



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2018 ANNO III N.6.

# “La realtà è caotica”: il Nuovo Realismo Giuridico americano fra universalismo e relativismo dei diritti umani



2018 ANNO III NUMERO 6

di Davide Rancati pp. 83-93 articolo rivisto



Società e diritti - rivista elettronica anno 2018, III, n.6

## “LA REALTÀ È CAOTICA”: IL NUOVO REALISMO GIURIDICO AMERICANO FRA UNIVERSALISMO E RELATIVISMO DEI DIRITTI UMANI

di Davide Rancati

### Abstract

The Universal Declaration of Human Rights has fueled an intense theoretical discussion between two opposite poles: on one side, the defendants of the universalism and, on the other side, the supporters of cultural relativism. Indeed, the former scholarship have explained many relevant theories in order to find a moral basement for the human rights global expansion, whereas the latter trend have always asserted that the entire system of human rights law is a “gift from the West” and, for that reason, unenforceable all over the world. However, today it is impossible to discuss about this issue without an empirical approach that, starting from an “on ground” studies, allows us to understand the real way through the international provisions are applied to the dissimilar socio-legal contexts of destination. The research proposal of New Legal Realism confirms this kind of purpose and, thanks to its methodology, currently embodies an effective tool to deeply understand the complexity of the so called human rights practice and to analyze, from a critical point of view, both universalist and relativist thesis.

Key words: New Legal Realism, Empiricism, Human Rights, Universalism, Cultural Relativism.

### Riassunto

Con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo si è aperto un vivace dibattito teorico fra sostenitori dell’universalismo dei diritti ivi contenuti, da un lato, e difensori del relativismo culturale, dall’altro. Se i primi hanno elaborato rilevanti teorie per fornire un fondamento morale alla divulgazione e all’applicazione globale dei diritti fondamentali, i secondi hanno opposto argomentazioni altrettanto considerevoli a sostegno dell’impossibilità di espandere diritti di matrice occidentale in contesti sociali che presentano sistemi di valori profondamente differenti rispetto a quelli che hanno animato la creazione della c.d. “legge dei diritti umani”.

Tuttavia, si ritiene che oggi non sia possibile discutere di tale argomento senza utilizzare un approccio empirico che, partendo dall’analisi “sul campo”, consenta di comprendere le modalità con cui le disposizioni internazionali vengono implementate nelle differenti realtà socio-giuridiche di destinazione. La proposta di ricerca del Nuovo Realismo Giuridico statunitense va esattamente in questa direzione e pare offrire, oggi, una valida chiave di lettura sia per comprendere la complessità creatosi attorno alla c.d. pratica dei diritti umani sia per analizzare, con occhio più critico, le tesi tanto degli universalisti quanto dei relativisti

Parole chiave: Nuovo Realismo Giuridico Americano, Diritti Umani, Universalismo, Relativismo culturale.

**Autore:** Davide Rancati, culture della materia di Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano.

**Articolo** ricevuto il 30 aprile 2018 approvato il 30 maggio 2018

### 1. *L'ambizione universalistica alla prova del relativismo culturale*

Quando si discute di diritti dell'uomo, è noto che le maggiori attenzioni della comunità internazionale si siano da sempre rivolte nei confronti delle categorie più deboli, ossia verso le donne e i bambini. Nello specifico, i diritti inviolabili di quest'ultimi sono stati formalizzati in modo universale con la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child*), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata, ad oggi, da 196 Stati sovrani<sup>1</sup>. Un'adesione pressoché universale, quindi, che tuttavia non ha placato il vivace dibattito che ruota attorno alla domanda più ricorrente: è davvero possibile una applicazione universale delle disposizioni ivi contenute?

Il caso studio forse più esemplare ci viene fornito dal contesto sociale della Thailandia, dove in talune aree sono gli stessi genitori ad introdurre i propri figli nel business della prostituzione minorile, in modo che questi contribuiscano finanziariamente al sostentamento dell'intero apparato familiare. Attraverso la messa in vendita (obbligata) del proprio corpo, i bambini acquistano un ruolo sociale, che li introduce nella realtà adulta divenendo una fonte di ricchezza per il nucleo parenterale entro cui sono cresciuti. Inoltre, tale pratica viene giustificata in virtù del richiamo ai valori autoctoni Thai, che incoraggiano la passività, l'obbedienza e la sottomissione. In un tale contesto, è opinione di taluni autorevoli pensatori, su tutti l'antropologa Heather Montgomery, che l'applicazione del contenuto della Convenzione del 1989 – che recepisce una definizione di "infanzia" di stampo occidentale – avrebbe un effetto devastante proprio nei confronti dello stesso minore, poiché andrebbe distrutto quel riconoscimento di gratitudine e rispetto che la famiglia gli attribuisce in virtù della sua capacità di contribuire all'incremento dell'economia domestica (Cowan *et al.* 2001: 80-101). Garantire l'implementazione un diritto della Convenzione significherebbe disconoscere un altro a cui quello speciale tipo di società attribuisce un valore superiore: da qui, l'impossibilità di estendere universalmente le prescrizioni del Trattato, tacciate di essere un "regalo dell'Occidente al Resto del pianeta" (Baxi 2002: 33), frutto della imposizione liberale sull'ideologia socialista del Sud del Pianeta.

L'esempio appena riportato rappresenta solo uno dei più chiari segnali di come, a distanza di settant'anni dalla redazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, non si sia ancora placato il vivace dibattito fra i fautori dell'universalismo dei diritti inviolabili e i sostenitori del relativismo culturale<sup>2</sup>. Nonostante nel corso dei decenni si sia cercato di andare

<sup>1</sup> Cfr. Sito online UNICEF Italia <https://www.unicef.it/doc/599/convenzione-diritti-infanzia-adolescenza.html>.

<sup>2</sup> Secondo l'opinione di Jack Donnelly (2007: 294) "cultural relativity is a fact: cultures differ, often dramatically, across time and space. Cultural relativism is a set of doctrines that imbue cultural relativity with prescriptive force". Così definito, il relativismo si presenta sotto una duplice veste: metodologica e sostanziale. La prima si manifestò in larga misura verso la metà del 1900, sotto il mantra del "nessun giudizio di valore circa la differenza culturali" e trovò tra i maggiori sostenitori proprio gli antropologi occidentali che, mossi dalla volontà di "osservare e

oltre tale diatriba – che, come visto, ha evidenti riscontri empirici – sostenendo che la Dichiarazione rappresenterebbe “l’atto finale dell’evoluzione umana per quanto riguarda l’attenzione ai diritti fondamentali di ogni essere umano, il *signum pronosticum* di una tendenza dell’uomo verso il meglio”<sup>3</sup> che, pertanto, non necessiterebbe di giustificazione, ma solo di protezione (Bobbio 1989: 49) – giungere ad una sintesi fra i due poli opposti pare essere impresa ardua, in cui numerosi studiosi si sono cimentati graduando il concetto di universalismo su vari livelli. Fra gli interventi più significativi, sorti soprattutto nel panorama nord-americano e canadese, è opportuno riportare le tesi dell’universalità relativa<sup>4</sup> del già menzionato Donnelly, fondata sulla relazione fra concetti-concezioni-implementazione, dell’universalismo dialogico di Taylor e, infine, dell’universalismo minimalista<sup>5</sup> di Ignatieff, cui va riconosciuto il merito di aver evidenziato come la difesa delle libertà individuali sia indispensabile per poter garantire anche la salvaguardia dei diritti dell’intero gruppo di appartenenza<sup>6</sup>.

Tuttavia, oltre queste disquisizioni meramente teoriche, si ritiene che, per comprendere l’attuale incidenza dei diritti umani fra le diverse culture del mondo, un contributo degno di essere approfondito sia quello offerto dai neo realisti americani poiché, in virtù della specifica

---

riportare”, scelsero di non pronunciarsi su altre culture usando i valori del mondo occidentale moderno. Da qui la contestazione al neonato sistema dei diritti umani, apostrofato di essere, inevitabilmente, *relativo*. La consacrazione di tale orientamento va ricercata nella c.d. veste sostanziale: ogni comportamento andrebbe valutato secondo lo standard culturale del luogo dove avviene, rendendo così privo di valore (e di forza vincolante) ogni tentativo di estendere universalmente i diritti contenuti nella Dichiarazione e nelle Convenzioni successive ad essa ispirate. Non a caso, l’American Anthropological Association decise di non prendere parte ai lavori preparatori della stessa, in virtù del credo per cui nessuna dichiarazione di diritti e principi può essere applicata ad ogni essere umano in ogni area del pianeta. Se questa forma di relativismo è stata tacciata da alcuni studiosi, fra cui Rhoda Howard-Hassmann, di essere una forma di “assolutismo culturale” che non lascia spazio a nessun tipo di dialogo costruttivo, poiché ciò che è giusto per una cultura è giusto senza discussioni, altri pensatori, (si veda l’esempio di Samuel Huntington) hanno strenuamente affermato che l’intero sistema del diritto internazionale umanitario sia un prodotto dell’individualismo occidentale e che l’imposizione stessa dei diritti umani tratteggi un tentativo di imperialismo mascherato che porterà ad una rivolta fra civiltà, atta a ripristinare i valori indigeni di ciascun popolo (Huntington 1993).

<sup>3</sup> In tal senso, è opportuno rilevare anche quanto argomentato da Ferrari (1989: 173-174), secondo il quale i diritti umani si presentano quali portatori di due qualità proprie che li caratterizzano come *species* nell’ambito del *genus* dei diritti soggettivi: prima di tutto sono asseriti come “incontrastabili o meritevoli di appoggio in assoluto”, dato che porta a dire che nessuna contingenza socio storiografica o decisione politica deve minacciarli. Secondariamente, essi sono dichiarati sulla base di argomenti etici idonei a “convincere” piuttosto che “persuadere”, come avviene comunemente per il diritto, in grado di incontrare il consenso di qualunque platea di buona fede e di stimolare un’adesione spontanea senza dover ricorrere alla minaccia o alla promessa di sanzione.

<sup>4</sup> Secondo lo studioso americano, infatti, i diritti umani sono universalmente relativi a livello di concetti, alcuni concetti di particolari diritti poi hanno differenti e difendibili concezioni e ogni particolare concezione ha numerose implementazioni (si pensi al caso dei diversi sistemi elettorali adottati dai vari Stati per garantire il diritto di voto). Questo metodo permetterebbe di capire che i concetti delineano un sistema di plausibili variazioni fra le concezioni, le quali, a loro volta, restringerebbero il numero di pratiche considerate implementazioni di tali concetti e concezioni. Questo sistema salvaguarderebbe le popolazioni da un’omogeneizzazione dei costumi e al tempo stesso eviterebbe forti imposizioni di valori sia dall’esterno che dall’interno (Donnelly 2007: 29).

<sup>5</sup> Il filosofo canadese è persuaso del fatto che se si abbracciasse l’intero pacchetto di diritti umani come previsto dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo (politici-civili-economici-sociali-culturali), la sua diffusione nel mondo subirebbe notevoli complicazioni. Al contrario, pensare ai diritti umani solo come a libertà negative (diritto di essere lasciati liberi rispetto all’ingerenza statale) potrebbe facilitare la loro propagazione. È questo un parere certamente ispirato all’individualismo occidentale liberale, che tuttavia, come affermato da molti oppositori fra cui Danilo Zolo (2003: 47), non può essere accolto da Paesi con culture ed esigenze profondamente differenti, poiché “i diritti umani non possono limitarsi ad essere libertà negative”.

<sup>6</sup> Per un ulteriore approfondimento sulla difesa dell’individualismo, si veda anche Friedman (2011).

metodologia da questi utilizzata, paiono poter prendere in considerazione le ragioni di entrambe le predette tesi e valutarne l’effettiva dimensione nella c.d. pratica del diritto umanitario.

## 2. Il metodo del realismo americano

Come noto, la tradizione del realismo giuridico ha visto la sua massima espansione negli Stati Uniti d’America fra la fine del 1800 e gli inizi del 1900, sulle fondamenta del pragmatismo teorizzato da Peirce e James e poi consacrato dai testi di Dewey<sup>7</sup>.

All’interno di un contesto in cui era dominante il *case method* di Christopher Columbus Langdell<sup>8</sup> e la retorica del diritto naturale dei diritti individuali e delle libertà personali contro la sovranità dello Stato, inserite nella Costituzione americana quale fonte più alta della moralità statale, un gruppo di filosofi e giuristi iniziò contestare questa distaccata, moralistica ed assolutistica proclamazione di diritti, affermando l’inutilità e l’illogicità di considerare le nozioni di *rule of law* e di *rights-talk* come qualcosa di separato dai più rilevanti interessi politici e socio-economici (Novak 2011: 172). Attraverso un’imponente azione di demistificazione, i rappresentanti della c.d. “scuola realista”<sup>9</sup> lanciarono un attacco frontale alle nozioni di diritto oggettivo e di diritto soggettivo intese come imperativi morali, come principi scientifici o, addirittura, come disposizioni di ispirazione divina. Al contrario, la loro proposta fu tanto lineare quanto immediata: la legge e i diritti sono rispettivamente prodotti sociali e politici, profondamente connessi alle lotte di classe di una società che muta continuamente ed in modo repentino<sup>10</sup>. Non è importante più importante, allora, lo studio della *law in theory*, ma solo

<sup>7</sup> Radunatosi per la prima volta all’interno del Metaphysical Club di Cambridge (Massachusetts) nel 1872 e poi operanti fino alla prima metà del ‘900, i pragmatisti si presentarono come pensatori anti-fondazionalisti, interessati ad evidenziare le potenzialità e l’importanza del lavoro empirico finalizzato alla risoluzione di problemi concreti in determinati contesti sociali. Ecco che allora, secondo il c.d. “metodo pragmatico”, anche i “concetti”, secondo la primordiale impostazione fornita da Peirce, sono importanti non per la loro rappresentazione della “verità”, bensì per l’utilizzo che ne facciamo per affrontare le complessità della quotidianità. In base a questa prospettiva, anche la legge diviene niente di più che uno strumento finalizzato a creare un ordine sociale e una forma di benessere diffuso.

<sup>8</sup> La sfida lanciata di Langdell arrivò nel momento in cui il numero spropositato di precedenti stava rendendo del tutto vano e privo di significato il principio dello *stare decisis*. La nuova letteratura accademica, allora, prese in esame soltanto i casi “giusti”, per lo più inglesi, limitandosi ad approfondire unicamente la loro *ratio decidendi*, senza offrire una delucidazione dei dettagli di ogni singola fattispecie, spesso nemmeno riportata nei *casebooks*. Il *case method*, dunque, fu lo strumento con cui anche negli Stati Uniti venne introdotta una concezione sistematica e scientifica del diritto, simile, sotto taluni profili, alla giurisprudenza analitica di Austin di stampo britannico. Proprio l’applicazione di tale metodo all’interno delle Corti statunitensi contribuì ad una ulteriore generalizzazione ed astrazione del diritto favorendo ad esempio, come evidenziato da Pupolizio (2010: 75) “[...] una rigida separazione tra il diritto pubblico e il diritto privato, e riorganizzando quest’ultimo attorno a pochi concetti generali, quali quello di “volontà” (*will*) in materia di contratti, o quello di “colpa” (*fault*) nell’area dei torts”.

<sup>9</sup> A lungo si è dibattuto se il realismo sia stata una “scuola”, un “movimento”, o un “mood”, ossia una tendenza intellettuale comune ad alcuni autori che si sono trovati a condividere alcune idee e ad operare nello stesso periodo di tempo. Questa discussione, tuttavia, oggi appare proprio come una di quelle battaglie sulle parole nei confronti delle quali i realisti hanno spesso ironizzato a proposito delle diverse e contrastanti definizioni di diritto (Pupolizio 2010: 78).

<sup>10</sup> “La vita nel diritto non è stata logicità: è stata esperienza. Le esigenze del tempo, le teorie morali e politiche prevalenti, le intuizioni del pubblico interesse, consce o inconsce, perfino i pregiudizi che i giudici hanno in comune con i loro simili, hanno un’efficacia maggiore che non ha il sillogismo nel determinare le regole con le quali gli uomini sono governati” (Holmes 1963: 7).

l'approfondimento della *law in action*<sup>11</sup>, poiché, per dirla con le parole di Karl Llewellyn, il diritto non è nient'altro che quello che accade nella società in base all'applicazione che ne viene fatta da coloro che hanno il potere di esercitarlo, che siano essi giudici o avvocati, funzionari pubblici o autorità di polizia<sup>12</sup>. Visione, quest'ultima, perfettamente raffigurata dalla teoria predittiva del *bad man* fornita da Oliver Wendell Holmes, uno dei padri del realismo americano che, nel suo *The Path of the Law*, sostenne che il diritto a cui era interessato non riguardava gli standard etico-morali del giusnaturalismo o i principi di giustizia o necessità, quanto piuttosto la prospettiva di colui che, compiuto un fatto, si rivolge al giurista per conoscerne le conseguenze. Ecco che allora il *bad man* diviene figura emblematica del pragmatismo applicato al diritto poiché "la profezia di ciò che i Giudici faranno, e niente di più pretenzioso, è l'essenza della legge" (Holmes 1897: 457). Come puntualmente sostenuto da Novak (2011: 172), Holmes – e, a seguire, gli altri esponenti del realismo – non si occupò di indagare le aspirazioni idealistiche del diritto ma, rifiutando il formalismo e il concettualismo, focalizzò le sue ricerche sulle conseguenze che l'applicazione di questa provoca nel mondo reale, sotto il profilo del potere esercitato dalle Corti, passando dalle sofferenze da queste inflitte, fino ad arrivare al sistema di redistribuzione e rinegoziazione degli interessi politici ed economici che rappresenterebbe l'effetto ultimo dell'infrangere una legge o violare un diritto riconosciuto. Agli occhi dei realisti di fine ottocento, allora, il diritto non può essere concepito come qualcosa di immutabile e statico, bensì come un processo dinamico, dove le singole norme sono definite attraverso l'esperienza e la pratica, ossia attraverso gli unici due fattori idonei a modellare il significato della legge rispetto ai contesti sociali che si susseguono nel tempo (Shaffer 2015: 195). Proprio l'applicazione di questo "metodo" empirico e pragmatico è ciò che caratterizza gli studi del c.d. "Nuovo Realismo Giuridico" statunitense (o, anche "neo realismo"). Come il realismo, che mise al servizio della conoscenza giuridica l'utilizzo delle scienze sociali, anche i fautori di tale corrente ambiscono a conciliare lo studio teorico del diritto alla ricerca sperimentale, per garantire una migliore comprensione dei fenomeni giuridici e una migliore formulazione di nuove politiche legislative (Erlanger *et al.* 2005: 337). Come efficacemente sintetizzato da Macaulay (2005: 399):

A New Legal Realism could challenge the adequacy of studying the legal system when the concept is defined formally and narrowly. Reality is messy. Sharp lines cannot be drawn between the formal and the informal or between the public and the private.

Caratterizzato da una profonda interdisciplinarietà, il Nuovo Realismo Giuridico americano, così come concepito dai suoi più brillanti esponenti<sup>13</sup>, sviluppa la propria ricerca attraverso un approccio sia *bottom*

<sup>11</sup> Rileva, a tal proposito, la differenza fra *law in action* e *living law* fornita da Nelken (1984: 157). La prima si concentra sulla distanza esistente fra il diritto scritto nei libri e l'applicazione concreta che ne fanno i pubblici ufficiali qualora sorgano delle controversie; la seconda, invece, riguarda soprattutto lo studio delle norme che i cittadini, nella loro veste di membri di gruppi sociali, riconoscono come vincolanti. Differenza, quest'ultima, poi fatta propria anche dal neo realista Macaulay (2005: 386), che così l'ha presentata: "Law in action pushes us toward studies of gaps between what we teach in law schools and what goes on the world. Living law would take us toward the norms, sanctions systems; and institutions that actually exist in various groups in society".

<sup>12</sup> "What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself" (Llewellyn 2008: 5).

<sup>13</sup> Fra cui è indispensabile ricordare: Frank Cross, che nel 1997 annunciò che il neo realismo aveva le sue radici nelle scienze politiche; Stewart Macaulay, una delle figure chiave del movimento, che teorizzò la relativa metodologia, delineando anche i punti di differenza rispetto al realismo ottocentesco (a suo dire, eccessivamente concentrato sul ruolo dei giudici e delle corti e meno sul ruolo delle scienze sociali nell'applicazione delle leggi); ed infine Victoria Nourse e Greg Shaffer, capaci, alle soglie del 2010, di dare al neo realismo una ulteriore specificazione. Essi, infatti, divisero la corrente in tre ampie categorie: i comportamentisti, i contestualisti e gli istituzionalisti. La prima categoria include gli studiosi dei comportamenti dei giudici e, ultimamente, anche degli economisti, ponendo seri dubbi sull'"agire razionale" di coloro che prendono le decisioni ultime. La seconda, invece, raccoglie coloro che presero parte alla prima conferenza neo realista e che ne sposarono la metodologia del *broad tent*, in quanto profondamente interessati a studiare il radicamento sociale dei processi legali. L'ultima, infine, raggruppa coloro che studiano il diritto utilizzando approcci differenti, che spaziano dall'istituzionalismo

*up* sia *top down*. Il primo richiede una visione ampia e senza pregiudizi dell'applicazione del diritto, lasciando liberi gli studiosi di utilizzare gli strumenti empirici per andare oltre le categorie formali e valutare il reale impatto della legge sulle *ordinary people*, anche attraverso l'utilizzo dei metodi qualitativo e quantitativo presi in prestito da altre discipline, quali l'antropologia e la storia. Dall'altro lato, però, resta fondamentale il costante studio del comportamento delle istituzioni e di coloro che assumono le decisioni ai vertici esecutivi della società. Così, proprio questa metodologia di ricerca intrecciata permette, secondo la prospettiva dei membri del Nuovo Realismo Giuridico, di creare una vivace ed efficace relazione fra due mondi spesso considerati solo autonomamente, utile a portare le esigenze della *bottom class* anche fra le sfere più alte della società, in ottica di politica legislativa. Ma se questi rappresentano i tratti distintivi più significativi del Nuovo Realismo ispirati a quello di fine '800, la più rilevante novità introdotta dagli studiosi della Wisconsin University è stata la proposta di applicare i criteri di questa "scuola" oltre i confini nazionali, interessandosi, quindi, delle questioni create dalla c.d. *globalization of law*. La macro differenza rispetto all'originario realismo giuridico risiede proprio in questo: se il primo era interamente focalizzato ad indagare le controversie "domestiche" e il comportamento dei giudici, il secondo ha assunto una vocazione cosmopolita, alla luce del ruolo sempre più cruciale svolto dal diritto internazionale, dalle organizzazioni transnazionali e dal network pubblico e privato creatosi attorno a queste. D'altra parte, per una disciplina che si prefigge di comprendere come agisce il diritto nelle quotidiane dinamiche sociali, era imprescindibile guardare oltre il diritto statale e porre le proprie attenzioni alle modalità con cui quest'ultimo viene influenzato e modificato dagli attori internazionali. Per sviluppare tali tipi di studi, Engle Merry (2006: 976) ha riconosciuto che il neo realismo ha aggiunto tre ulteriori caratteristiche a quelle già proprie del realismo originario. La prima riguarda la già menzionata metodologia, che include la ricerca etnografica transnazionale e "multi sede", idonea a tracciare i flussi di persone, di idee, di leggi e di istituzioni oltre i confini nazionali. La seconda è il tentativo di approfondire l'espansione delle dimensioni della legalità: ciò include, fra i differenti focus, anche lo studio delle modalità con cui le moderne tecnologie influenzano la c.d. *legal consciousness*. La terza, infine, riguarda proprio i nuovi ambiti internazionali verso cui i neo realisti hanno deciso di rivolgere le proprie attenzioni, come vedremo nel paragrafo successivo.

### 3. *Neo realismo e diritti umani*

Muovendo da questo inquadramento, non dovrebbe stupire che fra i campi di indagine del neo realismo americano sia stato incluso anche quello riguardante la tutela dei diritti inviolabili della persona e, più nello specifico, le modalità con cui il diritto internazionale umanitario viene recepito ed implementato a livello locale<sup>14</sup>. Analisi, quest'ultima, che non vuole solo indagare le più classiche questioni legate alla diversa ed iniqua applicazione causata dalle inclinazioni (e dalle ipocrisie) politiche, ma anche e soprattutto studiare aspetti più marginali – ma parimenti rilevanti – quali la

---

al neo istituzionalismo, passando per la microanalisi delle istituzioni fino al modello della *new governance* (Suchman, 2010: 564).

<sup>14</sup> Per completezza di analisi, è opportuno evidenziare che anche i realisti di fine ottocento si occuparono di indagare il contenuto delle libertà fondamentali contenute nella Costituzione americana. Essi, invero, criticarono uno degli aspetti più distorsivi dei diritti liberali e del diritto naturale, ossia la loro tendenza a porre in costante contrapposizione diritti e potere, pubblico e privato, individuo e Stato, laddove proprio il diritto naturale interviene come protettore della sfera privata del cittadino rispetto alle intrusioni del Governo, della polizia e dello Stato in senso lato. In quest'ottica, i diritti (che siano essi naturali, liberali o umani) sono concepiti come nulla di più che delle limitazioni del potere sovrano. I realisti contestano questa formulazione, ritenendo che le dinamiche fra diritti e potere possono essere comprese solo se valutate per quello che sono, ossia fenomeni legali complementari ed inestricabili (Novak 2011: 173).

produzione di norme autoctone, il relativo potere delle organizzazioni non governative e la relazione fra il regime dei diritti umani e le dinamiche di governo, specialmente laddove esistono esecutivi autoritari (Erlanger *et al.* 2006: 344).

È proprio questa, probabilmente, la più affascinante e complessa sfida dei neo realisti, ben consapevoli che affrontare i temi del diritto internazionale e della giustizia transnazionale significa misurarsi, prima di tutto, col pluralismo giuridico e, dunque, con quelle forme di relativismo culturale con cui da sempre si scontra l'ambizione universalistica dei diritti umani contenuti nelle convenzioni internazionali.

Secondo l'opinione di Engle Merry, ad oggi la ricerca socio-giuridica di come operi il diritto umanitario nel concreto è alquanto povera: gli esperti internazionali di diritti umani, infatti, si concentrano sulla redazione dei testi normativi e sulla promozione della loro ratificazione, ma si disinteressano *in toto* dei processi culturali e sociali concernenti la loro regolazione. Coloro che vivono costantemente le diverse realtà locali si sono resi conto, ormai da anni, che, anche una volta ratificati, i trattati internazionali hanno una portata estremamente limitata: non a caso, chiunque lavori sul campo oggi è certo nel sostenere che la più imponente sfida odierna sia proprio l'implementazione concreta di tale tutela. È l'impatto culturale prodotto dai diritti umani, dunque, che rappresenta, al momento, la più importante sfida degli attivisti.

Il metodo divulgato dall'Università del Wisconsin pare essere, allora, un adeguato strumento per comprendere tali dinamiche: in particolare, l'approccio neo realista consente di enfatizzare il modo in cui viene compreso e concepito il diritto internazionale a livello locale, fra differenti culture, e l'importanza di analizzare i (differenti) contesti sociali della sua creazione e della sua realizzazione. All'interno del medesimo spazio sociale, invero, coesistono numerose forme di ordine, e solo alcune di esse sono rappresentate dalla legge formale. La ricerca sul pluralismo giuridico esamina proprio le natura di ciascun sistema legale e il modo in cui l'uno si interseca all'altro, specialmente nel caso in cui vi siano più strati normativi, di carattere globale, regionale ed infine locale.

A tal proposito, proprio uno dei più brillanti studi di Engle Merry (2006: 975-995) condotto nei confronti del fenomeno della violenza sulle donne in pre-selezionate aree del pianeta (Hawaii, Pechino, Nuova Delhi, Isole Fiji e Hong Kong) attraverso l'approccio neo realista, ha dimostrato che, nonostante le variazioni locali e le significative differenze nelle cultura, nell'esercizio del potere pubblico e nella storia di ciascuna località, la gamma delle riforme globali è simile in ogni paese, poiché si assiste ad una simultanea accettazione delle moderne concezioni di "autonomia", di "individualismo" e di "uguaglianza", e, quindi, di "persona", di "comunità" e di "azione"<sup>15</sup>. A tale

<sup>15</sup> In tal senso, pare confermarsi la prospettiva individualista di Ignatieff e Friedman, nonché la lettura fornita da Turner (2006: 1), in base alla quale proprio la vulnerabilità (umana) e la precarietà (istituzionale) rappresentano i principi fondanti su cui costruire la difesa dell'universalismo dei diritti umani. La vulnerabilità è ciò che, infatti, definisce la nostra umanità, e risulta strettamente legata a certi diritti fondamentali, primo fra tutti quello alla vita, alla sua tutela e al suo supporto. Al tempo stesso, però, tali diritti umani devono essere implementati dalle istituzioni sociali che per loro natura sono fallaci e precarie. Turner, allora, ritiene che nulla possa accumunare gli esseri umani più di quanto sia in grado di fare il comune destino di vulnerabilità e sofferenza che intacca chiunque, sottolineando poi che proprio questa condizione ontologica e biologica rappresenta un robusto scudo morale contro le mire relativistiche e permette di avvallare la richiesta di ottenere diritti contro la sofferenza e l'umiliazione. Così, lo status in cui tutti ci troviamo, e che è condivisibile con ogni cultura ha portato e porta l'uomo a costituire delle istituzioni sociali, culturali e politiche che siano in grado di fare fronte a questa vulnerabilità; proprio le ultime citate, quelle politiche, dovrebbero essere le più atte a svolgere tale mansione, ma devono confrontarsi quotidianamente con la loro precarietà, causata dalla corruzione, dagli affari, dai rischi della modernità, della globalizzazione e dall'instabilità dei mercati. Davanti ad una situazione così identificata, i diritti umani sorgono, allora, come "espressione giuridica di solidarietà sociale" (Turner 2006:28).

risultato, si è giunti attraverso una un duplice meccanismo: da un lato, le conferenze delle Nazioni Unite (o quelle indipendenti organizzate da altri attori sociali), dove persone di differenti culture si confrontano e condividono le rispettive esperienze nei propri paesi di provenienza, sono risultate idonee a promuovere la c.d. “omogeneità culturale globale” a livello di élite transnazionali e fra gli attivisti delle ONG<sup>16</sup>. Dall’altro, nell’implementazione del diritto internazionale umanitario è stato fondamentale il ruolo giocato quotidianamente dagli intermediari locali (rappresentanti governativi, *leaders* di ONG sorte nei luoghi di intervento, attivisti locali), poiché sono proprio questi ultimi a permettere il radicamento culturale, fra la popolazione, dei principi sorti a New York o a Ginevra.

Con riguardo a quest’ultimo tema, preme riportare anche il contributo fornito da Fathi Massoud, che, attraverso una permanenza di oltre un anno “sul campo”, ha analizzato il comportamento delle persone emarginate in Sudan dinnanzi all’imposizione di ordini provenienti da due differenti sistemi legali: da un lato quello della legge islamica, applicata in modo rigoroso e restrittivo dallo Stato, e, dall’altro, quello dei diritti umani internazionali, così come divulgati dalle organizzazioni non governative presenti sul territorio. In questo caso, l’approccio neo realista ha consentito di enfatizzare l’esperienza vissuta dalla popolazione nei confronti della legge, del potere e della politica, nonché di scandagliare dettagliatamente le tensioni e le contraddizioni interne riguardanti il modo in cui gli attivisti della società civile e gli sfollati da questi difesi vivono, contemporaneamente, la legge islamica e le disposizioni a tutela dei diritti fondamentali dell’individuo, entrambe diffuse mediante la richiesta di aderire incondizionatamente a testi scritti e divulgati, siano essi il Corano o le Convenzioni Internazionali. In un tale contesto, rileva Massoud (2016: 104-109), in virtù della costante propaganda che viene diffusa dagli operatori che agiscono *in loco*, la c.d. pratica dei diritti umani appare sorprendentemente simile ad una ideologia religiosa, nei confronti della quale viene chiesto ai soggetti marginalizzati di rivolgere la propria fede, proprio come il Governo pretende, a sua volta, che i suoi cittadini dimostrino fedeltà e rispetto nei confronti della sua singolare visione dell’ordinamento giuridico e della modernità. Lo studio in esame, dunque, così come quello di Engle Merry, vuole fornire una lettura dell’espansione dei diritti umani che vada oltre i discorsi retorici circa la loro universalità (medesima pretesa, peraltro, avanzata dai sostenitori della legge islamica) e che, invece, stimoli lo studioso ad effettuare ricerche sperimentali proprio laddove la legge viene implementata, senza fermarsi ad una mera analisi formale della stessa. Infatti, proprio come non è possibile disquisire di diritti umani non considerando le sedi dove questi vengono definiti, così è altrettanto impossibile effettuare questo tipo di ricerca non avendo chiaro il contesto locale (politico, religioso e sociale) in cui questi vengono promossi. Questo approccio empirico<sup>17</sup> permette, dunque, di superare le diatribe

<sup>16</sup> Procedimento di confronto che Turner (2006: 45-66) ha definito anche come *critical recognition theory*, strumento fondamentale per incentivare il dialogo fra le culture. Il riconoscimento, infatti, comprende dapprima la conoscenza dell’Altro e poi il rispetto delle sue opinioni, senza tuttavia che siano accettate *in toto* le sue tesi. Al contrario, l’assenza di un confronto critico comporta la creazione di comunità isolate, frammentate, ostile e timorose, che vivono in uno spazio sociale distaccato e sconnesso con i fenomeni globali circostanti.

<sup>17</sup> In questo senso, la necessità di affrontare la questione in modo sperimentale ha trovato il favore anche di autori di provenienza non realista: il riferimento principale va a Micheal Goodhart che, nel suo famoso intervento “Neither relative nor universal: a response to Donnelly”, sostiene l’esigenza di cessare di concepire i diritti umani in termini di universalismo e relativismo e, dunque, di domandarsi quale sia il loro status metafisico che ne caratterizza la nascita, la divulgazione, la legittimazione (o, più precisamente, la legittimazione di imporli), e di iniziare, invece, a prendere in considerazione unicamente il loro *global appeal*: “[...] Leaving behind universalism and relativism improves precision of our analysis and advances our theoretical understanding of human rights. Emphasizing their global appeal makes clearer the bases of their legitimacy and insulates them from critiques of their misuse while simultaneously making those critiques the *impetus* for an ongoing reformulation of rights that adds to their inclusiveness and generality [...] To advocates on the ground it is this appeal, not the metaphysical status of rights that makes them politically effective. Human rights are neither relative or universal. They are legitimate because of their global appeal” (Goodhart 2008:193)

teoriche che per anni hanno alimentato la diffusione dei diritti umani nel mondo: seguendo, infatti, l'intero iter delle disposizioni internazionali fino alla concreta applicazione nel contesto sociale di riferimento è possibile prendere atto del fatto che le culture non sono dei monoliti impermeabili alle suggestioni che provengono dall'esterno ma che, al contrario, rappresentano un insieme di differenti impulsi che si scontrano l'uno contro l'altro e che sono egualmente meritevoli di essere ascoltati (Benhabib 1995: 240)<sup>18</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive

La rapida propagazione dei diritti umani nel mondo è stata accompagnata dalla necessità di trovarne un fondamento teorico che ne giustificasse la loro applicazione universale, anche fra culture profondamente differenti fra loro.

Come si è voluto dimostrare in questo articolo, oggi, a distanza di settant'anni dalla Dichiarazione dei Diritti Umani, si ritiene che uno studio prettamente analitico, interamente focalizzato sulla legge formale, non sia più sufficiente per avere una completa contezza del fenomeno e delle sfumature che ha assunto nei singoli contesti sociali di riferimento. Al contrario, urge la necessità di leggere l'applicazione dei diritti fondamentali dell'individuo attraverso una lente empirica, che prenda atto degli effetti concreti della globalizzazione, e sia capace di valutare l'intero percorso delle disposizioni contenute nei testi internazionali, dal momento della loro creazione fino al radicamento ultimo nelle coscienze dei destinatari. In questo modo, anche la rilettura delle tesi sia degli universalisti sia dei relativisti può essere svolta attraverso una differente prospettiva, certamente più approfondita e consapevole delle innumerevoli sfumature di taluni concetti che solo la conoscenza empirica dei fatti può garantire. Uno studio "senza pregiudizi" e "senza barriere", quindi, che i neo realisti americani, utilizzando sia i capisaldi del realismo di fine ottocento (*law in action*) sia una metodologia rinnovata, rivolta ad analizzare multi disciplinarmente i flussi normativi anche oltre i confini nazionali, hanno scelto di sposare al fine di offrire ai ricercatori un nuovo metodo di analisi della complessità dei fenomeni legali globali.

#### Riferimenti Bibliografici

Bacon, M. (2012), *Pragmatism: an introduction* (Cambridge: Polity Press)

Baxi, U. (2002), *The future of human rights* (New Delhi: Oxford University Press)

Benhabib, S. (1995), "Cultural complexity, moral interdependence, and the global dialogical community", in M. Nussbaum (ed.) *Women, culture and development* (Oxford: Clarendon Press)

Bobbio, N. (1989), *L'età dei diritti* (Torino: Einaudi)

Castignone, S. & Faralli, C. & Ripoli, M. (2002), *Il diritto come profezia: il realismo americano: antologia di scritti* (eds.) (Torino: G. Giappichelli)

Chiassoni, P. (2011), *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili: scritti di realismo militante* (Roma: Aracne)

<sup>18</sup> Secondo quanto sostenuto da Friedman (2011: 76), i valori asiatici da sempre propongono una visione conservativa della cultura ma, quando cambia il contesto circostante, anche lo spettro culturale può cambiare.

- Colin, K. (2009), *Pragmatism and transition. Historicity and hope in James, Dewey and Rorty* (New York: Columbia University Press)
- Cowan, J. K. & Dembour, M.B. & Wilson, R.A. (2001), *Culture and rights: anthropological perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press)
- Donnelly, J. (2003), *Universal human rights in theory & practice* (New York: Cornell University Press)
- Donnelly, J. (2007), 'The relative universality of human rights', 29 *Human Rights Quarterly* 281-306. DOI: 10.1353/hrq.2007.0016
- Durkheim, E. (1983), *Pragmatism and sociology* (Cambridge: Cambridge University Press)
- Erlanger, H. & Garth, B. & Larson, J. & Mertz, E. & Nourse, V. & Wilkins, D. (2005), 'Is it time for a New Legal Realism?', 2 *Wisconsin Law Review* 335-363.
- Ferrajoli, L. (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa)
- Ferrari, V. (1989), "Sociologia dei diritti umani: riflessioni conclusive", in R.Treves *et al.* (eds), *Sociologia dei diritti umani* (Milano: Franco Angeli) 165-182.
- Friedman, L. M. (2011), *The human rights culture: a study in history and context* (New Orleans: Quid Pro Books)
- Goodhart, M. (2008), 'Neither relative, nor universal: a response to Donnelly', 30 *Human Rights Quarterly* 183-193.
- Holmes, O.W. (1897), 'The path of the law', 10 *Harvard Law Review* 457-478. DOI: 10.2307/1322028
- Holmes, O.W. (1963), *The Common Law* (Harvard: Harvard University Press)
- Ignatieff, M. (2001), *Human rights as politics and idolatry* (Princeton: Princeton University Press)
- James, W. (1994), *Pragmatismo: un nome nuovo per vecchi modi di pensare*, Tr.It (Milano: Il Saggiatore)
- Klug, H. & Merry, S.E. (2016), *The New Legal Realism: translating law and society for today's legal practice, Vol. 1* (Cambridge: Cambridge University Press)
- Klug, H. & Merry, S.E. (2016), *The New Legal Realism: studying law globally, Vol. 2* (Cambridge: Cambridge University Press)
- Kruse, K. R. (2011/2012), 'Getting real about Legal Realism, New Legal Realism and Clinical Legal Education', 56 *New York Law School Law Review* 295-320
- Lang, A. (2015), 'New Legal Realism, empiricism, and scientism: the relative objectivity of law and social science', 28 *Leiden Journal of International Law* 231-254. DOI: 10.1017/S0922156515000059
- Llewellyn, K. N. (2008), *The Bramble Bush: the classic lectures on the law and law school*, (Oxford: Oxford University Press)
- Macaulay, S. (2005), 'The New versus the Old Legal Realism: "Things ain't what they used to be"', 2 *Wisconsin Law Review* 365-403.
- Macaulay, S. (2016), 'New Legal Realism: unpacking a proposed definition', 6 *UC Irvine Law Review* 149-168.
- Maher, V. (2011), *Antropologia e diritti umani nel mondo contemporaneo*, Tr. It. (Torino: Rosenberg & Sellier)
- Marchettoni, L. (2012), *I diritti umani tra universalismo e particolarismo* (Torino: G. Giappichelli Editore)
- Massoud, M.F. (2016), "The politics of Islamic law and human rights: Sudan's rival legal systems", in H. Klug *et al.* (eds.) *The New Legal Realism: studying law globally, Vol. 2* (Cambridge: Cambridge University Press) 96-112
- Merry, S. E. (2006), 'New Legal Realism and the ethnography of transitional law', 31 *Law & Social Inquiry* 975-995. DOI: 10.1111/j.1747-4469.2006.00042.x
- Nelken, D. (1984), 'Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law', 4 *Legal Studies* 157-174. DOI: 10.1111/j.1748-121X.1984.tb00439.x

- Nourse, V. & Shaffer, G. (2009), ‘Varieties of New Legal Realism: can a new world order prompt a new legal theory?’, 95 *Cornell Law Review* 61-138
- Novak, W.J. (2011), ‘Legal realism and human rights’, 37 *History of European Ideas* 168-174. DOI: 10.1016/j.histeuroideas.2010.11.008
- Peirce, C.S. (1956), *Caso, amore e logica*, Tr. It. (Torino: Taylor)
- Pisanò, A. (2011), *I diritti umani come fenomeno cosmopolita: internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione* (Milano: Giuffrè)
- Pupolizio, I. (2010), ‘Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical legal studies»’, 1 *Materiali per una storia della cultura giuridica* 73-104
- Renteln, A D. (1990), *International human rights: universalism versus relativism* (London: Sage Publications)
- Rorty, R. (1986), *Conseguenze del pragmatismo*, Tr. It. (Milano: Feltrinelli)
- Shaffer, G. (2015), ‘The New Legal Realist approach to international law’, 28 *Leiden Journal of International Law (Symposium on New Legal Realism)* 189-210.
- Singer, J. W. (1988), ‘Legal Realism now’ 76 *California Law Review* 465 - 544.  
DOI: 10.15779/Z38VF0K
- Suchman, M.C. & Mertz, E. (2010), ‘A New Legal Empiricism? Assessing ELS and NLR’, 6 *Annual Review of Law and Social Science* 555-579
- Sunstein, C. R. & Miles, J. T. (2008), ‘The New Legal Realism’, 75 *University of Chicago Law Review* 831-851
- Tamanaha, B. Z. (1997), *Realistic socio-legal theory. pragmatism and social theory of law* (Oxford: Oxford University Press)
- Tarello, G. (1962), *Il realismo giuridico americano* (Milano: Giuffrè)
- Treves, R. (2002), *Sociologia del diritto: origini, ricerche, problemi*, Torino: Einaudi.
- West, C. (1997), *La filosofia americana: una genealogia del pragmatismo*, Tr. It. (Roma: Editori riuniti)
- Trujillo, I. & Viola, F. (2014), *What human rights are not (or not only): a negative path to human rights practice* (New York: Nova Science Publishers, Inc.)
- Zolo, D. (2003), “Fondamentalismo unitario”, in M. Ignatieff (ed.), *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (Milano: Feltrinelli) 37-48.