

Scritti in onore di Mario G. Losano
Dalla filosofia del diritto
alla comparazione giuridica

a cura di
Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

aAccademia
university
press



«Diálogos» / 1



«Diálogos»

Incontri con la cultura giuridica latino-americana

1

Scritti in onore di Mario G. Losano
Dalla filosofia del diritto
alla comparazione giuridica

a cura di
Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

**Scritti in onore
di Mario G. Losano**

Volume pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Ferrara
e del programma Ramón y Cajal (RYC 2019-028316-I),
finanziato dall'Agencia Estatal de Investigación
del Gobierno de España e dal Fondo Sociale Europeo

© 2021

Accademia University Press
via Carlo Alberto 55
I-10123 Torino



prima edizione aprile 2021
isbn 978-88-31978-91-0
edizione digitale www.aAccademia.it/mariolosano

book design boffetta.com

Accademia University Press è un marchio registrato di proprietà
di LEXIS Compagnia Editoriale in Torino srl

Premessa		VII
Mario Losano: nota biografica		IX
L'America Latina nelle classificazioni giuscomparate: la tradizione giuridica contro-egemonica del <i>buen vivir</i> nell'area andina	Serena Baldin	3
Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica	Ermanno Calzolaio	18
I "ponti" per il trasferimento di dati EU-Usa: dai <i>Safe Harbour Privacy Principles</i> al <i>Privacy Shield</i>	Virgilio D'Antonio	34
Pluralismo giuridico e <i>Rule of Law</i>: un approccio fondato sul reciproco condizionamento tra fonti	Alessandra Facchi	63
Mario G. Losano tra Kelsen e Bobbio. Un dialogo infinito	Lorena Forni	85
Il metodo del e nel diritto pubblico comparato	Tommaso Edoardo Frosini	99
Il giudice disobbediente nel terzo millennio	Davide Galliani	115
Note su "sistema" e compilazione giustiniana	Paolo Garbarino	136
Mario G. Losano: un kelsenólogo no kelsenólatra	José Antonio García Sáez	178
Presupuestos históricos y epistemológicos de la <i>Begriffsjurisprudenz</i>	Joaquín Garrido Martín	207
Femminismo e diritto. Tra teoria critica e comparazione	Orsetta Giolo	230
Un caso di reinterpretazione del diritto islamico: il <i>khul'</i> nella prassi giurisprudenziale pakistana	Elisa Giunchi	250
Il diritto dello stato, le pretese della religione, e il governo del pluralismo normativo nelle costituzioni democratiche	Michele Graziadei	265
Los espacios y desafíos del análisis comparado en derechos humanos. Breves lecciones del legado comparatista de Mario G. Losano	Encarnación La Spina	288
Intelligenza artificiale e responsabilità per danni al consumatore in Brasile	Sabrina Lanni	306

Transhumanismo e identità umana ante el reto de la revolución 4.0 de la inteligencia artificial	Fernando H. Llano Alonso	325
Ensayo de interpretación del pensamiento de Mario G. Losano: una lectura geo-filosófica del derecho	Luis Lloredo Alix	371
Lo <i>scientific State of Mind</i> del giurista: la comparazione quantitativa tra diritto e letteratura	Matteo Nicolini	390
El nuevo paradigma andino. Crisis del modelo unitario de organización territorial en América Latina	Giorgia Pavani	406
L'identità della Costituzione brasiliana del 1988 alla prova dell'analisi comparata (e della verifica empirica)	Lucio Pegoraro	425
La protección de datos personales en la sociedad de las Nuevas Tecnologías y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación	Antonio E. Pérez Luño	447
Mario Losano in Brasile: tra politica, sociologia e storia del diritto (2012-2018)	Gustavo Siqueira Silveira	468
La importancia del factor cultural en los matrimonios forzados	Ángeles Solanes Corella	478
Sull'identità del diritto latinoamericano	Alessandro Somma	497
Sicurezza e diritti nella <i>digital age</i>. La tecnologia: un'arma a doppio taglio nella lotta al terrorismo internazionale	Arianna Vidaschi	518
Il sapere giuridico come costruzione sociale e la formazione del giurista in America Latina	Virginia Zambrano	538
Big Data e epistemologia giuridica	Vincenzo Zeno-Zencovich	574
Elenco opere (2017-2020)		587

Mario Losano è notoriamente uno studioso eccellente, la cui produzione scientifica sconfinava nei più disparati campi del sapere giuridico e oltre. Lo abbiamo apprezzato e lo apprezziamo quando arricchisce le nostre conoscenze nella filosofia del diritto, nella teoria generale del diritto, nella storia del diritto, nell'informatica giuridica, nel diritto comparato, nella filosofia politica, solo per citare i settori nei quali è una riconosciuta autorità scientifica. Al suo attivo conta manuali di grande successo e diffusione, innumerevoli libri e saggi considerati un imprescindibile punto di riferimento nelle materie a cui sono dedicati, edizioni critiche di materiali rinvenuti nel corso di minuziose ricerche di archivio e traduzioni di testi. Il tutto frutto di lavoro sul campo, alla ricerca di fonti ma anche e soprattutto della condivisione di esperienze ed emozioni.

È insomma un intellettuale, e anzi un raro esempio di intellettuale: i suoi lavori spiccano per la tensione interdisciplinare, oltre che per caratteristiche decisamente poco diffuse in un mondo sempre più animato da tecnocrati dediti all'iperspecializzazione. Possiede una invidiabile capacità di rendere comprensibili riflessioni e dati che per mole e complessità sarebbero altrimenti inaccessibili ai più. Inoltre è

mosso da un'autentica passione civile e politica, testimoniata da una ricca produzione di saggi dedicati ai temi politici e sociali più scottanti del momento. Anche per questo le fatiche di Mario sono tradotte in molte lingue, e il suo impegno premiato da onorificenze e dottorati honoris causa conferiti da prestigiose università europee e latinoamericane.

Gli autori e le autrici di questi Scritti in onore sono studiosi attivi nel diritto comparato, nella filosofia e nella teoria generale del diritto che hanno inteso celebrare, tra le tante, una particolare virtù di Mario: aver gettato un ponte tra questi campi del sapere, con riflessioni che li hanno arricchiti, trasformati, resi migliori. Come gli studiosi e le studiose che hanno avuto la fortuna di incontrare l'Onorato, di attingere da una inesauribile fonte di conoscenza e umanità.

Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

Pluralismo giuridico e *Rule of Law*: un approccio fondato sul reciproco condizionamento tra fonti*

Alessandra Facchi**

1. La giustizia tradizionale locale e i diritti nazionali

In molte zone del mondo, principalmente in Africa, in Asia e parzialmente in America Latina, l'amministrazione della giustizia è di fatto ancora affidata a autorità di tipo comunitario e /o religioso che applicano normative di origine extra statale.

Ampie componenti delle popolazioni – in particolare gli abitanti di zone rurali – non hanno rapporti con le istituzioni giudiziarie dello Stato, una parte rilevante del diritto vivente, il contenzioso e le norme sulle quali si fonda, sfugge al controllo delle istituzioni ufficiali. Autorità e corti locali

63

* Ringrazio i curatori per avermi dato l'occasione di pubblicare questo scritto in un volume dedicato alla prospettiva comparativa dell'opera di Mario G. Losano. Sono stati il suo corso di Teoria generale del diritto e il suo libro *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extra-europei*, ultima ed. Roma-Bari, Laterza, 2000 (purtroppo non più in commercio) a far nascere in me l'interesse per i diritti extra-europei e per le forme di pluralismo giuridico ad essi inerenti. Questo testo costituisce una versione iniziale dell'articolo *Traditional Local Justice, Women's Rights, and the Rule of Law: A Pluralistic Framework*, «Ratio Juris. An International Journal of Law and Jurisprudence», 2019, n. 2, pp. 210-232.

** Alessandra Facchi è professoressa ordinaria di filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche dell'Università degli Studi di Milano. E-mail: Alessandra.Facchi@unimi.it

costituiscono la principale, se non l'unica forma di accesso alla giustizia, ad esse è devoluta un'ampia parte delle dispute in ambito familiare, commerciale, fondiario, penale eccetera³. Un dato diffuso attribuisce alla giustizia extra statale almeno l'80 % delle dispute in molte aree africane e asiatiche⁴.

Anche quando presente la giustizia dello Stato è spesso poco legittimata, e talvolta anche ostacolata: «When State justice is delivered it is often delayed and ineffective. Limited success of state systems enforces reasons why people resort to local sources of justice»⁵.

La distanza dalle istituzioni statali è ancora più forte per la popolazione di sesso femminile. In gran parte dei casi sono istituzioni tradizionali a decidere sulle questioni che riguardano la vita delle donne facendo riferimento a normative comunitarie, consuetudinarie e religiose. Ciò sia perché il diritto di famiglia è l'ambito più diffusamente e profondamente regolato da normative tradizionali e religiose, sia perché la giustizia della comunità a cui appartengono è spesso l'unica possibilità per le donne di chiedere che un terzo si pronunci.

Le forme non statali di amministrazione della giustizia sono numerose e eterogenee. Si va da corti composte da capi locali e membri di prestigio dalla comunità, dai giudici monocratici e corti religiose ai consigli degli anziani, dai capi tribù, semplicemente a individui ai quali la comunità

3. The World Justice Project (WJP) ha elaborato il Rule of Law Index che misura in che modo il rule of law è presente e percepito in 113 paesi (<https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016>) La giustizia cosiddetta informale non è inclusa: «WJP includes informal justice between the factors of the Rule of Law programmes, as the informal systems often play a large role in cultures in which formal legal institutions fail to provide effective remedies for large segments of the population, or when formal institutions are perceived as remote, corrupt, or ineffective...», but «the complexities of these systems and the difficulties of measuring their fairness and effectiveness in a manner that is both systematic and comparable across countries, make assessments extraordinarily challenging».

4. Leila CHIRAYATH, Caroline SAGE, Michael WOOLCOCK, *Customary Law and Policy Reform: engaging with the Plurality of Justice Systems*, Washington, World Bank Legal Department Paper, 2005; *The United Nations Development Program, Informal Justice Systems Report*, 2012; Brian T. TAMANAHA, *The Folly of the Scientific Concept of Legal Pluralism*, «Journal of Law and Society», 1993, n. 20, pp. 192-217.

5. Cfr. INTERNATIONAL DEVELOPMENT LAW ORGANISATION (Idlo), *Women, Food, Land: Exploring Rule of Law Linkages*, Rome, 2016.

assegna il potere di dirimere le controversie e punire chi viola regole di convivenza essenziali o precetti religiosi.

Le modalità di trattamento dei conflitti sono altrettanto differenziate: giudici, arbitri, mediatori o spesso figure che intrecciano le tre modalità. Le procedure locali, nella gran parte dei casi, sono rivolte a raggiungere una riconciliazione tra le parti, a stabilire una compensazione per la parte offesa e più in generale a restaurare l'armonia all'interno della comunità.

Spesso si tratta di giurisdizioni che si identificano con un determinato territorio, talvolta invece fanno riferimento all'appartenenza etnica o religiosa e dunque sono indipendenti dal luogo⁶. In paesi con popolazioni musulmane è abbastanza diffusa la presenza di corti consuetudinarie e religiose.

Nel complesso sono molti i territori caratterizzati da pluralismo giuridico⁷: popolazioni per le quali il diritto e le istituzioni dello Stato sono solo uno tra gli ordinamenti di riferimento, e spesso non il più effettivo.

La formula più diffusa per indicare l'insieme delle giurisdizioni infra statali è quella di «giustizia informale» che mette l'accento sulla distinzione dalla giustizia formale statale. Si tratta tuttavia di una formulazione discutibile, dal momento che anche nella giustizia non statale un certo

65

6. Per una ricognizione dei differenti sistemi di giustizia non statale si veda Matthias KÖTTER, Tilmann J. RÖDER, Gunnar SCHUPPERT, Rüdiger WOLFRUM (eds.), *Non-State Justice Institutions and the Law. Decision Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*, Palgrave, MacMillan, 2015. Il *Danish Institute for Human Rights* «establishes a typology for informal justice systems, recognizing the diversity and complexity of non-state mediation and decision-making by customary and traditional systems, and finds that most contain varying mixtures of elements of formality and informality. Drawing on the analysis of these systems' practice, it reviews in particular issues of concern for the protection of women's and children's rights». <http://www.unwomen.org//media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2013/1/informal-justice-systems-summary.pdf?vs=358>.

7. La premessa più o meno esplicita soggiacente all'idea di pluralismo giuridico è una nozione di diritto che va al di là del diritto dello Stato. Pluralismo giuridico è un concetto coniato nell'ambito della teoria giuridica antistatalista, è stato poi ampiamente utilizzato e analizzato dagli antropologi del diritto, si è diffuso più di recente anche nel linguaggio dei giuristi con riferimento alla sempre più significativa diffusione di fonti infra e supra statuali. Qui faccio riferimento a norme e istituzioni di origine religiosa e consuetudinaria, le forme attuali del vecchio pluralismo giuridico. Si veda almeno Masaji CHIBA, *Other phases of Legal Pluralism in Contemporary World*, «Ratio Juris», 1998, n. 11/3, pp. 228-245; Sally Engle MERRY, *Legal pluralism*, «Law and Society Review», 1988, n. 22, pp. 869-901; Brian T. TAMANAHA, *The Folly of the Scientific Concept of Legal Pluralism*, cit.

grado di formalità procedurale esiste sempre. Raramente può applicarsi una distinzione binaria tra giustizia formale e informale: il confine può dunque essere tracciato solo convenzionalmente. Senza contare che spesso si parla di giustizia informale anche con riferimento a procedure e istituzioni che hanno livelli di formalizzazione elevati e risalenti, come nel caso dei giudici islamici, vengono cioè chiamate informali tutte le forme di giustizia extra-statale.

Una formulazione che sembra più adeguata, anch'essa di uso frequente, è quella di «non state methods of conflict resolution», si tratta però di una formulazione che accentua l'aspetto delle procedure di trattamento dei conflitti e mette in secondo piano le norme e le consuetudini sostanziali in base alle quali sono trattate le dispute. Inoltre questa formulazione, così come quella di non state justice, accomuna due situazioni. quella delle forme di giustizia (corti, arbitrati, commissioni) poste in essere a livello locale in situazioni di transizione, finalizzate a specifici obiettivi, e quelle invece che regolano continuamente e tradizionalmente la vita delle comunità locali. In altre parole non tiene in conto della distinzione tra giudici ad hoc e giudici precostituiti. Di fatto «in the majority of cases, non state justice institutions are part of the historically passed institutional canon»⁸.

In questo scritto per far riferimento all'insieme di istituzioni di amministrazione della giustizia infranazionali (in alcuni casi anche transnazionali) che godono di una legittimazione comunitaria fondata su norme tradizionali e/o religiose io userò il termine «traditional local justice» che mi pare più rispondente alle situazioni esistenti. La nozione di «giustizia tradizionale locale» si delinea dunque distinguendosi rispetto alle giurisdizioni nazionali e sovranazionali e si caratterizza sia per l'origine e il fondamento di almeno di una parte delle norme in base alle quali si organizza e giudica, sia per il carattere stabile e precostituito⁹.

8. KÖTTER, *Non-State Justice Institutions and the Law*, cit., p. 157.

9. Anche il termine giustizia tradizionale locale abbraccia una grande varietà di modalità di trattamento delle dispute ma mi pare abbia il vantaggio di distinguersi: a. da forme di amministrazione della giustizia nazionale e sovranazionale e b. da forme di amministrazione della giustizia locali ma fondate su esigenze temporanee come le Commissioni verità, le Adr, le procedure di arbitrato e mediazione poste in essere da agenzie e organizzazioni internazionali.

È comunque necessario precisare che attualmente nella maggior parte dei casi le istituzioni locali e le norme a cui fanno riferimento hanno relazioni con norme e istituzioni statali e sovrastatali. Le forme di convivenza tra ordinamenti statali e locali si fondano su prospettive diverse che vanno dall'inserimento formale, alla tolleranza, alla reciproca ignoranza, alla contrapposizione. I modelli applicati spesso hanno radici nelle esperienze coloniali e riprendono strategie consolidate¹⁰. Una situazione diffusa è quella in cui norme religiose o consuetudinarie di specifiche comunità vengono riconosciute e integrate nell'ordinamento dello Stato sia attraverso una legislazione particolare sia per via giudiziaria sia attraverso il riconoscimento costituzionale di ambiti di autonomia normativa. In alcuni casi l'autonomia giudiziaria è comunque subordinata al rispetto dei diritti garantiti dalla Costituzione nazionale¹¹.

In alcuni settori del diritto, come quello del diritto penale o dei rapporti economici, l'incidenza del diritto statale e internazionale è generalmente più forte, altri settori invece tendono ad essere considerati privati e lasciati alle normative e alle istituzioni comunitarie, in particolare il diritto di famiglia e delle successioni. Il riconoscimento da parte degli Stati di giurisdizioni autonome riguarda soprattutto l'ambito del diritto di famiglia e stato personale.

L'applicazione delle norme può poi essere affidata a tribunali locali o statali ed è generalmente subordinata, come requisito formale, al consenso delle parti. Un altro caso è quello in cui le corti locali sono formalmente riconosciute dal diritto nazionale conferendo loro delega o autonomia in determinati ambiti giuridici, talvolta affidando alle autorità locali anche l'applicazione della legislazione nazionale e dei principi costituzionali e internazionali, ma sottoponendole

10. Varie forme di giustizia comunitaria si trovano anche nei paesi occidentali, come nel caso delle corti dei nativi americani o delle comunità musulmane in Europa, ma ci sono importanti differenze nella loro diffusione, nel loro radicamento e nei rapporti con le istituzioni nazionali e sovranazionali. Cfr: Ayelet SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge (UK) - New York, Cambridge University Press, 2001.

11. Lorena OSSIO BUSTILLOS, *Bolivia: Normative Equality between State and Customary Law. Utopia or the Future of Hybrid Normative Systems?*, in KÖTTER, *Non-State Justice Institutions*, cit., pp. 100-120.

a dei vincoli e principi d funzionamento¹². In alcune situazioni giudici statali sono stati immessi nelle corti tradizionali, in altre tribunali statali sono previsti in alternativa a quelle locali, a scelta del ricorrente.

Spesso vi sono sistemi misti in cui, ad esempio, si prevede la possibilità di ricorso in appello ai tribunali statali contro i giudizi di primo grado emessi dalle corti locali, oppure l'ammissione del solo ricorso di costituzionalità contro i giudizi locali, oppure il ricorso di funzionari statali contro i provvedimenti locali. Corti locali e statali intervengono in diversi gradi di giudizio, in alcuni casi potendo ricorrere entrambi a diverse fonti – nazionali, internazionali, consuetudinarie, religiose – in altri invece con una distinzione di ambiti giuridici di competenza.

Il riconoscimento negli ordinamenti e nelle costituzioni nazionali di diritti consuetudinari e religiosi ricopre in molti paesi un ruolo politico fondamentale nei confronti dei gruppi etnici e religiosi, un ruolo che spesso ha assunto anche un ruolo nella ricostituzione di un'identità politica nazionale post coloniale.

Come i rapporti delle corti locali con i sistemi giuridici nazionali, così gli intrecci di norme religiose e consuetudinarie e statali assumono forme molto diverse in relazione all'appartenenza etnica o tribale delle persone, al luogo, alla giurisdizione interpellata, alla materia trattata. Ai quadri di intrecci normativi tra diritti consuetudinari, religiosi e statali si aggiunge più di recente la sovrapposizione di norme, direttive, principi derivanti dalle istituzioni internazionali, dall'influenza degli attori economici della globalizzazione, pubblici e privati, dalle grandi agenzie e Ngo.

Le situazioni di pluralismo giuridico riscontrabili sono più complesse e eterogenee rispetto a quelle che si presentavano nel pluralismo classico coloniale. Non si possono rappresentare i contesti di pluralismo giuridico, in par-

12. Di grande interesse è il South African Traditional Courts Bill (Government Gazette No. 40487 of 9 December 2016) che si fonda sul riconoscimento del ruolo primario delle Corti tradizionali nelle comunità locali e si propone: «To provide a uniform legislative framework for the structure and functioning of traditional courts, in line with constitutional imperatives and values; and to provide for matters connected therewith», affermando un insieme di principi e norme che devono essere applicate da quelle Corti. Su questo testo cfr. CHRISTA RAUTENBACH, *South Africa: Legal Recognition of Traditional Courts. Legal Pluralism in Action*, in KÖTTER, *Non-State Justice Institutions*, cit., pp. 121-151.

ticolare in contesti post coloniali, attraverso la dicotomia statale/locale, la stessa distinzione tra istituzioni statali e non statali inizia a venire messa in discussione. Istituzioni e norme sono parte di sistemi ibridi, spesso le azioni internazionali si rivolgono alle istituzioni locali saltando quelle statali, uno stesso organo riunisce poteri e persone di diversa origine.

Insomma, come ha scritto Tamanaha: «The potential combinations that can arise in legal pluralism are limitless»¹³, dunque ogni discorso su questi temi va affrontato avendo sempre in mente i limiti di ogni forma di generalizzazione.

Di fronte a questi fenomeni di pluralismo giuridico è necessario rinunciare sia all'idea di sistema giuridico a favore di quella di rete (è ormai diffusa la rappresentazione di questi fenomeni con l'immagine della rete) sia alla rappresentazione del pluralismo come pluralità di ordinamenti giuridici a favore di una visione che mette in evidenza i rapporti tra singole norme o catene di norme¹⁴.

Gli ordinamenti tradizionali hanno mostrato nei secoli una forte resilienza: nonostante gli sforzi dei governi coloniali prima, delle istituzioni internazionali e degli stessi governi nazionali poi, il modello dell'ordinamento giuridico statale accentrato e unitario non si è mai veramente imposto in molte aree del mondo, in particolare nel continente africano e in quello asiatico, che continuano a essere caratterizzate da forme di pluralismo giuridico in cui dominano norme e istituzioni tradizionali. In varie aree geografiche l'appartenenza etnica, religiosa o tribale assume, anche soggettivamente, un ruolo più significativo dell'appartenenza nazionale, le istituzioni dello Stato sono ben poco presenti, soprattutto nelle zone rurali, così come nelle bidonvilles delle grandi città.

13. Brian Z. TAMANAHA, *The Rule of Law and Legal Pluralism in Development*, «Hague Journal on the Rule of Law», 2011, n. 3, p. 9.

14. Pluralismo normativo sarebbe un termine più appropriato per rendere conto di queste situazioni in quanto permette di includere norme e istituzioni che è problematico definire «giuridiche» (cfr. Alessandra FACCHI, *Pluralismo giuridico e società multietnica: proposte per una definizione*, «Sociologia del diritto», 1994, n. 1, così anche Gunnar Folke SCHUPPERT, *From Normative Pluralism to a Pluralism of Norm Enforcement Regimes: A Governance Research Perspective*, in KÖTTER, *Non-State Justice Institutions*, cit., p. 189). Tuttavia poiché non è un aspetto centrale per questo testo io userò il termine più diffuso di «pluralismo giuridico».

Più recentemente il passaggio dalla giustizia locale tradizionale alla giustizia statale viene contrastato anche in una logica di efficienza, sottolineando la maggior lentezza, burocratizzazione e corruzione della giustizia statale, l'incremento della difficoltà e dei costi dell'accesso alla giustizia che avrebbe per molte persone. Senza contare le enormi difficoltà materiali di instaurare nelle comunità rurali istituzioni che funzionino rispettando le garanzie processuali, trasferire o formare giudici e avvocati, condurre la popolazione a rivolgersi ad esse, eccetera.

Le autorità locali giocano ovviamente un ruolo fondamentale sia che vedano nell'estensione del diritto statale una limitazione della loro influenza, sia che la considerino un'occasione di arricchimento e incremento del loro potere.

Non soltanto i contenuti dei principi internazionali e delle norme statali che ad essi si conformano possono essere incompatibili con le norme locali, consuetudinarie e religiose, ma lo stesso modello di ordinamento statale unitario è spesso ignorato o contrastato.

2. La diffusione del *Rule of Law* e la giustizia locale tradizionale

La diffusione globale di modelli e principi riconducibili al *Rule of Law* costituisce uno dei principali obiettivi delle Nazioni Unite, agenzie e istituzioni internazionali, Ngo. Sotto la bandiera del *Rule of Law* sono state realizzate numerose analisi, programmi e azioni di riforma di ordinamenti giuridici di paesi non occidentali: «Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access for all» è tra gli obiettivi di sviluppo per il 2030¹⁵.

Le azioni più comuni vanno nella direzione di incrementare la certezza e la pubblicità del diritto, le garanzie nel processo, le possibilità di appello e ricorso, i diritti dell'imputato, l'accesso alla giustizia, la certezza degli atti, la definitività del giudizio ecc. Benché l'attenzione preponderante sia verso il diritto penale e le corrispondenti istituzioni

15. *United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development*, Goal 16.3. Non solo le Nazioni Unite hanno impegnato ingenti risorse in programmi e studi rivolti alla diffusione del *Rule of Law* (cfr. <https://www.un.org/ruleoflaw>) ma anche altre importanti istituzioni tra le quali l'Idlo (International Development Law Organization), The World Trade Organization; The American Bar Association Rule of Law Initiative.

giudiziarie, carcerarie e di polizia, le azioni orientate alla diffusione del *Rule of Law* hanno importanti implicazioni e ricadute nei rapporti economici e commerciali. Spesso le azioni di diffusione del *Rule of Law* si accompagnano esplicitamente e direttamente ad altri obiettivi, primo tra tutti la tutela e la promozione di diritti umani fondamentali, con particolare attenzione ai diritti delle donne, l'accesso equo alla terra, la sicurezza alimentare ecc.

Nel complesso di studi, programmi, azioni, riforme rivolte alla diffusione del *Rule of Law* ha dominato una visione del diritto con caratteri tipici degli ordinamenti occidentali: statalizzazione, forma scritta delle norme, gerarchia delle fonti, separazione del legislativo dal giudiziario, norme procedurali di garanzie ecc.

Il riferimento privilegiato, quasi esclusivo, delle azioni di riforma sono stati per decenni gli ordinamenti giuridici e le istituzioni giudiziarie statali: l'intervento delle agenzie sovranazionali, spesso attuato in collaborazione con le istituzioni nazionali, ha tendenzialmente ignorato sia le norme sia gli organi di amministrazione della giustizia locali, consuetudinarie, religiose anche in quelle regioni in cui invece, come si è detto sopra esse costituiscono il principale riferimento delle popolazioni. Nei pochi casi in cui hanno preso in considerazione istituzioni e norme extra statali lo hanno fatto ispirandosi a modelli di uniformazione, accentramento e formalizzazione del diritto, puntando ad inserire le istituzioni locali in un quadro unitario riconducibile all'ordinamento nazionale e ai principi del diritto internazionale. Con alcune eccezioni la strada seguita è stata quella di imporre o incoraggiare l'abbandono di titoli, procedure e corti tradizionali, ad esempio attraverso massicce registrazioni dei titoli di proprietà terriera o immobiliare, spesso in nome della certezza del diritto, delle garanzie per le persone e dello sviluppo economico.

Per decenni l'attenzione delle organizzazioni internazionali si è concentrata sulla giustizia statale o ha cercato di assorbire in essa le norme e le istituzioni locali pur nella consapevolezza dell'ineffettività e dei limiti che derivavano da questa scelta¹⁶. Una delle cause degli insuccessi delle

16. Janse individua sette principali cause della «blindness» verso la realtà dei sistemi non statali di giustizia: «a lack of historical awareness, various constraints in the organisation

politiche di promozione del *Rule of Law* è stata proprio la mancata considerazione del pluralismo giuridico e delle forme di giustizia tradizionale locale.

Le agenzie internazionali sono state più volte accusate di aver ignorato le profonde differenze tra gli ordinamenti nazionali e quelli locali, di aver semplificato le reti normative locali accentuando gli elementi di compatibilità con norme e istituzioni di origine occidentale, affidando agli stati un ruolo di controllo. Le politiche di diffusione del *Rule of Law* e dei diritti umani sono state spesso percepite come interventi illegittimi, fondati su modelli estranei viziati dalla loro origine occidentale, mossi da interessi politici ed economici e destinati in ultima analisi a distruggere le comunità locali.

A fronte degli insuccessi e delle critiche, ma anche di considerazioni di tipo strategico e geo-politico, nell'ultimo decennio si è verificato un cambiamento: gli attori internazionali hanno iniziato a prendere atto del pluralismo giuridico, a studiare le forme di giustizia locale e a programmare interventi che le coinvolgessero attivamente¹⁷. L'attenzione si è rivolta anche alle forme locali e tradizionali di amministrazione della giustizia nelle politiche di diffusione del *Rule of Law* e dei diritti umani.

Il primo annuncio di questa svolta può essere considerato la dichiarazione del 2004 di Kofi Annan che – con riferimento ai programmi di giustizia di transizione post bellica – sottolinea anche il ruolo della giustizia non statale¹⁸. Una Dichiarazione del 2012 delle Nazioni Unite la san-

and delivery of rule of law assistance, the distorting conceptual lens of strong legal centralism, a lack of interest in or opposition by political elites in recipient countries and unwillingness to take sides in political contests, geopolitical concerns over the power of Islam, normative aversion against some practices in non-state legal systems that are at odds with international human rights law, and insufficient mandates» (RONALD JANSE, *A Turn to Legal Pluralism in Rule of Law Promotion?*, «Erasmus Law Review», 2013, vol. 6, n. 3/4, p. 190).

17. All'origine di questa svolta Janse sottolinea il ruolo di attori militari e di valutazioni strategiche nella scelta di prendere in considerazione le autorità religiose e tribali locali nell'Iraq e nell'Afghanistan post conflitto (JANSE, *A Turn to Legal Pluralism*, cit.). Alle considerazioni geo-politiche e militari Tamanaha (BRIAN Z. TAMANAH, *The Knowledge and Policy Limits of New Institutional Economics on Development*, «Journal of Economic Issues», 2015, n. 49/1) aggiunge il fallimento dei programmi di *Law and Delevelopment* riconducibile, almeno in parte, all'aver ignorato i sistemi tradizionali.

18. In situazioni di transizione «due regard must be given to indigenous and informal traditions for administering justice or settling disputes, to help them to continue their often vital role and to do so in conformity with both international standards and local

cisce: «We acknowledge that informal justice mechanisms, when in accordance with international human rights law, play a positive role in dispute resolution, and that everyone, particularly women and those belonging to vulnerable groups, should enjoy full and equal access to these justice mechanisms»¹⁹.

In una prima fase le corti tradizionali sono state coinvolte in situazioni eccezionali, tipicamente in fasi di transizione politica o dopo guerre civili e crisi umanitarie, successivamente la stabile centralità del loro ruolo ha iniziato ad essere presa in considerazione.

Le concezioni di *Rule of Law* sono notoriamente più d'una. Qui mi limito a ricordare che si spazia da versioni minimali, «thin» che fanno riferimento a requisiti formali di norme e procedure, a versioni più cariche, «thick» che ricollegano al *Rule of Law* contenuti sostanziali, generalmente coincidenti con diritti umani fondamentali protetti dai principali dichiarazioni e protocolli internazionali e con i principi della tradizione giuridica degli Stati liberaldemocratici. Benché non solo gli studiosi ma anche importanti istituzioni internazionali abbiano differenti visioni dell'ideale normativo del *Rule of Law*²⁰, nelle agenzie internazionali prevale una concezione spessa che include il rispetto di basilari diritti umani e requisiti di eguaglianza di fronte alla legge²¹. Anche quando sono tenute concettualmente

73

tradition» (Kofi ANNAN, *The Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, United Nations Security Council, 2004).

19. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Declaration of the High Level Meeting on the Rule of Law at the National and International Level*, 2012, 15. Anche lo United Nations Development Program afferma «the provision of justice through informal justice systems is not against human rights standards and can be a mechanism to enhance the fulfilment of human rights obligations by delivering accessible justice to individuals and communities where the formal justice system does not have the capacity or geographical reach»: http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democraticgovernance/access_to_justiceandruloflaw/informal-justice-systems.html.

20. Una nozione *thick* è quella delle Nazioni Unite formulata da Annan nel 2004: «a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency».

21. «No donors subscribe to a purely formal understanding of rule of law and neutrality

separate *Rule of Law* e *Human Rights* si presentano come prospettive affini e complementari spesso unite nei programmi internazionali²².

La svolta che ha portato a prendere in considerazione le istituzioni di giustizia locale tradizionale, ha poi condotto anche alla loro valorizzazione in una prospettiva di diffusione del *Rule of Law*²³. Una prima comparazione di aspetti positivi e negativi della giustizia tradizionale rispetto a quella statale è stata fatta nel 2010 in Afghanistan²⁴. In seguito varie agenzie internazionali e studiosi hanno evidenziato alcuni vantaggi della giustizia locale rispetto a quella statale.

I vantaggi individuati sono essenzialmente di tre ordini: perché fisicamente più vicine alle persone – e questo vale ovviamente nei contesti rurali; perché sia il modo di rivolgersi ai tribunali, di chiedere giustizia, sia le loro modalità di intervento sono più familiari, dunque comprensibili; perché godono di una maggiore legittimazione sociale dunque rivolgersi a loro è più facilmente accettato come comportamento non in conflitto con la comunità.

La conoscenza più diretta delle norme e delle procedure applicate, sempre rispetto a quelle statali è un altro elemento positivo: «they work in ways that people understand and can generally anticipate»²⁵. Ciò è senz'altro vero nelle situazioni originarie, ma sempre meno in quelle attuali: è ormai molto raro che le corti locali siano le uniche forme di giustizia riconosciute, ben più frequenti sono le situazioni di pluralismo giudiziario.

with respect to the content of laws. They are at least committed to substantive values of gender equality and non discrimination generally, access to justice, fairness [...] and the absence of cruel and unusual punishment or treatment» (JANSE, *A Turn to Legal Pluralism*, cit., p. 188).

22. Io credo che le due nozioni, e conseguenti prospettive di sviluppo, vadano tenute distinte. Non soltanto perché sono distinte alle loro origini e nella loro storia – la tradizione del *Rule of Law* comprende solo alcuni diritti, garanzie processuali e di eguale trattamento – ma perché confonderle determina un mutuo depotenziamento, rendendo più difficile l'attuazione di entrambe, sia dal punto di vista dell'accettazione da parte delle popolazioni sia dal punto di vista dell'elaborazione e dell'attuazione dei programmi.

23. Cfr. TAMANAHA, *The Knowledge and Policy Limits of New Institutional Economics on Development*, cit.; David PIMENTEL, *Legal Pluralism and the Rule of Law: Can indigenous Justice Survive?*, *Selected Works*, University of Idaho, 2010.

24. Cfr. Noah COBURN, John DEMPSEY, *Traditional Dispute Resolution and Stability in Afghanistan*, United States Institutions for Peace, 2010. Vedi: <https://www.usip.org/publications/2010/02/traditional-dispute-resolution-and-stability-afghanistan>.

25. TAMANAHA, *The Rule of Law and Legal Pluralism in Development*, cit.

Nel complesso comunque le corti locali sono decisamente più accessibili alla popolazione rispetto ai tribunali statali, hanno minori costi e tempi delle procedure, meno formalizzazione e burocratizzazione, non richiedono l'assistenza legale di professionisti.

Questi aspetti senz'altro apprezzabili sono tuttavia spesso l'altra faccia dell'assenza di tutele giuridiche per le persone. Se si prendono come riferimento il principio di legalità, certezza e chiarezza del diritto, eguaglianza di fronte alla legge, imparzialità dei giudici, garanzie processuali eccetera, le carenze delle norme e della giustizia locale emergono ripetutamente.

L'innesto tra ordinamenti diversi va a scapito della certezza del diritto: la discrezionalità dei giudici si potenzia e così la possibilità di favorire le parti con maggior potere e capacità di influenza. La pluralità delle fonti lasciata alla discrezionalità di chi le applica e l'oralità di almeno parte del diritto determinano percorsi di giustizia non facilmente ricostruibili e instabili.

Le situazioni di pluralismo giuridico incrementano anche le sedi giudiziarie e la lunghezza delle liti, l'indeterminatezza e l'eterogeneità delle soluzioni, la proliferazione delle dispute, l'uso strumentale dei diversi ordinamenti e organi, in ultima analisi l'incertezza del diritto²⁶. L'incertezza è aggravata dall'influenza di fattori extra giuridici:

«Informal systems may be subject of elite capture: the consolidation of existing hierarchies and dominating powers often happen at the expense of the most vulnerable and disempowered. As a consequence, it may not be aligned with human rights standards and constitutional provisions: certain norms and practices, such as public humiliation and violence, contradict the fundamental principles of fair trial, non-discrimination and equality, among others»²⁷.

Un diverso argomento fa leva sulla scelta individuale: la molteplicità di giurisdizioni incrementa la possibilità delle

26. «Legal pluralism to draw out the crucial point, provides fertile terrain for intensifying legal disputes, with competing legal systems strategically utilized by the parties as weapons in the fight. This scenario leads to the virtual antithesis of the rule of law» (TAMANAH, *The Rule of Law and Legal Pluralism in Development*, cit., p. 16).

27. INTERNATIONAL DEVELOPMENT LAW ORGANISATION, *Accessing Justice: Models, Strategies, and Best Practices on Women Empowerment*, Rome, 2013.

persone di scegliere e dunque le loro possibilità di accesso alla giustizia e di tutela dei loro diritti. Si tratta tuttavia spesso di un potere esercitabile solo sulla carta. Di fatto le giurisdizioni locali costituiscono in gran parte dei casi l'unica opzione di giustizia concretamente accessibile per gran parte della comunità. La possibilità effettiva di scegliere tra diversi ordinamenti riguarda spesso solo le relazioni economiche e finisce per essere esercitata dalle parti con maggior potere, traducendosi dunque in un ulteriore strumento di discriminazione e oppressione dei soggetti più deboli.

Se una concezione «thin» di *Rule of Law* applicata alle forme di giustizia locale tradizionale mostra aspetti positivi e negativi, una concezione «thick» appare ancora più problematica. Anche se si tratta di situazioni eterogenee, è comunque possibile affermare che le procedure e le norme applicate sono spesso incompatibili con i principi dei diritti umani, almeno così come formulati e correntemente interpretati nella normativa internazionale. Ciò è particolarmente verificabile per i diritti delle donne, soprattutto quando le violazioni vengono da poteri privati²⁸. Gli organi di giustizia tradizionale raramente hanno i diritti umani e i diritti delle donne tra i propri riferimenti normativi e ancora più raramente prevedono la presenza femminile. La giurisprudenza islamica guarda con sospetto al linguaggio dei diritti delle donne, quando non lo rigetta apertamente²⁹. Programmi internazionali e azioni giudiziarie che si sono fondati sull'estensione esplicita dei diritti umani e dei diritti delle donne hanno incontrato molte resistenze da parte delle istituzioni e delle autorità locali.

28. È interessante il progetto dell'Aidos per incrementare l'accesso delle donne alla terra svoltosi dal 2006 al 2009 in Tanzania. Il Piano Nazionale per la Terra (Land Act, 1999) riconosce che esiste una discriminazione delle donne per le questioni relative alla terra, e tutela in vari modi i diritti delle donne alla proprietà della terra. Le leggi consuetudinarie negano però tali diritti e anche gli organismi governativi continuano ad applicare leggi discriminanti per le donne. Il progetto aveva dunque l'obiettivo di incrementare la conoscenza delle donne sia della nuova legge, sia dei loro diritti di proprietà, istituendo quattro sportelli legali in villaggi rurali per la loro assistenza e corsi di formazione rivolti sia a funzionari dello Stato, polizia e organi giudiziari sia a leader locali comunitari. Cfr. <http://www.aidos.it/ita/progetti/index.php?>, p.10.

29. Cfr. Asifa QURAISHI-LANDES, *What if Sharia weren't the Enemy? Rethinking International Women's Rights Advocacy on Islamic Law*, «Columbia Journal of Gender and Law», 2011, n. 25/5.

Le più recenti riforme giuridiche rivolte alla giustizia locale hanno fatto emergere nuovi problemi: qualunque processo effettivo di intervento sulla giustizia locale passa attraverso mediazioni e complesse negoziazioni in cui i fattori determinanti non sono necessariamente il rispetto dei requisiti del *Rule of Law* o degli *Human Rights*. In alcuni casi il riconoscimento di diritti consuetudinari costruiti su fondamenti discriminatori e il loro inserimento negli ordinamenti nazionali ha portato un peggioramento in termini di eguaglianza e accesso ai diritti di ampie componenti della popolazione³⁰.

Nel complesso una tendenza ricorrente nella rivalutazione della giustizia locale è quella di considerare la comunità come entità omogenee, omologando coloro che vi appartengono, senza considerare le differenze individuali e le asimmetrie di potere al loro interno e trascurando dunque che l'accesso alla giustizia non è uguale per tutti. Il rischio insito nella tendenza a esaltare le funzioni delle istituzioni tradizionali locali è quello di abbandonare la tutela delle persone in nome del riconoscimento delle situazioni esistenti, della loro effettività e della loro efficienza. La diffusione del *Rule of Law*, generalmente legata alla promozione dei diritti umani, ha invece l'obiettivo di modificare la situazione esistente per fornire maggiori garanzie e diritti alle persone.

77

3. Un modello di riconoscimento reciproco e una nozione di *Rule of law* come *framework* plurale

Si possono delineare tre modelli ideali per la convivenza tra sistemi locali e diritti nazionali che agiscono diversamente nella prospettiva di diffusione del *Rule of Law*. Il primo è quello tradizionale di assorbire le istituzioni locali nei sistemi giuridici nazionali, subordinandole al rispetto di principi costituzionali e dei principi del diritto internazionale sui diritti umani. Questa è stata la prospettiva dominante

30. Cfr. INTERNATIONAL DEVELOPMENT LAW ORGANISATION, *Women, Food, Land: Exploring Rule of Law Linkages*, Rome, 2016, p. 22. Nello stesso rapporto si sottolinea invece «how focusing on local dispute resolution mechanisms can help women access customary systems in order to claim their rights [...], increasing the number of women traditional leaders, encouraging greater transparency within traditional dispute settlement procedures and actively supporting women's participation in them» (p. 35).

fino a pochi decenni fa ma si è detto dei problemi che ha suscitato. Il secondo è quello che riconosce autonomia alle giurisdizioni locali, senza intervenire sulle loro funzioni, istituzionalizzando l'esistenza di una pluralità di regimi nello stesso territorio nazionale e valorizzando i contributi che possono derivare spontaneamente dalle loro caratteristiche³¹. Questo approccio è la versione formalizzata della tradizionale prospettiva che ha condotto a ignorare le istituzioni e le norme non statali, esso sancirebbe un regime discriminatorio a livello nazionale: perché alcuni cittadini dovrebbero godere delle garanzie formali del *Rule of Law*, nonché dei vincoli dei diritti umani e del diritto internazionale e altri no?

Un terzo modello è quello fondato su una prospettiva di reciprocità che implica non soltanto il riconoscimento e la legittimazione da parte di istituzioni nazionali o sovranazionali dei diritti e delle istituzioni locali, ma anche il riconoscimento e la legittimazione delle istituzioni e delle norme statali e internazionali da parte delle popolazioni, delle autorità e delle istituzioni locali.

Questa è anche la strada che inizia ad essere percorsa dalle istituzioni internazionali³²: in quanto più adatta a avviare verso un cambiamento duraturo sia nella direzione dell'incremento delle garanzie formali del *Rule of Law*, sia in quella della trasformazione delle normative locali in forme compatibili con i basilari diritti umani.

Complessivamente sono ormai molto rare le situazioni governate esclusivamente da autorità e fonti giuridiche locali, nella maggior parte dei casi esiste qualche forma di

31. Un modello di questo tipo è quello proposto da Tamanaha (TAMANAH, *The Knowledge and Policy Limits of New Institutional Economics on Development*, cit.), sulla base di «a bifurcated representations of society composed of a core of urban centers where acts government and commercial enterprises, wealthy, educated people and State law, a first ring of the urban poor who lives in slums communities with a limited presence of state legal system, and a rural ring, where community is the dominant social organization, with limited interaction with government and the state legal system is unfamiliar, distant, expensive and unaccountable».

32. «Emerging research findings suggest that linking formal and informal justice may improve both, with positive effects for the most vulnerable. Idlo's work on justice systems in Somalia, for example, aims to strengthen these linkages and improve access to justice of vulnerable people by promoting the mutual recognition of the two systems and the adoption of minimum human rights standards» (INTERNATIONAL DEVELOPMENT LAW ORGANISATION, *Women, Food, Land: Exploring Rule of Law Linkages*, cit.).

relazione con ordinamento e autorità nazionali. I modelli sperimentati, come si è ricordato sopra, sono numerosi. Benché siano stati generalmente introdotti con l'obiettivo del controllo da parte dello Stato delle istituzioni locali, di fatto si traducono in reciproci limiti e influenze.

Le reti di relazioni tra diverse fonti giuridiche e attori in contesti di pluralismo giuridico appare particolarmente intricata, e mette in evidenza il rilievo delle influenze e dei vincoli reciproci tra i vari ordini giuridici, più che il loro autonomo funzionamento. Di fatto si tratta di sistemi misti in cui anche i vincoli per chi formula e applica le norme hanno molteplici origini e spesso non sono riducibili ad una relazione duale tra diritto statale e diritto locale, ma a relazioni tra più fonti. Il diritto applicato, e i limiti vincolanti per coloro che lo applicano, appaiono il risultato dell'intreccio instabile di normative diverse.

Una prospettiva che guarda alla reciproca interazione e ai condizionamenti tra differenti ordini normativi trova rispondenza in una nozione di *Rule of Law* proposta da Palombella, che sposta l'attenzione dai caratteri formali e/o dai contenuti sostanziali delle norme alle loro fonti³³. Il *Rule of Law* si qualifica in questa visione come un ideale normativo incentrato sul potere del diritto, che si realizza attraverso limiti posti al diritto dal diritto stesso. Suo elemento caratterizzante è la compresenza di una dualità di fonti giuridiche in un rapporto di tensione e di equilibrio tra loro. La presenza, all'interno dello stesso ordinamento, di più fonti e poteri giuridici si traduce in limiti reciproci e in requisiti di bilanciamento tra le diverse autorità; il *Rule of Law* si delinea dunque attraverso la diversità e l'indipendenza delle fonti di diritto. Una situazione di reciproco controllo che garantisce contro l'arbitrarietà e la dominazione di una fonte sull'altra e non permette lo sviluppo di un potere di produzione del diritto illimitato, ponendo sul «piano puramente giuridico le condizioni istituzionali della non dominazione»³⁴.

Ad un primo sguardo questa nozione appare uno schema di riferimento utile per l'esame di situazioni di plurali-

33. Cfr. Gianluigi PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012; Id., *The Rule of Law at Home and Abroad*, «The Hague Journal of the Rule of Law», 2016, n. 8, pp. 1-23.

34. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., p. 64.

smo giuridico, proprio in quanto caratterizzate da rapporti tra diverse fonti e autorità giuridiche. Frequentemente infatti si tratta di situazioni in cui il diritto valido e applicato è determinato da norme di diverse origini e le norme che le mettono in relazione sono anch'esse di diverse origini. Situazioni in cui non è rintracciabile il dominio di un'unica fonte, ma piuttosto diversi ordinamenti che si limitano reciprocamente, a condizione che vi sia un mutuo riconoscimento di validità.

Si possono ritrovare quei caratteri di dualità, equilibrio e bilanciamento nelle situazioni intricate di pluralismo giuridico locale? L'applicazione di questa concezione di *Rule of Law* in una prospettiva descrittiva dei sistemi esistenti richiede un'analisi attenta alle caratteristiche specifiche delle singole situazioni. Sono possibili alcune considerazioni generali sulle quali tuttavia non posso qui soffermarmi³⁵. Mi limito a sottolineare come in tutti i sistemi giuridici, locali e nazionali, interagiscano un elemento politico e un elemento giuridico, ambiti di norme disponibili e ambiti indisponibili, dunque bilanciamento e reciproche limitazioni possono verificarsi sia all'interno dei singoli ordinamenti sia nei rapporti tra loro.

La situazione più diffusa è quella in cui il locale rappresenta l'elemento giurisprudenziale e consuetudinario, il nazionale, l'elemento politico e legislativo. Spesso infatti le corti locali assumono il ruolo di opporre resistenza all'elemento politico statale che si esprime attraverso le leggi e il richiamo ai principi costituzionali e internazionali. Nell'interazione tra diversi livelli le parti si scambiano: il diritto costituzionale che nei sistemi occidentali funziona come limite del diritto politico formulato dalle maggioranze legislative, in questo caso rappresenta un elemento esterno che può fondersi con l'elemento politico statale in una comune pretesa di dominazione. La situazione più diffusa è quella dei giudici monocratici islamici che proteggono l'area del diritto di famiglia dal diritto politico. Tuttavia vi sono situazioni in cui le autorità locali si richiamano a principi costituzionali e /o di diritto internazionale contro

35. Alessandra FACCHI, *Traditional Local Justice, Women's Rights, and the Rule of Law: A Pluralistic Framework*, «Ratio Juris. An International Journal of Law and Jurisprudence», 2019, n. 2, pp. 210-232.

il diritto statale o all'inverso in cui tribunali o funzionari statali intervengono opponendosi a decisioni politiche di autorità locali e comunitarie richiamandosi al diritto dello Stato o al diritto internazionale. In tutti questi casi il requisito essenziale della non dominazione da parte di una fonte giuridica sembra essere presente.

Un ulteriore elemento da prendere in considerazione è l'influenza sempre più incisiva delle norme internazionali e sovranazionali. Negli ambiti economici, in particolare norme e direttive sovranazionali, provenienti da agenzie di vario livello, vengono spesso applicate escludendo il livello statale, ma si può verificare anche una situazione di alleanza tra il livello giuridico locale e quello statale per contrastare la dominazione di normative internazionali. Dunque mentre se si fa riferimento all'amministrazione della giustizia la situazione prevalente è caratterizzata dall'interazione tra corti locali e tribunali statali, se si fa riferimento alle norme applicate le fonti giuridiche concorrenti sono generalmente più di due, semplificando: consuetudinarie, religiose, nazionali, internazionali.

Insomma, le combinazioni possibili sono molte e in divenire, le loro modalità di funzionamento vanno verificate caso per caso, ma nel complesso le reti normative che si formano in situazioni di pluralismo giuridico sembrano rispondere alla compresenza di limiti e bilanciamenti tra diverse fonti giuridiche.

Se ciò che conta è che non vi sia un ambito di rapporti giuridici dominato da una sola esclusiva fonte, si tratta di una condizione potenzialmente soddisfatta in tutte quelle forme di pluralismo giuridico che prevedono un intreccio dei diversi ordinamenti, ma non da quelle che prevedono attribuzioni separate e autonomia in singoli ambiti. Questa concezione del *Rule of Law* mi pare in contrasto con quelle situazioni che prevedono una separazione di ambiti, una distinzione assoluta di competenze, sia essa in base al luogo, alla materia o alle persone coinvolte³⁶. Sono sistemi che non prevedono controllo reciproco e incrocio di norme ma, al contrario, l'autonomia e la non ingerenza, una di-

36. Questo è ad esempio il caso di quegli ordinamenti in cui il diritto di famiglia è lasciato alle istituzioni tradizionali e religiose, mentre il diritto dell'economia è di competenza statale. Una situazione presente in alcuni Stati islamici.

stinzione di competenze che si traduce nella coesistenza di due diritti che non interferiscono tra loro. Questo modello dunque sembra compatibile con quelle forme di pluralismo che prevedono l'integrazione tra corti locali comunitarie e diritto nazionale, incompatibile con quelle forme che ne prevedono l'autonomia.

4. Interazione plurale e diffusione di diritti umani

Cosa potrebbe comportare declinare questa concezione in prospettiva riformista, cioè con riferimento ad azioni di diffusione del *Rule of Law* e dei diritti umani in contesti di pluralismo giuridico e giustizia locale?³⁷ Perseguire questo modello sembra richiedere non solo di incrementare e rendere effettivi i requisiti di garanzia nell'accesso e nello svolgimento dei processi, ma anche i contributi di ciascuna fonte al diritto e le forme di coinvolgimento e reciproco controllo tra più fonti, ordinamenti, autorità. Nel caso del diritto applicato dalle Corti locali si tratta anche di evitare che il diritto statale sia solo vigente sulla carta, ma ineffettivo o che assuma solo la funzione di riconoscere e legittimare aree di autonomia giuridica; nel caso delle Corti nazionali di assumere la validità e il contributo degli ordinamenti locali. In altri termini: di regolare l'incidenza delle norme statali e internazionali sulla giustizia locale e al contempo delle norme consuetudinarie e/o religiose da parte della giustizia nazionale. La formazione dei funzionari sia locali che nazionali assume in questa prospettiva un ruolo cruciale. Anche l'attivazione di canali di confronto tra giustizia locale e agenzie e norme sovranazionali può assumere un ruolo essenziale nel bilanciamento tra diverse fonti, limitando le forme di scambio politico che in molti contesti hanno spinto al riconoscimento legislativo di norme tradizionali esplicitamente incompatibili con diritti umani.

Al di là delle sue possibili forme di sviluppo, questa prospettiva mostra sicuramente dei vantaggi: essa permette infatti di mettere in evidenza elementi già presenti in situazioni di pluralismo giuridico e di inserirli in un quadro

37. Per un'analisi della nozione di *Rule of Law* in situazioni di pluralismo giuridico, si veda Peer ZUMBANSEN, *The Rule of Law, Legal Pluralism and Challenges to a Westerncentric View: Some Very Preliminary Observations*, «Transnational Law Institute, King's College Paper», 2016, n. 47.

concettuale che ne facilita l'analisi con categorie note. È inoltre una visione che valorizza il pluralismo invece del monismo giuridico, mettendo in luce aspetti positivi degli ordinamenti locali e riconoscendo un ruolo essenziale alle corti tradizionali e alla loro interazione con quelle nazionali e sopranazionali.

Un quadro giuridico plurale che accentui l'aspetto del mutuo riconoscimento in contrasto con quello monista di assorbimento del pluralismo ha più possibilità di essere recepito dalle istituzioni tradizionali e dai poteri locali e di diminuire le resistenze al cambiamento. Sottolineare la valenza positiva dell'interazione, dello scambio piuttosto che dell'isolamento e dell'autoreferenzialità delle singole tradizioni giuridiche predispone un terreno favorevole ad introdurre riforme giuridiche sostanziali che incrementino l'eguaglianza e le libertà personali con modalità che non siano percepite dalle popolazioni come ostili e impositive.

In contesti di pluralismo giuridico una concezione di *Rule of Law* che preveda sia requisiti formali e processuali sia di compresenza e equilibrio tra fonti pur non includendo i diritti umani, può contribuire alla loro diffusione e tutela. Prescindendo, almeno in prima istanza, dai contenuti delle norme applicate, permette infatti di salvaguardare le differenze normative e le autonomie locali pur chiedendo loro un adeguamento a principi formali che costituiscono uno strumento di garanzia per le persone e un prerequisito per l'adozione di principi sostanziali. Essa appare dunque più produttiva di una prospettiva di imposizione diretta di norme e istituzioni estranee ai diritti locali, che di fatto conduce all'instaurarsi di giurisdizioni separate e sommerse³⁸.

Anche se non include come requisito necessario, almeno in prima istanza, la tutela dei diritti umani, una struttura giuridica bilanciata e plurale opera nella direzione di un

38. Un sistema di interazione regolata tra le corti islamiche e il diritto statale è quello proposto da Schachar per le comunità islamiche all'interno di Stati liberali. Schachar lo considera l'approccio più adatto a perseguire gli interessi delle donne musulmane, in particolare le donne praticanti, in quanto non chiede loro di negare la loro appartenenza religiosa, riduce il rischio che si rivolgano a giurisdizioni sommerse come avviene quando il diritto dello Stato si impone come unica giurisdizione laica e nello stesso tempo permette di garantire che le procedure si svolgano rispettando le garanzie costituzionali. Ayelet SHACHAR, *Faith in Law? Diffusing Tensions between Diversity and Equality*, in Seyla BENHABIB & Volker KAUL (eds.), *Towards New Democratic Imaginaries*, Istanbul Seminars on Islam, Culture and Politics, Cham, Springer, 2016.

loro progressivo rafforzamento e dell'inclusione dei loro principi fondanti nel diritto. Nei diritti nazionali dei paesi musulmani un modello di bilanciamento e non dominazione tra le diverse fonti trova riscontro nelle proposte che puntano alla riforma attraverso procedure e categorie riconosciute dalla giurisprudenza islamica più che alla loro sostituzione³⁹. A livello locale la concorrenza di fonti nazionali e sovranazionali può introdurre principi sostanziali in modo progressivo attraverso meccanismi di recezione che non vengano percepiti come imposizione, sfruttando l'elasticità e le capacità di adeguamento degli ordinamenti tradizionali. L'interazione tra le diverse fonti può permettere a principi sostanziali di inserirsi progressivamente nel diritto applicato dalle corti tradizionali, aprendo canali giuridici per reprimere e delegittimare le violazioni di diritti umani.

39. Cfr. Elisa GIUNCHI (ed.), *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, London and New York, Routledge, 2014.

aAaAa/

€ 38,00



ISSN 2724-6736

