

**BRYAN S. TURNER**

**CITTADINANZA, MULTICULTURALISMO  
E PLURALISMO GIURIDICO:  
DIRITTI CULTURALI E TEORIA  
DEL RICONOSCIMENTO CRITICO\***

*Introduzione: tesi*

Mentre i sociologi hanno esaminato i problemi del riconoscimento culturale in termini di identità, differenza e diritti culturali, essi hanno trascurato il quadro giuridico all'interno del quale il riconoscimento potrebbe aver luogo. L'etica del riconoscimento è stata criticata innanzitutto per aver tralasciato le condizioni materiali che consentono di conseguire la giustizia. I critici sociali, per esempio, hanno sostenuto che la redistribuzione della ricchezza è una precondizione necessaria per ogni riconoscimento della differenza culturale e che entrambi, a loro volta, sono necessari per raggiungere obiettivi democratici e una società egualitaria. Intendo proseguire questa discussione considerando le dimensioni giuridiche del riconoscimento e della redistribuzione, innanzitutto attraverso la considerazione del concetto di pluralismo giuridico.

La questione del pluralismo giuridico diviene rilevante nella letteratura sul postcolonialismo, ma si tratta di un tema che è diventato progressivamente sempre più importante con la globalizzazione del diritto.

Molte interpretazioni della cittadinanza e del multiculturalismo (nel contesto europeo) hanno considerato il problema dell'universalismo e della differenza in relazione ai diritti culturali. L'argomento esplicito è consistito nel fatto che noi possiamo riconoscere l'Altro soltanto se vi è un'accettazione della differenza culturale e della diversità.

\* Saggio edito per la prima volta.

Traduzione dall'inglese di Francesca R. Recchia Luciani.

I filosofi politici come Will Kymlicka<sup>1</sup> hanno difeso l'idea dei diritti dei gruppi e dei diritti culturali all'interno di un quadro liberale (un tipo di politica che fa riferimento in modo specifico alle società multiculturali, come nel caso del Canada e dell'Australia). Kymlicka sostiene che è tipico delle democrazie liberali che hanno accettato qualche forma di multiculturalismo l'operare aggiustamenti o riadattamenti al pluralismo culturale attraverso il meccanismo di quelli che egli definisce «diritti differenziati in funzione dell'appartenenza di gruppo».<sup>2</sup> Questi sono poi divisi in tre categorie.

In primo luogo, vi sono diritti all'autogoverno. Negli Stati multinazionali, le nazioni che vi fanno parte possono aspirare a un qualche livello di autonomia politica o di giurisdizione territoriale. Il diritto all'autodeterminazione è stato sancito dalla Carta delle Nazioni Unite – «tutti i popoli hanno diritto all'autodeterminazione» – ma, come sottolinea Kymlicka, il documento non definisce ciò che va inteso con “popoli”. In alcune società, l'aspirazione all'autonomia può condurre alla secessione, sebbene il federalismo abbia rappresentato una diffusa soluzione istituzionale a tale istanza. Per certi aspetti, la tesi di Kymlicka può sembrare specificatamente riferita al Canada, dove il federalismo offre qualche soluzione alle istanze degli abitanti del Quebec proprio all'interno di una struttura federale. In Australia il federalismo non è un meccanismo per risolvere le richieste aborigene, e negli Stati Uniti le rivendicazioni nazionalistiche dei popoli nativi sono state affrontate attraverso un sistema di “riserve” in cui alcuni poteri vengono devoluti ai consigli tribali.

Il secondo riadattamento si realizza attraverso lo sviluppo di diritti poli-etnici. Considerati a un livello minimo, questi sono semplicemente diritti che consentono di esprimere differenze culturali senza esporsi ai pregiudizi. Questi diritti vengono spesso manifestati contro l'“anglo-conformismo” che è stato implicato dal prevalere dei valori anglo-americani nel dominio pubblico, limitando alla sfera privata le pratiche culturali delle minoranze. Forme più radicali di questi diritti possono comportare l'aspirazione da parte dei gruppi etnici ad essere esentati dal rispettare leggi e regolamenti che vengono considerati come non vantaggiosi per i propri interessi. In tal senso, l'esempio più ovvio è quello che ha permesso ai maschi della comunità Sikh in Gran Bretagna e in Canada di indossare i turbanti, considerandoli come parte delle loro divise ufficiali quando rivestono ruoli pubblici

<sup>1</sup> W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, trad. it. di G. Gasperoni, il Mulino, Bologna 1999.

<sup>2</sup> Ivi, pp. 48 e sgg.

nelle forze di polizia o nell'esercito o nelle scuole. Lo scopo di questi diritti è quello di promuovere l'integrazione, mentre i diritti all'autogoverno devono assicurare l'autonomia. Si può notare che questi diritti sono limitati in modo tipico. La religione Sikh richiede cinque simboli o segni di appartenenza, uno dei quali consiste nel portare uno spadino (*kirpan*). È improbabile che i diritti poli-etnici possano essere estesi a questi segni di appartenenza sino a consentire agli uomini Sikh in veste di passeggeri di portare il *kirpan* sugli aerei.

La terza forma prevede la creazione di speciali diritti di rappresentanza in base ai quali alle minoranze o ai gruppi oppressi viene attribuita una rappresentanza automatica o garantita negli organismi parlamentari o nelle altre istituzioni democratiche. Questi diritti sono una forma di tutela (*affirmative action*), e Kymlicka sostiene che essi tendono ad essere temporanei, poiché non sono che dispositivi "di avvio" in grado di assicurare un'evoluzione verso un'adeguata partecipazione. Essi vengono abbandonati non appena i gruppi minoritari fanno il loro ingresso nel sistema portante della nazione ospitante.

La teoria dei diritti differenziati di Kymlicka, sebbene venga presentata sotto forma di quadro giuridico generale, il più delle volte è in concreto specifica della storia e delle vicende canadesi. Il Canada è federale e, in quanto società di colonizzatori bianchi, le sue comunità che si richiamano alle nazioni d'origine hanno una relazione problematica con la storia e la sovranità canadese. Infine, il Canada comprende il francofono Stato del Quebec. Alcuni aspetti della tesi, tuttavia, possono e di fatto si applicano al caso europeo, laddove il federalismo viene inteso come un utile principio di riadattamento. Per di più, i diritti poli-etnici già si applicano a determinati gruppi sociali, ma non ad altri. Il caso del velo nelle scuole francesi è la chiara illustrazione di ciò. Una critica all'approccio generale di Kymlicka è l'assenza di una qualsiasi discussione significativa sul diritto. Vi è qualche minimo riferimento all'esenzione dalle leggi o alla capacità di applicare il diritto di famiglia nelle "riserve", mentre è del tutto assente ogni tentativo di collegare il pluralismo giuridico con i diritti differenziati a seconda dei gruppi. I diritti secondo Kymlicka sono soprattutto diritti culturali<sup>3</sup>, ed è appunto per questo che il problema della sovranità giuridica non viene adeguatamente affrontato.

Il riconoscimento culturale delle differenze rappresenta una debole teoria dell'integrazione sociale. L'etica del riconoscimento può operare se siamo in grado di offrire pieno riconoscimento alle istan-

<sup>3</sup> C. Kukathas, *Are There Any Cultural Rights?*, in «Political Theory», 29, 1992, pp. 105-39.

ze culturali degli altri, e specialmente dei gruppi minoritari. La teoria dell'etica del riconoscimento è il prodotto dell'analisi hegeliana del rapporto servo-padrone<sup>4</sup>, ed è una prospettiva criticata sulla base del fatto che una redistribuzione della ricchezza è necessaria tanto quanto il riconoscimento, o anche prima di esso. Occorre sviluppare una teoria del riconoscimento critico che vada al di là della semplice (*soft*) questione di riconoscere la diversità culturale. Una politica multiculturale pienamente sviluppata capace di dare pieno riconoscimento alla cittadinanza deve esaminare il quadro giuridico all'interno del quale tale riconoscimento può aver luogo. In breve, un'esauriente politica multiculturale ha necessità di porre la questione del pluralismo giuridico: il riconoscimento dell'Altro non pretende forse che vengano presi sul serio istanze di diritto o sistemi giuridici altri? Potremmo definire questa dimensione la complessa (*hard*) questione del multiculturalismo. Qualsiasi soluzione a questo problema deve difendere la nozione di esercizio della legge (*rule of law*) come principio-base del dialogo culturale e, al contempo, stabilire le condizioni sotto cui il pluralismo giuridico può dare espressione a diverse, e potenzialmente contraddittorie, tradizioni giuridiche. Il dialogo culturale tra gruppi sociali a proposito delle differenze culturali può aver luogo soltanto laddove uno schema di discussione sia già stato accettato. Il pluralismo giuridico illustra chiaramente le limitazioni del relativismo culturale, ma allo stesso tempo promette di riconoscere l'importanza di tradizioni giuridiche separate e distinte.

Il contributo di Kymlicka alla teoria liberale implica che le società possano sopravvivere come effettive democrazie se sono capaci di conciliare culture e identità divergenti. Altri autori si sono mostrati ben più pessimisti riguardo alla possibilità di mantenere l'ordine sociale di fronte alla diversità sociale. Per esempio, Jack Knight<sup>5</sup> nota che è raro il consenso culturale nelle moderne società, poiché la crescente diversità sociale minaccia l'omogeneità culturale delle società tradizionali. Egli opera un'utile distinzione tra due forme di consenso: condividere un sistema comune di credenze, che vengono valutate positivamente, e conoscere un sistema di credenze, che fornisce delle aspettative comuni. Nell'accezione cognitiva del "condividere", «un comportamento cooperativo prevedibile è garantito dall'esistenza di meccanismi che fanno convergere le aspettative verso quelle azioni

<sup>4</sup> R. R. Williams, *Hegel's Ethics of Recognition*, University of California Press, Berkeley 1997.

<sup>5</sup> J. Knight, "Social Norms and the Rule of Law: Fostering Trust in a Socially Diverse Society", in K. S. Cook (ed.), *Trust in Society*, Russell Sage Foundation, New York 2001, pp. 354-73.

che soddisfano i requisiti di un mutuo beneficio».<sup>6</sup> La cooperazione secondo norme sociali influenza gli atteggiamenti verso il modo in cui altre persone coopereranno, e a sua volta questa aspettativa configura supposizioni relative al comportamento futuro. Knight sviluppa questa argomentazione per rendere significativa l'osservazione di Robert Putnam secondo cui il capitale sociale è una risorsa morale che si accresce con l'uso.<sup>7</sup> La crescita di una fiducia generalizzata è una funzione della conformità quotidiana a norme, e più gli individui cooperano tra loro, più si fidano reciprocamente. Le passate esperienze di interazione cooperativa credibile tendono a consolidare il nostro senso generale di affidabilità degli altri all'interno della comunità. In breve, l'esser degni di fiducia solitamente genera fiducia, e inversamente la mancanza di reciprocità tende a far calare la fiducia.<sup>8</sup>

Alla luce di questa analisi, cosa riduce la fiducia nella società moderna? La tesi di Knight, secondo Steven Lukes<sup>9</sup>, è che la diversità sociale minaccia la comunità e l'erosione della comunità minaccia la fiducia. La diversità etnica e multiculturale è una normale caratteristica delle società più avanzate. Nelle società culturalmente diversificate la fiducia è difficile da raggiungere perché vi sono importanti differenze relativamente agli interessi, ai fini sociali fondamentali, oltre che ai valori e alle credenze sociali. Dentro società culturalmente diversificate, i gruppi sociali impiegheranno strategie di chiusura sociale per assicurarsi, contro gli esterni che vengono visti come competitori, vantaggi rispetto alle risorse. Le norme informali di regolazione sociale non necessariamente funzionano nella pratica all'interno di quegli ambienti sociali in cui l'eguaglianza e la giustizia sociale sono palesemente assenti. Più è ampio il pregiudizio distributivo nell'assegnazione delle risorse, maggiore la propensione dei gruppi svantaggiati a sovvertire le organizzazioni sociali esistenti. Più aumentano le condizioni sfavorevoli, più è forte l'incentivo per i gruppi deboli a non interagire con i gruppi dominanti. Più è profondo il disagio, più è bassa la probabilità che i gruppi marginali possano rispondere positivamente alla motivazione normativa (cioè non-strumentale) a conformarsi alle norme sociali esistenti. La storia dell'apartheid in Sudafrica o della segregazione razziale negli Stati

<sup>6</sup> Ivi, p. 358.

<sup>7</sup> R. D. Putnam, *Capitale sociale e individualismo. Crisi e rinascita della cultura civica in America*, trad. it. a cura di R. Cartocci, il Mulino, Bologna 2004.

<sup>8</sup> R. Hardin, "Conceptions and Explanations of Trust", in K. S. Cook (ed.), *Trust in Society*, Russell Sage Foundation, New York 2001, pp. 3-39.

<sup>9</sup> S. Lukes, *The Rationality of Norms*, «Archives Europeennes de Sociologie», 32, 1991, pp. 142-49.

americani del sud potrebbero rappresentare forme estreme di questo sistema di chiusura sociale, ma il conflitto sociale tra gruppi sulla base di una classificazione etnica resta una diffusa preconditione del risentimento politico nelle società contemporanee.

Una conclusione che può essere tratta è che nelle società culturalmente diversificate la fiducia generalizzata non può essere sostenuta dal fare affidamento semplicemente su meccanismi informali, come le consuetudini, per assicurare conformità alle norme e cooperazione. Knight sostiene che l'obiettivo è quello di «costruire, in una società connotata dalla diversità sociale, una concezione dell'esercizio della legge che soddisfi i requisiti dell'ordine sociale e della cooperazione e che crei, come *possibile* sottoprodotto, le condizioni per l'emergere e il conservarsi di meccanismi informali come la fiducia». <sup>10</sup>

Mentre Knight è pessimista riguardo alla possibilità di conseguire un tale desiderabile risultato, egli sostiene un'interpretazione pragmatica dell'esercizio della legge come meccanismo per soddisfare gli interessi di differenti gruppi sociali in un ordine sociale differenziato. Per conciliare i diversi interessi di gruppi sociali culturalmente distinti, la legge deve sviluppare una gamma di meccanismi che evitino il carattere accusatorio della disputa legale. Il proceduralismo legale come principio giuridico mette in evidenza l'importanza, nella risoluzione del conflitto, di processi legali pubblici e prevedibili. Sotto questo aspetto, l'opera di Lon Fuller<sup>11</sup> ha avuto un ruolo importante nello sviluppare procedure legali – quali giudizio (*adjudication*), mediazione (*mediation*), potere discrezionale (*managerial discretion*), contratto e legislazione – che possono contribuire alla cooperazione sociale. Il pragmatismo suggerisce che le decisioni legali debbono soddisfare una condizione di mutuo rispetto e di equo trattamento dei membri di differenti gruppi sociali.

Mentre Knight fornisce un'utile interpretazione di come l'esercizio della legge possa operare in una società culturalmente diversificata, egli resta pessimista riguardo all'efficacia di tali processi formali nel generare fiducia generalizzata. Io ritengo che occorra vedere l'esercizio della legge all'interno di un più ampio quadro sociale e politico, ovvero la cittadinanza sociale. Le istituzioni della cittadinanza moderna hanno rappresentato i principali meccanismi di inclusione sociale nella società contemporanea, e la cittadinanza ha giocato un ruolo fondamentale nel mitigare le conseguenze negative sia dell'ine-

<sup>10</sup> J. Knight, "Social Norms and the Rule of Law: Fostering Trust in a Socially Diverse Society", cit., p. 365.

<sup>11</sup> L. Fuller, *The Meaning of Law*, Yale University Press, New Haven 1969.

guaglianza del mercato sia della condizione di svantaggio etnico. In termini storici, la cittadinanza sociale è stata determinante nel ridurre le conseguenze negative delle differenze tra le classi sociali nel capitalismo, ma essa può anche fornire un qualche alleggerimento delle ineguaglianze etniche.

### *1. Pluralismo giuridico, costruzione dello Stato ed eredità coloniale*

Storicamente le società europee hanno tentato di risolvere alcuni aspetti del conflitto sociale attraverso il trattato di Westfalia, relegando la religione alla sfera privata (come un problema relativo alla consapevolezza e alla coscienza personale), in modo da ridurre la possibilità di un rinnovarsi delle guerre di religione nel XVII secolo. Esso richiedeva che il principe (o lo Stato emergente) decidesse quale versione della religione (cristiana) sarebbe dovuta essere considerata come religione nazionale, ed esso creò un sistema internazionale di Stati-nazione regolati, in linea di principio, da trattati. La globalizzazione ha sottoposto questo sistema ad una notevole pressione, come viene illustrato, tra le tante cose, dalle tensioni tra la cittadinanza nazionale e i diritti umani universali. L'interessante questione posta dal revival e dalla radicalizzazione dell'Islam nell'era del dopo Guerra Fredda è la riaffermazione della *shari'a* come di un sistema di leggi allargato, che è qualcosa di più di una semplice regolazione normativa della sfera privata, e come di un sistema di carattere giuridico-religioso che non può essere semplicemente contenuto all'interno dello Stato-nazione.

Vi è un'accezione forte ed un'accezione debole di "pluralismo giuridico". La definizione debole si riferisce all'esistenza del pluralismo all'interno dei sistemi di diritto ufficiali. Il significato forte chiama in causa un certo numero di ordinamenti giuridici sovrapposti all'interno dello stesso spazio politico.<sup>12</sup> I giuristi che si occupano di diritto comparato hanno solitamente riconosciuto l'esistenza di ordinamenti giuridici differenti o di "famiglie di norme", come nel caso del diritto romano, germanico, nordico, della *common law*, dei sistemi giuridici asiatici, della legge islamica e della legge indù. La globalizzazione del diritto corrisponde in effetti alla crescita del pluralismo giuridico nell'accezione forte del termine, secondo cui dentro un certo spazio si potrebbe trovare una sovrapposizione di queste "famiglie di norme", ma in aggiunta devono esserci nuovi sistemi di legge internazionale (soprattutto in relazione al commercio) e, se possibile,

<sup>12</sup> W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Butterworths, London 2000.

di legge globale (una sorta di *ius humanitatis* che regoli gli scambi a livello globale). Le leggi ambientali sono, da questo punto di vista, transnazionali; d'altronde potremmo immaginare leggi intergalattiche che regolino i viaggi spaziali. Quali sono le tensioni politiche in tali situazioni, ed esse sono compatibili con la cittadinanza nazionale? La legge è anche una caratteristica fondamentale della solidarietà di gruppo. Dal punto di vista dei modelli tradizionali di cittadinanza, ciascun cittadino ha il dovere di rispettare la legge, ma tutti i cittadini hanno diritto all'esercizio della legge. Storicamente questa relazione tra diritto e dovere ha implicato uguaglianza di fronte alla legge. La globalizzazione sembra richiedere una cittadinanza flessibile, e questa flessibilità politica potrebbe richiedere anche la differenziazione del diritto e il pluralismo giuridico.

Gli atteggiamenti inglesi e francesi verso la cultura e la cittadinanza necessitano di essere visti nel contesto dell'espansione coloniale, che ha costretto le società europee a confrontarsi tanto col pluralismo culturale quanto col pluralismo giuridico. La colonizzazione britannica ha generalmente creato l'immagine di territori vuoti o di *terra nullius*. Il concetto di proprietà della filosofia politica di John Locke veniva usato per spiegare perché i popoli nativi non avevano il possesso della terra, e che dunque la colonizzazione non costituiva un'occupazione violenta, ma una forma pacifica e legale d'insediamento. La descrizione della colonizzazione americana fornita da Alexis de Tocqueville presupponeva un territorio vuoto, così come l'occupazione britannica dell'Australia negava la presenza dei popoli aborigeni (almeno sino al 1830). Nel sistema coloniale francese, per esempio nel caso della Nuova Caledonia, la denominazione nativa di "canaco" fu abolita. Nel 1867 una legge coloniale francese sanciva il possesso comune di tutte le proprietà dei canachi, e pertanto eliminava qualsiasi proprietà privata. Questo mito antropologico dell'identità morale collettiva dei canachi distrusse la possibilità stessa di un'individualità dei canachi, e pertanto essi dovettero essere civilizzati (dal cattolicesimo) per poter finalmente diventare riconoscibili come cittadini. In quanto popolo tribale, essi non potevano essere individui proprietari.<sup>13</sup> Recenti tentativi compiuti dai tribunali australiani di riconoscere il diritto di possesso della tradizionale terra aborigena (in seguito alla sentenza sul caso "Mabo"<sup>14</sup>) hanno come implicazione il riconoscimento della legge aborigena al di

<sup>13</sup> A. Bullard, "Paris 1871/New Caledonia 1878: Human Rights and the Managerial State", in J. N. Wasserstrom, L. Hunt and M. B. Young (eds.), *Human Rights and Revolutions*, Rowman & Littlefield, Lanham 2000, pp. 79-98.

<sup>14</sup> Il riferimento è alla sentenza dell'Alta Corte australiana che nel 1992 ha riconosciuto agli aborigeni il diritto alla terra. [N.d.T.].

sopra del possesso ordinario delle terre, e dunque accettano implicitamente il pluralismo giuridico. Viene adesso riconosciuto che le pretese britanniche nei confronti della terra di fatto non estinguono i diritti accampati dagli aborigeni sulla stessa terra. In Nuova Zelanda, con il trattato di Waitangi del 1840 si intese legittimare la sovranità britannica (sull'Isola del Sud). Come concetto, la "sovranità" risultava incomprendibile ai capi maori<sup>15</sup>, ma almeno sul lungo periodo significava che la relazione tra i colonizzatori bianchi e i maori era regolata da un trattato, una situazione di diritto assente in Australia. In altre situazioni coloniali (come nella penisola malese), la *common law* britannica operava insieme ai tribunali della *shari'a*, che regolavano le relazioni familiari. Lo scopo di questi esempi è di affermare il fatto che il pluralismo giuridico non è semplicemente una conseguenza degli sviluppi recenti della globalizzazione.

## 2. *La fine di Westfalia: diritti sociali vs diritti umani*

Vi sono stati due modelli dominanti di cittadinanza nel processo di costruzione della nazione. Il modello anglo-americano ammetteva il mercato e i diritti di proprietà come condizioni fondamentali delle libertà liberali e trattava la religione semplicemente come una questione privata. Nella condizione coloniale, i diritti di proprietà producevano l'utile immagine secondo cui le acquisizioni da parte dei coloni si esercitavano su terre vuote. Nella misura in cui le società tribali venivano riconosciute, le loro leggi erano locali e consuetudinarie, oltre che subordinate alla *common law*. L'obiettivo culturale di civilizzare queste società aborigene era primariamente lo scopo delle chiese cristiane, piuttosto che dei governi. Mentre la tradizione repubblicana francese accettava i principali presupposti del liberalismo (diritti di proprietà, contratto sociale e individualismo), la componente illuminista del repubblicanesimo dava a intendere che lo Stato investiva nel processo di civilizzazione. L'eredità storica che ne deriva è che lo Stato francese investe molto di più nella regolamentazione dello spazio pubblico.

Uno degli esiti della globalizzazione è che la soluzione westfaliana del problema delle differenze culturali sta cominciando ad andare in frantumi. Un aspetto di queste evoluzioni globali è stato quello della "denazionalizzazione" della produzione di regole<sup>16</sup> e dell'emergere di codici transnazionali di condotta che vincolano lo Stato e le

<sup>15</sup> M. Sahlins, *Isole di Storia. Società e Mito nei Mari del Sud*, trad. it. di E. Basaglia, Einaudi, Torino 1986.

<sup>16</sup> S. Sassen, *Global Networks / Linked Cities*, Routledge, New York-London 2002.

corporazioni globali. Questi sviluppi sono complessi, ed è importante non esagerare l'entità dell'erosione della sovranità (westfaliana) dello Stato. La globalizzazione della legge implica lo sviluppo di relazioni complesse tra vari luoghi della *governance*, in cui agenti governativi e non-governativi agiscono strategicamente per realizzare i loro interessi. La più importante convergenza delle norme tra luoghi diversi è l'internazionalizzazione dei diritti umani.<sup>17</sup>

Anche se vi sono molti modi in cui il pluralismo giuridico può essere definito<sup>18</sup>, io lo descriverei semplicemente come la presenza di differenti tradizioni giuridiche all'interno di una determinata comunità politica o spazio politico. Nel contesto coloniale, il pluralismo giuridico ha spesso significato che le comunità vittime di segregazione razziale avevano le proprie pratiche giuridiche. Mentre i tribunali europei sottostavano agli interessi dei colonizzatori bianchi, le comunità dei nativi conservavano le proprie leggi consuetudinarie.<sup>19</sup> Nelle società globalizzate dell'età contemporanea, vi sono spesso importanti differenze tra le leggi relative ai diritti umani e le leggi nazionali, tra i codici internazionali e le leggi parlamentari. Le tensioni tra diritti umani e diritti sociali nelle società europee contemporanee possono anche essere interpretate come casi di pluralismo giuridico.

I diritti umani sono diritti senza territori, a dispetto del fatto che la legge civile opera all'interno di territori specifici. I sistemi di diritto sono normalmente legati alle comunità politiche sovrane. Questo punto è il nucleo dello scontro tra cittadinanza (diritti sociali basati sull'appartenenza ad uno Stato-nazione e sulla sicurezza nazionale) e diritti umani che esistono in virtù della vulnerabilità degli esseri umani. I diritti di cittadinanza implicano doveri sociali dentro uno spazio definito; i diritti umani offrono protezione e non ne specificano in quanto tali i doveri. Fondamentalmente i diritti umani accettati dall'Unione Europea e dalla sua Carta costituzionale hanno interferito in modo consistente con il dominio legislativo nazionale, spesso sfidando o entrando in conflitto con le espressioni nazionali dei diritti sociali. Mentre la cittadinanza ha riguardato la costruzione della nazione, i diritti umani forniscono protezione alle persone in quanto esseri umani, senza alcun riferimento agli Stati. E ciò vale anche per gli Stati Uniti, che pure hanno spesso opposto resistenza

<sup>17</sup> F. Snyder, "Economic Globalization and the Law in the Twenty-first Century", in A. Sarat (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell, Oxford 2004, pp. 624-40; cfr., p. 630.

<sup>18</sup> C. Geertz, *Antropologia interpretativa*, trad. it. di L. Leonini, il Mulino, Bologna 1988.

<sup>19</sup> S. E. Merry, "Colonial and Postcolonial Law", in A. Sarat (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, cit., pp. 569-88.

alla legislazione relativa ai diritti umani (per esempio, sulla questione della pena capitale).

Le tensioni tra diritti umani e diritti sociali si sono parzialmente ridimensionate, poiché i diritti umani hanno progressivamente abbracciato un numero più ampio di componenti sociali ed economiche. Sebbene la Dichiarazione del 1948 avesse una natura individualistica, il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha esteso i diritti individuali al contesto sociale. E, cosa ancora più importante, dal momento che vi è una limitata o nessuna *governance* globale che possa rafforzare i diritti umani, la loro implementazione dipende dagli Stati-nazione e dai loro sistemi legislativi. Per esempio, in Australia i diritti dei nativi sono stati riconosciuti dall'Alta Corte, sebbene contro l'opposizione governativa. Ora, la questione più problematica è se la legge islamica, o *shari'a*, possa ricevere qualche riconoscimento all'interno della struttura federale europea.

Nell'ultima parte del XX secolo si è verificata una notevole crescita del fondamentalismo religioso, nel cui ambito le fedi monoteiste abramiche hanno messo in discussione l'atto determinatosi dopo Westfalia di relegare la religione solo alla sfera privata. In vari movimenti fondamentalisti, questa "risacralizzazione" della società ha suscitato tentativi di ristabilire la legge religiosa, non soltanto all'interno della sfera domestica e familiare, ma anche nel dominio pubblico della giustizia penale, dell'educazione e dell'economia. Mentre i teorici fondamentalisti hanno asserito che la *shari'a* deve governare la vita pubblica, ciò non è necessariamente caratteristico delle società musulmane. E' stato spesso fatto notare che l'Impero ottomano si fondava sul pluralismo giuridico in base al quale ogni comunità (o *millet*) aveva proprie regole giuridiche, morali e culturali. In Africa e in Asia, la *shari'a* generalmente conviveva sia con le leggi consuetudinarie che con quelle tribali, oltre che con le leggi dei poteri coloniali europei. L'età contemporanea, tuttavia, è sempre più caratterizzata dall'"attivismo giuridico"<sup>20</sup>, vale a dire, i *mufti* stanno progressivamente estendendo la legge religiosa alle questioni relative alla condotta pubblica: allorquando, per esempio, la *shari'a* serve a giustificare le relazioni con Israele, gli attacchi suicidi e la cattura di ostaggi in situazioni belliche, o la messa al bando di certi libri. La restaurazione della *shari'a* all'interno di società secolari e pluralistiche appare notevolmente problematica, poiché le sue prescrizioni relativamente alle donne, al divorzio, ai prestiti a interesse e

<sup>20</sup> R. T. Antoun, *Understanding Fundamentalism. Christian, Islamic and Jewish Movements*, Altamira Press, Walnut Creek 2001, p. 89.

alle punizioni corporali sono state soggette a forti critiche da parte occidentale. Sebbene sia una questione controversa, le femministe hanno convenzionalmente sostenuto che la legge islamica accorda alle donne uno *status* che è meno favorevole rispetto a quello che viene loro riconosciuto, per esempio, dalla *common law* britannica. Uno dei problemi legati al pluralismo giuridico è che potremmo essere riluttanti ad accettare una situazione in cui, all'interno dello stesso Stato-nazione, i cittadini possono finire sotto la giurisdizione di differenti sistemi di diritto che li trattano in modo differenziato. La mutilazione genitale femminile è ovviamente un caso estremo. In Gran Bretagna, sono stati fatti dei passi per presentare alla Camera dei Comuni un disegno di legge d'iniziativa parlamentare che avrebbe consentito di perseguire i genitori che hanno consentito la circoncisione delle proprie figlie. Il Muslim Council di Gran Bretagna ha fatto notare che, mentre la circoncisione maschile è un obbligo per i musulmani, quella femminile non è una pratica islamica prescritta e non ha alcuna autorizzazione coranica. La circoncisione delle donne è un costume, e non è parte dell'insegnamento islamico formale. Il multiculturalismo e il pluralismo giuridico dovrebbero forse includere, oltre alla legge, anche la tradizione?

Le opinioni sociologiche riguardo alla legge nell'Islam continuano ad essere influenzate dalla spiegazione fornita da Max Weber circa le caratteristiche irrazionali della *shari'a*. Weber<sup>21</sup> ha sostenuto che sia la *common law* britannica che la giustizia dei *qādī* sono notevolmente simili nell'attingere alla giurisprudenza preesistente. Dal punto di vista di Weber, entrambi i sistemi sono irrazionali; essi non hanno la medesima consistenza logica del diritto romano o continentale. La tesi weberiana è che, sia nella *common law* britannica che nella giustizia dei *qādī*, esercitare il giudizio è un atto soggetto all'interesse politico. Weber criticava la *common law* britannica poiché essa era aperta alle manipolazioni determinate da interessi di classe e in quanto le decisioni del giudice venivano influenzate dagli interessi economici e politici della classe dominante. E tuttavia, nel caso della *shari'a* islamica, vi era la difficoltà aggiuntiva generata dal fatto che, poiché si tratta di una legge sacra, essa è in linea di principio chiusa ad ulteriori interpretazioni. Lo scarto tra il contenuto normativo della *shari'a* e la realtà empirica viene superato dall'(arbitrario) esercizio del giudizio o dalla pubblicazione di una *fatwā*. Questa caratterizzazione della legge islamica, tuttavia, non è accurata. Nell'Islam il

<sup>21</sup> M. Weber, *Economia e società*, trad. it. di P. Chiodi e G. Giordano, a cura di P. Rossi, Ed. di Comunità, Milano 1981, vol. II.

tradizionale esercizio giuridico del giudizio è da sempre soggetto ad una discussione e ad una valutazione continuative, nel corso delle quali le decisioni individuali subiscono il vincolo della tradizione e dei costumi.<sup>22</sup> Sotto questo aspetto, la giustizia dei *qāḍī* è il prodotto di un consenso collettivo, e per di più, in anni recenti, sono stati fatti sforzi consistenti e largamente riusciti di razionalizzare, sistematizzare e modernizzare la legge islamica per renderla adeguata alle condizioni attuali. La *shari'a* non è una legge religiosa congelata e fuori del tempo, ma un insieme di tradizioni diverse, che sono aperte alla critica e alla valutazione.

Nella critica femminista si afferma che la legge religiosa mette a tacere la voce delle donne, ma anche nelle società musulmane vi è un dibattito interno relativo all'incoerenza dell'esercizio del giudizio giuridico nei tribunali musulmani.<sup>23</sup> Non dovremmo, perciò, riferirci alla legge islamica come ad un corpo giuridico coerente ed immutabile, ma piuttosto come ad un sistema di prescrizioni che sono aperte alla discussione continuativa e all'attento esame interno. L'irrisolto dibattito dentro l'Islam a proposito del cosiddetto matrimonio temporaneo (*mut'a* o *sigheh*) è un buon esempio di tale diversità interna, dell'incertezza e della discussione.<sup>24</sup> Non vi è nulla di fondamentale diverso tra la riforma della legge islamica e la riforma delle leggi civili occidentali. Per esempio, nella *common law* britannica sono state sollevate delle critiche a proposito del ruolo dei giudizi legali riguardo ai casi di stupro. Tradizionalmente, i tribunali non hanno favorito le vittime di sesso femminile e le sentenze emesse sono apparse largamente incoerenti. Va sottolineato il fatto che sia la legge islamica che la *common law* poggiano sul consenso sociale. La *common law* è detta "*common*" perché essa riflette, attraverso le decisioni legali dei giudici, quella che è la *comune* visione del comportamento socialmente adeguato; e, in una società come quella indonesiana, per esempio, anche la legge islamica appare come la manifestazione di una pratica comune.<sup>25</sup> Questo paragone tra *common law* e *shari'a*, in quanto entrambe derivate dalla pratica, ci riporta al problema fi-

<sup>22</sup> M. G. Peletz, *Reinscribing "Asian (Family) Values": Nation Building, Subject Making, and Judicial Process in Malaysia's Islamic Courts*, Occasional Papers of the Erasmus Institute, Notre Dame (Ind.) 2003.

<sup>23</sup> D. L. Horowitz, *The Qur'an and the Common Law: Islamic Law Reform and the Theory of Legal Change*, "American Journal of Comparative Law", 42, 1994, pp. 543-80.

<sup>24</sup> S. Haeri, "The Institution of *Mut'a* Marriage in Iran: a Formal and Historical Perspective", in B. S. Turner (ed.), *Islam. Critical Concepts in Sociology*, Routledge, London 2003, vol. 3, pp. 154-72.

<sup>25</sup> J. R. Bowen, *Islam, Law and Equality in Indonesia*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.

losofico che rende il dibattito a proposito del pluralismo giuridico particolarmente complesso. Weber, nel considerare la legge come un comando, lega necessariamente la produzione di diritto alla sovranità statale. La legge è semplicemente una collezione di regole che vengono fatte rispettare dagli Stati che vantano sovranità su un territorio. Questa definizione significa innanzitutto che le relazioni internazionali non ricadono sotto il comando della legge e, in secondo luogo, in base alla definizione weberiana viene escluso il pluralismo giuridico. Malgrado ciò, però, nella realtà dei fatti del mondo contemporaneo abbiamo molte leggi internazionali e un certo grado di pluralismo giuridico.

### 3. *Verso una teoria del riconoscimento critico*

Il raggiungimento di un certo livello di ordine sociale nelle società complesse richiede il riconoscimento delle differenze culturali delle comunità minoritarie. Un'adeguata teoria del riconoscimento, a sua volta, richiede sia la comune approvazione delle regole del dibattito (l'esercizio della legge), sia l'approvazione di un certo grado di pluralismo giuridico. Potrebbe anche accadere che, in assenza di un pluralismo giuridico allargato, possano venire approvate leggi minime (*soft laws*).

Vi è stato un'impressionante revival dell'etica hegeliana del riconoscimento, principalmente attraverso l'applicazione della teoria etica del riconoscimento alla società multiculturale. Gran parte dello sforzo intellettuale in questo campo è confluito nell'analisi dei diritti culturali. Questo tipo di ricerca è, per così dire, il finale "soft" del dibattito; spesso l'etica del riconoscimento trascura il problema della redistribuzione economica, e altrettanto spesso favorisce il riconoscimento delle differenze rispetto alla statuizione della giustizia. Inoltre, cosa ancora più importante, questo dibattito ha trascurato il quadro giuridico dentro cui il riconoscimento potrebbe aver luogo, il quale soltanto può fornire un solido quadro di riferimento per il dialogo.

In termini più generali, la moderna sociologia ha trascurato lo studio del diritto, confinandolo nelle discipline socio-giuridiche. Eppure, ogni sociologia che si occupi di cittadinanza deve prendere molto sul serio il tema del diritto. Forse il riconoscimento sottintende l'accettazione dei sistemi giuridici degli altri? Il postcolonialismo sembra implicare un qualche parziale riconoscimento dell'esistenza parallela di sistemi giuridici alternativi. Per di più, la globalizzazione è andata via via producendo condizioni favorevoli all'incremento del pluralismo giuridico. Per esempio, la legge internazionale diviene

una caratteristica permanente dei sistemi giuridici nazionali e, cosa ancora più importante, le leggi ambientali e le leggi relative ai diritti umani spingono i sistemi giuridici verso il pluralismo inteso in senso “forte”.

Chiuderò con due domande. La prima è di carattere pratico: è probabile o no che i paesi europei accettino la legittimazione giuridica della legge della *shari'a*? La seconda è teoretica: quali sono i limiti del pluralismo giuridico?

Rispetto alla pratica politica, potremmo immaginare che in una società come quella dei Paesi Bassi lo storico ruolo rivestito dalla *social pillarization* (ovvero, la creazione di spazi o di autonomi settori sociali della società civile dentro i quali diversi gruppi religiosi come i protestanti, i cattolici, gli “umanisti” possano praticare o sostenere le loro differenti credenze) potrebbe permettere l'estensione della *shari'a* ai giudizi relativi al diritto di famiglia come regolamentazione della vita privata. Comunque, la *shari'a*, diversamente dal diritto consuetudinario dei canachi, dei maori e dei cheyenne, ha pretese universalistiche, ed i fondamentalisti vogliono applicarla alla legge civile. Il recente sviluppo in Europa di un processo di radicalizzazione delle politiche della sicurezza (*securitisation*) suggerisce che i governi europei non sono disposti ad acconsentire ad alcuna apparente erosione o diluizione della sovranità nazionale. I partiti politici che hanno fatto leva sull'angoscia nazionalistica, come il Partito Indipendentista del Regno Unito o, in Francia, il Fronte Nazionale, hanno ottenuto una consistente risposta elettorale. L'islamofobia sembrerebbe escludere qualsiasi facile inclinazione verso il pluralismo giuridico, determinata da un qualche riconoscimento della *shari'a*, seppure in quanto regolazione della sola vita privata. La competizione politica sembra implicare che, se il pluralismo etico potrebbe essere tollerato, il pluralismo giuridico non può esserlo. Nel contemporaneo contesto improntato alla sicurezza, il multiculturalismo si applica alla sfera privata e il monoculturalismo all'arena pubblica.

Questo dibattito empirico a proposito del carattere della *common law* e della legge islamica relativamente allo status delle donne può avere un'importante implicazione teorica. Quando parliamo di riconoscimento tra due o più comunità, dobbiamo ammettere che all'interno delle comunità potrebbe non esserci un consenso stabile circa la correttezza di una pratica o di una credenza. Nella teoria del riconoscimento critico, dobbiamo prendere in considerazione l'importanza di queste discussioni interne, locali o “indigene”. Dobbiamo evitare di supporre pregiudizialmente che qualcosa chiamato “Islam”

non conceda alle donne gli stessi diritti concessi da quel qualcosa chiamato “Occidente”; sia nell’Islam che in Occidente vi sono discussioni più o meno infinite su come dovrebbero essere trattate le donne (ma anche gli uomini, i bambini, l’anziano, il malato e così via). Né la *common law*, né la *shari’a* rappresentano un sistema statico, omogeneo o coerente; al proprio interno, vi sono sempre delle contestazioni. Dobbiamo inquadrare questa analisi dentro lo schema dei principi della razionalità comunicativa di Jurgen Habermas.

Immaginiamo un dibattito tra due comunità (A e B) a proposito della natura e della funzione del matrimonio. In una democrazia potremmo sostenere che vi sono due condizioni perché si realizzi un dibattito aperto e continuo.

La prima è che la discussione e il disaccordo non dovrebbero mai essere messi a tacere. Il ruolo di una democrazia è quello di permettere il dialogo tra gruppi culturalmente diversi. Nella teoria del riconoscimento critico, notiamo che il dibattito tra A e B non dovrebbe subire forzature, ma, allo stesso modo, i dibattiti interni sia ad A che a B non dovrebbero soggiacere a inibizioni. Inoltre, la comunità A dovrebbe essere libera di intervenire nel dibattito interno di B e viceversa. Potremmo perciò obiettare, per esempio, riguardo al fatto che né i fondamentalisti islamici, né quelli cristiani sembrano riconoscere questo criterio di apertura. Un dialogo critico può aver luogo soltanto laddove vi sia già un qualche accordo relativamente alle regole del dibattito.

Vi è una seconda condizione che deriva dal qualificato dibattito tra Chandran Kukathas e Will Kymlicka intorno ai diritti culturali. La garanzia definitiva dei diritti femminili è probabilmente l’esistenza del diritto liberale di un individuo ad abbandonare la propria comunità. Il diritto ad allontanarsi dal proprio paese o dalla propria comunità è un diritto fondamentale.<sup>26</sup> Così, in una discussione sul riconoscimento che si svolga tra A e B, deve esserci una norma che preveda che se un membro individuale della comunità A decide che le pratiche culturali di quella B gli appaiono essere più congeniali ai propri bisogni, quell’individuo può migrare nel gruppo B. In pratica, questo diritto a dissociarsi è davvero difficile da far rispettare, poiché la sopravvivenza di un gruppo (specialmente di un gruppo minoritario) potrebbe dipendere dall’abilità di quel gruppo ad esercitare un

<sup>26</sup> S. Saharso, “Female Autonomy and Cultural Imperative. Two Hearts Beating Together” in W. Kymlicka and W. Norman (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 224-42.

controllo sulle sue donne al fine di assicurare la riproduzione della cultura e della religione, inclusa la riproduzione della lingua.

Una teoria del riconoscimento critico, basata su principi comunicativi, fornisce solidi criteri di reciproca accettazione. Siamo tenuti a riconoscere il diritto al disaccordo, ma dobbiamo anche riconoscere un diritto alla persuasione razionale. Accettare le argomentazioni di qualcun altro equivarrebbe allora piuttosto ad emigrare in un altro paese. Potremmo tradurre questa idea in termini wittgensteiniani. Per secoli vi è stata una disputa tra i francesi e gli inglesi, ma vi sono anche discussioni interne alla società inglese a proposito della cultura francese: si possono trovare sia francofobi che francofilo. L'etica del riconoscimento critico deve consentire ai francofilo che amano lo stile di vita francese di migrare, sia mentalmente che fisicamente. Accettare la verità di un'argomentazione potrebbe essere come adottare un nuovo stile di vita. Questa porosità tra culture è ciò che è in gioco nella teoria del riconoscimento critico, poiché i francofobi sono inclini a considerare sleali i francofilo. Una teoria del riconoscimento critico può funzionare soltanto quando una società è disposta ad accettare la "virtù cosmopolita" come un necessario accessorio del dialogo interculturale.<sup>27</sup>

A partire dall'11 settembre le possibilità del pluralismo e della tolleranza sono state severamente messe alla prova e sottoposte a delle costrizioni dal discorso del terrorismo e della sicurezza. Lo sviluppo di un modo intelligente e cosmopolita di trattare le comunità islamiche, in Europa e dovunque, è stato interrotto (speriamo temporaneamente) a causa delle risposte politiche e legali al "terrorismo". In particolare, la tesi dello scontro tra civiltà ha identificato quella islamica come un tipo di civiltà fundamentalmente incompatibile con i valori occidentali. Mentre le comunità musulmane sono state marginalizzate dai processi di radicalizzazione delle politiche della sicurezza (*securitisation*), è improbabile che in Occidente le tradizioni islamiche possano suscitare qualsivoglia comprensione simpatetica. Vi è, pertanto, una considerevole pressione politica sui musulmani della diaspora ad accettare la definizione westfaliana della religione come di un problema di pratica privata e di fede personale. Negli Stati Uniti, l'Islam potrebbe in tal caso divenire accettabile come un'altra confessione nel *melting pot* del multiculturalismo.

<sup>27</sup> B. S. Turner, *Cosmopolitan Virtue, Globalization and Patriotism*, in «Theory Culture & Society», 19 (1-2), 2002, pp. 45-63.

#### 4. Conclusioni: condizioni giuridiche dell'etica del riconoscimento critico

In conclusione, le condizioni giuridiche per una teoria critica del riconoscimento che si spinga al di là dei diritti poli-etnici dovrebbe comportare:

- 1) il riconoscimento della validità di differenti sistemi legali;
  - 2) l'accettazione delle pretese delle minoranze di esercitare le proprie giurisdizioni;
  - 3) il reciproco riconoscimento che le leggi vengono prodotte socialmente e sono soggette alla discussione e perciò all'evoluzione;
  - 4) l'accettazione di norme giuridiche che funzionino attraversando le comunità – essenzialmente ammettendo un esercizio della legge che ho interpretato nel significato di un'accettazione delle regole della discussione e della valutazione;
  - 5) il riconoscimento del diritto ad appellarsi contro le sentenze;
- e
- 6) l'accettazione di qualche processo per mezzo del quale i membri possano volontariamente lasciare le proprie comunità.

Cosa implicano queste norme? Che il pluralismo giuridico è una conseguenza inevitabile del multiculturalismo, inoltre viene suggerito che i diritti differenziati per gruppo descritti da Kymlicka sono attualmente sottosviluppati per il fatto che non viene riconosciuta l'importanza dell'autodeterminazione giuridica, o "poli-giuridicità". Il pluralismo giuridico spingerebbe, pertanto, i presupposti del liberalismo sino al loro limite estremo.

Quali sono poi le implicazioni per le comunità religiose? Queste norme escludono l'idea di una legge religiosa considerata immutabile e stabilita una volta per tutte. Questo tipo di conseguenza potrebbe non essere necessariamente un problema significativo nel senso che, in pratica, l'Islam ha accettato l'idea dell'interpretazione giuridica (*iğtihād*) proprio come la *common law* britannica evolve e si trasforma per effetto delle opinioni legali dei giudici.

La nozione in base alla quale gli individui possono dissociarsi dalle proprie comunità è forse la più problematica. Nel caso delle minoranze, la sopravvivenza delle proprie culture e tradizioni richiede la continuità della socializzazione e della trasmissione – un processo che è storicamente dipeso dalle donne. Dunque, le donne sono tipicamente soggette ad un'eccessiva (e talvolta brutale) subordinazione alle norme gruppalì. Ma questo fattore antropologico non offre alcuna ragione normativa per sostenere le ineguaglianze di genere o la cieca obbedienza nei confronti della tradizione.