Oltre la tradizione giuridica occidentale: questioni e problemi dei sistemi normativi in “Eur-Asia” e Africa.

Riflessioni di sintesi: se la dottrina giuspubblicistica ha un futuro...

di Ciro Sbaìlò

Abstract: Rule-making in the multilevel pluralism of legal systems. **Concluding remarks:** whether the doctrine of public law has a future... – This contribution summarizes the main indications that emerged during the panel, highlighting the most innovative or most significant aspects of the different papers presented by the several speakers.

Keywords: Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

Se la dottrina giuspubblicistica ha un futuro, questo è nel diritto pubblico comparato.

La comparazione giuspubblicistica porta oggi alla luce il nesso originario tra le aporie della nozione occidentale di “spazio pubblico” e il carattere “destinale” di quest’ultima. Quel nesso si palesò in maniera drammatica tra gli studiosi alcuni anni fa, nel corso della polemica sui cosiddetti “*Asian values*”. Ci si rese conto, dopo un po’, che si trattava di una polemica *interna* alla cultura occidentale, nel senso che i suoi protagonisti, proprio nell’avversare l’occidentalizzazione del mondo, la stavano, in qualche modo, consacrando. Emerse, ad esempio, come la chiave per l’inquadramento dei valori asiatici risieda in una nozione unitaria di “Asia”, che presuppone a sua volta una nozione unitaria di Cultura, di cui le varie culture risultino specifiche determinazioni¹. Il confucianesimo, infatti, è solo una delle componenti. Accanto ad esso vanno tenuti presenti il Buddismo, l’Induismo e lo stesso Islam, a loro volta da considerarsi nelle loro varie versioni e

¹ Il concetto di “valori asiatici” presuppone l’unicità della cultura occidentale, così come espressa da Max Weber con la celeberrima espressione *nur im Okzident*. Solo in Occidente, secondo Weber, sono comparsi «il capitalismo» come «razionalismo economico», «lo stato razionale, fondato sul potere legale, e un’amministrazione burocratica applicabile allo stato come all’impresa economica», nonché «l’autonomia reciproca delle diverse sfere della vita» [M. Weber, *Economia e Società* (1922), III, *Sociologia del Diritto*, Milano, 2000]. Cfr. P. Rossi, *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, 2007. V. nota 2

interpretazioni nazionali, nonché nelle interne incongruenze concettuali (da un punto di vista occidentale)². L'assimilazione di questi elementi portava alla luce una *vis* tassonomica su basi assiologiche, di taglio inequivocabilmente occidentale, che segna la nascita della scienza giuspubblicistica *in quanto* comparazione, ai primordi della storia della metafisica, intesa come «storia del nichilismo»³. Le stesse spiegazioni “storiche” della formazione dei valori asiatici suonavano come eurocentriche: esse ponevano in risalto le ragioni culturali e geopolitiche che avevano interdetto ai Paesi asiatici la via del costituzionalismo liberale⁴.

² Un caso emblematico, a tale riguardo, ci pare essere quello delle cosiddette “contraddizioni” di Confucio. Confucio, da un lato esalta l'autorità politica, dall'altro invita il saggio a dire la verità davanti ai potenti, a non mentire per compiacerli (*Dialoghi* 14, 22). Queste due posizioni appaiono contraddittorie solo se adottiamo un paradigma di tipo assiologico, che ci porta ad osservare che in molti Paesi asiatici oggi quella franchezza esporrebbe alle ritorsioni dell'autorità. Ma in una prospettiva pragmatica, libera da esigenze di natura sistematica e fondazionistica, non c'è contraddizione. Quello che viene perseguito, in quei Paesi, non è la franchezza, ma la pubblicità che si dà alle proprie opinioni, quando queste possono turbare l'ordine pubblico. Il saggio, nella prospettiva confuciana, ha il compito di dire la verità al potente, ma non di mettere le proprie opinioni e sé stesso al centro della scena pubblica. Una tale condotta risponderebbe, per l'appunto, alla nozione occidentale di “libero pensatore”, totalmente inadeguata nella logica confuciana. L'evidenziazione delle contraddizioni interne al confucianesimo fa leva su una visione lineare-razionale del discorso, tipicamente occidentale, mentre nelle culture non occidentali, quella che, da un punto di vista della razionalità occidentale, si presenta come contraddizione è semplice articolazione della realtà, esposta nelle sue diverse facce e componenti. Gli elementi della contraddizione, infatti, si integrano in un discorso unico. Questo vale anche per l'apparente contrasto tra il “personalismo” di Confucio e la sua visione comunitaristica. Cfr. W.T. de Bary, *Neo-Confucianism and Human Rights*, in L.S. Rouner (cur.), *Human Rights and the World's Religions*, Notre Dame, 1988; J. Chan, *A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China*, in J.R. Bauer, D.A. Bell (cur.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, 1999.

³ Sul punto si rimanda a C. Sbaìlò, *Sul sentiero della notte. La πόλις*, Pisa, 2020, 39 e ss.

⁴ Ad esempio, la diffusa osservazione circa l'irrilevanza, in Asia, dell'esperienza della secolarizzazione dello spazio pubblico, attraverso la formazione di stati indipendenti di piccole e medie dimensioni, rivela una chiara impostazione eurocentrica, nel senso che essa assume come parametro per l'analisi della società asiatica l'esistenza di un nesso causale tra secolarizzazione dello spazio pubblico, progresso economico e società democratica. Quando poi, come con altrettanta frequenza si fa, per difendere il confucianesimo, si rileva la tendenza asiatica verso la formazione di grandi stati accentrati, governati da un potere autoritario, facendo di ciò la causa principale dell'arretratezza dell'Oriente, si è doppiamente (e inconsapevolmente) eurocentrici, perché, oltre a presumere il nesso causale di cui sopra, si adotta una visione schiettamente europea del rapporto tra religione e spazio pubblico. Dire, infatti, che, se l'Oriente è arretrato non è colpa del Confucianesimo, bensì della tendenza orientale ai grandi spazi politici, significa pensare che la cultura religiosa e la politica siano due entità distinte, che tra loro possono interagire solo “meccanicamente”, nella forma del rapporto tra causa ed effetto – un rapporto che presuppone la possibilità di “isolare” concettualmente la causa rispetto all'“effetto”, ovvero di pensare sia la causa sia l'effetto come potenzialmente “nulli”. La rappresentazione della religione e della politica come due “elementi” dello spazio pubblico in relazione tra loro è solo possibile, cioè, sulla base dell'idea che lo spazio pubblico sia originariamente “vuoto”. In questo senso, l'accusa di Said [E. W. Said, *Orientalismo* (1978, 1995), Milano, 1999, 63 e ss., 312 e ss., 344 e ss.] rivolta agli orientalisti occidentali – in particolare egli ha di mira Bernard Lewis [cfr. B. Lewis, *L'Europa*

L'Oriente si presentava, in questo senso, come una creazione "occidentale", mentre la disputa sugli *Asian values* appariva chiaramente costruita attraverso il concetto occidentale di "valore" ed era plasmata dal paradigma occidentale del "conflitto" o della "rivalità" tra – e, dunque, della sempre incombente "relatività" dei – valori, considerati in un campo semantico denominato "valore". Il "confronto" tra valori presuppone l'esistenza di un concetto-valore, adottato come parametro. Ovvero, esso presuppone l'idea di un fondamento, sulla cui base ricostruire i valori⁵. Una volta ricostruiti teoreticamente, in chiave antagonistica con i valori occidentali, quelli "asiatici" risultano, così, a loro volta occidentalizzati, ovvero restituiti al discorso giuridico come proiezioni della coscienza (costruiti e perciò de-costruibili) e, dunque, come opzioni "confrontabili". Da questo punto di vista, la campagna per i valori asiatici non poteva che dissolversi.

Anche le categorie utilizzate dai nostri relatori per la ricostruzione delle "altre" culture giuridiche nascono e crescono sul terreno della cultura giuridica dell'Occidente. Andare "oltre" la tradizione giuridica occidentale – ecco una sfida persa in partenza, ma che pure è necessario esperire. E i nostri relatori esperiscono questa sfida, con consapevolezza e competenza.

Nell'ascoltare la relazione di Giammaria Milani su "Pluralismo giuridico e pluralismo culturale nel costituzionalismo latino-americano" la mente non poteva non andare alla disputa tra l'umanista Juan Ginés de Sepúlveda e il domenicano Bartolomé de Las Casas, alla Corte di Carlo V, su "che razza di gente" fossero gli indios d'America, omuncoli, cioè esseri più vicini al mondo animale che all'uomo, o uomini come gli spagnoli⁶. Nella sua posizione, favorevole a considerare gli indigeni latinoamericani come dei

e l'Islam (1990), Roma-Bari, 1999], vale a dire l'autore da cui prenderà le mosse Huntington per la sua teoria sullo "scontro delle civiltà" – di lavorare al servizio del dominio occidentale del mondo si rivela di persistente attualità. Peraltro, come è stato osservato, la denuncia di Said è quanto mai dipendente, sotto il profilo concettuale, dalla rappresentazione occidentale dell'Oriente e, dunque, dell'autorappresentazione dell'Occidente. In un certo senso, lo stesso Said ne è consapevole, come a nostro avviso emerge dalla sua autobiografia: E. Said, *Out of Place*, London, 1999. Per una ricostruzione critica della polemica, cfr.: R. Irwin, *Lumi dall'Oriente. L'orientalismo e i suoi nemici*, F. Gerla (cur.), Roma, 2008; G. Proglione, *Orientalismo: nuove prospettive interpretative*, in *Altre Modernità (AM)*, N. 8 (2012), *Orientalismi, riviste.unimi.it*; G. Puglisi, *Oltre l'Oriente e l'Occidente. L'orientalismo di Taṣwīf al-Ḥakīm*, ivi.

⁵ In questo, la critica weberiana alla teoria dei valori di Rickert – o, per meglio dire, il distacco di Weber dal neokantismo – risulta uno sviluppo coerente della ricostruzione in chiave trascendentale della dimensione assiologica: quella ricostruzione, infatti, riporta i valori sotto il dominio della volontà, dal che consegue che i valori sono in «lotta tra loro» e «la vita poggia su sé stessa». Cfr.: G. Di Marco, *Studi su Max Weber*, Napoli, 2003; A. M. Ruoppo, «*In der Philosophie lernt man oft vom sachlichen Gegner am meisten*». Heidegger un Rickert: ein philosophisches Streitgespräch über die Lebensfrage, in A. Donise, A. Giugliano, E. Massimilla (cur.), *Methodologie, Erkenntnistheorie und Wertphilosophie: Heinrich Rickert und seine Zeit*, Würzburg, 2016, 141-156.

⁶ Si veda B. de Las Casas, J.G. de Sepúlveda, *La controversia sugli indios*, S. di Liso (cur.), Bari, 2006.

semi-uomini, Sepúlveda esprime il nesso profondo tra universalismo europeo e razzismo: senza una giustificazione di natura razziale, schiavitù e sfruttamento sarebbero stati illegittimi. La concezione universalistica dell'uomo – greca e cristiana – fa sì che lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo richieda una lettura in chiave biologica della razza, perché se l'uomo è *imago Dei*, la schiavizzazione non può essere ammessa. Viceversa, Las Casas difende la piena umanità degli indios, criticando aspramente il tentativo di farli passare come semi-uomini solo perché hanno abitudini sociali diverse. Sepúlveda e Las Casas sono, comunque, accomunati dalla convinzione che l'uomo non possa essere trattato alla stregua di una bestia. La posizione espressa dal domenicano, che era abbastanza condivisa negli ordini, conoscerà poi una successiva originale rielaborazione nel concetto gesuitico di "inculturazione". In questa prospettiva, l'etnia è la differenza che qualifica un soggetto come uomo, poiché quella differenza è ricostruibile solo a partire da una visione integrale e unitaria dell'uomo stesso: l'indigeno, in quanto diverso, è uomo, e la sua umanità diventa il vettore per l'evangelizzazione, che deve svilupparsi relativizzando le differenze dovute a tradizioni locali o condizioni ambientali. Ed è questo il paradigma che rende possibile oggi il "nuevo constitucionalismo latinoamericano", così ben ricostruito dal relatore, il quale richiama giustamente l'attenzione della comunità dei comparatisti sull'affermazione di un costituzionalismo riformatore e de-colonizzante, fondato anche sul riemergere dei valori e degli interessi dei popoli indigeni, da tempo repressi e privati di rilevanza costituzionale. Si tratta di un costituzionalismo che si muove consapevolmente al di fuori del perimetro concettuale "vestfaliano", il cui declino, peraltro, come emerge anche dal ragionamento del relatore, comincia proprio in Occidente, dove la coesistenza di norme provenienti da più ordinamenti giuridici nello stesso contesto geopolitico è ora innegabile e lo Stato è sempre più chiamato a garantire l'unità in una situazione di pluralismo.

La crisi dei fondamenti epistemologici del costituzionalismo europeo emerge anche nell'intervento di Adriano Dirri su "Il governo locale nell'Africa subsahariana tra costituzionalismo e Traditional Law". Il relatore pone in evidenza l'interconnessione tra decentramento e riemersione del diritto tradizionale in molti Paesi africani. Per questo, lo studio del diritto dell'Africa subsahariana deve muoversi oltre la classica dicotomia Africa-anglofona/Africa-francofona, poiché questa riduce il pluralismo giuridico africano dentro una mappa concettuale giuridica eurocentrica (coloniale e post-coloniale), lasciando fuori il diritto tradizionale e la tradizione islamica, che invece nell'area continuano a essere vitali. Negli studi giuridici delle "altre" culture si corre sempre il rischio di un approccio astrattamente multiculturalista e "purista", che conduce a una sorta di ipostatizzazione della materia studiata, in polemica con le successive contaminazioni coloniali, come se l'esperienza giuridica non si alimentasse da sempre di contaminazioni, intrecci e "migrazioni". Non è questo il caso dei nostri

giovani relatori. Qui, come in altre relazioni, si colgono, invece, le premesse di un approccio concreto ed ermeneuticamente orientato, che consente al relatore di dar conto della complessità della materia studiata, considerata nella sua vivacità e capacità evolutiva. Lo vediamo anche nell'intervento di Paola Costantini, dedicato a "La posizione della donna nel nuovo ordine costituzionale sudafricano: tra 'customary law' e 'Bill of rights'". In questo caso, tuttavia, la vitalità del diritto tradizionale, testimoniata dal riconoscimento formale del diritto consuetudinario nella Costituzione, esercita una azione recessiva per quanto riguarda il diritto di famiglia e la posizione delle donne. È sicuramente da studiare il nesso tra l'emergere di nuove strategie costituzionali di taglio identitario e la crisi del costituzionalismo occidentale, nato dentro la dimensione statuale-nazionale e territoriale, del (per?) cui esiste uno stretto legame tra territorializzazione e secolarizzazione⁷.

È, infatti, inevitabile che le strategie costituzionali identitarie dell'era post-vestfaliana presentino luci ed ombre: viene meno l'assolutezza del presupposto della neutralità dello spazio pubblico, fondamento della ricostruzione giuridica dei diritti dell'individuo, al di là del sesso, dell'etnia, del credo religioso e di ogni affiliazione di natura sociale o culturale. A partire dall'affermazione del principio «Cuius regio Eius religio» (Pace di Augusta, 1555), che sposta il focus dello spazio pubblico dalla religione al sovrano e dal sovrano allo spazio territoriale suddiviso in dentro/fuori (che, in coordinamento essenziale con la coppia concettuale prima/dopo, delinea l'odierno concetto di giurisdizione) la secolarizzazione, l'individualismo e la positivizzazione del diritto secondo il paradigma statale-territoriale, vanno assieme. La crisi del paradigma vestfaliano, dunque, apre la strada a una perimetrazione spazio-temporale dello *ius*, sia in termini di diritto pubblico sia in termini di diritto internazionale, non più sul territorio "calcolabile", ma sulla religione, sulla cultura o sul ceto.

In questo senso, un caso di studio particolarmente interessante è quello delle recenti novelle costituzionali israeliane. "Lo Stato ebraico come mito: precondizioni politico-teologiche e ripercussioni costituzionali della Legge fondamentale 'Nation-State'" è per l'appunto il titolo dell'intervento di Andrea Gatti. Molto opportunamente, il relatore pone in risalto la peculiarità della radice storico-concettuale dell'esperienza giuspubblicistica israeliana, quello di nazione santa e di regno di sacerdoti. Si tratta di una visione antitetica rispetto a quella propria delle grandi satrapie e teocrazie del Mediterraneo antico e dell'antico Oriente, in quanto non viene riconosciuta la possibilità di un potere umano originario e autonomo: emblematico, a tale riguardo, il fatto che la Legge fondamentale israeliana non incida sul diritto positivo, ma solo sull'assetto costituzionale. Ma

⁷ Tema tradizionalmente weberiano, ampiamente ripreso, di recente, in C. S. Mayer, *Dentro i confini. Territorio e potere dal 1500 a oggi*, tr. it. di D. Cavallini, Torino, 2019, 12 e ss. e 87 e ss.

l'esperienza israeliana non è neanche ricostruibile con le categorie vestfaliane, disegnate dentro la dicotomia tra *auctoritas* e *veritas*. Nella novellata Costituzione israeliana si riafferma il principio ordinatore sionista, inteso come rielaborazione e attualizzazione della visione biblica dello spazio, fondata sulla "politica dell'esodo" e sullo speciale rapporto tra Dio e il popolo ebraico. Per certi versi, osserva il relatore, potrebbe parlarsi di un'esperienza molto vicina a quella tipicamente occidentale della 'civil religion', il che però, avverte ancora il relatore, non impedisce di rilevare come la strategia identitaria costituzionale israeliana, avendo una base di tipo etnico-religioso, si sottragga tendenzialmente all'adesione dei non ebrei e risulti pertanto suscettibile di dar vita a dinamiche discriminatorie.

L'esperienza costituzionale israeliana si colloca in un contesto geopolitico e culturale segnato dalla prevalenza (e rinascita) del principio ordinatore islamico, oggetto della relazione di Giovanna Spanò. "Principi sciaraitici e Costituzione: un binomio da ripensare" è il titolo dell'intervento. Da "ripensare" perché troppo spesso e troppo a lungo questo binomio è stato ricostruito in maniera astratta, senza tenere conto delle interne dinamicità delle realtà a cui i due termini si riferiscono né del rapporto interattivo e della reciproca contaminazione tra costituzionalismo occidentale e cultura islamica. Si pensi, ad esempio, alla nota tesi di Panayiotis Jerasimof Vatikiotis, secondo cui – ne diamo qui una sintesi brutale – il principio ordinatore islamico non potrà mai dar vita a un ordinamento costituzionale fondato sulla *rule of law*, in quanto privo o troppo povero dell'esperienza nazionale-statuale dentro la quale si sviluppa il costituzionalismo. Se Vatikiotis ha ragione – se, cioè, non c'è Stato di diritto al di fuori del modello 'vestfaliano', unico in grado di garantire congruenza e simmetria tra agenti decisori e ambiti in cui le decisioni hanno effetto – allora il destino della *rule of law* è segnato anche per l'Occidente (e in molti, infatti, la pensano così). Al tempo stesso, secondo diversi pensatori islamici, l'Islam è in grado di offrire un'*alternativa* al declinante modello occidentale, grazie alla propria dimensione tendenzialmente deterritorializzata e globalizzante⁸. Come ben nota Spanò, il principio ordinatore islamico ha un'originaria dinamicità, che lo sottrae all'utilizzo dentro una ricostruzione giuridica di tipo causalistico-storico-storicistico. La *Umma*, infatti, non è giuridicamente ricostruita, dai giuristi islamici, come il prodotto storico di una serie di eventi di conversioni, bensì come la stessa Rivelazione, considerata sotto il profilo dell'obbligazione giuridica. Il che significa l'impossibilità di pensare lo spazio pubblico in termini neutrali. Al pari del principio ordinatore israelitico, dunque, quello islamico, almeno nella sua maggioritaria componente sunnita, è irriducibile tanto alla dimensione teocratico-sacrale quanto a quella secolarizzata-

⁸ Per una trattazione di questi due punti, rimandiamo rispettivamente a: C. Sbailò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, Padova, 2015, 22 e ss., e C. Sbailò, "Non aprite quella porta". *L'alternativa islamica come sfida interna all'Europa* in *La filosofia futura. Rivista semestrale di filosofia teoretica*, 16/2021, 85-96.

sovranista. Spanò mette bene in risalto questo aspetto, laddove evidenzia come i principi sciaraitici producano effetti giuridici al di là della loro esplicita menzione nel testo costituzionale e al di là della stessa *Rule of (Traditional) Law*. In questo modo, la relatrice contribuisce a sottrarre l'esperienza giuspubblicistica islamica a una visione astratta e statica, fornendo una chiave di lettura quanto mai utile per l'analisi e la comprensione delle più recenti dinamiche dell'Islam mediterraneo.

In generale, i relatori qui citati si sono incamminati su sentieri di ricerca non facili, stretti, poco illuminati e ricchi di insidie: ma è solo percorrendo tali sentieri che si può contribuire allo sviluppo del diritto pubblico comparato, che, come altrove abbiamo cercato di mostrare, rappresenta l'ἀρχή, nel senso di origine sempre presente, e quindi anche il destino, del diritto pubblico dell'Occidente.

Ciro Sbailò

Facoltà di Scienze della Politica e delle Dinamiche Psico-Sociali
Università degli Studi internazionali di Roma – UNINT
ciro.sbailo@unint.eu