., p. 527.

65. Idem, p. 528, Samantha Besson proposes a principle of coherence even more ambitious, that is, a principle to be respected by every constitutional actor: S. Besson, "From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?", *European Law Journal*, 10 (2004), pp. 257-281.

66. M. Maduro, *Contrapunctual Principles*, cit., pp. 529-530.

67. *Ibid.*, p. 530.

68. This does not mean, however, that they have a monopoly on constitutional meaning.

69. This point has been made by J. Komárek, "European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of Contrapunctual Principles", *Common Market Law Review*», 44 (2007), pp. 30-39.

70. Maduro builds his proposal on the theoretical background provided by the neo-institutionalist theory of N. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, Chicago University Press, 1994. Komesar pleads for an increase of the awareness of institutional choice in constitutional law and constitutional theory. The "institutional choice" approach avoids two common mistakes. The first one has to be found in the exclusive focus, typical of law and public policy analyses, on "goal choice". Of course, goal choice is important. Komesar expresses this importance in this way: "Goal choice and institutional choice are both essential for law and public policy. On the one hand, institutional performance and, therefore, institutional choice can not be assessed except against the bench mark of some social goal or set of goals. On the other hand, because in the abstract any goal can be accommodated with a wide range of public policies, the decision as to who decides determines how a goal shapes public policy. It is institutional choice that connects goals with their legal or public policy results" (p. 5). In other words, out of any institutional context, any set of goals is not really meaningful. According to Komesar, pure normative theory can not guide public policy because it can not determine *who* decides and why, a capital question for constitutional law. The other common mistake can be found in those works which show a certain awareness of the importance of the institutional setting. However, works like those of Richard Posner (see, e.g., *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen, 2007, 7th ed.) and John Ely (*Democracy and*



Distrust, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1980) share a tendency toward what Komesar defines as “single institutionalism”, that is, the focus on only one institution - the market for Posner, the political process for Ely. According to Komesar, asking in the abstract which institution is best at is meaningless. What is needed, and what Komesar is advocating, is comparative institutional analysis in a given setting of institutions.

71. M. Maduro, *Contrapunctual Principles*, cit., p. 530.

72. *Four Visions*, cit., p. 364.

73. This risk has been pointed out by G. Davies, *Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism*, cit. and by J. Baquero Cruz, “The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement”, *European Law Journal*, 14 (2008), pp. 389-422. According to the latter, pluralism endangers the rule of law. These critiques point toward the same line of argument. If law is not a hierarchically authoritative structure then it cannot secure some of the most important goods it is supposed to deliver. In particular, legal certainty, rule of law and management of conflicts. Of course, these remarks do not take into account that on the balance of reasons, constitutional pluralism has already opted for the safeguard of certain principles of national constitutions as the best safeguard both for the process of integration and for the Member States.

74. F. Mayer, *The European Constitution and the Courts*, in A. Von Bogdandy & J. Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 306.

75. N. McCormick, *Questioning Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

76. N. Krisch, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, *LSE working papers*, 10 (2009), p. 17.

77. See, also, J. Dickson, “How Many Legal Systems?”, *Problema*, (2008), pp. 9-50.

78. See C. Sunstein, *Political Conflict and Legal Reasoning*, New York, Oxford University Press, 1996; see, also, C. Richmond, “Preserving the Identity Crises: Autonomy, System and Sovereignty in European Law”, *Law and Philosophy*, 16 (1998), p. 417.

79. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 151 n 16.

80. M. Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart, 1998, pp. 156-159.

81. M. Maduro, “Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, *European Journal of Legal Studies*, 1 (2007).

82. On the political conception of constitutionalism see R. Bellamy, op. cit.; A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart, 2005; G. Gee, G. Webber, “What Is a Political Constitution?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 30 (2010), pp. 273-299.

83. Here I follow N. Krisch, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, cit., pp. 20-33.



84. See M. Maduro, *Europe and the Constitution: What If This Is as Good as It Gets?*, in J. Weiler, M. Wind (eds), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 66. It would be interesting to confront this pluralist claim with Kelsen's idea that an ultimate legal norm is an essential feature of every legal system: cf. J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (1979), Oxford, Oxford University Press, 2009 (2nd ed.), pp. 122-145.
85. J. Tully, "The Unfreedom of the Modern in Comparison To Their Ideals of Constitutional Democracy", *Modern Law Review*, 65 (2002), pp. 204-228; E. Christodoulidis, "Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society", *European Law Journal*, 9 (2003), pp. 401-432.
86. J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 59. See, also, id., "Rights and Politics", *Indiana Law Journal*, 71 (1995), pp. 27-44.
87. This is the position held also by R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.
88. For the notion of institutional blindness see A. Vermeule, *Judging under Certainty*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 16-18.
89. Alec Stone Sweet has demonstrated that there is a general tendency to reason as judges do: *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
90. Was the Belgian court, the only one asking for a preliminary reference, acting as a pluralist court? For an evaluation of the Belgian Constitutional Court as a pluralist institution see E. Cloots, "Germs of Pluralist Judicial Adjudication: Advocateen voor de Wereld and Other References from the Belgian Constitutional Court", *Common Market Law Review*, 47 (2010), 645-672. For a reconstruction of the European Arrest Warrant saga as a pluralist case see D. Sarmiento, "The European Arrest Warrant and the Quest for Constitutional Coherence", *International Journal of Constitutional Law*, 6 (2008), pp. 171-183.
91. Case C-144/04, 2005 ECR I-9981.
92. M. Schmidt, "The Principle of Non-discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ's Mangold Judgment", *German Law Journal*, 7 (2005), p. 509.
93. C-411/05, [2007] ECR I-8531; Case C-427/06 [2008] ECR I-7245.
94. Protocol n. 2 on the Application of Subsidiarity and Proportionality.
95. This was criticized already in the aftermath of the Constitutional Treaty by B. Donnelly, L. Hoffmann, *The Role of National Parliaments in the European Union*, Federal Trust for Education and Research policy Brief, 3, 2004, and P. Kiiver, "The Composite Case for National Parliaments in the European Union: Who Profits from Enhanced Involvement?", *European Constitutional Law Review*, 2 (2007), 227-252.
96. P. Kiiver, *The National Parliaments in the European Union: A Critical View on EU Constitution-Building*, Den Hague, Kluwer, 2006, p. 166.
97. See L. Verhey, H. Broeksteeg, I. Van den Driessche (eds), *Political Accountability in Europe: Which Way Forward?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2008.
98. J. Waldron, "Some Models of Dialogues Between Judges and Legislators", *Supreme Court Law Review*, 23 (2004), pp. 7-21; J. Hiebert, "Parliamentary Bill of Rights: An



Alternative Model?”, *Modern Law Review*, 69 (2006), pp. 7-28; C. Bateup, “The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *Brooklyn Law Review*, 71 (2006), pp. 1109-1180.

99. See J. Komárek, *Institutional Dimension of Constitutional Pluralism*, in M. Avbelj and J. Komárek, *Constitutional Pluralism in Europe and Beyond*, cit. Komárek notes that an institutional perspective on pluralism should focus less on choice (because it lacks clear normative criteria) and more on involvement and communication.

100. W. Eskridge, P. Frickey, “Law as Equilibrium”, *Harvard Law Review*, 108 (1994), p. 28.

101. D. Halberstam, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. Danoff, J. Trachtman (eds), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law & Global Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 326-365.

*. The research for this paper has been generously funded by the Odysseus Research Program of the FWO (Research Foundation Flanders).

L'evoluzione dell'imamato in Europa e l'inquadramento del personale religioso musulmano

Riflessioni sociologiche e problemi socio-politici a partire dall'analisi della formazione e dello status dell'imām nel contesto francese

Valentina Fedele

Introduzione

L'islām d'Europa è all'attenzione delle scienze sociali dalla metà degli anni '80 (1), quando, soprattutto in virtù del passaggio, più o meno recente a seconda dei Paesi considerati, dall'immigrazione economica a quella di popolamento, (2) esso si afferma a pieno come un credo non più marginale e provvisorio legato alla migrazione, ma endogeno e autoctono, radicato e cresciuto nel cuore dell'Europa. La coscienza di questa realtà ha ingenerato negli analisti la necessità di cambiare il paradigma alla luce del quale i fenomeni connessi al fatto islamico erano generalmente analizzati e li ha spinti ad individuare nuovi strumenti e significati concettuali che permettessero di considerare il fatto islamico in relazione ad universo culturale diverso da quello a cui era tradizionalmente associato (Cesari, 2004; Roy, 2003).

Alla luce di questo cambiamento diversi autori hanno individuato dinamiche e caratteristiche proprie del credo musulmano d'Europa, evidenziando in particolare le conseguenze connesse ai processi di de-etnicizzazione, de-territorializzazione e deculturazione (Fouad Allam, 2002; Roy, 2003; Allievi, 2005). Tali processi sono riconducibili alla peculiare condizione minoritaria dell'islām in Europa, le cui ricadute non sarebbero evidenziabili attraverso l'approccio classico, generalmente teso a considerare la religione musulmana come maggioritaria. L'islām stesso, peraltro, istituisce il suo calendario, e, di fatto, dà origine alla sua storia nel mondo, a partire dalla *hijra* ("emigrazione", 622 d.C.) da Mecca a Medina, quando "*da gruppo minoritario, setta mal tollerata e marginale, diventa maggioranza, dunque legge, e governo*" (Allievi, 2005:23).

L'islām europeo, quindi, si trova, oggi, in una condizione meccana più che medinese: è una minoranza, più o meno tollerata, ma pur sempre un gruppo religioso tra gli altri. Dal punto di vista sociologico, questo significa che l'islām deve ricostituire quella che Berger (1970) chiama *struttura di attendibilità*, ovvero una struttura che, derivata dal consenso sociale, rende attendibili le visioni della realtà. Ogni gruppo sociale ha la sua struttura di attendibilità, che conserva plausibile attraverso il consenso degli esseri umani che lo compongono e, in particolare, attraverso la conversazione: più persone fanno parte dello stesso discorso, più la concezione è stabile; viceversa, se le persone cambiano o diminuiscono, la concezione muterà (3).

A fronte del cambiamento del discorso maggioritario, l'islām deve, quindi, ricostruire la propria struttura di plausibilità, processo che, in un contesto plurale e pluralista, assume una valenza fortemente dinamica, acuita dalle pressioni della società circostante, che ne complicano la giustificazione.



Il processo coinvolge l'intera comunità musulmana a partire dai singoli credenti e tra questi, in particolare, i musulmani e le musulmane figli e figlie di immigrati, giovani nati e/o socializzati nel paese di accoglienza dei loro genitori, primi vettori dell'inculturazione (4) dell'islām in Europa, e portatori di istanze peculiari, derivate dalla necessità di mediare sistematicamente tra due universi di senso, quello familiare e quello sociale, più o meno apparentemente in contrasto, necessità che ingenera un *ijtihād* (sforzo interpretativo delle fonti) carica di conseguenze e innovazioni (5). Fondamentali sono, poi, in questo senso coloro che all'interno della comunità sono esplicitamente chiamati a legittimare l'inculturazione del credo, ovvero a tracciare il confine "tra adattamenti che sono teologicamente legittimi e altri adattamenti che non lo sono" (Berger, 1994:76).

A livello centrale, diversi attori si contendono questo ruolo in uno spazio di rappresentanza sostanzialmente vuoto: agenti interni ed esterni, vecchi e nuovi leader immigrati e non, associazioni islamiche nazionali, europee o internazionali, 'ulamā' e grandi *imām* dai paesi musulmani, rappresentanti di istituzioni governative o religiose, intellettuali musulmani europei (Allievi, 2005). A livello periferico, questo ruolo viene spesso ricondotto agli *imām* locali, guida di moschee o di comunità di preghiera più o meno ufficiali e organizzate, che hanno spesso nel quotidiano la funzione effettiva e cruciale di decidere gli adattamenti pratici del messaggio al contesto.

L'evoluzione del ruolo degli imām: approcci sociologici

Il ruolo degli *imām* assume una rilevanza sociologica peculiare nel processo di costruzione dell'islām d'Europa. L'assioma di Berger (1970), secondo cui ogni concezione del mondo può essere analizzata in riferimento alla sua struttura di attendibilità, ha una cogenza particolarissima quando si viene alle affermazioni religiose sul mondo: esse, infatti, naturalmente esenti dal vaglio dell'esperienza, dipendono fortemente dal consenso sociale e si prefiggono permanenza rispetto al tempo e allo spazio. Pratiche, riti e sistemi di legittimazione hanno, in questo senso, il fine di validarne l'attendibilità indipendentemente dai cambiamenti sociali. Le autorità religiose sono parte integrante del sistema di legittimazione, investite del compito primario di addomesticare e preservare il carattere straordinario dell'esperienza religiosa, di diffondere e rendere plausibile il credo (Berger, 1994).

Nel caso in cui le affermazioni religiose riguardino una minoranza conoscitiva, come nel caso dei musulmani d'Europa, il personale religioso, e nello specifico l'*imām*, è chiamato anche a svolgere una funzione di filtro e mediazione tra universi di senso.

La rilevanza sociologica dell'*imām* deriva anche dal legame esistente tra religione e tradizione. Secondo Hervieu Leger (1996), non c'è religione senza legittimazione dell'atto del credere da parte della tradizione. Per essere tradizione, però, ciò che viene dal passato deve essere a sua volta legittimato nel presente: per questo ogni tradizione deve essere elaborata, attraverso il ritrattamento permanente dei dati che un gruppo o una società riceve dal passato, fatto da persone in qualche modo investite di questa possibilità/autorità.

Gli *imām* sono spesso, quindi, i protagonisti primi di un processo fondamentale di rielaborazione della tradizione attraverso le dinamiche della società contemporanea.



Essi sono chiamati a collegare passato e presente, a “*dire memoria*” (Hervieu Leger, 1996:248), funzione nucleare del potere religioso.

Nel caso dei giovani musulmani figli e figlie di immigrati questa funzione si amplia ulteriormente: le istanze particolari di cui essi sono portatori si legano spesso alla volontà di ri-conoscere l’islām nel suo messaggio originario, scevro dalle tradizioni culturali attraverso le quali si riproduce nelle famiglie, per adattarlo al contesto in cui si vive. I giovani musulmani, in questo senso, chiamano l’*imām* a dire una memoria rinnovata.

Dal punto di vista islamologico, la crescita del ruolo dell’*imām* si collega infine alla tendenza alla protestantizzazione rilevata da alcuni autori come caratteristica dell’islām a partire dalla fine del secolo scorso: tale tendenza non riguarda solo l’islām d’Europa ma, in un contesto diasporico e minoritario, essa è, per alcuni versi, più evidente e più veloce. Segni di questo processo possono, ad esempio, essere colti nella tendenza dottrinale al ritorno alla *sola scriptura*, che di fatto contribuisce alla de-tradizionalizzazione della religione e nella progressiva individualizzazione della fede, a fronte del proliferare di interpretazioni, più o meno legittime e legittimate dai credenti (Ernst, 2004).

Il segno più cogente, relativamente al personale religioso, è quello che Berger (1970), riferendosi al cattolicesimo e all’ebraismo d’America, indica come fondamentale, ovvero la presenza sempre più forte della chiesa - nel nostro caso moschea - come centro sociale della comunità religiosa e la posizione di primo piano assunta dal clero - nel nostro caso gli *imām* - nella vita quotidiana (6). Alcuni autori (Fregosi, 2005) si spingono oltre, considerando la valorizzazione degli *imām* un segno del progressivo adattamento dell’islām ad un ambiente fortemente marcato dal cristianesimo, nell’ambito del quale la figura storicamente dominante è quella del prete, a riprova, peraltro, della flessibilità e della capacità storica di disposizione della religione musulmana rispetto alle società in cui si trova.

L’evoluzione dell’imamato in Europa

La centralità del personale religioso assume significati peculiari se ricondotta alla nota teologica che vuole che l’islām sia una religione priva di un polo istituzionale riconosciuto e di un clero ufficiale, nel senso cattolico nel termine, ovvero di un intercessore tra uomo e Dio, che sia agente maggiore in termini di Salvezza. Se però, in una prospettiva durkheimiana (7), si considera il clero non subordinato ad una struttura particolare, ma legato alla preghiera e agli atti cultuali, comuni alla gran parte dei fenomeni religiosi e, comunque, a tutte le religioni storiche, si conclude che, sebbene l’islām rifiuti ogni mediazione tra Dio e uomo, nella pratica molti atti solenni richiedono la presenza di personale idoneo (Fregosi, 1998).

Limitando l’analisi all’ortodossia sunnita (8), oltre all’*imām* che guida le 5 preghiere quotidiane, un *imām* predicatore (*imām khatīb*) è incaricato di pronunciare il sermone (*khutba*) che precede la preghiera del venerdì. A fianco di questi, la religione riconosce la presenza di un personale religioso secondario, con funzioni puntuali quali, ad esempio, la chiamata alla preghiera, fatta dal *mu’adhdhin*, o la salmodia solenne del Corano fatta da un lettore (*qāri’*). Tra il personale religioso, in senso lato, ci sono poi sapienti nelle materie di diritto (*fiqh*) e di teologia (*kalām*), giuristi teologi o *mujtahid*,



divisi tradizionalmente in *fuqahā'* e *'ulamā'*. Funzione più solenne quella del *muftī*, incaricato di poter esprimere pareri giuridici (*fatwā*). Storicamente, le ultime figure ricordate hanno avuto un ruolo più definito e più rilevante di quello degli *imām khatīb* e delle cinque preghiere.

Dal punto di vista letterale, *imām* è colui che sta davanti, che guida, che presiede. Il termine ha però significati diversi: quello più esteso è quello storico-politico, richiamato da Bausani (1995), di capo della comunità musulmana - più usualmente chiamato dai sunniti califfo (*khalīfa*), ossia vicario del Profeta. Questo *imām al-'azīm* - successore del Profeta - è un esecutore della sua legge e non un profeta a sua volta, non ha autorità docente o legislativa, e la necessità della sua presenza è strettamente legata alla buona organizzazione della città-stato (9).

Per quanto riguarda l'*imām* della preghiera, il Corano non ne parla direttamente. Nel testo sacro, la parola *imām* viene utilizzata sei volte e mai per riferirsi a una guida nel culto. In effetti, nei versetti 17:71 (10); 36:12 (11) e 46:12 (12) si riferisce a un libro, nel versetto 15:79 (13) a due località, nei versetti 17:71 (14) e 25:74 (15) a un collettivo di uomini e nel versetto 2:124 (16) ad una persona specifica, Abramo (Reeber, 1998).

Ulteriori elementi si ritrovano nella Sunna, dove comunque la funzione dell'*imām* non è centrale ed è presentata come transitoria ed intercambiabile: poche cose, infatti, distinguono l'*imām* dal fedele ordinario, anzi le condizioni per essere *imām* sono più o meno rigide, soprattutto nei termini di validità della preghiera, a seconda delle opere e delle scuole del *fiqh*. In linea generale un *imām* deve essere musulmano, conoscere il Corano (condizione che comunque non invalida la preghiera), essere adulto (ma non tutte le scuole sono d'accordo), nominato con l'accordo implicito o esplicito e, se possibile, con il consenso unanime della comunità (ma la mancanza di tale consenso non invalida la preghiera), e maschio, anche se ci sono diverse posizioni relative a quest'ultimo requisito (17).

Un embrione di istituzionalizzazione dell'imamato nella preghiera potrebbe derivare dalla prescrizione che a guidare la preghiera sia il capo della casa, che, anche qualora non sia particolarmente esperto, è investito di autorità morale: per estensione la persona chiamata a guidare la preghiera in una moschea è l'*imām* preposto in maniera continua a quella moschea.

In teoria, quindi, chiunque può fungere da *imām* e in effetti, all'inizio, il suo ruolo consisteva nel dirigere la preghiera rituale nella moschea e terminava, di fatto, con la fine della preghiera. Già nei primi decenni dopo la morte del Profeta, però, i suoi successori cominciarono a nominare uomini strettamente legati ad una moschea per l'animazione della preghiera, per la preghiera del venerdì, per insegnare nelle scuole coraniche, per occuparsi di atti giuridici come contratti di matrimonio o rituali come la sepoltura e per rispondere alle questioni morali dei credenti (Bausani, 1995).

Nell'epoca contemporanea, nei paesi a maggioranza musulmani, ogni moschea ha un *imām* che, però, come dimostrato da studi condotti in particolare nell'area maghrebina, ricopre un ruolo secondario, limitato agli aspetti tecnici relativi alle pratiche di culto, la cui capacità di autonomia nella predicazione è generalmente inquadrata in maniera rigida e controllata dallo Stato. Questa stretta sorveglianza delle moschee e del personale ad esse attribuito è in parte conseguenza dell'effervescenza che le ha



circondate negli anni '70 e '80, quando moschee libere erano utilizzate come base e tribuna dei movimenti islamisti, inducendo successivamente i regimi musulmani ad assegnare loro una funzione strettamente culturale (Godard e Taussing, 2007).

Al di fuori dello spazio tradizionalmente musulmano e, nel caso specifico, nell'ambito della diaspora europea, il campo di intervento dell'*imām* si amplia: moschee e luoghi di culto assumono sempre più una valenza simbolica e strategica fondamentale a livello comunitario ed identitario, diventano il luogo del riconoscimento pubblico - sia sociale che istituzionale dell'*islām* e dei musulmani, un punto di riferimento in termini di solidarietà, di incontro, di sostegno e di dibattito.

Allo stesso modo, l'*imām* cumula funzioni religiose, culturali, educative, politiche, sociali e civili: egli si occupa non solo delle preghiere, ma dell'educazione dei giovani e dell'accompagnamento spirituale dei fedeli; è mediatore sociale e culturale nei quartieri più difficili, dove funge da filtro tra i giovani, la polizia e le famiglie (Bouzar, 2001); è chiamato direttamente a dare consigli e sostegno individuale e collettivo sulla religiosità nella vita quotidiana.

La descrizione dell'imamato offerta dalla *Charte du Culte Musulman en France* (18), riprende questo ampliamento funzionale all'articolo 20: *imām* è colui che nella moschea “*dirige la preghiera rituale cinque volte al giorno, organizza le preghiere speciali ed prepara il sermone per la preghiera del venerdì. Oltre alla direzione della preghiera, il suo ruolo è anche pedagogico: si occupa dell'insegnamento del Corano e della Sunna, dispensa l'educazione religiosa. Consacra un'attenzione particolare al coniugare lo sforzo costante di riflessione e di ricerca con un'altra funzione sensibile e preziosa per i fedeli: trovare delle risposte appropriate alle questioni legate agli aspetti giuridici o rituali della vita dei musulmani nel contesto della società francese; risposte compatibili con le esigenze di fede e rispettose della legge della Repubblica e della realtà dell'ambiente sociale. L'imām deve avere un comportamento morale e sociale esemplare, possedere una formazione riconosciuta e una buona conoscenza della lingua francese, informarsi sui problemi sociali, familiari ed individuali della sua comunità, mantenere in tutte le circostanze, specialmente sul piano politico, la neutralità inerente alla sua carica e alla separazione tra culti e stato*” (19).

Se la crescita delle funzioni dell'*imām* è comprensibile in termini bergeriani, essa apre questioni e prospettive che riguardano, in generale, l'inquadramento del personale culturale afferente ad una religione tradizionalmente priva di un sistema univoco di rappresentanza e di istituzionalizzazione del credo, e, più in particolare, due livelli discorsivi: *in primis* è necessario verificare se gli *imām* presenti sul territorio europeo siano cognitivamente pronti ad assolvere queste funzioni e se non sia necessaria una riformulazione dell'imamato, in considerazione della condizione minoritaria dell'*islām*. In questo senso, è fondamentale analizzare i percorsi ed i programmi formativi dedicati agli *imām*, valutandone la congruenza rispetto alle nuove istanze. Un secondo problema riguarda specificamente lo status economico, giuridico e sociale del personale religioso nell'ambito delle legislazioni nazionali e/o comunitarie, che, se sistematizzato, potrebbe garantire una certa sicurezza finanziaria e di ruolo, nonché l'effettiva indipendenza e neutralità richiamata dalla *Charte du Culte Musulman en France*.



Gli imām in Francia: approccio socio-demografico

Non è facile dare conto dell'effettivo numero degli *imām* francesi, né dei musulmani praticanti in Francia ai fini della valutazione della congruenza del numero dei primi rispetto ai secondi. Il computo dei musulmani è complicato da una legge del 1872 che, in base al principio di laicità, vieta i censimenti su base confessionale o etnica. In mancanza di cifre ufficiali (20), alcuni studi si sono basati sulla stima dei cosiddetti musulmani sociologici, «*personnes susceptibles d'être musulmanes par filiation*» (21), immigrati e francesi originari di paesi in cui l'islām è la religione dominante, approccio che dà origine a dati fortemente inesatti: il criterio dell'origine etno-nazionale esclude, infatti, dal novero dei musulmani i francesi convertiti, gli harkis e i musulmani francesi d'Algeria, includendo cristiani, ebrei, atei o agnostici originari di paesi a maggioranza musulmana. Altri studi considerano come criterio la dichiarazione, rilevata attraverso sondaggi, di essere musulmani (22) o l'adesione alle pratiche culturali. Anche quest'ultimo criterio risulta, però, poco affidabile: generalmente la pratica considerata come discriminante, in analogia con il cristianesimo, è la partecipazione alla preghiera del venerdì, laddove essa non è tradizionalmente considerata obbligatoria dalle donne, e, nel quotidiano, potrebbe essere impedita da impegni lavorativi (23). Seguendo il criterio utilizzato da Godard e Taussing (2007) e incrociando a forbice le statistiche sui musulmani sociologici e i sondaggi sulle pratiche, si contano circa 5 milioni di musulmani in Francia, di cui 1.5 milioni Algerini di nazionalità o d'origine, 1 milione Marocchini, 400.000 Tunisini, 340.000 originari dell'Africa sub-sahariana, 313.000 Turchi, 70.000 originari d'Asia (in maggioranza Iraniani e Libanesi) e una minoranza presente nei Territori d'Oltremare. A questi vanno aggiunti un numero estremamente variabile di Francesi convertiti, tra i 40.000 e i 140.000. Quanto alla pratica, l'inchiesta dell'IFOP «*Enquête sur l'Implantation et l'Évolution de l'Islam de France*» (24) del 2009 riferisce che tra le persone di origine musulmana il 33% si definisce praticante, il 38% credente non praticante. (25)

Anche il censimento degli *imām* risulta assai problematico, soprattutto perché legato a quello dei luoghi di culto, che, incentrato su moschee ufficiali grandi e medie, ignora i numerosi luoghi di culto ufficiosi allestiti in piccoli capannoni, garage o scantinati di condomini. Secondo l'indagine del Ministero degli Interni del 2004, i luoghi di culto riconosciuti in Francia sono circa 1.800, guidati da 1.026 *imām*, 555 dei quali esercitano il loro ufficio regolarmente, 318 *imām khatīb* e 153 *imām* occasionali. Gli *imām* marocchini sono i più numerosi, circa il 31,3 % del totale, che arriva fino al 40%, considerando che la maggior parte degli *imām* di nazionalità francese è composto da Marocchini naturalizzati (26). Seguono gli *imām* algerini (circa il 20,3%), gli *imām* di nazionalità francese (19,8%, circa 203, di cui solo 30 giovani di seconda generazione). Circa il 13% sono gli *imām* turchi, mentre minoritari sono i rappresentanti dell'Africa Occidentale (Maliani, Senegalesi, Mauritani, Burkinabè), ai quali andrebbero aggiunti però un numero non definibile di marabut, afferenti alle diverse confraternite (*qādiriyya*, *tijāniyya*, *murīdiyya*). Residuale è, infine, la presenza di *imām* provenienti dal Vicino e Medio Oriente.

Solo 49 *imām* hanno meno di 30 anni, 512 tra i 30 e i 50 anni e 465 più di 50. Considerando che, come rilevato dal sondaggio IFOP, il 63% dei musulmani di Francia ha meno di 34 anni, va sottolineata l'enorme distanza anagrafica tra l'età del personale



di culto e quella dei fedeli. Per quanto riguarda poi la lingua francese, meno del 30% degli *imām* ne ha una buona conoscenza, mentre il restante 70% oscilla tra una conoscenza media e la totale impossibilità di esprimersi (Sellam, 2006; Godard e Taussing, 2007).

Al computo degli *imām* vanno aggiunti coloro che, ogni anno, arrivano sul suolo francese, su chiamata diretta delle moschee o delle federazioni musulmane (27), a sostegno della gestione di eventi e feste particolari: nel 2008 circa 200 sono stati invitati dal CFCM (*Conseil Français du Culte Musulman*) dall'Algeria e dalla Turchia, in occasione della festa della rottura del digiuno (*īd al-fitr*) (28).

I due terzi degli *imām* esercitano a titolo volontario e a margine di ulteriori attività, gli altri vengono in genere finanziati totalmente o parzialmente da associazioni locali o direttamente da stati esteri. In particolare, gli *imām* marocchini hanno lo status economico più precario: essi sono per la maggior parte *imām* predicatori e itineranti, riconducibili alla organizzazione Tablīgh (29), o operai in pensione e diplomati di *madrassa* secondarie marocchine, cooptati su base etno-regionale. Circa la metà degli *imām* algerini sono, invece, funzionari dello Stato, in missione quadriennale presso la GMP (*Grande Mosquée de Paris*) (30). Il controllo dello stato di origine sugli *imām* turchi è ancora più forte: questi, spesso diplomati in una università islamica turca e quasi mai francofoni, per circa la metà sono inviati presso associazioni turche che ne fanno richiesta tramite la DITIB (*Diyanet isleri türk islam birliği*) (31) in Francia, che li gestisce direttamente; l'altra metà fa quasi del tutto riferimento al movimento Milli görüş (32) (Godard e Taussing, 2007). La presenza discreta degli *imām* turchi rispecchia il diverso percorso storico-migratorio di questa comunità nel contesto francese, arrivata relativamente di recente, in un paese con il quale non condivide forti legami coloniali. Gli *imām* turchi sono generalmente più inquadrati e più preparati degli *imām* magrebini, ma partecipano meno attivamente al processo di inculturazione, essendo di fatto organizzati nel contesto di una gestione fortemente etno-comunitaria.

La formazione degli *imām* in Francia: cenni storici

A fronte dell'evoluzione dell'imamato e delle nuove istanze sociali e politiche ad essa collegate, gli *imām* risultano, quindi, in numero non sufficiente, per lo più impreparati sulla società francese, con scarsa o nulla padronanza della lingua, sottopagati o non pagati affatto, e, di conseguenza, con legami molto forti con i paesi d'origine in termini sia culturali che finanziari. Proprio quest'ultimo elemento si è rivelato particolarmente rilevante nel dibattito, all'inizio estremamente politico, che, a partire dagli anni '80, ha rispecchiato le preoccupazioni dei poteri pubblici di dotare l'islām di una rappresentanza centrale unificata e di un personale organizzato, con una formazione adatta alle sue missioni e alla società circostante, in grado di opporsi alle derive fondamentaliste, o presunte tali, in particolar modo in relazione ai giovani (Fregosi, 2005). Solo negli anni '90, questo dibattito venne inserito nell'agenda delle organizzazioni musulmane (33) di Francia, che, concentrate sull'ottenere un riconoscimento pubblico a livello centrale, sembravano aver trovato fino ad allora del tutto adeguata la filiera tradizionale di importazione dei quadri religiosi dai paesi d'origine, come la presenza di anziani *imām* volontari, spesso autodidatti e autoproclamati, con una formazione religiosa minima. In risposta alle sollecitazioni politiche ed istituzionali, nascono, così, i primi tre istituti privati di formazione: nel



1991, l'Institut Européen des Sciences Humaines (IESH), a Château-Chinon, che inizia la sua attività nel 1992; nel 1993, l'Université Islamique de France (UIF), trasformatasi poi in Institut d'études islamiques de Paris (IEIP), che chiuderà definitivamente nel 2002; nel 1994, l'Institut Musulman de la Mosquée de Paris (IMMP) al-Ghazālī inaugura una sezione per la formazione degli *imām*. L'anno dopo a Saint Ouen apre una sede francese dello statunitense International Institute of the Islamic Thought (IIIT), di ispirazione neo-riformista.

Negli anni seguenti i differenti governi si impegnano a sostenere i tentativi di istituzionalizzazione della formazione degli *imām* organizzando gruppi e consulte miste di lavoro tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni musulmane (da cui generalmente sono esclusi gli *imām*), soprattutto dopo che i fatti dell'11 settembre 2001 riaccendono le preoccupazioni riguardo ai percorsi religiosi di alcuni giovani coinvolti da militanti di scuole letteraliste di origine pakistana e riguardo all'influenza della retorica wahhabita (34). I lavori delle diverse commissioni però si arenano sulle reticenze rispetto al finanziamento pubblico delle eventuali università e/o centri di formazione, sulle preoccupazioni espresse da una parte della gerarchia cattolica, sulla possibile forma giuridica di un eventuale istituto di teologia musulmana e sulla difficoltà di determinare un'unica autorità religiosa di riferimento.

Nel 2003 viene creato un comitato di esperti, composto da storici, giuristi, islamologi, ricercatori, membri del CFCM (ad esclusione degli *imām*), con il compito di elaborare riflessioni e proposte operative sull'aggiornamento degli *imām* già esercitanti, sulla forma giuridica dell'eventuale centro di formazione e sulla definizione di programmi di insegnamento che unissero scienze islamiche classiche e insegnamenti moderni (linguistica comparata, critica storica della laicità e delle istituzioni pubbliche, sociologia delle religioni, diritto civile). Vista la presenza del CFCM, ufficiosamente sarebbe stata questa istituzione a realizzare il progetto, che, finora, non ha visto la luce. Egualmente naufragato, anche se più volte riproposto, è il progetto ormai ventennale, sostenuto da diversi intellettuali francesi (musulmani e non), tra i quali Mohammed Arkoun, di creare un corso universitario di teologia musulmana all'Università di Strasburgo, sulla struttura del corso di teologia cattolica e protestante (Fregosi, 1998). Nel frattempo però sono nati diversi istituti privati superiori musulmani, come l'*Istitut Avicenne* di Lille o l'*Institut Méditerranéen d'Etudes Musulmanes* (IMEM) di Marsiglia, in seno al quale si inserisce la formazione dei quadri religiosi, sebbene ancora in maniera informale dal punto di vista sia didattico che giuridico.

Ad oggi sono ancora solo due gli istituti privati in grado di rilasciare effettivamente un diploma di *imām*: l'Istituto al-Ghazālī e l'IESH.

L'Istituto al-Ghazālī e l'IESH: una valutazione comparata dei programmi di formazione

L'Istituto al-Ghazālī e l'IESH hanno caratteristiche endogene profondamente diverse. Il primo ha cercato di proporsi fin dalla sua costituzione come il luogo dell'islām moderato e del rinnovamento teologico, nell'ambito del quale la formazione ha l'obiettivo dichiarato di “contribuire alla formazione dei quadri religiosi così necessari all'islam di Francia, in uno spirito universitario e culturalmente aperto”, (35) in modo



da creare un personale di culto in grado di combattere il proselitismo di gruppi sospetti tra i giovani.

L'IESH, dal suo canto, è stato più volte tacciato di avere un forte legame ideologico con i Fratelli Musulmani; in effetti i suoi rapporti finanziari e politici con l'UOIF, considerata l'espressione francese del movimento, e la presenza nel consiglio di amministrazione di *'ulamā'* conosciuti del mondo arabo per il loro attivismo o sostegno al movimento (in particolare Yūsuf al-Qaradāwi) non favoriscono un cambiamento di prospettiva da parte dei poteri pubblici e di alcune associazioni musulmane (Fregosi, 2005). Ciononostante, i due istituti hanno in comune la forte dipendenza dai finanziamenti esteri sotto forma di donazione o accordi di partenariato (36) e la doppia logica che sottende la formazione proposta di arabizzazione e islamizzazione (Fregosi, 1998), o meglio, vista la particolare attenzione ai giovani, di re-islamizzazione.

Questi due elementi sono rilevabili nell'impostazione dei programmi offerti: tutti gli insegnamenti ad orientamento teologico e giuridico sono dispensati da insegnanti musulmani esclusivamente in lingua araba classica, limitando implicitamente la possibilità sia di attrarre dei giovani musulmani nati in Francia, sia di utilizzare e approfondire pubblicazioni dedicate all'islām in lingua francese. Di fatto, quindi, l'insegnamento finisce per indirizzarsi a giovani musulmani già attivi nel campo religioso, che hanno seguito scuole coraniche e sono in grado di utilizzare l'arabo classico come prima lingua.

Inoltre, in contrasto con la volontà dichiarata di rendere la formazione aperta e adatta al contesto, i due istituti, con gradi differenti, permangono fortemente teologici e tendono a valorizzare la dimensione normativa (*fiqh* e *sharī'a*,) dell'islām a detrimento di quella spirituale.

Analizzando i programmi di studio (37), gli insegnamenti possono essere raggruppati in tre macro-aree: teologica, giuridica e culturale. In entrambi gli istituti, ma più marcatamente all'IESH, l'area teologica è dominata dalla tradizione malikita (38) (maggioritaria nei paesi del Maghreb, ad esclusione della parte orientale dell'Egitto), cui afferiscono gli insegnamenti di memorizzazione (*hifz*), ortoepia (*tajwīd*) del Corano (39), Scienze del Corano (*'ulūm al-Qur'ān*), Dottrina Islamica (*'aqīda*), Egesi coranica (*tafsīr*), Scienze del *hadith* (*'usūl al-hadith*).

La prevalenza della scuola malikita si fa più evidente nella macroarea giuridica dove nell'ambito degli insegnamenti di Giurisprudenza della Famiglia, Fondamenti della Giurisprudenza (*'usūl al-fiqh*), *hadīth* giuridici, Giurisprudenza delle Transazioni, Diritti di Successione, Giurisprudenza della Priorità, Finalità della *sharī'a*, i testi suggeriti sono pressoché totalmente di ispirazione malikita. Accanto a questi insegnamenti comuni, l'IESH aggiunge un corso su *fatwā* e Corti Giuridiche Contemporanee (*Qadāya fiqhiyya mu'āsira*).

Le differenze maggiori in questo ambito riguardano lo spazio al di fuori dell'ortodossia sunnita: l'Istituto al-Ghazālī affronta lo studio del pensiero non ortodosso (kharigiti, sciiti, mu'taziliti, ash'ariti, maturiditi) nel corso di Correnti del Pensiero Islamico e in quello di Sufismo, insegnamento esplicitamente dispensato in ragione della storia importante del sufismo in Francia, con riferimenti a testi di Jalāl al-din Rūmī e Ibn 'Arabī. All'IESH questo spazio si riduce notevolmente e si limita ad un insegnamento



significativamente chiamato Sette dell'islām, mentre il sufismo è parzialmente evocato nel corso Purificazione Spirituale (*tazqiya*), che utilizza testi di mistici considerati teologicamente corretti, tra i quali non figura, per esempio, Ibn 'Arabī (40) (Fregosi, 2005). In compenso, nella formazione trova ampio spazio il riformismo ortodosso di Rashīd Ridā, Mawdūdī e Hasan al Bannā - al quale è dedicato un corso specifico di *harakāt al-islāh*. I due istituti divergono ancora di più relativamente allo spazio che nella macroarea culturale è dedicato alla cultura occidentale. L'Istituto della Moschea di Parigi, prevede corsi di Filosofia Occidentale e di Scienze Umane, Psicologia sociale, Comunità Europea, Istituzioni Francesi, basati essenzialmente su dispense preparate dai professori e dalla portata alquanto limitata. Sono inoltre insegnate la lingua araba e la lingua francese, nonché elementi di traduzione, in relazione alla funzione teologica e religiosa dell'*imām*. Per quanto riguarda l'IESH, l'approfondimento della cultura occidentale non rientra nel biennio di formazione per *imām*, ma nel corso di Studi Islamici (propedeutico per chi sceglie di seguire tutta la filiera formativa presso l'Istituto) si rileva una certa attenzione - anche se ancora una volta di portata limitata - a materie come Psicologia, Sociologia, Tecniche della Comunicazione, Relazioni Internazionali, Civiltà Occidentale Contemporanea. In entrambi i percorsi mancano però riferimenti alla lingua francese.

La formazione degli *imām*: aspetti critici

La formazione proposta evidenzia molte lacune rispetto ai propositi dichiarati di voler sostenere la creazione di quadri religiosi in grado di guidare e predicare l'islām alla luce del contesto sociale di riferimento. In primo luogo, come già sottolineato, gli insegnamenti sulla società francese e sulle possibilità di adattamento del messaggio coranico a quest'ultima sono scarsi e non permettono di approfondire le questioni fondamentali dal punto di vista teologico, sociologico e politico. Uno spazio insufficiente è lasciato agli apporti dell'islamologia contemporanea e all'esegesi storico-critica delle fonti. In particolare, non si accenna alle opere degli intellettuali europei musulmani, quale, per esempio, Tariq Ramadan (41), da molti giovani musulmani considerato un riferimento fondamentale per comprendere come vivere coerentemente la propria fede nel contesto francese e come renderla una risorsa personale e sociale, il cui approfondimento, invece, potrebbe dotare i futuri *imām* di utili strumenti per affrontare le necessità della crescente comunità giovane adulta, nonché di orientamenti concettuali e teorici sulle specificità di un islām di Francia.

Inoltre, proprio in considerazione della centralità della figura dell'*imām* rispetto ai giovani musulmani, nei termini di strutturazione della plausibilità delle credenze, emergono ulteriori limiti, a cominciare dall'aspetto linguistico. L'insegnamento del francese nei programmi analizzati è marginale o completamente assente, come nel caso dell'IESH. Il problema del linguaggio si pone soprattutto in relazione agli *imām* già attivi sul territorio, arrivati in gran parte attraverso la filiera tradizionale, il cui aggiornamento non trova posto nei programmi analizzati. A livello locale, alcune associazioni e moschee musulmane si sono auto organizzate, sostenendo l'iscrizione dei propri *imām* a facoltà delle Università Francesi, invitando esperti specialisti (storici, teologi e sociologi) per attività seminariali, o organizzando veri e propri corsi e, nel frattempo, dividendo strategicamente i ruoli di *imām khatīb* (generalmente francofono) e *imām* delle cinque preghiere.



Ma la formazione proposta risulta insufficiente anche nei confronti dei bisogni religiosi della comunità musulmana tutta. L'insistenza sul credo e sulla giurisprudenza malikita, pur essendo in linea con la prevalenza ancora forte in Francia di comunità etno-nazionali nord africane, presenta rischi in termini di comunitarismo, considerando il processo di eterogeneizzazione delle migrazioni e la relativa diversificazione dei paesi di partenza e, quindi, delle scuole giuridiche di appartenenza dei credenti, potrebbe ben presto risultare del tutto inadatta: l'attenzione su una sola lettura, una sola scuola giuridica e un solo modo di essere musulmani rischia, infatti, di creare conflitti e situazioni paradossali (42).

La scollatura evidente tra la formazione proposta e la possibilità di trovare un lavoro remunerato in maniera congrua rende, infine, difficile che il percorso formativo proposto possa attrarre i giovani, al di là della volontà di approfondire la conoscenza del proprio credo: di conseguenza, da una parte, nei due istituti analizzati il numero degli studenti (nel 2006 circa 150 frequentanti all'IESH e 200 all'Istituto al-Ghazāli (43)) è inferiore alle previsioni e al bisogno, come dimostrato dal ricorso continuo a *imām* di "sostegno" per le feste annuali; dall'altro, la possibilità che a diventare *imām* siano musulmani nati e cresciuti in Francia, è limitata, laddove, essendo essi stessi parte del processo di inculturazione, sarebbero più adatti dal punto di vista linguistico e cognitivo.

Lo status dell'*imām* in Francia: problemi socio-politici e giuridici

La questione della retribuzione economica degli *imām* introduce la problematica più ampia dello status sociale, giuridico ed economico dei quadri religiosi musulmani francesi, nel contesto generale della necessità e della problematicità per il culto musulmano di dotarsi di mezzi che ne assicurino un'autonomia piena ed intera, rispetto alle istituzioni nazionali e internazionali (Buffin, 1998).

La tradizione classica prevede che gli *imām* siano retribuiti solo per le funzioni amministrative, giuridiche ed educative e non per quelle liturgiche e, in questo senso, l'ampliamento del mandato potrebbe garantire loro un buon status salariale, giustificato dal punto di vista teologico e giuridico. Di fatto, però, in Francia la situazione è estremamente eterogenea: la gestione delle moschee e dei luoghi di culto assume la forma giuridica di associazione, ed è l'associazione a pagare del tutto o parzialmente l'*imām*, che, quindi, dipende totalmente dal presidente o dall'amministratore della stessa. Una posizione salariale così precaria è difficilmente compatibile con la neutralità auspicata dalla *Charte du Culte Musulman en France*.

Gli *imām* occasionali o itineranti spesso non sono retribuiti o ricevono qualche compenso non ben definito: molti sono coloro i quali guadagnano in modo informale attraverso la remunerazione di certe funzioni, come la pronuncia della *fātiha* (sura aprente) ai matrimoni o l'accompagnamento della sepoltura, fungendo da intermediari presso le agenzie di viaggio in occasione del pellegrinaggio o implementando pratiche magico rituali, come la costruzione, prevista dalla scuola malikita, di amuleti (*ma'adha*), sottoforma di ciondoli contenenti versetti del Corano, pratica che costituisce una fonte di reddito non trascurabile (Buffin, 1998). Molti *imām*, come già sottolineato, percepiscono il salario direttamente da paesi musulmani, ma anche laddove il pagamento sia indiretto (laddove, cioè, il paese estero sostenga l'associazione e



attraverso di essa la moschea e il suo personale di culto) è evidente che si creino le condizioni per la perpetuazione di un legame di forte dipendenza, se non di controllo, tra paese finanziatore e imamato francese. Questo problema riguarda l'intera filiera, in prima istanza gli istituti di formazione, e si riflette direttamente nella scelta degli insegnanti, degli insegnamenti e dell'impostazione teologica dei corsi: la prevalenza della scuola malikita dipende anche dal coinvolgimento economico e politico degli Stati del Maghreb, attraverso ambasciate, enti benefici e Università.

Eppure, come sottolinea Messner (1998), alcuni strumenti giuridici del diritto francese permetterebbero una relativa indipendenza della formazione e dei luoghi di culto dai finanziamenti esteri. Storicamente, cristianesimo ed ebraismo hanno beneficiato di un sostegno iniziale da parte dello stato per la creazione di seminari o scuole teologiche anche private, mentre, l'islām, riconosciuto come religione solo sul territorio algerino, non ha mai avuto alcun sostegno. Questo precedente, stabilito con altri credi, aprirebbe margini di intervento, se coniugato con una interpretazione non negativa del principio di laicità e di neutralità religiosa, spesso invocato per contrastare la creazione di una facoltà di teologia musulmana.

Nel campo educativo, santuario della laicità francese, l'interpretazione negativa finisce per non corrispondere alle disposizioni legislative e regolamentari effettivamente applicate: se l'amministrazione è tenuta a rispettare la libertà dell'insegnamento religioso, si deve anche assicurare che questa libertà possa esercitarsi pienamente. E' questa la *ratio* che soggiace ai finanziamenti che, in deroga all'interpretazione restrittiva del principio della neutralità dello stato, vengono accordati regolarmente sia a scuole private confessionali, sia a istituti di insegnamento superiore privato confessionale, sia alle facoltà di teologia degli istituti cattolici e degli istituti protestanti. Il problema ostativo, evidenziato dall'autore e da molti altri osservatori, è, quindi, quello della mancanza di un interlocutore rappresentativo degli *imām* e dell'islām francese in generale. L'Institut Musulman de la Mosquée de Paris si è mosso in tal senso strutturando un embrione di organizzazione di culto con a capo il *Gran Muftī* della Moschea di Parigi, cui fanno capo 6 *mufitī* regionali, cui fanno capo formalmente i vari *imām* di una stessa regione. Questo controllo si esercita, però, solo sulle moschee che riconoscono la leadership della Moschea di Parigi. Altre organizzazioni musulmane ne hanno, comunque, seguito l'esempio: nel 1996, l'effimero *Haut Conseil des Musulmans de France* (HCMF) crea il *Conseil National des Imams*, per occuparsi delle istanze teologiche del detto consiglio e, l'anno dopo, la *Fédération Nationale des Musulmans de France* (FNMF) si dota della *Coordination Nationale des Imam et Guides Religieux* (CNIGR).

Nello stesso tempo, la mancanza di un'istanza regolatrice unica provoca una gestione precaria dello status giuridico degli *imām*. Per quanto riguarda coloro i quali hanno nazionalità straniera, sia esercitanti sul territorio, sia chiamati occasionalmente per gestire eventi particolari, la situazione amministrativa, oltre alle difficoltà derivanti dalla regolamentazione dell'immigrazione in generale, risente dell'assenza di un quadro di riferimento che stabilisca i criteri di attribuzione del titolo di soggiorno per il personale cultuale. La conseguenza è che spesso l'autorità amministrativa, non potendo, in base alla legge sulla laicità del 9 dicembre 1905, intervenire direttamente, si regola caso per



caso, coniugando, più o meno arbitrariamente, criteri di ordine pubblico, notorietà dell'interessato e necessità dei luoghi di culto.

Tutti gli *imām*, indipendentemente dalla loro nazionalità, hanno, inoltre, difficoltà di inserimento nelle misure di protezione sociale, di cui beneficiano le altre religioni. La legge del 19 ottobre 1945 prevede che a tutti i Francesi e a tutti gli stranieri residenti in Francia spetti una copertura sociale, comprendente l'assicurazione per la malattia, la pensione di anzianità, il diritto al sussidio familiare. La legge del 2 gennaio 1978, relativa al regime di sicurezza sociale dei ministri di culto, ha previsto delle disposizioni particolari per il personale religioso, i membri di congregazioni e di collettività religiose, che non dispongano di altra copertura di sicurezza sociale. Sono state quindi create due casse: la CAMAC (*Caisse Mutuelle d'Assurance Maladie des Cultes*) che copre l'assicurazione malattia e la maternità e la CAMAVIC (*Caisse mutuelle d'Assurance Veillesse des Cultes*) che assicura le pensioni di anzianità, reversibilità ed invalidità.

Ancora una volta, in base alla legge sulla laicità, spetta a ciascun culto fissare e precisare la propria nozione di ministro ed indicare i membri ai quali, secondo criteri definiti, è conferita la funzione di guida della comunità religiosa.

In mancanza di un'istituzione centrale islamica, manca, quindi, l'autorità che qualifichi il ministro del culto musulmano, impresa particolarmente ardua se si considera la gamma eterogenea di posizioni e status giuridici e finanziari, cui afferiscono gli *imām*: in questo modo solo coloro i quali sono salariati e non risultano soci dell'associazione culturale possono beneficiare della previdenza sociale in base alla legge del 1945 (44) (Buffin, 1998).

Conclusioni

Il problema dell'inquadramento del personale religioso musulmano è particolarmente complesso e si situa al crocevia di preoccupazioni politiche da parte di istituzioni pubbliche e organizzazioni culturali in Francia e nei Paesi a maggioranza musulmana, di questioni teologiche e pratiche che riguardano l'organizzazione del credo in generale, di contrapposizioni etno-nazionali e di sollecitazioni che provengono dalla comunità musulmana di Francia e dai giovani in particolare. Intanto, a fronte dell'instabilità e della precarietà dell'istanza rappresentativa e di mediazione, gli *imām* vedono apparire altre figure sulla scena nazionale ed europea che, di fatto, adempiono alla funzione, che abbiamo definito nucleare del potere religioso, di dire e rinnovare memoria e che rispondono alle necessità derivanti dall'inculturazione del credo musulmano. Non tutte queste figure rientrano nelle categorie classiche del credo musulmano: accanto all'*islām* pietista degli *imām* Tablīgh predicatori, spesso senza moschea fissa, che esercitano un forte ascendente, soprattutto nei quartieri popolari, si trovano *imām* virtuali, più o meno famosi, consultati sul web per consigli giuridici e pareri sul vivere quotidiano, che di sovente rivelano un'impostazione letteralista e ortodossa di stampo wahhabita.

Alcuni intellettuali musulmani, come il già citato Tariq Ramadan, i cui discorsi, messaggi e teorizzazioni sull'*islām* d'Europa sono largamente diffusi attraverso libri, audiocassette, cd, opuscoli e conferenze, e altri numerosi attivisti, uomini e donne, generalmente di origine immigrata, ma nati e/o cresciuti nei paesi europei, diffondono un messaggio di ispirazione neo-riformista che arriva al punto di sconoscere le figure



classiche di mediazione religiosa, e gli *imām*, in particolare, dichiarandole non sostituibili alla capacità di impegno dei musulmani di base.

Fa riflettere che la forza di questi attori sembra risiedere proprio in quegli ambiti in cui si evidenziano i maggiori problemi relativi alla formazione e allo status degli *imām*: l'uso del francese come lingua di comunicazione religiosa, l'enfasi sull'indipendenza dell'islām di Francia dai poteri statuali e culturali dei paesi musulmani, il fatto di risultare, soprattutto nel caso degli intellettuali, portatori essi stessi di inculturazione, espressione vivente dell'essere musulmani d'Europa.

Note

1. Questo articolo è parte di una ricerca in corso di svolgimento, presso il Dipartimento di Sociologia e Scienza Politica dell'Università della Calabria, sul processo di inculturazione dell'islām in Europa, esaminato attraverso le rappresentazioni, le pratiche e le dinamiche di giovani tra i 18 ed i 36 anni, figli e figlie di immigrati di origine magrebina. Nell'analisi un particolare rilievo viene dato ai canali di informazione e diffusione dell'islām d'Europa, in particolare gli *imām*, le nuove tecnologie e gli intellettuali musulmani.

2. Ai fini dell'analisi saranno presi in considerazione soltanto i musulmani immigrati o di origine immigrata. Ricordiamo che l'islām d'Europa è composto da diverse anime: dal punto di vista socio-demografico, oltre ai musulmani propriamente d'Europa, in gran parte di Albania e di paesi dell'area balcanica, la categoria dei musulmani europei comprende immigrati musulmani, discendenti di immigrati musulmani, convertiti, discendenti di convertiti, coppie religiosamente esogame e figli di coppie esogame; dal punto di vista teologico, vi sono rappresentate diverse scuole giuridiche, diverse confraternite, diverse lingue, diverse tradizioni.

3. L'insieme delle spiegazioni, delle giustificazioni e delle teorie più o meno coerenti e sistematiche che sorreggono le concezioni sul mondo costituisce la loro legittimazione. Unendo il consenso sociale, i discorsi e le legittimazioni alla base di una certa concezione, abbiamo la struttura di attendibilità della concezione stessa. (Berger, 1970).

4. Berger (1994) elabora il concetto di inculturazione, mutuandolo dagli studiosi delle missioni cristiane, e lo riferisce al processo di adattamento sociale e culturale subito dalle chiese originariamente occidentali, stabilite in ambienti non occidentali.

5. Sul significato e la rilevanza dell'*ijtihād* e più in generale sull'islām sunnita del periodo classico vedi Ventura (2002).

6. D'altra parte, nell'era moderna e contemporanea, è stato il protestantesimo che per primo ha subito l'attacco della secolarizzazione e che per primo si è adattato a una società in cui esistevano fedi diverse, scontrandosi con le sue sfide conoscitive.

7. Durkheim (1971 [1912]), in *Le Forme Elementari della Vita Religiosa*, sottolinea che anche nelle società meno organizzate ci sono generalmente uomini che, a causa dell'importanza del ruolo sociale che rivestono, sono designati per esercitare un'influenza direttrice sulla vita religiosa.



8. Storicamente la figura dell'*imām* risulta differente presso i musulmani sciiti vedi Bausani (1995); per un approfondimento, invece, della figura di guida spirituale nel sufismo, vedi Geoffroy (1998).

9. Chiaramente questo tipo di concezione si adattava alla situazione immediatamente successiva alla scomparsa del Profeta ed, in particolare, al periodo dei califfi ben guidati (*al-khulafā' ar-rashidūna*), quando guida religiosa e guida politica della comunità coincidevano perfettamente.

10. «Sarà forse simile a loro colui che ha dietro di sé un testimonio divino e davanti a sé il Libro di Mosè guida (*imāman*) e misericordia?» (trad. Bausani, 1997).

11. «In verità, siamo Noi che suscitiamo a vita i morti e scriviamo quel che hanno operato e le tracce che lasciarono sulla terra: ogni cosa abbiamo computato in un archetipo chiaro (*fi- imāmin mubīnin*)» (trad. Bausani, 1997).

12. «E prima di questo il Libro di Mosè fu regola di vita (*imāman*) e segno di grazia» (trad. Bausani, 1997).

13. «E Noi ci vendicammo di loro, ed ecco quelle due città, chiari Segni esemplari (*imāmin mubīnin*)» (trad. Bausani, 1997).

14. «E un giorno chiameremo tutti gli uomini insieme con il loro Capo (*bi-imāmihin*), e coloro cui verrà dato il libro nella destra quelli lo leggeranno, e non sarà lor fatto torto neanche d'un filo» (trad. Bausani, 1997).

15. E che dicono: «Signore! Concedici nelle nostre spose e nella nostra progenie una frescura per gli occhi e facci modelli (*imāman*) pei timorati di Dio» (trad. Bausani, 1997).

16. «E quando il suo Signore provò Abramo in certe ingiunzioni e egli le obbedì e Dio gli disse “In verità io ti farò principe (*imāman*) del popolo” ed egli chiese: “E che ne sarà della mia posterità?” “Il mio patto, rispose Iddio, non s'applica agli empi”». (trad. Bausani, 1997).

17. Nell'islām ortodosso esistono diverse posizioni sulla questione dell'imamato femminile: secondo Shāfi 'ī, imām fondatore della scuola Shafi'ita, le donne possono guidare solo la preghiera di altre donne, ponendosi non alla testa, ma al centro delle oranti, seguendo l'esempio di Umm Salama Hind e 'Ā'isha, mogli del Profeta. Nel caso in cui una donna diriga la preghiera di un gruppo misto la preghiera è valevole solo per le donne e non per gli uomini: tale prescrizione è basata su l'interpretazione del versetto 34 della sura 4 (Sura delle Donne) come “*Gli uomini hanno per missione guidare le donne*”. Tale interpretazione è, però, controversa: il verbo utilizzato nel versetto è *qawwāmuna*, essere preposti, e alcuni autori lo hanno interpretato piuttosto come “*Gli uomini hanno per missione di provvedere ai bisogni delle donne*”. Ahmad ibn Hanbal (fondatore della scuola giuridica hanbalita) sostiene, invece, che sia, comunque, riprovevole che una donna guidi la preghiera, anche se questo non ne invalida la preghiera stessa. Rispetto a questo punto, alcuni teologi giuristi come Sha'bi e Qatāda sono ancora più rigidi e sostengono che la preghiera guidata da una donna sia valida solo come preghiera supplementare; altri ancora la considerano del tutto proibita. Mālik ibn Anas (fondatore del rito malikita) sostiene che la guida della preghiera da parte di un imām donna è totalmente riprovevole, perché la stessa chiamata alla preghiera



(*adān*) è vietata alle donne. Ibn Qudāma (giurista hanbalita), basandosi sul fatto che la guida della preghiera è un dovere obbligatorio (*fard*) e come tale presuppone la totale uguaglianza fra uomini e donne nel suo svolgimento, sostiene sia riprovevole per le donne la sola chiamata alla preghiera, inappropriata, perché fatta a voce alta: a parte ciò le donne hanno il diritto di guidare la preghiera, ponendosi al centro per evitare di esporsi e coprendosi il capo, ma anche nel caso in cui non si attenessero a queste ultime prescrizioni, la preghiera rimarrebbe valida. (Stehly, 1998) Nel contesto europeo, la questione dell'imamato femminile si ripropone in relazione alle nuove istanze comunitarie che attribuiscono all'imām non più solo la funzione della guida della preghiera. E' nel senso di tale rivalutazione che vanno letti una rivalutazione i corsi - paralleli a quelli per imām - di cappellanato, che hanno per obiettivo di formare guide spirituali in grado di operare nelle carceri femminili, negli ospedali o nelle scuole. In questo senso, molte organizzazioni di donne in Francia da tempo sono impegnate nella predisposizione di corsi di arabo, di lettura ed esegesi coranica, di *fiqh*, nonché di incontri e seminari sull'adattamento del messaggio alla vita quotidiana: dalla preparazione del matrimonio, ai problemi di contraccezione, al comportamento da tenere in un ambiente lavorativo misto all'educazione dei bambini (Weibel, 1998).

18. La *Charte du Culte Musulman en France* fu redatta ufficialmente il 10 gennaio 1995, facendo seguito ai tentativi di istituzionalizzazione del credo musulmano dell'allora Ministro dell'Interno Charles Pasqua, da un comitato accademico, supportato da tre commissioni, una teologica, una giuridica ed una sociale. I principali membri della prima erano il rettore della Moschea di Parigi Dalil Boubaker e il presidente dell'*Union des Organizations Islamiques en France* (UOIF) Lhaj Thami Breze. I membri delle altre due commissioni erano essenzialmente sostenitori e/o salariati della Moschea di Parigi. Proprio l'egemonia dell'istituzione parigina e le continue dichiarazioni di fedeltà alla Repubblica presenti nel testo fecero naufragare la fragile alleanza messa insieme da Pasqua a sostegno dell'iniziativa e la Carta fu alla fine siglata dalla sola Moschea di Parigi (Godard e Taussing, 2007).

19. (T.d.R.), *Charte du Culte Musulman en France*.

20. Il dibattito sul problema delle statistiche etniche in Francia è stato approfondito nella *Revue Française de Sociologie* (2008/49 numéro 1). In particolare, si segnala il contributo di Shnapper (2008).

21. Cfr. Inchiesta realizzata da Michèle Tribalat nel 1992, per l'*Institut National d'Études Démographiques* (INED) e l'*Institut National de la Statistique et des Études Économiques* (INSEE).

22. In questo senso, il criterio discriminante si fonda spesso sul concetto weberiano relativo alla razionalità dell'agire e del pensare di carattere religioso, come dimensioni non escludibili dall'ambito dell'agire quotidiano in vista di scopi. Nella teoria di Weber, l'adesione a qualsivoglia credenza si spiega col fatto che il soggetto ha delle ragioni forti per crederci e che le credenze hanno senso per il soggetto. La causa dell'adesione alle credenze religiose, quindi, è da ricercare dal lato delle ragioni che il soggetto sociale, posto in un determinato contesto, ha di farle proprie: la razionalità, in questo senso, è cognitiva e valoriale (Weber, 1961 [1922]).



23. Un ulteriore criterio operativo per contare i musulmani praticanti è considerare la capacità dei luoghi di culto riconosciuti, al di fuori dei periodi di festa, quando di fatto questi luoghi attirano anche 5 volte più della loro capienza. Il problema di questo criterio è che da un lato anch'esso trascurava i luoghi di culto non ufficiali o non riconosciuti, dall'altro amplifica uno dei problemi politici più rilevanti in seno alle organizzazioni musulmane: il numero dei membri del CFCM (*Conseil Français du Culte Musulman*) cui ciascuna comunità ha diritto viene stabilito in base alla superficie dei luoghi di culto riconosciuti, il che ha spesso garantito una sovra rappresentazione della comunità marocchina (Godard e Taussing, 2007).

24. Il restante 34% si definisce “*di cultura musulmana*”. Ifop, *ANALYSE: 1989-2009. Enquête sur l'implantation et l'évolution de l'Islam de France*.

25. Il sondaggio considera praticanti coloro i quali adempiono alle 5 preghiere quotidiane.

26. Il numero relativamente elevato degli *imām* marocchini rispetto alla nazionalità prevalente in Francia (Algerini), si spiega anche con il fatto che essi non provengono da una tradizione di inquadramento statale del culto, nonché con l'influenza che sulla comunità marocchina ha il movimento pietista del Tablīgh, composto di *imām* predicatori itineranti, spesso non collegati ad alcuna moschea (Godard e Taussing, 2007).

27. Per un'analisi storica delle istituzioni e delle federazioni musulmane in Francia vedi Sellam (2006).

28. Le Bars, Stéphanie *Le Maroc a envoyé 150 religieux en France pour assurer le ramadan* su *Le Monde* 6 septembre 2008.

29. Il Tablīgh (*Jama'āt at-tablīgh: Società per la diffusione dell'islām*) è un movimento pietista e missionario, fondato in India nel 1927 da Muhammad Ilyās al-Qandahluī, il cui centro d'azione è a Raiwind nel Panjab. Attualmente guidato dallo Šaikh Sa'ad è diffuso in tutto il mondo ed è presente sul territorio francese dal 1968, punto di riferimento di circa 180 moschee su tutto il territorio nazionale. I suoi membri svolgono un'attività rilevante di proselitismo locale e ricoprono un ruolo importante nella re-islamizzazione dei giovani arabi ed africani. Il movimento si basa su sei principi: confessione di fede, preghiera, acquisizione della conoscenza di Dio, memorizzazione della conoscenza, sincerità, devoluzione del proprio tempo alla predicazione. La condanna morale della vita mondana, considerata dissoluta, arriva fino al distacco dal mondo e al suo totale rigetto. Per un approfondimento del ruolo religioso e sociale che i predicatori Tablīgh svolgono nei quartieri vedi Bouzar (2001).

30. La sigla GMP (*Grande Mosquée de Paris*) fa riferimento alla rete di circa 160 luoghi di culto facenti capo appunto alla Moschea di Parigi.

31. La DITIB (*Diyanet isleri türk islam birliği- Unione turco-islamica degli affari religiosi in Francia*) è la filiale ufficiale dell'Ufficio per gli affari religiosi, organo di gestione del culto musulmano in Turchia, sotto il controllo diretto del Primo Ministro, presente sul territorio francese dal 1986.

32. Il movimento Milli görüş (Tendenza Nazionale) è un movimento islamista turco vicino ai Fratelli Musulmani, i cui partigiani fondarono nel 1979 in Francia



l'associazione *Tendance nationale-Union islamique en France* (UIF) che per molto tempo fece parte dell'UOIF, prima di lasciare l'organizzazione e scindersi in due parti. La sua denominazione attuale è *Comitè islamique Milli görüş France* (CIMG-F) e vi afferiscono diversi luoghi di culto turchi sull'intero territorio francese.

33. Tra queste ricordiamo oltre ai già citati CFCM e UOIF, il Conseil de Réflexion sur l'Islam en France (CORIF), la Fédération National des Musulmanes de France, l'Haut Conseil des Musulmans de France (HCMF).

34. Tra il 1997 e il 2002, il governo Jospin sostiene i tentativi di istituzionalizzazione della formazione degli *imām*, organizzando un gruppo misto di lavoro tra amministrazione pubblica e organizzazioni musulmane, affinché desse consigli e raccomandazioni in materia di formazione, dai programmi agli eventuali partenariati con le università islamiche, alla creazione di un istituto di teologia musulmana o di un istituto di insegnamento superiore sul modello degli istituti cattolici. Nel 2002, Sarkozy, allora Ministro degli Interni del Governo Chirac, ritorna sulla necessità di una formazione all'interno di un istituto di insegnamento superiore sul modello degli istituti cattolici, sovvenzionato parzialmente dallo Stato, per la parte teorica, mentre la parte pratica doveva essere espletata in un contesto di tipo seminariale. Nello stesso tempo il Ministro dell'Educazione Luc Ferry incarica Daniel Rivet, direttore dell'*Institut d'études de l'Islam et des Sociétés du Monde Musulman* (IISMM), di scrivere un rapporto sull'effettiva possibilità di utilizzare le competenze dell'Università Francese per la formazione di *imām*, a fronte del quale viene creata una commissione interministeriale tra Ministero degli Interni, degli Esteri, dell'Educazione Nazionale e Primo Ministro (Godard e Taussing, 2007).

35. Guida dello studente 2009-2010, pag 3-4, Grande Mosquée de Paris.

36. L'Istituto al-Ghazālī ha stabilito accordi di partenariato con le Università di Algeri, di Costantina e di Adrar. Un accordo con il governo tunisino e con il governo libanese prevede l'istituzione di borse di studio, mentre altri accordi sono in fase di formalizzazione con l'università Al-Azhar e l'ambasciata dell'Arabia Saudita; l'IESH, il cui fondo bibliotecario è interamente donato dai Paesi del Golfo, riceve da questi regolari sovvenzioni, attraverso istituzioni ufficialmente non governative, famose per la loro diffusione di un islam puritano e rigorista (Fregosi, 1998).

37. I due istituti sono anche organizzativamente differenti: il corso dell'Istituto al-Ghazālī dura quattro anni, alla fine dei quali è indispensabile un anno di stage per il conseguimento del diploma ed è aperto a uomini e donne, i primi orientati all'imamato, le seconde al cappellanato. Relativamente a quest'ultimo, il programma non è comunque ben definito, visto il carattere innovativo della funzione e della formazione stessa di quadri religiosi femminili. In entrambi i casi i corsi sono dispensati la sera o nei week end. L'IESH dispensa un corso per *imām* della durata di due anni, interamente in arabo: l'ammissione al corso è infatti subordinata alla conoscenza della lingua. In effetti, all'IESH si rivolgono coloro i quali hanno già seguito corsi per in *imām* in strutture locali e in moschee, o persone che all'IESH hanno seguito il corso triennale di Studi Islamici e vogliono ufficializzare la propria preparazione con un diploma. Proprio per questo al fine di comprendere in modo approfondito la logica che sottende il corso di formazione per *imām* è dunque necessario riferirsi anche ai programmi dei tre anni propedeutici di Studi Islamici. I corsi sono intensivi e si svolgono in un contesto



assimilabile a quello dei seminari cattolici, secondo i ritmi religiosi musulmani e improntati fortemente alla morale islamica.

38. Le principali scuole giuridico - teologiche iniziarono a formarsi alla fine dell'VIII secolo e sono 4: hanafita, malikita, sciafiita e hanbalita. La scuola hanafita è basata soprattutto sull'uso del ragionamento e della speculazione nell'interpretazione dei testi e dà largo spazio tra le fonti della *sharī'ā* all'analogia (*qiyās*). Essa inoltre introduce tra i principi ispiratori l'"approvazione" (*istihsān*), ovvero la prevalenza nell'elaborazione della dottrina del singolo dottore, principio considerato troppo soggettivo dalle altre scuole. E' oggi quella numericamente più rilevante ed è estesa nel subcontinente indiano, in Asia Centrale, in Afghanistan, in Turchia e in Siria. La scuola malikita dà molta importanza alla tradizione relativa alla vita del profeta (*hadīth*), riconoscendo come base giuridica anche la nozione del consenso (*ijmā'*) inteso come consenso dei dotti di Medina, considerati per la loro posizione geografica i continuatori della comunità islamica originaria. E' oggi diffusa in Africa settentrionale e in parte in Egitto e in Africa Orientale. La scuola sciafiita tenta di fatto una mediazione tra soggettività e tradizione; seconda in termini di diffusione la troviamo in Egitto, Indonesia, Africa Orientale e Arabia Meridionale. La scuola hanbalita propugna il ritorno senza compromessi alla Sunna e al Corano, e proprio per la sua rigidità è oggi la meno diffusa: la ritroviamo soprattutto in Arabia Saudita e in alcune zone della Penisola Araba e del Golfo Persico (Ventura, A., 2002:110-119).

39. Nei primi secoli dell'islām erano diffuse diverse letture del Corano (*qirā'āt*) basate su tradizioni che si facevano risalire al Profeta, sulle quali non ci fu mai un tentativo di omogeneizzazione. Nell'VIII secolo ne furono riconosciute valide sette, di cui due hanno un seguito significativo oggi: quella Nāfi' di Medina diffusa prevalentemente in tutta l'Africa Settentrionale compreso l'Egitto Occidentale e quella 'Āsim di Kufa, praticata nel resto del mondo islamico. Quest'ultima, utilizzata nella versione stampa del Corano pubblicata nel 1923 per iniziativa del re d'Egitto, è divenuta pressochè universale in tutto il mondo islamico. In ogni caso le differenze tra le varie letture canoniche sono minime e riguardano più la recitazione rituale che il significato del testo (Ventura, 2002:91-92.).

40. Muhyī al-dīn ibn 'Arabī, nato a Murcia in Andalusia nel 1165 e morto a Damasco nel 1240, è uno dei massimi esponenti del sufismo, di cui ha segnato la storia. Scrittore ed autore controverso, è stato particolarmente discusso per la sua dottrina dell'unicità dell'essere (*wahdat al-wujūd*), successivamente sviluppata dai suoi discepoli. Secondo Ibn 'Arabī, l'essere è fondamentalmente unico, privo di ogni molteplicità interna o esterna. La sua apparente pluralità è dovuta al fatto che si esplicita in ricettacoli diversi: ogni essere è, così, il riflesso così di un archetipo immutabile contenuto nella mente di Dio, ma tutti gli esseri partecipano di una sola essenza. L'accusa che gli è stata mossa, in questo senso, era di negare la differenza tra le cose e Dio, arrivando a teorizzare una sorta di monismo o di panteismo. Negli ultimi decenni però la critica occidentale ha abbandonato questa prospettiva, rivalutando la fedeltà dei suoi scritti rispetto al Corano, alla Sunna e alla legge islamica (Ventura, 2002:190-193).

41. Tariq Ramadan, nato a Ginevra nel 1962, nipote di Hasan al Bannā, fondatore dei Fratelli Musulmani, è islamologo e professore universitario all'Università di Ginevra e all'Università di Oxford. Studioso controverso - accusato da più parti di adottare un



doppio linguaggio nei confronti dei musulmani e nei confronti dei non musulmani - ha al cuore della sua analisi di stampo neo-riformista la compatibilità tra islam e modernità, quest'ultima concettualizzata come distinta dall'occidentalizzazione, nonché le questioni connesse all'adattamento del messaggio coranico al contesto occidentale. È considerato un riferimento fondamentale dai giovani, ai quali si rivolge espressamente nei suoi discorsi e nei suoi libri, invitandoli a rivendicare la propria identità musulmana, impegnandosi, proprio in quanto musulmani e musulmane, in tutti i campi, giuridici, sociali, economici e politici. Tra le sue opere si segnalano: *Être musulman européen: Etude des sources islamiques à la lumière du contexte européen*, Ed. Tawhid, 1999; *Entre L'homme Et Son Coeur*, Ed. Tawhid, 2001; *Musulmans D'occident - Construire Et Contribuer*, Ed. Tawhid, 2004; *Muhammad Vie Du Prophète - Les Enseignements Spirituels Et Contemporains*, Archipoche Editions, 2008; *Mon Intime Conviction*, Presses Du Châtelet, 2009.

42. Tale fattore ripropone, inoltre, il problema della conoscenza della lingua francese nei confronti, non solo, delle nuove generazioni, ma anche, in considerazione dell'eterogeneizzazione dei flussi migratori, dell'affermarsi progressivo di una presenza islamica non arabofona.

43. Il dato comprende anche le donne e si riferisce alla quantità totale di frequentanti nell'anno 2006 e non alle nuove iscrizioni. Institut Européen des Sciences Humaines, *Historique e Charte du Culte Musulman en France*.

44. In questo senso va, però, sottolineato che le due casse pensionistiche speciali raramente trovano applicazione relativamente al personale di culto protestante ed ebraico: pastori e rabbini sono stati generalmente inglobati nel regime generale del 1945 senza che la qualità di salariati fosse loro espressamente riconosciuta. In particolare, malgrado il carattere puramente funzionale del ministero dei pastori protestanti, questi si sono visti rifiutare la qualità di salario in quanto il loro ministero pastorale doveva avere innanzitutto una finalità spirituale e non rientrava quindi nel Codice di Lavoro Ordinario. Pastori e rabbini con famiglia, però, hanno spesso l'interesse economico ad essere compresi nel Codice Generale del 1945, dal momento che i sussidi familiari rappresentano il 40% dei sussidi versati. Malgrado, quindi, la legge del 1978 si rivolga, secondo il principio di uguaglianza, a tutti i culti, nel 1995 le casse previdenziali avevano beneficiato per il 98,3% la sola Chiesa Cattolica (Messner, 1998).

Bibliografia

Allievi S. (2005), *Musulmani d'Occidente*, Carrocci, Roma.

Bausani, A. (introduzione, traduzione e commento a cura di) (1997), *Il Corano*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano.

Bausani, A. (1995), *L'Islam*, Garzanti, Milano.

Berger P.L. (1970) [1969], *Il Brusio degli Angeli*, Il Mulino, Bologna.

Berger P.L. (1994) [1992], *Una Gloria Remota. Avere Fede nell'Epoca del Pluralismo*, Il Mulino, Bologna.

Bouzar, D. (2001), *L'Islam des Banlieues*, Syros, Paris.



- Buffin, F. (1998), *Les Imams et la Sécurité Sociale: État des Lieux et Perspectives*, in Frégosi, F. (dir.), *La Formation des Cadres Religieux Musulmans en France*, L'Harmattan, Paris.
- Cesari J. (2004), *Musulmani in Occidente*, Vallecchi, Firenze.
- Durkheim E. (1971) [1912], *Le Forme Elementari della Vita Religiosa*, Edizioni Comunità, Milano.
- Ernst, C. W. (2004), *Following Muhammad: Rethinking Islam in the Contemporary World*, Edinburgh University Press, Edinburgh.
- Fouad Allam, K. (2002), *L'Islam Contemporaneo*, in G. Filoramo (a cura di), *L'Islam*, Laterza, Roma-Bari.
- Frégosi, F. (dir.) (1998), *La Formation des Cadres Religieux Musulmans en France*, L'Harmattan, Paris.
- Frégosi, F. (2005) *Pour une formation des imams de France*.
- Geoffroy, E. (1998), *La Direction Spirituelle en Islam: Statut et Fonctions du Maître Soufi* in Frégosi, F., *La Formation des Cadres Religieux Musulmans en France*, L'Harmattan, Paris.
- Godard, B. e Taussing, S. (2007) *Les Musulmans en France*, Laffont, Paris.
- Hervieu Léger, D. (1996) [1986], *Religione e Memoria*, Il Mulino, Bologna.
- Le Bars, S., (2008), *Le Maroc a envoyé 150 religieux en France pour assurer le ramadan*, Le Monde 6 septembre.
- Messner, F. (1998), L'Enseignement de la Théologie à l'Université Publique: l'Exemple de la création d'une faculté de théologie musulmane à Strasbourg, in Frégosi, F. (dir.), *La Formation des Cadres Religieux Musulmans en France*, L'Harmattan, Paris.
- Reeber, M. (1998), *Les Représentations de l'imamat chez Sayyid Qutb (1906-1966)* in Frégosi, F., *La Formation des Cadres Religieux Musulmans en France*, L'Harmattan, Paris.
- Roy O. (2003), *Global Muslim. Le Radici Occidentali del Nuovo Islam*, Feltrinelli, Milano.
- Sellam, S.(2006), *La France et ses Musulmans*, Fayard, Paris.
- Shnapper, D. (2008), Les Enjeux Démocratiques de la Statistique Ethnique, en Revue Française de Sociologie, volume 49, n.1.
- Stehly, R.(1998), *L'imamat des cinq prières selon Chāfi'ī et ibn Qudāma* in Frégosi, F., *La Formation des Cadres Religieux Musulmans en France*, L'Harmattan, Paris.
- Ventura, A. (2002), *L'islam Sunnita nel Periodo Classico (VII-XVI secolo)*, in G. Filoramo (a cura di), *L'Islam*, Laterza, Roma-Bari.
- Weber M. (1961) [1922], *Economia e Società*, Edizioni di Comunità, Milano.
- Weibel N. B. (1998), *L'Encadrement Religieux au Féminin*, in Frégosi, F., *La Formation des Cadres Religieux Musulmans en France*, L'Harmattan, Paris.

Tendenze nelle diseguaglianze distributive nei paesi dell'Europa orientale e dell'ex-URSS dall'inizio della transizione alla crisi economica globale

Leonardo Menchini e Luca Tiberti(*)

Il collasso delle economie socialiste dell'Europa orientale e dell'Unione Sovietica(1) e la loro transizione verso il mercato a partire dalla fine degli anni '80 è un passaggio centrale nel dispiegarsi dei processi di globalizzazione economica degli ultimi tre decenni. Questa transizione segna la fine del dualismo tra economia di mercato ed economia a pianificazione centralizzata, che ha caratterizzato buona parte del ventesimo secolo, e l'inizio della ricomposizione del mercato globale. Inoltre, per quel che riguarda le teorie e le politiche economiche, essa contribuisce al consolidarsi della preminenza delle dottrine a sostegno della liberalizzazione del commercio e della finanza, della privatizzazione e della riduzione degli spazi di intervento dello stato nell'economia. Il fallimento dei sistemi economici socialisti non viene portato soltanto a prova della superiorità del mercato rispetto all'economia pianificata, ma è servito anche a giustificare la contrazione dell'intervento pubblico nell'economia e delle politiche redistributive e l'approfondirsi delle politiche di liberalizzazione nei paesi ad economia di mercato.

Le strategie adottate all'inizio della transizione, in buona parte dominate dal paradigma neoliberale e dettate dalle istituzioni finanziarie internazionali, hanno prodotto nei paesi dell'Europa dell'est e dell'Asia centrale uno sconvolgimento sistemico - con un rapido cambiamento delle regole di funzionamento dell'economia e il ridimensionamento del ruolo dello stato - che è stato accompagnato da un periodo di forte instabilità politica e numerosi conflitti. La lunga crisi economica dell'inizio degli anni '90 ha avuto effetti sociali profondi, con la crescita di forme di povertà e privazione estreme e, in molti casi, l'esplosione delle diseguaglianze sociali.

Mentre le politiche economiche e sociali adottate nel periodo socialista avevano compresso la distribuzione dei redditi, mantenendo la diseguaglianza a livelli molto bassi (in molti casi tra i più bassi al mondo), con la transizione si è registrato un rapido aumento delle diseguaglianze distributive che, in alcuni paesi originati dal disfacimento dell'Unione Sovietica e della Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia, hanno superato rapidamente i livelli di disparità dei paesi occidentali, avvicinandosi a quelli osservati in America Latina. L'esplosione delle diseguaglianze è uno dei tratti salienti dell'esperienza della transizione nella regione ex-sovietica, e si è accompagnato ad un indebolimento delle politiche sociali, una riduzione e una maggiore iniquità nell'accesso ai servizi pubblici,(2) fino al deterioramento della loro qualità e ad una minore efficacia della crescita economica nella riduzione della povertà.(3) Diversa è la traiettoria intrapresa dai paesi dell'Europa centrale in cui le diseguaglianze sono cresciute, ma in modo molto più contenuto e le politiche fiscali e quelle sociali hanno mantenuto una maggiore efficacia nel contenere le disparità.



Dall'inizio della transizione e dalla profonda crisi economica che ha caratterizzato i primi anni di questo cambiamento sistemico sono trascorsi due decenni. La trasformazione economica e sociale dei paesi dell'Europa orientale e dell'ex-Unione Sovietica è continuata e, a partire dalla fine degli anni '90 e per circa un decennio, la regione è stata, se viene esclusa la Cina, la parte del mondo con la più rapida crescita economica, per poi essere la regione maggiormente colpita dalla crisi economica globale del 2008-2009.

Le fasi economiche alterne che si sono succedute, nella maggior parte dei paesi della regione, hanno tuttavia confermato i livelli di disuguaglianza determinati dalle trasformazioni dell'inizio della transizione e la scarsa efficacia delle politiche redistributive.

Questo articolo, dopo una breve discussione sulle tendenze di crescita del prodotto interno lordo (PIL) nei due decenni della transizione, si concentra sull'analisi dei dati sulla disuguaglianza nella distribuzione dei redditi e dei salari, discutendone le tendenze e le determinanti principali, con particolare riferimento agli effetti delle politiche economiche e settoriali adottate all'inizio della transizione.

Crisi e crescita economica nei due decenni della transizione.

Nonostante il comune regime economico,(4) durante il periodo socialista, i paesi dell'Europa orientale e le repubbliche che costituivano l'URSS e la Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia erano lungi dall'essere un gruppo omogeneo. Il modo in cui si è prodotta la transizione al mercato, la diversa profondità della crisi dei primi anni '90 e le modalità di recupero a partire dalla fine del decennio hanno di fatto largamente accresciuto i divari esistenti prima del 1989-1991.

In tutti i paesi, l'inizio della transizione coincide con un periodo più o meno marcato di recessione. Fin dallo shock petrolifero del 1973, i paesi socialisti si confrontano con un graduale rallentamento delle prestazioni economiche, con una stagnazione che prosegue negli anni '80, quando i tentativi di riforma economica si scontrano con il rallentamento dell'economia mondiale, con un basso corso dei prezzi delle materie prime e con l'accelerazione della competizione globale con gli Stati Uniti di Reagan.

La fase della trasformazione sistemica inizia nella seconda metà del 1989, con il Piano Balcerowicz in Polonia, a cui seguono altri piani di riforma negli altri paesi dell'Europa centrale e sud-orientale, e un po' più tardi nelle repubbliche generate dalla disgregazione dell'Unione Sovietica.(5) Con qualche eccezione, gli interventi di riforma si collocano sul solco tracciato dal *Washington Consensus*, combinando politiche monetarie e fiscali restrittive con la liberalizzazione dei prezzi e del commercio e una rapida svalutazione del tasso di cambio, politiche di privatizzazione con radicali riforme del mercato del lavoro (con la fine delle politiche di pieno impiego e di contenimento delle diversità salariali).

A partire dal 1991, la geografia della regione cambia notevolmente, con la disgregazione dell'Unione Sovietica, della RSF di Jugoslavia e della Cecoslovacchia. Iniziano, o si surriscaldano, in quel periodo una serie di conflitti che sfociano in guerre nella ex-Jugoslavia e in varie parti dello spazio ex-sovietico.



La prima fase della transizione, aggravata dalle numerose situazioni di conflitto, registra un rapido crollo del PIL nei paesi ex-socialisti, la cui gravità, secondo alcuni autori, è in buona parte da mettere in conto al modo in cui i dettami del *Washington Consensus* sono stati applicati.(6) Il modello maggiormente seguito nel processo di trasformazione sistemica è stato quello iper-liberale, caratterizzato da un massiccio programma di privatizzazioni, smantellamento dell'intervento dello stato, bassa tassazione e riduzione della spesa pubblica. Una minoranza di paesi (in particolare l'Uzbekistan e la Bielorussia) ha mantenuto saldi elementi di controllo statale dell'economia, mentre la Slovenia e in qualche misura la Lettonia si sono ispirati al modello sociale europeo.(7)

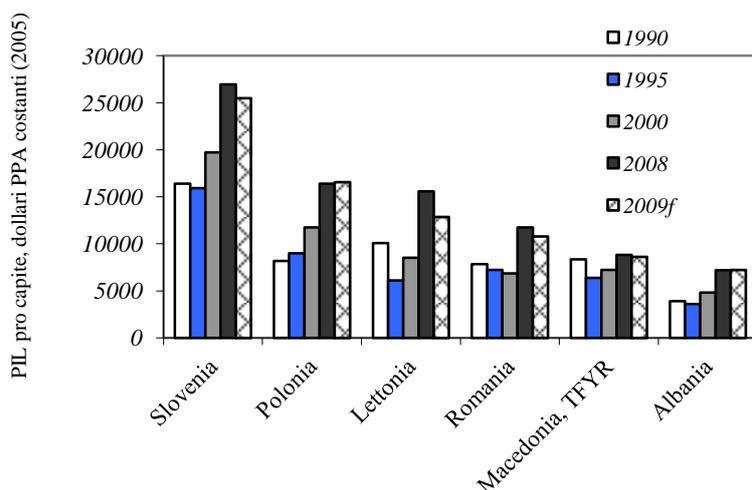
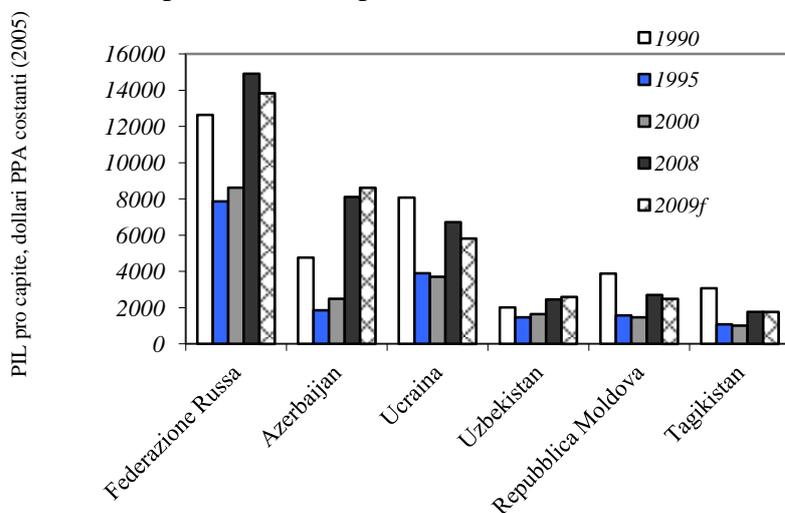
La lunghezza e la profondità della crisi dell'inizio degli anni '90 varia sostanzialmente all'interno della regione. Nei paesi dell'Europa centrale la ripresa inizia già dal 1993-94 e il declino complessivo registrato durante la crisi è più contenuto (intorno al 10-15 per cento di riduzione del PIL pro capite). Anche in Romania la ripresa inizia nel 1993, ma a partire da un livello del PIL pro capite inferiore di un quarto rispetto al 1989, ed è poi seguita da una nuova crisi negli ultimi anni '90. Nella ex-Jugoslavia, complice l'esplosione della guerra, la profondità della crisi economica è molto accentuata, con una riduzione del PIL pro capite, tra il 1990 e il 1993, di circa il 40 per cento in Croazia e di circa il 55 per cento in Serbia.

Nell'ex-Unione Sovietica, la situazione è ben più grave. I primi paesi a riemergere dalla crisi sono i tre paesi Baltici dove la fase di recupero economico inizia nel 1995, con un PIL pro capite il 40 per cento inferiore rispetto al 1990. In alcuni dei paesi più poveri della Comunità degli Stati Indipendenti (vedi nota 1), la crisi si prolunga ben al di là del 1995: in Tajikistan i primi timidi segnali di ripresa si osservano nel 1998, quando il PIL pro capite è circa un quarto di quello del 1989; nella Repubblica Moldova il livello minimo è raggiunto nel 1999, a circa un terzo del PIL pro capite d'inizio transizione. Declini di oltre il 60 per cento del PIL pro capite sono osservati anche in Georgia e Ucraina. Nella Federazione Russa, tra il 1989 e il 1996, il PIL pro capite declina complessivamente del 40 per cento, e segue poi un anno di timida ripresa, prima della nuova crisi nel 1998,(8) che avrà ripercussioni anche sui tassi di crescita di altri paesi della regione. I due paesi che sono rimasti più chiusi al percorso di riforme liberali, la Bielorussia e l'Uzbekistan, sono anche quelli in cui il PIL pro capite è diminuito meno (di circa il 30 per cento tra l'inizio e la metà degli anni '90).

Alla fine degli anni '90, dopo la nuova crisi che ha come epicentro la Federazione Russa, tutti i paesi della regione registrano una fase di rapida crescita. La figura 1, sintetizza alcune tappe del percorso di crescita economica durante la transizione per una selezione di paesi. Oltre ad evidenziare le differenze in termini assoluti di PIL pro capite tra i paesi ex-socialisti, il grafico suggerisce anche i diversi tempi di inizio della ripresa. Mentre i paesi dell'Europa centrale – i più ricchi della regione – alla fine degli anni '90 hanno nuovamente raggiunto i livelli di PIL pro capite che avevano prima della transizione, per i paesi della Comunità degli Stati Indipendenti la ripresa riesce a sostanziarci soltanto con il nuovo millennio. Nei dodici stati che compongono la CSI, la crescita media annuale del PIL pro capite tra il 2000 e il 2007 è di circa il 7 per cento, seconda solo alla Cina, che nello stesso periodo è cresciuta ad un ritmo del 9,5 per cento.



Figura 1: Andamento del PIL pro capite (PPA, reale, ai prezzi del 2005) in una selezione di paesi dell'Europa orientale e dell'ex-Unione Sovietica.



Fonti: elaborazione di dati tratti da *World Development Indicators 2009* e IMF (2009).
Note : PPA: principio della Parità del Potere di Acquisto; 2009f: proiezioni, calcolata dagli autori sulla base delle proiezioni riportate da IMF (2009) e su stime della crescita demografica calcolate sui dati tratti da *World Development Indicators 2009*.

I prezzi internazionali di petrolio e gas sono tra i fattori che spiegano gli alti tassi di crescita delle economie dell'ex-Unione Sovietica nei primi anni del nuovo secolo, in via diretta nella Federazione Russa, Azerbaijan, Kazakhstan e Turkmenistan, e in via indiretta – tramite le rimesse degli immigrati e un aumento di domanda per beni e servizi – negli altri paesi della regione. Nella Federazione Russa, la crescita si è rapidamente allargata a vari settori dell'economia, in particolare quelli che avevano registrato il maggior declino durante la crisi degli anni '90, e parte della capacità produttiva lasciata inutilizzata durante la fase di crisi è stata recuperata.⁽⁹⁾ In Europa centrale e nei paesi Baltici, la crescita economica ha avuto una base più ampia rispetto



ai paesi della CSI, ed è strettamente legata all'integrazione con i mercati dell'Unione Europea.(10)

Tuttavia, nel panorama generalmente positivo del periodo di crescita, emergono due dati preoccupanti: la diseguale distribuzione della crescita all'interno dei singoli paesi(11) e la notevole vulnerabilità delle economie da shocks esterni, insieme a segnali di sovra riscaldamento che iniziano a manifestarsi in alcuni paesi, in particolare a partire dal 2007.(12)

La trasmissione della crisi finanziaria che si è originata nel mercato americano nel 2008, mette a nudo la vulnerabilità della regione che nel panorama internazionale è quella che maggiormente risente della crisi. Le proiezioni del Fondo Monetario Internazionale per il 2009, indicano tassi di declino del PIL di circa il 15 per cento per i tre paesi Baltici, l'Ucraina e l'Armenia. Per la Federazione Russa è stato stimato un declino del PIL del 7,5 per cento, mentre riduzioni appena un po' più contenute sono state proiettate per la maggior parte dei paesi dell'Europa centrale, con la Polonia che invece non registra un declino, ma un sensibile rallentamento. Rallentamento, e non declino, è anche previsto per la maggior parte delle economie dell'Asia centrale.

Dopo un decennio di crescita economica rampante, l'intera regione si trova a confrontarsi con un altro periodo di crisi e di incertezza, sicuramente diversa da quello dei primi anni '90, ma con una nuova consapevolezza della fragilità e instabilità della crescita.

La crisi economica globale sta colpendo pesantemente la maggior parte dei paesi dell'Europa orientale e dell'ex-URSS, con prospettive di una crescita immediata della povertà. Non è tuttavia ancora chiaro quali possono essere gli effetti della crisi sulla distribuzione dei redditi e sulla disegualianza nella regione. In alcuni paesi, inizialmente, con molta probabilità la crisi ha colpito le fasce ricche della popolazione, ma ben presto, con la trasmissione al mercato del lavoro, ha iniziato ad abbattersi pesantemente sulle fasce intermedie e basse della distribuzione.

In paesi che hanno avuto un passato caratterizzato da disegualianze contenute e forte intervento pubblico nella sfera sociale ed economica, la preferenza per una moderazione per le disparità rimane diffusa nella popolazione, soprattutto tra le fasce socio-economiche medio-basse.(13) La transizione tuttavia ha portato con sé un incremento marcato delle disparità (specialmente nell'ex-Unione Sovietica) che hanno assunto un carattere strutturale e richiederebbero interventi altrettanto strutturali per essere moderate.

Disegualianze nei redditi nei paesi in transizione

La crescita delle disegualianze nella distribuzione dei redditi era un fenomeno atteso e, in qualche modo, auspicato nel processo di transizione tra l'economia a pianificazione centralizzata e l'economia di mercato. Infatti gli strumenti della pianificazione avevano deliberatamente mantenuto le differenze reddituali a livelli molto bassi, in particolare attraverso la garanzia dell'impiego e la compressione della scala salariale. Un aumento delle differenze salariali, rispetto a quelle mantenute artificialmente basse durante il periodo socialista, avrebbe contribuito a migliorare gli incentivi materiali necessari al



funzionamento dell'economia e alla crescita. Tuttavia fin dai primi anni '90, durante il periodo di crisi economica e in particolare nei paesi della CSI, vi sono segnali evidenti che i livelli di diseguaglianza stavano andando ben oltre i livelli attesi, superando quelli che si trovano nei paesi occidentali e avvicinandosi agli alti livelli dell'America Latina.(14)

Negli anni in cui la crescita economica torna positiva, le diseguaglianze nella distribuzione dei redditi crescono più lentamente rispetto alla fase precedente. In quei paesi della CSI, dove i livelli di disuguaglianza esplosero nei primi anni '90, vi sono anche alcuni timidi segnali di riduzione delle disparità distributive, che comunque rimangono molto elevate. Al contrario, nei paesi dell'Europa centrale dove gli incrementi delle diseguaglianze all'inizio della transizione sono stati molto modesti, queste sono continuate ad aumentare stabilmente, ad un ritmo tuttavia contenuto.

Sebbene le determinanti delle disparità distributive si siano evolute durante la transizione, alcuni fattori emersi nel periodo delle prime riforme strutturali (in particolare quelle che hanno determinato la distribuzione degli attivi produttivi) continuano a giocare un ruolo di primo piano. Questo significa che, in assenza di nuovi specifici interventi volti ad intervenire esplicitamente sulla distribuzione degli attivi produttivi, questi fattori continueranno a limitare la capacità della crescita economica di ridurre povertà e diseguaglianze. L'esperienza di altri paesi ha mostrato che in contesti con alti livelli di disparità distributiva, i gruppi più ricchi della popolazione hanno la capacità di esercitare un potere di influenza per ostacolare ed impedire l'adozione di politiche redistributive.(15)

Tendenze nei livelli di diseguaglianza nei redditi dalla fine degli anni '80 al 2007

Negli ultimi anni di esistenza dei regimi ad economia pianificata, i livelli di diseguaglianza erano in genere molto bassi, ma in moderata crescita. Una delle poche stime disponibili sulla diseguaglianza nella distribuzione del reddito per il periodo precedente all'inizio della transizione riporta un indice di Gini(16) medio non ponderato per l'intera regione di 0,24 (per gli anni 1987-88)(17): un livello di diseguaglianza alquanto basso, intermedio tra i livelli molto bassi dell'Europa centrale (che complessivamente registravano indici di Gini intorno a 0,20) e i livelli più elevati osservati nelle repubbliche sovietiche del Caucaso e dell'Asia centrale (l'Azerbaijan aveva il livello di disparità più elevato con un indice di Gini pari a 0,31). L'indice di Gini medio per l'intera regione fa subito un balzo all'inizio della transizione: nel 1993-95 raggiunge il livello di 0,33,(18) simile a quello osservato in molti paesi dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico nei primi anni '90.(19)

Tabella 1: Tendenza nella disuguaglianza distributiva del reddito disponibile, indici di Gini, 1989-2007

	Gini 1989	Gini massimo (anno)	Gini più recente (anno)	Differenza massimo- 1989	Differenza più recente - 1989
<i>Europa Centrale, Paesi Baltici e Europa sud-orientale</i>					
Repubblica Ceca	0,20	0,26	0,23	0,06	0,03



JURA GENTIUM



		('05)	('07)		
Ungheria	0,23	0,28	0,26	0,05	0,03
		('05)	('06)		
Polonia	0,28	0,37	0,35	0,09	0,07
		('05)	('07)		
Slovacchia	0,20	0,30	0,24	0,10	0,04
		('03)	('07)		
Slovenia	-	0,27	0,24	-	-
		('91)	('05)		
		0,40	0,36		0,08
Estonia	0,28	('03)	('05)	0,12	
		0,39	0,39		0,13
Lettonia	0,26	('04)	('04)	0,13	
		0,36	0,31		0,05
Lituania	0,26	('02)	('04)	0,10	
		0,38	0,32		0,09
Bulgaria	0,23	('95)	('07)	0,15	
		0,38	0,38		0,14
Romania	0,24	('07)	('07)	0,14	
		0,40	0,37		-
Serbia	-	('03)	('07)	-	
		0,39	0,39		-
Macedonia, FYR	-	('06)	('07)	-	
<i>Comunità degli Stati Indipendenti</i>					
		0,46	0,39		0,14
Repubblica Moldova	0,25	('97)	('06)	0,21	
		0,50	0,42		0,18
Federazione Russa	0,24	('96)	('01)	0,26	
		0,47	0,30		0,07
Ucraina	0,23	('95)	('07)	0,24	
		0,48	0,41		0,16
Armenia	0,25	('03)	('07)	0,23	
		0,50	0,45		0,17
Georgia	0,28	('98)	('02)	0,22	
		0,47	0,38		0,11
Kirghizistan	0,27	('97)	('07)	0,20	

Fonti: TransMONEE Database 2009 e Milanovic (1998). Stime calcolati da inchieste sui bilanci delle famiglie.

Note: le stime degli indici di Gini del 1989 per Slovacchia, Estonia, Lettonia, Bulgaria, Repubblica Moldova, Federazione Russa, Armenia, Georgia e Kirghizistan si riferiscono ai redditi lordi. Le stime riportate sotto a colonna 1989 per la Slovacchia e la Russia si riferiscono al 1988. Dal momento che nel periodo pre-transizione le tasse sui redditi personali erano molto basse, si ritiene che la differenza tra gli indici di Gini calcolati sul reddito disponibile e quelli calcolati sul reddito lordo sia trascurabile.



La rapida crescita della disuguaglianza nel periodo più duro della crisi economica dei primi anni '90, vede anche una differenziazione nelle traiettorie delle varie subregioni dell'Europa orientale e dell'ex-Unione Sovietica. In Europa centrale, la disuguaglianza nei redditi cresce stabilmente, ad un ritmo lento e prosegue anche nel nuovo secolo.(20) Molto diversa è la situazione degli altri paesi in transizione, nell'Europa sud-orientale e nei paesi diventati indipendenti con la dissoluzione dell'Unione Sovietica. Nella Federazione Russa, il livello massimo di disuguaglianza viene raggiunto nel 1996, con un indice di Gini pari a 0,50, poco più del doppio del valore osservato nel 1989. Livelli superiori a 0,45 vengono raggiunti prima della fine degli anni '90 anche da altri paesi della CSI. Nella maggior parte dei casi, nel periodo della ripresa economica, la disuguaglianza registra una riduzione che però, in genere, rimane modesta.

Tabella 2: Distribuzione percentuale del reddito disponibile tra gruppi di reddito in 4 paesi dell'Europa orientale e dell'ex-Unione Sovietica, 1989-2006

	Repubblica Ceca				Bulgaria				Federazione Russa				Uzbekistan			
	Gini	40% più povero	20% più inter-medio	40% più ricco	Gini	40% più povero	20% più inter-medio	40% più ricco	Gini	40% più povero	20% più inter-medio	40% più ricco	Gini	40% più povero	20% più inter-medio	40% più ricco
1989	0,198	27,5	41,4	31,1	0,233	-	-	-	0,238	24,5	41,9	33,6	0,282	22,5	40,4	37,2
1992	0,215	27,0	41,1	31,9	0,331	21,6	38,5	39,9	0,440	14,9	35,8	49,3	0,333	19,4	39,9	40,7
1995	0,216	26,2	41,3	32,5	0,384	18,8	36,5	44,7	0,433	14,5	37,4	48,1	-	-	-	-
2001	0,237	25,2	41,5	33,3	0,333	20,7	40,0	39,3	0,426	15,3	36,7	48,0	0,472	12,0	35,8	52,2
2004	0,235	25,3	41,3	33,4	0,358	19,8	38,7	41,5	-	-	-	-	-	-	-	-
2006	0,242	24,7	40,9	34,4	0,310	21,7	39,4	38,9	-	-	-	-	-	-	-	-

Fonti: stime calcolate dagli autori sulla base dei dati tratti da TransMONEE database per la Repubblica Ceca e la Bulgaria; I dati sulla Federazione Russa sono ricavati da Luxemburg Income Study database (per gli anni 1992, 1995 e 2001) e da Milanovic (1998) per il 1989; i dati per l'Uzbekistan provengono da UNU-WIDER World Income Inequality Database version 2c.

Note: Le stime per l'Uzbekistan per il 1989 e il 1992 sono calcolati su dati relativi al reddito lordo; le stime per l'Uzbekistan riportate nella riga 1992, si riferiscono al 1993, le stime per la Russia per il 1989 si riferiscono al 1988 e sono calcolati su dati riferiti ai redditi lordi, i dati per la Russia riportati sulla riga 2000 si riferiscono al 2001.

I dati nella tabella 2(21) forniscono ulteriori elementi per comprendere gli andamenti nella distribuzione dei redditi durante la transizione. In tutti i paesi, nel periodo di crisi economica all'inizio degli anni '90, il 20 per cento più ricco della popolazione vede accrescere la propria quota del reddito nazionale, in generale a spese del 40 per cento più povero e in misura minore della sezione intermedia della distribuzione. Ma, mentre in Repubblica Ceca questo trasferimento è appena percettibile (come evidenziato anche dall'andamento dell'indice di Gini), in Russia il cambiamento è estremamente marcato: in questo paese la quota di reddito detenuto dai quattro decili più poveri si riduce dal 24,5 per cento nel 1989 al 14,9 per cento nel 1992, parallelamente la quota detenuta dai due decili più ricchi passa dal 33,6 per cento al 49,3 per cento. Nove anni dopo, nel 2001, le quote detenute dai diversi gruppi sono molto simili a quelle osservate nel 1992. L'Uzbekistan, uno dei paesi più poveri della regione, parte da livelli di disuguaglianza nei redditi più elevati rispetto alla Russia e nel primo anno di transizione registra soltanto un moderato incremento delle disparità, che invece esplodono nella fase



successiva. I dati del 2001 per questo paese indicano che il quintile più ricco della popolazione detiene oltre la metà del reddito disponibile, mentre i quattro decili più poveri appena il 12 per cento.

Le sezioni successive cercano di spiegare i fattori che hanno determinato i cambiamenti distributivi finora delineati, partendo dai cambiamenti nella struttura del reddito nazionale (distribuzione funzionale) per discutere poi i cambiamenti della concentrazione all'interno della componente salari e della componente capitale.

L'impatto sulla disuguaglianza dei cambiamenti nella distribuzione funzionale del reddito nazionale

I cambiamenti nella distribuzione funzionale del reddito nazionale (composto, secondo una definizione funzionale, da redditi da lavoro salariato, redditi da capitale e redditi redistribuiti attraverso tasse e trasferimenti) hanno giocato un ruolo di primo piano nei cambiamenti dei livelli di disuguaglianza avvenuti con la transizione. I dati a disposizione sono purtroppo molto limitati e, in genere derivati dall'elaborazione delle inchieste micro sui redditi e i consumi delle famiglie, i cui risultati vengono applicati alla contabilità nazionale. Tuttavia, malgrado la debolezza dell'evidenza empirica, le tendenze nel periodo della transizione sono chiare.

Una profonda trasformazione nella distribuzione funzionale del reddito nazionale era uno degli effetti attesi della transizione, in cui l'emergere di una classe imprenditoriale e del settore privato dell'economia avrebbe dovuto riflettersi nell'aumento della quota di reddito da capitale (che in genere tende ad essere distribuito in modo molto più diseguale rispetto ai redditi da salario).(22) E questo è ciò che avviene sebbene in misure molto diverse nelle varie parti della regione.

Il declino più marcato della quota salari viene registrato all'inizio degli anni '90 nei paesi dell'ex-Unione Sovietica, in particolare in Asia centrale e nel Caucaso, dove rapidamente si attesta a livelli inferiori al 40-50 per cento del PIL, in confronto ad alcuni paesi dell'Europa centrale (ad esempio l'Ungheria e la Repubblica Ceca) dove rimane al di sopra del 75 per cento del PIL. Nei paesi più poveri della regione, l'aumento della quota di reddito da mettere in conto al lavoro autonomo e alle attività imprenditoriali (per definizione classificati come quota da reddito da capitale) è in larga parte il risultato dell'espansione dell'economia informale e dell'aumento dell'impiego nell'agricoltura di sussistenza. Nei paesi dell'Europa centrale, dove la quota capitale cresce di percentuali comprese tra il 5 e il 10 per cento del PIL, l'aumento del reddito da impiego autonomo può essere in buona parte ricondotto all'emergere della piccola imprenditoria privata nel settore industriale e dei servizi.(23) Nella seconda metà degli anni '90 queste tendenze si consolidano, in particolare per i paesi dell'Europa centrale dove la quota capitale continua nella sua lenta crescita. La scarsa evidenza empirica disponibile per il periodo 2000-2005 mostra invece un modesto recupero della quota dei salari, che rimane però lontana dei livelli precedenti la transizione.(24)

Tendenza nelle disuguaglianze salariali

Durante gli anni '90, i paesi della CSI sono quelli in cui la quota dei salari sul reddito nazionale ha registrato la contrazione maggiore, mentre in Europa centrale la riduzione è stata molto moderata.(25) Allo stesso tempo, la crescita delle disuguaglianze nella



distribuzione dei redditi da salario è stata contenuta nei paesi dell'Europa centrale e molto più sostanziale nei paesi della CSI, anche a causa dell'alta incidenza dei ritardi nel pagamento dei salari.(26)

Tabella 3: Tendenze nelle disuguaglianze distributive dei salari lordi, indici di Gini, 1989-2007

	Gini 1989	Gini massimo (anno)	Gini più recente (anno)	Difference (max- 1989)
<i>Europa centrale, paesi Baltici e Europa sud-orientale</i>				
		0,28	0,27	
Repubblica Ceca	0,20	('95)	('05)	0,08
		0,39	0,39	
Ungheria	0,27	('01)	('01)	0,12
		0,35	0,34	
Polonia	0,21	('04)	('06)	0,14
		0,36	0,31	
Slovenia	0,22	('95)	('06)	0,14
		0,40	0,39	
Estonia	0,25	('99)	('01)	0,15
		0,35	0,32	
Lettonia	0,24	('96)	('04)	0,11
		0,37	0,37	
Bulgaria	0,21	('07)	('07)	0,16
		0,41	0,39	
Romania	0,16	('00)	('07)	0,25
<i>Comunità degli Stati Indipendenti</i>				
		0,44	0,33	
Repubblica Moldova	0,25	('99)	('06)	0,19
		0,52	0,44	
Federazione Russa	0,27	('01)	('07)	0,25
		0,46	0,41	
Ucraina	0,24	('00)	('07)	0,22
		0,49	0,49	
Armenia	0,26	('00)	('00)	0,23
		0,51	0,51	
Azerbaijan	0,28	('02)	('02)	0,23
		0,50	0,50	
Georgia	0,30	('97)	('97)	0,20
		0,42	0,41	
Kazakistan	0,27	('05)	('06)	0,15
		0,51	0,47	
Kirghizistan	0,26	('01)	('07)	0,25

Fonti: TransMONEE Database 2009

Note: salari netti per il 1989 per la Polonia



L'aumento più vistoso nella diseguaglianza salariale viene osservata in Romania e in vari paesi della CSI. Nel caso dei salari, a differenza di quanto visto per i redditi familiari complessivi, il picco massimo di disuguaglianza non viene raggiunto verso la metà degli anni '90, ma quando la fase di ripresa economica era già iniziata, a cavallo tra i due decenni. Complessivamente, se prima della transizione tutti i paesi della regione avevano indici di Gini dei salari compresi tra 0,16 (in Romania) e 0,30 in Georgia, nel 2000-2005, con pochissime eccezioni, nei paesi dell'Europa Centrale, Europa sud-orientale e nei paesi Baltici, gli indici di Gini erano compresi tra 0,30 e 0,40; mentre nei paesi della CSI si registravano valori compresi tra 0,40 e 0,50.

Le diverse tendenze ricevono parziale spiegazione nella diversità dei percorsi di riforma del mercato del lavoro intrapresi all'inizio della transizione. Fin dall'inizio della transizione, in tutta la regione i livelli salariali non sono più determinati dal potere pubblico, ma – con l'eccezione del pubblico impiego, anch'esso progressivamente ridotto - dal mercato, mentre la legislazione sul minimo salariale viene abbandonata o perde di significato a fronte dell'inflazione rampante.(27) L'acuirsi degli squilibri del mercato del lavoro, in particolare la crescita della sotto-occupazione nei paesi dell'ex-URSS e nell'Europa sud-orientale contribuiscono in modo importante all'accrescere delle diseguaglianze salariali.

D'altro canto anche un maggiore riconoscimento economico al valore del capitale umano contribuisce alla differenziazione dei salari. Se le politiche salariali durante il periodo socialista si caratterizzavano per una marcata compressione delle differenze nei compensi, con la transizione si assiste ad un graduale incremento dei rendimenti dell'istruzione: ciò avviene fin da subito nei paesi dell'Europa centrale e nei paesi Baltici,(28) mentre per i paesi della CSI chiari segnali in questa direzione si hanno soltanto con l'innescarsi della ripresa economica, dopo il 1998:(29) la chiave di questa svolta sta nella crescita della domanda di lavoro specializzato e nell'inizio del recupero del valore reale dei salari, in particolare per gli impiegati del settore pubblico.(30) Inoltre nei paesi ricchi di materie prime, l'adozione di tecnologie che fanno utilizzo intensivo di capitale produce una crescita importante della domanda di personale specializzato e determina un aumento del divario salariale tra la manodopera specializzata e quella non specializzata.

Diseguaglianza distributiva nei redditi da capitale

I redditi da capitale sono la componente del reddito complessivo con la maggiore diseguaglianza distributiva nei paesi dell'Europa orientale e dell'ex-Unione Sovietica, in gran parte a causa del modo in cui è avvenuto il processo di privatizzazione all'inizio della transizione.

Le politiche di privatizzazione messe in atto all'inizio degli anni '90 variano significativamente tra paesi e spiegano gran parte delle differenze esistenti nei livelli di diseguaglianza distributiva dei redditi da capitale. Alcuni dei programmi di privatizzazione lanciati all'inizio della transizione erano *insider-driven*, in particolare nei paesi della CSI e nell'Europa sud-orientale: di fatto soltanto un numero limitato degli attivi privatizzati è finito nelle mani dei privati attraverso meccanismi di mercato,



mentre la quota di gran lunga maggiore è stata acquisita da individui o gruppi collegati al potere politico oppure dai manager già interni all'azienda che veniva privatizzata. Al contrario in Europa centrale e nei paesi Baltici, una più ampia quota degli attivi è stata privatizzata facendo ricorso ai meccanismi di mercato, con le quote dell'aziende di proprietà pubblica che sono state vendute ai prezzi di mercato, spesso ad acquirenti stranieri. Se nei paesi della CSI, il processo di privatizzazione degli asset industriali ha contribuito ad accrescere notevolmente le diseguaglianze, in paesi come la Repubblica Ceca, che per la privatizzazione ha utilizzato il sistema dei *vouchers*, la cessione delle aziende pubbliche ha avuto un effetto equalizzante, rafforzato dal fatto che il governo ha utilizzato i proventi della privatizzazione per finanziare interventi di politica sociale.(31)

In modo simile, le diverse strategie adottate all'inizio della transizione nella distribuzione delle terre di proprietà pubblica ha avuto effetti significativi sia sulla povertà rurale che sulle diseguaglianze. La maggior parte dei paesi dell'Europa centrale e sud-orientale hanno proceduto allo smantellamento delle aziende e delle cooperative statali e messo in pratica procedure di restituzione delle terre sulla base dei diritti di proprietà precedenti all'espropriazione avvenuta nel periodo socialista; alcuni paesi della CSI (in particolare quelli più piccoli, come l'Armenia, la Georgia e la Repubblica Moldova) hanno distribuito appezzamenti di terreno ai lavoratori agricoli attivi e i pensionati, mentre i paesi più grandi della CSI (ad esempio la Federazione Russa, l'Ucraina e il Kazakistan) hanno mantenuto le fattorie collettive formalmente intatte, ma allo stesso tempo allocando gradualmente gli appezzamenti di terreno ai lavoratori agricoli e ai pensionati.(32) Spesso le politiche redistributive sono risultate in un'eccessiva frammentazione dei terreni che, combinata con le deboli condizioni delle infrastrutture rurali e un sistema creditizio sottosviluppato, hanno contribuito ad acuire lo svantaggio delle aree rurali.

L'approccio di distribuzione delle terre seguito negli stati più piccoli della CSI ha condotto a risultati più equi dal punto di vista distributivo, ma, soprattutto a causa della dimensione ridotta dei singoli appezzamenti di terreno, ha avuto uno scarso effetto in termini di riduzione della povertà rurale. L'approccio *shareholder* seguito nei paesi più grandi della CSI ha invece prodotto i risultati più diseguali in termini di distribuzione della terra.

Gli effetti delle politiche redistributive sulla diseguaglianza

La tassazione e i trasferimenti pubblici sono strumenti che il governo può utilizzare, tra le altre cose, per redistribuire i redditi all'interno della popolazione e ridurre le diseguaglianze. L'impatto redistributivo che può essere ottenuto attraverso la tassazione dipende in larga misura dal modo in cui sono diseguate le politiche fiscali, inclusi i metodi di tassazione scelti, e ovviamente dall'ammontare complessivo dei redditi soggetti a tassazione. Nei contesti in cui prevalgono i redditi da economia informale e la tassazione indiretta, le politiche fiscali hanno una minore efficacia nel ridurre le diseguaglianze.(33)

All'inizio della transizione, sia la Repubblica Ceca che l'Ungheria hanno ottenuto importanti successi nella riduzione delle diseguaglianze attraverso le politiche fiscali: l'effetto congiunto della tassazione e dei trasferimenti è risultato in una riduzione



dell'indice di Gini del reddito disponibile superiore a 0,20 rispetto all'indice di Gini calcolato sui redditi di mercato (in Ungheria nel 1991 ad esempio l'indice di Gini calcolato sul reddito di mercato - lordo, prima della tassazione e dei trasferimenti di protezione sociale - era di 0,56, quello sul reddito disponibile - dopo tassazione e trasferimenti- di 0,31). Al contrario, i risultati per la Federazione Russa per il 1992 mostrano un divario tra i due indici di Gini di 0,15 (da 0,62 sul reddito di mercato a 0,47 sul reddito disponibile).(34)

Nel complesso, i dati sul ruolo redistributivo delle politiche fiscali sono molto limitati. In Europa centro-orientale i trasferimenti pubblici rappresentano circa il 25-30 per cento dei redditi medi delle famiglie, mentre nei paesi della CSI rappresentano una quota significativamente più bassa (16 per cento in Ucraina, meno del 10 per cento nella Repubblica Moldova e il 3 per cento in Georgia).(35) Nel corso degli anni '90, in Europa centrale e nei paesi Baltici i trasferimenti sociali (escluse le pensioni) sono stati l'unica fonte di reddito che è riuscita a frenare l'aumento delle disuguaglianze nel primo periodo della transizione.(36)

Per quanto riguarda i paesi della CSI, Commander e Lee (1998) hanno rilevato che nella Federazione Russa i trasferimenti pubblici hanno contribuito a ridurre le disuguaglianze all'inizio della transizione, mentre tra il 1992 e il 1996, hanno generato l'effetto contrario contribuendo ad un aumento della disparità distributive. La quota di reddito familiare medio rappresentato da assegni familiari è scesa, mentre le pensioni sono aumentate sia in termini di quota che nella loro concentrazione.(37)

Dai dati a disposizione appare evidente che, almeno nei paesi dell'Europa centro-orientale, le politiche fiscali sono state più efficaci nel ridurre le disuguaglianze di reddito all'inizio della transizione piuttosto che negli anni successivi. La Repubblica Ceca, la Slovacchia, l'Ungheria e la Lettonia sono esempi di paesi in cui le indennità sociali hanno contribuito positivamente a ridurre le disuguaglianze dei redditi. Nella CSI le politiche fiscali, a causa della crescente informalizzazione dell'economia e il crescente affidamento sulle imposte indirette, hanno avuto un effetto debole o addirittura regressivo.

I risultati riportati in Milanovic e Ersado (2009) confermano che non è soltanto l'entità (quantitativa) dell'intervento pubblico a contribuire al contenimento delle disuguaglianze, ma anche le sue caratteristiche qualitative. Il risultato indeterminato che presentano nel loro studio riflette il fatto che in alcuni paesi in transizione l'intervento dello stato ha beneficiato maggiormente le fasce di reddito medio-alte.

Infine, oltre alla disuguaglianza "funzionale" discussa sopra, la disuguaglianza tra aree geografiche nello stesso paese ha contribuito all'aumento della disuguaglianza totale. Questo è un argomento che richiede ulteriori ricerche(38) ma, dati i diversi tassi di crescita regionali registrati nel primo quinquennio del 2000,(39) emerge che le disuguaglianze territoriali sono aumentate e, verosimilmente, hanno contribuito all'aumento delle disuguaglianze nella distribuzione dei redditi all'interno di molti paesi.



Note

* Questo articolo riflette parte della ricerca condotta per il capitolo 2 di UNICEF (2009) *Innocenti Social Monitor 2009* citato in bibliografia; ricerca che ha beneficiato dei commenti di Gordon Alexander, Vladimir Mikhalev, Eva Jespersen, Sheila Marnie e Francesca Marchetta. A loro vanno i nostri ringraziamenti. I risultati, le interpretazioni e le conclusioni, così come gli eventuali errori sono intera responsabilità degli autori. Le opinioni espresse nell'articolo sono quelle degli autori e non necessariamente corrispondono a quelle delle rispettive affiliazioni.

1 Prima del 1991, la regione comprendeva 8 paesi. Con la dissoluzione dell'Unione Sovietica (fine 1991), della Cecoslovacchia (1992) e della Jugoslavia (a più riprese), i paesi della regione sono diventati 28. Per comodità di descrizione vengono raggruppati nelle seguenti sub-regioni: Europa centrale (Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia e Ungheria), Paesi Baltici (Estonia, Lettonia e Lituania), Europa sud-orientale (Albania, Bosnia e Erzegovina, Bulgaria, Croazia, ex-repubblica jugoslava di Macedonia, Montenegro, Serbia e Romania), paesi europei della Comunità degli Stati Indipendenti (Bielorussia, Federazione Russa, Repubblica Moldova e Ucraina), Caucaso (Armenia, Azerbaijan, Georgia) e Asia centrale (Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan, Turkmenistan e Uzbekistan). Nella discussione, i paesi appartenenti alle ultime tre sub-regioni vengono identificati come facenti parte della Comunità degli Stati Indipendenti (CSI), sebbene alcuni non ne facciano più parte o abbiano uno status diverso da quello di paese membro. I paesi dell'Europa centrale e i paesi Baltici hanno aderito all'Unione Europea nel 2004, la Bulgaria e la Romania nel 2007. I dati e l'analisi sulla Serbia presentati in questo articolo non includono il Kosovo, così come quelli riguardanti la Repubblica Moldova non includono la Transnistria.

2 World Bank (2000)

3 Cornia (1999)

4 Con importanti differenze, se si considera, ad esempio, che mentre nella maggior parte dei paesi la proprietà dei mezzi di produzione era saldamente nelle mani dello stato, in paesi come la Polonia e l'Ungheria la proprietà privata nei servizi e nell'agricoltura e le transazioni di mercato erano piuttosto diffusi. In Jugoslavia, a partire dagli anni '50, alla proprietà statale, si aggiunge la proprietà sociale che dava alle imprese nel settore sociale il diritto di utilizzare attivi di proprietà sociale e di poter disporre del prodotto (Uvalic, 1991)

5 UNICEF (1993) p. 3-7

6 Stiglitz (2002)

7 Nuti (2010)

8 Stiglitz (2002)

9 World Bank (2005)

10 UNICEF (2009)

11 In molti paesi la crescita si concentra in alcune regioni specifiche e soprattutto nella regione che comprende la capitale. Vedi UNICEF (2009).



12 EBRD (2007)

13 Vedi ad esempio la discussione presentata in Redmond, Schnepf e Suhrcke (2002)

14 Per un confronto con i livelli di diseguaglianza riscontrati in America Latina, si veda Szekely (2001)

15 ILO (2008) discute, tra le altre cose, i potenziali effetti dannosi sull'economia, sulle dinamiche democratiche e sulla coesione sociale di alti livelli di diseguaglianza.

16 L'indice di Gini è una misura di disuguaglianza distributiva. Assume valori compresi tra 0 (nel caso di perfetta uguaglianza, quando, ad esempio, tutti i membri di una popolazione hanno lo stesso ammontare di reddito) e 1 (nel caso di massima disuguaglianza, quando, ad esempio, tutto il reddito è concentrato su di un solo membro della popolazione). Per quanto riguarda la distribuzione dei redditi i livelli più bassi degli indici di Gini attualmente osservati si aggirano intorno a valori di 0,20-0,25; mentre, sul versante opposto, livelli molto elevati di diseguaglianza sono osservati in America Latina e Africa meridionale, con dei Gini superiori a 0,50.

17 Milanovic (1998)

18 Milanovic (1998)

19 Weeks (2005)

20 Un'eccezione è rappresentata dalla Slovenia, dove il livello massimo di diseguaglianza distributiva viene raggiunto nel 1991, per poi ridursi lentamente nel decennio successivo, rimanendo comunque a livelli molto contenuti.

21 La tabella riporta le quote di reddito disponibile detenute dal 40 per cento più povero della popolazione, dal 40 per cento intermedio e dal 20 per cento più ricco.

22 ILO and International Institute for Labour Studies (2008)

23 World Bank (2000)

24 ILO and International Institute for Labour Studies (2008)

25 Milanovic (1999)

26 Lehman e Wadsworth (2001) hanno analizzato l'impatto dei ritardi nel pagamento dei salari nella Federazione Russa e sono giunti alla conclusione che la diseguaglianza nella distribuzione dei salari sarebbe stata del 20-30 per cento inferiore in caso di assenza degli arretrati.

27 In Russia, il salario minimo passa da un valore pari al 25 per cento del salario medio nel 1991, all'8 per cento nel 1994; in Ungheria, dal 65 per cento nel 1989 al 35 per cento a metà del 1994 (vedi Flemming e Micklewright 1999)

28 World Bank (2000)

29 Per un'analisi dettagliata vedi Commander e Kollo (2008)

30 UNICEF (2009)

31 World Bank (2000). Inoltre, Milanovic e Ersado (2009) analizzando un panel di inchieste sui bilanci delle famiglie per un numero consistente dei paesi in transizione giungono alla conclusione le privatizzazioni su larga scala hanno contribuito ad



accrescere la quota di reddito del 10 per cento più ricco della popolazione, mentre le privatizzazioni minori, su piccola scala, hanno contribuito a contenere le diseguaglianze.

32 World Bank (2000)

33 Vedi World Bank (2000) che cita alcuni studi sulla Federazione Russa.

34 Kanbur e Tuomala (2006)

35 World Bank (2000, 2005b)

36 Milanovic (1999). Nella Repubblica Ceca e in Lettonia, i trasferimenti sociali hanno avuto un impatto positivo nella riduzione delle diseguaglianze, mentre per la Polonia l'effetto netto è meno chiaro. Vedi Garner e Terrell (1998) per la Repubblica Ceca e la Slovacchia; Milanovic (1999) per la Lettonia.

37 Mitra e Yemtsov (2006)

38 Ci sono alcuni casi di studio recenti a questo proposito: Römisch (2003) per uno studio su 9 paesi dell'Europa centro-orientale; Förster et al. (2003) per uno studio su Repubblica Ceca, Ungheria, Polonia e Federazione Russa; Yemtsov (2003), e Mitra e Yemtsov (2006).

39 Vedi UNICEF (2009).

Bibliografia

Cornia, Giovanni Andrea (1999) 'Liberalization, Globalization and Income Distribution', *Working Papers*, No. 157, UNU/WIDER, Helsinki.

ILO (2008) *World of Work Report: Income inequality in the age of financial globalization*, ILO, Ginevra.

Milanovic, Branko e Lire Ersado (2009) 'Reform and Inequality during the Transition' *Policy Research Working Paper*, No.4780, The World Bank, Washington, DC.

Nuti, Mario (2010) 'The Former Soviet Union after Dis-integration and Transition' *TIGER Working Paper Series*, No. 117, Transformation, Integration and Globalization Economic Research, Varsavia.

Redmond, Gerry, Sylke Viola Schnepf e Marc Suhrcke (2002) 'Attitudes to Inequality After Ten Years of Transition' *Innocenti Working Paper*, No. 88, UNICEF Innocenti Research Centre, Firenze.

Stiglitz, Joseph E. (2002) *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino.

Székely, Miguel (2001) 'The 1990s in Latin America: Another Decade of Persisting Inequality, but with Somewhat Lower Poverty'. *Working Paper Series* 454. Inter-American Development Bank, Washington DC.

UNICEF (1993) 'Central and Eastern Europe in Transition: Public Policy and Social Conditions' *Regional Monitoring Report*, No. 1, UNICEF International Child Development Centre, Firenze.



UNICEF (2009) 'Child Well-Being at a Crossroads: Evolving challenges in Central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States', *Innocenti Social Monitor 2009*, UNICEF Innocenti Research Centre, Firenze.

Uvalic, Milica (1991) 'Property Reforms in Yugoslavia', *MOCT-MOST: Economic Policy in Transitional Economies*, vol. 1 (3), pp. 39-49.

Weeks, John (2005) 'Inequality Trends in Some Developed OECD Countries' *DESA Working Paper*, No. 6, United Nations Department of Economic and Social Affairs, New York.

World Bank (2000) *Making Transition Work for Everyone: Poverty and inequality in Europe and Central Asia*, World Bank, Washington DC.

World Bank (2005) *Reducing Poverty through Growth and Social Policy Reform in Russia*, World Bank, Washington DC.

Dal diritto internazionale al diritto cosmopolitico?

Riflessioni a margine de La democrazia nell'età della globalizzazione

Giuseppe Palmisano

1. La concezione del diritto internazionale “classico” e l’idea di un mutamento di paradigma del diritto internazionale, nel Capitolo XVI dei *Principia iuris*

Nel Capitolo XVI dei *Principia iuris*, intitolato «I livelli della democrazia. La democrazia nell'età della globalizzazione», Ferrajoli si occupa della dimensione internazionale del diritto, provando a valutarla alla luce del paradigma costituzionalistico da lui in precedenza elaborato e a prospettare possibili sviluppi in un percorso di progressiva costruzione di una democrazia cosmopolitica. Le osservazioni e le proposte tratteggiate da Ferrajoli nel descrivere questo percorso possibile sono in gran parte condivisibili, anche se presentate in modo da non evidenziare adeguatamente le enormi difficoltà - non solo tecnico-giuridiche, ma soprattutto politiche e culturali - che si frappongono alla realizzazione di ciascuna di esse, si tratti vuoi del monopolio giuridico della forza e della messa al bando delle armi, vuoi della costruzione di una sfera pubblica mondiale e di istituzioni di garanzia capaci di regolare, controllare e far funzionare efficacemente una fiscalità sovranazionale o le prestazioni di beni sociali fondamentali (quali acqua, alimenti di base e farmaci essenziali).

Non è però sulla fattibilità o sulla credibilità delle soluzioni prospettate da Ferrajoli nell'ultima parte della sua opera che intendo svolgere qualche riflessione, bensì sull'idea che ne emerge del diritto internazionale e sulla lettura costituzionalistica di alcuni strumenti giuridici internazionali (quali la Carta ONU o la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948), l'adozione dei quali avrebbe determinato - nella visione di Ferrajoli - un mutamento di paradigma del diritto internazionale in senso appunto costituzionale e tendenzialmente federale.

Scopo dichiarato di Ferrajoli non è per la verità di proporre una teoria del diritto internazionale, né una sistemazione degli istituti attuali o trascorsi del diritto internazionale. Egli si pone piuttosto nella prospettiva della teoria di quella determinata esperienza giuridico-politica consistente nella democrazia costituzionale, riscontrando e auspicando sviluppi tipici di tale esperienza nella sfera internazionale, ormai caratterizzata - a suo avviso - da elementi embrionali di federalismo globale e da livelli sovranazionali di democrazia. In questo senso Ferrajoli non si pone dunque nel solco dei teorici del diritto del Novecento che hanno invece tentato d'inquadrare nel proprio sistema generale il fenomeno giuridico internazionalistico, approfondendone caratteristiche, strutture e contenuti, e affrontandolo talvolta come difficile banco di prova del proprio concetto di diritto. Penso, fra gli altri, a Santi Romano, Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart.

Ciononostante, nel rintracciare elementi di una costruzione giuridica *in fieri* di tipo democratico-costituzionalistico, e nel ritenere che l'inizio di tale costruzione (databile,



secondo Ferrajoli, all'indomani della fine della seconda guerra mondiale) rappresenti un mutamento di paradigma del diritto internazionale, Ferrajoli mostra comunque di muovere da una certa idea di questo diritto e del paradigma caratterizzante l'esperienza giuridica internazionalistica precedente alla Carta delle Nazioni Unite.

Tale idea mi sembra, come tenterò di illustrare, piuttosto approssimativa ed imprecisa; e ciò finisce per rendere poco convincente - almeno agli occhi di un internazionalista, abituato a confrontarsi quotidianamente con gli sviluppi della realtà giuridica internazionale - anche la tesi del mutamento di paradigma (dal diritto internazionale ad un diritto cosmopolitico e ad un costituzionalismo globale). Più convincente si presenta infatti, a mio avviso, la tesi della continuità dell'attuale sistema giuridico internazionale rispetto al sistema precedente, caratterizzante non solo la prima metà del Novecento, ma risalente - nei suoi elementi strutturali essenziali - almeno alla prima metà del Seicento. Continuità, ma anche - ovviamente - evoluzione, soprattutto nei contenuti normativi e nella disciplina di alcuni strumenti di garanzia e attuazione del diritto.

L'idea del diritto internazionale "classico" da cui muove Ferrajoli è quella di un «sistema pattizio di relazioni bilaterali e paritetiche tra Stati sovrani», «basato sui soli rapporti di forza» (1). Poiché in tale sistema la guerra non sarebbe stata messa al bando, esso non avrebbe costituito un vero e proprio "ordinamento giuridico", ed in ultima analisi non andrebbe neppure considerato "diritto", dal momento che il diritto «si giustifica - nella cultura giuridica moderna - come rimedio al *bellum omnium*, grazie al quale si produce il superamento dello stato di natura nello stato civile. La pace è la sua intima essenza, e la guerra è la sua negazione o, quanto meno, il segno e l'effetto della sua assenza nei rapporti tra gli uomini, dei quali esprime il carattere pregiuridico e selvaggio» (2).

2. Il diritto internazionale "classico": un sistema meramente pattizio volto a regolare relazioni bilaterali tra Stati?

Molti rilievi potrebbero farsi a questa rappresentazione del diritto internazionale "classico", ma per brevità mi limito ad evidenziare due punti fondamentali. Il primo riguarda l'identificazione di tale diritto con un sistema meramente *pattizio*, del tutto dipendente dalla volontà reciproca dei consociati (gli Stati sovrani) e costituito da norme volte a disciplinare soltanto rapporti *bilaterali*.

Una simile rappresentazione trascura del tutto l'esistenza e l'importanza che da sempre ha avuto e continua ad avere, nell'esperienza giuridica della "società degli Stati", il diritto internazionale *generale*: un diritto non scritto, costituito in parte da norme formatesi a seguito di un processo di tipo consuetudinario, in parte dall'emergere fra gli Stati di una *communis opinio iuris* in ordine a determinati modelli comportamentali o di un'adesione comune a principi connaturati con le caratteristiche strutturali della società degli Stati, in parte ancora da norme e principi vigenti nella generalità degli ordinamenti giuridici interni e applicabili alla peculiare tipologia delle relazioni interstatali. Tale diritto da sempre - ovvero da almeno quattro secoli - costituisce una parte fondamentale del diritto internazionale, e proprio nel suo ambito vanno ricercate le norme che disciplinano molti settori e aspetti cruciali della vita della comunità internazionale (tanto da essere tuttora definito, da una parte della dottrina internazionalistica, il "diritto della coesistenza degli Stati"). Basti ricordare i principi e le norme riguardanti l'esercizio



della sovranità territoriale e i limiti di tale sovranità (tra cui quelli attinenti al trattamento degli stranieri e degli Stati stranieri); o i principi sullo *status* e l'utilizzazione di spazi non sottoposti alla sovranità di alcuno Stato (per esempio, l'alto mare); o le regole riguardanti aspetti "istituzionali" delle relazioni internazionali, ad esempio la produzione giuridica e l'attuazione del diritto (quali le norme che disciplinano il diritto dei trattati, le forme e i contenuti della responsabilità internazionale da fatto illecito, il ricorso a contromisure o alla forza armata come mezzi di tutela dei propri diritti o di legittima difesa). Certo, alcuni di questi settori o aspetti hanno formato oggetto, soprattutto negli ultimi cinquant'anni, di "codificazione": non pochi trattati multilaterali aperti hanno cioè messo per iscritto la disciplina di alcuni di essi, rendendola vincolante - così come codificata - per gli Stati parti dei trattati medesimi. Sennonché, il fenomeno della codificazione (nei settori in cui si è avuto), pur comportando effetti rilevanti sul processo di formazione, di ricambio e sulla rilevazione del diritto internazionale generale, oltre che sul contenuto di molte norme non scritte, non ne ha determinato né un definitivo superamento come dimensione normativa, né una sostanziale riduzione di importanza. E ciò per una serie di motivi: ad esempio, perché a nessuno strumento di codificazione partecipano tutti gli Stati del mondo (anzi, la partecipazione è persino lunga, in molti casi, dall'essere numericamente o politicamente maggioritaria); e perché questi stessi strumenti affermano la propria non esaustività o completezza, lasciando spesso il compito di disciplinare le questioni volutamente (o involontariamente) non trattate proprio al diritto internazionale generale; e ancora perché essi contengono una disciplina che è comunque "cristallizzata" nel tempo, difficilmente emendabile o aggiornabile per rispondere alle mutate esigenze oggettive o all'evolversi della sensibilità giuridica e culturale. Sicché il diritto internazionale generale - diritto in potenziale continuo divenire - finisce non di rado per sopravanzare le soluzioni normative codificate e per imporsi, tra gli stessi Stati parti di uno strumento pattizio multilaterale, come sviluppo e superamento della disciplina codificata.

Non è ovviamente qui possibile addentrarsi nelle varie questioni riguardanti il diritto internazionale generale, inteso quale "diritto vigente non positivo". Mi permetto solo di ricordare che proprio a questo diritto - e non a quello pattizio - fa riferimento l'art. 10, co. 1, della nostra Costituzione, quando afferma che «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute»; e che proprio nell'ambito del diritto internazionale generale si pongono le norme più importanti e inderogabili del diritto internazionale contemporaneo, le norme di *ius cogens* (sulle quali avrò modo di tornare tra breve). Detto questo, mi preme piuttosto sottolineare che *non si tratta di un diritto pattizio*: il fondamento della giuridicità delle norme del diritto internazionale generale non sta nell'incontro della volontà delle parti; né la loro vincolatività per lo Stato dipende dal fatto che questo le accetti in ragione delle reciproca accettazione di un altro o di più altri Stati.

In tal senso è dunque improprio rappresentare il diritto internazionale "classico" come «semplice insieme di patti bilaterali tra Stati sovrani» (3). *Il diritto internazionale non è, e non è mai stato, soltanto questo*: esso si è sempre contraddistinto per la vigenza anche di un'intelaiatura normativa - il diritto internazionale generale, appunto - valida per tutti i membri della società degli Stati (che fosse quest'ultima composta dalle sole, e numericamente poche, potenze europee affermatesi come indipendenti e sovrane nel



periodo che va dalla metà del XV alla metà del XVII secolo, o che essa si componga invece delle due centinaia circa di Stati in cui l'umanità intera risulta oggi divisa.)

Con riferimento specifico a una simile peculiarità normativa, le concezioni generali, le sistemazioni teoriche e le interpretazioni di casi concreti elaborate e proposte, pur tra molte differenze, dai "padri" del diritto internazionale - da Francisco de Vitoria ad Alberico Gentili, da Francisco Suárez a Ugo Grozio, fino a Samuel Pufendorf e Johan Jacob Moser - (i quali, come ricorda Ferrajoli, avevano concepito la comunità internazionale «come una società di *respublicae* o *civitates* indipendenti ma soggette a un medesimo diritto delle genti» (4)) risultano ancora oggi, a mio sommo avviso, molto più aderenti alla *realtà giuridica* delle relazioni internazionali di quanto non lo siano non solo le dottrine politiche contrattualistiche alla Hobbes o alla Locke, ma anche le concezioni elaborate, nell'ambito del positivismo giuridico statualistico o imperativistico, ad esempio da John Austin o da Georg Jellinek, sino a Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti.

A ciò va aggiunta un'ulteriore considerazione. Il diritto internazionale "classico" (così come quello attuale), nelle sue varie dimensioni normative - di tipo generale e di tipo pattizio - non si compone soltanto di norme volte a regolare rapporti *bilaterali* (o reciproci) tra Stati. Esso contempla anche norme destinate a disciplinare rapporti giuridici tra Stati di tipo "solidale", integralmente connessi tra loro (e non bilaterali o bilateralizzabili). Norme che pongono obblighi *erga omnes* (o *erga omnes partes*, nel caso di trattati multilaterali), al rispetto dei quali «tutti gli Stati possono considerarsi avere un interesse giuridico» (per usare la nota espressione della Corte internazionale di giustizia nella decisione del caso *Barcelona Traction*, del 1970), ovvero rispetto ai quali ogni violazione «è di natura tale da modificare radicalmente la situazione di tutti gli altri Stati cui l'obbligo è dovuto, per quanto attiene all'ulteriore esecuzione dell'obbligo stesso» (come recita l'art. 42, punto *b*, alinea *ii*, del testo sulla responsabilità degli Stati adottato dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, nel 2001).

Norme di questo tipo sono presenti nel diritto internazionale da tempi ben precedenti alla Carta ONU e, comunque, a prescindere dal presunto mutamento di paradigma che, secondo Ferrajoli, si sarebbe verificato - a seguito anche della Carta ONU - nel diritto internazionale. Per fare qualche esempio di vario genere, potrebbe farsi riferimento ad alcune norme relative alla libertà di navigazione negli stretti e nei canali internazionali, o a certe norme pattizie inserite nei trattati multilaterali conclusi, alla fine della prima guerra mondiale, sul trattamento delle minoranze, o ai trattati di disarmo o sulla limitazione degli armamenti, fino a risalire al principio - richiamato da Alberico Gentili - secondo cui sarebbe interesse giuridico dell'insieme degli Stati quello di impedire il realizzarsi con la guerra del dominio di una potenza sulle altre.

Certo, il numero e l'importanza di norme di tal genere sono sensibilmente aumentati nell'ultimo mezzo secolo, a seguito sia della crescente globalizzazione dei rapporti umani e delle relazioni interstatali, sia dell'emergere di valori condivisi oggetto di tutela giuridica internazionale. In quest'ultimo senso, le regole e i principi sui diritti fondamentali della persona umana, o sull'autodeterminazione dei popoli, o sulla messa al bando degli atti di aggressione o di genocidio - consolidatisi dopo l'adozione della Carta ONU - costituiscono senz'altro gli esempi più notevoli di norme internazionali (generali e/o pattizie) istitutive di obblighi *erga omnes* (o *erga omnes partes*).



Ciò che mi interessa evidenziare è però - ancora una volta - quanto sia impreciso e incompleto definire il diritto internazionale (“classico” o attuale che sia) come semplice insieme di *patti bilaterali* tra Stati sovrani.

3. Il diritto internazionale “classico”: un sistema basato sui soli rapporti di forza e su una libertà selvaggia di guerra?

Il secondo punto su cui vorrei soffermarmi riguarda l’idea che il diritto internazionale pre-Nazioni Unite fosse un sistema «basato sui soli rapporti di forza» (5), in cui la guerra - intesa come forma di violenza selvaggia e sregolata (6) - sarebbe stata ammessa, e in cui lo *ius ad bellum* avrebbe costituito il principale attributo delle sovranità, elemento caratterizzante e addirittura fondante l’intero sistema di relazioni internazionali (7). E dal momento che lo *ius ad bellum* sarebbe «l’equivalente internazionale della libertà selvaggia dello stato di natura» (8), ciò significherebbe che il sistema di relazioni internazionali, da esso connotato, avrebbe costituito non già un diritto (o, quanto meno, un ordinamento giuridico), al tempo stesso segnale e mezzo del passaggio della comunità degli Stati allo “stato civile”, bensì hobbesianamente uno “stato selvaggio” e “di natura”, caratterizzato dall’assenza di diritto (9).

Anche sotto questo profilo la rappresentazione del diritto internazionale “classico” da cui muove Ferrajoli non risulta convincente. In particolare sembrano in essa confondersi i due piani distinti del politico-sociale e del giuridico. È vero infatti che la società degli Stati emerge storicamente e si afferma come ambiente sociale in cui coesistono una serie di centri unitari di potere e di governo, indipendenti e sovrani, ciascuno dei quali non riconosce nessuno degli altri come superiore a sé, e i quali non si assoggettano ad alcuna autorità costituita superiore, né ad istituzioni comuni sovraordinate. Ed è anche senz’altro vero che - sia per la natura degli enti-Stati, sia per l’assenza di un’organizzazione giuridico-politica della comunità internazionale - le relazioni tra questi enti spesso registrano, anche oggi, il ricorso alla guerra (o comunque ad un uso ostile della forza armata), rischiando di degenerare in una conflittualità duratura di portata regionale o addirittura mondiale.

Ma questo è il dato politico-sociale. Il dato giuridico è diverso; e diverso lo è stato sin dall’inizio dell’affermarsi del diritto internazionale. Anzi, direi che il “dover essere” espresso dalla società degli Stati - mediante l’emergere di norme di tipo consuetudinario e di diritto generale non scritto, o mediante la conclusione di trattati internazionali - è andato sin dall’inizio nella direzione di limitare la “libertà di guerra” e di disciplinare (con proibizioni, condizioni e adempimenti) la conduzione della guerra, e più in genere il ricorso alla forza armata nei confronti di un altro Stato. Ciò, quanto meno, al fine di impedire che la guerra potesse divenire lo strumento idoneo ad affermare la supremazia - l’autorità sovraordinata - di una potenza su tutte le altre, minacciando (fino a sovvertire) la struttura orizzontale e formalmente paritaria della società degli Stati, nonché al fine di limitare i pericoli per la sicurezza internazionale e per gli Stati non direttamente coinvolti nel conflitto.

In proposito è significativo che le prime grandi opere sistematiche di ricostruzione e approfondimento del diritto internazionale - opere che individuano ed enucleano propositivamente norme giuridiche, le quali saranno poi in gran parte considerate vigenti nei rapporti tra gli Stati - abbiano avuto ad oggetto principale proprio il



problema e la limitazione della guerra. Mi riferisco in particolare al *De iure belli* di Alberico Gentili e al *De iure belli ac pacis* di Ugo Grozio. Sin da allora, e costantemente nel seguito dell'evoluzione dell'esperienza giuridica della società degli Stati, il "dover essere" espresso da questo ambiente sociale *non è mai andato nel senso di ritenere consentita - e quindi legittima - la violenza internazionale selvaggia e sregolata*. E nella misura in cui si è ammesso, nei rapporti tra Stati, il ricorso alla guerra, questa non è stata mai concepita ed ammessa in quanto uso arbitrario, selvaggio e sregolato della forza armata. In questo senso, la violenza selvaggia nei rapporti internazionali è stata sempre considerata vietata dal diritto internazionale, e il diritto internazionale - anche quello "classico" - si è senz'altro caratterizzato per essere regolazione dell'uso della forza, ed anzi ha sempre trovato nell'esigenza di tale regolazione una ragion d'essere fondamentale.

Beninteso, gli sviluppi più significativi in questa direzione si sono avuti, come ricorda Ferrajoli (10), a partire dalla fine del XIX secolo, col progressivo affermarsi per un verso del diritto umanitario dei conflitti armati (Convenzione dell'Aia del 1907, e poi - soprattutto - le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, con i due Protocolli addizionali del 1977) e, per altro verso, dell'obbligo per gli Stati di risolvere pacificamente le controversie internazionali e di astenersi dal ricorso alla forza armata nelle relazioni internazionali (ancora Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907, Patto della Società delle Nazioni, Patto Briand-Kellog del 1928). Su quest'ultimo - cruciale - aspetto, Ferrajoli ha senz'altro ragione a ritenere, in linea peraltro con l'unanime dottrina internazionalistica, che il divieto assoluto di uso e minaccia dell'uso della forza armata nelle relazioni internazionali (con la sola eccezione del diritto di legittima difesa da un attacco armato), sancito - all'indomani dell'immane tragedia della seconda guerra mondiale - nell'art. 2, par. 4, della Carta ONU, e divenuto quindi principio fondamentale anche del diritto internazionale generale (come riconosciuto più volte dalla Corte internazionale di giustizia), costituisca il decisivo salto di qualità - e, auspicabilmente, di non ritorno - nel processo di limitazione e regolazione normativa dell'uso della forza compiuto dal diritto internazionale.

Tuttavia, questo processo di evoluzione normativa, e il risultato cui è giunto (la messa al bando della forza armata), si è realizzato in un contesto sociale che è rimasto strutturalmente immutato rispetto a quello westfaliano, affermatosi con la fine del Medioevo e la nascita degli Stati moderni: il contesto appunto della "società degli Stati", dell'insieme cioè delle comunità politiche organizzate - indipendenti e sovrane - in cui l'umanità è ancora divisa. Ancora questa "società" è un ambiente sociale che dimostra una fortissima refrattarietà a qualsiasi forma di organizzazione o di "verticalizzazione" giuridico-istituzionale che neghi o metta in discussione quella sovrana eguaglianza tra i suoi membri che continua a caratterizzare, sotto il profilo giuridico, la dimensione orizzontale delle relazioni internazionali. È con questo contesto strutturale che il divieto di guerra - cui pure sono soggetti tutti gli Stati, perché tutti soggetti al rispetto del diritto internazionale generale - deve fare i conti (non diversamente peraltro da qualsiasi precetto giuridico internazionale). Ed è semmai la perdurante assenza di organizzazione nella società degli Stati - della dimensione cioè della "sovra/sott'ordinazione istituzionale" - ad impedire che il diritto internazionale, ieri come oggi, si qualifichi come "ordinamento" giuridico, e non invece la (presunta)



assenza di regolazione dell'uso della forza e di messa al bando della violenza selvaggia e sregolata.

4. Il mutamento di paradigma in senso costituzionalistico: il sistema “Carta ONU/Dichiarazione universale dei diritti umani” come embrionale costituzione del mondo?

Dicendo ciò lascio la parte dedicata ai rilievi critici sull'idea del diritto internazionale “classico” da cui muove Ferrajoli, per venire - sempre in breve e alla luce delle osservazioni precedenti - al mutamento di paradigma che, secondo Ferrajoli, si sarebbe avuto nelle relazioni internazionali a partire dall'istituzione dell'ONU, con la Carta di San Francisco e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. Precisamente, il diritto internazionale si sarebbe tramutato «in un ordinamento giuridico sovrastatale», costituito da un «contratto sociale, storico, e non metaforico», che «vale ad assoggettare tutti gli Stati, quale *pactum subiectionis* e non solo *associationis*», «la cui ragione sociale può ben identificarsi con la garanzia universale della pace e dei diritti umani» (11).

Se la rappresentazione del diritto internazionale “classico” proposta da Ferrajoli si caratterizza, a mio avviso, per una sorta di sottovalutazione di quel fenomeno giuridico, la rappresentazione del diritto dell'era delle Nazioni Unite si caratterizza invece - all'opposto - per una non condivisibile sopravvalutazione.

Non è ovviamente questa la sede per addentrarsi nella materia - complessa sul piano sia teorico che pratico - delle organizzazioni internazionali, della loro posizione e funzione nell'ambito più vasto delle relazioni internazionali e del diritto internazionale; diritto - quest'ultimo - in cui le organizzazioni internazionali trovano il fondamento della propria giuridicità e dal cui strumento normativo più tipico (l'accordo) sono costituite e regolate. Mi limiterò pertanto ad alcune osservazioni, in modo consapevolmente inadeguato, non sistematico e incompleto.

La prima osservazione riguarda la concezione della Carta delle Nazioni Unite (corredata dalla Dichiarazione universale del 1948 e dai due Patti sui diritti umani del 1966) come «sorta di costituzione embrionale del mondo» (12), nonché l'idea dell'ONU come struttura o quadro istituzionale - pur caratterizzato da vistose lacune, dall'assenza di adeguati strumenti di garanzia e da organi attualmente dotati di poteri ineffettivi - destinato a realizzare lo svolgimento di un processo di costituzionalizzazione mondiale e la trasformazione del diritto internazionale in un “ordinamento giuridico sovrastatale”, connotato da vincoli tendenzialmente federali.

Certamente, la Carta delle Nazioni Unite fonda un'unione istituzionale di Stati, e l'ONU ha dunque - in quanto organizzazione - il suo statuto giuridico (la sua “costituzione”) nella Carta di San Francisco. Indubbio è anche che la Carta regoli e organizzi, mediante la creazione e la disciplina del funzionamento degli organi dell'ONU, una parte ampia delle relazioni tra gli Stati membri e della loro cooperazione, parte comprensiva di aspetti cruciali riguardanti la sicurezza internazionale, la prevenzione dei conflitti e il mantenimento della pace. Corretto è pure ritenere che l'affermazione di alcuni principi fondamentali nella Carta ONU, nonché l'attività (non solo normativa) svolta per la loro tutela e il loro rafforzamento dagli organi delle Nazioni Unite, il continuo riconoscimento, la riaffermazione della loro validità e della loro importanza, nonché la



JURA GENTIUM



diffusa osservanza concreta di tali principi da parte di tutti gli Stati (pur tra frequenti e gravi violazioni, e reazioni spesso inadeguate alle violazioni stesse), abbia contribuito in modo determinante ad arricchire di contenuti e valori il diritto internazionale generale, e ad elevare al livello di norme “cogenti” - inderogabili e tutelate in modo rafforzato - un certo nucleo di questi principi. Principi tra cui rientrano, con ogni probabilità, il divieto dell’uso della forza armata nelle relazioni internazionali (specialmente di qualsiasi uso aggressivo), il rispetto dell’autodeterminazione di qualsiasi popolo, la tutela dei diritti fondamentali e della dignità di ogni persona. Pertanto se proprio si volesse usare, in modo approssimativo, il concetto di “costituzione” per indicare il nucleo di valori che l’insieme dei membri di un certo ambiente sociale ritiene essenziale porre a fondamento della coesistenza nell’ambiente stesso, in vista della sicurezza e del benessere comune, potrebbe anche dirsi che la Carta ONU (corredata dai grandi trattati di codificazione dei diritti umani) abbia contribuito ad iscrivere nella “costituzione” della comunità internazionale (intesa, quest’ultima, come insieme di tutti gli Stati e delle altre distinte entità politiche in cui è articolata l’umanità) alcuni principi in precedenza non presenti in tale “costituzione”.

Presentare però la Carta ONU (completata dalla Dichiarazione universale del ‘48 e dai Patti del ‘66) come una sorta di “costituzione embrionale del mondo”, ossia dell’umanità intera concepita come insieme unitario, risulta davvero fuorviante. Una simile affermazione implica infatti una delle tre seguenti idee: - che il sistema normativo “Carta ONU/Dichiarazione del ‘48” sia stato il risultato voluto di un progetto politico che l’avrebbe posto come atto fondativo volto alla costruzione di un ordinamento giuridico integrato, sovranazionale e di progressivo dissolvimento della sovranità degli Stati; - ovvero che a prescindere dal progetto politico originario, o anche contro di questo, il processo innescato con l’adozione della Carta (e con la codificazione dei diritti umani) si sia nel tempo rivelato di costruzione di un simile ordinamento e di erosione della sovranità statale; - oppure ancora che, quantunque ciò non si sia ancora verificato, il dato normativo-istituzionale “Carta/Dichiarazione/ONU” sia comunque idoneo a dar vita ad un processo di tal genere.

Ebbene, nessuna di queste ipotesi risulta accettabile o convincente.

Quanto in particolare alla prima ipotesi, basta una conoscenza anche non specialistica del contesto e del processo politico alla base dell’adozione della Carta ONU e della Dichiarazione universale del ‘48 (per non dire dei lavori preparatori di questi documenti) per non avere alcun dubbio che gli Stati - o meglio le *élites* politiche e governative che li rappresentavano -, nel convenire (senza alcun mandato apposito proveniente dai rispettivi popoli) sulla necessità di regolare e organizzare una parte ampia e importante delle loro relazioni, mediante l’affermazione di precetti normativi e l’istituzione di organi e meccanismi decisionali, abbiano fermamente voluto evitare qualsiasi elemento che potesse dare adito alla costruzione o all’idea non solo di un super-Stato o di un ordinamento di tipo federale, ma anche soltanto di un’unione di tipo confederale con aspetti di integrazione effettiva (al di là dell’impegno statale di cooperazione, coordinamento e rispetto delle decisioni assunte nell’ambito dell’Organizzazione).

Questa ferma e condivisa scelta degli Stati fondatori dell’ONU, fatta propria da tutti gli Stati del mondo che via via hanno completato la *membership* dell’Organizzazione, si



riflette inequivocabilmente nel testo della Carta. Per convincersene, basti ricordare alcune disposizioni-chiave della Carta. Secondo l'art. 1, par. 4, finalità delle Nazioni Unite è «costituire un centro per il coordinamento delle attività delle nazioni volta al conseguimento di ... fini comuni». Il primo principio giuridico sancito nella Carta (art. 2, par. 1) recita con estrema chiarezza: «l'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi membri»; principio da cui deriva il fondamentale corollario secondo il quale «nessuna disposizione della presente Carta autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengano essenzialmente alla competenza interna (*domestic jurisdiction*) di uno Stato, né obbliga i Membri a sottoporre tali questioni ad una procedura di regolamento in applicazione della presente Carta» (art. 2, par. 7).

A ciò si aggiunga il determinante elemento negativo dato dall'assenza, in capo agli organi dell'ONU, di qualsiasi potere normativo, di governo o di garanzia (di tipo giurisdizionale o di altro genere) esercitabile nei confronti dell'umanità, della "società civile", di individui o di comunità, in aggiunta, in sostituzione, in coordinamento diretto, o in contrapposizione, rispetto a quelli delle istituzioni e delle autorità statali.

5. Il sistema "Carta ONU/Dichiarazione universale dei diritti umani" come *pactum subiectionis* tendente a negare la sovranità degli Stati?

Tutto ciò rende evidentemente inaccettabile, a mio avviso, qualificare l'accordo istitutivo dell'ONU, e fondativo - secondo Ferrajoli - di un nuovo paradigma giuridico delle relazioni internazionali, come *pactum subiectionis*, idoneo (o quanto meno tendente) a negare la sovranità statale (13). Così come sembra non aderente alla realtà ed euristicamente poco utile definire come «integrazione debole» (14) quella generata da un trattato come la Carta ONU o i Patti internazionali del '66 (e, a ben vedere, da qualsiasi trattato multilaterale o bilaterale), collocando tale presunta integrazione nella medesima categoria - ancorché ad un grado inferiore - delle integrazioni "forti", generate dall'istituzione di ordinamenti federali, o di modelli confederali caratterizzati da elementi di effettiva integrazione normativa e di governo (unificante l'insieme delle comunità umane sottostanti ai corrispondenti Stati nazionali o plurinazionali).

I due fenomeni non sono infatti collocabili su un piano omogeneo, e lo iato che separa i due livelli è determinato proprio dall'assenza, nel modello "ONU/Dichiarazione universale", di qualsiasi superamento o negazione (anche solo parziale) della sovranità statale.

Dicendo ciò, mi riferisco evidentemente alla sovranità dello Stato intesa come *indipendenza politica*, come condizione di ente *superiorem non recognoscens*, che non riconosce cioè alcuna autorità costituita legittimata a determinarne, condizionarne o imporne il modo di essere, l'organizzazione interna, l'organizzazione della vita sociale della comunità ad esso sottostante, o ad affiancarsi o sostituirsi ad esso nel governo - in senso lato - di tale comunità, né tanto meno a determinare giuridicamente (legittimare) la distinta identità ed esistenza dell'ente (e quindi la sua soggettività) in quanto membro della comunità internazionale.

È questo infatti sul piano internazionale - come viene particolarmente evidenziato, nella dottrina internazionalistica italiana, da Gaetano Arangio-Ruiz - il significato fondamentale della sovranità degli Stati, e non già - come lo intende invece Ferrajoli -



quello di libertà da vincoli giuridici, di essere cioè *legibus soluti*. In questo secondo senso la sovranità degli Stati, sul piano internazionale, non ha affatto cominciato a dissolversi con la Carta delle Nazioni Unite (e nemmeno soltanto «con lo sviluppo dello stato costituzionale di diritto», come osserva Ferrajoli con riferimento alla dimensione “interna” della sovranità (15): piuttosto essa, a ben vedere, *non è mai esistita*. O meglio il suo venir meno ha coinciso con lo stesso affermarsi - all’inizio dell’età moderna - della società degli Stati e del diritto internazionale “classico”. Sin da allora gli Stati non sono stati “sovrani” in questa accezione del termine. Essi sono invece sempre stati soggetti al diritto internazionale, e non sono mai stati esenti dagli obblighi derivanti dalle norme di tale diritto, che fossero norme di diritto internazionale generale ovvero norme pattizie, stipulate in virtù di accordi bilaterali o multilaterali, istitutive di obblighi reciproci oppure *erga omnes*. Con la Carta ONU e con i trattati di codificazione dei diritti umani non si è dunque avuto, da questo punto di vista, alcun mutamento di paradigma. Soltanto - e non è poco - si è avuto un notevole aumento per gli Stati degli obblighi giuridici concernenti la soluzione delle controversie, il divieto di ricorso alla forza armata, il trattamento degli individui (ivi compresi i propri sudditi), il trattamento di popoli e altri gruppi etnico-culturali, nonché uno sviluppo - meno notevole - dei meccanismi volti a garantire il rispetto statale di tali obblighi.

Al contrario, nessuna evoluzione rilevante è stata prevista o si è avuta nella direzione del superamento dell’altra dimensione della sovranità statale (la sovranità-indipendenza), che - come ho detto - è in realtà l’unica significativa agli effetti della valutazione di un eventuale mutamento di paradigma (avvenuto o in corso) nel sistema giuridico-politico delle relazioni internazionali.

6. La sovranità-indipendenza degli Stati come perdurante elemento strutturale e valore giuridico fondamentale del sistema internazionale

A dimostrazione di ciò è esemplare la sorte del c.d. sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite. Era questo, in effetti, l’unico punto nella Carta di San Francisco in cui fosse prevista una qualche apertura nel senso dell’integrazione effettiva tra gli Stati membri, e tra gli Stati e l’Organizzazione. Mi riferisco ovviamente alla previsione di una disponibilità diretta di forze armate da parte dell’ONU, al fine - come ricorda Ferrajoli (16) - di porre in essere, quando necessario, le operazioni coercitive di mantenimento della pace, ai sensi dell’art. 42 della Carta.

Com’è noto, le disposizioni riguardanti questa disponibilità non hanno mai trovato attuazione. E, a meno di non peccare di superficialità nell’analisi, è chiaro che la causa di ciò non sta nella particolare congiuntura delle relazioni interstatali che a lungo hanno visto la netta contrapposizione tra blocchi di potenze e la c.d. guerra fredda, e neppure nel meccanismo decisionale “ineguale” caratterizzante il funzionamento del Consiglio di sicurezza dell’ONU. A vent’anni dalla caduta del muro di Berlino, risulta più che mai evidente che la ragione di questo mancato sviluppo va individuata proprio nella cultura - nel valore - della sovranità-indipendenza dello Stato: cultura e valore non solo radicati ancora saldamente nelle *élites* che alimentano gli apparati di potere e di governo di tutti gli Stati del mondo (quale più, quale meno), ma diffusi anche nell’opinione pubblica, nella società civile di tutte le parti del mondo, così come nelle convinzioni e nelle aspirazioni identitarie dei popoli e della maggior parte dei gruppi etnico-culturali.



JURA GENTIUM



L'attuale sistema giuridico delle relazioni internazionali considerato nel suo complesso - comprensivo delle importanti (ma certo ancora insufficienti) novità di contenuti e procedure introdotte a partire dalla Carta ONU, con la codificazione dei diritti umani, con la creazione di istituzioni di garanzia e di tutela giurisdizionale dei diritti individuali, con l'istituzione di agenzie specializzate attive nel campo della cooperazione economica, sociale, finanziaria, delle comunicazioni, di tutela dell'ambiente, di polizia e giudiziaria penale, di contrasto al terrorismo, e così via -, tale sistema, pur molto evoluto rispetto a sessant'anni fa, continua in definitiva a basarsi e svilupparsi nel segno, e nel paradigma, della sovranità statale e della refrattarietà a qualsiasi *pactum subiectionis* che implichi una rinuncia o una negazione di tale sovranità.

Per questo motivo sembra del tutto fuori luogo - come ammette lo stesso Ferrajoli (17) - rappresentare l'evoluzione dell'ordinamento internazionale in modo analogico a quello del costituzionalismo statale (secondo una *domestic analogy* che è piuttosto, per usare un'espressione cara a Ferrajoli, una "fallacia domestica"). Ma altrettanto non convincente e fuorviante è vedere in tale evoluzione i segni di un cammino nel senso di un costituzionalismo *cosmopolitico* e di un'integrazione globale di tipo tendenzialmente federale (per quanto multilivello). E ancor meno convincente risulta paragonare la fase attuale di questo presunto processo «a quello che sarebbe un ordinamento statale dotato soltanto della costituzione e di poche istituzioni sostanzialmente prive di poteri» (18). In tal modo si ricade ancora, con piena evidenza, nella fallacia domestica, così come vi si ricade raffigurando in modo alquanto riduttivo l'ineffettività dell'attuale ordinamento internazionale come «mancanza di quelle che potremmo chiamare le leggi di attuazione» della già esistente embrionale costituzione del mondo (19).

Il problema fondamentale è piuttosto che l'attuale sistema giuridico internazionale non si è formato e non è stato neppure embrionalmente reimpostato, dopo la seconda guerra mondiale, al fine di (o in modo da) indirizzare l'evoluzione della convivenza e dell'organizzazione politico-giuridica dell'umanità nel senso di un'integrazione globale connotata dai caratteri di una democrazia costituzionale. Esso continua ad essere il sistema giuridico della "società degli Stati", e continua ad essere strutturalmente condizionato dall'assetto non organizzato di tale società e dalla non integrazione dell'umanità (ancora divisa nelle varie comunità politiche organizzate, corrispondenti *grosso modo* all'insieme dei vari Stati del mondo) in un contesto o processo politico unitario, ancorché federato. Né l'attuale sistema internazionale - pur sicuramente arricchitosi, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, di contenuti normativi e strumenti giuridici - si è finora rivelato o si sta rivelando il motore o la cornice di un simile processo di integrazione, in particolare nella direzione di un costituzionalismo cosmopolitico.

Certo, nulla esclude che nei tempi lunghi - per dirla con Ferrajoli (20) - il sistema normativo-istituzionale "Carta di S. Francisco/Dichiarazione universale dei diritti umani/ONU" evolva in qualcosa che finora non v'è stato e neppure ha cominciato ad esistere, avviando progressivamente le relazioni interstatali e il cammino dell'umanità nella direzione di un ordinamento politico-giuridico qualificabile come "democrazia cosmopolitica". Tutto può essere, e solo il seguito della storia del secolo iniziato ormai da un decennio potrà dirlo. Ma qui usciamo, a mio sommesso avviso, dal campo



scientifico della teoria del diritto e della democrazia, per entrare in quello metaforico della profezia e delle teorizzazioni prospettiche senza aderenza alla realtà (e alla realtà giuridica innanzitutto).

Se invece, senza scivolare nel realismo deterioro, si vuole mantenere una qualche aderenza alla realtà - e, lo sottolineo, alla realtà *giuridica*, alla realtà cioè non dell' "essere" (del mero "fatto") di una determinata struttura o ambiente sociale, bensì alla realtà del "dover essere" espresso da un certo ambiente sociale considerato nel suo insieme - allora non può non dubitarsi seriamente che, a partire dal (e in virtù del) sistema "Carta di S. Francisco/Dichiarazione universale dei diritti umani/ONU", il diritto internazionale abbia davvero mutato paradigma e che l'umanità abbia intrapreso, più o meno consapevolmente, "le magnifiche sorti e progressive" della democrazia cosmopolitica.

7. La sovranità statale come ostacolo decisivo ad un'evoluzione costituzionalistica del processo d'integrazione europea

A mo' di controprova di quanto sia improbabile una simile lettura del sistema giuridico internazionale post-Carta ONU, e della sua evoluzione prospettica, può considerarsi l'incerta parabola della costruzione giuridica dell'Unione europea, alle prese con il difficile rilancio tentato dal Trattato di Lisbona.

È senz'altro vero, come dice efficacemente Ferrajoli, che quello dell'Unione europea è «il più grande esperimento politico dell'ultimo mezzo secolo» (21), mediante il quale si sta realizzando al livello regionale europeo un processo di integrazione e di progressiva costruzione di un ordinamento con caratteri di sovranazionalità e tendenzialmente federale. Ed è anche vero che nell'ambito di tale processo gli Stati membri si stanno dimostrando disponibili a mettere in discussione la rispettiva sovranità - non solo la sovranità-libertà, ma anche la sovranità-indipendenza - al fine di costruire appunto un ordinamento con caratteri di sovranazionalità.

Eppure, è molto significativo che anche in questo contesto di avanzata integrazione continentale, il paradigma costituzionalistico e il concetto stesso di "costituzione", evocante inevitabilmente il modello di integrazione statale tipico delle democrazie costituzionali e degli Stati federali, non riesca ad affermarsi e ad occupare un proprio spazio, ma riceva anzi un'accoglienza diffidente o addirittura ostile, al livello non solo governativo ma anche di società civile e di opinione pubblica.

Ne è chiara dimostrazione il fallimento del Trattato c.d. costituzionale (più precisamente "Trattato che adotta una costituzione per l'Europa", firmato a Roma nell'ottobre 2004, ma mai entrato in vigore e oggi sostanzialmente abbandonato). Per le modalità del percorso che avevano portato alla sua stesura, per la sua strutturazione interna, per alcune importanti novità terminologiche e di contenuto (tra cui l'inserimento della Carta europea dei diritti fondamentali), per la stessa ambiziosa denominazione scelta come titolo del trattato, quello avrebbe dovuto essere, in effetti, l'atto della svolta definitivamente costituzionalistica nel cammino dell'integrazione europea. Ed invece, a seguito - com'è noto - della bocciatura ricevuta nelle consultazioni popolari svoltesi in Francia e Olanda (cui si sarebbe aggiunta con ogni probabilità un'ulteriore bocciatura in altre consultazioni popolari nazionali previste dopo quella francese ed olandese), nonché della successiva esplicita presa di distanze di alcuni governi, e dei timori e delle



perplexità diffuse sulla scelta di intraprendere un cammino d'integrazione più impegnativo in coincidenza con l'allargamento dell'Unione agli Stati dell'Europa orientale, questa svolta non c'è stata. Anzi, la parola d'ordine che ha contraddistinto la strategia d'uscita dalla crisi causata dal fallimento del Trattato del 2004, e che ha condizionato fortemente i contenuti del Trattato di riforma di Lisbona (entrato in vigore nel dicembre 2009), è stata per l'appunto "decostituzionalizzare" il processo d'integrazione.

Mi sia permesso riportare in proposito l'apertura del documento adottato dal Consiglio europeo di Bruxelles del giugno 2007, contenente il mandato della Conferenza intergovernativa (non più una "Convenzione" allargata, come invece era stato per la preparazione del Trattato costituzionale) incaricata di predisporre il testo del nuovo trattato:

«La Conferenza intergovernativa (Cig) è invitata ad elaborare un trattato che modifichi i trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata nonché la coerenza della sua azione esterna. *Il progetto costituzionale*, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "costituzione" è *abbandonato*» (par. 1). E ancora: «Il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione non avranno carattere costituzionale. La terminologia utilizzata in tutto il testo dei trattati rispecchierà tale cambiamento: *il termine "Costituzione" non sarà utilizzato*, il "ministro degli affari esteri dell'Unione" sarà denominato Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, e *i termini "legge" e "legge quadro" saranno abbandonati* mentre i termini attuali "regolamenti", "direttive" e "decisioni" saranno mantenuti. Parimenti, i trattati modificati *non conterranno alcun articolo che faccia riferimento ai simboli dell'UE* quali la bandiera, l'inno o il motto. Per quanto riguarda il primato del diritto dell'UE, la Cig adotterà una dichiarazione contenente un richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE» (par. 3.).

Gli effetti di questa "decostituzionalizzazione" (rispetto alla struttura e ai contenuti del trattato del 2004) sono presenti con evidenza nel Trattato di Lisbona. Mi limito ad alcuni esempi.

Innanzitutto, per il titolo del Trattato - o meglio dei due trattati - si è scelto un tenore per così dire dimesso: "Trattato sull'Unione europea" (*TUE*, come già in precedenza, a partire dal Trattato di Maastricht) e, al posto del Trattato istitutivo della Comunità europea, il nuovo "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (*TFUE*). Ovviamente, la parola "costituzione europea" è scomparsa da qualsiasi disposizione dei due trattati. La Carta europea dei diritti fondamentali (la c.d. Carta di Nizza) non è diventata parte integrante del testo dei trattati; piuttosto, l'art. 6, par. 1, del *TUE* si limita a farvi un rinvio e ad affermarne il valore giuridico. Non è sancito espressamente (come invece faceva il trattato "costituzionale") il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri; a tale principio si fa soltanto riferimento in una dichiarazione della Cig allegata ai trattati. Non si parla (come invece si faceva nel trattato "costituzionale") di "leggi" europee, ma ci si limita a parlare di atti adottati con "procedura legislativa ordinaria" (art. 294 *TFUE*). È poi aumentata sensibilmente l'enfasi attribuita agli aspetti legati alla *sovranità* e all'*identità nazionale* degli Stati membri. Mi riferisco non tanto al diritto per gli Stati membri di recedere dall'Unione



(previsto ora espressamente nell'art. 50 del *TUE*), quanto all'aggiunta dell'affermazione - non presente nelle versioni precedenti dei trattati - secondo cui «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale» (art. 4, par. 2, del *TUE*). E mi riferisco anche alla nuova formulazione del principio di attribuzione delle competenze, ora molto più esplicita nell'affermare i limiti dell'Unione e il primato della sovranità statale: «In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri» (art. 5, par. 2, del *TFUE*).

I pochi e inadeguati esempi ora richiamati danno un'idea di quanto il paradigma costituzionalistico stenti ad affermarsi nella costruzione di una realtà politico-giuridica nuova e originale che, pure, è incontestabilmente predisposta e orientata nel senso dell'integrazione e di un federalismo multilivello, e che mette insieme Stati e popoli "vicini", relativamente omogenei sotto molti punti di vista.

Evidentemente, le difficoltà che un simile paradigma (anche secondo modelli meno analoghi a quello statale di quanto non sia il modello europeo) si addica e si affermi al livello mondiale, tra Stati e popoli profondamente diversi e "lontani" (soltanto una minoranza dei quali - tra l'altro - caratterizzati da un'esperienza politico-giuridica interna di democrazia costituzionale), e per di più nel contesto di un sistema - il sistema "Carta delle Nazioni Unite/Dichiarazione universale dei diritti umani/ONU" - assolutamente non impostato né evoluto nel senso dell'integrazione e della sovranazionalità, tali difficoltà sono immensamente e incommensurabilmente maggiori di quelle, già non indifferenti, che si stanno riscontrando nell'esperimento ristretto, pienamente consapevole e ampiamente condiviso (da popoli ed *élites* governative), dell'integrazione europea.

Al di là dell'esercizio meramente teorico di applicazione del paradigma costituzionalistico al sistema delle relazioni internazionali, la realtà è che di una «rifondazione democratica dell'ordine internazionale»- come a malincuore è costretto a riconoscere lo stesso Ferrajoli - «non si intravedono i segni» (22). E aggiungo che segni affidabili in questo senso non potranno vedersi finché la sovranità-indipendenza degli Stati sarà viva e vitale, e finché forte, diffusa e radicata sarà la convinzione dell'importanza sociale fondamentale della sovranità statale e dell'organizzazione delle varie comunità nazionali (o etnico-culturali) del mondo in Stati distinti. Ciò perché, come Ferrajoli sa bene, la sussistenza della sovranità statale (della sovranità di *tutti* gli Stati, e non solo degli Usa o degli Stati *pro tempore* più potenti o egemoni) «è logicamente incompatibile con qualunque "ordinamento" internazionale, ancor prima che con qualunque ipotesi di democrazia cosmopolitica» (23).

8. Sulle presunte colpe della scienza giuridica internazionalistica

Da ultimo, mi sia consentito una piccola *doléance* di categoria. La *doléance* riguarda il giudizio sommario e poco lusinghiero che Ferrajoli rivolge alla categoria, appunto, degli internazionalisti. Secondo Ferrajoli, «la scienza giuridica internazionalistica, dopo tre secoli di diritto internazionale pattizio, non ha ancora aggiornato le sue categorie e non si è ancora liberata da quella insicurezza di sé, quasi un complesso d'inferiorità



scientifica e giuridica, che la porta troppo spesso a svalutare la nuova dimensione normativa del diritto internazionale e ad appiattirla ancora, secondo il vecchio insegnamento di Alberico Gentili e di Ugo Grozio, sull'effettività dei rapporti di forza tra gli Stati» (24).

Prima di entrare nel merito di alcuni punti di questo giudizio, mi chiedo sinceramente che senso abbia una valutazione così generica, indiscriminata e priva di "prove a carico" nei confronti sia delle centinaia e centinaia di studiosi che per quasi quattro secoli si sono dedicati all'analisi della dimensione internazionale del diritto, sia delle migliaia di studiosi di tutto il mondo che attualmente vi dedicano i loro sforzi e le loro ricerche. Un giudizio del genere sarebbe forse accettabile (seppur non condivisibile) alla luce di un esame adeguato della letteratura internazionalistica passata e presente, espressa dalle varie culture e scuole giuridiche che, sparse per il mondo, si occupano di diritto internazionale, nonché tenendo conto delle differenze - talvolta molto profonde - di approccio, metodo, contenuti, ricostruzioni e proposte, che articolano la dottrina internazionalistica. Tale esame nei *Principia iuris* non c'è; né emerge - per quanto mi consti - in altre opere di Ferrajoli. Sicché la valutazione formulata nel passo ora riportato ha tutto il sapore di un *pregiudizio*, e non di un giudizio scientifico (la cui presenza - tra l'altro - non mi sembra aggiungere qualcosa o giovare in qualche modo al ragionamento svolto da Ferrajoli).

Detto ciò, è difficile esprimere un commento o una replica a un (pre)giudizio così sommario e poco argomentato. Posso solo tentare qualche riflessione.

Innanzitutto, quanto all'affermazione secondo cui la scienza giuridica internazionalistica non avrebbe aggiornato le sue categorie, posso rassicurare Ferrajoli che - come in tutti gli ambiti della scienza giuridica - nella dottrina internazionalistica un simile aggiornamento c'è, c'è sempre stato ed è costante. Talvolta (e in certi settori) è rapido; talaltra (e in altri settori) è più lento e ponderato. E ovviamente esistono categorie concettuali e idee che resistono da secoli, come del resto sono proprio la filosofia e la teoria del diritto ad insegnarci.

Se poi la necessità dell'aggiornamento richiesto da Ferrajoli si riferisse all'applicazione di categorie concettuali e di paradigmi di tipo costituzionalistico alla dimensione internazionale del diritto, va ricordato che - non da ieri, ma da oltre sessant'anni - una parte della dottrina internazionalistica si cimenta in chiavi di lettura costituzionalistiche del diritto internazionale e della sua evoluzione verso un possibile "diritto pubblico dell'umanità". Basti ricordare gli autorevoli contributi scientifici in tal senso di maestri del passato quali George Scelle e Alfred Verdross. E va riconosciuto che approcci di tal genere continuano a riscuotere un certo successo, specie in parti della scuola internazionalistica francese e tedesca, nonostante le critiche serrate portate nei loro confronti dalla dottrina prevalente (specie in Italia e nel mondo anglosassone).

Quanto poi alla diagnosi psicanalitica di "insicurezza di sé" e di "complesso di inferiorità", riferita alla scienza giuridica internazionalistica, pur confessando la mia incompetenza nel campo della psicologia della scienza, mi permetto un'osservazione. Effettivamente, la lettura di molti lavori e studi prodotti dagli internazionalisti (e, in genere, dei migliori tra questi studi e lavori) può destare un'impressione di dubbiosa insicurezza, nel senso di tendenza a problematicizzare i risultati raggiunti, difficilmente dati per inconfutabili, ma quasi sempre ritenuti suscettibili di essere rimessi in



discussione, precisati, rivisti o addirittura capovolti. Ciò è in parte dovuto, oltre che alla ovvia e condivisibile attitudine a problematicizzare la propria indagine (che immagino sia comune a tutte le aree della scienza giuridica), alla natura *sui generis*, particolarmente complessa e sfuggente, dell'oggetto di studio prescelto - il fenomeno giuridico internazionale - che ben poco si presta alle schematizzazioni, alle classificazioni e ai "paradigmi" di qualsiasi genere, specie a quelli desunti dallo studio degli ordinamenti giuridici interni.

In positivo, questo fatto determina peraltro negli internazionalisti (di solito) una notevole accuratezza e un elevato livello di approfondimento nello studio della prassi giuridicamente rilevante, così come un'attenzione e un confronto molto scrupolosi rispetto alle possibili ipotesi teoriche e alle varie teorizzazioni dottrinali. Tanto che l'importanza e il ruolo della dottrina internazionalistica vengono riconosciuti espressamente nello Statuto della più importante e autorevole giurisdizione internazionale - la Corte internazionale di giustizia - la quale, nel risolvere le controversie internazionali secondo il diritto internazionale, è chiamata ad applicare, tra l'altro, «la dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni come mezzo sussidiario per la determinazione delle norme giuridiche» (art. 38, par. 1, *d*, dello Statuto allegato alla Carta ONU).

Quanto infine alla "svalutazione della nuova dimensione normativa del diritto internazionale" e all'"appiattimento sull'effettività dei rapporti di forza", che Ferrajoli addebita alla scienza giuridica internazionalistica, anche qui credo sia necessaria qualche precisazione.

Innanzitutto, mi sembra fuori bersaglio il riferimento ad Alberico Gentili e Ugo Grozio, quali antichi esempi di un simile atteggiamento scientifico. Al contrario, proprio i due "padri" del diritto internazionale possono a giusto titolo considerarsi gli apripista di quel giusnaturalismo razionalista volto ad impedire che il sistema giuridico delle relazioni internazionali si trasformasse nella consacrazione della "legge del più forte", e che avrà il suo culmine massimo nell'opera di Kant.

Ma a parte ciò, esistono indubbiamente nella dottrina internazionalistica, passata e presente, scuole di pensiero e filoni interpretativi che tendono a sopravvalutare la rilevanza normativa della prassi e del principio di effettività, finendo talora per far coincidere il diritto internazionale con l'organizzazione assunta in fatto dalla società degli Stati e, in definitiva, con le scelte politiche che le potenze egemoni riescono di volta in volta ad imporre. Scuole di pensiero e filoni interpretativi, anche molto diversi tra loro, che attingono più o meno consapevolmente da un cocktail variegato di idee e spunti teorici, traendo ispirazione, ad esempio, dall'*Ideologia tedesca* di Marx fino allo *Ius publicum europaeum* di Carl Schmitt, dal realismo politico nelle sue varie versioni (da Machiavelli a Hans Morgenthau) fino all'istituzionalismo di Santi Romano.

Va però evidenziato che si tratta di scuole e approcci *minoritari* nella letteratura internazionalistica, per quanto autorevoli e produttivi talvolta di studi di grande valore e interesse, come nel caso - ad esempio - della scuola statunitense di New Haven o, in Italia, dei contributi di Rolando Quadri e più recentemente di Paolo Picone; per i quali sarebbe comunque riduttivo e improprio parlare di appiattimento sulla mera effettività dei rapporti di forza tra gli Stati.



Ma, accanto a scuole e approcci di tal genere, la dottrina internazionalistica più diffusa, pur nelle sue articolate sfaccettature e differenti peculiarità, ha in genere un'impostazione tutt'altro che insensibile alla valenza deontico-normativa del diritto internazionale e alle novità che in tale dimensione si presentano in concomitanza coll'evolversi della *communis opinio iuris* della comunità internazionale. Questo è particolarmente vero, ad esempio, per quella ampia parte della dottrina internazionalistica italiana maggiormente debitrice nei confronti del positivismo "puro" di Hans Kelsen (Tomaso Perassi, Gaetano Morelli e allievi) o del positivismo rivisitato da Norberto Bobbio in chiave non statalista (Roberto Ago, Giuseppe Barile e allievi).

Anche su questo punto il sommario (pre)giudizio di Ferrajoli sulla scienza giuridica internazionalistica risulta dunque poco condivisibile.

9. Auspicio finale

Per chiudere vorrei esprimere un auspicio.

Nel Capitolo XVI dei *Principia iuris* Ferrajoli ha provato a leggere l'evoluzione del sistema giuridico internazionale alla luce del paradigma costituzionalistico da lui enucleato sulla base dell'esperienza giuridica dello "stato di diritto" e della democrazia costituzionale, individuandovi primi, timidi, segni di un progresso verso forme di democrazia cosmopolitica. Per i motivi indicati, la lettura di Ferrajoli non mi è sembrata - sul piano teorico - né condivisibile, né convincente.

Ritengo invece che sarebbe molto interessante se nel prossimo futuro Ferrajoli, messa da parte la ricerca del paradigma costituzionalistico nel sistema delle relazioni internazionali, riprendesse in considerazione tale sistema applicandovi gli strumenti teorici messi a punto con metodo assiomatico nel primo - prezioso - volume dei *Principia*. Mi riferisco, precisamente, alle parti dedicate alla deontica e al diritto positivo. Come evidenzia Ferrajoli, si tratta infatti di parti «che hanno una portata empirica assai più estesa [delle altre], potendo valere anche per sistemi giuridici premoderni e addirittura per sistemi normativi di carattere non giuridico» (25).

Non so se sia storicamente corretto definire il diritto internazionale un sistema giuridico premoderno, ma di certo è un sistema giuridico *sui generis*, molto "primitivo" se paragonato ai sistemi giuridici interindividuali sviluppatisi nell'ambito degli Stati moderni. Applicare al diritto internazionale le categorie generali e i concetti di base rigorosamente elaborati da Ferrajoli nelle prime due parti dei *Principia* non solo costituirebbe un gradito regalo agli internazionalisti, al fine di una migliore comprensione e sistemazione teorica del diritto della "società degli Stati", ma potrebbe anche costituire un utile banco di prova per quelle categorie e quei concetti, offrendo forse spunti utili per una precisazione del loro significato e della loro portata. Penso, ad esempio, ad alcune questioni concernenti i temi della soggettività e la distinzione tra autori e titolari, o al tema dell'imputazione, delle persone artificiali e del rapporto organico, così come a quelli del rapporto tra fonti e norme, o della raffigurazione del fenomeno delle istituzioni.

L'auspicio interessato è di poter usufruire presto - da internazionalista - di un nuovo, stimolante, regalo scientifico di Luigi Ferrajoli.



Note

1. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2, *Teoria della democrazia*, Laterza, Bari, 2007, p. 490.
2. Ivi, p. 499.
3. Ivi, p. 502.
4. Ivi, p. 488.
5. Ivi, p. 490.
6. Ivi, p. 498.
7. Ivi, pp. 490 e 498-499.
8. Ivi, p. 503.
9. Ivi, pp. 498-503.
10. Ivi, pp. 499-500.
11. Ivi, pp. 490-491.
12. Ivi, p. 490.
13. Ivi, p. 491.
14. Ivi, p. 485.
15. Ivi, p. 491.
16. Ivi, pp. 504 e 522-523.
17. Ivi, pp. 495-496.
18. Ivi, p. 494.
19. Ivi, p. 495.
20. Ivi, p. 609.
21. Ivi, p. 562.
22. Ivi, p. 604.
23. Ivi, p. 553.
24. Ivi, p. 492.
25. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, *Teoria del diritto*, Laterza, Bari, 2007, p. 7

LETTURE

Alcune tendenze della letteratura recente in tema di diritti umani. Riflessioni su un recente libro di James Griffin

Leonardo Marchettoni

Scriveva Bobbio ne *L'età dei diritti* che con l'adesione della maggior parte dei governi alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* il problema dei fondamenti aveva perso gran parte del suo interesse. La *Dichiarazione* infatti "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" (1). A distanza di due decenni dall'uscita del libro (e di oltre quattro dall'epoca in cui furono scritte queste parole) si può dire che la profezia di Bobbio intorno alla perdita di interesse riguardo al problema del fondamento dei diritti sia andata largamente disattesa. Soprattutto nell'ultimo decennio, in corrispondenza con la cosiddetta "Guerra al terrore", sono aumentati i libri sui diritti umani e si sono intensificati gli sforzi in cerca di un fondamento da contrapporre alle differenze culturali. Tutto questo mentre aumentano le violazioni dei diritti più elementari, come il diritto alla vita e quello a non essere torturati (2).

Gli argomenti addotti per fondare i diritti seguono una pluralità di modelli. Un estremo è rappresentato dalla riproposizione di stilemi consequenzialisti (3). Contigua a questo approccio è l'idea, difesa da alcuni autori secondo la quale la specificità dei diritti umani si fonderebbe sulla loro attitudine a difendere la nuda materialità dell'esistenza umana dalle offese del male. In genere questi approcci fanno leva sulla premessa che ciò che è male sia definibile oggettivamente, o almeno che intorno alla sua definizione sia più facile raggiungere un consenso interculturale rispetto alla caratterizzazione del bene. Si tratta di un'assunzione non del tutto giustificata, perché, se è vero che nel caso di episodi eclatanti di violenza, la valutazione è spesso concorde - non però in tutti i casi, che dire dell'intervento umanitario? - si possono immaginare innumerevoli situazioni - a partire dalle mutilazioni genitali femminili - in cui non è chiaro se sia in gioco la violazione di un diritto o la perpetuazione di una pratica culturalmente legittimata (4). In molti casi il riferimento alla funzione di argine esercitata dai diritti contro le offese all'esistenza umana si abbina strategicamente a un'insistenza, di ascendenza rawlsiana, sul carattere minimale della lista dei diritti umani, rispetto alla completa copertura morale che le tradizionali etiche deontologiche fornivano (5). Una conseguenza di questo genere di impostazioni è il ricorso alle violazioni dei diritti come discrimine per stabilire quando l'intervento militare è giustificato (6).

Un secondo asse portante dei discorsi intorno al fondamento dei diritti umani riguarda il ritorno della natura umana, dal *capabilities approach* di Sen e Nussbaum (7), alla difesa della *human agency* intrapresa da Ignatieff (8). Il rilievo delle riflessioni attinenti la comune natura umana è forse la caratteristica più significativa del dibattito contemporaneo, perché, travalicando gli ambiti tutto sommato ristretti del neogiustizialismo, testimonia l'urgenza con la quale viene ricercato un ancoramento culturalmente invariante per i diritti (9). In questo orizzonte si iscrive l'ultimo lavoro



del filosofo di Oxford James Griffin. Sostiene Griffin, in questa che il suo collega oxfordiano John Tasioulas ha definito “la più significativa meditazione sui diritti umani dalla Dichiarazione Universale”, che i diritti umani sono esposti nel mondo contemporaneo a un rischio di indeterminatezza. Nati come diritti naturali, all’ombra della grande tradizione della legge di natura, i diritti umani si sono emancipati dal legame teologico a partire dall’illuminismo, attraverso la ben nota vicenda delle dichiarazioni rivoluzionarie, della positivizzazione nel corso del diciannovesimo secolo e della successiva internazionalizzazione culminata nella seconda metà del ventesimo secolo nella costruzione dell’attuale regime internazionale. Questo processo di secolarizzazione ha prodotto però una crescente indeterminatezza nel contenuto dei diritti, tanto che oggi non siamo in grado di dire se una determinata posizione soggettiva può qualificarsi come diritto umano o meno (10).

A questa indeterminatezza si deve rispondere con resoconto sostantivo, vale a dire che faccia leva su valori sottostanti e condivisi, e non meramente strutturale, come quelli di Feinberg, Dworkin e Nozick (11), o legale-funzionale, come quelli di Rawls e Beitz (12). L’opzione di Griffin, a questo proposito, è in favore di un resoconto che faccia leva sui concetti di “*personhood*” e di “*normative agency*”: i diritti umani sono dovuti a tutti gli individui in quanto essi possiedono lo status di persone, vale a dire agenti autonomi capaci di decidere quali cose siano dotate di valore e perseguire questi beni. Il ricorso alla nozione di agente normativo garantisce alcuni diritti “astratti”, come il diritto alla vita, alla sicurezza, alla libertà di espressione, e così via, che richiedono tuttavia di acquisire una specificazione più concreta attraverso il ricorso a quelle che Griffin chiama “*practicalities*”, cioè considerazioni empiriche intorno alla natura dell’uomo e alle caratteristiche costanti delle società umane (cap. 2).

Un tratto caratteristico della proposta di Griffin è che la sua fondazione dei diritti umani in termini di “*personhood*” coesiste con la scelta di un’etica teleologica – ma non consequenzialista e tanto meno utilitarista. Secondo Griffin l’attribuzione di diritti rafforza le nostre intuizioni intorno a ciò che possiede valore. I diritti umani proteggono i beni fondamentali per la vita. Da ciò segue però che non esistono diritti assoluti: in certi casi i diritti possono cedere di fronte a considerazioni di natura morale che promettono di perseguire beni ancora più grandi. Per questa strada Griffin ammette la possibilità di conflitti fra diritti, in particolare fra diritti civili e diritti sociali. Ma ammette anche la liceità della detenzione arbitraria di individui sospetti disposta per scongiurare il rischio di un attacco terroristico di vasta portata (cap. 3).

In rapporto alla questione di chi siano i titolari dei diritti umani - discussa nel cap. 4 - Griffin assume un atteggiamento aperto. Griffin si affretta a precisare che la fondazione dei diritti in termini di *personhood* non predetermina una risposta univoca alla domanda se i bambini più piccoli, le persone in stato di coma e quelle afflitte da gravi deficienze mentali - al di là delle obbligazioni morali che sono dovute nei loro confronti - siano da considerarsi titolari di diritti umani, perché l’interrogativo che deve essere sciolto riguarda il contenuto positivo dello status di persona che entra in gioco nell’attribuzione dei diritti. Tuttavia, Griffin ritiene che alla questione in esame possa essere data risposta negativa sulla base di fattori pragmatici e sottolinea che, allo stesso modo in cui lo status di agenti si acquisisce e si perde in vari stadi, così avviene anche per la titolarità dei diritti: non esistono confini rigidi tra i soggetti che sono titolari di diritti umani e



quelli che non lo sono, l'attribuzione è sempre contestuale e non può prescindere da una valutazione caso per caso.

Per quanto riguarda il problema tradizionale della correlatività tra diritti e doveri, Griffin distingue, nel cap. 5, tra doveri primari e secondari. I doveri primari formano il contenuto della maggior parte dei diritti tradizionali: così il diritto alla vita comporta il dovere da parte di tutti i soggetti di astenersi dal minacciare la vita degli altri esseri umani e, almeno in alcune situazioni, di attivarsi per salvaguardarla (non quindi un dovere puramente negativo). I doveri secondari invece consistono nell'obbligazione di porre in essere le condizioni al contorno che favoriscono lo stabilirsi della cultura dei diritti. Tuttavia, in rapporto a certe posizioni soggettive, soprattutto per quanto riguarda i cosiddetti diritti sociali, non è sempre sicuro chi sia il soggetto titolare dell'obbligazione a elargire la prestazione che costituisce il diritto né il contenuto del dovere stesso. Per esempio, per quanto riguarda il diritto alla salute non è chiaro chi sia il soggetto obbligato a fornire l'assistenza sanitaria - se nel caso di governi particolarmente indigenti essa non ricada anche sulle grandi potenze industriali o sulle compagnie farmaceutiche che potrebbero fornire gratuitamente o a prezzo ridotto i farmaci necessari a contenere il diffondersi di una grande infezione, come l'AIDS in Africa - né quali prestazioni comportino, in concreto, la soddisfazione del diritto. A questo proposito, Griffin ritiene che non sia necessario che il titolare del dovere e il contenuto della prestazione doverosa siano attualmente esistenti, è sufficiente che essi siano completamente specificabili, e che il contenuto della prestazione doverosa vada precisato in relazione alla soddisfazione dei requisiti che rendono possibile la *normative agency*.

Il cap. 6 è dedicato all'esplorazione della metafisica dei diritti umani. Riprendendo le linee portanti di un suo testo precedente (13), Griffin sostiene che rispetto al cosiddetto "*taste model*", che assimila i giudizi di valore ai giudizi di gusto, introducendo una rigida separazione tra fatti e valori, e al "*perception model*", che assimila i giudizi di valore ai giudizi percettivi, al prezzo però di postulare una spiegazione naturalistica del perché certi fatti appaiono connotati assiologicamente, è preferibile una posizione intermedia, che viene indicata come "*recognition model*", secondo la quale i giudizi di valore costituiscono un asse portante del mondo umano. Essi sono parte del *framework* linguistico attraverso il quale ci confrontiamo con la realtà ma non sono per questo meno naturali: essi possono essere veri o falsi e fanno leva su proprietà che gli agenti umani "riconoscono" nel momento in cui formulano i propri giudizi. Griffin così, in linea con altri esponenti dell'aristotelismo morale contemporaneo - soprattutto David Wiggins e John McDowell - rigetta la dicotomia tra fatti e valori.

Il tema della relatività culturale dei diritti umani è pressoché ineludibile nel dibattito accademico contemporaneo, né Griffin cerca di sottrarsi a questo luogo comune. Nel cap. 7 critica in primo luogo la tesi del relativismo morale. Anche senza rifiutare la possibilità di altre forme di vita che seguano standard morali diversi dai nostri, Griffin ritiene che la tesi relativista sia assai poco plausibile, dal momento che le divergenze valutative che sono generalmente chiamate in causa per giustificare la tesi dell'esistenza di sistemi morali alternativi al nostro - per esempio, divergenze nella valutazione dell'infanticidio, dell'aborto e simili - siano più facilmente spiegabili riconducendole ai diversi contesti materiali in cui comunità diverse sono immerse. Per quanto riguarda poi



L'argomento del presunto carattere etnocentrico dei diritti umani, vale a dire la tesi secondo la quale i diritti umani non possono essere oggetto di un consenso globale in ragione della loro genesi occidentale, Griffin sostiene che non vi siano reali ostacoli all'apprezzamento da parte di esponenti di culture non occidentali del valore dei diritti umani come tutela della *personhood* e dello status di agenti degli esseri umani. Per un verso infatti, come Amartya Sen (14) e altri hanno mostrato, alcuni dei valori costitutivi del lessico politico occidentale trovano consonanti enunciazioni nella tradizione di molte culture orientali. D'altra parte, la storia dimostra che indiani, cinesi e musulmani non hanno incontrato nessuna difficoltà nel servirsi del lessico dei diritti umani quando questo si è rivelato utile per portare avanti le loro rivendicazioni. Su questo punto, si potrebbe però obiettare che sotto l'etichetta di diritti umani si cela una costellazione di teorie, storicamente stratificate e diversificate che non possono essere facilmente ridotte a unità. Rispetto a questa congerie di materiali, spesso politicamente connotati in maniere radicalmente differenti, non è di grande utilità richiamare somiglianze di superficie con enunciazioni estratte da testi storicamente e culturalmente molto lontani e nemmeno appellarsi a principi di azione politica per dimostrare una reale condivisione di contenuti, come Griffin intende fare. D'altra parte, poi, lo stesso *personhood account* viene presentato inizialmente dallo stesso Griffin come un resoconto esplicativo dell'idea di diritti umani, rivolto principalmente a dissiparne l'indeterminatezza e la vaghezza. Ma se così stanno le cose è quantomeno controintuitivo supporre che esso possa servire da base per un consenso globale intorno ai diritti umani. Sono incline a supporre che gli elementi parziali raccolti da Griffin per dimostrare il carattere non etnocentrico dei diritti umani possano giustificare la fiducia in un fruttuoso dialogo interculturale sulla materia. Solo che il *personhood account* rappresenta una teoria troppo specifica, esigente ed etnocentrica per costituire un confortevole punto di partenza.

Nei tre capitoli successivi Griffin esplora i tre elementi in cui si decompone il proprio concetto di *normative agency* e che costituiscono i tre diritti di più alto livello: *autonomy*, *liberty* e *welfare*. Per quanto riguarda il primo elemento, Griffin presenta il concetto di *autonomy* come una costruzione elaborata a partire soprattutto dal quindicesimo secolo contestualmente all'emersione della soggettività moderna. L'autonomia, nel senso di Griffin, è la capacità di formarsi un'idea consapevole di ciò che possiede valore nella vita e di perseguire quegli obiettivi. Ma l'autonomia richiede l'assenza di vincoli esterni che limitino l'azione e la disponibilità di alternative valide fra cui scegliere. Perciò l'*autonomy* presuppone quella che Griffin chiama *liberty*. Questa nozione non coincide con quella di libertà negativa di Isaiah Berlin (15), perché può comprendere l'assolvimento di doveri positivi, come quello di predisporre un appropriato *range* di opzioni valide fra le quali esercitare la propria scelta di vita. Non coincide neppure con il principio formulato da John Stuart Mill secondo il quale la libertà si estende fino al punto di non arrecare danno agli altri, perché tale principio è posto a tutela della sfera privata, mentre la *liberty* di Griffin tutela in primo luogo la *personhood* degli agenti. Autonomia e libertà richiedono tuttavia la disponibilità di un insieme almeno minimo di beni fondamentali affinché la *normative agency* delle persone possa esplicarsi. Nel caso dei *welfare rights* Griffin precisa in primo luogo che la nascita dei diritti sociali è almeno contemporanea a quella dei diritti civili, dal momento che la genesi stessa della nozione di diritto naturale, ad opera dei canonisti



medievali è legata all'esigenza di apprestare strumenti di tutela per i più poveri. Argomenta quindi che la disponibilità di un insieme minimo di beni fondamentali è un ingrediente necessario del nostro status di agenti normativi.

I capitoli che compongono la terza parte di *On Human Rights* sono dedicati ad esplorare alcune applicazioni della teoria. Il cap. 11 esamina alcune discrepanze tra la lista di diritti generata dal *personhood account* e quelli riconosciuti nelle principali dichiarazioni internazionali, concludendo che i due elenchi hanno finalità e ragioni di essere diverse. Il cap. 12 esplora il contenuto del diritto alla vita e argomenta a favore di un corrispondente diritto alla morte - non solo diritto a scegliere di morire, nel caso di irreversibile e gravosa infermità, ma anche diritto a ricevere un aiuto materiale a determinare la propria morte nel caso che la malattia o altri impedimenti precludano di assumere questa risoluzione autonomamente. Il cap. 13 analizza il contenuto del diritto alla privacy attraverso un interessante confronto con la giurisprudenza statunitense. La conclusione è che secondo Griffin il diritto alla privacy si riduce alla protezione da indebita diffusione di notizie concernenti la propria vita privata. Il cap. 14 si sofferma sul problema del rapporto tra democrazia e diritti umani. È possibile una società non democratica in cui tuttavia sia garantito il rispetto dei diritti umani? Griffin risponde affermativamente per le società del passato mentre ritiene che nel mondo attuale sia più verosimile ritenere che i due elementi non possano venire separati. Il cap. 15, infine è dedicato al tema dei diritti collettivi. L'autore vi sostiene che le rivendicazioni avanzate da gruppi coinvolgono più questioni di giustizia che situazioni pertinenti a diritti.

Nel vasto panorama dei testi contemporanei dedicati ai diritti umani, il libro di James Griffin spicca per completezza delle tematiche trattate, per la chiarezza e l'eleganza dell'esposizione - l'inglese di Griffin è ben diverso da quello della maggior parte della saggistica filosofica - e per la capacità di sviluppare una tesi chiara e semplice, utilizzandola come una guida per rispondere agli interrogativi che i diritti umani sollevano - unico neo, a questo proposito, è il numero limitato di autori contemporanei con i quali Griffin si confronta: sorprende, per esempio l'assenza di riferimenti ad un autore peraltro vicino a Griffin come Martha Nussbaum. Restano alcune perplessità legate al *personhood account* di Griffin. Ho già cercato di mettere in luce le difficoltà legate al suo malcelato etnocentrismo. Vorrei aggiungere ora che tali difficoltà sono un sintomo di un problema più generale. Griffin, nel suo tentativo di perseguire un'etica teleologica ma non consequenzialista fa leva frequentemente su intuizioni comuni riguardo al bilanciamento fra beni diversi. Per esempio, nel caso dei conflitti fra diritti, quando asserisce che la detenzione immotivata di alcuni sospetti può essere giustificata dalla necessità di scongiurare un attacco terroristico di vaste proporzioni, sulla base della comparazione dei beni coinvolti. Questo modo di procedere non è capace, a mio avviso, di fronteggiare il rischio del dissenso, sempre presente nelle nostre società pluraliste, e minaccia di frantumare la riflessione in una discussione, tutto sommato sterile, di singoli casi. La posizione di Griffin allude a una dimensione unitaria dello spazio sociale che probabilmente è perduta per sempre.



Note

1. N. Bobbio, "Presente e avvenire dei diritti dell'uomo", *La comunità internazionale*, 23 (1968), pp. 3-18, ristampato in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 17-44, pp. 18-9.
2. D. Zolo, *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*, Firenze, Firenze University Press 2010, cap. 2.
3. Due influenti esempi di fondazione consequenzialista dei diritti sono costituiti da: H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1996; J. Nickel, *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflection on the Universal Declaration of Human Rights*, Oxford, Blackwell, 2006, cap. 4. Bisogna notare, comunque, che Nickel abbina alla fondazione consequenzialista un tentativo di derivazione dei diritti umani da un insieme di precetti morali assunti come autoevidenti. Vedi anche il più recente W.J. Talbott, *Human Rights and Human Well-Being*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
4. Cfr.: S. Veca, *Diritti umani*, in S. Veca, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 13-46; F. Jullien, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Paris, Fayard, 2008, trad. it. *L'universale e il comune. Il dialogo tra culture*, Roma-Bari, Laterza, 2010, cap. 10; E. Pariotti, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Torino, UTET, 2008, pp. 160-2.
5. Vedi soprattutto M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, in M. Ignatieff et al., *Human Rights as Politics and Idolatry*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 2003, pp. 3-98, trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003.
6. A. Ferrara, *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Feltrinelli, Milano, 2008; Ch.R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
7. A.K. Sen, "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy & Public Affairs*, 32 (2004), pp. 315-56; M.C. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, trad. it. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, il Mulino, 2001.
8. M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit.
9. Trascuro qui un'altra importante direttrice di riflessione, quella che si rivolge al dialogo interculturale come mezzo per mettere in comunicazione concezioni dei diritti diverse. Cfr.: A.A. An-Na'im, "Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment", in A.A. An-Na'im (a cura di), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, Philadelphia, The University of Pennsylvania Press, 1992, pp. 19-43 Ch.M. Taylor, "Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights", in J.R. Bauer, D.A. Bell (a cura di), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. pp. 124-44; J. Cohen, "Minimalism About Human Rights: The Best We Can Hope For?", *Journal of Political Philosophy*, 12 (2004), pp.190-213.
10. James Griffin, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, cap. 1.



11. J. Feinberg, “The Nature and Value of Rights”, in *Journal of Value Inquiry*, 4 (1970), pp. 243-57; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 2010; R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, trad. it. *Anarchia, stato e utopia*, Milano, Il Saggiatore, 2000.
12. J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, trad. it. *Il diritto dei popoli*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001; Ch.R. Beitz, “Rawls’s Law of Peoples”, in *Ethics*, 110 (2000), pp. 669-96. Vedi anche Ch.R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, cit.
13. J. Griffin, *Value Judgement: Improving Our Ethical Beliefs*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
14. A.K. Sen, “Human Rights and Asian Values”, *The New Republic*, 14-21 luglio 1997, pp. 33-40, trad. it. “Diritti umani e valori asiatici”, in A.K. Sen, *Laicismo indiano*, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 147-66.
15. I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, in I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, ristampato in I. Berlin, *Liberty*, a cura di H. Hardy, Oxford, Oxford University Press, 2002, trad. it. “Due concetti di libertà”, in I. Berlin, *Libertà*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 169-222.

Domestic analogy e globalizzazione. Riflessioni su Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age **di Chiara Bottici**

Elisa Orrù

L'analogia tra uomini e stati è ricorrente nel pensiero politico sin dall'antica Grecia, e il ragionamento analogico che su questa si basa continua a svolgere un ruolo centrale nel pensiero politico contemporaneo. Per citare solo uno degli esempi recenti più noti, nel 2003 Alexander Wendt ha sostenuto, sulla base dell'analogia tra individui e stati, che l'istituzione di un governo mondiale è non solo desiderabile, ma anche uno sviluppo inevitabile del mondo contemporaneo (1).

Nonostante questa lunga tradizione, l'espressione "domestic analogy" è relativamente recente, e solo pochi autori hanno esplicitamente affrontato la questione della sua adeguatezza per spiegare i fenomeni internazionali. Tra questi Charles Manning, che nel 1935 ha per la prima volta usato l'espressione "domestic analogy", Hedley Bull, che ha reso l'espressione famosa, e Hidemi Suganami (2).

In questa scia si inserisce anche la recente pubblicazione di Chiara Bottici, *Men and States. Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age*, che assume come riferimenti centrali i contributi citati, ma allo stesso tempo si distanzia da questi sotto diversi aspetti (3).

Anzitutto, Bottici considera il proprio lavoro come un contributo *teorico* al dibattito sulla *domestic analogy*, mentre i lavori precedenti sono considerati essenzialmente polemici, come i saggi di Bull "Society and Anarchy in International Relations" e *The Anarchical Society*, o storici, come il volume di Suganami *The Domestic Analogy and World Order Proposals* (4). La polemica di Bull contro la *domestic analogy* si fonda sulla convinzione che la dimensione internazionale ha istituzioni e regole proprie, efficaci nel preservare l'ordine in assenza di un potere coercitivo centralizzato: è perciò per Bull teoricamente fallace studiare la dimensione internazionale attraverso le lenti della *domestic analogy*. Il lavoro di Suganami ricostruisce la storia della *domestic analogy* nei dibattiti accademici nel corso del XIX e XX secolo, con attenzione sia ai suoi critici, come Manning e Bull, sia ai suoi sostenitori, come, per citarne solo alcuni, James Lorimer, Hersch Lauterpacht, Richard Falk e Kenneth Waltz. Egli mostra inoltre il ruolo giocato dalla *domestic analogy* in progetti per l'istituzione o la riforma di organismi internazionali, come la Società delle Nazioni e le Nazioni Unite. Bottici intende piuttosto analizzare la struttura del ragionamento basato sulla *domestic analogy* e il ruolo da questo giocato in diverse correnti di pensiero.

In secondo luogo il contributo di Bottici intende porre in questione diversi assunti della critica di Bull alla *domestic analogy*. Bull rigetta l'uso della *domestic analogy* come un segno dell'im maturità della teoria delle relazioni internazionali, sintomo del fatto che la disciplina non ha ancora raggiunto uno statuto scientifico autonomo. Al contrario, sostiene Bottici, il ragionamento analogico è un utile metodo euristico, come mostra il suo uso in discipline consolidate come la matematica. Se l'uso della *domestic analogy* è



problematico, sostiene Bottici, non è perché si basa su un'analogia. Piuttosto, è problematico perché trasforma un modello storicamente situato -lo Stato moderno- in un paradigma universale.

Bottici contesta inoltre la ricostruzione di Bull del ruolo giocato dalla *domestic analogy* in differenti correnti teoriche. L'autrice richiama la suddivisione, proposta da Wight e ripresa da Bull, della teoria delle relazioni internazionali in tre tradizioni: realista, idealista (chiamata da Wight "rivoluzionaria") e razionalista (5). L'autrice analizza il ruolo giocato dalla *domestic analogy* sia nel pensiero politico moderno, riferendosi a Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Ugo Grozio come rappresentanti di ciascuna tradizione, sia in teorie contemporanee come il neoidealismo, il neorealismo e il neoistituzionalismo. Il suo obiettivo è mostrare che l'uso della *domestic analogy* è molto più trasversale di quanto suggerisca la ricostruzione di Bull. Bottici contesta la tesi di Bull secondo cui il progetto per la pace perpetua proposto da Kant sarebbe un esempio dell'uso della *domestic analogy* (6). Al contrario, secondo Bottici, il progetto kantiano non si basa sull'analogia con la dimensione nazionale, ma si fonda su una deduzione da una proposizione normativa. Dall'altro lato l'autrice indica passaggi nella teoria di Grozio in cui sono rintracciabili significative concessioni alla *domestic analogy*, mentre secondo la ricostruzione di Bull la tradizione realista sarebbe la più ostile nei confronti del suo uso. Nell'analizzare le teorie contemporanee, Bottici sottolinea la critica esplicita al ragionamento fondato sull'analogia con la dimensione nazionale condotta dal neoidealista Charles Beitz, ragionamento le cui tracce sono invece rinvenibili nel neorealismo strutturale di Kenneth Waltz.

Infine Bottici abbandona la classificazione di Wight per prendere in considerazione teorie che sfuggono a essa, come il costruttivismo, il postmodernismo, il femminismo e il marxismo.

Prendendo spunto dalla critica femminista alla distinzione tra "domestico" (intendendo con questo termine sia la sfera nazionale sia la sfera familiare) e "internazionale", Bottici sostiene che questa distinzione si è definitivamente estinta con l'inizio dell'era globale. Secondo l'autrice, la globalizzazione mette in questione il fondamento stesso della *domestic analogy*, ovvero la possibilità di separare la sfera domestica da quella internazionale. L'autrice conclude perciò auspicando una "teoria politica globale" che superi la distinzione disciplinare tra teoria politica e relazioni internazionali e abbandoni ogni riferimento alla *domestic analogy* per poter raccogliere le sfide dell'era globale.

L'analisi teorica di Bottici è un importante contributo al dibattito sulla *domestic analogy* e chiarisce efficacemente i presupposti del ragionamento che su di essa si basa. La conclusione di Bottici, tuttavia, sembra liquidare troppo velocemente l'importanza della critica alla *domestic analogy* nell'era globale.

Ritengo infatti che la conclusione di Bottici, secondo cui la *domestic analogy* non avrebbe più alcun fondamento, trascuri una questione fondamentale. Come Bottici stessa suggerisce, purtroppo senza ulteriormente approfondire, accanto alla sua funzione descrittiva la *domestic analogy* ha sempre avuto anche una portata prescrittiva. Essa si basa sulla credenza nella superiorità del modello statale occidentale su ogni altra forma di organizzazione politica, e propugna l'imposizione di questo modello a livello globale. Dall'altro lato, come argomentano i suoi critici, la globalizzazione non è un fenomeno politicamente neutrale. È al contrario un processo diretto dai paesi occidentali, che più



degli altri ne traggono profitto. Per esempio, la libertà di movimento per gli individui e la libera circolazione delle merci, i due fenomeni più tipici dell'era globale, hanno una sola direzione, ossia quella più conveniente per i paesi più ricchi e potenti. Allo stesso tempo, la globalizzazione non porta a una osmosi reciproca tra differenti culture del mondo, ma risulta soprattutto in una unidirezionale occidentalizzazione del globo (7).

In questo senso la *domestic analogy* è particolarmente congeniale ai processi di globalizzazione guidati dai paesi occidentali. Questo può spiegare la sua rinnovata fortuna negli ultimi anni, nonostante la sua supposta inefficacia nel dar conto della struttura del mondo contemporaneo. E questa è a mio avviso anche la ragione per cui è più che mai importante, nell'era globale, portare avanti la critica al suo potenziale egemonico.

Note

1. A. Wendt, "Why a World State is Inevitable", *European Journal of International Relations*, 9 (2003), 4, p. 491.

2. Manning introdusse l'espressione nel corso di una lezione tenuta nel 1935 all'Istituto ginevrino di relazioni internazionali. C. A. W. Manning, "The future of the collective system", in Geneva Institute of International Relations, *Problems of Peace. X Series. Anarchy or World Order*, London, Allen & Unwin, 1936, p. 152; H. Bull, "Society and Anarchy in International Relations", in H. Butterfield, M. Wight (a cura di), *Diplomatic Investigations. Essays in the Theory of International Politics*, London, George Allen & Unwin LTD, 1966, p. 35; Id. *The Anarchical Society*, London, Macmillan, 1977; trad. it. *La società anarchica*, Milano, V&P, 2005 e H. Suganami, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

3. C. Bottici, *Men and States. Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009.

4. H. Bull, "Society and Anarchy in International Relations", cit.; Id. *The Anarchical Society*, cit., e H. Suganami, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, cit.

5. M. Wight, *International Theory: The Three Traditions*, London, Leicester University press, 1991 e H. Bull, "Society and Anarchy in International Relations", cit.

6. I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, 1795; trad. it. *Per la pace perpetua*, Milano, Feltrinelli, 20017 e Id., *Die Metaphysik der Sitten*, 1797; trad. it. *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 200910.

7. Si vedano D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004; L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza, 2000 e P. Bordieu, *Contre-feux 2. Pour un mouvement social européen*, Paris, Liber, 2001; trad. it. *Controfuochi 2*, Roma, Manifestolibri, 2001.