

RITRATTI DI PENSIERO

Collana fondata e diretta da
Antonio De Simone

Ritratti di pensiero è la collana di Morlacchi Editore che raccoglie il dibattito accademico e pubblico in corso circa le grandi figure, i temi e i contesti della *filosofia*, delle *scienze umane* e della *teoria politica, etico-giuridica* e *sociale*. Nell'intreccio dei percorsi interdisciplinari tra forme di sapere, modi di conoscenza e pratiche di ricerca, i volumi e i contributi della collana, muovendo *anche* dalla rilettura del rapporto tra i *classici* e la *contemporaneità*, intendono offrire stili culturali, strumenti di pensiero e di formazione per la comprensione critica delle dinamiche e delle metamorfosi che caratterizzano pervasivamente sia l'esperienza storica della modernità sia le nuove morfologie politico-sociali e i destini personali e collettivi del nostro tempo.

❧ ❧ ❧

COMITATO SCIENTIFICO

BRUNO ACCARINO

(Università degli Studi di Firenze)

LUIGI ALFIERI

(Università degli Studi di Urbino Carlo Bo)

REMO BODEI †

(UCLA, Los Angeles)

ANTONIO DE SIMONE

(Università degli Studi di Urbino Carlo Bo)

ILVO DIAMANTI

(Università degli Studi di Urbino Carlo Bo)

FRANCESCO FISTETTI

(Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

GIACOMO MARRAMAO

(Università degli Studi di Roma Tre)

FRÉDÉRIC VANDENBERGHE

(Università di Stato di Rio de Janeiro, IESP-UERJ)

❧ ❧ ❧

RITRATTI DI PENSIERO

Collana fondata e diretta da
Antonio De Simone

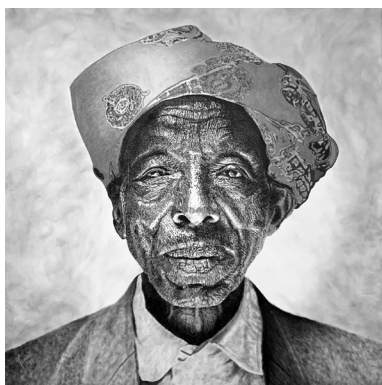


- I. Antonio De Simone, *Il primo Habermas. Ritratti di pensiero. La teoria critica, i classici, la contemporaneità*, 2017.
- II. Francesco Fistetti, *Il filosofo e il tiranno. Viaggio nel cuore di tenebra del XX secolo*, 2017.
- III. Antonio De Simone, *Destino moderno. Jürgen Habermas. Il pensiero e la critica. La metamorfosi della filosofia occidentale*, 2018.
- IV. Davide D'Alessandro, *Fogli & Voci. Abecedario di storia, filosofia e politica. Tra Machiavelli e Severino*, 2019.
- V. Antonio De Simone, *Post Res Perditas. Discorsi su Machiavelli. Lezioni Urbinati. Le diffrazioni del classico nel contemporaneo*, 2019 (2020¹).
- VI. Antonio De Simone, *Bildung, Europa e Occidente. Cultura, filosofia e politica tra Hegel e Habermas*, 2020 (2021¹).
- VII. Polidoro Virgili, *Adagia Humana*, a cura di Romano Ruggeri, 2021.

GUIDO GUIDI

JUSTICIA INDÍGENA

Tra liberali e comunitaristi



MORLACCHI EDITORE U.P.

In copertina e all'interno del volume opera di Claudio Ficini, olio su tela
150x150.

Prima edizione: 2021

Ristampe 1.

2.

3.

ISBN/EAN: 978-88-9392-335-4

Impaginazione e copertina: Jessica Cardaioli.

Copyright © 2021 by Morlacchi Editore, Perugia. Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la copia fotostatica, non autorizzata.

Mail to: redazione@morlacchilibri.com

www.morlacchilibri.com.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021 da Logo srl, Borgoricco (PD).

Indice



<i>Introduzione</i>	7
CAPITOLO PRIMO	
<i>Justicia indígena tra liberali e comunitaristi</i>	17
CAPITOLO SECONDO	
<i>Diritti culturali</i>	51
CAPITOLO TERZO	
<i>Pluralismo giuridico</i>	61
CAPITOLO QUARTO	
<i>Justicia indígena e giurisprudenza costituzionale</i>	67
CAPITOLO QUINTO	
<i>Justicia indígena tra riti ancestrali e processi conciliativi</i>	113
CAPITOLO SESTO	
<i>Diritti collettivi e plurinazionalità</i>	129
<i>Postfazione</i> di Antonio De Simone	169
<i>Riferimenti bibliografici</i>	197
<i>Indice dei nomi</i>	217





L'idea-mito dell'Occidente antropocentrico si fonda sulla convinzione che l'*homo faber* è investito della missione di dominare il mondo. Per sprigionare la propria onnipotenza, deve disporre di tutte le risorse e godere di ogni libertà che, di per sé, hanno la potenzialità di garantire il benessere individuale e, contemporaneamente, la prosperità dell'intera umanità.

Questa concezione si è propagata in buona parte del globo, facendo dell'uomo, all'interno di un'idea monista della natura e della cultura, il centro dell'universo, nella convinzione che ogni altro progetto esistenziale debba essere subordinato ad essa.

È stata la dimensione sociale e comunitaria a farne le spese, nella totale amnesia di alcuni principi che, tuttavia, si ripropongono oggi, a partire dalla Dichiarazione Universale che afferma: «Ogni individuo ha doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità» (art. 29).

Allo schema liberale, dai contorni nitidamente a-comunitari, è sempre stato estraneo lo stile di vita delle comunità indigene latino-americane, ma anche orientali o africane, dove le posizioni soggettive e collettive si integrano, nella

convinzione che non collidono, facendo parte dello stesso sistema (ecosistema) e nel convincimento che i diritti individuali si conseguono compiutamente soltanto nella congiunzione con i diritti collettivi.

Già la Scuola di Atene ha insegnato che le virtù particolari possono convivere solo all'interno di comunità virtuose. Al riguardo, ha pensato l'uomo come animale etico-politico che, realizzando politicamente il bene comune¹, può conseguire di riflesso anche il bene individuale.

La cultura dell'Occidente ha imboccato il sentiero opposto, quello che immagina l'individuo isolato e socialmente disarticolato, in un mondo governato dal mito dell'universalità dei diritti soggettivi.

Con la riscoperta dei beni comuni, una diversa prospettiva si è fatta strada anche nell'Occidente², dentro un panorama culturale caratterizzato dalla crescente consapevolezza della crisi climatica e ambientale, addebitata all'uso estremo e incontrollato delle risorse naturali. Stenta tuttavia ad entrare nel quadro delle prescrizioni costituzionali e, ancora di più, nei concreti programmi d'azione degli Stati nazionali.

In un contesto antropologico ed etnologico del tutto diverso si colloca la prospettiva culturale della giustizia indigena, ispirata da tradizioni esistenziali molto diverse che, pur con tutti i limiti di cui si dirà, hanno il pregio di stimolare approcci concettuali di maggiore umiltà nella decantazione di ogni universalismo. Del resto, come osserva Monateri, citando Leo Strauss, «il diritto naturale pretende di essere un diritto intelligibile alla ragione umana ed universalmente riconosciuto; ma la storia (etnologia compresa) ci insegna

1. Platone, *Repubblica*, II, 371b.

2. La sensibilizzazione al tema prende il via, come noto, da Oliver Williamson e Elinor Ostrom, premiati con il Nobel nel 2009 per i loro studi sul governo dell'economia.

che non esistono diritti del genere; in luogo della supposta uniformità, noi troviamo una varietà infinita di nozioni del diritto e della giustizia. Ovvero, in altre parole, non vi può essere diritto naturale se non vi sono principi di giustizia immutabili, e la storia mostra che tutti i principi di giustizia sono mutevoli»³.

La cornice culturale che emerge, dall'indagine sulla giustizia indigena, è legata alla teoria dei diritti collettivi, comunitari o di gruppi (*special rights*).

Con questa espressione s'intendono le prerogative attribuite a individui e persone giuridiche, prevalentemente minoritarie, familiari, associative o pluri-individuali, abilitate a far valere i propri caratteri culturali e le proprie ragioni identitarie, sia in quanto singole individualità che quali collettività unitariamente intese⁴.

Attraverso il loro riconoscimento alcuni gruppi, espressamente individuati dai testi costituzionali, entrano in possesso di una sorta di *status civitatis* rinforzato o speciale⁵, nel senso che diventano titolari, in quanto appartenenti a comunità ancestrali, oltre che dei diritti universalmente riconosciuti, anche delle garanzie collettive loro espressamente riservate dalla tradizione.

Il riconoscimento di questa categoria giuridica non è pacificamente condiviso sul piano teorico, così com'è testimoniato dall'annoso dibattito tra liberali e comunitaristi. È infatti una categoria controversa che, prendendo corpo nel tessuto relazionale delle diverse comunità di appartenenza,

3. Cfr. P. G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2013, 50.

4. Il fenomeno non va confuso con la problematica più generale e fluida del rapporto tra formazioni sociali e poteri dello Stato, trattata da M. Calamo Specchia, in *Libertà pluralistiche e pubblici poteri*, Torino, 1999.

5. Così G. Rolla, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in Id., *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, 13.

corre il rischio di menomare il primato dell'individuo nei confronti della società, menomando ogni universalismo ontologicamente inteso⁶.

Tuttavia va riscuotendo progressiva approvazione da parte di alcune Costituzioni, anche attraverso la garanzia della loro giustiziabilità⁷.

In vero, in base a presupposti giuridici e filosofici, si è radicata la convinzione che i diritti collettivi, quali diritti preterindividuali, siano diritti umani, al pari dei diritti personali, nella piena consapevolezza che il loro riconoscimento non contrasta con le garanzie individuali. Anzi, le due classi sarebbero entrambe “naturali” e dunque complementari, finché non diventino tra loro confliggenti⁸.

Il loro tratto distintivo si rinviene nella constatazione che impongono un insieme di doverosità, sia di carattere etico che giuridico, indispensabili a garantire, all'interno del circuito comunitario, la tenuta della convivenza sociale.

«Non sono qualcosa che l'individuo ha, ma sono ciò che l'individuo è»⁹, perché l'individuo ne è naturalmente pervaso. Ciò comporta l'accettazione di una cospicua serie di relazioni di doverosità, nei confronti dei rispettivi gruppi di appartenenza.

Alcune Costituzioni latino-americane, Ecuador e Bolivia in testa, ne sono una palese testimonianza, attraverso l'adozione di formule etico-programmatiche molto ampie, volte a

6. Cfr. F. Viola, *Individuo, comunità, diritti. L'identità dell'individuo alla luce dei diritti dell'uomo*, in *Teoria politica*, n. 3/1992, 66-67.

7. Per alcuni riferimenti bibliografici, sul punto, si può vedere: N. Posenato, *La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali*, s. 18, *DPCE online*, 2018/1.

8. Così R. Stavenhagen, *Los derechos indígenas: Algunos problemas conceptuales*, in *Nueva Antropología*, vol. XIII, N 43, México, 1992.

9. Così F. Viola, *Individuo, comunità, diritti*, cit., 67.

sancire la natura circolare dei diritti collettivi, declinabili soltanto all'interno di un cospicuo regime di corresponsabilità.

La Costituzione dell'Ecuador, in una specifica sezione, senza tralasciare le espressioni classiche sui doveri di socialità liberale, invita a «rispettare i diritti della natura, preservare un ambiente sano e utilizzare le risorse naturali in modo razionale e sostenibile»; «promuovere il bene comune e anteporre l'interesse generale all'interesse particolare, in conformità al *buen vivir*»; «alimentare, educare e assistere figlie e figli. Questo dovere spetta alle madri e ai padri in egual misura e spetterà alle figlie e ai figli quando le madri e i padri ne avranno bisogno» (art. 83).

Similmente la Costituzione della Bolivia elenca una serie di *deberes* comunitari, consistenti nel dovere di assistere, alimentare ed educare figli e figlie, assistere, proteggere e soccorrere i propri ascendenti, prestare aiuto, con ogni mezzo, in caso di disastri naturali o altri eventi contingenti, proteggere e difendere le risorse naturali e contribuire al loro utilizzo in modo sostenibile, al fine di preservare i diritti delle generazioni future, proteggere e difendere un *medio ambiente adecuado* per lo sviluppo degli esseri viventi. Inoltre, significativamente, arriva a qualificare anche i diritti politici in un contesto di corresponsabilità (art. 108).

L'aspetto più originale in assoluto è dato dal riconoscimento dei diritti della Natura che, oltre ad avvalorare le prassi sacrali degli ancestrali riti nei confronti della Madre Terra, costituiscono il presupposto per l'affermazione di veri e propri doveri giuridici nei confronti della stessa.

Questi diritti si confondono con i doveri, anche qui, in ragione dell'armonia cosmica che collega Natura e natura umana, in funzione della preservazione del bene comune,

che non è soltanto *communis omnium* ma appartenente anche agli altri esseri viventi e alla natura inanimata.

Le visioni comunitariste e ctonie, sorrette da una massa di originalità antropologiche ed etnologiche, suscitano curiosità e fascino, perché svelano un diverso approccio alle problematiche esistenziali. Condizionano in forme originali anche le manifestazioni della *justicia indígena*, dove la radicata perpetuazione delle tradizioni ancestrali, legate al mito, alla spiritualità, consigliano di valutare con occhio critico tanti pseudo-procedimenti giustiziali, spesso incompatibili con i più elementari principi del garantismo democratico.

La *justicia indígena* considera il mondo fenomenologico in una dimensione diversa rispetto alla visione euro-centrica, perché lì il diritto è strettamente fuso con l'idea di cosmovisione, dove l'uomo è considerato nella doppia dimensione individuale e relazionale. Da qui, la stretta compenetrazione tra sfera umana e sfera naturalistica, per non parlare della necessaria connessione tra sfera pubblica e sfera privata.

In questa visione totalizzante, ogni violazione delle regole, non importa se afferenti alla sfera pubblica o privata, riveste la stessa particolare gravità, perché è interpretata come una ferita inferta all'insieme della comunità¹⁰.

In questo quadro si aprono spazi anche per pratiche di corresponsabilità di gruppo e di giustizia preventiva, demandate a categorie speciali: la famiglia innanzitutto, gli anziani, le madri. Le eventuali sanzioni comminate (*correctivos*) non hanno come destinatario il singolo, ma si riverberano sull'intero nucleo familiare, responsabile e compartecipe, a tutti gli effetti, degli esiti negativi causati alla comunità.

10. Sull'estraneità della distinzione tra diritto penale e civile nel diritto primitivo, cfr. M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1988, 201.

Armonia, nella cultura indigena, è sinonimo di comunità: un valore che le autorità politiche hanno fatto proprio, e recentemente hanno introdotto ufficialmente nei testi delle Costituzioni. I principi del «*buen vivir*» o della «*vida en plenitud*» sono formule tradizionali che ruotano attorno a un'idea di comunità sorretta da relazioni armoniche tra gli uomini, l'uomo e la natura.

Questo principio, di natura prevalentemente etica, a partire dagli ultimi anni Novanta si è diffuso, attraverso il concetto del *Sumak Kawsay*, come una vera e propria formula politica, orientata a mettere al centro il bene comune, in polemica contrapposizione con gli esasperati modelli essenziali di stampo liberale.

La collocazione mediana di questo concetto è nodale, anche per cogliere l'originalità sistemica delle formule di giustizia indigena, che non ricercano tanto la razionalità delle soluzioni giuridiche, quanto la funzionalità degli strumenti "giustiziali", architettati per fini di armonia ecologica e sociale.

Nella dilatazione della cornice del pluralismo giuridico, tipico delle società multiculturali e plurinazionali, s'impone la questione cruciale del rapporto tra diritti fondamentali e diritti particolari, tramandati dalla *costumbre* indigena.

La Corte Costituzionale della Colombia, unanimemente riconosciuta come modello di multiculturalismo e autorevole referente internazionale, ha sancito che in ogni caso il nucleo duro dei diritti fondamentali, sorretti da effettivo *consenso intercultural*, dovrà sempre prevalere, perché inviolabile. La formulazione di questo assioma, dai contorni ideologicamente universalisti, ha riscosso vasto consenso ed è stato recepito dalla giurisprudenza di diverse Corti costituzionali, non senza critiche tuttavia da parte delle correnti indigeniste più ferventi.

La soluzione della controversa questione, così come descritta nel IV Capitolo, nonostante il consenso acquisito, non è compiutamente recepita da parte di quelle correnti culturali indigene che, forti del proprio particolarismo, rifiutano ogni universalismo. Tuttavia c'è un dato che può accomunare. Si tratta dell'istinto primitivo e naturale di tutti gli uomini verso forme di convivenza pacifica e cooperativa¹¹ (la pace perpetua kantiana), le uniche in grado di assicurare la continuità del genere umano e dell'ecosistema. In questa dimensione cosmologica, la cosmovisione indigena e l'ecologismo integrale (socio-economico-ambientale) di matrice occidentale, possono rappresentare il punto di congiunzione per una dottrina comune, dai contorni etici e ideologici, su cui identificare un *ethos* universale, un dover essere accessibile a tutto il genere umano¹².

A tal fine F. D'Agostino propone di elaborare un nuovo linguaggio di comunicazione universale, dove «i diritti umani devono essere riformulati al *duale*: attraverso formule linguistiche nuove. Gli uomini hanno diritti perché sono gli uni con gli altri, perché l'esistenza dell'uno richiede l'esistenza dell'altro, perché nella loro identità il singolare si unisce al plurale»¹³.

Non si tratta di un linguaggio ignoto, ma solo dimenticato, o offuscato, dal mito dell'individualità. Del resto, anche nella Dichiarazione dei diritti dell'89 si legge: «*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des*

11. Per N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990 e 1992, VII, la pace è il presupposto necessario per il riconoscimento e la protezione dei diritti umani.

12. Cfr. F. Viola, *Diritti umani. Universalismo, globalizzazione e multiculturalismo*, in AA.VV., *Nuova geografia dei diritti umani*, (Atti del Convegno), Palermo, 2007, s. 22-26. Al riguardo S. Boaventura de Sousa, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, in *El otro derecho*, N. 28, 2002, 59-83, invita al dialogo tra culture attraverso un'«ermeneutica diatópica».

13. Così F. D'Agostino, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in Id. (cur.), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, 1996, 50.

droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi» (art. 4).

I diritti collettivi delle comunità indigene, avendo la capacità d'incidere sulla complessità delle relazioni Stato-cittadini, sembrano in grado di determinare un mutamento radicale dei rapporti tra le diverse sfere giuridiche. Infatti, le regole giuridiche che sollecitano non sono riferibili soltanto alla sfera pubblica o privata, ma finiscono per incidere sull'insieme delle differenti soggettività.

L'esito che ne consegue non si sostanzia in una redistribuzione di diritti e doveri a somma zero, a vantaggio o svantaggio della sfera pubblica o privata, ma genera la riconsiderazione complessiva del sistema dei diritti che, oltre ad essere pubblici e privati, sono anche collettivi (comunitari).

Nell'ambito di queste originalità s'inserisce il riconoscimento formale della pluralità di *pueblos* e nazionalità. Il quadro che ne scaturisce manifesta assetti istituzionali e costituzionali inediti, che configurano lo Stato delle *plurinacionalidades*: una vera e propria nuova forma di Stato, un nuovo costituzionalismo, il cosiddetto *nuevo constitucionalismo andino*, dai caratteri del tutto singolari rispetto allo Stato monoculturale liberale.

I capitoli Primo, Quarto, Sesto trattano temi che, singolarmente considerati, sono stati parzialmente inseriti in distinte pubblicazioni: Libri in onore e Liber amicorum di illustri colleghi e amici.

Urbino, dicembre 2021



