



ANNO IV, N. 4, 2014



## **Democrazia e Sicurezza - Democracy and Security Review**

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio

Redazione: c/o il Laboratorio Multimediale e di Comparazione Giuridica -  
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma - Università degli Studi "Roma Tre".

Rivista iscritta presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011.  
ISSN: 2239-804X

### **Scientific Board**

Domenico Amirante (Seconda Università degli Studi di Napoli); Fabrizio Battistelli (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"); Paolo Benvenuti (Università degli Studi "Roma Tre"); Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre"); Roberto Borrello (Università degli Studi di Siena); Gerardo Cautilli (Direzione Centrale degli Istituti di Istruzione - Ministero dell'Interno); Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia); Rosario Garcia Mahamut (Universitat Jaume I - Castellón); Hermann Groß (Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung); Andrew Hoskins (University of Glasgow); Martin Innes (Cardiff University); Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia); Luis Maria Lopez Guerra (juge de la Cour Européenne des Droits de l'Homme-Strasbourg); Stelio Mangiameli (Direttore dell'ISSIRFA-CNR); Maria Luisa Maniscalco (Università degli Studi "Roma Tre"); Kostas Mavrias (Università degli Studi di Atene); Lina Panella (Università degli Studi di Messina); Otto Pfersmann (Université Paris-Sorbonne); Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I - Castellón); Angelo Rinella (LUMSA); Cheryl Saunders (Melbourne Law School); Roberto Sgalla (Scuola Superiore di Polizia-Direttore); Giovanna Spagnuolo (Isfol-Italy); Alessandro Torre (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"); Matthew C. Waxman (Columbia Law School).

### **Editorial staff**

Coordinators of the section: Mario Carta, Gabriele Maestri (Note); Valentina Fiorillo, Cristina Gazzetta e Massimo Rubechi (Osservatorio sulla normativa); Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova e Pamela Martino (Osservatorio sulla giurisprudenza); Valerio Sarcone e Francesco Soluri (Osservatorio degli operatori della sicurezza); Massimo Pellingra Contino, Laura Giobbi e Valeria Rosato (Focus); Maria Flavia Casatelli (Recensioni)

Assistant Editors: Francesca Fanti



## INDICE

Editoriale

*Threatening privacy in the Digital Age: towards a global legal framework*  
di Artemi Rallo Lombarte

Saggi

*Diritto errante. Spazi e Soggetti*  
di Mario Ricca

Note

*Dopo l'inferno di Parigi: qualche riflessione su sicurezza, paura, diritti e immigrazione*  
di Gabriele Maestri

Osservatori

*La Corte di Giustizia UE ritorna sull'oblio tra diritto alla privacy e diritto ad essere informati*  
di Massimo Pellingra Contino

Recensioni

*P. Martino (a cura di), I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014*  
di Miryam Iacometti

*S. Rodotà, Solidarietà: un'utopia necessaria, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014*  
di Beatrice Catalo





## EDITORIALE





anno IV, n. 4, 2014  
data di pubblicazione: 18 gennaio 2015

*Editoriale*

# Threatening privacy in the Digital Age: towards a global legal framework

di Artemi Rallo Lombarte\*

## I

If there is one sector in which the need for a quick legal response is particularly important, it is new technologies. In this digital environment we are not dealing with a revolution, but with a constant, rapid evolution. While technology has clear and obvious advantages, its widespread use also presents challenges.

If a field were to be identified that would exemplify an area in which the law has difficulties in keeping up with reality, it would have to be the Internet. The concepts of sovereignty and territoriality, traditional limitations to the international application of laws, are being superseded every day by a reality in which interconnection and globalisation are no longer the exception but the norm against a background of vast

\* Constitutional Law Professor at Jaume I University (Spain), Former Director of the Data Protection Spanish Agency.



telecommunications networks. In this respect, the profusion of international flows of data in the “information age” has highlighted the need for privacy legislation that is consistent at a global level.

For this reason, we need to reflect on the challenges that we face, on which agents are involved and how we can protect privacy appropriately.

We can identify three challenges in this digital environment: Firstly, the fast development of tools that allows mass use of information in a more perfect way and that offers a multitude of information-processing possibilities. This results in at least two knock-on effects:

a) The possibility to store, process and transfer large quantities of information, which has contributed to the high economic value of these services. On the Internet, personal information is a leading source of wealth. The most obvious example of this can be seen in advertising being individually tailored according to our browsing habits - behavioral advertising.

b) Omnipresence is another phenomenon in this field today, which can be seen the convergence of Internet services with mobile technology.

Another challenge that we face is the transnational nature of these services: companies operate in dozens of countries with different legal frameworks. At the same time, data are no longer kept in a specific location, but are rather spread among hundreds of servers around the world, as is the case with cloud computing.

Finally, but no less importantly, the Internet gives everyone a presence and a voice. The digital world has changed the role of individuals. People have also taken on an active role, which poses a challenge to current privacy regulations. People express themselves in blogs, microblogging networks or they share their experiences on social networks.



## II

All of these factors, together with the increasing complexity of society, technology and business structures, lead us to consider the nature of the roles and responsibilities of users, business and governments.

The clearest example of the complexity in assigning responsibility can be found in online social networks. When publishing information on a social network, who is responsible?

The Article 29 Working Party (which integrates all European Data Protection Authorities) has looked into this situation and come up with a series of criteria. A paradoxical situation arises in which an individual becomes both the active and passive subject, making decisions on the personal information they process. This means such a person may be considered the processing controller, in the terminology of data protection legislation, subject to the same obligations as controllers.

It is important to clarify that data protection legislation excludes data processing carried out by people *“carrying out exclusively personal or domestic activities”*.

The Article 29 Working Party has set out some situations in which processing by social network users may go above and beyond this domestic activity exception.

The first situation is when the user uses the social network as a collaboration platform for an association or company; for commercial, political or social purposes.

Another sign of the domestic scope being exceeded is when the user clearly has more contacts than could rationally be considered to be real contacts, for example when a user has willingly allowed a large number of contacts or a whole social network to access their data.



There is a third important case in which a user may be considered to be a data processing controller. This is in cases where processing of other people's data violates these third parties' rights. In other words, the domestic activity exception is also limited by the need to guarantee rights, particularly in relation to sensitive data.

When any of the aforementioned circumstances arise, individuals are obliged to offer certain security guarantees: to ensure the confidentiality of the information published, and to offer measures for users to exercise their data protection rights.

### III

But businesses also play a fundamental role. The complexity of businesses that operate on a global scale and that outsource services must also be studied.

It is important to determine who is in control of processing the data (that is, who determines the purpose to which they will be put), as this helps to ensure greater effectiveness in compliance.

The tendency in data protection regulations is to combine proactive and reactive measures to ensure compliance (which may include self-regulation measures). Reactive measures are applied when have been unlawfully processed.

It is necessary to mention the principle of Accountability. This principle, which was included in the Organisation for Economic Cooperation and Development's privacy guidelines back in 1980, requires the processing controller to implement appropriate and effective measures to implement the principles and obligations of data protection.

This firstly involves demonstrating compliance externally and secondly an internal process to create control mechanisms



to ensure compliance. It must also be possible to demonstrate these when required to do so by the authorities.

Companies are responsible for respecting the privacy of their clients and users. For this reason, companies have been called on for some time now to take an active part in designing these services and platforms.

One example of this can be seen in Privacy Enhancing Technologies. The Data Protection Directive establishes the processing controller's obligation to put in place technical and organisational measures that will guarantee an appropriate degree of security. These Privacy Enhancing Technologies are technological measures aimed at protecting the right to privacy by deleting personal data or preventing data from being unnecessary processed. These systems have been supported by the European Commission.

Also of unquestionable importance is Privacy By Design, which requires privacy protection measures to be in place from the initial design phase of systems or services, thus guaranteeing the privacy and protection of personal data.

Within Privacy by Design, Privacy Impact Assessment methods have an ever greater presence. These are a way to determine the privacy, confidentiality and security risks associated with personal data processing. They also define measures to reduce and eliminate these risks.

#### IV

Finally, we must ask ourselves if existing data protection legislation is able to deal with these new challenges. Over the years, a series of legal instruments have been created to protect privacy: some of the most significant of these being Convention



108 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and the APEC Privacy Framework. The United Nations also approved guidelines on computerised personal data files in 1990.

Data protection has achieved significant importance in Europe under the Treaty of Lisbon. The European Union Charter of Fundamental Rights and Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union introduce a new legal basis for data protection, applicable to any kind of processing.

Personal data processing is also regulated by Directive 95/46/CE on Data Protection. This Directive is technologically neutral and provides a reference model for good practice at an international level. However, it is technologically obsolete. For this reason it is so relevant to revise this legal framework with the new European Data Protection Regulation that European institutions are closed to adopt.

The Article 29 Working Party has actively participated in the process to review this Directive. In its Opinion (WP168) of December 2009, it analysed the Directive and put forward a series of recommendations. The main message was that the principles of data protection are still valid, but they may benefit from a better application. The Working Party used this opportunity to:

- Clarify the application of some key regulations and principles of data protection (consent and transparency).
- Overhaul the framework to introduce additional principles (privacy by design and accountability).
- Make the system more efficient by modernising provisions by cutting red tape.



Outside the EU, there are different data protection regulations. Mexico is one of the latest countries to have adopted a new data protection law. Uruguay, Costa Rica, Morocco, Nicaragua, Dominican Republic, Peru and Russia have also adopted their own laws while others are working to develop new legislation on this issue.

But the territorial limitations of the current systems require us to reflect on the need for a comprehensive data protection framework, which will cover these new situations but also future situations as has been demonstrated by the ruling adopted on 13th may 2014 by the Court of Justice of the European Union on the “right to be forgotten”.

The ongoing differences in terms of data protection, and especially the lack of guarantees in many countries, lead to reduced protection of individual rights. This harms the exchange of personal data and prevents a sufficient and effective level of data protection from becoming universal.

Legislation relating to the protection of privacy and personal data differs substantially from one State to another, to the point that there are still many legal systems in which these rights, considered as fundamental in a large part of the world, lack an appropriate framework of guarantees. The consequences are easy to understand: information is not uniformly protected, people find it increasingly difficult to assert their rights and data exchanges are therefore at risk – something that would not occur if a universally accepted set of rights, principles, obligations and procedures, applicable to all processing of personal data, were to exist.

Data Protection Authorities from around the world, which meet during the International Conference of Data Protection and Privacy, have in recent years expressed a constant concern about the problems stemming from the different protection



regimes existing in different geographical areas, including the fact that some countries or areas have no data protection or privacy regulation whatsoever.

## V

This growing interest culminated in the 31st International Conference of Data Protection and Privacy, which approved in 2009 the Madrid Resolution on International Privacy Standards.

This Joint Proposal for Setting International Standards on Privacy was not an international agreement, nor a binding legal regulation. However, its value and relevance as a reference text comes from the fact that the international data protection community participated greatly in creating it, and it includes elements that are present in all data protection systems currently in force. This text was of course supported by all the Authorities participating at the International Conference.

8

This Joint Proposal aims,

- Firstly, to promote data protection and privacy rights internationally, providing a regulation model that guarantees a high level of protection. It was also designed in a way that meant it could be adopted in any country, with only minimal adaptations that may be required for the purposes of legal, social or economic requirements of each region.

- Secondly, to help ensure the fluid of personal data internationally. The fact that different national legislations currently exist side by side means that data transfers between countries in different geographical regions can require complex authorisation systems. The situation can be even more complex for multinational corporations, which have to abide by several different regulatory systems, depending on the countries where their various offices are based. This generates obstacles and



delays in international data flow, additional costs for companies and an imbalance in terms of competitiveness.

In this sense, the Joint Proposal for Setting Standards establishes a universal model for what can be considered to be an appropriate level of protection, and makes it possible to carry out data transfers with a minimal level of formalities between countries or entities with protection systems that are in line with this model.

The Proposal also incorporates principles, rights and concepts that are common to the main international instruments on data protection and privacy.

It is clear that the Internet's development is unstoppable, both in terms of technical quality and the evolution of user services and functions. Technology gives people power, and increases development possibilities. For this reason, it is essential that development is accompanied by rules that govern its proper use.

Regional legislation, including European legislation, may provide answers but, in practice, technology and globalisation oblige us to create standards that ensure a satisfactory level of protection worldwide.

Data protection will always be a “work in progress” that must keep pace with the new trends that are taking place continuously in the digital environment.





**SAGGI**





anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 18 gennaio 2015

Saggi

# Diritto errante. Spazi e Soggetti \*

di Mario Ricca \*\*

## **1. Intersoggettività e intercostituzionalità. Mobilità transnazionale e cittadinanza inclusiva**

L'inclusione dei soggetti all'interno dei contesti sociali e dei corrispondenti circuiti istituzionali è condizione per una convivenza democratica condotta sotto il segno della tutela dei diritti e del costituzionalismo. Le pratiche inclusive ruotano attorno alla relazione tra soggettività e comunità. Questo perché il diritto dei soggetti all'inclusione si articola secondo una grammatica concettuale e normativa. Colta nelle sue coordinate principali, essa transita sotto l'etichetta di "cittadinanza". Un lessico della cittadinanza è inclusivo se in grado di aggregare entro un paradigma di senso mediamente condivisibile (valori, principi, pra-

1

\* Questo saggio presenta in forma scritta e sviluppa la relazione tenuta al convegno *Immigrazione e cittadinanza inclusiva*, tenutosi presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi "Roma Tre", il 24 novembre 2014, organizzato nell'ambito delle iniziative promosse dall'Unità di ricerca Roma Tre, che partecipa al PRIN (2010-2011) *Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica*.

\*\* Professore ordinario di Diritto ecclesiastico presso l'Università degli Studi di Parma.



tiche cognitive e comunicative, regole, costume ecc.) le differenze presenti nella platea sociale.

Fin qui, lo stato dell'arte degli *standard* costituzionalistici elaborati all'interno della tradizione costituzionalistico-liberale. All'ombra di essi germogliano però alcuni quesiti che ruotano intorno ai contenuti, alle declinazioni culturali, di quella piattaforma di condivisibilità indicata come condizione indispensabile tanto per l'inclusione, quanto per la coesione sociale. Si tratta di quesiti che sgorgano dall'insufficienza delle versioni procedurali della grammatica della soggettività pubblica – partorite dalla filosofica politica e, poi, adottate dalla riflessione giuridica – ad assicurare l'equidistanza, la coordinazione simmetrica e la responsabilità del diritto rispetto agli stili di vita e agli immaginari articolati dalle platee sociali delle contemporanee società multireligiose e multiculturali. Propongo subito, dunque, alcuni degli interrogativi connessi all'esigenza e alla difficoltà di generare un volto della soggettività culturale e giuridica di tipo inclusivo.

Quali sono i soggetti che possono aspirare all'inclusione? Fino a che punto e come la dinamica pluralista può tollerare la forza centrifuga della differenza senza disgregarsi? Quali connotazioni della soggettività sono oggetto dei processi d'inclusione? Qual è il rapporto tra inclusione e differenza culturale nell'elaborazione del lessico della cittadinanza? E quali sono gli aspetti della cultura da prendere in considerazione? Solo quelli psico-sociali o anche quelli normativo-istituzionali? Qual è dunque il peso delle appartenenze multiple dei soggetti da includere? Come possono integrarsi i codici normativi o giuridici corrispondenti a queste differenti appartenenze all'interno di un lessico giuridico della cittadinanza di tipo inclusivo? E qual è il peso riconosciuto all'autonomia, all'autodeterminazione personale dei singoli sog-



getti rispetto all'inclusione degli apparati normativi dei sistemi sociali e istituzionali di appartenenza?

L'insieme degli interrogativi proposti sopra costituisce il motore, ma anche il fronte critico del costituzionalismo moderno. La sua matrice, sul piano della legittimazione politico-istituzionale, ha molto a che fare con la gestione delle differenze religiose all'alba della modernità. Una tematica che sembrava aver raggiunto una soglia di stabilizzazione all'interno della tradizione occidentale (al netto delle sue proiezioni nell'ambito coloniale), ma che oggi sembra rianimare le dinamiche della cittadinanza e della soggettività democratica<sup>1</sup>. Perché questo ritorno sulla ribalta degli aspetti religiosi insieme e in combinazione a quelli culturali? Perché le persone si appellano alla religione per rivendicare la propria differenza, il proprio diritto alla differenza?

La questione può trovare una risposta – o almeno una parte di essa – nel rapporto tra cultura ed eguaglianza. La storia del costituzionalismo ha certamente a vedere con l'era delle scoperte coloniali. Affermare che la "sua" sia una storia tutta moderna e, in quanto moderna, tutta e solo euro-occidentale è un'affermazione che rischia di rivelarsi carente di prospettiva storica. Quel che è accaduto in Europa dal 1500 in avanti è certamente connesso al coevo schiudersi di nuove prospettive geografiche ed economiche. L'Europa ha però fornito al costituzionalismo una curvatu-

<sup>1</sup> Nella sconfinata letteratura su tema, cfr. W.F. Sullivan, R.A. Yelle e M. Taussig-Rubbo, *Introduction*, in F. Sullivan e M. Taussig-Rubbo (a cura di), *After Secular Law*, Stanford, Stanford University Press, 2011. Cfr., in una prospettiva allargata al mondo asiatico e attraverso un approccio antropologico rivolto a sottolineare come quella Occidentale sia solo "una" forma di secolarizzazione, i saggi contenuti in N. Bubandt, M. van Beek, *Varieties of Secularism in Asia: Anthropological explorations of religion, politics and the spiritual*, London - New York, Routledge, 2012. Su questa stessa tematica rinvio anche a M. Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008 e Id., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, Torri del Vento, 2012.



ra universalistica profondamente connessa alla necessità di disinnescare le guerre di religione e i disastri che le accompagnarono proprio all'alba dell'epoca moderna.

L'uguaglianza perorata e professata dalle carte costituzionali come dalle legislazioni di tipo codicistico sgorgava dalla necessità di neutralizzare il potenziale conflittuale della differenza religiosa, utilizzata quale strumento di legittimazione delle antagonistiche rivendicazioni del potere politico. Sennonché le differenze religiose presenti a quel tempo in Europa si muovevano nell'alveo culturale del cristianesimo. Poca o nulla, ad esempio, fu la voce dell'Ebraismo nell'opera di modellazione della soggettività sociale e giuridica partorita dal razionalismo e dall'Illuminismo<sup>2</sup>. Per non parlare poi dell'Islam, del Confucianesimo, del Buddhismo, dell'Induismo, allora socialmente assenti dalla platea demografica dei territori europei – o, comunque, politicamente neutralizzati.

L'uguaglianza e i modelli di soggettività predicati e forgiati dal linguaggio giuridico e politico dell'Europa moderna affondavano le proprie radici nella cultura cristiana. Dalla commistione tra diritto romano e Cristianesimo, operata durante il medioevo e l'età proto-moderna, traevano entrambi il proprio materiale costitutivo. Di là dalla selva di dualismi tracciati tra politica e religione, foro esterno e foro interno, etica e diritto ecc., e congegnati dal pensiero moderno, la semantica profonda della soggettività legale rimase sostanzialmente intatta, almeno per quel che riguardava le coordinate della convivenza quotidiana. Se la logica dei diritti fondamentali e/o naturali creava

<sup>2</sup> È vero che nel *De jure belli ac pacis*, Grotius fa alcuni rinvii all'universo etico-religioso ebraico, ma si tratta di richiami genealogici rispetto a categorie etico-giuridiche forgiate e riforgiate attraverso il trascolorare della tradizione giuridica romanistica in quella cristiano-medievale.



una scansione tra pubblico e privato, tra autorità e libertà, prima sconosciuta al lessico giuridico gius-politico europeo, tuttavia le forme della soggettività giuridica di diritto comune rimasero sostanzialmente invariate.

Nella loro struttura di fondo, i modelli contrattuali, successivi, penalistici ecc., rimasero inalterati, transitando sostanzialmente immuni da radicali rivolgimenti attraverso le colonne d'Ercole dell'epoca moderna<sup>3</sup>. Essi ripetevano forme antiche, ancorché incastonate su una struttura istituzionale affrancatasi dal controllo delle autorità ecclesiastiche e centrata sulla libertà di coscienza e sull'autonomia degli individui. Ciò nonostante, quei modelli si autodefinivano universali. E universali erano effettivamente, nella forma grammaticale-concettuale dei propri enunciati, non di certo nella sostanza culturale. Essi convogliarono così il potenziale di universalità insito nelle dichiarazioni dei diritti all'interno di una cornice di senso e di esperienza giuridica intrisa di etica e antropologia cristiane.

A tal riguardo, gli euro-americani si dimostrarono però un po' strabici. Non riuscirono ad avvertire che l'universalità da loro professata non era altro, nelle sue articolazioni sostanziali, se non il riflesso della propria identità culturale. La mancanza di riflessione critica e di auto-distanziamento probabilmente dipendevano dalla circostanza che il linguaggio giuridico mo-

<sup>3</sup> I cambiamenti riguardarono soprattutto la retorica di legittimazione delle normative, prima fra tutte quella contrattuale. Cambiamenti che appaiono eclatanti a uno sguardo dall'interno della tradizione culturale occidentale, si rivelano invece minimi se elaborati a partire da un punto di vista culturalmente Altro. Sulla continuità filosofico-normativa nella categoria del contratto, attraverso le epoche, cfr., ad esempio, J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Law*, Cambridge, CUP, 1991; cfr., anche, W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.



dero era prospettato già di per sé, e nonostante le sue matrici semantiche, come il risultato di un processo di astrazione dalle differenze. Di là dalle rispettive appartenenze religiose (cattolicesimo, luteranesimo, cristianesimo ortodosso, calvinismo, gallicanesimo, anglicanesimo ecc.), la cartografia giuridico-sociale della soggettività civilistica e penalistica si palesava comune, proiezione di una ragione comune a tutti gli uomini e al tempo stesso dono di quel Dio unico, pure reso plurimo nello spettro delle differenze confessionali, che è il dio cristiano. Probabilmente, anche per effetto di questa operazione prospettica, il diritto moderno elaborato dal giusrazionalismo fu successivamente percepito come libero da condizionamenti religiosi e figlio di un puro parto della Ragione Umana<sup>4</sup>.

Questa illusione di universalità e a-religiosità è alla radice di un duplice errore di prospettiva politica. Il diritto occidentale moderno cominciò presto a errare per il pianeta, in groppa al sinistro destriero del colonialismo. Al suo cospetto, tutte le differenze culturali, radicate a loro volta nei propri bacini di senso

<sup>4</sup> Nel passaggio dal giusrazionalismo all'Illuminismo giuridico prende corpo l'idea di una ragione - e di una razionalità giuridica - autoprodotta dalla natura umana. Si tratta di una mossa retorico-epistemologica, ma anche politica. Essa porta a compimento il processo di autonomizzazione della ragione inaugurato dal razionalismo germinato dalla Seconda Scolastica. Bisogna sottolineare, tuttavia, che la ragione di Grozio è prerogativa umana, e universale, in quanto comunque dono di Dio. Ed è proprio in forza di questo dono, già incapsulato nella natura umana, che la ragione - e anche la ragione etico-giuridica - può vantare la propria autonomia, al propria valenza universale indipendentemente dal Dio in cui ciascuno crede. In altre parole, i principi del diritto naturale di Grozio sono da ritenere razionali e validi "anche se Dio non ci fosse", proprio perché Dio ha *già* donato la ragione agli esseri umani e non potrebbe riconoscersi in qualcosa che è intrinsecamente buono in quanto oggetto di un suo dono ai propri figli. A nascondersi, dietro questi apparenti circoli viziosi, si agitavano le implicazioni della controversia sugli universali - e, quindi, anche sugli universali etico-giuridici.



antropologicamente connessi all'esperienza religiosa, risultavano macchiate da un'irredimibile connotazione superstiziosa<sup>5</sup>. Così, mentre se ne occultavano le matrici cristiane, si utilizzava il diritto di marca occidentale come pietra di paragone per tacciare di irrazionalità e condizionamento religioso/superstizioso i modelli normativi dei popoli vittime della colonizzazione. In altre parole, errando geograficamente il diritto occidentale andava "errando" su se stesso, sulle proprie coordinate culturali, e forse trovava proprio in questo errore il motore e la legittimazione per il suo errare spaziale e... missionario<sup>6</sup>.

A questo primo errore storico, se ne va oggi aggiungendo uno speculare, rintracciabile a contorno della gestione dei fenomeni migratori da parte degli stati occidentali contemporanei. L'irrompere dell'Alterità culturale - erede di quella un tempo vittima dei processi di colonizzazione - all'interno degli scenari sociali occidentali sulla scia delle migrazioni ha reinnescato il fenomeno della marcatura fideistico-religiosa della differenza. Il processo si dispiega secondo una sequenza complessa, frutto anche del permanere nella memoria dei suoi attori di schemi interpretativi ereditati dal passato coloniale. L'Altro che sopraggiunge è avvertito come un soggetto carico di diversità. Una diversità che dipende dalla sua cultura, percepita e giudicata come elemento straniante. Agli occhi di chi riceve, ovviamente, la cultura e la differenza sono connotazioni tipiche dell'Altro. Del resto, che la propria, di cultura, tenda a travestirsi da natura, indossando i

<sup>5</sup> Benché il suo approccio teorico all'antropologia sia oggi non condivisibile, una straordinaria denuncia di questo atteggiamento si ritrova in J.G. Frazer, *The Devil's Advocate: A Plea for Superstition*, in *The Collected Works of J.G. Frazer*, London-New York, Routledge, 2000 (ed. it. *L'avvocato del diavolo. Il ruolo della superstizione nelle società umane*, Roma, Donzelli, 2000).

<sup>6</sup> Su questi aspetti, cfr. P.H. Glenn, *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2005.



panni dell'ovvio, è cosa ben risaputa. La percezione del "culturale" è in questo un po' come la percezione degli odori. A essere registrati dalla coscienza sono solo quelli altrui. L'assuefazione ai nostri li fa invece sparire dall'orizzonte percettivo.

Senonché il termine di paragone dell'altrui differenza culturale è - o meglio è stata, fino a qualche tempo addietro - la presunta assoluta laicità e/o secolarizzazione degli stili di vita e degli ordinamenti giuridici occidentali. E siccome nell'antagonismo identitario l'opposizione è sempre netta e integrale, se i linguaggi occidentali si auto-dichiaravano secolarizzati e razionali quelli dei non-occidentali, in quanto diversi, non potevano che essere qualificati come folklorici e religiosamente connotati. La *differenza* è andata così radicalizzandosi e trasfigurandosi nella *diversità* e questa, a sua volta, nella polarizzazione etno-religiosa. Gioco, questo, estremamente pericoloso, non foss'altro perché nella razionalità occidentale gli Altri hanno presto riconosciuto le fattezze antropologico-culturali del Cristianesimo. Così, a un certo punto, "l'effetto specchio" di tutti i conflitti d'identità ha fatto in modo che gli Altri si riconoscessero nella religiosità che si rimproverava loro e gli stessi occidentali finissero per ri-vestirsi dei simboli cristiani dei quali pensavano d'essersi spogliati.

In estrema sintesi, l'universalismo figlio dei processi di razionalizzazione-secolarizzazione attraversati dalla cultura occidentale moderna era e si dimostra ancora il parto di un lavoro incompleto. La soggettività giuridica pubblica, attualmente dilaniata dai conflitti identitari-religiosi, è il fio di quella dissimulata incompletezza, figlia anche del rifiuto di considerare le culture investite dall'ondata coloniale di pari dignità rispetto a quelle dei *migranti-vincitori* occidentali<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. S. Muthu, *Enlightenment against Empire*, Princeton (N.J.)-Oxford, Princeton University Press, 2003.



L'Altrove che si fa prossimo, mediante le migrazioni, sembra presentificare, rendere sincronico, qualcosa che fino a ieri sarebbe sembrato a-sincronico rispetto al presente euro-americano<sup>8</sup>. La modernità incarnata, agita e "impugnata" dall'Altro con la sua disponibilità agli spostamenti geografici improvvisamente resuscita i conflitti politici a base religiosa.

La forza pervasiva dell'immaginario che fa da accompagnamento alla chiamata in causa della religione determina così la radicalizzazione dei conflitti tra le differenti letture della soggettività e l'inquadramento di essi nei termini di un multiculturalismo tendenzialmente calibrato secondo blocchi di appartenenze fideistiche<sup>9</sup>. È questo un modello interpretativo assai diffuso ancora oggi presso l'opinione pubblica. Benché le sue maggiori fortune risalgano a qualche anno fa, tuttavia i suoi approssimativi schematismi sono ancora fin troppo condivisi. Non solo esso assimila religioni e culture, senza distinguere la dimensione confessionale e quella antropologica dell'esperienza religiosa, ma finisce per irrigidire le connotazioni culturali entro modelli e sistemi di appartenenza di tipo normativo e stereotipato. Alcuni dei quesiti proposti all'inizio del testo derivano in parte proprio dall'adozione di questo modello e dalle conseguenze istituzionali di essa.

Congelare e impacchettare le persone entro modelli sistemico-normativi di soggettività, quasi gli individui fossero esemplari conati in serie, è alla radice di un problema tipico genera-

<sup>8</sup> Cfr. G. Marramao, *Cosmopolitismo della differenza. Il diritto dopo Babele*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2008, n. 8.

<sup>9</sup> Era la tesi antropologicamente inconsistente, ma politicamente capace di uno sventurato successo, di S. Huntington, *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996 (trad. it., *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 2000).



to dalle politiche multiculturaliste. Anziché considerare la cultura come una componente dinamica, a disposizione delle persone, sostanzialmente coincidente con una competenza creativa costantemente attivabile da ciascuno a seconda delle condizioni ambientali, questo approccio finisce per essenzializzarla, riducendola a un repertorio di codici e pratiche. La differenza culturale finisce perciò per essere rintracciata nei simboli, nelle connotazioni morfologiche più eclatanti e caratteristiche – per non dire folkloristiche – delle sue esternazioni materiali, anziché nella capacità di articolare percorsi di senso orientati a costruire l'esperienza esistenziale delle persone<sup>10</sup>.

La ricerca della differenza culturale diviene così coestensiva alla possibilità di rintracciare prove oggettive che testimonino l'identificabilità di un dato comportamento con i suoi indici di codificazione sistematica all'interno delle tradizioni, delle ortoprassi confessionali, di ordinamenti normativi di tipo etico o giuridico ascrivibili a gruppi o etnie ben distinte<sup>11</sup>. Osservato dal punto di vista del diritto statale, il problema dell'inclusione della differenza culturale diventa, di conseguenza, un problema

<sup>10</sup> Su questa riduzione a oggetto dei reticolati di senso che sostanziano la cultura, sul carattere compromissorio e mercificante della pratica delle c.d. (e troppo osannate) *accommodations* sovente calibrate sugli aspetti morfologici degli indici simbolici dell'identità culturale e sulla sua contrapposizione rispetto a un'accezione di cultura intesa come competenza culturale in atto (dunque, capacità di creare continuamente coordinate culturali), rinvio a M. Ricca, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs. competenza culturale nel mondo del diritto*, in E | C. *Rivista dell'Associazione italiana di Studi semiotici* ([www.ec-aiss.it](http://www.ec-aiss.it)), 21 maggio 2013.

<sup>11</sup> V. A.D. Renteln, *Cultural Defense*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2004; M.-C. Foblets e A.D. Renteln, *Introduction*, in M.-C. Foblets e A.D. Renteln (a cura di), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives of the Cultural Defences* (Onati Series in Law and Society), Oxford, Hart Publishing; A. Eisenberg, *Reasons of Identity: A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*, Oxford, Oxford University Press, 2009.



di rintracciabilità e recepibilità delle norme in grado di certificare gli usi culturali. Ed ecco il senso della domanda posta più sopra: inclusione degli aspetti psico-sociali dei comportamenti tenuti dalle persone o piuttosto dei criteri di tipo normativo che ne regolano l'agire all'interno dei sistemi culturali e/o giuridici di provenienza/appartenenza?<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Per un'analisi del pluralismo giuridico e dei suoi rapporti non coestensivi con l'intercultura, cfr. M. Ricca, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013, pp. 297-322. Per una rassegna analitico-critica del pluralismo giuridico, cfr. E. Melissaris, *Ubiquitous Law*, Farnham-Burlington, Ashgate, 2009; J. Griffiths, *Legal Pluralism*, in *Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, New York, Elsevier, 2001. Per una visione anti-essenzialista del pluralismo giuridico cfr. Z. Tamanaha, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, 2000, XXVII, p. 296 ss. Ho sviluppato una critica alle proposte anti-definitorie, circa la questione "cosa sia diritto" in M. Ricca, *Culture interdette*, cit., p. 27. Cfr., infine, l'interessante saggio di B. Dupré, *Legal Pluralism, Pluralism of Laws, and Legal Practices*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1, p. 1 ss., che invita a una visione praxeologica del pluralismo giuridico. In Tamanaha e Dupré rimane, comunque, una traccia dell'approccio generale e originario al pluralismo giuridico, concentrato innanzi tutto sulla definizione di 'cosa sia diritto': questione che nasce sullo sfondo di una critica allo statalismo giuridico e si colora di anti-statalismo in difesa dei c.d. *unofficial laws*. La loro visione rimane comunque dall'esterno, semmai idealmente orientata a dimostrare che se è diritto anche quel che non fa parte dello Stato, allora il diritto statale deve porsi in ascolto o in una condizione di coordinazione simmetrica con le altre forme di giuridicità. Anche la proposta praxeologica e concretamente anti-definitoria della Dupré (in questo più situata e meno astratta di quella rappresentativista di Tamanaha, per cui è diritto tutto ciò che le persone ritengono tale: approccio retoricamente efficace ma pragmaticamente irresolutivo) sbocca in un'attività di tipo ricognitivo, come se il diritto fosse qualcosa che lo studioso deve osservare e non contribuire a fare. Una visione - per quanto possa apparire paradossale dirlo - che risente o comunque reca con sé l'orma dell'epistemologia positivista e formalistico-neokantiana, proprio anche di Kelsen. Il diritto interculturale, così come lo immagino io, punta invece a produrre e a promuovere quegli effetti che la Dupré ritiene di intravedere in alcune forme di commistione inter-legale promosse dall'agire delle persone. E, circostanza cruciale, esso è diretto a determinare l'inclusione interculturale



Le relazioni tra culture sono relazioni tra persone, tra individui pensanti e senzienti. Le culture non girano per strada. La cultura è un saper fare incarnato in prassi dinamiche generate mediante l'uso di abiti, schemi interpretativi di tipo elastico. Questo non significa che l'origine, l'educazione, quanto già si sa, non abbiano la loro importanza nella comprensione del senso dell'agire personale. Indica piuttosto che una persona non è la sua origine, la sua appartenenza. La migrazione, lo spostamento geografico, sono traslochi, passaggi attraverso contesti di senso. A ogni contatto, i saperi culturali di riarticolano, rispondono alle domande poste dall'ambiente e ne pongono a esso. Tutto ciò innesca processi di metamorfosi che, in molti casi, rispondono al bisogno di cambiare proprio per rimanere se stessi in mondi differenti, in contesti di senso diversi da quelli vissuti in precedenza. Il problema dell'inclusione culturale sorge e deve trovare il suo metronomo all'interno delle relazioni intersoggettive, dei loro percorsi, delle loro pieghe. Cablare l'andamento dell'intersoggettività interculturale all'interno di sequenze di traduzioni tra plessi normativi inscatola invece i processi di adattamento entro schemi aprioristici scollati dalla realtà e dai bisogni della gente. Lavorare a tavolino, verificando l'attendibilità delle rivendicazioni culturali in base alle loro corrispondenze a codici normativi autoritativamente certificati, produrre tradu-

nell'uso dello stesso diritto statale, facendolo collassare sui suoi stessi presupposti di legittimazione, a loro volta connessi e radicati nella presenza di costanti culturali messe in movimento, alterate, dal modificarsi delle coordinate corologiche dell'esperienza giuridica e sociale contemporanea. Sui profili corologici, v. *infra*. Meritoria, a tal riguardo, è l'iniziativa - di F. Fontanelli, *Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Relations*, in *Transnational Legal Theory*, 2010, n. 2 (1), pp. 67-117 - di veicolare nel dibattito internazionale l'approccio al pluralismo giuridico di Santi Romano.



zioni condotte sui testi, tentando di mettere in dialogo questi anziché le persone, significa dar vita a una caricatura dei processi interculturali. I risultati di simili operazioni non potranno che essere fallimentari e, soprattutto, forieri di un incremento degli irrigidimenti identitari. Fino a quando, anziché dar voce alle persone mediante un'attività di ricerca sul campo, si pretenderà di filtrare le loro richieste attraverso schemi etico-normativi fissi e preconfezionati, la difettività delle politiche d'inclusione e integrazione sarà inevitabile. Le norme non hanno niente da dire, se non ribadire se stesse. Sono il prodotto di esperienze culturali, non il loro motore. E la condizione che accompagna il prodursi dell'intersoggettività interculturale è già un'esperienza in sé, del tutto inedita, che proprio per questo deve poter autoprodurre transattivamente le proprie norme, i propri codici di riproduzione pacifica.

La problematicità dell'inclusione *per confronto o accomodamento di plessi normativi* si situa al cuore dell'idea stessa di cittadinanza inclusiva. La questione riguardante "che cosa includere" è affrontata mediamente da un punto di vista formale e/o istituzionale. Ripetendo il modello gerarchico normativo, la soggettività è considerata quale proiezione dell'ordinamento: come se i soggetti, riguardati sotto la lente del diritto, fossero scolpiti a tutto tondo dalle parole e dalle categorie che esso utilizza<sup>13</sup>. Il medesimo paradigma è proiettato su chi manifesta e rivendica

<sup>13</sup> Si tratta del tradizionale approccio formalistico-positivistico alla soggettività giuridica e alla capacità. Mi sono occupato in modo più ampio di questo approccio e delle sue correlazioni con pluralismo culturale e religioso caratteristico delle società contemporanee in M. Ricca, *Intercultural Law, Interdisciplinary Outlines, Lawyering and Anthropological Expertise in Migration Cases: Before the Courts*, in E|C, *Rivista dell'Associazione italiana di Studi semiotici* ([www.ec-aiiss.it](http://www.ec-aiiss.it)), 3 marzo 2014, pp. 1-53. Rinvio a quello scritto per ulteriori, ampie indicazioni di letteratura sul tema.



la propria differenza culturale. Nel e per valutare le sue richieste di riconoscimento, la loro “meritevolezza di tutela”, si intraprende la ricerca di cornici normative che formino la sua soggettività. L’Alterità antropologica, psico-sociale, culturale, diventa così alterità normativa. La pluralità culturale è sottoposta a una sorta di meccanica sostituzione concettuale, in modo da trasformarsi in pluralità ordinamentale. Come a dire che nello specchio del diritto il pluralismo non possa essere altro che pluralismo delle norme.

La visione formalistico-piramidale dell’esperienza giuridica e il suo approccio epistemologico coinvolgono anche i diritti fondamentali e l’uso che se ne fa. Essi sono utilizzati come asse per traghettare all’interno degli ordinamenti statali i plessi normativi che qualificano giuridicamente l’esperienza e le richieste dell’Altro. La partita dell’inclusione si gioca dunque sulla base della compatibilità tra i codici normativi utilizzati per “riconoscere” - verrebbe da dire: per vedere - l’Alterità e la loro compatibilità con i diritti umani e/o fondamentali. È quasi superfluo osservare che per questa via le possibilità di negoziazione interculturale sostanzialmente svaniscono poiché si schiacciano sulla compatibilità inter-normativa e sull’esiguo saggio di transazione semantica consentito dalla rigidità degli enunciati legali e prescrittivi.

In effetti, l’elasticità e la vaghezza semantica delle disposizioni normative più generali si manifesta con particolare intensità e può giovare ai fini dell’inclusione culturale quando si tratta di far entrare situazioni concrete, piuttosto che regole, all’interno dello spettro semantico degli enunciati normativi. Più le parole e le categorie utilizzate sono astratte più sono ambigue, nel senso che è difficile stabilire cosa stia dentro e cosa fuori dai confini categoriali. Non esistono confini netti. Anzi, non appena essi vengono disegnati, immediatamente divengono percepibili gli elementi di



continuità tra le connotazioni semantiche di quel che sta dentro e di quanto rimane fuori dalla categoria<sup>14</sup>. È un po' come se il *de-finire* stesso generasse i presupposti per la sottoposizione a critica dei *con-fini* da esso tracciati. Viceversa, quando i poli del confronto sono rappresentati da più enunciati, ad assumere salienza categoriale sono proprio i tratti differenti, le asimmetrie nella morfologia linguistica, così da diventare qualificanti, finendo per far inceppare i processi di transazione e negoziazione etico-culturale. La forma, l'apparenza morfologica e la sua conservazione si fanno oggetto del contendere. Nella loro apparente nitidezza, le parole prese per se stesse oscurano la visibilità e la stessa ricerca del contesto di senso, che invece ne situerebbe narrativamente la portata semantica aprendo le porte a sovrapposizioni teleologiche e, quindi, a traduzioni/transazioni intercategoriale e interculturali assai più elastiche.

La sfida di una cittadinanza inclusiva finisce così per rimanere imbrigliata dentro le schermaglie del pluralismo inter-legale (o dell'inter-legalità). Questo approdo trascura tuttavia che le cartografie normative della cittadinanza sono l'effetto, la conseguenza di esperienze di comunicazione intersoggettiva consumate lungo i percorsi di un agire sociale diffuso e dispiegato attraverso tutte le scansioni del quotidiano<sup>15</sup>. Il vocabolario

<sup>14</sup> Cfr. Z. Bauman, *Modernity and Ambivalence*, Cambridge, Polity Press – Blackwell, 1991 (trad. it., *Modernità e ambivalenza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010) e H. Blumenberg, *Theorie der Unbegrifflichkeit*, Frankfurt a.M., 2007 (trad. it., *Teoria dell'inconcettualità*, Palermo, :duepunti edizioni, 2007), benché i due autori muovano da punti di vista profondamente differenti.

<sup>15</sup> In una letteratura sul tema della cittadinanza ormai di colossale ampiezza, credo sia da segnalare, nel senso indicato nel testo, la ricerca guidata da S. Trnka, C. Dureau e J. Park (a cura di), *Senses and Citizenships: Embodying Political Life*, London-New York, Routledge, 2013, ove si affronta il tema delle relazioni psico-politiche esistenti tra vocabolario delle percezioni sensoriali e lesico dell'appartenenza e della cittadinanza nazionali.



della cittadinanza, in altre parole, non è costruito né si potrebbe costruire dialogando di possibili incastri inter-normativi dai bordi di una scrivania. Per rimanere in metafora, quel vocabolario è costituito tanto di lemmi e definizioni quanto di fraseologie. Esso poggia largamente sull'implicito, sul non-detto coestensivo al costante e mobile articolarsi degli abiti sociali. Ed è appunto su quel terreno che prende corpo l'intersoggettività e può manifestarsi, con l'affacciarsi dell'Altro sulla scena pubblica, un'intersoggettività interculturale. Costringendo le dinamiche di traduzione e transazione del senso all'interno delle gabbie dell'inter-normatività e del pluralismo inter-legale, si tenta una gestione dall'alto, sostanzialmente dirigitica, delle pratiche d'emersione di una cittadinanza inclusiva. Il risultato è e sarà tendenzialmente asfittico, destinato a impantanarsi nelle paludi degli irrigidimenti identitari omologhi e mimetici rispetto alla rigidità degli apparati normativi posti a confronto.

Assi delle richieste di riconoscimento culturale sono in tutti questi casi i diritti umani e/o fondamentali. Ciò accade, in molti casi, anche perché all'interno dei sistemi o degli ordinamenti di appartenenza le loro potenzialità semantiche tendono a saldarsi alle norme di diritto comune che condensano in sé i codici culturali dell'agire comunitario. Il tentativo che accompagna i traslochi migratori diviene allora quello di affermare in altri luoghi la pari legittimità delle proprie norme di riferimento rispetto al parametro dei diritti umani e/o fondamentali. Il confronto inter-normativo si riprospetta, quindi, come un confronto tra opzioni interpretative dei diritti. Nell'assoluto silenzio circa lo sfondo di senso delle diverse istanziazioni della soggettività situato a livello antropologico, il confronto inter-normativo sbocca inevitabilmente nell'adozione e nella difesa in chiave prototipica delle proprie modalità di interpretazione e attuazione dei diritti umani e/o fondamentali. Le conseguenze di un simile ri-



direzionamento si rivelano però drammatiche proprio sul piano dell'inclusione. E ciò per la semplice ragione che l'incompatibilità registrata al livello delle normative di diritto comune finirà per prospettarsi come una polarizzazione rispetto ai diritti umani presi per sé. Detto più semplicemente, l'esito sarà che tutto quanto contrasta con il "mio" modo di attuare i diritti umani, assunto in chiave prototipica, si dimostrerà per ciò stesso contrario a essi, dunque dis-umano<sup>16</sup>. Così, in un batter di ciglia, da formidabile strumento d'inclusione il discorso e gli enunciati sui diritti si saranno sinistramente trasfigurati in un potentissimo mezzo di esclusione e stigmatizzazione dell'Alterità.

Sul fronte problematico appena tratteggiato, il problema di fondo consiste nell'abitudine, tipica dei giuristi, di stabilire una sorta di priorità logica e cronologica dell'inter-normatività rispetto all'intersoggettività. Si tratta, a ben vedere, di una pratica diffusa e pervasiva che connota un fenomeno, per alcuni versi pure auspicabile, etichettato ai suoi massimi livelli come l'intercostituzionalità e, rispetto ai diritti umani e/o fondamentali, come "inter-giusfondamentalità"<sup>17</sup>. L'affermarsi delle Carte di diritti sovranazionali e dei corrispondenti organi giurisdizionali di garanzia – dalla CEDU alla Corte Internazionale di Giustizia, dalla Corte di Giustizia europea alla Corte penale internazionale ecc. – alimenta un fenomeno altrimenti indicato come "migra-

<sup>16</sup> Cfr. X. Chrysoschoou, *Cultural Diversity: Its Social Psychology*, Oxford, Blackwell publishing, 2004; M. Ricca, *Oltre Babele*, cit. e Id., *Uso interculturale dei diritti umani e corologia giuridica*, in *Humanitas*, 2014, n. 3/4.

<sup>17</sup> Cfr. A.A. Silveira, *Diritto dell'Unione Europea: dimensione culturale e artistica in un contesto di intercostituzionalità*, in *Arte e critica*, numero speciale *Nuove Alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, 2014, pp. 72-77 (il testo si scarica come pdf da [www.decamaster.it](http://www.decamaster.it)); J.J.G. Canotilho, *Principios y "Nuevos Constitucionalismos"*. *El problema del los Nuevos Principios*, 2011, visibile su <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/07JGomesCanotilho.htm>.



zione delle idee costituzionali<sup>18</sup>. Le soluzioni adottate in alcuni sistemi statali sovranazionali influenzano i filoni interpretativi dei diritti umani e/o fondamentali adottati dalle Corti nazionali, e viceversa. Tutto ciò genera una sorta di giuridica lingua comune che può fare da asse di trasmissione su scala globale – e comunque transnazionale – di modelli normativi delle relazioni intersoggettive<sup>19</sup>. Del resto, ogni decisione sui diritti è inerente alle

<sup>18</sup> Cfr. S. Choudhry, *Migration as a New Metaphor in Comparative Law*, in Id. (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2006.

<sup>19</sup> Si tratta di un'idea difesa con forza anche all'interno del paradigma funzionalista delle reti. Cfr. G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, trad. it. di scritti vari, Roma, Armandò, 2005; Id., *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2012 (trad. it. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori); C. Joerges, I.-J. Sand e G. Teubner (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2004; F. Ost, M. van de Kerckhove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, riconducibile sul piano filosofico al paradigma rizomatico proposto a suo tempo da Deleuze e ripreso, in termini giuridici, da A. Philipopoulos-Mihalopoulos, *Spatial Justice: Law and the Geography of Withdrawal*, in *International Journal of Law*, 6 marzo 2010; Id., *Law, Spaces, Bodies: the Emergence of Spatial Justice*, in L. de Sutter e K. Mcgee (a cura di), *Deleuze and the Law (Deleuze Connections)*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012. In una prospettiva differente, B. Santos de Sousa, C. Rodríguez-Garavito, *Law, Politics, and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization*, in B. Santos de Sousa, C. Rodríguez-Garavito (a cura di), *Law and Globalization from Below: Toward a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, CUP, 2005. Per una critica degli orientamenti post-moderni che vedono nell'attivazione delle reti normative uno strumento di emancipazione dell'individuo dai contingentamenti statalisti e da generalizzazione serializzanti, rinvio a M. Ricca, *Intercultural Law*, cit. In quella sede, pavento il pericolo che le dinamiche macrosistemiche, insieme agli schemi serializzanti le soggettività sociali e mortificanti le differenze, travolgano qualsiasi possibilità per l'agency individuale, trasformando il soggetto in nulla più che in un epifenomeno dell'interazione reticolare e/o rizomatica. L'approccio giuridico-interculturale, che io propongo, punta invece a valorizzare e promuovere la creatività individuale.



relazioni che possono generarsi tra gli individui e gli stati, e di riflesso tra gli individui. Inoltre, poiché l'interpretazione costituzionale è alimentata dal confronto con casi pratici, e questi sono a loro volta qualificati attraverso lo spettro delle discipline (e delle culture) giuridiche dei differenti paesi, in qualche modo l'interlegalità tende a favorire anche *legal transplants* che non interessano soltanto i parametri dell'interpretazione dei diritti umani e/o fondamentali. Insieme a quei parametri, viaggiano anche i paradigmi normativi di diritto comune. Questo gioco di contaminazioni reciproche giova a generare un lessico della soggettività giuridica transnazionale. Lungo le sue coordinate anche gli individui verrebbero guadagnando la possibilità di veder tutelate le proprie istanze di giuridificazione dotate di una curvatura semantica dovuta alla propria differenza culturale. A questo riguardo si parla appunto di dialogo tra le Corti, di inter-legalità, diritto costituzionale cosmopolitico<sup>20</sup>, inter-giusfondamentalità<sup>21</sup>.

Il sintonizzarsi tra i sistemi segue tuttavia logiche che con la germinazione dell'intersoggettività sociale e transculturale hanno ben poco a che fare. In molti casi, il tracciato delle contaminazioni si direziona lungo le rotte del potere, dei condizionamenti economico-politici generati sul piano delle relazioni internazionali tra stati e potentati finanziari, quando non al seguito delle "ragioni" di una ben oliata retorica di propaganda in materia di diritti umani<sup>22</sup>. I transiti o le migrazioni normative traghettano soluzioni che seguono percorsi di senso totalmente diversi da quelli disegnati o disegnabili da parte delle persone

<sup>20</sup> G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, cit.

<sup>21</sup> A.A. Silveira, *Diritto dell'Unione Europea*, cit.; J.J.G. Canotilho, *Principios y "Nuevos Constitucionalismos"*, cit.

<sup>22</sup> Per analoghe valutazioni critiche, ma sviluppate in modo più diffuso, rinvio a M. Ricca, *Culture interdette*, cit.



che migrano e sono impegnate a porre a confronto i propri saperi culturali con i nuovi ambienti. Le sintesi di senso elaborate o elaborabili dalle persone si collocano sul piano antropologico-culturale, e sono ritmate da processi di trasformazione, traduzione e transazione interculturale spesso creativi e, quindi, prevedibilmente asintotici rispetto agli effetti della contaminazione o del trasloco inter-normativo. A loro volta, però, gli esiti di queste operazioni di “invenzione” interculturale potrebbero ben aspirare a iscriversi nello spettro semantico dei diritti umani e/o fondamentali, alimentando un pluralismo assiologico-costituzionale concorrenziale rispetto al pluralismo inter-normativo e ai conseguenti modelli di inter-costituzionalità.

La sincronia e il parallelismo tra un pluralismo di matrice sociale – quindi alimentato dal basso – e un pluralismo di marca istituzionale – invece proiettato dall’alto – può convertirsi in una tutela difettiva della differenza culturale. Proprio perché incasellata entro paradigmi normativo-culturali riconoscibili e già riconosciuti dagli ordinamenti e dalle Corti, la differenza traghettata per mezzo dell’inter-costituzionalità interculturale di tipo formale-legalistico potrebbe avere la meglio sull’interculturalità maturata sul piano antropologico-sociale, oscurandola e inibendone la manifestazione. Il pluralismo degli ordinamenti, delle norme, potrebbe insomma rendere sorda l’interpretazione dei diritti rispetto alle istanze di qualificazione semantico-giuridica promosse a partire dalle transazioni di senso prodotte nell’esperienza concreta<sup>23</sup>.

Di fronte a questa sordità – già abbondantemente sperimentata nei contesti multiculturali dove è diffusa la pratica dei *cultural expertises* presso i tribunali – le persone, gli Altri, pur di ottenere il riconoscimento simbolico della propria differenza no-

<sup>23</sup> Su simili pratiche di prestiti normativi cfr., però, *infra* nel testo.



minale, potrebbero rassegnarsi ad autorappresentare i propri bisogni e le proprie istanze mantenendosi rigorosamente entro gli schemi normativi dei propri contesti culturali, religiosi, politici o etnici, di provenienza<sup>24</sup>. A indurre simili comportamenti sarebbe non tanto l'identificazione ortodossa con le proprie cifre culturali quanto piuttosto la paura dell'alternativa, e cioè del misconoscimento totale della propria differenza con il conseguente precipizio nei circuiti (anche psico-socialmente) soffocanti dell'assimilazione culturale. Prese nella morsa del pericolo del non riconoscimento e dell'autorità dei modelli identitari di matrice normativa, le persone finiscono per mortificare la propria creatività (inter-)culturale e accettano, per ragioni preminentemente simboliche, modelli identitari che non corrispondono alle proprie effettive esigenze esistenziali. Questa forbice tra la competenza culturale, intesa come capacità attiva di creare cultura, e la cultura reificata, vista come repertorio di pratiche normativamente configurate, genera linguaggi della cittadinanza tutt'altro che inclusivi.

Lo spazio assicurato all'interno degli ordinamenti a plessi normativo-culturali provenienti da altri sistemi somiglia più a una tessera di un puzzle, alla porzione di un patchwork, anziché a un'iniezione di differenze armonizzate entro il tessuto di una soggettività pubblica e giuridica condivisa. L'alienazione sociale dell'Altro finisce allora per fare coppia con il senso di alienità e di alienazione rispetto ai modelli culturali che gli vengono imposti proprio in nome della tutela per la sua differenza. Di qui allo sbocco verso un uso strumentale, simbolico, antagonistico e strategico della propria identità culturale il passo è brevis-

<sup>24</sup> Cfr. L. Holden, *Expert Report Writing: Professional Commitments and Legal Outcomes*, in L. Holden (a cura di), *Anthropological Expertise and Litigation: Patterns, Conflicts, Narratives*, London-New York, Routledge, 2011.



simo. E, in effetti, viene compiuto in modo pedissequo ancorché multiforme. L'imperativo pluralista dell'inclusione culmina, così, in una pratica dell'esclusione, della subalternità, sovente celebrata nell'aspirazione *alle* e, talora, nella previsione *delle* leggi e *delle* giurisdizioni personali, vero e proprio mausoleo funerario per le possibilità di una cittadinanza inclusiva e interculturale. La lotta per il potere, per lo spazio sociale, diviene a quello stadio la reale posta in gioco delle contrapposizioni identitarie. Contrapposizioni, appunto, tra attori resi in tutto e per tutto identici dall'aspirazione al potere, alla conquista di spazi da sottrarre al proprio Altro, in nome di una specificità culturale trasformata in mero strumento retorico e ormai svuotata di effettive connessioni con una genuina esperienza di senso che non sia quella dell'antagonismo politico e/o etnico.

## **2. Diversità culturale e istanze di tutela giuridica. Cosa chiedono al diritto statale le persone "in movimento"**

La diversità culturale si manifesta con primaria salienza sul piano dei significati articolati nella gestione delle relazioni intersoggettive. Gli apparati normativi, sia quelli di matrice statale sia quelli non statali (religiosi, etnici, locali, etici, associativi ecc.), entrano in gioco solo in un secondo momento, seppur oscurando il fenomeno originario. La loro rilevanza è massima quando le persone sono poste di fronte ai c.d. "conflitti di fedeltà". Le norme dei circuiti statali di provenienza o del gruppo e quelle dello Stato di approdo sovrappongono le loro proiezioni pragmatiche, disegnando modelli di esperienza e obblighi incompatibili. Se questa è la manifestazione più evidentemente patologica delle soggettività in transito o in movimento, non è detto tuttavia che la soluzione a essa debba rintracciarsi neces-



sariamente sullo stesso terreno del suo palesarsi, e cioè quello delle relazioni inter-normative.

Perché sorga un conflitto tra norme è sempre necessaria la presenza di un soggetto veicolatore. Le norme insistono sempre su situazioni di vita, sono formulate per disciplinarle e hanno come destinatari gli individui o i gruppi che le incarnano. Del resto, senza soggetti in azione mancherebbe il presupposto – e il fine stesso – della previsione normativa. Le persone, però, non sono le norme che ne regolano o pretendono di regolarne i comportamenti. Inoltre, i singoli vantano un relativo margine di autonomia nel costruire il proprio agire sociale e, quindi, anche nel far scattare gli effetti normativi. Questo margine, questa sorta di zona grigia, sussiste anche quando un individuo vive e agisce all'interno del suo contesto culturale e territoriale di nascita.

L'ampiezza del margine s'incrementa, tuttavia, almeno in termini potenziali, quando una persona si mette in movimento, migra attraverso differenti contesti esistenziali e diversi circuiti giuridici. In queste occasioni, il controllo sul soggetto, da parte di ciascun sistema, tende ad affievolirsi per una molteplicità di ragioni e in molteplici direzioni. L'affievolimento può dipendere da *deficit* di potere. Chi migra da un territorio statale a un altro diverrà relativamente esente dal mancato rispetto delle norme del paese di origine, mentre sarà sottoposto ai condizionamenti derivanti dal diritto dello Stato di approdo, dai quali era prima reso immune grazie alla cortina di protezione dello Stato di originaria residenza. In simili situazioni, il coefficiente di soggezione di un individuo rispetto agli ordinamenti di provenienza e di approdo potrà dipendere dalle relazioni tra di essi, regolate dal diritto internazionale pubblico e privato. In ogni caso, la possibilità di rimodellamento, di combinazione tra ef-



fetti normativi eteroconi costituirà una chance effettiva alla portata degli individui.

Il migrare, del resto, può riguardare non solo il profilo fisico, la persona in carne e ossa, ma anche i suoi interessi. Ed è proprio con riferimento a questo profilo, caratteristico di un'esperienza sociale spesso distesa su scala ultra-nazionale, che si parla di de-territorializzazione della soggettività giuridica e di un'interlegalità prodotta attraverso pratiche di *law shopping* o *law fishing*<sup>25</sup>. Una soggettività antropologicamente e giuridicamente esplosa nello spazio e a cavallo di più circuiti di potere territoriale è sempre più un dato "normale", caratteristico della contemporaneità, ancorché non a portata di tutti o, comunque, non nello stesso modo per tutti. La cittadinanza flessibile o transnazionale<sup>26</sup> è un fenomeno vissuto in modo non univoco. C'è chi può interpretarla da attore, organizzando la propria vita in modo ottimale mediante la distribuzione delle sue attività e dei molteplici volti della sua soggettività tra più piattaforme spaziali e culturali. Al tempo stesso, ci sono persone che subiscono

<sup>25</sup> B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, London, Butterworths, 2002; R. Wai, *The Interlegality of Transnational Private Law*, in *Law & Contemporary Problems*, 2008, 71/3, pp. 107-128; P. Jurčys, P.F. Kjaer e R. Yatsunami (a cura di), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Leiden, Martinus Nijhoff/Brill Publishing, 2013; v. anche M. Ricca, *Intercultural Law*, cit. e Id., *Sussidiarietà orizzontale e dinamica degli spazi sociali. Ipotesi per una corologia giuridica*, in *Scienza e Pace*, [www.scienzaepace.unipi.it](http://www.scienzaepace.unipi.it), 2014, n. 6, pp. 1-68.

<sup>26</sup> La denuncia carattere sostanzialmente elitario della c.d. *flexible citizenship* inizialmente configurata da A. Ong (*Flexible Citizenship: The Cultural Logics of Transnationality*, Durham, Duke University Press, 1999) rappresenta ormai un elemento acquisito alla letteratura antropologico-politica. Diverso discorso - ed è quello sviluppato nel testo - riguarda gli effetti culturali ed etico-giuridici dell'utilizzo strumentale della cosiddetta *accommodation* raggiunta attraverso l'uso parziale e parcellizzato, da parte dei migranti, di frammenti normativi di molteplice provenienza.



la multi-relazionalità spaziale dei propri luoghi di vita, ritrovandosi costrette ad accettare in qualità di soggetti passivi gli effetti di decisioni assunte altrove e da altri<sup>27</sup>.

In ogni caso resta il fatto che il trinomio sistema / norma / persona non è monolitico e la sua tenuta può sfaldarsi in modo tanto più ampio in ragione del dislocamento plurispaziale e pluridimensionale delle persone. Questo sfaldamento non è però sempre sinonimo di transazioni di senso raggiunte sul piano di una soggettività interculturale elaborata ad ampio spettro. Transazioni di senso di questo genere sono, in effetti, l'opposto di quel che offre, in modo solo superficialmente simile, la pratica del c.d. *law shopping* o *fishing*.

In questi casi, le norme degli ordinamenti rimangono formalmente immutate ma sono utilizzate dai singoli – spesso senza che gli operatori istituzionali se ne rendano conto – per scopi contingenti e concreti, talvolta assolutamente in linea e persino ultra-ortodossi rispetto ai blocchi culturali d'origine o di appartenenza. Di "interculturale" e di assiologicamente coerente in queste operazioni c'è ben poco. In molti casi, i migranti usano le norme dei paesi ospiti per imbastire conflitti silenti con l'ambiente d'approdo o, anche, con il loro circuito endo-culturale. Conflitti che possono rimanere totalmente nascosti allo sguardo di chi applica le norme. Tuttavia, anziché servire la coesione sociale e dinamiche inclusive e integrate della soggettività, dare corso e persino plaudire a questo uso del diritto interno del paese d'accoglienza o a improvvisati miscugli internazional-privatistici può generare situazioni normative solo apparentemente interculturali e dotate invece di un profondo disvalore rispetto ai presupposti di legittimazione assiologica e teleologica delle stesse norme

<sup>27</sup> Cfr., a questo riguardo, R. Tinnevelt e H. De Schutter (a cura di), *Global Democracy and Exclusion*, Oxford, Blackwell Publishing, 2010.



applicate al caso concreto. Gli esiti illegittimi del saldarsi tra norma e contesti culturali rischia però, come accennavo, di rimanere oscurato dall'apparente e formalistica coordinazione inter-normativa. In più, l'esito cumulativo di simili pratiche non fa altro che esacerbare le polarizzazioni tra culture e tra sistemi giuridici, gli stessi che sarebbero invece suscettibili di trovare fronti di traduzione/transazione interculturale.

Per intendersi, sul piano formale, non c'è dubbio che il singolo debba essere garantito nella sua possibilità di scegliere la norma da applicare al caso concreto o la giurisdizione da invocare. La legittimità della sua scelta deve essere però contestualizzata, altrimenti potrebbe dar luogo a una incontrollabile e illecita eterogenesi dei fini a carico delle stesse discipline utilizzate per regolare il singolo caso. Sull'altro fronte, poi, c'è il rischio – da più parti paventato – che il *law shopping* si faccia mero strumento di elusione di vincoli normativi. Un pericolo che trova peraltro il proprio controbilanciamento nella tendenza delle giurisdizioni interne a rimodellare sistematicamente e contestualmente gli effetti delle norme importate.

Proprio questa circostanza ha determinato, almeno per il momento, l'ascesa e il declino di un *revival* contemporaneo della c.d. *lex mercatoria* di medievale ascendenza, quantomeno se intesa come frontiera generale dell'esperienza giuridica e non solo quale circuito di tipo eccezionalistico o derogatorio riservato alle multinazionali determinate ad affidare a soluzioni arbitrali di tipo internazionale la soluzione delle proprie controversie. Un'ipotesi, questa, resa poi ulteriormente difficile da praticare



sul piano dell'effettività allorché siano chiamate a dare esecuzione alle decisioni arbitrali le autorità giurisdizionali nazionali<sup>28</sup>.

Un'altra causa dell'affievolimento della capacità conformativa, della presa dei sistemi normativi sugli individui, può essere rintracciata nella *ignorantia legis*, cioè nella mancanza di conoscenza da parte dei soggetti di diritto delle norme proprie dei circuiti nazionali, religiosi, culturali, etnici ecc. di appartenenza o provenienza. Il principio *ignorantia legis non excusat* rappresenta una connotazione tanto diffusa – quanto, in astratto, eticamente assurda – di pressoché tutti gli ordinamenti giuridici. Le limitazioni all'operatività del principio, stabilite dalla giurisprudenza costituzionale di molti paesi per il caso di norme ad alto contenuto tecnico, non sventano del tutto l'assurdità delle sue pretese.

Come è possibile configurare la responsabilità di qualcuno se questi non conosce effettivamente la legge? Chiamare in causa il dovere di conoscenza di tutte le leggi in vigore sarebbe, del resto, ridurre la giustificazione del principio stesso al permesso di farsi beffa delle persone. E allora? Perché l'irrelevanza dell'*ignorantia legis* è così diffusa? Perché non è messa in discussione? Il motivo c'è, ed è anche un buon motivo, ma nulla ha a che vedere con la forza intrinseca del diritto positivo. Al contrario, se l'ignoranza delle leggi formali non esclude la responsabilità, ciò è dovuto alla circostanza che *mediamente* le persone sanno come rispettare le leggi anche se non le conoscono. Sembrerebbe trattarsi di un miracolo o di un esercizio collettivo di magia occulta, che per giunta si ripete ogni giorno miliardi di volte; eppure non è così.

La capacità di non violare la legge, pur non conoscendone i testi, dipende dal sapere giuridico *folk* in possesso degli indivi-

<sup>28</sup> Per un'analisi in chiave corologico-interculturale del fenomeno dell'etero-integrazione normativa, rinvio a M. Ricca, *Sussidiarietà orizzontale*, cit. e alla trattazione del caso paradigmatico rappresentato dal *trust*.



dui. Questo sapere è acquisito e trasmesso quasi per osmosi psico-culturale mediante la condivisione ripetuta di pratiche osservate e agite sin dall'infanzia. Chiunque, all'interno di un contesto sociale organizzato, è giurista pur senza avere coscienza di esserlo. In qualche modo, i soggetti obbediscono alle leggi per costume, alle volte scambiando il loro saper fare le cose con ciò che è oggetto del dover fare, cioè i testi normativi. Altrimenti detto, il dover-essere giuridico è introiettato e trasformato nell'essere sociale, in un agire irriflesso. Del resto, il diritto stesso è, a sua volta, prodotto dalla condivisione di valori, fini, pratiche, diffusi a livello sociale; anch'esso sgorga dalla società. Se dunque la gente rispetta le leggi del sistema di appartenenza (discorso che vale anche per gli apparati normativi religiosi o etnici), ciò dipende in gran parte da fattori e da un sapere che non coincidono con le parole contenute nei testi o nelle regole formalizzate. L'obbedienza alla legge deve molto agli abiti culturali agiti dalle persone.

Quando gli individui migrano, quali aspetti del proprio sapere giuridico portano con sé? E per quale diritto avanzano le istanze di riconoscimento? Per il diritto formale dei propri contesti di origine oppure per quello condensato nei loro abiti culturali o di comportamento? Nonostante il pluralismo culturale trovi come risposta la sua riduzione al pluralismo normativo e, quindi, i tentativi di integrazione inter-legale, nei fatti, la maggior parte delle persone che migrano sono prevalentemente preoccupate di poter dar seguito ai propri abiti culturali piuttosto che di rispettare le prescrizioni derivanti da norme formali – che nella maggioranza dei casi neanche conoscono – dettate dai circuiti istituzionali dei paesi d'origine.

Un indiano, un cinese o un arabo che arrivino in Italia è assai difficile che percepiscano il conflitto culturale con il diritto italiano a causa dell'impossibilità di rispettare una norma legisla-



tiva del proprio sistema giuridico di provenienza. E questo per la semplice ragione che le persone comuni, nel proprio contesto culturale e sociale di origine, sanno bene come non violare la legge benché sconoscano quasi del tutto i testi legislativi. È dunque del tutto coerente con il loro sapere di sfondo che ai loro occhi il problema principale consista, da un lato, nel conoscere le leggi del paese d'approdo e, dall'altro, nel riuscire a iscrivere tra le maglie di quel linguaggio giuridico significati corrispondenti ai loro abiti culturali. Questa duplice circostanza rappresenta una *chance* in più per la traduzione interculturale a sfondo giuridico e quindi per un'integrazione inclusiva dell'Alterità. Gli abiti culturali presentano effettivamente una flessibilità assai più spiccata rispetto agli enunciati normativi. Dal punto di vista semiotico, essi hanno carattere sintetico e radiale. L'adattabilità a diversi contesti e situazioni fa parte integrante del loro bacino semantico. Gli abiti presentano una strutturazione di tipo teleologico/assiologico, che li rende assai più plastici con riferimento alla gestione delle loro connotazioni semantiche. Al contrario, gli enunciati normativi presentano un'intrinseca rigidità morfologica e tendono a essere interpretati sulla base di liste di controllo che definiscono le connotazioni pertinenti in modo analitico.

La differenza adesso evidenziata è assai rilevante sul piano dell'esercizio della competenza culturale<sup>29</sup>. Se a dover essere tradotto e transatto è un abito di comportamento, ai fini della sua iscrizione tra le maglie semantiche degli enunciati normativi, la sua capacità di adattamento farà parte integrante della sua autenticità. Di fronte alle possibilità o alle piste pragmatiche offerte dal panorama normativo del paese di accoglienza, le proiezioni di senso dell'abito culturale potranno quindi essere rimo-

<sup>29</sup> Sulla relazione oppositiva tra cultura e competenza culturale, cfr. M. Ricca, *Il tradimento delle immagini*, cit.



dulate. Esse potranno così innescare nuove possibilità di categorizzazione e qualificazione giuridica, del tutto diverse da quelle connesse alla morfologia apparentemente oggettiva dei comportamenti o delle dichiarazioni degli stranieri.

Simili trasformazioni sono legate al fatto che i tratti morfologici dei comportamenti dell'Altro registrati di primo acchito dai soggetti autoctoni (compresi gli operatori del diritto) sono tutt'altro che (assolutamente) oggettivi. Si rivestono piuttosto di questa qualità solo in relazione agli schemi di giudizio adottati sulla base di determinati presupposti culturali ed ermeneutici. È tuttavia sufficiente schiudere i battenti dell'implicito, soggiacente a ogni abito culturale, per vedere apparire interi paesaggi connotativi in grado di rendere fluide le morfologie iniziali e i corrispondenti incasellamenti categoriali<sup>30</sup>. Per ottenere questo effetto è necessaria l'adozione di una specifica metodologia, connessa appunto alla traduzione interculturale. Peraltro, gli effetti di essa non investono soltanto il punto di vista dell'osservatore, del soggetto esterno a una determinata cultura, ma anche chi ne è attore.

Lo sforzo di traduzione interculturale funziona un po' come uno specchio riflettente. Per rappresentarsi alla mente dell'Altro è necessario gettare uno sguardo riflessivo sulla mente propria e sulle sue coordinate culturali. Questo sguardo dipenderà però dall'angolazione che la cultura altrui e le contingenti necessità di traduzione indurranno ad adottare. Se poi nel processo è implicato anche il profilo giuridico, l'effetto di autotrasformazione e di deangolazione creativa dello sguardo su se stessi potrà incrementarsi ulteriormente. La piattaforma discorsiva del diritto,

<sup>30</sup> Sull'implicito culturale e sulle componenti indessicali dei comportamenti culturalmente orientati, rinvio integralmente, anche per le indicazioni bibliografiche, a M. Ricca, *Culture interdette*, cit. e Id., *Intercultural Law*, cit.



se intercettata nel modo adeguato, ha immediate implicazioni pragmatiche. Nel suo spettro, le autotrasformazioni indotte dall'adozione di uno sguardo interculturale su se stessi si prospettano immediatamente come autotrasformazioni esistenziali, effettive, concrete.

Messa di fronte alle possibilità e alla varietà delle risposte dell'ordinamento, in ragione delle molteplici chiavi di prospettiva del significato dei propri abiti di comportamento, la mente dello straniero opererà inevitabilmente una negoziazione pragmatica delle istanze di riconoscimento. In questo modo, adatterà il sapere passato e lo sguardo sul proprio Sé alle possibilità future, generando una sintonizzazione tra le potenzialità dei propri bacini culturali e le *chance* offerte dal nuovo ambiente. Traduzione concettuale e traduzione spaziale, quindi il ricollocamento e il riposizionamento all'interno di nuovi contesti, si manifesteranno come aspetti coestensivi dell'esperienza migratoria o, più in generale, della mobilità personale.

Ciò che è indispensabile sottolineare, a corona dell'illustrazione di simili manifestazioni della creatività culturale, concerne la relazione fra trasformazione e cultura. Modulare l'interpretazione dei propri saperi culturali e la loro prospettiva calibrandole sulle risposte potenziali della piattaforma normativa assicura effettività pragmatica al dialogo interculturale e ai tentativi di integrazione inclusiva. Ciò potrebbe forse far sospettare che il reciproco adattamento tra diritto e differenza culturale possa dar luogo a una sorta di strumentalizzazione utilitaristica e contingente di entrambi. Una considerazione cruciale è però che non esiste un diritto a prescindere dal contatto tra le sue parole, i suoi schemi di qualificazione, le possibilità di combinazione tra essi, e le prospettazioni possibili dei fatti. Al tempo stesso, non ha alcun senso parlare di "cultura" indipendentemente dalle transazioni di senso innescate dal contatto tra i saperi che la compongono e l'ambiente



che ospita il loro incorporamento nell'esperienza – un ambiente di cui le istituzioni giuridiche sono parte tutt'altro che trascurabile.

Nel gioco delle autotrasformazioni speculari tra diritto e differenza culturale, il primo si fa quindi mezzo per l'emersione dei significati culturali e per la loro dinamica messa in opera. Simultaneamente, la differenza culturale agisce come mezzo di sollecitazione per l'estrinsecarsi del potenziale di senso contenuto delle piattaforme discorsive dell'ordinamento. L'autenticità nell'uso sia del diritto dello Stato ospite sia della cultura dei soggetti in movimento si configura ed è assicurata proprio tramite il convergere dei due percorsi di autotrasformazione. Non esiste uno spazio dove l'autenticità possa essere preservata e che non coincida col crocevia semiotico generato dalla traduzione interculturale. Nell'incontro tra differenze, che è poi il circuito sociale della multiculturalità, la trasformazione interculturale è inevitabile, anche quando è invisibile. Essa avviene comunque. La sola via per accoppiarla all'autenticità è rendere consapevole, controllabile il mutamento. Del resto, in un ambiente o un contesto nuovi, solo il mutare e la sua accettazione consentono continuità di senso tra passato e presente, tra ciò che si sa (fare) e ciò che si apprende (a fare).

Il lavoro sul campo fornisce una sorta di conferma di quanto appena osservato attraverso le parole dei migranti posti di fronte alle possibilità loro offerte da un uso interculturale e transattivo del diritto. La loro prima preoccupazione concerne le effettive possibilità di tutela offerte dall'adozione di soluzioni di questo tenore<sup>31</sup>. La forma discorsiva adottata dalle persone è particolarmente efficace nel rendere il senso e la genuinità delle loro autotrasformazioni culturali. Essa si esprime, in genere,

<sup>31</sup> Per uno scandaglio ad ampio raggio delle aree e delle materie interessate dai percorsi di traduzione/transazione giuridico interculturale, rinvio a M. Ricca, *Pantheon*, cit.



sotto forma di quesiti. «Ma davvero se faccio così la legge italiana me lo permette?». «E poi, se appunto faccio questo, la legge mi tutela rispetto agli altri cittadini italiani e anche rispetto ai miei connazionali?». Nella loro laconica icasticità, queste due domande-tipo esprimono pienamente l'ansia e il carico di aspettative legate alla creazione di nuove forme di soggettività culturale; e, ancora, l'emergere della differenza, dell'identità e la transazione di esse in vista della creazione di piattaforme di senso e di azione in grado di consentire un'integrazione inclusiva.

In aggiunta, quelle domande lasciano intravedere come accanto al conflitto interculturale si materializzi anche il rischio, percepito come tutt'altro che remoto, del conflitto infra-culturale, attivato proprio da parte delle persone "in movimento" e, spesso, dalle loro seconde generazioni, che intendono approfittare delle possibilità (pur sempre culturali) offerte dall'esperienza e dal contesto migratorio. Più in generale, a emergere – se si vuole – è il passaggio dalla percezione della condizione di multiculturalità alla produzione di un'esperienza creativa segnata dall'interculturalità: in altre parole, la tensione verso la quintessenza di una cittadinanza attiva, la sola a poter accompagnare i processi d'inclusione della differenza. Le piattaforme discorsive del diritto, se adeguatamente intercettate, possono favorire e potenziare le possibilità di simili percorsi. Il diritto interculturale – nell'accezione che io ne propongo – è specificamente diretto ad accompagnare il loro realizzarsi.

### **3. Oltre l'interlegalità. Per un diritto interculturale tempestivo**

Tradurre gli abiti di comportamento anziché le norme non è tuttavia impresa semplice. Per un giurista di professione può



anzi rivelarsi assai complessa, restituendogli la sensazione di non essere attrezzato metodologicamente per una simile operazione. Perché è così? Da dove derivano queste difficoltà?

Le ragioni sono da rintracciare, a mio giudizio, nel *training* di addestramento che scandisce l'acquisizione e l'uso della conoscenza giuridica da parte degli operatori legali sin dagli anni della formazione universitaria. Il giovane giurista viene abituato a occuparsi principalmente di testi e di commisurazioni delle dinamiche sociali rispetto agli *standard* di comportamento fissati nei documenti normativi. Le articolazioni di senso dell'agire sociale non rientrano nei - o meglio vengono autoritariamente estroflessi dai - suoi oggetti d'indagine. Tutto questo, se non altro, secondo le autorappresentazioni dell'attività giuridica fornite ufficialmente nei circuiti istituzionali e accademici.

Forse è inutile dirlo, ma nella prassi, nel c.d. *law in action*, le cose vanno molto diversamente. Il giurista pratico traduce costantemente dal linguaggio proprio dell'agire sociale al linguaggio tecnico-legale. Ogni attività di qualificazione giuridica è un'attività di traduzione e, come tale, è un'attività creativa e abduttiva<sup>32</sup>. Sennonché il ruolo di traduttore svolto dagli operatori del diritto rimane quasi completamente occulto, sotto-soglia. E se è così, dipende dalla circostanza che nella maggior parte dei casi i giuristi condividono la cultura media dei soggetti, degli attori sociali destinatari dell'attività legale e delle connesse prestazioni professionali. Al meglio di coordinate culturali condivise, gli schemi di categorizzazione e i fenomeni da qualificare si fondono e confondono. Il culturale si riveste e traveste da fattuale, e viceversa. La componente culturale dell'attività di giudizio si presenta alla coscienza sotto le spoglie dell'oggettività

<sup>32</sup> Su questo aspetto, e sui presupposti semiotici dell'approccio a esso, rinvio a M. Ricca, *Culture interdette*, cit., p. 94 ss.



naturale, fenomenica. E questo semplicemente perché il fatto incorpora già, nelle sue connotazioni semantiche, il giudizio e, con esso, le coordinate culturali utilizzate per formularlo. Proprio come accade indossando gli occhiali. Durante l'azione, nel corso dell'attività vitale, non ci si accorge di utilizzare un diaframma, una lente culturale per "vedere" – quindi già nell'atto di fare esperienza, e perciò già prima di percepire e poi di rappresentare coscientemente – il mondo.

La mimetizzazione delle variabili culturali all'interno della prassi comunicativa endo-culturale consente di restituire un'immagine dell'attività del giurista assimilata a quella di chi applica *standard* semantico-deontici di tipo testuale, cioè le norme, ai fatti, intesi a loro volta come fenomeni che stanno là fuori, di là dalla sua mente, e si presentano nella loro oggettività al cospetto dell'occhio sovrano della legge. L'agire degli operatori del diritto è invece intriso di determinanti culturali e, quindi, di un'attività di traduzione e, in qualche modo, creazione (o, più tecnicamente, abduzione) dei dispositivi discorsivi diretti a definire gli estremi giuridicamente rilevanti e cogenti di una determinata situazione<sup>33</sup>. Quelle determinanti culturali sono le stesse che permettono al giurista di decodificare gli abiti degli attori sociali, di coglierne le implicazioni di senso non dette, "mute", destinate a rimanere confinate nei territori dell'implicito.

Quando una persona si reca dall'avvocato o dal notaio, è raro che chieda già da subito quale norma vorrebbe si applicasse per definire la situazione dalla quale sorgono i suoi problemi. Assai più spesso, quella persona rappresenterà narrativamente una storia di relazioni intersoggettive e conflitti, con l'indicazione orientativa di un *output* corrispondente ai suoi obiettivi, ai suoi desi-

<sup>33</sup> Cfr. M. Ricca, *Culture interdette*, cit.



derata concreti. Il senso di quella storia potrà essere carpito facendo leva sugli abiti di giudizio e di comportamento mediamente condivisi a livello culturale. Essi costituiranno le corsie d'accesso semiotico-interpretativo alle relazioni di significato soggiacenti alle parole dette, ai gesti compiuti. La circostanza che l'operatore del diritto li condivida con il cliente o con la parte processuale è il motore che indurrà il primo a porre una serie di domande dirette a chiarificare la situazione in ordine a schemi di qualificazione giuridica progressivamente postulati in via ipotetica.

Il dialogo tra giurista e persona comune condurrà a una sequenza di falsificazioni e verifiche, domande e risposte, fino al raggiungimento di una sorta di transazione tra rappresentazione dei fatti e paradigmi legali da applicare nella loro qualificazione per definire la situazione normativa, il brandello di diritto vivente e vissuto, incarnati dalla singola persona. Quella porzione di fatti giuridicamente qualificata consisterà nella sintesi traduttiva tra linguaggio comune e linguaggio giuridico - analogamente a quel che avviene tra linguaggio sintomatico *folk* dei pazienti e linguaggio clinico-sanitario in sede di diagnosi e cura delle malattie. Come si accennava, però, tutto questo lavoro avviene sotto-soglia, al meglio della condivisione implicita di abiti culturali.

Viceversa, quando di fronte all'operatore del diritto si ritrova una persona di diversa cultura, la traduzione implicita deve necessariamente diventare esplicita per evitare colossali e talora drammatici fraintendimenti. Perché ciò avvenga, è però necessario che il giurista prenda coscienza della sua attività di traduttore e, per alcuni versi, di etnografo, svolta nelle condizioni ordinarie (cioè, endo-culturali) di esercizio della sua professione<sup>34</sup>. A que-

<sup>34</sup> M. Ricca, *Intercultural Law*, cit. e Id., *I notai, don Chisciotte e la sincronica inattualità degli altri. Il notariato latino come medium intergenerazionale e interculturale*, in *Sociologia del diritto*, 2014, n. 1, pp. 7-31.



sta presa di coscienza deve far seguito l'acquisizione di una metodologia adatta a gestire l'attività di traduzione a scopo giuridico da svolgere a cavallo tra diversi circuiti culturali. Tuttavia, è proprio lungo questa soglia che il *know how* tradizionale dei giuristi si inceppa e si rivela insufficiente ad affrontare in modo efficace la differenza culturale.

Non è facile saper "riconoscere" l'azione di un abito culturale eteroetno, farne schiudere narrativamente il paesaggio di senso, promuovere contestualizzazioni esplicative, svolgere uno sforzo di contestualizzazione incrociata utilizzando il proprio sapere come uno scandaglio e non come una gabbia ermeneutica in cui intrappolare le chiavi di significato impiegate dall'Altro, gestire simultaneamente al generarsi di questa inter-contestualizzazione un'opera di traduzione e transazione di senso, astenersi da un uso autoritario e culturalmente etnocentrico delle categorie normative, mettere in campo una consumata - e talora smaliziata - capacità di utilizzo combinatorio e creativo degli effetti giuridici in grado di venire incontro alle articolazioni di significato e ai bisogni manifestati dal destinatario della propria attività professionale. L'elenco delle abilità richieste per condurre in porto un uso interculturale del diritto è lungo e fitto.

Ciò nonostante, non si tratta di svolgere un lavoro che richiede capacità sovrumane. Il giurista è chiamato a fare con la persona di altra cultura quel che fa ordinariamente con il cliente autoetno, con il cittadino tipo. Quel che gli serve è un supporto antropologico in grado di fornire a lui, e anche al cliente o alla parte processuale, gli strumenti per esplicitare le relazioni semiotico-connotative in grado di disvelare le chiavi di senso di quanto è detto e agito. Narrazioni, contestualizzazioni incrociate e traduzioni-transazioni interculturali, costituiscono i tre passaggi indispensabili che dovrebbero essere compiuti in cooperazione dal giurista, dall'antropologo e dal soggetto di altra cultura.



Al meglio di questa attività, il giurista potrebbe scoprire nei paesaggi semiotici descritti dall'Altro indici connotativi in grado di spostare sensibilmente l'asse di salienza categoriale nel giudizio sul fatto da inquadrare normativamente, e di conseguenza nella scelta della norma o del plesso normativo da utilizzare nell'opera di qualificazione giuridica. Lungo questo percorso, sia il giurista sia l'attore sociale sarebbero indotti a una sorta di presa di coscienza dei propri presupposti culturali e, quindi, all'adozione di uno sguardo consapevole su di essi, a un'analisi critica indissolubile dall'auto-distanziamento connesso alla messa in opera di simili pratiche. Variazioni nell'autoconsapevolezza culturale, e quindi nelle opzioni culturali da agire, e variazioni nella selezione delle norme da adottare nel qualificare le coordinate di senso dei fatti, cioè i fatti stessi resi al meglio dell'attività interpretativa interculturale, si presenterebbero allora come due aspetti coordinati e indisciungibili.

Se tutto ciò costituisce una sorta di affresco, di istantanea sull'uso interculturale del diritto in azione, esso lascia emergere al tempo stesso un orizzonte di possibilità dell'esperienza giuridica contemporanea che si colloca oltre la frontiera dell'interlegalità. Nelle situazioni descritte, non si tratta di impegnarsi in un improbabile e sempre difettivo accomodamento tra enunciati normativi. Al contrario, in gioco vi è la possibilità di porre il diritto statale in condizione di ricevere, di includere tra le maglie delle sue potenzialità di senso gli schemi culturali, gli abiti cognitivi e di comportamento propri di persone di altra cultura. Questa operazione si presenta aperta a margini di flessibilità inconcepibili nel caso di traduzioni-transazioni puramente interlegali o inter-normative. Inoltre, essa chiama in causa come attori creativi, e quindi politici, quegli stessi soggetti sociali che sono poi il motore della produzione culturale.



Se la norma, il testo, interrogati maestosamente tacciono, al contrario la persona è il primo, autentico interprete della propria coscienza culturale e vanta, in questo, una sorta di diritto all'autorappresentazione culturale<sup>35</sup>. Certo, non significa che il riferimento alla cultura possa legittimare un uso disinvolto strategico e tornacontistico della propria rivendicata differenza. Arginare l'uso improprio dell'argomento "culturale" non può risolversi, però, nell'adozione di una chiave rigidamente normativista – peraltro tipica del multiculturalismo e delle c.d. *cultural defence* – del concetto di cultura e di differenza. Questa soluzione rappresenterebbe un rimedio peggiore del male, destinato a fare dell'appartenenza e dell'alterità culturali nient'altro che il risvolto "politicamente corretto" di una logica eccezionalistica, alla fin fine segregante, agli antipodi di qualsiasi indirizzo inclusivo.

L'uso interculturale del diritto non ha nulla a che vedere con la creazione di isole di privilegio, di esenzione o di eccezionalità. Iscrivere nelle corsie semantiche del diritto gli abiti culturali sfruttando le potenzialità di senso insite nel linguaggio giuridico vigente di un contesto statale è un'operazione del tutto "normale". Essa punta al riconoscimento e può avere come effetto la rinegoziazione "al centro", per dir così, delle connotazioni categoriali della soggettività. Quanto di più lontano, quindi, dalla logica multiculturalista o dalle correnti del pluralismo giuridico inclini a generare circuiti alternativi della giuridicità come, ad esempio, quelli connessi alla creazione di giurisdizioni personali. È peraltro possibile illustrare nel dettaglio come attivare questa rinegoziazione connotativa della soggettività e perché essa possa germinare in modo consequenziale da un'attività di traduzione in grado di innescare risonanze assio-

<sup>35</sup> Cfr. X. Chrysochoou, *Cultural Diversity*, cit.



logiche e inter-contestuali incrociate. Prima di questo, però, vorrei soffermarmi sugli aspetti temporali della messa in campo di un uso interculturale del diritto, specificando attraverso quali percorsi potrebbe trovare spazio – a mio modo di vedere – un diritto interculturale tempestivo.

Fino a oggi, la dimensione problematica della differenza culturale ha trovato posto all'interno delle prassi giudiziali. Per meglio dire, è lì che l'occhio degli analisti istituzionali, dei politologi, dei giuristi, ha saputo riscontrarla. Tutta l'ormai consolidata corrente che va sotto l'etichetta di studi sulla cittadinanza multi-culturale o sulla tutela multiculturale dei diritti tende a focalizzare la propria attenzione sul momento processuale. La pratica e la dottrina della c.d. *cultural defence* ne sono manifestazioni idiomatiche, e recano con sé tutti i problemi di un pluralismo culturale tutelato e configurato in via eccezionalistica e, alla fine, proprio per questo tendenzialmente segregativa. Se ciò accade, tuttavia, non dipende soltanto dall'adozione di una specifica prospettiva ideologica. Secondo me, un'inevitabile rigidità nella prospettazione delle istanze culturali, e la loro resa in termini identitari, dipende dalla circostanza che il processo e il giudizio esercitato dalla classe dei magistrati interviene sempre *post factum*.

Il giudice è chiamato a qualificare giuridicamente qualcosa che è già accaduto, azioni già consumate, piani d'azione ormai realizzati. Anche oggi, indubbiamente, prospettare le differenti chiavi di significazione adottate dalle persone nella scelta dei propri comportamenti può agevolare un'interpretazione delle leggi di tipo inclusivo. Essa, però, dovrà esercitarsi in ogni caso sul *già stato*. Quel che manca, in questi casi, è la possibilità di negoziare i saperi culturali in vista di risultati capaci di incrociare il diritto in un modo che definirei "adattivo". Questa possibilità è invece presente quando gli operatori del diritto sono chiamati in causa prima di agire, cioè in via consultiva.



La consulenza legale costituisce il terreno di coltura delle evoluzioni del diritto vivente, e potrebbe esserlo anche di un diritto vivente interculturale. In quella sede, i professionisti più preparati danno corso alla loro creatività. Come esemplificato più sopra, essi possono lavorare in modo dinamico su due fronti: quello delle richieste e delle aspettative del cliente rispetto alla situazione vissuta e quello dell'esercizio dell'*ars combinatoria et interpretandi* nella modulazione della risposta proveniente dal sistema normativo. In molti casi, si verifica appunto una traduzione transattiva tra i due poli del confronto. Una transazione che vede nel cliente una parte attiva e partecipe anche nella ridefinizione della propria soggettività sociale e giuridica. Sapere cosa può offrire la piattaforma discorsiva del diritto a seconda del modalità utilizzate per interrogarla costituisce un incremento considerevole nella conoscenza dell'ambiente sociale. E questa conoscenza è in grado di coordinarsi con le modalità di autorappresentazione di se stessi da parte dei clienti di altra cultura.

41

L'interpenetrazione cognitiva tra schemi giuridici e chiavi della soggettività conduce spesso a vere e proprie invenzioni pragmatiche, iscritte però nelle maglie semantiche degli enunciati di legge. Questa caratteristica conferisce una prospettiva di effettività alle prospezioni teleologiche e pratiche elaborate dai soggetti-clienti, poiché assicura tutela giuridica, cogenza, alla realizzazione di esse. La proiezione in termini di effettività diviene poi massima quando le "creazioni" dei professionisti trovano l'avallo in sede giudiziaria.

Il sigillo giudiziale rappresenta tuttavia solo un'eventualità. Sarebbe frutto di un grave equivoco pensare che il diritto vivente coincida con il diritto giurisprudenziale. La vita del diritto si consuma nella normalità, tra le pieghe di una quotidianità non sempre vissuta in termini di conflitto o socialmente patologici. Di fronte al giudice finisce solo una piccola parte di ciò che il diritto



muove, delle dinamiche inter-soggettive pure scandite dai saperi giuridici, ora nella loro versione *folk* ora in quella più smalzata garantita dalla consulenza professionale. Direi anche di più: quando si finisce di fronte al giudice in qualche modo il diritto ha già fallito nel proprio compito di costruzione e conformazione dell'agire sociale, ed è in cerca di un rimedio, di una presa di posizione "taumaturgica" da parte dell'autorità istituzionale.

Nel rapporto con gli stranieri o con le persone di altra cultura, un intervento da parte degli operatori del diritto di tipo preventivo, in sede di programmazione dei comportamenti da assumere in vista della realizzazione dei propri fini, sarebbe della massima importanza. Esso darebbe luogo alla creazione di soluzioni giuridiche tempestive, suscettibili di porre gli Altri in condizione di scegliere e modulare le proprie auto-rappresentazioni culturali. Per molti di loro, gli Altri, conoscere le potenzialità inclusive delle piattaforme normative costituirebbe appunto una porzione della conoscenza interculturale dell'ambiente di vita indispensabile all'esercizio di una soggettività consapevole, emancipata, autodeterminantesi e, soprattutto, non irretita dall'ignoranza circa le conseguenze possibili delle proprie azioni. Ribadisco però: perché i professionisti del diritto possano imparare a supportare la necessaria attività di traduzione/transazione giuridico-interculturale è necessario che negli studi legali e notarili entrino saperi e metodologie antropologiche.

La consulenza antropologica - a differenza di ciò che avviene nei contesti di datata esperienza multiculturale - non dovrebbe essere limitata al momento processuale<sup>36</sup>. L'*anthropological expertise*, richiesto spesso nei paesi di *common law* dai giudici in sede

<sup>36</sup> Si consideri che in Italia la consulenza antropologica in sede processuale non trova spazio all'interno dell'ordinamento se non per limitati ambiti di materie.



processuale, andrebbe invece anticipato. E grazie a questa anticipazione temporale, all'interno degli studi professionali, esso guadagnerebbe enormemente nella capacità di contribuire alla determinazione di piste di inclusione e integrazione della differenza culturale all'interno del discorso e della tutela giuridici.

Certo, convincere gli stranieri ad andare dall'avvocato prima ancora che sorgano problemi di integrazione non è cosa semplice. I professionisti del diritto non fanno beneficenza - in genere. Le loro prestazioni costano e le persone non appartenenti ai gruppi dominanti non hanno sempre le disponibilità economiche per interpellare l'avvocato prima ancora di "passare all'azione". In questo senso, una posizione particolare, e non solo privilegiata, è quella che caratterizza l'attività notarile. Il notaio (latino) - almeno in determinati settori - è chiamato in causa nella sua duplice veste di professionista e pubblico ufficiale prima che sorgano i conflitti, esattamente nel momento in cui si tratta di conferire ufficialità alla definizione di piattaforme d'azione giuridicamente qualificate. In quella sede, egli è incaricato di scandagliare la corrispondenza tra la volontà del cliente e il tipo di atto giuridico che si tratta di confezionare, e ciò quantomeno in tutte le occasioni in cui ravvisi una discrepanza tra le soluzioni formali sul tappeto e i piani, le aspettative della persona che ha di fronte. Promuovere un incremento di consapevolezza nell'uso interculturale del diritto da parte della classe notarile potrebbe costituire un primo passo nella direzione della sua disseminazione.

Se, a partire dal notariato, l'esperienza di un diritto interculturale tempestivo cominciasse a diffondersi a livello sociale, e soprattutto tra le comunità di stranieri o di persone di cultura differente da quella dominante, potrebbe comunque crearsi un circolo virtuoso, proprio dal punto di vista dell'educazione giuridica. La richiesta del supporto degli avvocati in sede di consulenza potrebbe acquisire una connotazione di crescente utilità,



in grado di controbilanciare il deterrente costituito dal costo delle loro prestazioni. D'altro canto, a una crescita delle richieste di consulenza farebbe eco l'emersione di una casistica giuridico-interculturale in grado di entrare a fare parte del *know how* giuridico *folk* della gente comune.

La funzione anti-processuale svolta dai notai potrebbe poi essere adottata come dispositivo su larga scala di gestione dei conflitti sociali. Così, accanto all'attività professionale - a pagamento - si potrebbero immaginare sportelli di consulenza gratuita, in grado di fornire indicazioni giuridico-interculturali presso i Comuni o agenzie pubbliche specializzate. Io credo che i costi gravanti sulla finanza pubblica e derivanti dalla predisposizione di simili uffici sarebbero abbondantemente controbilanciati dai risparmi sul piano della conflittualità sociale paritorita da un mondo sociale segnato ormai irrimediabilmente da flussi di persone e di informazioni connotati in chiave multiculturale.

44

Immaginando metaforicamente una sorta di equazione politica dei flussi migratori e delle probabilità d'integrazione inclusiva, l'uso interculturale e tempestivo del diritto rappresenta una variabile indipendente nella determinazione del valore di rigidità delle frontiere territoriali. Come un muro di cinta, queste si fanno tanto più spesse quanto più le frontiere interne esistenti sul piano dell'intersoggettività, delle relazioni tra le persone, si dilatano o si mantengono ampie. L'affermarsi di pratiche giuridiche interculturali servirebbe senz'altro a relativizzare le barriere intersoggettive e, di riflesso, a promuovere una rivalutazione del significato politico-spaziale delle frontiere.

Quanto più l'Alterità culturale si rivelasse fattore di crescita e sviluppo sociale tanto più l'apertura delle frontiere, e la loro relativizzazione, si farebbero strada. Soggettività giuridica interculturale e lettura dello spazio darebbero luogo a rinnovate geogra-



fie teleologiche e assiologiche. La coimplicazione tra dinamiche dei significati culturali, diritto e scansioni territoriali-spaziali, chiama allora in causa un'idea antica, che risale al *Timeo* platonico, precisamente l'idea di *Kóra*, inteso come *continuum* semantico-spaziale. La corologia giuridica costituisce l'applicazione di quell'idea alle fluidità generate dalla traduzione/traduzione interculturale nella configurazione e nell'operatività delle categorie del diritto.

#### 4. Corologia giuridica e traduzione interculturale

Cosa hanno a che fare lo spazio e una critica dello spazio con la traduzione interculturale a sfondo giuridico?

Una risposta possibile potrebbe coincidere con le declinazioni di derivazione foucaultiana della geografica critica<sup>37</sup>. Secon-

<sup>37</sup> In generale, sul fronte della geografia critica cfr. G. Olsson, *Abysmal: A Critique of Cartographic Reason*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2007 e Id., *Mapping the Taboo*, in S. Daniels, D. DeLyser, J.N. Entrikin, D. Richardson (a cura di), *Envisioning Landscapes, Making Worlds. Geography and the Humanities*, London-New York, Routledge, 2011, p. 35 ss. Per le reinterpretazioni in chiave foucaultiana e orientate verso il diritto degli approcci critici alla geografia cfr. N. Blomley, *Law, Space and the Geographies of Power*, New York-London, The Guilford Press, 1994; Id., *Unsettling the City. Urban Land and the Politics of Property*, New York-London, Routledge, 2003; Id. (a cura di), *From 'What' to 'So What?'. Law and Geography in Retrospect*, in J. Holder, C. Harrison (a cura di), *Law and Geography*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2003, p. 17 ss.; D. Delaney, *Beyond the Word: Law as a Thing of This World*, in J. Holder, C. Harrison (a cura di), *Law and Geography*, cit., p. 67 ss.; Id., *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making. Nomospheric Investigations*, Abingdon-New York, Routledge, 2010; Id., *Legal geography I: Constitutivities, complexities, and contingencies* in *Progress of Human Geography*, 7 marzo 2014, pp. 1-7; N. Blomley, D. Delaney e R.T. Ford (a cura di), *The Legal Geographies Reader*, Oxford-Malden (MA), Blackwell, 2001; I. Braverman, N. Blomley, D. Delaney e A. Kedar (a cura di), *Expanding the Spaces of Law: A*



do questo approccio, le scansioni spaziali, benché cosificate dal linguaggio empirico utilizzato dalla geografia, sono invece il prodotto e la proiezione di esercizi di potere. La cosalità dello spazio non sarebbe altro che un modo per dissimulare il controllo sociale sull'agire dei soggetti. Il diritto, con le sue cartografie concettuali applicate allo spazio, sarebbe dunque un *medium* per l'oggettivazione delle opzioni di potere. Le scansioni topografico-geografiche da esso utilizzate costituirebbero una dissimulazione dell'arbitrarietà dei suoi presupposti di legittimazione normativa e politica. Frontiere, case, strade, prigioni, fondi, edifici e così via non sarebbero altro che dispositivi linguistici per imporre ordini sotto forma di evidenze empiriche.

Decostruendo, smascherando le coordinate assiologico-politiche soggiacenti alle implicazioni di quella finta cosalità, si darebbe la possibilità alla soggettività sociale di emanciparsi da queste gabbie concettuali per promuovere il loro sovvertimento. Questo è il punto di vista adottato, lungo il filone del *Critical Legal Studies*, dalla corrente della *Legal Geography* diffusa soprattutto in America. La differenza culturale potrebbe agire, dunque, come fattore scatenante, proprio grazie alla sua carica di Alterità e di capacità straniante, per denudare le concrezioni ideologiche delle scansioni giuridico-spaziali. Il problema di questo approccio, pure stimolante, rimane però la tendenza a non andare oltre la critica. La decostruzione degli aspetti ideologico-politici del linguaggio cosale, fatto proprio dal diritto per dissimulare la propria partigianeria, legittima l'apertura di un



conflitto per lo spazio ma non indica la via per risolverlo pacificamente. A una forma di colonizzazione dello spazio se ne opporrebbe, legittimamente, un'altra, di diversa matrice culturale. Imbastire questo antagonismo non spiega però come uscire dalla logica della colonizzazione oppositiva, dal trinomio soggettività/spazio/dominio esclusivo.

Benché il camuffamento delle opzioni politiche nella cosalità delle categorie spaziali sia il bersaglio principale dell'approccio promosso dalla *Legal Geography*, essa non esce dal dualismo mente/realtà, parola/cosa, linguaggio/spazio, diritto/territorio. Ne è una controprova la circostanza che oggetto dello sguardo geografico-giuridico e delle sue opzioni critiche siano situazioni, categorie del diritto, che hanno comunque a che fare con lo spazio fisico così come caratterizzato nel linguaggio comune.

L'analisi non giunge mai a squadrare la capacità di generare spazi d'azione propria del linguaggio e del linguaggio giuridico in particolare<sup>38</sup>. La *Legal Geography*, almeno per quello che

<sup>38</sup> In questo senso, cfr., invece, sempre nell'ambito geografico, S. Whatmore, *Hybrid Geographies. Natures Cultures Spaces*, London, Sage, 2002; B. Anderson, P. Harrison, *Taking-Place. Non Representational Theories and Geography*, London, Ashgate, 2010. Gli autori seguono un'ispirazione che trae origine dall'impostazione epistemologica promossa da Deleuze e, in chiave differente, da Latour. Le implicazioni giuridiche di questi approcci epistemologici non coincidono tuttavia con quanto proposto nel testo, per i già evidenziati problemi sul piano dell'*agency* personale con riferimento agli scritti di A. Mihalopoulos-Philippopoulos, *Spatial Justice*, cit. e Id., *Law, Spaces, Bodies: the Emergence of Spatial Justice*, in L. de Setter, K. McGee (a cura di), *Deleuze and the Law (Deleuze Connections)*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012. V., anche in una prospettiva, politico-antropologica, S. Trnka, C. Dureau e J. Park (a cura di), *Senses and Citizenships*, cit.; da un punto di vista antropologico-culturale e cognitivo A. Henare, M. Holbraad e S. Wastell, *Introduction: Thinking through things*, in A. Henare, M. Holbraad e S. Wastell (a cura di), *Thinking Through Things: Theorising Artefacts Ethnographically*, London-New York, Routledge, 2007. A conclusioni sintonizzabili con quelle proposte da questi autori giungo seguendo altre piste epistemologiche, riconducibili in parte al pensiero prag-



si è visto sinora, non coglie ad esempio la dimensione spaziale del diritto dei contratti, del diritto successorio. Non scorge come nel definire programmi d'azione ogni parola e ancor più ogni parola giuridica generino spazi d'azione e cartografie dell'esperienza. Al tempo stesso, se essa cogliesse la consistenza linguistica di ogni categoria spaziale, riconoscerebbe immediatamente nei termini «casa», «prigione», «strada», «frontiera» ecc., principalmente relazioni semiotiche, cioè l'architettura intrinseca alla sostanza semantica delle parole. Si paleserebbe allora come "saper manovrare con le categorie linguistiche", promuovendo la loro autotrasformazione, equivalga a produrre trasformazioni critiche della spazialità vissuta. Si potrebbe così focalizzare un aspetto fondamentale della continuità tra spazio e parola, tra spazi fisici/esperienziali e spazi o confini categoriali. A partire da questa acquisizione, diverrebbe quindi possibile sventare in modo creativo e soprattutto costruttivo le mistificazioni cosificanti del linguaggio spaziale integrato nei dispositivi giuridici. La critica non si eserciterebbe più solo sulla decostruzione e delegittimazione ma anche e soprattutto sui presupposti per l'autotrasformazione della portata semantica delle categorie giuridiche – comprese quelle a connotazione spaziale – in ragione di concorrenti petizioni di senso e d'inclusione categoriale culturalmente motivate.

Una risposta differente alla domanda posta in capo a questo paragrafo, potrebbe provenire dall'impostazione data alla critica spaziale da Henri Lefebvre e successivamente da De Certeau,

matista (Peirce, James e Dewey), in parte alle teorie sull'incorporamento dell'esperienza. Su questo tema, mi limito qui a segnalare R.W. Gibbs Jr., *Embodiment and Cognitive Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005. Per ulteriori, più ricche indicazioni bibliografiche, rinvio a M. Ricca, *Sussidiarietà orizzontale*, cit.



e ancora – sebbene lungo coordinate differenti – da Soja<sup>39</sup>. Quel che accomuna queste analisi critiche dello spazio è la proiezione verso il futuro, dunque non solo la demistificazione decostruttiva del passato e delle sue genealogia concettuali, delle categorie spaziali. Tutti e tre gli autori osservano, secondo angolature certo differenti, come la politicità dello spazio e quindi la sua costante ri-generazione attraverso l'agire individuale, costituisca un aspetto immanente dell'esperienza sociale. In una feroce critica della modernità e delle sue velleità di serializzazione e controllo razionale degli eventi e dell'esperienza, i tre studiosi mettono in luce l'irriducibilità e la non neutralizzabilità dell'agire individuale nel disegnare costantemente nuove cartografie pragmatiche anche all'interno delle mappe imposte dalla cultura dominante e dal sapere/potere istituzionale. Come entomologi, impegnati nell'osservazione ravvicinata dell'inesausta opera da formiche degli individui attori del quotidiano, essi denunciano la riconfigurazione concettuale degli spazi pubblici realizzata lungo i bordi delle scansioni categoriali/topografiche del linguaggio ufficiale e delle sue proiezioni architettonico/urbanistiche. Lì dove la generalità si fa ambiguità, dove la legge perde il suo nitore, dove le frontiere evaporano perché gestibili attraverso la motilità dei soggetti, la creatività dischiude il suo potenziale rigenerativo, mettendo in campo miriadi di micro-azioni che cumulativamente finiscono per sventare o neutralizzare le aspirazioni al controllo dello spazio sociale provenienti dalle istituzioni o dai gruppi dominanti.

<sup>39</sup> H. Lefebvre, *La produzione dello spazio*, Milano, Mozzì, 1974; C. Butler, *Henri Lefebvre. Spatial Politics, Everyday Life, and the Right to the City*, Abingdon, Oxon - New York, Routledge, 2012; M. De Certeau, *L'invention du quotidien, vol. I, Arts de faire*, Paris, Gallimard 1990 (trad. it., *L'invenzione del quotidiano*, Roma, Edizioni Lavoro, 2005); E. Soja, *Thirdspace: Journeys to Los Angeles and Other Real-and-imagined Places*, Malden - Oxford, Blackwell, 1996.



La logica dell'imponderabile, dell'imprevedibile, coestensiva alle visioni post-moderne propugnate da tali autori, è fatta propria anche da alcune correnti filosofiche della riflessione giuridica, le stesse che indicano nella relativizzazione delle scansioni territoriali tra gli stati e gli ordinamenti la matrice dell'interlegalità, dell'interpenetrazione tra i sistemi, della conseguente multi-appartenenza di una soggettività giuridica ormai promiscua e frutto dell'interazione sistemica tra le reti normative, e ancora di un'esperienza legale de-territorializzata e connotata dal pluralismo inter-ordinamentale<sup>40</sup>.

L'emancipazione del soggetto dalle verticistiche, aprioristiche e contingentanti scansioni categoriali della modernità paga però il prezzo, qui, della possibile evaporazione dell'*agency* individuale. Se nell'affresco dell'intersoggettività sociale così restituito il soggetto-tipo del diritto moderno, scolpito da categorie generali e astratte sorde alla voce della differenza, subisce una sorta di sgretolamento, il soggetto effettivo finisce però per ritrovarsi come nulla più che un epifenomeno delle dinamiche sistemiche. La sua emancipazione dalle catene conformative e serializzanti della modernità sembra commutarsi, a conti fatti, in una sorta di annichilazione politica del singolo.

Confesso di intravedere qualcosa di sinistro in queste rappresentazioni, in ciò sorelle della sociologia della complessità<sup>41</sup>, dove l'autonomia individuale e persino la razionalità del soggetto si presentano come pure velleità di fronte alla paralizzan-

<sup>40</sup> A. Philippopoulos-Mihalopoulos, *Spatial Justice*, cit.; Id., *Law, Spacies, Bodies*, cit.; Id., *The Movement of Spatial Justice (Il movimento della giustizia spaziale)*, in *Mondi Migranti*, 2014, n. 8, pp. 7-20; B. Santos de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense*, cit.; G. Teubner, *La cultura del diritto*, cit.

<sup>41</sup> Cfr. Philippopoulos-Mihalopoulos, cit., che fonde nella sua prospettiva della *Spatial Justice* il funzionalismo di Luhmann con la topologia rizomatica di Deleuze, ai quali si richiama espressamente.



te indecifrabilità cognitiva dell'ambiente (globale). Non contesto, ovviamente, che la forza della complessità della contemporanea società globalizzata possa in molti casi neutralizzare le capacità di previsione e controllo connesse all'esercizio dell'autonomia individuale. Temo, però, che credere idolatricamente alla sovrastante e ineluttabile complessità del mondo finisca per rendere quella forza ancora più schiacciante, facendola comparire e incrementandola anche dove essa non c'è o sarebbe superabile. D'altro canto, non penso affatto che il mondo o la natura apparissero meno incontrollabili o complessi agli uomini di altre epoche. Anche nel passato lontano – e, in modi diversi, pure oggi – i miti servivano non solo a esorcizzare l'imprevedibilità o la difficoltà di comprendere ma anche a gestire creativamente e pragmaticamente le relazioni con un ambiente sovrastante ogni umana capacità di controllo.

Questa escursione tra le letture spaziali dell'esperienza giuridica consente di giungere con un equipaggiamento argomentativo più raffinato alla risposta corologica prima suggerita rispetto alla domanda concernente le implicazioni sussistenti tra spazio e intercultura. La prima mossa in questa direzione consiste nel porre in evidenza il carattere proattivo dei saperi culturali.

Le culture non sono collocate in uno spazio vuoto. Esse sviluppano le coordinate semiotiche, mentali, per gestire l'esperienza nello spazio e attraverso lo spazio. I saperi culturalmente elaborati forniscono agli esseri umani gli strumenti cognitivi per "vedere" le scansioni spaziali, per "percepirle". Quel che noi registriamo percettivamente del mondo esterno è sempre la risultante di processi pro-attivi di categorizzazione dell'esperienza. A sua volta l'esperienza è il frutto dei processi di categorizzazione, simbolizzazione creativa di progetti d'azione proiettati nello spazio, nell'ambiente. Tanto che quello stesso spazio che noi umani defi-



niamo “vuoto” è già scandito semanticamente. Esso costituisce una sorta di orizzonte di possibilità commisurate a quanto è assunto culturalmente tra le potenzialità di fondo dell’agire, delle pratiche umane.

Ogni simbolo, ogni parola, presuppone uno spazio già categorizzato mediante molteplici, innumeri elementi connotativi, nel quale proiettare le sue implicazioni semantiche e pragmatiche. Le rappresentazioni spaziali, consapevoli o inconsapevoli, oggetto d’attenzione o costitutive del contesto esperienziale, sono incorporate e riassunte nella singola parola e nel suo significato. Di là dalle configurazioni restituite dalla fisica newtoniana, ogni spazio è psicologicamente e cognitivamente “pieno”. La sua “vuotezza” è solo la disponibilità di sfondo a ospitare il nostro agire abituale. Non per nulla, dal punto di vista pragmatico-psicologico, lo spazio cosmico, ancorché sia attraversato dal flusso di sciami di particelle, è solo relativamente vuoto. L’assenza d’aria o di altre condizioni assicurate dall’atmosfera terrestre, lo trasforma in un ostacolo quasi impenetrabile per noi umani, a meno che non ci si doti di protesi che ci consentano di manipolarlo e di manipolarci in modo da realizzare una condizione di possibile, per quanto ancora precario, adattamento. L’assenza di condizioni pro-vitali o pro-biotiche, in altri termini, è esattamente ciò che lo riempie rispetto alle nostre possibilità di farne esperienza.

Le considerazioni ora proposte conducono a postulare che non esiste uno spazio esterno indipendente da quel che facciamo in esso. Noi non siamo in grado di limitarci a percepirlo senza previamente saperne già qualcosa per averci fatto qualcosa (e se non noi, i nostri antenati che ci hanno lasciato in eredità schemi biologicamente orientati di interazione con l’ambiente). Anche quando lo immaginiamo o fantastichiamo su di esso, non facciamo altro che rappresentarcelo secondo categorie con-



cettuali che funzionano abduttivamente elaborando ipotesi a partire da quanto abbiamo sperimentato. Sennonché quel che l'essere umano fa nell'ambiente non è affatto indipendentemente dai suoi schemi culturali, dall'attività di simbolizzazione, dalla concettualizzazione e dall'incorporamento dello spazio sviluppati attraverso l'esperienza e trasformati in schemi cerebrali grazie alla nostra plasticità neurale<sup>42</sup>. Ogni simbolo riassume le proiezioni transattive imbastite bi-direzionalmente tra l'organismo e l'ambiente. Detto diversamente, ogni parola è il risultato di un processo d'incorporamento dell'esperienza condotta nel mondo e, in direzione inversa, di mondanizzazione della mente. Nell'esprimere significato, essa simultaneamente riassume e progetta l'esperienza e le sue possibilità di manifestazione attraverso uno spazio cogenerato dall'agire umano.

Per esprimersi in termini estremamente sintetici e riassuntivi, lo spazio non si dà in modo indipendente da ciò che facciamo in esso, e ciò che facciamo non prescinde dagli schemi categoriali che utilizziamo per pensarlo e muoverci in esso. Ciò significa che ogni categoria proietta e genera uno spazio d'esperienza e ogni contesto spaziale è il riflesso di cartografie concettuali. Ogni cul-

<sup>42</sup> Cfr., a questo riguardo, F. Ansermet, P. Magistretti, *A ognuno il suo cervello. Plasticità neuronale e inconscio*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, dove si sviluppa in chiave interdisciplinare (tra psicanalisi e psichiatria) il tema della plasticità neurale elaborato da E.R. Kandel, *The Molecular Biology of Memory Storage: a Dialogue between Genes and Synapses*, in *Science*, 2001, vol. 294, pp. 1030-1038; Id., *Psychiatry, Psychoanalysis, and the New Biology of Mind*, in *American Psychiatric Publishing*, Washington 2005 (trad. it. *Psichiatria, psicoanalisi e nuova biologia della mente*, Raffaello Cortina, Milano 2007). In modo assai suggestivo, gli autori giungono ad asserire che gli esseri umani sono biologicamente determinati ad essere indeterminati. E ciò proprio in considerazione delle tracce neuronali elaborate e iscritte nella struttura cerebrale attraverso l'esperienza intesa sia come prassi sia come lavoro noetico (per esempio, il fantasticare).



tura e persino ogni mente, in questo senso, vivono in un proprio spazio che esse stesse contribuiscono a generare. Come a dire che non c'è un "prima di" nelle relazioni tra organismo e ambiente. Entrambi si danno reciprocamente e simultaneamente. Tutto il resto è una ricostruzione retrospettiva, di tipo ipotetico e teleologicamente orientata, prodotta a partire da una piattaforma interattiva e relazionale, in cui ciascuno dei due poli, io e mondo, mente e ambiente, si presentano come elementi già integrati nella relazione e da essa forgiati nei loro aspetti connotativi.

Queste considerazioni lasciano intendere che quando l'Alterità irrompe entro i confini di un contesto di vita giuridicamente ordinato, quando varca le frontiere territoriali di uno Stato, essa non penetra soltanto all'interno di uno spazio vuoto già occupato, colonizzato da un'altra cultura. Quella cultura stessa è lo spazio al di qua del confine. L'Alterità dunque si fa spazio, proietta il proprio spazio concettualmente connotato, dentro un altro spazio. Gli scontri, i conflitti, sono l'effetto di un pluralismo radicale, appunto il pluralismo degli spazi di esistenza. Il problema, in altre parole, non è dato dall'impossibilità per due corpi di occupare lo stesso spazio – come avrebbe detto Leibniz. Piuttosto è generato dall'impossibilità di due corpi – e fino a quando li si considererà due corpi distinti – e delle loro proiezioni pragmatico-esperienziali di occupare, di essere un solo corpo, una sola dimensione di esperienza incorporata. Nel confronto/scontro tra reciproche Alterità, non si tratta dunque di diverse prospettive sullo stesso spazio vuoto ma di sovrapposizioni, di incroci semantici e teleologici, tra le connotazioni categoriali e connotative di spazi incommensurabili ed esperiti in modo incommensurabile.

Il solo modo per uscire da questa incommensurabilità è la traduzione – una traduzione simultaneamente inter-culturale e



interspaziale. Apparirà tuttavia plausibile, a questo punto, che la radice latina della parola «tradurre», nella sua duplice accezione spaziale e linguistica, dica già qualcosa di profondamente radicato nell'esperienza. In effetti, la migrazione è insieme una «traduzione» nello spazio e una traduzione inter-categoriale. A generare il conflitto non sono gli spazi globalmente o olisticamente considerati, ma il *continuum* che esiste tra le connotazioni costitutive le categorie che ne consentono la concettualizzazione. Un aspetto, questo, di cruciale importanza, che verrà chiarito ed esplicitato progressivamente di qui in avanti<sup>43</sup>.

Il dialogo interculturale, gli sforzi di traduzione/transazione, sono estremamente favoriti dal dischiudersi di scambi narrativi proprio perché la narrazione dipinge paesaggi ricchi di connotazioni. Raccontare una storia, diretta a contestualizzare il significato di una parola o di un comportamento, può porre in primo piano aspetti connotativi del tutto oscurati dall'apparente nitore morfologico della categoria linguistica o del comportamento osservati di primo acchito a partire dagli schemi culturali utilizzati dall'Altra parte culturale. Quegli aspetti connotativi possono rivelare continuità inter-categoriali in grado di mettere in discussione la rigidità dei confini connessi alle liste di controllo implicite nelle categorie di giudizio utilizzate in ciascun circuito culturale. Senonché la generalità delle categorie e quindi la stessa epistemologia della modernità e del diritto moderno elevano enormemente il grado di ambiguità dei confini semantici<sup>44</sup>. Questo perché più una categoria è generale più ampio è il parco connotativo che la costituisce. A questa ampiezza farà seguito, dunque, una maggiore probabilità che tra quel che sta dentro e

<sup>43</sup> Cfr. M. Ricca, *Uso interculturale dei diritti umani*, cit. e Id., *I notai, don Chisciotte*, cit.

<sup>44</sup> Cfr. Z. Bauman, *Modernità e ambivalenza*, cit.



quel che sta fuori dalla categoria si ravvisa un *continuum* connotativo, che a sua volta renderà vulnerabile il confine categoriale. Le possibilità di un'inclusione rigenerativa dello spettro categoriale prende così consistenza<sup>45</sup>. Ed è appunto questo il motore della traduzione/transazione interculturale.

La continuità inter-categoriale non è tuttavia un'attività di ricognizione oggettiva. Decidere se il *continuum* connotativo riscontrato per mezzo di narrazioni/contextualizzazioni incrociate legittima la rimodellazione dei confini categoriali costituisce un'attività creativa, dunque politica. A deciderne le sorti saranno valutazioni di tipo assiologico-teleologico, inevitabilmente commisurate sulla nuova dimensione inter-contestuale che è poi il dinamismo insito nello stesso fenomeno della convivenza multiculturale e nel rinnovato ambiente d'esperienza co-generato dai suoi attori.

Quanto osservato in precedenza permette adesso di evidenziare come il *continuum* inter-categoriale e connotativo sia simultaneamente un *continuum* spaziale. Il suo prendere forma dipende dalla circostanza che i confini categoriali si relativizzano, sciogliendosi un po' come i contorni degli orologi di Dalì. E quel disciogliersi corrisponde al confondersi e al riconsolidarsi in modo nuovo dei confini inter-spaziali. Un processo assimilabile, per molti versi, alla generazione delle metafore, consistenti appunto nella reciproco *trasloco* di uno spettro semantico - correlato a una parola - su un altro e nella mutua transazione - con perdite e guadagni da entrambe le parti - tra le componenti connotative dei significati originari, in vista della creazione di una categoria terza.

La fluidità dei confini categoriali disincaglia dal fondo dell'esperienza, rendendola percepibile, l'esistenza di una sorta

<sup>45</sup> H. Blumenberg, *Teoria dell'inconcettualità*, cit.



di paesaggio connotativo soggiacente e in qualche modo preesistente alle operazioni di mappatura e scansionamento dello spazio. Così, fino a quando questa dimensione sarà mantenuta sullo sfondo, ogni categoria apparirà in qualche modo coestensiva alla rete di relazioni tra le connotazioni che compongono la lista di controllo, la sua struttura semantica. Tuttavia, in determinati frangenti, quelle relazioni si rivelano mobili, animate da una motilità messa in moto dall'ineliminabile *continuum* connotativo tra quel che sta dentro e quel che sta fuori ogni categoria. Quel *continuum* rende fluidi i confini categoriali perché nel slarga o ne riduce i nessi implicativi, il contesto di significazione. Del resto, se è vero che ogni significato è legato al contesto, i contesti stessi sono flessibili. Ed così perché sono costituiti da relazioni implicative tra connotazioni ubiquie, presenti in più circuiti categoriali. Eppure, i nessi implicativi sono appunto ciò che genera i contesti di esperienza, li tesse, determinando quel che è prossimo e quel che è distante, quel che è interno e quel che è esterno, rispetto allo spettro semantico e d'esperienza implicito in e definito da ogni categoria.

57

Nel *Timeo* di Platone, si parla del *Kóra* quando si affronta il problema del principio<sup>46</sup>. Un principio persino preesistente all'attività di creazione del cosmo da parte del Demiurgo. In quel tempo che è prima del tempo, gli stessi elementi – aria, terra, fuoco, acqua – non sono definiti, distinti. Una condizione ancora ravvisabile nella loro tendenza a trasformarsi l'uno nell'altro non appena perdano stabilità; o, ancora, riconoscibile nei sogni che abitano il dormiveglia, dove i confini tra le cose e i vincoli di pertinenza che sorreggono la loro coerenza concettuale sembrano liquefarsi; e, infine, nei lapilli di un fuoco acceso che sembrano

<sup>46</sup> Cfr. J. Sallis, *Chorology: On Beginning in Plato's Timaeus*, Bloomington, Indiana University Press, 1997.



confondersi con l'aria nella quale si disperdono. Proprio perché frutto di commistioni tra connotazioni del tutto inusitate, non corrispondenti a idee scolpite ontologicamente, le "apparizioni" del *Kóra* sulla soglia della coscienza hanno carattere spettrale.

Beninteso, il *Kóra* non è la materia indistinta nella quale il Demiurgo proietta la forma delle idee nel corso della creazione del cosmo<sup>47</sup>. Piuttosto, esso è il *continuum* semantico-materiale, dove oggetto e pensiero, senso e materia, non sono distinguibili, e che fa da sfondo animato e dinamico al fondersi tra materia e idee, quindi all'incarnarsi della differenza categoriale e, grazie a questa, alla nascita del tempo. In qualche modo, il *Kóra* è il *medium*, preesistente persino al cosmo, che consente alle idee di farsi spazio e tempo empirici. Un *medium* che nel *Timeo* contamina con la sua energia creativa, rigeneratrice e perciò extra-categoriale, persino le forme geometriche, generando figure ibride, non ottenibili secondo progressioni geometrico-matematiche a partire da figure più semplici.

Uscendo dalla prospettiva epistemologica e dalle configurazioni para-mitologiche del *Timeo*, la dimensione corologica, con il suo riferimento all'origine, sembrerebbe potersi invocare proprio per descrivere in termini metaforici la condizione preesistente al definirsi della relazione tra organismo e ambiente. Benché sia impossibile pensare a qualcosa del genere, essa tuttavia riemerge propri lì dove i confini, i nessi già stabilizzati di

<sup>47</sup> Questo modo di intendere il *Kóra* platonico corrisponde a un'interpretazione del *Timeo* di derivazione aristotelica, che non coglie tuttavia l'ambivalenza del discorso platonico, sviluppato lungo una traiettoria mediana tra spazi categoriali o eidetici e spazi fisici o esperienziali. Benché ancora presente e talora occhieggiante tra i veli delle rappresentazioni oniriche, il *Kóra* e la riflessione su di esso hanno a che fare con una dimensione precedente alla nascita del cosmo, delle differenziazioni e, quindi, del tempo stesso. Cfr., ancora, J. Sallis, *Chorology*, cit.



questa relazione si rinnovano, lasciando intravedere un *continuum* connotativo in grado di generare sempre nuove relazioni e nuovi confini categoriali. Prima – un “prima” immaginario, come il prima precedente l’inizio del cosmo di cui si parla nel *Timeo* – del configurarsi di ogni categoria e di ogni spazio di esperienza, c’è una condizione di promiscuità e ubiquità connotativa; lo stesso “prima”, la stessa condizione che occhieggia – appunto come nei sogni, quasi in modo spettrale o fantomatico – nella fase di traduzione/metafora intercategoriale e interculturale.

Nel definirsi di ogni categoria prende corpo, si manifesta e si definisce la differenza. La stessa differenza che consente di percepire lo scorrere del tempo. Tempo che è anch’esso una categoria semantica e dipende da quel che si colloca al suo interno. La coestensività tra spazio e categoria consente di comprendere perché la concettualizzazione di ogni spazio, chiamando in causa elementi connotativi, costituisce una sorta di sintesi temporale, d’immobilizzazione e compattazione della differenza dentro una tassonomia spesso gerarchicamente organizzata<sup>48</sup>. Un riassunto, un’epitome del prodursi di un processo relazionale. È precisamente per questo motivo che nell’interpretazione degli spazi bisogna tener conto della prospettiva temporale.

<sup>48</sup> Cfr. G. Deutscher, *Through the Language Glass: Why the World Looks Different in Other Languages*, New York, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, 2010 (trad. it. *Il linguaggio colora il mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013); B. Libet, *MindTime: The Temporal Factor in Consciousness*, USA, Harvard College, 2004 (trad. it. *Mind Time: Il fattore temporale nella coscienza*, Milano, Raffaello Cortina, 2007); J. Fabian, *Time and the Other: How Anthropology Makes its Object*, New York, Columbia University Press, 1999 (trad. it. *Il tempo e gli altri. La politica del tempo in antropologia*, Napoli, L’ancora del Mediterraneo, 2000). Tutti e tre gli autori, rispettivamente dal punto di vista linguistico, neuronale e antropologico, sottolineano la conversione delle categorie e dei fenomeni temporali in fenomeni gerarchico-tassonomici.



Dentro i confini categoriali, in veste di elementi connotativi, possono prendere posto situazioni, eventi, fatti, nessi, distribuiti nel tempo e presentificati nella struttura categoriale<sup>49</sup>. Giusto per fare un esempio, basti pensare a un'orma. Passato, presente e futuro – il significato, l'indicazione per l'esperienza seguente che essa fornisce – sono riassunti e attualizzati nella struttura concettuale di ogni orma osservata. I suoi elementi connotativi, dal punto di vista semantico, sono costituiti da qualcosa che non è presente nel tempo attuale pertinente all'atto osservativo e neanche più nello spazio riempito dall'orma stessa. Eppure ne fanno parte integrante e disegnano coordinate spaziali fondamentali per le implicazioni esperienziali, dunque concettuali, connesse all'orma (indicano direzione, distanza, forma e peso dell'autore dell'orma, condizione fisica ecc.). Le implicazioni temporali rendono sincrono sul piano semantico-categoriale quel che è a-asyncrono rispetto al metro costituito dal tempo calcolato secondo la processione dei corpi celesti (anch'esso, peraltro, frutto della presentificazione spazio-concettuale di qualcosa che è lontano, anzi remoto dal punto di vista fisico). Quelle implicazioni generano una cornice connotativa che scolpisce uno spazio d'esperienza, costituito dalle potenzialità pragmatiche e

<sup>49</sup> Cfr. F. e K. von Benda-Beckmann, *Places that Come and Go: A Legal Anthropological Perspective on the Temporalities of Space in Plural Legal Orders*, in I. Braverman, N. Blomley, D. Delaney e A. Kedar (a cura di), *The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*, Stanford (CA), Stanford University Press, 2014, p. 30 ss.; D. Harvey, *Justice, Nature and the Geography of Difference*, Oxford, Blackwell, 1996; D. Ronsenberg, A. Grafton, *Cartographies of Time: A History of Timeline*, Princeton, Princeton Architectural Press, 2010 (trad. it. *Cartografie del tempo. Una storia della linea del tempo*, Torino, Einaudi, 2012). Dal punto di vista linguistico-cognitivo, circa le conversione e le equivalenze metaforiche tra tempo e spazio, cfr. T. Tenbrink, *Space, Time, and the Use of Languages. An Investigation of Relationships*, Berlin, Walter de Gruyter, 2007.



fenomeniche, immaginate prima, realizzabili poi, e coestensive all'impianto interpretativo-categoriale così sviluppato<sup>50</sup>.

Le generalizzazioni utilizzate dal linguaggio giuridico moderno, soprattutto dalle norme generali e astratte tipiche del *civil law*, dettano le coordinate spazio-temporali per la costruzio-

<sup>50</sup> La trasformazione e l'assimilazione delle implicazioni (anche quelle che sgorgano dall'esperienza) alle connotazioni categoriali è coestensiva con una visione radiale delle categorie. Sul carattere radiale e implicativo dei processi di categorizzazione cfr. G. Lakoff, *Women, Fire, and Dangerous Things: What Categories Reveal About the Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 1987 e, prima ancora, C.S. Peirce, *Questions Concerning Certain Faculties Claimed for Man*, in *Journal of Speculative Philosophy*, 1868, 2 (trad. it. *Le leggi dell'ipotesi. Antologia dai Collected Papers*, Milano, Bompiani, 1984) e una cruciale osservazione formulata da J. Dewey, *The Historical Background of Corporate Legal Personality*, in *Yale Law Journal*, p. 655 ss., alla famosa definizione di significato formulata da Peirce in quello stesso scritto. Vale la pena riprendere brevemente l'osservazione svolta da Dewey in un suo scritto - guarda caso in materia giuridica - e riguardante proprio la questione della soggettività delle persone giuridiche (oggi reso disponibile anche in traduzione italiana in C. Faralli, J. Dewey, *Una filosofia del diritto per la democrazia*, Bologna, Clueb, 1990, in appendice, p. 222 ss., con il titolo *Profilo storico del concetto di personalità degli enti giuridici*). Quel che è saliente, dal punto di vista teorico e semiotico, sta nella circostanza che in quel saggio Dewey, per risolvere problemi giuridici, facesse direttamente riferimento al principio pragmatista enunciato da Peirce: «Consideriamo quali effetti, che potrebbero avere riferimenti pratici, pensiamo abbia l'oggetto della nostra concezione. Allora la nostra concezione di questi effetti è l'insieme della nostra concezione dell'oggetto». Dewey amplia la portata gnoseologica del principio peirceano chiamando in causa quello della «astrazione estensiva» proposto da N.A. Whitehead, che si applica anche al di fuori delle implicazioni pragmatiche o fisiche e ha ad oggetto tutto il campo delle «relazioni reciproche» (tra segni). Opzione estensiva, quella proposta da Dewey a proposito del principio pragmatista, di pionieristica portata socio-semiotica e che si sintonizza perfettamente con la concezione dello spazio, anzi con il *continuum* spaziale-connotativo, inglobata nella corologia giuridica, a sua volta ispirata al *Timeo* platonico. Più in generale, per una genealogia teorica dell'approccio alle categorie e alla categorizzazione proposto nel testo, rinvio, anche per ampie indicazioni bibliografiche, a M. Ricca, *Culture interdette*, cit., 84 ss. e Id., *Oltre Babele*, cit., p. 217 ss.



ne del circuito della sovranità, che è appunto una sintesi semantico-territoriale. Le istanze di riconoscimento interculturale puntano a rimodellare i confini categoriali del diritto facendo leva sulle continuità connotativo-assiologiche sussistenti tra comportamenti o espressioni simboliche morfologicamente differenti e talora percepite come incommensurabili.

Senonché il gesto, l'agire dell'Altro che attraversa lo spazio sovrano, è una sintesi corologica poiché riepiloga e genera implicazioni spazio-concettuali che presentificano semioticamente quel che accade a distanze enormi ed è codificato semanticamente secondo coordinate di senso che affondano le radici in eventi remoti anche nel tempo ma inglobati nel saper fare attuale del singolo individuo mediante l'esercizio della memoria. Nell'applicare il diritto, nel qualificare parole e comportamenti, nel tradurre interculturalmente l'agire dell'Altro, quel che è distante nello spazio geografico può dunque farsi concettualmente prossimo, e quel che è remoto da un punto di vista semantico-categoriale può dimostrarsi spazialmente contiguo. L'effetto sarà che la traduzione categoriale si trasfigurerà in interspazialità e che la traduzione spaziale – il migrare – si tramuterà in inter-categorialità o metaforicità categoriale.

Il fenomeno va osservato un po' più da vicino anche per mettere in luce come le particolari caratteristiche del linguaggio giuridico rendano il diritto più vulnerabile e, al tempo stesso, funzionale alle sintesi corologico interculturali.

#### **4.1. Come la riconcettualizzazione degli spazi fa mutare le categorie linguistico-normative**

Per rendere d'immediata percezione e fruizione l'apporto dell'approccio corologico-interculturale può essere utile teatra-



lizzare in modo quasi-narrativo la relazione tra un ipotetico professionista legale italiano e un cliente straniero; oppure fare riferimento a una relazione inter-soggettiva concreta.

Un caso particolarmente interessante può essere quello delle imprese familiari. In India o in Pakistan si tratta di una realtà assai diffusa. Molti attori dei processi migratori da quei contesti verso l'emisfero nord-occidentale tendono a reiterare l'esperienza dell'impresa familiare anche nel contesto d'approdo. Non di rado, l'attività della stessa impresa viene sviluppata a cavallo dei due contesti territoriali-culturali: quello del paese d'origine e quello del paese di destinazione. Sennonché nei paesi europei le coordinate giuridiche dell'impresa familiare non sono identiche a quelle dei contesti d'origine; a essere differenti sono anche i modelli culturali soggiacenti alla fattispecie normative. Spesso a non coincidere sono proprio le strutture concettuali della famiglia.

A livello di normativa comunitaria non esiste una cornice diretta a disciplinare il fenomeno dell'impresa familiare. Di conseguenza, a fini esemplificativi, potrà essere utilizzata la disciplina italiana dettata dall'art. 230-*bis*. Tra i fini principali della norma c'è quello di impedire lo sfruttamento del lavoro svolto dai membri della famiglia, con particolare riferimento al lavoro femminile e dei minori. Proprio per questa ragione l'impresa familiare assume rilievo giuridico non per mezzo di un atto fondativo di tipo formale ma in base a una situazione di fatto.

In alcuni paesi europei, indiani e pakistani hanno difficoltà a importare le proprie esperienze d'impresa familiare (ad esempio, nel Regno Unito). In Italia, anche grazie alla previsione dell'art. 230-*bis*, probabilmente potrebbero trovare un terreno favorevole. C'è da sottolineare, peraltro, che in India l'attività dell'impresa familiare può essere coordinata con quella d'impresе individuali, in modo da ripartire il carico fiscale. Un dispositivo combinatorio di questo genere è applicato dagli indiani e dai pakistani an-



che in Inghilterra, dove però sta dando luogo a una serie di misure sanzionatorie per violazione delle normative tributarie<sup>51</sup>. In Italia, le recenti innovazioni in materia d'impresa individuale, dirette a semplificarne la nascita, potrebbero sollecitare soluzioni simili, con esiti peraltro tutti da valutare, considerato il carattere fattuale dell'impresa familiare.

Fin qui – si potrebbe osservare – il discorso sembrerebbe collocarsi tutto su un piano inter-normativo. Sennonché, appunto, l'idea di famiglia nucleare italiana non coincide con l'idea di famiglia allargata presente, ad esempio, in India o in Pakistan. Né un'indagine di tipo comparatistico-inter-normativo sarebbe in grado di rivelare a pieno questa discrepanza.

Così, se dall'avvocato si recasse un indiano, intenzionato a creare una succursale italiana della sua impresa familiare, tra i due potrebbe prodursi un profondo fraintendimento circa il significato delle azioni da intraprendere e riguardo le loro conseguenze giuridiche. Se, ad esempio, l'indiano avesse in Italia un nipote figlio del proprio fratello, con ogni probabilità, potrebbe avvertire l'esigenza se non pure l'obbligo morale di farlo lavorare nell'impresa familiare. Questo perché il nipote sarebbe considerato dall'indiano parte integrante della famiglia allargata (o almeno tale rispetto al modello italiano). Nel momento in cui esternasse questa sua esigenza, probabilmente potrebbe trovare una risposta positiva da parte dell'avvocato. L'art. 230-bis prevede che l'impresa familiare si applichi sino al parente di terzo grado e all'affine di secondo. I due, cliente e avvocato, po-

<sup>51</sup> Sull'argomento e da un punto di vista sociologico e giuridico-interculturale, può essere interessante consultare il seguente testo di Jyoti Dialani - Solicitor (England & Wales) & Advocate (Bombay), *Hindu Undivided Family: Tool for Tax Planning For Non-Resident Indians*, scaricabile dal sito [www.Singhania.com/Publication/HUF.pdf](http://www.Singhania.com/Publication/HUF.pdf).



trebbero quindi trovare un terreno di intesa, con il secondo convinto di poter dare una consulenza positiva all'indiano.

Quel che l'avvocato però non sa è che nonostante il vincolo familiare allargato, l'etica familiare indiana non accetterebbe, nella maggior parte dei casi, che il nipote diventasse co-socio dell'impresa con poteri di partecipazione alle decisioni imprenditoriali e diritti sulla ripartizione degli utili. Per comprendere il significato di quel che sta chiedendo di poter fare l'indiano, l'avvocato dovrebbe conoscere, ad esempio, le relazioni tra lui e il fratello, padre del nipote immigrato; la disciplina e la condizione di fatto della parte d'impresa familiare gestita in India; e ancora tutta una serie di altre determinanti culturali che senza l'aiuto di qualcuno a conoscenza della cultura indiana – e di quel settore della cultura indiana al quale appartiene il suo cliente – gli rimarrebbero del tutto ignote e inattuabili. Questo perché in generale chi agisce la propria cultura non la conosce e soprattutto non sa offrirne rendiconti, spiegazioni di tipo definitorio-concettuale. Essa costituisce una sorta di sapere di sfondo, che si sa attivare ma non si articola simbolicamente. In mancanza di una conoscenza oggettivata dei saperi impliciti del proprio cliente, probabilmente il legale finirebbe per dare una consulenza errata.

Capire le parole del proprio cliente, il significato dei suoi gesti, richiede dunque un viaggio nello spazio. Solo dopo aver compreso come vanno le cose in India, l'avvocato potrebbe sperare di interpretare nel modo corretto le categorie mentali e quindi il significato dell'agire e delle richieste di chi si rivolge a lui. Messo al corrente della situazione, il legale potrebbe allora esplicitare all'indiano una caratteristica specifica della disciplina italiana dell'impresa familiare, cioè la sua residualità. Ciò significa che se tra l'imprenditore e un parente entro il terzo grado o un affine entro il secondo si dà vita a un altro tipo di rapporto,



allora la fattispecie dell'impresa familiare diventa recessiva. In concreto, e per rifarsi all'esempio in oggetto, l'indiano potrebbe far lavorare il nipote nell'impresa tuttavia configurando la relazione come rapporto di lavoro subordinato, escludendo così qualsiasi partecipazione del secondo alla gestione delle attività imprenditoriali o suoi diritti alla divisione degli utili. Naturalmente, starebbe poi alle modalità di autorappresentazione e autonoma gestione delle proprie coordinate culturali da parte dell'indiano valutare le modulazioni di senso da accoppiare a questa soluzione, soprattutto nel rapporto con gli altri parenti.

Quel che conta da un punto di vista interculturale è che la soluzione del caso potrebbe rimanere nascosta, fuori dalla portata di cliente e avvocato, se non venissero esplicitati i paesaggi connotativi delle categorie utilizzate da entrambi nel proprio agire e comunicare. La prossimità fisica dell'indiano all'interno del contesto territoriale italiano trasloca almeno in parte lo spazio d'esperienza generato in India dalla combinazione di famiglia e impresa. I due spazi entrano in contatto proprio perché possono sovrapporsi pragmaticamente e nella progettazione simbolica del proprio agire da parte dei soggetti migranti.

A sua volta, l'attività dell'avvocato, come di chiunque altro entrasse in contatto con l'impresa familiare italo-indiana, produrrà conseguenze in relazione a questa presenza eterotona. Se egli saprà interpretare in modo adeguato questa contiguità spazio-categoriale, cioè corologica, sarà stato capace di cogliere le implicazioni della sua consulenza all'indiano in ordine, ad esempio, alla sua attività futura, alla possibilità di avere altri clienti indiani oppure di non averli, alla creazione di una pista d'inclusione oppure di esclusione e magari anche di induzione di comportamenti illeciti, d'incentivazione degli scambi commerciali tra i due paesi, e così via. D'altra parte, nel configurare questo interspazio d'esperienza, egli starà simultaneamente



traducendo le categorie dell'agire familiare proprie della cultura indiana all'interno di quella italiana, riconfigurando così le implicazioni pragmatiche del linguaggio pubblico, che diverrà – almeno per quella porzione – un *tertium*, cioè una sorta di *itandiano* o di *indaliano*.

Un uso interculturale del diritto può quindi trasformare la prossimità spaziale in contiguità categoriale, partorendo un nuovo contesto d'esperienza proprio mediante gli enunciati normativi. Tra l'altro, la legittimità di una simile operazione – della quale potrebbero immaginarsi innumerevoli analoghi in tutti i settori dell'esperienza sociale e giuridica – potrebbe usufruire del *medium* costituzionale e della sua autorevolezza. Il vincolo della solidarietà familiare potrebbe ben iscriversi all'interno dei valori costituzionali italiani, così da legittimare in entrambe le direzioni le scelte dell'imprenditore indiano: vale a dire, l'intenzione di far lavorare il nipote e quella di agire in modo che non venga intaccato l'interesse della porzione più intima della famiglia allargata indiana, cioè quella connotata dal vincolo di coniugio e dalla discendenza diretta.

Di là dalla relativa coincidenza morfologica – in questo caso c'è ma potrebbe anche mancare – tra le configurazioni indiana e italiana d'impresa familiare, sarebbe proprio l'iscrizione degli abiti di comportamento dell'Altro all'interno della categoria assiologica “solidarietà” a fare da *ground* per la determinazione dell'equivalenza tra le rispettive fattispecie giuridico-culturali. Del resto, nulla esclude che una risposta differente da parte dell'avvocato possa produrre effetti disincentivanti rispetto all'inclusione interculturale; effetti che andrebbero a distribuirsi su scala transnazionale. L'idea di non poter evitare che il nipote entri a far parte della succursale italiana dell'impresa familiare potrebbe determinare l'incrinarsi dei rapporti tra l'immigrato e gli altri parenti co-imprenditori in India. In alternativa, potrebbe anche far



risolvere lo stesso indiano ad abbandonare il progetto d'impresa da realizzare in Italia o a scegliere un altro contesto nazionale per portarlo avanti.

Quel che conta di più, però, è l'utilizzazione della solidarietà come *ground traduttivo/metaforico*, poiché è esso che consente una rinegoziazione in chiave interculturale del volto della soggettività, producendo un paradigma processivo, la sintesi simbolica di una dinamica intersoggettiva equivalente a un nuovo abito, a un nuovo schema dell'intersoggettività replicabile all'infinito e adattabile a molteplici situazioni. Sta tutta qui la differenza tra le *accommodation* inter-normative o inter-morfologiche e l'approccio interdisciplinare all'intercultura giuridica.

Nel primo caso si raggiungono soluzioni pratiche di tipo compromissorio, tutte concentrate sulla combinazione possibile tra gli esiti, le escrescenze più appariscenti e visibili delle reti di senso culturali. Nel secondo si punta invece a elaborare cifre della soggettività di tipo inclusivo e generale, risultato di una ri-modulazione avvenuta nell'esercizio della competenza culturale di ciascun attore. Nella prima ipotesi si combinano, spesso per reciproca amputazione gli effetti della differenza culturale; nella seconda, si crea una convergenza tra le cause propulsive, tra i generatori di essa, cioè tra i motori culturali custoditi nelle menti e nei corpi delle persone. La differenza è enorme, ed la stessa che passa tra i sotterfugi utilitaristici, spesso assiologicamente inconsistenti quando non addirittura inaccettabili, e le convergenze sui valori<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Sulla differenza tra *accommodation*, pericolosamente tendenti verso possibili *commodification*, mi sono soffermato diffusamente in M. Ricca, *Il tradimento delle immagini*, cit., riprendendo anche alcune suggestioni di Apadurai e ricalibrandone la portata sulla dimensione giuridico-interculturale. Riprendo qui, a scopi ulteriormente esplicativi, un frammento di quel testo: «L'espressione [*accommodation*] è idiomatica al contesto giurisprudenziale an-



glosassone e, in parte, è stata importata dai giuristi europei, italiani compresi. Figlia di una concezione topica della giurisprudenza, costruita sulla dinamica dei *cases law*, del vincolo del precedente e della logica del caso concreto, essa tende a riassumere i risultati di un uso della retorica giuridica, delle buone ragioni del caso, con la prassi istituzionale e i suoi filoni d'indirizzo. Per quanto una buona retorica possa contribuire all'invenzione di buoni significati e buoni contesti di argomentazione, essa tuttavia presuppone la distinzione tra l'argomentare e il significare, tra l'arte di avere ragione e il conoscere. L'epistemologia implicita dell'*accommodation* tende perciò a refluire in una concezione inevitabilmente relativistica della conoscenza o, se si vuole, post-moderna. Personalmente, non penso che il relativismo sia l'unico antidoto a una concezione assoluta e assolutizzante della verità o delle visioni culturali. In una prospettiva semiotica, l'avventura del conoscere è e rimane aperta, tendente all'oggettività e all'universalità pur rimanendo pluralista, anzi proprio perché pluralista, revisionabile perché intrinsecamente ipotetica, transattiva perché adattiva e pragmatica, orientata cioè all'esperienza e a una responsabile e sempre rinnovata invenzione (non costruzione a mano libera) della realtà. Il relativismo insito nelle pratiche di *accommodation* sembra invece articolare la sua dinamica, la danza dei relativi, attorno a qualcosa che rimane fisso, relativamente stabile. Questo qualcosa corrisponde a una forma di ossificazione, di essenzializzazione, della posta in gioco - fatta ora di oggetti, ora di gesti - dei compromessi culturali. Compromesso, appunto, dove si presuppone, inevitabilmente ancorché inconsapevolmente, un'unità di misura di sfondo suscettibile da fungere da moneta di scambio e di calcolo nella composizione degli interessi delle parti culturalmente contrapposte (al riguardo, cfr. R. Shweder, M. Minow e H. R. Markus (a cura di), *Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, New York, Russel Sage Foundations, 2002, spec. la II parte e, per alcuni saggi, la I). Tutto ciò conduce, secondo me, a scadere in un'ineluttabile mercificazione dei confronti, delle traduzioni e delle transazioni interculturali, dove non vi sarà reciproca e bidirezionale trasformazione semiotica e conoscitiva, ma soltanto mutua limitazione tra visioni del mondo, potenzialità d'azione e di significazione destinate a rimanere identiche a sé, anzi irrigidite e sclerotizzate dalla percezione, da parte degli attori in causa, di essere comunque addivenuti a un sacrificio, ancorché giustificato da un calcolo di convenienza materiale o finanziaria, elaborato cioè in base a un'unità di valutazione preesistente all'incontro e alla traduzione/transazione reciproca. Chiudo osservando che *accommodation*, letto in questa angolazione, finisce per evocare e per includere una forma di *commodification*, cioè la trasformazione dei significati delle cose in meri equivalenti di valore di scambio, beni di consumo quotabili sul mercato e nel



#### 4.2. Come la ri-categorizzazione concettuale e normativa modifica la configurazione degli spazi d'esperienza

Per illustrare l'effetto speculare delle pratiche di traduzione giuridica interculturale proporrei il caso di una signora africana di fede islamica (non indico il paese di provenienza per ragioni di tutela della *privacy*). La signora, residente in Italia e in provincia di ottenere la cittadinanza, si rivolge a un legale italiano con la richiesta di fare una "divisione dal marito".

Il legale chiede cosa intenda per divisione e progressivamente nel colloquio emerge che la cliente straniera non ha in mente una separazione dal coniuge della sua stessa fede ed etnia ma la divisione della casa di convivenza in proprietà indivisa con il coniuge. La signora si era precedentemente recata in Comune per chiedere che venisse effettuata tale divisione in modo da rendere indipendenti la porzione dell'abitazione destinata – a suo giudizio – a diventare di sua esclusiva proprietà e la restante parte del marito. Posta di fronte al rifiuto, per impossibilità di procedere in via amministrativa e su richiesta individuale alla divisione, la signora si rivolge appunto al legale.

linguaggio della quantità. Il termine – anche nella lectio *commoditaitaion*, focalizzata sulla trasformazione delle cose in beni dotati di valore di scambio (cfr. A. Appadurai (a cura di), *The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, e *ibidem* spec. Id., *Commodities and the politics of value*, pp. 3 ss.) – è entrato in uso nell'ambito giuridico anche con riferimento al pericolo di commercializzazione del corpo umano o di sue parti. Nell'ambito economico, la *commodification* è invece legata alla perdita d'idiomaticità dei prodotti, quindi di un loro significato idiomatologico, connessa alla diffusione su larga scala della tecnologia produttiva, cosicché le differenze tra i prodotti offerti si ridurranno esclusivamente al prezzo, essendo divenute tutte le altre qualità del tutto fungibili, equivalenti. Le cose, in altre parole, se fagocitate nel processo di commodificazione non avranno più alcun significato se non quello merceologico-monetario».



L'avvocato, sulle prime, non comprende il perché della richiesta formulata dalla signora. Così, prova a scandagliare circa l'esistenza di eventuali conflitti tra i coniugi. In tal caso, la via maestra sarebbe stata quella della separazione matrimoniale con eventuale richiesta di assegnazione dell'intera casa familiare alla cliente. Soluzione corroborata e resa ancor più percorribile dalla circostanza che la signora dichiara di avere cinque figli conviventi. Ben presto, però, il legale comprende che il divorzio è quanto di più lontano possa immaginarsi dalle intenzioni della cliente. Lei non intende affatto separarsi dal marito, tutto al contrario. Lei non intende comportarsi come una moglie italiana che non si senta rispettata dal coniuge.

Piuttosto, a corona della richiesta avanzata in merito alla proprietà della casa, la signora inizia a parlare della situazione problematica connessa alla ferma intenzione del marito di recarsi in Africa, e questo benché gli avessero ritirato il passaporto nonostante egli fosse già divenuto cittadino italiano. Sollecitando la narrazione delle vicende riguardanti il marito vien fuori che questi era stato condannato per oltraggio a un pubblico ufficiale, precisamente un vigile urbano, per essersi sottratto con la forza alla elevazione di una contravvenzione. Come pena accessoria, gli era stata appunto comminato il ritiro del passaporto. Ciò nondimeno, l'uomo rimane fermamente intenzionato a partire in ogni caso.

Secondo quanto affermato in un primo momento dalla moglie, le ragioni del viaggio sarebbero state legate all'intenzione di vedere la madre anziana residente in Africa e di recarsi lì per cure mediche. Le perplessità manifestate dall'avvocato circa la plausibilità di simili motivazioni – soprattutto quelle relative alla necessità di doversi necessariamente affidare a medici africani – si imbattono inizialmente in un risoluto silenzio della cliente. Convinta di aver schivato i dubbi dell'avvocato, la si-



gnora torna tuttavia sulla necessità di ottenere la divisione dell'immobile, che a questo punto va definendo come inevitabile una divisione giudiziale. Posta di fronte alla necessità di affrontare i costi processuali, la cliente, forse esasperata, si lascia però sfuggire una frase rivelatrice: «Perché io *quella* non la voglio a casa mia! Sì, perché lui me la vuole portare qui! Io lo so!».

A quel punto l'avvocato, dotato se non altro di buon intuito, comprende che il riferimento a «quella» doveva necessariamente avere a oggetto un'altra donna attualmente non residente in Italia. Ulteriormente compulsata, la cliente finisce per rivelare che «quella» non è altri che la seconda moglie del marito, che questi aveva sposato durante un viaggio in solitaria nel paese d'origine. Pian piano, emerge, poi, che «quella» abita presso la casa coniugale sita in Africa che la cliente e il marito avevano originariamente comprato insieme. Situazione che la signora percepisce come un'invasione; e forse solo una prima invasione, suscettibile di reiterarsi anche sul suolo italico nel caso in cui la seconda moglie riuscisse ad approdarvi.

Improvvisamente... e finalmente, all'avvocato si dischiude il significato autentico delle richieste formulate dalla cliente in merito alla divisione della casa coniugale. Una serie di ulteriori quesiti, fondati su una conoscenza di massima del diritto islamico da parte dell'avvocato, precisano ancor più nitidamente il significato della richiesta di divisione. La donna è di fede islamica, tuttavia non accetta di buon grado la poliginia del marito. Forse, se fosse rimasta in Senegal, avrebbe fatto buon viso a cattivo gioco. L'esperienza migratoria e la ricollocazione in un diverso contesto culturale, certamente più ricettivo rispetto alle esigenze di emancipazione femminile, rendono però intollerabile agli occhi della donna quel che nella sua patria originaria avrebbe dovuto subire.



La rivendicazione di una proprietà esclusiva sull'immobile, rivista al meglio delle trasformazioni interculturali maturate dalla cliente africana sull'onda della sua esperienza migratoria, si prospetta come una questione di genere, meglio ancora come un mezzo di emancipazione personale. A quel punto, l'avvocato comprende che la pista da seguire per venire incontro alle reali esigenze della cliente non riguarda tanto il regime di proprietà dell'immobile quanto le relazioni interpersonali con la seconda moglie. Consapevole di ciò, prova allora a tranquillizzare la signora africana esponendole l'impossibilità per il marito di chiedere il ricongiungimento familiare appunto con la seconda moglie. E questo - le spiega - perché la legge italiana considera la poligamia contraria all'ordine pubblico.

Inutile narrare della felice sorpresa che questa notizia rappresenta per la cliente. Incamerata la novità, lei si affretta quindi a chiedere all'avvocato: «Davvero la legge italiana dice questo? Che *quella* non può venire?! Ah! Meno male!». Frattanto un sorriso di soddisfazione le si allarga sul viso. Segno di una gioia inaspettata, che conduce però la stessa cliente a lasciarsi andare a un'ulteriore rivelazione. Così lei aggiunge ancora, colma di soddisfazione: «Bene, così *quello* non potrà portarselo qua!». Sennonché il riferimento a un «quello» lascia decisamente interdetto l'avvocato, che soggiunge subito: «*Quello* chi, scusi?». Nemmeno a dirlo, si tratta del figlio della seconda moglie, che questa - come accade sempre in questi casi - ritiene discriminato rispetto ai figli della prima moglie, proprio per non poter usufruire dei vantaggi derivanti dalla residenza in Italia.

La scoperta di un altro figlio, per dir così, di secondo letto del marito costringe però l'avvocato a incrinare le rosee prospettive di esclusione della seconda moglie dalla convivenza abitativa in Italia, prospettive che la cliente aveva appena visto sbocciare di fronte a sé. Il legale si vede costretto ad avvertire che la presenza



di un figlio cambia le carte in tavola. In effetti, il padre potrebbe chiedere il ricongiungimento familiare con il bambino e poi, se non come moglie almeno nella veste di madre, potrebbe far venire la seconda moglie in Italia, proprio per consentirle di ricongiungersi al figlio (sulla base del c.d. ordine pubblico attenuato *all'italiana* – in parte diverso da quello di derivazione francese – e nel rispetto dei diritti fondamentali del minore)<sup>53</sup>.

L'immediata e incalzante domanda della cliente di fronte a questa sopravvenienza è la seguente: «Ma è sempre la legge italiana che dice anche questo?». Benché poco convinta della coerenza del diritto nostrano (e come si potrebbe darle torto!), alla fine la donna prende atto di questa infausta possibilità. Affranta, tuttavia non si perde d'animo. Ed è a quel punto che, contraendo il viso in un sorriso malizioso, si avvicina all'avvocato stringendogli forte il braccio e soggiunge con fare ammiccante e complice: «Avvocato, questo però non lo diciamo a mio marito!».

Il tratto stupefacente di questo resoconto concerne le trasformazioni interculturali intraprese dalla signora africana di fede islamica. Il culmine della metamorfosi si raggiunge proprio alla fine, quando la presa di posizione contro la poliginia, pure tratto caratteristico delle pratiche matrimoniali islamiche, cerca, come propri alleati, prima la legge italiana e poi addirittura un maschio italiano bianco (l'avvocato), invitato a farsi complice nel nascondere al marito le effettive possibilità offertegli dalla legge circa il ricongiungimento con il figlio della seconda moglie e con quest'ultima. Tutto ciò sembrerebbe dimostrare non solo il pote-

<sup>53</sup> In tal senso, si è espressa la giurisprudenza italiana sin da Trib. Bologna, (ord.) 12 marzo 2003. In materia cfr., anche, Corte cost., n. 224/2005, Cass., 2 marzo 1999, n. 1739. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali rinvio alla rivista *Diritto, immigrazione e cittadinanza*. Ho trattato la questione in modo più diffuso in M. Ricca, *Oltre Babele*, cit., pp. 331-336.



re di relativizzazione degli irrigidimenti identitari prodotti da un uso interculturale delle normative vigenti nello stato di accoglienza, ma anche il carattere interspaziale delle torsioni interpretative adottate dall'avvocato nel tentativo di qualificare giuridicamente la situazione vissuta dalla cliente a cavallo dei due circuiti territoriali e culturali, italiano e senegalese.

Per giungere a soluzioni efficaci e adatte al caso, quindi a una selezione delle norme da chiamare in causa per venire effettivamente incontro alle esigenze della sua assistita, l'avvocato deve tener conto di quel che accade in un altrove lontano, che però rientra nel circuito semiotico e, dunque, nella categorizzazione fattuale e giuridica di quel che la cliente intende fare. Ed è appunto attraverso questa sequenza che la ri-categorizzazione interculturale si fa asse di modificazione e riconfigurazione degli spazi d'esperienza.

Quale piega abbiano preso alla fine le vicende familiari della signora africana non saprei dirlo, né conosco la soluzione finale escogitata dall'avvocato per venirle incontro. Certamente, le prime e la seconda si saranno sviluppate di pari passo, coinvolgendo in un gioco di rappresentazioni incrociate, di mosse e contromosse, un insieme di attori unificati nell'azione da una scena "teatrale" transnazionale. Il teatro della storia è appunto il *Kóra* transterritoriale e transcategoriale che ne scandisce, sottosoglia e simultaneamente, l'emersione, la materializzazione e la significazione interspaziale e interculturale, sfociando nella delimitazione di un nuovo spazio d'azione forgiato da nuove scansioni culturali<sup>54</sup>.

L'antropologia culturale e la stessa antropologia del diritto registrano e concettualizzano, con riguardo a casi simili, una

<sup>54</sup> Cfr. M. Ricca, *Uso interculturale dei diritti umani*, cit.



crescente de-territorializzazione sia dell'esperienza culturale sia della soggettività<sup>55</sup>. Questa qualificazione, figlia dell'influenza esercitata dall'idea di globalizzazione, ha senso, tuttavia, fino a quando si consideri il territorio come una sorta di sinonimo di "circuito spaziale monoculturale". Adottando una prospettiva corologica, le cose appaiono invece in modo diverso. Ogni luogo, da tempo immemorabile e persino a livello biologico o fitologico, è frutto di sintesi interspaziali incapsulate all'interno di ciò che abita in esso. Le entità presenti in un singolo luogo possono avere provenienze le più remote. E queste provenienze possono a loro volta rivelarsi determinanti per comprendere le caratteristiche, le implicazioni, il significato di quel che ci si trova davanti in quel luogo.

Alle volte, proprio per comprendere questo significato, è necessario compiere viaggi fisici o immaginari nei luoghi d'origine. Luoghi che vanno a collocarsi in una dimensione inter-spaziale o, forse, semplicemente "spaziale", dove si comprenda che forse non c'è alcuna distinzione tra territorio e luogo, da un lato, e spazio, dall'altro. Questo perché lo spazio non è una cosa, una dimensione oggettiva e vuota posta là fuori, quanto piuttosto

<sup>55</sup> Sulla de-territorializzazione e sulle analisi antropologiche multi-situate mi limito qui a richiamare G.E. Marcus, *Ethnography in /of the World System: The Emergence of Multi-Sited Ethnography*, in *Annual Review of Anthropology*, 1995, XXIV, pp. 95-117; Id., *What is at Stake - and is not - in the Idea and Practice of Multi-Sited Ethnography*, in H.L. Moore, T. Sanders (a cura di), *Anthropology in Theory: Issues in Epistemology*, Malden (Mass.) - Oxford - Carlton (Victoria), Blackwell, 2006; B. Santos de Sousa, C. Rodríguez-Garavito, *Law, Politics, and the Subaltern*, cit., p. 1 ss.), M. Goodale, *Introduction: Locating Rights, Envisioning Law between the Global and the Local*, in M. Goodale, S. Engle Merry (a cura di), *The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 26 e l'ormai pressoché classico A. Gupta, J. Ferguson (a cura di), *Culture, Power, Place: Explorations in Critical Anthropology*, Durham (N.C.) - London, Duke University Press, 1997, benché di questi autori non condivida l'approccio post-moderno.



una dimensione semiotica in grado di rendere prossimo il fisicamente lontano e concettualmente distante quel che pure può collocarsi vicino. Tutto sta non tanto nella misurazione della distanza fisica tra gli oggetti ma nella loro capacità di prospettarsi come implicazioni l'uno dell'altro. Ragione che rende, se adeguatamente tradotti, gli oggetti o i fenomeni prossimi nello spazio potenziali connotazioni da includere all'interno delle categorie concettuali utilizzate per definire altrettanti oggetti vicini ai primi. Come definire le corsie d'implicazione, come cartografare il mondo e forgiarne le distanze di senso, è questione governata dai valori e dai fini propri del "cartografo"<sup>56</sup>.

##### **5. Diritto errante. Metamorfosi cartografiche e deficit cognitivi della qualificazione giuridica**

Con le persone migrano anche i loro spazi d'esperienza. Questo significa che per qualificare quel che accade qui e ora, il diritto e gli operatori giuridici devono imbarcarsi lungo rotte geografico-culturali mai navigate prima. Per leggere le situazioni "presenti" il diritto deve farsi errante. L'applicazione di una norma appartenente a un sistema statale e territoriale dovrà transitare attraverso un processo di etero-integrazione informativa e semiotica. Per comprendere quel che fa, pensa e vuole una persona proveniente da un altro stato o appartenente a un differente circuito culturale si renderà necessario compiere una sorta di viaggio "altrove". Lì, bisognerà andare in cerca degli indici semantici e contestuali in grado di far emergere le ra-

<sup>56</sup> J. Pickles, *A History of Spaces. Cartographic Reason, Mapping, and the Geo-Coded World*, London - New York, Routledge, 2004, e *ibidem* per ulteriore bibliografia sul tema.



dici di senso di quel che è fatto e detto nel qui e nell'ora o che comunque è "attualmente" soggetto a interpretazione in seno a uno spazio d'esperienza.

Al riguardo, è indispensabile sottolineare che il transito inter-contestuale non equivale a una neutra raccolta di dati. Lo sguardo dell'osservatore forgia i percorsi e le emergenze della ricerca. In più, esso deve fare i conti con la circostanza che la ricerca è orientata in modo bidirezionale e vettori di essa sono l'esperienza, la volontà, la capacità di elaborazione culturale di tutti gli attori protagonisti della vicenda migratoria.

Non compiere il viaggio oltre-confine, non tenere conto delle autotrasformazioni culturali vissute e gestite dalle persone, equivarrebbe a comprendere in modo monco, difettivo, gli estremi della situazione posta sotto la lente della qualificazione giuridica. Sennonché una erronea qualificazione del fatto si tramuterebbe in una qualificazione giuridica non corrispondente alla reale situazione da disciplinare, la stessa che funge da mezzo per la realizzazione dei fini incorporati nelle norme selezionate per l'applicazione. In altre parole, un *deficit* nella configurazione interculturale della c.d. fattispecie concreta darebbe luogo a una sorta di eterogenesi dei fini nell'attuazione delle normative statali. Non riuscire a rintracciare la corologia soggiacente al vissuto delle persone di volta in volta attratte nel circuito di applicazione delle singole norme si risolverebbe insomma in una falsa rappresentazione del fatto, quindi in un radicale eccesso di potere da parte degli operatori del diritto e delle istituzioni italiane.

Nel configurarsi di un nesso tra eccesso di potere e *deficit* della traduzione interculturale in sede di qualificazione giuridica degli eventi orbitanti attorno ai percorsi migratori o, comunque, a situazioni distribuite tra più circuiti territoriali / culturali / normativi, si delinea un aspetto centrale del diritto interculturale. E cioè la circostanza che esso non è finalizzato al raggiungimento



di scopi inclusivi aprioristicamente o dogmaticamente postulati, a loro volta scaturigine di un'ideale predisposizione per l'allofilia. Il motore del diritto interculturale è di tipo cognitivo. Perché la legge italiana possa realizzare i suoi stessi fini intrinseci, perché la sua applicazione sia coerente con i valori/fini posti a suo fondamento, si rende indispensabile l'attivazione di uno sforzo di traduzione interculturale. Ancor più sinteticamente e in modo evocativo: la curvatura interculturale nell'applicazione delle leggi italiane (o di qualsiasi altro Stato) è necessaria affinché esse possano rimanere se stesse, coerenti con i propri presupposti di legittimazione.

L'errore, il *deficit* cognitivo, rispetto alla decodificazione del fatto - di cui è parte anche la mente dell'agente straniero unitamente al contesto di senso da egli utilizzato nel progettare il proprio agire - può facilmente sostanziarsi nel commettere o nel farsi complici inaccorti di un'ingiustizia. Un'ingiustizia facilmente configurabile come violazione di principi costituzionali, dei diritti umani o di qualsiasi altro *standard* assiologico-valutativo sufficientemente vago e ambiguo da facilitare l'iscrizione nel suo spettro semantico di indici culturali connotati dalla differenza, dalla distanza semiotica rispetto a quelli autoctoni.

Per poter produrre effetti sistematicamente coerenti, il diritto deve farsi errante e, con esso, anche l'attività di qualificazione normativa svolta dai suoi operatori. Deve errare proprio per non "errare", perché i giuristi non sbaglino clamorosamente nell'interpretare i fatti che il diritto è incaricato di regolare. In questo senso, la carica assiologica degli enunciati di principio, e in particolar modo di quelli integrati nel discorso sui diritti, li rende simili alle c.d. norme di presupposizione<sup>57</sup>. Così come queste pre-

<sup>57</sup> Cfr. M. Ricca, *Metamorfosi della Sovranità e ordinamenti confessionali*, Torino, Giappichelli, 1999.



suppongono definizioni normative, descrizioni fattuali, che abitano in circuiti differenti da quelli dell'ordinamento e degli ambiti di competenza ai quali esse appartengono, allo stesso modo gli enunciati di principio, le categorie assiologico-giuridiche di rango costituzionale proiettano la loro portata semantica e deontica di là dai confini culturali e geografici dello Stato presupponendo quanto vi accade come elemento integrativo dei propri effetti. Ciò accade e può accadere perché la capacità inclusiva del loro spettro semantico è estremamente ampia e, soprattutto, suscettibile di tollerare un'ampia plasticità morfologica nelle fattispecie o estensioni riconducibili al di sotto del loro ombrello. Un'esemplificazione basterà a esplicitare il senso di questa asserzione.

Si considerino la categoria "gioia" o quella "solidarietà". I comportamenti, gli eventi, gli oggetti e i fenomeni categorizzabili sotto queste due calotte semantiche, o lemmi, possono differire enormemente dal punto di vista morfologico, tanto da non presentare dal punto di vista analitico ed empirico alcun elemento in comune. Nel circuito delle implicazioni della gioia, quale sua determinante, possono assumersi tanto una navigazione in barca a vela quanto una carezza data a un bambino<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> A questo riguardo è necessaria una precisazione. Nella teoria psicologica si distingue sovente tra condizioni elicитanti delle emozioni ed emozioni in se considerate. Questa distinzione, apparentemente intuitiva, poggia tuttavia su una lettura di tipo dualistico dell'esperienza. Come se, appunto, le condizioni elicитanti fossero fatti, posti fuori dalla mente e dal corpo, e l'emozione una reazione interna, endo-corporea e psichica. L'oggettività dei fatti e anche la loro apparente esteriorità è però una conseguenza delle relazioni tra una mente incorporata e l'ambiente (di cui la stessa mente incorporata è parte integrante). Allo stesso modo, l'entità mente/corpo non esiste a prescindere dalle relazioni con l'ambiente. Ciò significa che le emozioni concorrono nel processo di determinazione degli oggetti e dei fenomeni c.d. esterni, come questi nel sorgere delle emozioni e delle trasformazioni corporeo-mentali che le sostanziano. La reazione emotiva penetra ed è parte integrante dell'attività percettiva ancor prima che essa giunga alla coscienza. Esattamente come accade



Allo stesso modo, tra i gesti di solidarietà possono riconoscersi l'empatia per la sofferenza di qualcuno come la costituzione di una borsa di studio per i più meritevoli.

Dal punto di vista della corrispondenza connotativa di tipo analitico/morfologico, i membri delle coppie elencate non condividono quasi nulla. Eppure, ciascuno di essi è accomunabile sotto il medesimo ombrello categoriale dell'altro in relazione alle sue connotazioni assiologiche, emotive o teleologiche. Del resto, i confini categoriali sono quasi sempre determinati assiologicamente o teleologicamente<sup>59</sup>. Le connotazioni, gli elementi delle liste di controllo semantico, possono considerarsi anche

per le percezioni e le loro categorizzazioni. Ciò non significa che la riflessione, così come il sentimento, non possano poi retroagire sulle reazioni mentali-corporee condizionandone, controllandone o modificandone il manifestarsi. Anzi, i ri-orientamenti consapevoli dell'attività percettiva ed emotiva possono divenire con il tempo irriflessi, trasformarsi in abiti adottati dal binomio mente-corpo in modo inconscio, automatico. La componente emotiva, in molti casi, può non essere più percepita dalla coscienza, così da rendere invisibile l'aspetto qualitativo, estetico, assiologico, intrinseco a tutto ciò che viene percepito, alle sue categorizzazioni e al processo che conduce al prender forma dell'esperienza. Il soggettivo, l'interno, svanisce dall'orizzonte della coscienza. Il contraltare di questa sparizione è l'oggettività esterna, che è invece il luogo di condensazione di soggetto e oggetto. Il raggiungimento della condizione di stabilità coincidente con l'oggettività è però solo momentaneo, mai definitivo, almeno in termini assoluti. Le angolazioni della relazione soggetto/oggetto possono sempre mutare, riattivando l'attività emotiva e la percezione cosciente degli aspetti qualitativi dell'esperienza, in vista di e fino a nuove configurazioni dell'oggettività, di nuove sintesi soggetto/oggetto. L'insieme di queste considerazioni consente di assumere, come negli esempi formulati nel testo, la navigazione a vela e la carezza a un bambino, la manifestazione empatica per il dolore altrui e l'elargizione di una borsa di studio, quali implicazioni, connotazioni costitutive le categorie emotive della gioia o della solidarietà, e non mere condizioni elicитanti o implicazioni pragmatiche del manifestarsi di eventi mentali o puramente psichici quali sarebbero, appunto, le emozioni in una prospettiva dualistica.

<sup>59</sup> Cfr., per questi profili, M. Ricca, *Culture interdette*, cit. e Id., *Il tradimento delle immagini*, cit.



alla stregua di mezzi, di porzioni della relazione e del processo di relazionamento/implicazione che dà luogo a quel che indichiamo con la categoria e con la parola che la rappresenta. La determinazione dei contesti, dei confini categoriali, dipende dai fini adottati nel definirli; senonché il significato, il contenuto dei fini è il risultato delle relazioni dinamiche tra i mezzi; i quali, a loro volta, definiscono il contesto. Si tratta di un circolo, dal quale permette di uscire appunto la plasticità delle categorie assiologico/teleologiche, grazie alla loro inclusività in grado di relativizzare e varcare i confini delle connotazioni morfologiche.

La possibilità di iscrivere comportamenti, parole, oggetti, all'interno delle categorie assiologiche di vertice, e perciò semanticamente più aperte, degli ordinamenti statali (gli enunciati sui diritti umani e/o fondamentali ne sono l'emblema) può essere attivata mediante l'esplicitazione di paesaggi narrativi ricchi di indici connotativi. Facendo leva su questi paesaggi connotativi, è possibile rintracciare continuità semantiche tra le forme dell'agire dell'Altro e lo spettro semantico delle categorie assiologiche integrate negli enunciati normativi di principio. Una volta tracciate simili linee di continuità, sarà poi necessario affrontare un percorso di valutazione circa la salienza di quella che ho già definito come risonanza inter-contestuale incrociata. In parole più semplici, si tratterà di giustificare perché non includere sotto l'ombrello della tutela assicurata da un principio-valore comportamenti che contengono il medesimo elemento assiologico all'interno del proprio parco connotativo<sup>60</sup>.

Si ipotizzi che nonostante tutte le possibili differenze morfologiche, l'attività di contestualizzazione narrativa e di traduzio-

<sup>60</sup> Sulla risonanza contestuale incrociata, con più ampie motivazioni e richiami bibliografici, cfr. M. Ricca, *Culture interdette*, cit.



ne/transazione interculturale dei significati conduca a rinvenire in un oggetto gli estremi di un simbolo religioso anziché di un arma contundente o di altro tipo (è appunto il caso del *kirpan*). A quel punto bisognerebbe riuscire fornire un motivo ragionevole per vietare a una persona di portarlo con sé nei luoghi pubblici e permettere, simultaneamente, a un cattolico di andare in giro con una croce d'acciaio del peso di mezzo chilo<sup>61</sup>. Per giungere a questo stadio, tuttavia, l'interprete dovrà usare la norma di principio e il valore in essa contenuto come una sorta di rampa di lancio per escursioni in territori semiotico-culturali assai distanti da quello italiano o occidentale. Un'autentica attuazione del valore rispetto alla situazione concreta esige, insomma, un'eterointegrazione semantica del vocabolario e dei confini categoriali utilizzati nell'applicazione degli apparati normativi. Questa eterointegrazione potrà includere spazi d'esperienza assai distanti da quelli territorialmente prossimi alla sfera di operatività geografica del singolo ordinamento statale. Ciò nondimeno, l'esigenza di fornire un'interpretazione assiologicamente coerente della situazione da regolare costringerà a prendere in considerazione e a includere ciò che è culturalmente e geograficamente lontano.

La precisazione della dimensione semantico-spaziale soggiacente alle relazioni connotative riassunte da comportamenti, cose, fenomeni, parole, non è altro che un'opera di configurazione corologica delle situazioni da regolare e, di riflesso, delle norme da utilizzare per regolarle. Attraverso le lenti di una corologia interculturale è perfettamente coerente che il distante geografico si faccia prossimo e il morfologicamente discontinuo si palesi continuo. È così perché il generatore delle percezioni e configu-

<sup>61</sup> Cfr. M. Ricca, *Il tradimento delle immagini*, cit.



razioni tanto semantiche quanto spaziali è comunque e sempre semiotico. E nell'ambito delle relazioni tra i segni il distante e il prossimo dipendono dai nessi d'implicazione sintetizzati nella creazione dei significati e delle loro reti connotative, non dalle distanze chilometriche. Considerazione che può condurre a concludere che un oggetto prossimo fisicamente può rivelarsi, a uno sguardo corologico, del tutto remoto o inattuale, poiché privo di salienti nessi d'implicazione con gli aspetti connotativi di una categoria.

Fallire nella configurazione della cornice corologica di atti, parole e oggetti, può dar luogo a forme d'ineffettività dei valori apicali degli ordinamenti. Un'ineffettività facilmente suscettibile di convertirsi nel carattere illegittimo delle scelte normative o giudiziali riconosciute come cause di essa. Del resto, che la sovranità statale e le sue proiezioni normative debbano estroflettersi e etero-integrarsi con quel che è esterno a esse in termini semantico-spaziali è un'implicazione agganciata all'agire degli stessi cittadini autoctoni dei singoli stati. L'attività delle persone doppia costantemente i confini nazionali, e la stessa tutela dei diritti fondamentali, la soddisfazione dei bisogni primari della popolazione, dipendono da fattori che si muovono lungo corsie asintotiche rispetto alle coordinate del diritto e della politica endo-statali. Quando il rifiuto di etero-integrare l'ordinamento si palesa come lesione di un diritto fondamentale, di un principio-valore di esso, la funzione di presupposizione svolta da entrambi si dimostra con altrettanta forza che nell'ipotesi di richieste di riconoscimento della propria differenza culturale avanzate dai migranti.

D'altra parte, i circuiti culturali, come ad esempio quelli religiosi, non corrispondono affatto alle scansioni e alle mappe della geografica politica statale. Comprendere il senso di un'istanza religiosa formulata qui e adesso richiede spessissimo



l'eterointegrazione cognitiva e assiologico-normativa di fattori generati in un altrove territoriale, talvolta persino in non-luoghi fisici perché piuttosto spazi della trascendenza e dell'esperienza di essa.

In generale, va poi osservato che gli enunciati giuridici sono assai più vulnerabili delle categorie analitiche di tipo empirico alle pressioni semiotiche esercitate dalla diversità culturale. Benché tutte le categorie, persino quelle astrattamente analitiche, integrino elementi assiologici, viceversa negli enunciati e nelle categorie del diritto questa presenza è assai più evidente. È dunque più semplice, più immediato, forzare i confini connotativi delle categorie linguistiche facendo leva sulla plasticità semantica (e, direi, corologica) dei valori. Ed è così perché il diritto non descrive ma prescrive. E la prescrizione, per essere dotata di obbligatorietà, deve essere in un modo o nell'altro – e nei sistemi democratico-costituzionali in maniera perspicua – dotata di pregevolezza assiologica e/o teleologica. Una cosa si deve fare perché è bene farla. Nessuna versione dell'imperativismo o del formalismo giuridico può sfuggire alla presa di questa esigenza, di questa condizione antropologica dell'esperienza giuridica, quantomeno a livello di norme di chiusura dell'ordinamento. Non appena s'intercetti la connotazione assiologica degli enunciati normativi o i suoi referenti sistematico-gerarchici, l'approccio corologico-interculturale diverrà percorribile. Per questa via, e nonostante possa apparire paradossale, proprio il diritto, arma letale nel concretizzarsi dell'oppressione coloniale e del dirigismo di marca occidentale nell'era post-coloniale, può tramutarsi in una sorta di strumento di auto-collasso del discorso etnocentrico, identitario, nazionalistico e così via.

Il necessario errare del diritto lungo le rotte di una corologia interculturale si prospetta qui come specularmente inverso a quello che accompagnò il colonialismo, peraltro in entrambi in



sensi del termine “errare”. Se un tempo il diritto occidentale spadroneggiava errando per il pianeta col vento in poppa dell’imperialismo occidentale, oggi esso erra anche per coordinarsi con il flusso di ritorno antropico generato dalle migrazioni verso l’Occidente. Analogamente, se i trapianti giuridici imposti dai poteri coloniali in altri contesti culturali commisero l’errore di non tradursi nei linguaggi locali, così da tentare di dar vita a processi di inclusione interculturale<sup>62</sup>, oggi il diritto degli Stati occidentali è posto di fronte alla necessità di tradurre l’Alterità presente in casa propria al fine di poter rimanere coerente con se stesso, di non collassare sui suoi presupposti di legittimazione a causa dei propri errori interpretativi e dei deficit antropologico-cognitivi dei suoi operatori. Per evitare di “errare”, di applicare in modo incoerente e culturalmente asimmetrico le proprie norme, quel diritto deve errare in senso corologico-interculturale. È un po’ come se la storia moderna si ribaltasse e il presente si stesse trasformando nello specchio del passato coloniale. *A parti geografico-culturali invertite*, questo ribaltamento è effetto di un medesimo errore, e l’intercultura – quella non realizzata nel passato e quella ancora da realizzare nel presente – ne può costituire il rimedio.

Le coordinate assiologico-politiche del diritto moderno avevano quale loro cifra l’universalità o, comunque, una petizione di

<sup>62</sup> I tentativi fatti, come ad esempio l’*adat law*, corrisposero piuttosto a prove di traduzione dell’esperienza giuridico-morale dei popoli colonizzati entro le categorie e la razionalità (sistematica) propria del diritto occidentale. E quando queste operazioni davano esito fallimentare, la conclusione era univoca e certa: i popoli colonizzati mancavano di senso del diritto. Il caso dell’India all’epoca della colonizzazione inglese è emblematico. Cfr., al riguardo, R. Lingat, *The Classical Law of India*, Berkeley, University of California Press, 1973; J.D.M. Derret, *Religion, Law, and State in India*, Delhi, Oxford University Press, 1999.



universalità. Eppure, per ragioni legate a una sorta di economia delle possibilità, le petizioni di universalità, contenute per esempio nelle dichiarazioni cosmopolitiche sui diritti naturali e/o umani, trovarono attuazioni locali, territorialmente limitate ai contesti nazionali<sup>63</sup>. L'effetto fu appunto quello di produrre esperienze e concretizzazioni etno-locali dell'universalità, sue versioni territorialmente e culturalmente situate, si potrebbe dire persino "provinciali". Le dichiarazioni dei diritti si saldarono alle categorie normative di diritto comune, colme invece di rughe storico-culturali e, come accennato più sopra, di riflessi della teologia morale di matrice cristiana. Tuttavia, compiuta questa identificazione metonimica tra cultura europea e universalità (*id est*: potenzialità universalistiche degli enunciati sui diritti dell'uomo), essa venne utilizzata come mezzo di legittimazione per l'inculturazione forzata dei domini coloniali. L'identità europea fu spacciata per universalità, e ciò creò l'alibi per deprezzare e ignorare la "dignità" culturale dei modi di vivere degli Altri<sup>64</sup>. L'imperialismo coloniale avanzava grazie a vele e cannoni, certo, ma il suo carburante consisteva anche di questi dispositivi "ideali".

L'universalità tradita dal colonialismo e dal nazionalismo presenta però il suo conto oggi, proprio sull'onda delle migrazioni. L'ingresso nell'era della decolonizzazione ha lasciato molte ex-colonie con un'eredità di difficile gestione. Il sogno della propria autonomia si è ritrovato, come materiale da costruzione, i mezzi istituzionali e le categorie politiche tipiche della cultura occidentale. Al tempo stesso, però, ha dovuto regi-

<sup>63</sup> Cfr. J. Habermas, *Cittadinanza politica e identità nazionale. Riflessioni sul futuro dell'Europa*, in Id., *Morale, diritto, politica*, Torino, Einaudi (raccolta di scritti vari), 1992; S. Benhabib, *The Rights of the Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge, CUP, 2004.

<sup>64</sup> Cfr. S. Muthu, *Enlightenment against Empire*, cit.



strare tutte le difficoltà di coordinazione tra questi mezzi e gli immaginari culturali tradizionali, finalmente affrancati dal giogo dell'oppressione e "liberi" di manifestarsi quali corsie di autorappresentazione della volontà politica degli individui.

Il "sogno" democratico ha dunque dovuto fare i conti con una sostanziale asincronia e incommensurabilità con molte figure antropologico-simboliche della mentalità etnica, non di rado radicate in tradizioni religiose diverse dal Cristianesimo e, quindi, dalle coordinate di senso dell'immaginario occidentale. Questa frattura, oltre alle pressioni post-coloniali e a un uso spesso artatamente retorico e tornaontistico dei diritti umani da parte di agenzie internazionali pilotate dal blocco di potere euro-americano, ha fatto da miccia all'esplosione di fondamentalismi di varia estrazione. Tratto comune a tutti questi fenomeni è però il radicamento nelle difficoltà di elaborare forme di soggettività giuridico-sociale in grado di condensare, includere e tradurre reciprocamente le culture e le tradizioni locali rispetto alle categorie del diritto moderno di marca occidentale. In qualche modo, è questa la mela avvelenata nascosta dentro l'apparente pacco-dono delle dichiarazioni di affrancamento dal giogo coloniale, *più o meno* munificamente rilasciate dagli stati europei nel corso del Novecento.

Il *deficit* di traduzione interculturale, figlio dell'universalismo etnocentrico propugnato dal colonialismo, si ripropone, oggi, come sfida all'interno degli stessi Stati occidentali odierni. L'Altro che arriva è già carico, *più o meno* consapevolmente, delle incongruenze politico-antropologiche connesse all'asintonia sussistente nel paese d'origine tra categorie del diritto moderno e immaginari religioso-tradizionali. L'approdo in Occidente, attraverso i tracciati delle migrazioni, avviene dunque già sull'onda di un pregiudizio o, quantomeno, di uno sforzo di coordinazione tra modernità e tradizione gestito spesso in modo dialettico, op-



positivo. Sennonché l'aver spacciato la nostra identità europea per universalità non è affatto un tratto eliminato, corretto o superato dell'esperienza giuridica e democratica dei paesi occidentali. La differenza culturale agita dai migranti si ritrova così a combattere – ripeto, a parti geograficamente invertite – una battaglia analoga a quella già perduta nel passato in casa propria e riapertasi con la de-colonizzazione. Mi riferisco: *a*) al tentativo di sfruttare le potenzialità universalizzanti e inclusive di chi prova a iscrivere i propri codici culturali nello spettro semantico del discorso sui diritti e *b*) al riempimento in chiave prototipica dei contenuti di esso con le categorie della cultura giuridica e le chiavi antropologiche occidentali/nazionali.

Fra-si-motto come: «chi viene deve rispettare i nostri valori e dimostrare di dividerli», «all'integrazione bisogna mettere dei paletti», «non è possibile farsi balcanizzare o islamizzare», «bisogna rispettare le regole della convivenza civile nel nostro paese» e così via, funzionano da alibi retorici per giustificare la totale assenza di traduzioni interculturali e, soprattutto, un uso etnocentrico ed escludente dei diritti umani e/o fondamentali. Bisogna comprendere, però, che non sarà possibile tradire troppo a lungo l'originaria (e genuina)<sup>65</sup> petizione cosmopolitica intrinseca nel discorso sui diritti.

Non si può predicare l'universalità, e assumerla quale asse nella costruzione dei paradigmi della convivenza civile, per poi restituirne una versione totalmente modellata sulla cultura locale. L'ingresso dell'Alterità entro i confini nazionali degli Stati euro-americani (o di cultura occidentale come l'Australia) mette capo alla richiesta implicita di dimostrare quanto sia autentica e praticabile la cifra universalistica del diritto moderno d'Occidente. An-

<sup>65</sup> Cfr., ancora, S. Muthu, *op. cit.*



che perché, se alla prova dei fatti le democrazie occidentali palesassero di non riuscire a includere l'Alterità in via interculturale, generando una soggettività giuridica equidistante dalle differenze culturali e non asimmetrica nel farsi riflesso delle loro molteplici istanze di riconoscimento, a crollare sarebbe allora tutto il progetto moderno.

Benché qualcuno *non veda l'ora* che questo avvenga, io – anche se non è di moda – resisto. Non so pensare cosa potrebbe accadere dei destini planetari se domani la tesi del pensiero post-moderno dovesse rivelarsi veritiera, e cioè che le potenzialità della modernità, della sua grammatica universalistica, non sono più del cattivo uso fattone dal colonialismo. Se la modernità, alla fine, si dimostrasse coincidente soltanto con l'insieme delle sue difettività, non so dove e come potrebbe trovarsi una piattaforma comunicativa per evitare un cieco conflitto di tutti contro tutti.

Il diritto interculturale e la sua metodologia antropologico-semiotica di traduzione/transazione tra le differenze costituiscono tentativi per provare a condurre a termine il progetto moderno, fornendo a esso piste di realizzazione culturalmente inclusive. L'adozione di questa prospettiva induce, tra l'altro, a immaginare risposte assai diverse alle istanze di pluralizzazione del lessico giuridico, fondate proprio sulla utilizzazione delle potenzialità inclusive insite nella semantica dei diritti.

Questo compito può essere affrontato adottando una visione del pluralismo giuridico-culturale diversa da quella attualmente più diffusa e, di conseguenza, una lettura dell'intercostituzionalità e dell'inter-giusfondamentalità caratterizzata da dinamiche non coincidenti con quelle ad oggi alimentate dall'azione congiunta delle agenzie istituzionali sovranazionali e statali.



### 5.1. Pluralismo assiologico vs. pluralismo normativo

Il pluralismo giuridico è oggi prevalentemente inteso – come ho più volte osservato sopra – come pluralismo interordinamentale. Questo approccio conduce tuttavia a inquadrare le richieste di riconoscimento culturale avanzate dalla persone all'interno di *frames* di operatività consentite dal diritto internazionale privato o veicolate dal diritto comparato. Nel primo caso, cioè quando si utilizza il diritto internazionale privato, l'istanza di riconoscimento proposta dal singolo è testata sulla base della sua congruenza rispetto a un apparato normativo in qualche modo riconoscibile come tale. È forse anche per questo motivo che le richieste di tutela della differenza culturale tendono ad assumere la forma di richieste di tutela della libertà religiosa.

Quasi tutte le religioni del mondo hanno prodotto nel tempo codici e ortoprassi formalizzate e tramandate in termini normativi. Per di più, l'appello alla libertà religiosa vanta una particolare corsia di legittimazione di fronte agli ordinamenti laici o secolarizzati. Le giurisdizioni secolari non sono competenti ad analizzare nel merito la fondatezza assiologica delle richieste avanzate in nome della religione, a costo di smarrire la propria laicità, di tradire il carattere secolare dei propri presupposti di legittimazione e di violare così il divieto d'intrusione nella sfera della coscienza e della fede religiosa<sup>66</sup>. I giuristi, del resto, han-

<sup>66</sup> Sul perché la rubricazione delle istanze di tutela della differenza culturale sia di tipo religioso rinvio a M. Ricca, *Pantheon*, cit.: lì provo a evidenziare (spec. nel cap. 1) il carattere non puramente strategico di questa opzione, genuinamente motivata, in molti casi, dalla continuità sussistente sul piano antropologico tra le attuali forme culturali della soggettività giuridica e le impronte lasciate su di esse (comprese quelle laiche occidentali) dalla plurisecolare commistione tra religione e cultura. Si tratta di un discorso che vale per



no maggiore dimestichezza a trattare con i loro più consueti strumentari metodologici gli indici della differenza culturale riducibili a standard normativi. I mezzi dell'eterointegrazione inter-ordinamentale sono già rodati, primo fra tutti il rinvio, e compresi di dispositivi (come ad esempio l'ordine pubblico) per limitarne e contro-limitarne l'operatività (tutela dei rifugiati, diritto d'asilo, violazione dello *jus cogens* internazionale).

La questione è, però, che la pluralità culturale/ideale e le sue esigenze di tutela non si collocano soltanto sul piano delle relazioni possibili tra sistemi di norme, declinandone quindi le implicazioni solo in senso inter-ordinamentale. Esse sono concepibili, e sono effettivamente così concepite in seno alle differenti esperienze costituzionali, come componenti di un pluralismo assiologico, incarnato e attivato lungo le corsie del diritto vivente dalle diverse opzioni prospettate dai singoli individui o gruppi nel prospettare letture dei diritti umani e/o fondamentali.

Proprio in nome della vocazione universalistica degli enunciati a tutela dei diritti e dell'intrinseca apertura transepocale e ultralocale dei valori da essi espressi, non vedo perché tra le chiavi del plurale manifestarsi di queste letture non possa e non debba considerarsi anche la differenza culturale. Perché se è vero che tutti sono eguali di fronte alla legge, indipendentemente dalla razza, dal sesso, dalle opinioni politiche e dalla cultura,

tutte le esperienze e le culture giuridiche. Sottolineare l'ubiqua commistione tra religione e cultura, unitamente alla sua resilienza all'interno dei linguaggi giuridici, diverrà progressivamente tanto più importante di pari passo con l'incrementarsi della multilateralità e multidirezionalità dei processi di complicazione globale, e quindi anche di motilità planetaria delle persone e dei loro interessi (M. Ricca, *Soggetto, diritto, religioni. Sentieri antropologico-culturali della capacità giuridica*, in E|C. *Rivista dell'Associazione italiana di Studi semiotici*, [www.ec-aiss.it](http://www.ec-aiss.it), 5 febbraio 2014, pp. 1-46).



allora appare del tutto legittima anche la lettura dei testi costituzionali, e di quelli legislativi riguardati nella prospettiva pluralistica dell'interpretazione della Costituzione.

La scommessa del pluralismo giuridico e culturale non si gioca, dunque, sul terreno dei rimandi inter-normativi, con tutti i limiti di coordinazione e compatibilità reciproca che ciò presenta; o, almeno, non solo su quello. Al contrario, la sfida più interessante s'inscena – purché si apra il sipario – sul palcoscenico di un'interpretazione condotta in chiave universalistico-inclusiva dei diritti, mediata da un'attività di traduzione-transazione interculturale focalizzata sulle prassi, sulle forme esplicite e sulla dimensione implicita (le *parti mute*)<sup>67</sup> dell'esperienza giuridica.

Tutto ciò, tra l'altro, presenterebbe un duplice vantaggio. Da un lato, esso consiste nella possibilità di situare l'invocazione dei diritti in una rete semiotica già strutturata, e ottenuta appunto attraverso l'attivazione diffusa e costante delle pratiche di traduzione interculturale. Così facendo, si eviterebbe l'uso strumentale delle enunciazioni dei diritti e della loro vaghezza semantica, sovente finalizzato a legittimare aprioristicamente qualsiasi petizione di tutela, così riducendo, al contempo, a un sostanziale vuoto anomico la loro capacità di esprimere direttive per l'azione, la loro prescrittività<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Sulle *parti mute* dell'esperienza giuridica – del tutto diverse da quello che i comparatisti definiscono “diritti muto” (cfr. R. Sacco, *Mute Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995, 43, L. 455) – rinvio, per un'estesa trattazione, a M. Ricca, *Culture interdette*, cit.

<sup>68</sup> Cfr. C. Douzinas, *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford-Portland (Or.), Hart Publishing, 2000; M. von Hildebrandt, *Human Rights as preconditions for intercultural society*, in *Selected Works of Mireille von Hildebrandt*, 2010, leggibile all'indirizzo web [http://works.bepress.com/mireille\\_hildebrandt/28](http://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/28); M. Ricca, *Sussidiarietà orizzontale*, cit.



Per altro verso, una lettura in chiave assiologico-ermeneutica del pluralismo giuridico offrirebbe l'opportunità di favorire le autotrasformazioni culturali, caratteristica cruciale dell'esercizio della competenza culturale e della creatività insita in esperienze migratorie condotte (come dovrebbe essere) nel segno dell'emancipazione personale<sup>69</sup>. Ciò permetterebbe al diritto del singolo Stato di rispondere in chiave interculturale a ciò che le persone *vogliono*, e che spesso non coincide affatto con il trapianto giuridico delle norme dei sistemi di appartenenza.

Al contrario, come emerge dalle indagini sul campo, il migrante di altra cultura tende a creare *mix* culturali e, quindi, normativi. Egli non vuole "o questo o quello", secondo una logica antagonista delle appartenenze o secondo patchwork ispirati a un rigido tornacontismo orfano di qualsiasi genuina e consapevole trasformazione interculturale, ma piuttosto "un po' e un po'". Potrà però aspirare a questo, a una rilettura creativa e assiologicamente coerente delle molteplici opzioni culturali, solo se dotato dei necessari supporti informativi circa le possibilità e le conseguenze delle proprie azioni al meglio di un coordinamento interculturale tra le sue aspettative e le risposte, comprese quelle giuridiche, della società d'accoglienza. In altre parole, egli dovrà poter sapere tempestivamente che sono possibili sia un percorso interculturale sia la proposizione di istanze di tutela interculturalmente modellate. Senza questa consapevolezza e la corrispondente possibilità, lo scadimento della auto-rappresentazione culturale in caricature identitarie di tipo folkloristico e antagonistico sarà - come purtroppo è - inevitabile.

<sup>69</sup> M. Ricca, *Il tradimento delle immagini*, cit.



## 5.2 I tracciati policentrici dell'inter-costituzionalità interculturale

Il transito da un pluralismo puramente inter-ordinamentale/inter-normativo a un pluralismo assiologico-interculturale tenderebbe ad assicurare ai circuiti "della differenza" uno spazio *dentro* lo spazio della sovranità statale. Il generarsi di simili inter-spazi d'esperienza vedrebbe all'opera quale motore della comunicazione tra esperienze giuridiche l'inter-soggettività, cioè le relazioni tra soggetti con bagagli culturali differenti. Grazie al suo operare e a una prassi interculturale dell'interpretazione costituzionale endo-statale potrebbe prodursi un fenomeno di progressiva sintonizzazione policentrica nelle prassi istituzionali di diversi paesi. Proverò a indicare subito le possibili sequenze di questo processo.

L'esistenza di un parco enunciativo dei diritti umani e/o fondamentali - per chiamarlo così - morfologicamente comune pressoché a molte le costituzioni del mondo è certamente fonte di contestualizzazione e diversificazione spaziale della loro portata semantica. Il significato dei diritti è dato dalle loro conseguenze, dalle loro implicazioni. Le conseguenze del discorso sui diritti sono prodotte dalla combinazione delle loro potenzialità di senso con i sistemi normativi dei diversi paesi e con lo sfondo d'esperienza sociale chiamato a interrogare e far sviluppare quelle potenzialità. La loro è un'universalità situata, del resto come è proprio di ogni autentica forma di universalità. Quando non fosse così e mancasse l'inclinazione a diversificarsi e situarsi, rendendo la piattaforma dei diritti specchio di molteplici punti di vista, non si tratterebbe di universalità ma di identità, di omogeneità.

Del resto, le stesse comunità del mondo non Occidentale, dopo un periodo di contestazione della logica dei diritti umani, hanno finito per mutare rotta. Accanto al moltiplicarsi di carte



regionali-universali, forse ossimoriche in apparenza ma sostanzialmente confermate dell'interesse per l'universalismo giuridico, la stessa antropologia del diritto, storicamente ostile a paradigmi cosmopolitici della soggettività giuridica, ha dovuto registrare una sorta di polietnica e corale volontà di non smarrire le chance di autorappresentazione delle proprie istanze culturali offerte dalla piattaforma normativa e discorsiva dei diritti umani.<sup>70</sup>

Semmai la tendenza antropologico-politica in corso sembra catalizzarsi attorno a un tentativo di declinare in modo culturalmente plurimo i significati dell'universalità. Questa, anziché essere intesa in termini essenzializzanti o ontologici, è piuttosto utilizzata come un orizzonte. In altre parole, essa non sembra più situarsi alle spalle delle manifestazioni della soggettività culturale e politica, fungendo da polo di confronto per saggiarne la conformità. Piuttosto, l'universalità parrebbe progressivamente essere assunta come asse teleologico, quindi come mezzo procedurale per promuovere un'azione polifonica diretta a raggiungere costruttivamente, cammin facendo, quella linea d'orizzonte. Tutto questo, lungo un procedere potenzialmente infinito poiché a ogni stadio la soglia interculturale e inclusiva dell'universalità si sposterebbe ancora in avanti. Come è proprio, d'altra parte, di ogni orizzonte geografico, che si lascia avvicinare giusto per allontanarsi ancora.

<sup>70</sup> Cfr. T. Inoue, *Reinstating the Universal in the Discourse of Human Rights and Justice*, in A. Sajó (a cura di), *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004; K.M. Clarke, M. Goodale, *Introduction: Understanding the Multiplicity of Justice*, K.M. Clarke, M. Goodale (a cura di), *Mirrors of Justice: Law and Power in the Post-Cold War Era*, New York, CUP, 2010; per ulteriori, ampi riferimenti bibliografici sul tema, rinvio a M. Ricca, *Culture interdette*, cit.



In questo quadro, anziché pensare a migrazioni inter-istituzionali delle idee e delle pratiche ermeneutiche dei diritti, partorite quindi a livello di autorità pubbliche o di blocchi di potere di matrice finanziaria, il pluralismo assiologico-interculturale troverebbe quali vettori proprio i soggetti “in movimento”, i singoli. Un indiano, ad esempio, tenderà, a latere dell’opera di traduzione antropologico-interculturale delle sue pratiche esistenziali, a proporre nel paese d’accoglienza soluzioni interpretative dei diritti che faranno eco a quelle diffuse nel proprio paese d’origine.

Grazie al coordinamento fra traduzione-transazione interculturale e richiesta di tutela costituzionale, simili pratiche potranno evitare però l’anomia o l’antagonismo identitario nella stessa lettura della portata dei diritti. Viceversa, questi funzionerebbero in questo caso come interfaccia orizzontale, come *ground* di traduzione, in vista della creazione di un lessico antropologico-giuridico della quotidianità di tipo interculturale e interspaziale<sup>71</sup>. Da un certo punto di vista, l’innescarsi di un simile fenomeno genererebbe un’inter-costituzionalità posta al seguito del prodursi delle esperienze intersoggettive imbastite dai soggetti “in movimento”. Si avrebbero, dunque, modelli d’intersoggettività che non costituirebbero il prodotto di sintesi normative e inter-istituzionali gestite dall’alto, per esempio attraverso il c.d. dialogo tra le corti, ma che sarebbero il frutto di nuove esperienze interculturali, coestensive al diffondersi della multiculturalità sociale, capaci di funzionare da metronomo e da membrana osmotica per l’intersecarsi delle prospettive ermeneutiche sui diritti e, quindi, tra le dinamiche costituzionali dei paesi del globo.

<sup>71</sup> M. Ricca, *Sussidiarietà orizzontale*, cit.



Ogni luogo della multiculturalità potrebbe divenire una sorta di laboratorio locale dell'intercostituzionalità globale. Tra l'altro, l'incrementarsi multidirezionale dei flussi migratori, che non sono solo da Oriente verso Occidente, o dal Sud verso il Nord del pianeta, lascia supporre che il prender forma di laboratori per un costituzionalismo interculturale diverrà simmetrico e simultaneo in molti paesi. L'effetto complessivo potrebbe essere quello di un'inter-costituzionalità policentrica, di tipo non dirigitico, ma invece capace di germogliare dal basso, dal quotidiano, e di trovare il proprio punto di confluenza globale in un lessico antropologico-giuridico della soggettività polifonicamente "inter-legibile" dalle diverse prospettive locali. Non più glocalità, quindi, intesa quale soglia di adattamento del locale al globale e come risposta del globale alle peculiarità dialettiche del locale, quanto piuttosto polifonicità delle esperienze giuridico-interculturali elaborate nei diversi circuiti spaziali e coordinate in vista dell'emergenza progressiva, sintetica, di lineamenti di una soggettività planetaria.

Questo fenomeno potrebbe essere accompagnato e alimentato anche dalla multi-territorialità che segna la contemporanea esperienza migratoria. Chi si sposta verso un nuovo contesto di vita, non abbandona più, radicalmente, quello di origine. Soprattutto, le sue esperienze sono in grado di tenere aperto in modo costante un canale di comunicazione bidirezionale con i luoghi di provenienza. Se gli stati del mondo riuscissero a coniugare le loro tradizioni giuridiche e le connesse forme della soggettività con la differenza culturale, il tutto ispirandosi alla cifra di un costituzionalismo interculturale, probabilmente esse fornirebbero ai migranti le chiavi per riproporre le soluzioni così raggiunte anche in patria. Ciò forgerebbe "i presidi farmaceutici" per contribuire a rimediare - certo tardivamente: ma meglio così che mai - alle distonie culturali esistenti nei paesi post-coloniali



tra le forme giuridico-istituzionali ereditate dall'Occidente e le tradizioni, i linguaggi, gli abiti di vita legati ai codici antropologici pre-coloniali e sopravvissuti sotto soglia o alla periferia rispetto alle "gesta" imperialistiche degli Europei di ieri.

La diffusione a livello planetario di un approccio e di un atteggiamento cognitivo ispirato all'interculturalità, e quindi a un uso interculturale dei saperi giuridici, potrebbe creare una rete di *feedback* incrociati tra i modi di situare il discorso sui diritti. Essa potrebbe prendere forma per effetto di una sorta di mutua impollinazione antropologico sociale, le cui api sarebbero proprio i migranti, i soggetti "in movimento", con i loro tracciati di spostamento. Il fenomeno, se incrementato e potenziato dal diritto, anziché essere conculcato da un suo utilizzo sordo all'Alterità culturale e alle sue ragioni, potrebbe diffondersi similmente a quel che accade nei campi nella stagione della fioritura. Guardando il paesaggio, è dallo sbocciare ubiquo, spontaneo e simultaneo dei fiori che s'intuisce l'arrivo della primavera, non certo dallo scoccare del fatidico 21 marzo, fissato dall'illusorio convincimento degli esseri umani di poter contingente per decisione istituzionale il ritmo delle stagioni. Poter superare l'inverno dei rinati antagonismi religiosi e culturali, sconfessando il mantra - tanto simile a quelle delle nonne secondo cui non ci sarebbero più le stagioni - professato in modo ossessivo-compulsivo dei tanti contemporanei sacerdoti del *verbo* economicistica, dipenderà però solo dagli esseri umani. Interculturalità e diritto interculturale non sono meta-narrazioni a finale obbligato riguardo gli esiti della storia. Insieme, costituiscono semplicemente possibilità, sentieri percorribili. Incamminarsi lungo la loro traccia non è semplice, e per questo rimane oggetto di scelta. In un modo o nell'altro, *errare humanum est*.



## Abstract

### *Errant Law. Spaces and Subjects*

The essay will address the following topics:

a) In the first part, I treat questions concerning the possibilities of inclusive citizenships, intercultural translation and inter-normative/inter-constitutional pluralism. My speech will be further divided as follows:

1. Intersubjectivity and interconstitutionality; Transnational mobility and inclusive citizenship.

2. Cultural diversity and claims for legal recognition/protection. What the persons “on the move” appeal to the law of hosting countries and for what reasons?

3. Beyond inter-legality: Towards a *timely* intercultural law.

b) In the second part, I deal with the intertwining between cultural categories and spatial categories. The first axis for the analysis will address the interspatial blurring and blending produced by the *trans-lating* of the individuals through manifold and culturally plural circuits of state/territorial sovereignty.

The second axis will focus on the intercultural translation intended as place of convergence and condensation of categorical connotations used by different cultures for marking the space. I will try to show how translating cultures, each into another, by means of law’s spectrum could be equivalent, coextensive with *trans-lating* different ‘spatialities’, and viceversa. Reaching this interlocutory target allows for the configuration of inter-spaces capable of working as a platform to assure the relevance and the legal qualification of different culturally oriented subjective agencies. Within such inter-spaces the physical-geographical coordinates may undergo deep semiotic alterations. As a conse-



quence, it will be that by the cognitive understanding and legal qualifying of the culturally different behaviours and claims for recognition, the geographical distance between subjects might shrink, while the apparent close topographical features might end up quite far away.

The theoretical toolkit I use to investigate these topics and possibilities is termed “legal chorology”. It can be explained by these sequential steps:

1. Legal corology and intercultural translation.

x) How the re-categorization of spaces results in a change of linguistic-normative categories and their boundaries.

y) How the re-categorization of conceptual and normative patterns remould spaces of experience.

2. Errant Law. Cartographical metamorphosis and cognitive deficiencies of legal qualifications across cultures.

c) In the third part, I try to apply the above considerations to the legal pluralism and its different conceptions. My aim will be to envisage a pluralistic legal approach such that can go beyond the coordinates of an intercultural integration carried out exclusively by inter-normative devices. The steps of this last part are as follows:

1. Axiological pluralism vs. inter-normative pluralism.

2. The polycentric traces and bottom-up paths of an intercultural inter-constitutionality.





**NOTE**





anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Note

# Dopo l'inferno di Parigi: qualche riflessione su sicurezza, paura, diritti e immigrazione\*

di Gabriele Maestri\*\*

## 1. L'attualità, sul crinale tra cronaca e riflessione giuridica

1

Le riviste scientifiche di area giuridica – al pari delle altre legate alle scienze umane – hanno indubbiamente un rapporto peculiare e molto delicato con ciò che si etichetta genericamente come «attualità». Se ne possono (e, anzi, se ne devono) occupare, per analizzare il più possibile i problemi che via via si pongono e, soprattutto, le soluzioni date, tentate o auspicabili, avendo cu-

\* Contributo dell'Unità di Ricerca dell'Università degli Studi di Roma Tre (responsabile Prof. Salvatore Bonfiglio) al PRIN *Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica* (coordinatore nazionale Prof. Francesco Merloni).

L'autore desidera ringraziare per il contributo e le informazioni fornite Franco Pittau, coordinatore del Centro studi e ricerche IDOS – Immigrazione dossier statistico, oltre alla cooperativa Lai-momo di Sasso Marconi (BO).

\*\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate; attualmente dottorando in Scienze politiche, curriculum Studi di genere presso l'Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze politiche.



ra di farlo senza che trascorra troppo tempo da quando le questioni sorgono o, per lo meno, si pongono all'attenzione degli studiosi<sup>1</sup>; allo stesso tempo, tuttavia, resta fermo l'imperativo di sfuggire il più possibile al rischio di "cadere nella cronaca", cioè di evitare che il proprio scritto si traduca in una mera ricognizione della realtà (*rectius*: di come l'hanno raccontata i *media*), magari diffondendosi in qualche commento sui fatti o scaturito da essi, come si potrebbe fare in un editoriale per un quotidiano o un periodico di informazione, che non ha meno dignità di una rivista scientifica ma – appunto – è un'altra cosa.

L'intera redazione di questo periodico ha assistito sconvolta al flusso continuo di notizie, testimonianze e immagini che, sui vari mezzi di comunicazione, hanno dato conto di quanto è accaduto a Parigi tra il 7 e il 9 gennaio (e delle reazioni registrate nei giorni successivi). Chi scrive aveva e ha ben presente l'avvertenza ricordata prima, relativa all'approccio all'attualità; dopo un rapido confronto, tuttavia, ha dovuto concludere che qualche riflessione su quegli eventi e sulle loro conseguenze, da divulgare a pochi giorni dagli avvenimenti, era opportuna, se non addirittura dovuta.

Non può sfuggire, infatti, come gli atti terroristici che hanno colpito al cuore la Francia e, ancora di più, le reazioni – pubbliche e private – a quegli stessi atti siano profondamente connessi alle due parole, ai due concetti che dall'inizio, quasi in un en-diadi, si sono voluti affiancare nella nostra testata, *Democrazia &*

<sup>1</sup> L'osservazione è tanto più valida ora, in un'epoca in cui si sono moltiplicate le riviste scientifiche pubblicate (esclusivamente) *online*, a volte anche con una periodicità relativamente ristretta – settimanale o quindicinale – che la stampa, per ragioni tecniche e di costi, non avrebbe consentito. Proprio la maggior frequenza delle uscite, unita alla facilità di aggiornare un sito *web* anche con un solo contributo, ha decisamente accentuato la necessità per le riviste di dare maggiore spazio a temi suggeriti dall'attualità e di accorciare i "tempi di reazione" della dottrina.



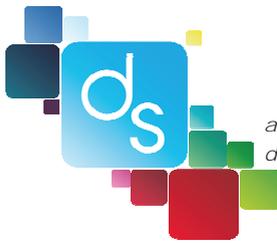
*Sicurezza.* Non c'è alcun bisogno di giustificare la pertinenza dei fatti di Parigi e di come governi e cittadini reagiranno ad essi all'area della sicurezza; altrettanto evidente, tuttavia, dovrebbe essere il legame con la democrazia. Le decisioni che saranno adottate in risposta agli atti di terrorismo dovranno necessariamente passare il vaglio degli organi democratici dei vari paesi, con il conseguente dibattito tra le forze politiche e all'interno della sfera pubblica; a monte, soprattutto, ogni intervento che sarà volto a ottenere maggiore sicurezza (per lo Stato e per i cittadini) dovrà comportare un bilanciamento tra questa esigenza e la necessità di sacrificare o comprimere il meno possibile le libertà e i diritti, tanto individuali e collettivi, quali ingredienti irrinunciabili degli ordinamenti democratici contemporanei.

Sarà dunque opportuno dedicare attenzione a tutto questo, con riflessioni che – senza essere troppo estemporanee – cerchino di analizzare le questioni più urgenti e di suggerire qualche spunto per l'azione futura, anche nel quotidiano.

## **2. Più tutela per la sicurezza, *con juicio*; la vicenda del PNR e il bilanciamento con il diritto alla *privacy***

Di certo gli attentati a Parigi pongono come prima e pressante necessità l'incremento della protezione della sicurezza, specie in fase preventiva, pur senza trascurare quella successiva e repressiva. Gli eventi del 2001 avevano inevitabilmente fatto concludere che la portata della minaccia terroristica richiedeva una reazione non solo "momentanea" degli Stati, ma prolungata nel tempo, non qualificabile come risposta all'emergenza<sup>2</sup>: da allora

<sup>2</sup> Aveva ben riflettuto sul tema S. Ceccanti, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, Giappichelli,



si è parlato sempre di più – e lo hanno fatto soprattutto i costituzionalisti – della delicatissima opera di bilanciamento tra esigenze di sicurezza e necessità di tutelare i diritti che rappresentano la cifra degli stati democratici<sup>3</sup>, individuando come problema fondamentale «[q]uello delle strategie da scegliere per impedire che l'emergenza indebolisca le libere istituzioni, riuscendo al tempo stesso a neutralizzare efficacemente gli aggressori»<sup>4</sup>.

Quel bilanciamento certo non è semplice<sup>5</sup>, poiché spesso sono gli stessi cittadini – spinti dalla paura – ad accettare (se non talvolta a invocare addirittura) da parte degli Stati atteggiamenti e misure che poco hanno a che vedere con il rispetto degli *standard*

2004. Sul tema v. anche, tra gli altri contributi usciti nel periodo degli attentati terroristici a Madrid e Londra, tra 2004 e 2005, R. Bin, *Democrazia e terrorismo* (relazione svolta al Collegio Ghisleri di Pavia il 25 ottobre 2006), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006; T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005; V. Baldini (a cura di), *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione: problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2005; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>3</sup> Su toni non molto diversi S. Rodotà, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 33 ss. (spec. 55).

<sup>4</sup> G. De Vergottini, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rass. parl.*, 2004, n. , p. 432 ss. Nel contributo si cita una decisione della Corte suprema israeliana – High Court of Justice, 5591/02 Yassin v. Commander of Kziot Military Camp, 18 dicembre 2002 – che, con riferimento alla detenzione di sospetti terroristi, enuncia con chiarezza il bisogno «to strike a proper balance between the liberty of the individual and the security needs of the public» (il testo della pronuncia si legge qui: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/910/055/A03/02055910.a03.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/910/055/A03/02055910.a03.htm)).

<sup>5</sup> Della natura del bilanciamento, in particolare di quello effettuato dai giudici degli Stati più coinvolti, si occupa con attenzione M. Rosenfeld, *Judicial balancing in times of stress. La risposta di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla "guerra al terrore"*, in T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, cit., p. 121 ss.

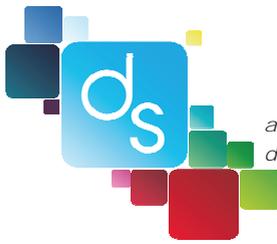


di diritti e libertà proposti dal diritto internazionale<sup>6</sup>; del resto, chi ha cercato di definire il terrorismo a livello accademico lo ha identificato essenzialmente con atti volontari violenti contro persone civili, condotti allo scopo di diffondere la paura nella popolazione, avendo alla base intenti religiosi, politici o ideologici<sup>7</sup>. È la paura il fine degli atti terroristici ed è sempre la paura a spingere le persone (singolarmente e in comunità) a confidare nella reazione incisiva dello Stato<sup>8</sup>; nel paragrafo successivo,

<sup>6</sup> Cfr. D. Kretzmer, *Il diritto internazionale e la "guerra al terrorismo"*, in T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, cit., p. 17 ss. Sul tema, più di recente, v. C. Gearty, *Terrorism, security of the State and basic rights: liberty and security – for all?*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 461-476; T. Fenucci, *Sicurezza e diritti fondamentali negli Stati Uniti*, Bari, Cacucci, 2011; P. Ferrara, *Lo stato preventivo. Democrazia securitaria e sicurezza democratica*, Soneria Mannelli, Rubbettino, 2010; C. Di Stasio, *La lotta internazionale al terrorismo: una cooperazione multilivello a geometria variabile: tra garanzia di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, Brescia, Club, 2009; S. Lorenzon, G. Vaccari, V. Zanetti (a cura di), *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali al tempo del terrorismo* (Atti del workshop tenutosi a Ferrara il 26 settembre 2007), Ariccia, Aracne, 2008 (v. soprattutto T.F. Giupponi, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, p. 57 ss. e C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una political question?*, p. 101 ss.).

<sup>7</sup> Precisa D. Kretzmer, *Il diritto internazionale*, cit. che tale definizione si applica a tutti i casi rientranti in questa fattispecie, a prescindere dal grado di "legittimità" degli atti stessi (per cui vengono comunque ricondotti al terrorismo eventuali azioni compiute da movimenti di liberazione nazionale). Sul piano definitorio internazionale, anche con uno sguardo a fonti risalenti, v. C. Gearty (a cura di), *Terrorism* (International library of criminology, criminal justice and penology), Aldershot, Ashgate Dartmouth, 1996; I. Primoratz, *What is Terrorism?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 1990, n. 7, p. 129 ss.; J. Teichman, *How to Define Terrorism*, in *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, 1989 (v. 64), n. 250, pp. 505-517. Sulle definizioni date via via dalla normativa italiana, v. A. Martini, *Difendere la democrazia da un nemico sconosciuto: il terrorismo*, in T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, cit., pp. 33-82, spec. 51-73.

<sup>8</sup> Non a caso, parlava di sicurezza come «affermazione di un'attività statale e in via di principio illimitata per tutelare il cittadino da rischi e pericoli so-



poi, si cercherà di analizzare il ruolo dello stesso sentimento con riferimento ai rapporti sociali, di convivenza e cittadinanza.

Gli avvenimenti di Parigi, come pure altri episodi precedenti, hanno messo in luce come siano percepite da un significativo numero di persone almeno due forme di minaccia alla sicurezza collettiva, oltre che a un significativo ibrido di sicurezza interna ed esterna (per le implicazioni internazionali che ha), e di sicurezza materiale e ideale (essendo percepiti “sotto attacco” entrambi gli aspetti dell’ordine pubblico, materiali e valoriali)<sup>9</sup>.

A preoccupare è innanzitutto la presenza e l’attività di soggetti a tutti gli effetti stranieri che possono entrare in un paese con il deliberato scopo di compiere atti terroristici; è percepita come altrettanto pericolosa, tuttavia, l’esistenza di persone che si sono radicate sul territorio di uno stato in origine straniero, magari arrivando ad acquisirne la cittadinanza, ma nel frattempo hanno compiuto un percorso che le ha portate ad abbracciare letture non difensive o comunque poco pacifiche del *jihad* islamico (interpretazioni talora seguite anche da chi è già cittadino in origine, *iure sanguinis* o *iure soli*) e hanno trascorso periodi più o meno lunghi all’estero impegnati in “esercitazioni” o come “combattenti”<sup>10</sup>.

ciali causati [...] anche dal crimine» E. Denninger, *Diritti dell’uomo e legge fondamentale*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 37 ss.

<sup>9</sup> L’analisi segue il sistema classificatorio proposto da T.F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Libreria Bonomo, 2010, p. 8 ss.

<sup>10</sup> L’incasellamento di tutte queste tipologie di soggetti nella categoria dei *foreign fighter*, operato spesso da vari mezzi di comunicazione, si presenta come formalmente e sostanzialmente scorretto, oltre che inopportuno, visto che non si tratta di realtà sovrapponibili (essendo nata l’espressione per riferirsi in modo generico a tutti i cittadini stranieri che intendano unirsi alle milizie musulmane che combattono contro Assad nella guerra civile in corso in Siria). Lo chiarisce, da ultimo, G. Farsetti, *Foreign fighters: chi sono i terroristi di Parigi*, in *Europae – Rivista di affari europei*, [www.rivistaeuropae.eu](http://www.rivistaeuropae.eu), 15 gennaio 2015. Per



Da questo punto di vista, una delle esigenze maggiormente avvertite e palesate dagli Stati – Italia compresa – è la possibilità di controllare gli spostamenti di questi soggetti, specialmente se questi avvengono via cielo<sup>11</sup>. È in tale contesto che già dal 2001 soprattutto gli Stati Uniti hanno preteso che tutte le compagnie aeree concedessero l'accesso ai c.d. *Passenger Name Records* (noti generalmente con la sigla PNR), ossia ai dati contenuti nei codici di prenotazione dei passeggeri dei voli, relativamente alle tratte che abbiano gli USA come partenza, destinazione o tappa<sup>12</sup>.

Se normalmente il contenuto “minimo” del codice è rappresentato dai dati anagrafici del passeggero, dai suoi contatti personali, dagli estremi della prenotazione e del viaggio (metodo di pagamento, eventuale agenzia viaggi, itinerario, posto assegnato, vettore utilizzato), la gamma di informazioni trasmesse con la comunicazione del PNR può essere molto più ampia e riguardare altri elementi decisamente personali e sensibili relativi al soggetto<sup>13</sup>.

un inquadramento del fenomeno dei *foreign fighter*, v. T. Kardaş, Ö.B. Özdemir, *The Making of European Foreign Fighters. Identity, Social Media and Virtual Radicalization*, Ankara-Istanbul, Seta, 2014; D. Malet, *Foreign Fighters. Transnational Identity in Civil Conflicts*, New York, Oxford University Press, 2013.

<sup>11</sup> Oltre alla vicenda legata al PNR di cui si dirà tra poco, è importante ricordare come i viaggi aerei abbiano posto in seguito anche il delicatissimo problema della compatibilità dei c.d. *body scanner* con la tutela di vari diritti fondamentali della persona. In proposito di recente v. L. Beltrame, *L'utilizzo dei body scanners aeroportuali tra esigenze di sicurezza e tutela della riservatezza*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, cit. pp. 607-623.

<sup>12</sup> Si noti che l'*Aviation and Transportation Security Act* del 19 novembre 2001 imponeva alle compagnie aeree di concedere quei dati, a pena di sanzioni severe (fino alla revoca del diritto di atterrare sul suolo statunitense).

<sup>13</sup> Propone un elenco di massima («notizie su prenotazioni di camere di albergo, di macchine a noleggio, di crociere, di tour turistici e di spettacoli. Inoltre, le stesse indicazioni legate al volo possono avere carattere sensibile: il



Ora, i rapporti tra il sistema statunitense e quello europeo negli anni sono stati piuttosto accidentati, segnati da perplessità, tentativi di mediazione e battute d'arresto (se non da veri e propri passi indietro)<sup>14</sup>: tutto ciò è sintomo, in sostanza, di uno «scontro tra due culture giuridiche sul terreno della protezione

Pnr di un *frequent flyer* potrà contenere numeri delle carte di credito generalmente usate, indirizzi alternativi, numeri di emergenza, nomi di altri membri della famiglia, preferenze e gusti personali») E. Morlino, *La vita senza pareti nello spazio giuridico globale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, n. 4, pp. 433-443 (spec. 435). Precisa E. Lehner, *Democrazia e tutela dei dati personali nell'Unione Europea: l'evoluzione della negoziazione sul PNR dopo il Trattato di Lisbona*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, cit., pp. 941-983 (spec. 956), che l'accesso a informazioni OSI (*Other Service Related Information*), SSI (*Special Service Information*) e SSR (*Special Service Request*) può «rivelare dati relativi a credi religiosi – ad esempio preferenze alimentari – o alla salute – ad esempio la richiesta di dispositivi medici a bordo».

<sup>14</sup> Oltre ai contributi citati nella nota precedente, v. M. Spatti, *Il trasferimento dei dati relativi al passenger name record: gli accordi dell'Unione europea con Australia e Stati Uniti d'America*, in *Dir. comm. int.*, 2013, n. 3, pp. 683-712; M. Botta, M. Viola de Azevedo Cunha, *La protezione dei dati personali nelle relazioni tra UE e USA, le negoziazioni sul trasferimento dei PNR*, in *Dir. inf.*, 2010, n. 2, pp. 315-341; F. Rossi Dal Pozzo, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. pp. 168-182; A. Terrasi, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: l'Accordo tra Unione europea e Stati Uniti del 2007*, in *Riv. dir. int.*, 2008, n. 2, pp. 375-419; Id., *Personal name records e tutela della riservatezza nell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. int (DUDI)*, 2007, n. 1, pp. 187-196; G. Tiberi, *L'accordo tra la Comunità europea e gli Stati Uniti sulla schedatura elettronica dei passeggeri aerei al vagli della Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2006, n. 4, pp. 824-829. Di recente v. anche G. Sartor, M. Viola de Azevedo Cunha, *Il caso "Google" e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Dir. inf.*, 2014, n. 4-5, pp. 657-680 (spec. p. 666 ss.) e L. Califano, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in L. Califano, C. Colapietro, *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 35 ss. Per un inquadramento più ampio dal punto di vista della tutela dei dati personali, v. A. Di Martino, *La protezione dei dati personali. Aspetti comparatistici e sviluppo di un modello europeo di tutela*, in AA.VV., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Novene, 2005, p. 367 ss.



dei dati personali»<sup>15</sup> e forse non solo su questo, dovendosi allargare la visione all'intero confronto tra sicurezza e diritti.

Qui, senza poterci diffondere sulla vicenda nei dettagli, basterà ricordare che le istituzioni europee – in particolare il Consiglio dell'Unione – nel tentativo di mediare tra le richieste degli Stati Uniti e le esigenze di tutela dei diritti dei singoli<sup>16</sup>, raggiunsero accordi con l'amministrazione statunitense per il trattamento e il trasferimento dei dati PNR (in particolare, nel 2004, nel 2006 e nel 2007), senza che peraltro quegli stessi accordi potessero considerarsi realmente rispettosi delle norme comunitarie in tema di protezione dei dati personali<sup>17</sup>.

Pur nella brevità della trattazione, vale la pena ricordare che la Corte di giustizia delle Comunità europee, nel 2006<sup>18</sup>, era intervenuta su impulso addirittura del Parlamento europeo, che in sede consultiva aveva invitato il Consiglio a non stringere l'accordo con gli USA (ritenendo che esso comportasse una deroga alla direttiva 95/46/CE sui dati personali, adottata con procedura di co-decisione e dunque con la necessità di ottenere, anche per la deroga, l'assenso dell'assemblea parlamentare); il

<sup>15</sup> G. Tiberi, *Il diritto alla protezione dei dati personali nelle carte e nelle corti sovranazionali (II<sup>a</sup> parte)*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 1, pp. 355-371 (spec. pp. 363-364). Sul punto v. anche G. Sartor, M. Viola de Azevedo Cunha, *Il caso "Google"*, cit., pp. 657-666.

<sup>16</sup> E. Lehner, *Democrazia e tutela dei dati personali*, cit., pp. 956-957 sottolinea come non abbiano giocato un ruolo secondario gli interessi delle compagnie aeree europee, che si sarebbero trovate in posizione di marcato svantaggio qualora, volendo rispettare il diritto comunitario vigente, non avessero concesso alle autorità statunitensi i dati richiesti.

<sup>17</sup> Per una trattazione ampiamente dettagliata (e per considerazioni approfondite e acute sulla natura giuridica dell'accordo, in mancanza di una reale espressione di volontà di vincolarsi da parte degli Stati Uniti), sono costretto a rinviare all'ottimo e già citato contributo di Eva Lehner.

<sup>18</sup> Corte di Giustizia CE, sent. 30 maggio 2006, Parlamento c. Consiglio, cause riunite C-317 e 318/04.



Consiglio però aveva concluso comunque l'accordo, senza nemmeno attendere l'emissione del parere preventivo su di esso richiesto dallo stesso Parlamento alla Corte di Lussemburgo, circa la compatibilità con le disposizioni del Trattato relative al diritto al rispetto della vita privata, in base alle garanzie emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU.

La Corte, in effetti, aveva annullato i presupposti del primo accordo – quello del 2004 – ma l'aveva fatto ritenendo che essi non avessero un'ideale base giuridica: la raccolta e il trasferimento dei dati PNR a uno stato terzo – gli USA – erano sì svolti da soggetti privati e a monte c'erano fini anche latamente "commerciali", ma queste operazioni erano in realtà volte alla salvaguardia della pubblica sicurezza da parte di poteri pubblici, tra gli oggetti esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva 95/46/CE prima citata.

I giudici di Lussemburgo, peraltro, non hanno rinvenuto né un'altra base giuridica, né hanno riconosciuto competenza statale in quella specifica materia, per cui eventuali nuovi accordi in quell'ambito avrebbero necessariamente dovuto collocarsi in uno dei due pilastri dell'Unione europea diversi dalle Comunità europee (come è facile notare, questa parte della vicenda si colloca prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona)<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Per l'intero impianto della decisione, in particolare per la scelta di non considerare la materia come rientrante nel "primo pilastro" (anche solo in base alla "clausola di subordinazione" allora praticata) e per la lettura restrittiva dell'art. 95 TCE, la dottrina ha espresso molti dubbi sulla pronuncia in oggetto. Sul punto, oltre a E. Lehner, *Democrazia e tutela dei dati personali*, cit., pp. 964-968, v. come esempi di dottrina straniera G. Gilmore, P. Rijpna, *Case Law. Court of Justice C-317/04 and C-318/04*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1081 ss.; G.J. Zwenne, P. De Hert, *Note sur les données des dossiers passagers, la directive «vie privée» 95/46/CE et la non adéquation de la législation européenne*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2006, p. 223 ss.; V. Michel, *La di-*



I due successivi accordi (quello provvisorio del 2006 e quello definitivo del 2007), in effetti, furono stretti dall'Unione europea con gli Stati Uniti nell'ambito del cd. "terzo pilastro", quello della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, tra l'altro senza che in quel caso fosse previsto l'intervento del Parlamento europeo e con molti meno spazi per ricorrere alla Corte di giustizia (sempre prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona); alla dottrina, peraltro, non è sfuggito come le aggressioni al diritto alla *privacy* ammesse dai nuovi accordi – alle volte introdotte addirittura sulla base di modifiche unilaterali da parte statunitense – fossero assai maggiori, essendo via via aumentati i tipi di dati accessibili e i destinatari degli stessi, fino a includere – nell'*agreement* del 2007 – la possibilità che il contenuto desumibile dal PNR sia trasmesso anche alle autorità di altri paesi<sup>20</sup>.

Il quadro è almeno parzialmente cambiato con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che tra l'altro ha finito per sottoporre in ogni caso all'approvazione del Parlamento europeo gli accordi sul trasferimento dei dati PNR (e la materia che faceva prima riferimento al c.d. "terzo pilastro" ora rientra a tutti gli effetti nella giurisdizione generale della Corte di Lussemburgo).

Su queste basi, è stato necessario stipulare un nuovo accordo tra Europa e Stati Uniti<sup>21</sup>, formato a dicembre del 2011 ed entra-

*mention externe de la protection des données à caractère personnel: acquiescement, perplexité et frustration*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2006, p. 549 ss.

<sup>20</sup> Essi avrebbero solo dovuto sottoscrivere impegni con gli Stati Uniti simili a quelli contenuti nell'accordo UE-USA; anche questa garanzia, tuttavia, non si sarebbe applicata nei "casi di emergenza".

<sup>21</sup> Il discorso, peraltro, vale anche per gli accordi stretti con altri paesi, a partire dall'Australia, con cui era già stato siglato un *agreement* nel 2008: la nuova versione datata 2011 si presenta assai più rispettosa del diritto alla *privacy*, essendo vietato senza eccezioni il trattamento dei dati sensibili.



to in vigore all'inizio di luglio 2012. Nel nuovo testo<sup>22</sup> convivono luci (di dimensione variabile)<sup>23</sup> accanto a non pochi punti di ombra, alcuni dei quali tra l'altro hanno generato un parere negativo da parte del Garante europeo della protezione dei dati<sup>24</sup>.

Questi<sup>25</sup> ha chiesto di precisare alcuni aspetti dello scopo dell'accordo, ha confermato preoccupazioni già espresse soprattutto per quanto riguarda il numero delle categorie di dati richiedibili (è troppo alto e possono ancora rientrarvi dati sensibili), il tempo di conservazione degli stessi (tra banche dati "attive" e "inattive" si può arrivare ai quindici anni, sia pure con varie "mascherature" dopo i primi sei mesi), la possibilità per il Dipartimento per la sicurezza interna statunitense di trattare dati sensibili (eventualità da escludere).

Lo stesso organo poi ha richiesto la modifica di vari punti nient'affatto secondari sulla sicurezza dei dati, sulla supervisione dell'accordo, sui "trasferimenti successivi" delle informazioni, mettendo in luce da ultimo come – per l'ennesima volta – «[l]a forma giuridica scelta dagli Stati Uniti per aderire

<sup>22</sup> L'accordo si può leggere all'indirizzo [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1422372376776&uri=OJ:JOL\\_2012\\_215\\_R\\_0004\\_01](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1422372376776&uri=OJ:JOL_2012_215_R_0004_01).

<sup>23</sup> Quanto al rispetto del principio di proporzionalità, la regola non è più l'accesso diretto e in blocco ai dati PNR da parte delle autorità doganali statunitensi (metodo *pull*), ma la trasmissione su richiesta degli stessi dati da parte delle compagnie aeree (metodo *push*), sebbene resti la clausola delle "circostanze eccezionali" a rendere possibile l'accesso diretto. Sul piano del principio di finalità, poi, è meglio precisata con un elenco di condotte l'espressione «reati di terrorismo e reati connessi» (anche se la formula resta troppo generica), si delineano meglio i reati transnazionali che si vogliono prevenire, prevedendo che il minimo di pena per considerarli sia di 3 anni (ma sarebbe stata più opportuna una lista specifica) e c'è più attenzione per la sicurezza dei dati e il controllo sul rispetto dell'accordo.

<sup>24</sup> Il parere si può leggere all'indirizzo [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1422372376776&uri=CELEX:52012XX0209\(03\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1422372376776&uri=CELEX:52012XX0209(03)).

<sup>25</sup> Compresi alcuni punti precisati nella nota 23.



all'accordo non è chiara, così come non lo è il modo in cui il presente accordo diventerà giuridicamente vincolante negli USA»<sup>26</sup>.

Pochi mesi prima dell'entrata in vigore dell'accordo, in data 25 gennaio 2012, sono state presentate una proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio in materia di trattamento e circolazione di dati personali a fini di prevenzione, accertamento e perseguimento di reati<sup>27</sup>, nonché una proposta di regolamento (degli stessi organi) sulla protezione dei dati<sup>28</sup>. terminate le procedure legislative, la direttiva e il regolamento dovrebbero dettare una disciplina organica europea in materia di dati personali, aggiornata rispetto alle nuove tecnologie, direttamente applicabile (e uniforme in tutti gli Stati) per le fattispecie normate dal regolamento e in grado di fornire – quanto all'ambito della direttiva – una cornice normativa che bilanci la tutela del diritto alla *privacy* e la libera circolazione dei dati nelle attività legate alla materia penale e alla sicurezza.

La proposta di direttiva, in particolare, si rifà ai principi elaborati dalla stessa Commissione nel 2010<sup>29</sup>, che punta ad archi-

<sup>26</sup> Realisticamente e con amarezza parla di «cedimento unilaterale alle pretese di extraterritorialità dell'ordinamento statunitense» (oltre che di «esitazioni dell'Unione Europea a positivizzare la particolare formula di bilanciamento tra libertà e sicurezza tipica degli Stati membri dell'ex Europa occidentale») E. Lehner, *Democrazia e tutela dei dati personali*, cit., p. 977.

<sup>27</sup> La relativa Comunicazione della Commissione COM(2012) 10 finale, che contiene anche il testo della proposta, si può leggere tuttora all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2012:0010:FIN>.

<sup>28</sup> La relativa Comunicazione della Commissione COM(2012) 11 finale, che contiene anche il testo della proposta, si può leggere tuttora all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2012:0011:FIN>.

<sup>29</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione COM(2010) 492 definitiva, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2010:0492:FIN>. Per un'analisi dei contenuti, v. M. Spatti, *Il trasferimento dei dati*, cit.



viare l'epoca degli accordi bilaterali e a favorire l'adozione di una normativa generale che sia più rispettosa, tra l'altro, di quanto deciso via via dalla Corte europea dei diritti umani. Nel testo<sup>30</sup>, innanzitutto, si chiede agli Stati di far distinguere i dati personali in base al loro grado di esattezza e affidabilità, nonché a seconda che si fondino su fatti o valutazioni personali<sup>31</sup> (art. 6).

Dopo aver previsto come una delle alternative condizioni di liceità del trattamento dei dati «la prevenzione di un'immediata e grave minaccia alla sicurezza pubblica» (art. 7, lett. d), si formula poi il divieto di trattamento di dati sensibili e ipersensibili<sup>32</sup> (art. 8, par. 1), prevedendo però importanti eccezioni: il trattamento non è vietato se è autorizzato da disposizioni di legge che prevedono garanzie adeguate (non meglio precisate), se è necessario per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato

<sup>30</sup> Tra le disposizioni che non sono prese in esame nel testo, anche l'art. 5 con cui si chiede agli Stati di disporre che il responsabile del trattamento dati distingua il più possibile, in particolare, chi è stato condannato per un reato e le persone «per le quali vi sono fondati motivi di ritenere che abbiano commesso o stiano per commettere un reato», accogliendo così un'indicazione della sentenza della Corte EDU, 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito, cause nn. 30562 e 30566/04 (il legame tra la decisione e la proposta di disposizione è messo in luce da E. Lehner, *Democrazia e tutela dei dati personali*, cit., p. 980).

<sup>31</sup> Lo scopo è scoraggiare sgradevoli automatismi che facciano derivare persino conseguenze restrittive della libertà personale dall'associazione di un individuo a un determinato profilo che magari si basi su dati poco attendibili o "soggettivi".

<sup>32</sup> Sono considerati sensibili, in particolare, i dati personali «che rivelino la razza, l'origine etnica, le opinioni politiche, la religione o le convinzioni personali, l'appartenenza sindacale, come pure il trattamento di dati genetici o dati relativi alla salute e alla vita sessuale». Queste ultime due categorie (i dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale) sono spesso etichettate dalla dottrina come «dati supersensibili», «sensibilissimi» o «ipersensibili».



o di un terzo, oppure se riguarda dati resi manifestamente pubblici dall'interessato.

L'art. 9 poi, nello stesso spirito dell'art. 6, vieta che «il trattamento automatizzato di dati personali destinato a valutare taluni aspetti della personalità dell'interessato» – la c.d. “profilazione” – si possa basare solo su dati personali sensibili, così come vieta di norma che le misure che incidono sull'interessato (specie con effetti giuridici negativi) possano fondarsi solo su un trattamento automatizzato di dati personali «destinato a valutarne aspetti della personalità»; costituisce però un'eccezione – che contraddice gli intenti esplicitati dalla Commissione nel 2010, nei quali non erano previste deroghe – la previsione (e l'autorizzazione) di tale pratica da parte di norme di legge «che precisino misure a salvaguardia dei legittimi interessi dell'interessato».

Quanto al «trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali» (questa è la rubrica del Capo V), sono previste tre fattispecie, differenziate a seconda che vi sia a monte una decisione di adeguatezza da parte della Commissione<sup>33</sup> (art. 34), oppure non vi sia ma si riscontrino «garanzie adeguate»<sup>34</sup> (art. 35), oppure ancora il trasferimento operi in deroga

<sup>33</sup> Per la quale – fino all'approvazione del regolamento europeo in materia di dati personali – occorre che la Commissione valuti «lo stato di diritto, la pertinente legislazione generale e settoriale vigente, anche in materia penale, di pubblica sicurezza, difesa e sicurezza nazionale, e le misure di sicurezza osservate nel paese terzo o dall'organizzazione internazionale in questione, nonché i diritti effettivi e azionabili», compreso il ricorso in sede amministrativa e giudiziaria, del paese o dell'organizzazione internazionale; in più va verificata l'esistenza ed effettività di autorità indipendenti che assicurino il rispetto delle norme sulla tutela dei dati e assistano i soggetti interessati, nonché l'esistenza di impegni internazionali del paese o dell'organizzazione in questi ambiti.

<sup>34</sup> In particolare, gli Stati membri possono trasferire i dati (solo) se esiste «uno strumento giuridicamente vincolante» (*id est*: un trattato) che dia appunto garanzie adeguate sulla protezione dei dati, oppure – i criteri sembrano alternativi, in base alla formulazione del testo – qualora il responsabile (o



alle condizioni precedenti (art. 36). Ora, se le prime due ipotesi rappresentano un tangibile miglioramento rispetto agli accordi già stipulati con gli Stati Uniti e alla stessa direttiva 95/46/CE (visti gli elementi “delicati” che occorre valutare), non può dirsi altrettanto per la terza, che di fatto consente di porre in nulla i progressi visti fin qui: al di là della formula derogatoria apparentemente severa utilizzata (per cui il trasferimento dati è disposto dagli Stati membri «soltanto se» si verifica una delle condizioni poi esplicitate), le cinque eventualità individuate dalla disposizione conservano un margine nient' affatto ridotto di discrezionalità.

Torna la fattispecie già vista del trasferimento necessario «per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un terzo» (peraltro già presente negli accordi UE-USA), cui si affiancano altre ipotesi di necessità (salvaguardia degli legittimi interessi dell'interessato, in caso di previsione nella legislazione dello Stato membro trasferente), a volte da valutare «in singoli casi» (prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali; accertamento, esercizio o difesa di un diritto davanti ai giudici in relazione alle fattispecie previste in tema di reati e sanzioni penali); da ultimo, il trasferimento può essere disposto qualora esso «sia *essenziale* per prevenire una minaccia grave e immediata alla sicurezza pubblica di uno Stato membro o di un paese terzo».

Si può apprezzare che quest'ultima ipotesi – potenzialmente la più utilizzabile dalla «ragion di stato» – sia stata ristretta con il parametro dell'essenzialità, lessicalmente meno permissivo della necessità, ma il margine di manovra per gli Stati trasmittenti (e, a monte, dei paesi che richiedono i dati e provano a far “pesare” la

l'incaricato) del trattamento dei dati ritenga che, in caso di trasferimento, sussistano le stesse garanzie adeguate per la protezione dei dati personali.



loro posizione) rimane davvero troppo ampio. In più va segnalato che la proposta di direttiva prevede che i dati trasferiti possano a loro volta essere trasmessi ad altri Stati o organizzazioni, così come tace sul metodo di trasferimento dei dati: ciò comporterebbe tanto la possibilità per gli Stati riceventi di ritrasmettere senza altri adempimenti i dati ottenuti, quanto la difficoltà di considerare ancora il metodo di trasferimento *pull* come ipotesi eccezionale.

La fonte europea che ha iniziato il suo percorso nel 2012, dunque, si presenta come l'ennesimo episodio di un compromesso – forse meno al ribasso rispetto al passato, ma pur sempre un compromesso – tra la tutela dei diritti degli individui e le esigenze di sicurezza manifestate da Stati terzi (specie se dotati di una posizione di rilievo, come gli Stati Uniti), che l'Europa ha ritenuto di non contenere oltre un certo limite, vuoi per incapacità di far prevalere idee diverse, vuoi per interessi propri<sup>35</sup>. È innegabile, infatti, che dopo l'inferno di Parigi l'Europa sia disposta ad allentare almeno in parte l'attenzione da sempre prestata alla tutela del diritto alla *privacy*, con la speranza di guadagnare in sicurezza, che pure – a dispetto dell'importanza che indubbiamente ha – diritto non sembra essere<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Nota pragmaticamente E. Lehner, *Democrazia e tutela dei dati personali*, cit., p. 982, parlando del «trasferimento in massa dei dati PNR, dall'Unione Europea al resto del mondo» a fronte della previsione «di alcune specifiche garanzie», che «[s]econdo la Commissione, evidentemente, ciò rappresenta un sacrificio necessario e proporzionato del diritto alla tutela dei dati rispetto alla necessità di garantire la sicurezza e l'applicazione del diritto penale».

<sup>36</sup> Ha ribadito assai di recente questa tesi A. Pace, *La funzione di sicurezza nella legalità costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, n. 4, pp. 989-998, ritenendo che non si sia di fronte a «un diritto ad esercitare arbitrariamente le proprie ragioni» al di là dell'autodifesa o a «un preteso diritto a prestazioni positive della polizia e dei carabinieri a semplice richiesta del cittadino, senza alcun margine di discrezionalità da parte delle forze dell'ordine», quanto piuttosto a una



Tornando però all'*iter* della proposta di direttiva, deve segnalarsi un parere nient'affatto accomodante del Garante europeo per la protezione dei dati (GEPD), relativo in realtà a tutto il pacchetto *data protection* e reso il 7 marzo 2012<sup>37</sup>.

Alcune osservazioni riguardano gli strumenti normativi utilizzati dal legislatore comunitario: se il Garante apprezza l'impiego del regolamento per dare una cornice alla protezione dei dati, si mostra invece «seriamente deluso» alla proposta di direttiva, rammaricandosi per la scelta di «uno strumento giuridico autonomo che fornisce un livello di protezione inadeguato, di gran lunga inferiore a quello della proposta di regolamento»<sup>38</sup>.

Al di là della fonte individuata, poi, il GEPD individua come principale debolezza del pacchetto il fatto che «non pone rime-

funzione pubblica: i dubbi sull'esistenza e sulla natura del diritto alla sicurezza pubblica l'autore li aveva già espressi in Id., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Dir. e soc.*, 2013, n. 2, pp. 177-205, ora anche in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, cit., pp. 539-562. Su posizioni simili anche T.F. Giupponi, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in *Forum-costituzionale.it* (s.d.); più possibilisti, invece, appaiono G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, pp. 34-35; P. Torretta, *"Diritto alla sicurezza" e altri diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 451 ss., T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forumcostituzionale.it* (s.d.).

<sup>37</sup> Il testo completo del parere (in inglese) è disponibile all'indirizzo [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-07\\_EDPS\\_Reform\\_package\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-07_EDPS_Reform_package_EN.pdf). La sintesi in italiano, pubblicata dalla *GUUE*, si può consultare qui: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2012.192.01.0007.01.ITA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.192.01.0007.01.ITA).

<sup>38</sup> Ammette il Garante che la direttiva è comunque un passo avanti rispetto al quadro vigente, poiché il trattamento dei dati è disciplinato a livello nazionale; a questo, però, non corrisponde – come si vedrà – un aumento sostanziale del livello di *data protection*.



dio alla mancanza di completezza delle norme dell'UE sulla protezione dei dati»; nel sottolineare che «la scelta di uno strumento autonomo [rispetto al regolamento, *nda*] crea rammarico e costituisce un'occasione persa per chiarire e garantire la coerente applicazione delle norme applicabili a situazioni in cui le attività dei privati e delle forze dell'ordine interagiscono tra loro e i confini sono sempre più sfumati», segnala come esempio di queste situazioni proprio il trasferimento dei dati PNR.

Nello specifico, il Garante formula alcune raccomandazioni del tutto condivisibili a livello "orizzontale", dunque generale<sup>39</sup>, mentre altre osservazioni sono puntiformi e colpiscono anche le disposizioni che si sono passate in rassegna prima. Si suggerisce di togliere elementi di pericolosa discrezionalità a proposito della distinzione nelle categorie dei dati personali e degli interessati al trattamento (eliminando soprattutto espressioni concessive come «nella misura del possibile»), di prescrivere maggior rigore sul trattamento di dati sensibili e ipersensibili e di contenere il tempo di conservazione dei dati personali<sup>40</sup>.

Per quanto concerne le disposizioni specifiche sul trasferimento dei dati verso paesi terzi, si chiede che il responsabile del trattamento nel paese terzo sia «un'autorità competente ai sensi della direttiva proposta»; il Garante invita anche - in mancanza di una decisione di adeguatezza da parte della Commissione -

<sup>39</sup> Si segnalano le raccomandazioni che prevedono l'aggiunta di disposizioni che introducano l'analisi delle valutazioni periodiche basate su prove oggettive, per capire se il trattamento dei dati sia ancora necessario ai fini del contrasto ai reati, e che garantiscano che il trasferimento dei dati ad altri enti pubblici o a privati sia consentito solo nel rispetto di rigorose condizioni.

<sup>40</sup> In particolare, si chiede di «aggiungere un obbligo per l'autorità competente di creare meccanismi che garantiscano la fissazione di limiti di tempo per la cancellazione dei dati personali e per una revisione periodica della necessità di conservare i dati, stabilendo anche periodi di conservazione per le diverse categorie di dati personali nonché controlli regolari sulla loro qualità».



a prevedere per gli Stati membri la possibilità di rilasciare dati solo in presenza di un accordo internazionale vincolante che garantisca la tutela dei dati<sup>41</sup> e a circoscrivere al massimo le deroghe previste dall'art. 36.<sup>42</sup>

Come si vede, le raccomandazioni toccano alcuni punti di criticità già messi in luce qui<sup>43</sup>. Frattanto, il 12 marzo 2014 il Parlamento europeo ha approvato in prima lettura vari di emendamenti<sup>44</sup> al testo della proposta di direttiva, molti dei quali intervengono proprio sulle criticità evidenziate dal Garante, con maggior attenzione per le persone non condannate per reati né sospettate, eliminando margini di discrezionalità e precisando ulteriormente la categoria dei dati sensibili e ipersensibili<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> L'alternativa è sottoporre comunque il rilascio dei dati (per il quale ora è sufficiente la valutazione da parte del responsabile del trattamento) ad autorizzazione preventiva dell'autorità di controllo.

<sup>42</sup> Si chiede in particolare di chiarire (sia pure nella forma meno esplicita e - apparentemente - meno cogente del "considerando") che «qualsiasi deroga usata per giustificare un trasferimento deve essere interpretata in maniera restrittiva e non dovrebbe consentire il trasferimento frequente, ingente e strutturale di dati personali; anche un caso individuale non dovrebbe consentire trasferimenti interi di dati e dovrebbe essere limitato ai dati strettamente necessari». Si raccomanda anche di «aggiungere ulteriori garanzie quali l'obbligo di documentare specificamente i trasferimenti».

<sup>43</sup> Sostanzialmente sulla stessa linea è l'opinione del Gruppo Art. 29, che si legge a questo indirizzo: [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp191\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp191_en.pdf).

<sup>44</sup> È possibile leggere il testo di tutti gli emendamenti all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?sessionId=B96E49145002535DF38CB275090C770E.node1?pubRef=-//EP//TEXT%20TA%20P7-TA-2014-0219%20%20DOC%20XML%20V0//it>.

<sup>45</sup> Nel nuovo testo diventerebbero i dati che «rivelino la razza, l'origine etnica, le opinioni politiche, la religione o le convinzioni filosofiche personali, l'orientamento sessuale o l'identità di genere, l'appartenenza e l'attività sindacale, e il trattamento di dati biometrici o dati relativi alla salute e alla vita sessuale». Le parti in corsivo sono quelle modificate.



In più, si chiede di far autorizzare alla prima autorità trasmittente eventuali trasferimenti successivi dei dati, si precisano le condizioni per il rilascio degli stessi dati sulla base di una decisione di adeguatezza della Commissione, si richiede necessariamente l'esistenza di uno strumento giuridicamente vincolante per superare la mancata decisione di adeguatezza. Soprattutto, si riduce – almeno sulla carta – lo spazio per le deroghe *ex art. 36*, precisando che «[s]e [...] la Commissione ha constatato che non sussiste un adeguato livello di protezione, il trasferimento di dati personali verso il paese terzo interessato o verso l'organizzazione internazionale in questione non ha luogo se nel caso specifico i legittimi interessi delle persone interessate al non trasferimento dei dati prevalgono sull'interesse pubblico al trasferimento»; in realtà, le disposizioni sulla deroga rimangono, ma vengono aggiunti vari paragrafi che limitano il ricorso a quella strada e richiedono il rispetto di determinati riti.

Per ora la Commissione ha assunto un «impegno parziale» su quegli emendamenti, mentre il Consiglio stava discutendo certamente fino a poche settimane fa<sup>46</sup>: dopo i fatti di Parigi, c'è sicuramente l'auspicio dei ministri dei Paesi membri perché si arrivi in fretta – ma comunque realisticamente non prima di qualche mese – all'approvazione definitiva del testo anche da parte del Parlamento europeo. In ogni caso, il testo della direttiva con l'accoglimento degli emendamenti sarebbe certamente migliorato, anche se forse non sarebbe ancora l'*optimum* auspicato dal Garante – soprattutto quanto a normazione complessi-

<sup>46</sup> Ancora a dicembre il ministro dell'interno Angelino Alfano parlava di «divisioni con il Parlamento europeo» e di una richiesta del Consiglio alla Commissione di intervenire «per evitare che le compagnie aeree agiscano individualmente per proteggere i loro interessi» (cfr. A. Lambrogia, *Giustizia/Interni: insolvenza passa, direttiva Pnr no*, pubblicato da *EurActiv.it*, 5 dicembre 2014).



va della materia – e dalla dottrina. Si può comunque leggere il tutto come un segnale positivo, per cui si accetta di fare un passo avanti sulla sicurezza, ma pur sempre *con juicio* (si spera in maniera meno ambigua di quanto abbia fatto il gran cancelliere Antonio Ferrer nella *fictio manzoniana* dei *Promessi sposi*).

### 3. Immigrazione, sicurezza e paura (da combattere)

Esaurito il primo argomento di questo contributo, tecnico-giuridico, non si può mettere da parte l'aspetto più "sociale" legato alla paura scatenata da eventi come quelli che hanno insanguinato Parigi: i riflessi di questo fenomeno sul mondo del diritto peraltro sono facilmente immaginabili (anche solo pensando alla "traduzione in norme" delle esigenze avvertite dalla popolazione).

È inutile nascondersi come determinati gruppi sociali e politici – ma, a monte, soprattutto molti individui, *uti singuli* o nelle loro formazioni sociali di appartenenza, quali che siano – abbiano rapidamente collegato gli attacchi alla religione di chi li ha compiuti: si è di fatto arrivati a formulare un sillogismo in base al quale la semplice presenza su un territorio di persone straniere, specie se legate a una certa religione – in particolare, fuor di cautela, quella islamica – sia *ex se* un fattore di insicurezza, inevitabilmente portato a destabilizzare la convivenza civile e gli stessi meccanismi democratici. Il passo verso fenomeni di "colpevolizzazione", che attribuiscono a questi soggetti "altri" nella loro generalità la responsabilità di fenomeni complessi come il terrorismo o la crisi occupazionale e generino altra paura, odio (o persino reazioni violente) rischia di essere breve<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Il modello più "cruento", che però nella realtà può conoscere anche declinazioni meno "definitive" (ma non meno traumatiche) è ben rappresentato



La questione, all'ordine del giorno negli incontri e nelle riflessioni di vita quotidiana – da quelle più colte e ricercate a quelle che hanno come teatro un qualunque bar o ritrovo – è stata considerata anche dai giuristi, cercando di porre attenzione a entrambe le “rive” del problema. E se qualcuno ha riconosciuto che tra le circostanze che «possono in effetti creare spazi nei quali può attecchire la mala pianta della violenza politica e religiosa» ci può essere «l'accoglienza agli stranieri», subito dopo ha precisato che il sistema che negasse quel principio, come reazione a determinati fatti, «finirebbe per spogliare la propria apparenza democratica dei contenuti che qualificano e rendono preferibile tale sistema, in una prospettiva [...] eversiva

dal meccanismo del “capro espiatorio” di René Girard, che lascia tracce di sé in varie opere, in particolare v. R. Girard, *Il capro espiatorio*, Milano, Adelphi, 1987 e, prima, Id., *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 1980 (ma cfr. anche, nell'ottica di un abbandono di quel meccanismo proprio ad opera di un “fattore” sacro, divino sotto sembianze umane, M. Ceruti, G. Fornari, *Le due paci. Cristianesimo e morte di Dio nel mondo globalizzato*, Milano, Raffaello Cortina, 2005).

Volendo inquadrare la questione in termini più “profani”, può essere sufficiente condividere una riflessione del direttore generale dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, M. De Giorgi (*Immigrazione: necessario il coinvolgimento delle strutture e dei singoli cittadini*, in UNAR, *Dossier Statistico Immigrazione 2014. Dalle discriminazioni ai diritti*, Roma, IDOS, 2014, pp. 9-10): «“Straniero” è un aggettivo utilizzato non solo per indicare quanti sono originari di un altro paese ma, purtroppo, anche uno stereotipo per etichettare i “diversi”, anche solo per tratti somatici, come “estranei”, misconoscendone l'identità e le virtualità positive ed esponendoli al rischio di emarginazione. Purtroppo, in questa lunga fase di difficoltà economiche e occupazionali, [...] per lo più la presenza immigrata è inquadrata come un ulteriore motivo, se non addirittura come una concausa della congiuntura negativa. [...] La ricerca di un capro espiatorio di fronte a preoccupanti momenti di crisi economica, come quello attuale, rende necessario un costante monitoraggio dei rischi di conflittualità sociale ed interetnica, così come una azione di informazione e sensibilizzazione in grado di prevenire tali tendenze».



dell'ordine costituzionale»<sup>48</sup>. Se così è, vale la pena dedicare un po' di tempo a questi aspetti sociali legati alla paura, se non altro per evitare che in tempi più o meno vicini essi possano essere il seme "umano" di norme "in-umane".

Per questa operazione, vale probabilmente partire da qualcosa che di "umano" in apparenza ha poco: i numeri. Pur non potendo trasmettere (e nemmeno far indovinare) il bagaglio di emozioni ed esperienze che ciascuna delle persone che contribuisce a formarli porta in sé e con sé, i numeri riescono a dare se non altro una dimensione a determinati fenomeni e dovrebbero impedire di portare avanti tesi che non risultino adeguatamente fondate. Dovendo scegliere una fonte, qui si farà riferimento all'ultima edizione del *Dossier Statistico Immigrazione*, curato dal Centro Studi e Ricerche IDOS/Immigrazione Dossier Statistico (con la collaborazione di strutture pubbliche e del mondo sociale) per conto dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali (UNAR) e presentato alla fine di ottobre del 2014: esso rappresenta un documento ricco di dati e di informazioni per leggerli in modo più attento, avvertito e consapevole.

Al 1° gennaio 2014 risultavano regolarmente residenti in Italia 4.922.085 stranieri<sup>49</sup>, l'8,1% su un totale di 60.782.668 residenti. Certamente il numero è in aumento<sup>50</sup> - in termini assoluti e relativi - e la quota vicina ai 5 milioni può impressionare, ma basta per dire che da noi gli stranieri sono *tanti*? O, volendo an-

<sup>48</sup> A. Martini, *Difendere la democrazia*, cit., p. 43.

<sup>49</sup> Lo stesso Centro studi IDOS, tuttavia, stima che in realtà a quella data risiedano regolarmente nel nostro paese circa 5.364.000 stranieri, aggiungendo dunque la quota di popolazione straniera che «pur regolarmente presente, non risulta (ancora) iscritta in anagrafe». Per vedere meglio le procedure di calcolo, v. UNAR, *Dossier Statistico Immigrazione 2014*, cit., pp. 113-114.

<sup>50</sup> I rapporti precedenti avevano indicato 4.387.721 stranieri a fine 2012 (7,4%), 3.648.128 a fine 2011 (7,5%) e 3.402.435 (6,5%).



dare ancora più a fondo, possono essere *troppi*?<sup>51</sup> A guardare i dati sull'Unione Europea a 27 relativi alla fine del 2012, si scopre che la quota di immigrati residenti era maggiore in termini assoluti per Germania (7.696.413), Spagna (5.072.680) e Regno Unito (4.929.710), mentre era di poco inferiore in Francia (4.089.051). Passando ai valori relativi, nello stesso momento erano 11 i paesi europei la cui percentuale di stranieri era maggiore rispetto all'Italia: anche escludendo il caso limite del Lussemburgo (che, con i suoi 238.844 stranieri, raggiungeva addirittura il 45,5% dei residenti), il tasso di non cittadini regolari era maggiore presso Cipro (19,7%), Lettonia (15,4%), Estonia (15%), Austria (11,9%), Irlanda (11,9%), Belgio (11,3%), Spagna (10,8%), Germania (9,4%), Regno Unito (7,8%) e Grecia (7,6%).

È pur vero che la percentuale degli stranieri europea<sup>52</sup> è inferiore rispetto al dato che riguarda l'Italia (6,8% contro il 7,2% dell'inizio del 2013, che oggi è diventato l'8,1%). Questi ultimi numeri, più di altri, non consentono obiettivamente di dire che gli stranieri regolarmente residenti in Italia siano *pochi*; nonostante questo, però, le cifre viste in precedenza continuano a dire che gli immigrati regolari potrebbero anche essere *tanti* in base alle sensibilità di ciascuno, ma certamente non sono *troppi*, se solo si pensa a quante persone sono arrivate (e arrivano) in paesi come la Germania o il Regno Unito.

Certamente è giusto vedere anche altri dati per avere un quadro più completo. Proseguendo nell'esame comparato con gli altri paesi europei, al 1° gennaio 2013 l'Italia è il secondo pa-

<sup>51</sup> Per una trattazione simile, non sia considerato inelegante il rinvio a G. Maestri, *I diritti ai "non cittadini" come fattore di sicurezza?*, in *Democrazia & Sicurezza*, 2014, n. 3, pp. 26 e 47

<sup>52</sup> Risultante dal rapporto tra gli stranieri residenti nei singoli stati e la popolazione complessiva europea.



ese a ospitare in valore assoluto più immigrati residenti provenienti da Stati non aderenti all'Unione europea (3.100.517, contro i 4.674.021 della Germania): è un particolare che può far pensare che gli arrivi che hanno interessato il nostro paese siano stati "più stranieri di altri" e potrebbe convincere qualcuno della dimensione eccessiva di quegli stessi arrivi. Eppure, dati alla mano, il tasso di disoccupazione tra gli stranieri - regolari - presenti nel nostro paese (16,8%), pur essendo di un'entità rilevante, è più basso rispetto a quello medio della UE a 27 (17,5%) e a quello riscontrabile in Francia (18,8%).

Certo, i numeri visti finora non tengono conto, non possono tenere conto della situazione degli *irregolari*<sup>53</sup>: «la presenza irregolare, per definizione non registrata negli archivi ufficiali, non è suscettibile di una esatta quantificazione - si legge nel *Dossier* - ma la sua portata non è del tutto sconosciuta, perché in parte viene intercettata e registrata dalle forze di polizia».

Ora, rispetto al 2004, nel 2013 il numero dei soggetti respinti alla frontiera, come quello degli espulsi o rimpatriati (e anche quello dei soggetti non ottemperanti) si è ridotto di circa due terzi: la responsabilità è certamente della crisi (che ha avuto effetto anche su chi in Italia c'era già: i permessi di soggiorno scaduti e non rinnovati sono stati 262.688 a fine 2011, 166.321 a fine 2012 e altri 145.670 a fine 2013, senza che si possa quantificare quante di queste persone siano effettivamente uscite dal nostro paese e quante siano rimaste).

Si scopre poi che, nonostante ciò che verrebbe facile pensare, l'Italia è "solo" all'8° posto nella classifica dei paesi che hanno

<sup>53</sup> Il *Dossier Statistico Immigrazione 2014* dedica all'argomento varie pagine (121-128 in particolare, per poi diffondersi sul tema delicatissimo dei CIE).



subito la maggiore pressione alle frontiere<sup>54</sup> e che, dei 7.370 soggetti respinti dalle nostre forze dell'ordine, solo il 30,2% dei tentativi falliti di ingresso ha interessato le frontiere marittime (il resto ha riguardato quelle aeree, non essendoci più frontiere terrestri dopo l'ingresso di tutti gli Stati confinanti nell'area Schengen). Certamente il numero non tiene conto degli sbarchi, che nel 2013 erano stati 42.925 e che nel 2014, almeno alla fine di novembre (secondo i dati divulgati dal Ministero dell'interno) sono lievitati a 163.369<sup>55</sup>: numeri molto alti, che peraltro non si traducono tutti in richieste di asilo o protezione internazionale<sup>56</sup>

Quanto agli irregolari presenti sul territorio nazionale, la Fondazione ISMU nel 2012 ne ha stimati 294.000<sup>57</sup>, avendo la consapevolezza che la più parte è costituita da persone entrate regolarmente in Italia, ma sono considerate *overstayer*, dunque sono rimaste al di là dei termini previsti dal loro titolo<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Il record spetta certamente alla Spagna (192.775 respingimenti) e alla Polonia (40.385), seguite a non poca distanza dal Regno Unito (13.435).

<sup>55</sup> L'aumento vertiginoso sembra ascrivibile in buona parte all'attivazione dell'operazione *Mare Nostrum*: l'iniziativa militare e umanitaria avviata il 18 ottobre 2013 e chiusa il 31 ottobre 2014, che ha consentito il salvataggio di oltre 100mila persone, sia pure a fronte di costi elevatissimi.

<sup>56</sup> Si veda a questo proposito il capitolo del *Dossier*, a cura di Antonio Ricci, intitolato *I rifugiati e i richiedenti asilo nel mondo e il caso italiano* (2013) (pp. 42-47).

<sup>57</sup> Il dato è contenuto in ISMU, *Diciannovesimo Rapporto sulle Migrazioni 2013*, Milano, Franco Angeli, 2014).

<sup>58</sup> Vale la pena segnalare quanto scritto di nuovo da Antonio Ricci, del Centro Studi IDOS, a proposito del ruolo poco attivo delle istituzioni europee nei percorsi di uscita dall'irregolarità: «La grande apertura europea all'asilo e all'accoglienza umanitaria viene meno quando si tratta di ripartirne gli oneri e la limitata disponibilità dimostrata nella revisione del Regolamento di Dublino (Regolamento (Ue) n.604/2013) ne è una continua testimonianza. [...] Al di là delle aperture, cui sono ispirate le dichiarazioni ufficiali, non occuparsi [dei migranti] né durante la traversata né nella fase di accoglienza non dispone a favore dell'Ue» (UNAR, *Dossier Statistico Immigrazione 2014*, cit., p. 127).



I dati forniti sin qui, dunque, pur mettendo indubbiamente in luce punti di criticità o di maggiore difficoltà per l'Italia (non vederli sarebbe miope, se non qualcosa di peggio), non sembrano dare l'immagine di un paese in cui – complessivamente parlando, senza escludere la delicatezza di varie situazioni locali – il fattore migratorio abbia un peso realmente destabilizzante<sup>59</sup>: se certi indici possono destare più che legittime preoccupazioni, altri consentono di riportare la situazione italiana in una condizione di minore “anomalia” (a volerla chiamare così).

Dovendo necessariamente fare una scelta tra i tanti altri numeri disponibili, probabilmente vale la pena esaminare quelli che cercano di illustrare lo *status religionis* in Italia, visto il valore nevralgico che – a torto o a ragione – si dà a questo fenomeno quanto al mantenimento di un'adeguata convivenza civile<sup>60</sup>.

In assenza di archivi statistici ufficiali sulla religione degli immigrati (anche perché rientra tra i dati sensibili), il Centro

<sup>59</sup> Non sembra esattamente di questa idea U. Melotti, *Migrazioni e sicurezza. Criminalità, conflitti urbani, terrorismo*, Chieti, Solfanelli, 2011. Per uno studio più generale in chiave sociologica, v. G. Campesi, *Migrazioni, sicurezza, confini nella teoria sociale contemporanea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, n. 2, pp. 7-30.

<sup>60</sup> Dati e riflessioni, se non diversamente citato, sono tratti dal capitolo del Dossier intitolato *Per un nuovo approccio alla multireligiosità in Italia* (pp. 190-197), curato da Franco Pittau, Francesco Zannini, Paolo Naso e Claudio Paravati. Si veda, tra l'altro, l'importante riflessione posta in apertura (p. 191): «La multireligiosità, pur non essendo un derivato del fenomeno migratorio, da esso ha ricevuto un formidabile impulso. L'importanza di un messaggio religioso non può essere ridotta al numero delle persone che se ne fanno portatrici; e tuttavia la dimensione quantitativa non può lasciare indifferenti, non solo perché la maggior parte degli immigrati non si riconduce alla religione cattolica, che è prevalente in Italia, ma anche perché gli stessi cattolici immigrati hanno messo in circuito abitudini ed esigenze differenziate cui si è ritenuto opportuno dare una risposta».



studi IDOS ha utilizzato le percentuali di ripartizione tra le varie fedi riscontrate nei paesi di origine dei migranti per stimare l'appartenenza religiosa degli stranieri in Italia. Fatta questa premessa, nel 2013 gli immigrati risultano costituiti per il 53,2% da cristiani (circa 2.618.000), con gli ortodossi in maggioranza<sup>61</sup>; subito dopo vanno considerati i musulmani, con il 33,1% (circa 1.628.000), induisti e buddisti si attestano rispettivamente sul 2,9% (141.500) e sul 2% (99.000), mentre altre religioni orientali – facendovi rientrare anche i sikh – si fermano all'1,5%. Solo lo 0,1% dei migranti (circa 6.700) sembrerebbe di religione ebraica, meno dell'1,1% di chi pratica altre religioni tradizionali (compresi gli animisti); il 4,4% (circa 216.000 persone) è inquadrabile come ateo o agnostico, mentre l'1,7% residuo si riferisce alle religioni non espressamente menzionate<sup>62</sup>.

Lo stesso *Dossier* mette in luce come tra il 2011 e il 2013 le variazioni relative siano state contenute, nessuna superando (al rialzo o al ribasso) il punto percentuale; su un periodo di dieci anni, invece, si scopre che i cristiani sono aumentati di oltre il 3% (soprattutto grazie ai flussi dall'Europa orientale), a fronte di un'incidenza sostanzialmente stabile dei musulmani. Si sottolinea che il 52,2% di questi ultimi proviene dall'Africa (oltre mezzo milione dal Marocco), un terzo dall'Europa, gli altri sono di origine asiatica.

Ora, se i numeri sono questi, non dovrebbe essere difficile smentire una sorta di meccanismo mentale che negli anni aveva portato a sovrapporre la parola «musulmani» al vocabolo «im-

<sup>61</sup> Si parla di quasi 1.500.000 ortodossi (pari al 29,6% del totale), di 911.000 cattolici (18,5%) e di 212.000 protestanti (4,3%); le altre confessioni cristiane hanno una presenza pari a 36.000 unità (0,7%).

<sup>62</sup> Nel *Dossier* si precisa che non per tutti i paesi è stato possibile mappare in modo completo le appartenenze religiose.



migrati»<sup>63</sup>. Eppure è noto l'atteggiamento di una parte sempre più consistente di italiani verso l'islam e le persone che lo praticano, specialmente se per qualche motivo arrivano nel nostro paese: un atteggiamento che spazia in una tavolozza che dal sospetto sfuma presto nella diffidenza e talora nell'odio<sup>64</sup>. Certamente esso è frutto soprattutto del clima di tensione e paura generatosi nel 2001 con gli attentati dell'11 settembre, di cui il sangue sparso a Parigi è solo l'ultima, dolorosa testimonianza: nel mezzo, tra l'altro, quasi non si contano le nefandezze di «regimi che si dichiarano islamici», le violenze – anche su donne e bambini – perpetrate dai Boko Haram in Nigeria, le immagini relative all'ISIS mandate in onda a ripetizione nei notiziari. Tutti ingredienti che hanno gettato fiotti di benzina su un fuoco che invece dovrebbe essere contenuto, per il sollievo di molti.

Sapendo questo, il *Dossier Statistico Immigrazione* si preoccupa di ricordare che «sono solo alcune le minoranze fondamentaliste che cercano di trasformare l'islam in una "ideologia" speculare a quelle diffuse in occidente, con le loro violenze razziali e religiose

<sup>63</sup> Per avere maggiore contezza dell'effettivo panorama religioso nel nostro paese, v. l'ampia e stimolante raccolta di E. Pace (a cura di), *Le religioni nell'Italia che cambia. Mappe e Bussole*, Roma, Carocci, 2013. Sul fatto (desolante) che le convinzioni sbagliate sulle presenze religiose in Italia derivino da una diffusissima ignoranza degli italiani in materia (a partire dalla scarsa conoscenza di quella che nemmeno un secolo fa era religione di stato), si vedano le ultime pagine di questo contributo.

<sup>64</sup> Non è inutile ricordare e ammettere che a certi atteggiamenti e pensieri diffusi contribuiscono molto certi *media*, sia tra quelli a maggiore diffusione, sia tra quelli "di nicchia", mentre altre fonti – magari "meticce" o comunque davvero votate all'interculturalità – giacciono pressoché inascoltate (e, non di rado, prive di finanziamenti dignitosi); altro apporto spesso devastante arriva dai *social network* e da altri strumenti e spazi della rete Internet. Su questo, v. i capitoli del *Dossier* intitolati *Immigrazione e stampa nel 2013*, *Monitoraggio del tema dell'immigrazione sui media* e *Quando il razzismo nel web diventa "virale"* (pp. 241-252).



e i frequenti casi di violazione dei diritti umani a gettare sull'islam una luce fosca che spesso fa perdere la memoria della grande tradizione religiosa, culturale e artistica che lo ha contrassegnato. Questo, purtroppo, ci fa spesso sottovalutare i valori e la vita di milioni di musulmani, uomini e donne, che seguono la tradizione dell'islam, conducono una vita retta e non hanno nulla a che fare con le violenze di tali gruppi si macchiano»<sup>65</sup>.

È proprio avendo presente questo e ricordando il proprio passato di terra cristiana ma aperta fin dalla sua nascita al pluralismo, anche religioso<sup>66</sup>, che l'Italia – al pari dell'Europa – dovrebbe ritagliarsi un ruolo peculiare, diverso da quello che gli alfieri e le vittime della paura (umana, comprensibile, ma terribilmente dannosa) vorrebbero. Un ruolo, ovviamente, che non nega quanto di sbagliato è stato fatto o invocato nel nome di Allah e piegando il concetto di *jiḥād* a uso e consumo di chi intendeva farne strumento di lotta.

Italia ed Europa non possono nemmeno fingere che certe minacce non esistano ed è giusto che si approntino strumenti di difesa adeguati e proporzionati (quale potrebbe essere anche la trasmissione dei PNR, se fatta con le cautele e i “paletti” di cui si è parlato nelle pagine precedenti). La difesa, però, serve a poco se nel frattempo non si lavora concretamente per disinnescare

<sup>65</sup> UNAR, *Dossier Statistico Immigrazione 2014*, cit., p. 192 (il testo si deve a Paolo Naso, docente di scienza politica all'Università di Roma “La Sapienza”). Particolarmente interessante è la rivalutazione del concetto originario di *sharī'a*, «oggi selezionata e tagliata su misura dai fondamentalisti, che ha invece sempre rappresentato un tentativo di adattare il messaggio divino all'uomo e alla sua vita quotidiana per rendere l'islam religione del “giusto medio” [...] come era nelle intenzioni di un Dio Clemente e Misericordioso che vuole il bene delle sue creature, chiede di accettare il pluralismo religioso (Corano 16:93) e vieta l'imposizione dell'islam con la forza (Corano 2:256)».

<sup>66</sup> Cfr. UNAR, *Affari sociali internazionali. I diritti degli immigrati in un contesto interculturale* (Quaderno n. 1/2013), Roma, IDOS, 2013, p. 129.



re la paura, nelle sue varie declinazioni (paura dell'Altro, paura del diverso e del poco conosciuto, paura della paura): proprio l'Europa, che di tante culture è stata culla anche grazie all'Italia, è il soggetto territoriale e sociale più indicato per disinnescare via via la tensione che può portare allo «scontro di civiltà»<sup>67</sup> a suo tempo paventato e temuto da più parti.

È certo, comunque, che questo ruolo non può prescindere da una "rivoluzione culturale" e, in particolare, da una maggiore conoscenza diffusa: stupisce (dolorosamente) notare quanto la maggior parte degli italiani si dimostri in molti casi "religiosamente analfabeta"<sup>68</sup>, persino in fatto di religione cattolica che pure è stata insegnata – non bene, si deve supporre a questo punto – a generazioni di studenti, tuttora rimane materia di studio (anche dopo che l'accordo di Villa Madama del 1984 ne ha reso la frequenza facoltativa) e che ha lasciato tracce profonde sul territorio, nella cultura, nell'arte, persino nella lingua italiana. Tracce che, manco a dirlo, senza un'adeguata conoscenza delle "radici" rischiano di rimanere quasi mute.

Certamente è difficile promuovere, costruire una cultura realmente interculturale<sup>69</sup>, se non si lavora per rimuovere posizioni polemiche e allarmistiche che – pur partendo da elementi

<sup>67</sup> Il riferimento, palese, è a S.P. Huntington, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 1998.

<sup>68</sup> L'espressione è chiaramente debitrice del contributo di A. Melloni (a cura di), *Rapporto sull'analfabetismo religioso in Italia*, Bologna, il Mulino, 2014).

<sup>69</sup> Riferimento obbligatorio in questo è l'ampia e robusta produzione di Mario Ricca, riconosciuto studioso e propugnatore del diritto interculturale e delle religioni. In particolare, v. M. Ricca, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013; Id., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo: Torri del Vento, 2012; Id., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008; Id., *Dike meticcica. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.



che possono trovare base oggettiva nella cronaca - obiettivamente non consentono o per lo meno non facilitano un dialogo, una messa-in-comune del proprio patrimonio culturale che consenta di smussare i conflitti. Confondere le azioni di una "minoranza religiosa rumorosa" (e violenta) con i dettami e la "norma" di quella stessa religione, magari addirittura con la sua *cultura*, è un'operazione sbagliata e - ancora di più - pericolosa: come risultato, si diffonde la paura e contemporaneamente si finisce (inconsapevolmente?) per legittimare le posizioni più estreme dando loro attenzione. mentre non si aiutano gli altri fedeli a vivere pienamente la loro religione e, magari, a evolvere nel loro percorso verso il Divino, a prescindere dal suo nome. Se poi si fa un passo ulteriore, attaccando le "degenerazioni" di una religione mettendola a confronto con un'altra (magari comparando grandezze incommensurabili o partendo da conoscenze parziali o parzialmente errate), i danni che ne seguono possono essere incalcolabili<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Il riferimento, nemmeno troppo velato, è alla posizione di chi accusa l'islam di essere retrogrado e violento, magari anche in risposta alla satira, a differenza di come reagisce per esempio un fedele o un ministro di culto della religione cristiana (o, più spesso, cattolica). Si è scelto di non trattare qui il tema della libertà di satira all'interno della libertà di espressione e di arte (e non certo perché non sia interessante, ma semplicemente perché occorre limitare il campo d'indagine in questo contributo), ma non ci si può sottrarre dal dire che un'accusa simile è completamente fuori luogo, perché non tiene conto di un "dettaglio": l'islam non nasce prima del 610, anno cui si fa risalire l'apparizione a Maometto dell'arcangelo Gabriele (sempre che non si debba spostare la nascita al 622, anno dell'*egira*, in cui il Profeta e i suoi seguaci lasciarono la Mecca). Molto empiricamente, questo significa che l'islam ha al suo attivo sei secoli di storia in meno rispetto alla cristianità, per cui viene spontaneo dunque domandarsi com'era il mondo cristiano sei secoli fa (e, segnatamente, quello cattolico): non era ancora arrivata la Riforma luterana, ma - accanto a buoni esempi e personaggi virtuosi - nella Chiesa non mancavano pagine decisamente più oscure, come le crociate al grido di «*Deus lo vult*» (che ammantavano di religioso ciò che di sacro aveva assai poco), le reazioni cruente contro gli eretici e le "streghe"



A monte, dunque, occorre una grande operazione di “educazione al pluralismo religioso”, che per l’Italia dovrebbe passare anche attraverso un’educazione alla laicità e una riforma – anche solo “dall’interno” – dell’insegnamento della religione nelle scuole<sup>71</sup>. Creando paradigmi comuni (e improntati al ri-

iniziate soprattutto nel XII secolo o – proprio nel ‘500 – la “conquista” e la colonizzazione dell’America centro-meridionale, con annessi il massacro e la riduzione in schiavitù dei nativi, non di rado “benedetta” dalla fede. Di certo non si può compiere un’operazione puramente matematica, per cui non si può pensare che l’islam ora sia proprio nelle stesse condizioni in cui era il cristianesimo sei secoli fa, ma non si può non tenere conto di questo “scalino” temporale, che i musulmani non hanno avuto a disposizione per vedere evolvere e mutare la propria fede. Lo si ritrova, da ultimo (e proprio dopo i fatti di Parigi), in V. Mancuso, *Ma Islam vuol dire pace*, in *la Repubblica*, 10 gennaio 2015, p. 39: «lezioni ai musulmani, se non uno solo: che siamo più vecchi e abbiamo più storia. Oggi buona parte dell’Islam, come l’Occidente cristiano nel passato, sta vivendo l’incontro con la secolarizzazione sentendosi aggredito, nel senso che i processi di laicità e di modernità risultano per esso come dei virus infettivi a cui reagisce attaccando e facendo così venir meno la tradizionale tolleranza che ha contraddistinto buona parte della sua storia. Dalla Rivoluzione francese alla Seconda guerra mondiale, in un arco di oltre 150 anni, l’Occidente ha vissuto la sua influenza con febbri altissime, imparando alla fine a usare quel metodo della gestione della vita pubblica tra persone di diverso orientamento culturale e religioso che si chiama democrazia (per quanto ancora in modo molto imperfetto). E noi questo dobbiamo fare: esportare democrazia [...] nel senso del rispetto delle idee e della vita altrui, da cui si produce quello sguardo amichevole che è il solo vero metodo per suscitare pace e lasciare una società migliore a chi verrà dopo di noi. Questo non significa che non bisogna essere determinati nella lotta contro i terroristi islamici, significa solo che occorre sempre saper distinguere l’organismo dalla malattia contratta. E in questa distinzione dovrà consistere la nostra lotta quotidiana a favore della pace del mondo».

<sup>71</sup> È stimolante, da tutti questi punti di vista, la lettura di B. Salvarani, *Educare al pluralismo religioso. Bradford chiama Italia*, Bologna, EMI, 2006, che affronta in modo serio e consapevole i problemi dell’ignoranza del “religioso”, delle difficoltà legate al dialogo, delle identità a confronto e in conflitto e – non ultima – della didattica religiosa. Al concorso dello stesso autore si deve P. Naso, B. Salvarani (a cura di), *Un cantiere senza progetto. L’Italia delle religioni. Rapporto 2012*, Bologna, EMI, 2012, che analizza lo “stato dell’arte” del pluralismo religioso con occhio attento e disincantato.



spetto), sarà più facile ritrovarsi in quelli, portandosi la propria religione – se c'è – come parte del proprio bagaglio identitario (senza però che sia un problema per qualcuno o possa essere strumentalizzata come strumento di discordia) e magari assistendo alla sua stessa evoluzione con il contatto e l'osmosi con l'Altro. Proprio questa nuova educazione "globale", non certo rivolta ai soli studenti, potrebbe essere un fattore decisivo di sicurezza, alla pari degli sforzi da mettere in campo per la difesa, per la costruzione di un "nuovo mondo", desiderato da più parti.

## Abstract

*After hell in Paris: some reflections about security, fear, rights and migrations*

35

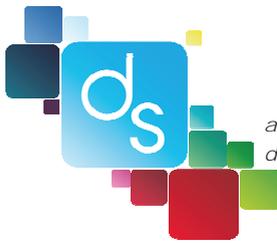
January 2015: the terrorist attacks in Paris require law scholars to reflect quickly about public security, balancing that need with the protection of rights. Particularly, the EU is engaged in the delicate regulation of passenger name records (PNR) transfers. Two positions are facing: some countries (first of all, the USA) that asked to receive those data from airline companies in order to strengthen their security against terrorism, and the EU, more interested in protecting privacy and personal data contained in PNR information. More over, this is also the right moment to consider the situation of migrants in Italy without any prejudice or spoiled thought (connected to bad theories about religion): a new culture for a religious pluralism is necessary, avoiding to think that Islam can be a risk for public security in itself.





## OSSERVATORI





anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 23 gennaio 2015

*Osservatorio sulla giurisprudenza*

# La Corte di Giustizia UE ritorna sull'oblio tra diritto alla privacy e diritto ad essere informati: una disamina tra diritto interno e normativa europea

(Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Grande Sezione; sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12)

1

di Massimo Pellingra Contino \*

La domanda di pronuncia pregiudiziale alla base della sentenza verte sull'interpretazione degli articoli 2, lettere *b)* e *d)*, 4, paragrafo 1, lettere *a)* e *c)*, 12, lettera *b)*, e 14, primo comma, lettera *a)*, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché

\* Dottore di ricerca in Diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente; avvocato e docente a contratto presso l'Università degli Studi di Palermo e presso il Polo didattico di Agrigento.



alla libera circolazione di tali dati, nonché dell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nel 1998 un quotidiano spagnolo pubblica (anche tramite sito Web) la notizia relativa alla vendita all'asta di alcuni immobili appartenenti al sig. González, stabilita in seguito a un procedimento esecutivo per debiti contratti con il sistema previdenziale. Undici anni dopo, nel 2009, il González contatta l'editore della testata, chiedendo la cancellazione dell'articolo in quanto - da una ricerca del proprio nome su Google - i primi *link* indicizzati erano proprio quelli riguardanti la vicenda, ormai del tutto risolta ed archiviata.

La richiesta viene respinta, così l'anno successivo González si è visto costretto a rivolgersi alla divisione spagnola del motore di ricerca, che chiama in causa la sede californiana in quanto fornitrice del servizio. Il 5 marzo 2010, il sig. Costeja González ha presentato dinanzi all'AEPD un reclamo contro La Vanguardia Ediciones SL, che pubblica un quotidiano di larga diffusione, soprattutto in Catalogna, nonché contro Google Spain e Google Inc.

Tale reclamo era fondato sulla circostanza che, allorché un utente di Internet introduceva il nome del sig. Costeja González nel motore di ricerca del gruppo Google, otteneva dei *link* verso due pagine del quotidiano *La Vanguardia* rispettivamente del 19 gennaio e del 9 marzo 1998, sulle quali figurava un annuncio, che richiama la persona del sig. Costeja González, per una vendita all'asta di immobili correlata a un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali. A mezzo del suddetto reclamo, il proponente chiedeva che fosse ordinato al quotidiano *La Vanguardia* di sopprimere o modificare le pagine suddette, affinché i suoi dati personali non comparissero più, oppure di ricorrere a taluni strumenti forniti dai motori di ricerca al fine di proteggere i richiamati dati. Egli chiedeva inol-



tre che fosse ordinato a Google Spain o a Google Inc. di eliminare o di occultare i suoi dati personali, in modo non figurasse più nei *link* di La Vanguardia. Il sig. Costeja González riteneva che il pignoramento, effettuato nei suoi confronti, era stato oggetto di procedimento definitorio da vari anni e che la menzione dello stesso fosse ormai priva di qualsiasi rilevanza.

Con decisione del 30 luglio 2010, l'AEPD ha respinto il suddetto reclamo nella parte in cui era diretto contro *La Vanguardia*, ritenendo che la pubblicazione da parte di quest'ultima delle informazioni in oggetto fosse legalmente giustificata, dato che aveva avuto luogo su ordine del Ministero del Lavoro e degli Affari sociali e aveva avuto l'obiettivo di conferire ampia pubblicità alla vendita pubblica, in modo da raccogliere il maggior numero di partecipanti all'asta.

Il suddetto reclamo è stato invece accolto nella parte in cui era diretto contro Google Spain e Google Inc. L'AEPD ha ritenuto, infatti, che i gestori di motori di ricerca fossero assoggettati alla normativa in materia di protezione dei dati, dato che essi effettuano un trattamento di dati per il quale sono responsabili e agiscono quali intermediari della società dell'informazione. L'AEPD ha ritenuto di essere autorizzata ad ordinare la rimozione dei dati ed il divieto di accesso ai dati da parte dei gestori di motori di ricerca, nell'ipotesi in cui gli stessi potessero ledere il diritto fondamentale alla protezione dei dati e la dignità dei soggetti, stante la semplice volontà della persona interessata affinché i dati non siano conosciuti da terzi.

L'AEPD ha affermato che tale obbligo può incombere sui gestori di motori di ricerca, senza che sia necessario cancellare i dati o le informazioni dal sito *web* in cui questi compaiono, in particolare quando il mantenimento di tali informazioni nel sito in questione sia giustificato da una norma di legge.



Google Spain e Google Inc. hanno proposto due ricorsi separati contro la decisione di cui sopra dinanzi all'Audiencia Nacional, dei quali quest'ultima ha disposto la riunione.

L'autorità giudiziaria ha chiarito nella decisione di rinvio che dai ricorsi *ut supra* deriva un'analisi degli obblighi in capo ai gestori di motori di ricerca per la tutela dei dati personali delle persone interessate, le quali auspicano che alcune informazioni, pubblicate sui siti *web* di terzi e contenenti dati personali di appartenenza che consentono di collegare ad esse dette informazioni, non vengano localizzate, indicizzate e messe a disposizione degli utenti di Internet. La soluzione a tale quesito dipenderebbe dal modo in cui la direttiva 95/46 deve essere interpretata nel contesto delle tecnologie che sono apparse dopo la sua pubblicazione.

Stanti le predette considerazioni, inquadrata ed analizzata la natura della problematica, l'Audiencia Nacional ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali.

Tematica di ampio respiro e di forte attualità, già prima che fosse attenzionata dai giuristi nei termini problematici di oggi, la natura dell'oblio era già stata tratteggiata da Omero in uno dei più grandi capolavori della letteratura classica, *l'Odissea*: l'oblio, non ancora assunto a vero e proprio diritto, era considerato uno stato di perdita di memoria, cagionato dal fiore di loto, assaggiato da Ulisse e dai suoi compagni una volta giunti in uno sperduto porto del Mediterraneo. A distanza di millenni, anche l'uomo moderno, in particolare i navigatori dell'era digitale, guardano metaforicamente all'oblio<sup>1</sup> per annientare, elidere ogni contenuto pregiudizievole dell'onore e della reputazio-

<sup>1</sup> D. F. Wallace, *Oblío*, Torino, Einaudi, 2004, pp. 394; M. Brusatin, *L'arte dell'oblio*, Torino, Einaudi, 2000.



ne di un soggetto privato, salvo che l'oggetto della vicenda stessa non sia intrisa di attualità, sfociando nel c.d. "interesse di natura pubblica all'informazione"<sup>2</sup>.

L'espressione «diritto all'oblio», in linguaggio giuridico<sup>3</sup>, allude a una particolare forma di garanzia: essa prevede che non si possano diffondere precedenti che arrechino pregiudizio all'onore di una persona<sup>4</sup>, con riferimento soprattutto ai precedenti giudiziari di un individuo, come si deduce facilmente dal caso prospettato ed oggetto della sentenza in parola.

Sulla base di quanto accennato, non è legittimo divulgare dati relativamente a condanne ricevute o, a monte, altri dati sensibili; anche quando si sia in presenza di casi particolari legati a fatti di cronaca, occorre che la pubblicità del fatto sia proporzionata alla rilevanza dell'evento e al tempo trascorso dai fatti.

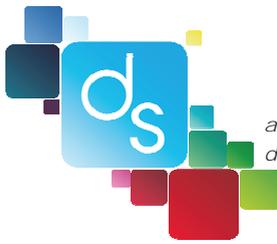
È opportuno sottolineare, senza pretesa di completezza espositiva, che i giudici italiani da tempo hanno riconosciuto un «diritto all'oblio», cioè il diritto a non rimanere inerti e indeterminatamente esposti ai danni che la reiterata pubblicazione di una notizia (come nel caso dello spagnolo Gonzáles) può arrecare all'onore e alla reputazione; si ha un'eccezione quando il fatto precedente ritorna di attualità e si manifesta di nuovo l'interesse pubblico all'informazione.

In altri termini si tratterebbe, utilizzando una espressione tipicamente di matrice anglosassone, di un "right to be let alone": esso si traduce nel diritto di un soggetto a essere dimenticato, o

<sup>2</sup> V. Mayer Schönberger, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, Egea, 2010.

<sup>3</sup> F.M. D'Ippolito (a cura di), *Diritto memoria oblio nel mondo romano*, Napoli, Satura, 2010.

<sup>4</sup> G. F. Ferrari, *Le libertà e i diritti*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 1053-1058.



meglio, a non essere più ricordato per fatti di cui in epoca anteriore si è occupata la cronaca.

Chi ha commesso un reato in passato, dunque, ha ad ogni effetto il diritto di chiedere che quel reato non venga più divulgato dalla stampa e dagli altri canali informativi<sup>5</sup>; perché la richiesta sia legittima, però, occorre che l'opinione pubblica sia già stata ampiamente informata in ordine al fatto e che dal fatto sia passato un tempo sufficiente, così da poter dire che il pubblico interesse all'informazione è ormai sfumato.

Trattasi di principio che è condizione necessaria per una corretta applicazione dei principi generali del diritto di cronaca. Alla base c'è l'assunto in base al quale, quando un intero gruppo sociale ha conosciuto e assimilato un certo fatto, questo non è più utile per l'interesse pubblico<sup>6</sup>: da oggetto di cronaca che era, diventa di nuovo un fatto privato. È proprio quando l'interesse pubblico si affievolisce<sup>7</sup> che ci si pone l'obiettivo di tutelare la

<sup>5</sup> Cfr. R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 2003. In particolare con riguardo agli scritti successivi all'emanazione della legge 31 dicembre 1996 n. 675, cfr. M. Cicala, *Legge sulla privacy e libertà di stampa*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 1350 ss.; G. Zanchini, *Legge sulla privacy e libertà di diritto di cronaca - Un conflitto inevitabile?*, in *Dir. Uomo*, 1997, n. 2, pp. 52 ss.; M. Racco, *La legislazione in tema di tutela della riservatezza. Considerazioni sulle ricadute della legge n. 675/96 sulla professione medica e su quella giornalistica*, in *Riv. Amm.*, 1997, p. 299 ss.; G.B. Ferri, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 137 ss.; U. De Siervo, *Diritto dell'informazione e tutela dei dati personali*, in *Foro it*, 1999, V, p. 66 ss.; M. Gola, *Privacy e giornalismo*, in M.G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 301 ss.

<sup>6</sup> R. Razzante, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione, Privacy, diffamazione e tutela della persona. Libertà e regole nella rete*, Padova, Cedam, 2013 (VI ed.).

<sup>7</sup> S. Bonfiglio, *Diritti fondamentali, territorio e partecipazione politica nella società in rete*, in F. Antonelli, E. Rossi (a cura di), *Homo Dignus. Cittadinanza de-*



reputazione delle persone coinvolte nell'accaduto e costoro recuperano, in qualche modo, il diritto alla riservatezza<sup>8</sup>: la necessità di informare<sup>9</sup> il pubblico in qualche modo giustifica, all'inizio, la lesione di quel diritto, ma dopo l'indiscussa e ampia acquisizione della notizia non c'è più alcuna giustificazione.

*mocrazia e diritti in un mondo in trasformazione*, Wolters Kluwer -Cedam, Milano- Padova, 2014, in particolare pp. 91-94.

<sup>8</sup> A. Palmieri, *Personal data privacy nell'information Age tra diritti, regole e mercato: spunti di riflessione*, in *Notizie di Politeia*, 2000, n. 59, p. 102 ss.; V. Zeno Zencovich, *Commento all'art. 22*, in E. Giannantonio, M.C. Losano, V. Zeno Zencovich (a cura di), *La tutela dei dati personali, Commentario alla legge 675/96*, Padova, Cedam, 1999 (II ed.), p. 276 ss.; S. Cacace, *Commento all'art. 133 in C.M. Bianca - F. D. Busnelli, La protezione dei dati personali, Commentario al D.Lgs 30 giugno 20013 n. 196 ("Codice della privacy")*, tomo II, pp. 1614 - 1616; V. Cuffaro - V. Ricciuto - V. Zeno Zencovich, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>9</sup> Cfr. C.M. Bianca, *Note introduttive*, in C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *Tutela della privacy*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, p. 222 ss. cfr. R. Razzante, *op. cit.*, in particolare pp. 193-212 e 351-409.

<sup>11</sup> Cfr. da ultimo Cass. Civ., sent. n. 16111 del 2013; in dottrina, A. Manteleoro, *Il diritto alla riservatezza nella legge n. 675 del 1996: il nuovo che viene dal passato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 973 ss.; G. Cassano, *Il diritto alla riservatezza fra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp, comunicazione, impresa*, 2000, p. 503 ss.; A. Rossato, *Il diritto alla riservatezza in Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 287 ss.; G.B. Ferri, *Tutela della persona e diritto di cronaca*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 609 ss; cfr. Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, commentata da G. Cassano, *Contenuto e limiti del diritto all'identità personale*, in *Dir. informazione e informatica*, 1997, p. 74; Cass. 9 giugno 1998 n. 5658, in *Foro it.*, 1998, I, p. 2387, con nota di A. Palmieri (annotata anche da O. Orestano, *La riservatezza ancora una volta in Cassazione: fondamento, contenuto e limiti all'indomani dell'entrata in vigore della legge 675/1996*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 865; D. Mancini, *I confini della Privacy e i rapporti con il diritto alla reputazione*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1168 ss.; Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1834, con nota di P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, annotata anche da C. Lo Surdo, *Diritto all'oblio come strumento di protezione di un interesse sottostante*, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 882 ss.. D. Gambetta, *Difetto del nesso di proporzionalità tra esigenza di libera informazione e lesione della riservatezza: chiaroscuri nell'area di efficacia del diritto "all'oblio"*, in *Diritto & Diritti, Rivista giuridica telematica*, dicembre 2013.



Altra chiave di lettura in argomento è data dall'articolo 27, comma 3, Cost. secondo cui «Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato», formulazione del c.d. *principio della funzione rieducativa della pena*; sotto questa accezione, il diritto all'oblio costituirebbe un *favor* verso il reinserimento sociale dell'accusato, il suo ritorno alla società civile, secondo un'interpretazione sociologicamente orientata.

In tempi recenti, tra l'altro, anche la Suprema Corte di Cassazione si è mossa verso un'interpretazione estensiva della sussistenza in senso materiale e sostanziale del "diritto all'oblio"<sup>11</sup>In generale, la stampa mantiene il diritto di comunicare fatti negativi (per l'interessato) che siano veritieri, ma conosce la *ratio* limitativa del c.d. *principio della pertinenza*: i fatti possono essere riproposti, anche a distanza di tempo, solo se hanno una intima relazione con nuovi fatti di cronaca e se vi è un interesse pubblico alla loro diffusione.

Quanto precisato spinge a riflettere sul poliedrico dinamismo che caratterizza la nostra società, definita sempre più spesso *Società dell'informazione*. Essa pone al centro dell'attenzione l'informazione stessa, facendole assumere il ruolo di risorsa strategica: è un volano per lo sviluppo economico, la crescita e la ricchezza culturale. Il trattamento dell'informazione e in generale l'analisi delle conoscenze hanno acquisito una posizione rilevante in un panorama globalizzato in cui l'informazione e la conoscenza sono i principali prodotti della nostra società. L'uomo moderno vive nella Società dell'informazione, che in vent'anni è cambiata a fondo: l'informazione è il nuovo bene economico al centro dei principali interessi produttivi.

Sono via via cambiate la concezione e la funzione delle notizie pubblicate su quotidiani e periodici, ma anche della conoscenza gestita tramite gli elaboratori elettronici. Il giurista, il sociologo ma anche l'uomo comune comprende come essa sia di-



venuta un fattore decisivo e condizionante di ogni attività dell'uomo contemporaneo. Nel settore pubblico come in quello privato, la gestione e la trasmissione dell'informazione connotano in modo incisivo ogni momento produttivo.

Nella c.d. *Società dell'informazione* emerge una diversa relazione tra l'uomo e i suoi strumenti di lavoro, una relazione che vede l'informatica come interfaccia e un'omogeneità di codici e principi logici in tutto il meccanismo. Si può parlare appieno di una trasformazione culturale, partendo da modalità dirette ed analogiche di considerare fatti, oggetti e processi, giungendo a modi e strumenti legati a una logica digitale. Cambia il modo di produrre, ma anche quello di comunicare.

Le telecomunicazioni hanno una posizione fondamentale oggi: permettono di trasferire notizie e informazioni "in tempo reale", tassello base di un processo di globalizzazione che riduce la dimensione del mondo a villaggio<sup>12</sup>. Il *focus*, l'attenzione si spostano dai mezzi ai contenuti ed emerge con chiarezza che l'informazione è in tutto il fenomeno più rilevante e diffuso della società di oggi.

In questo contesto non cambia solo la funzione della comunicazione, ma anche il ruolo del singolo nella società globale. Oggi è basilare lo sviluppo delle potenzialità delle diverse tecnologie per favorire una conoscenza critica da parte di ognuno, che possa beneficiare della connessione tra i formanti delle tecnologie dell'informazione.

<sup>12</sup> In generale, v. D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, Roma- Bari, Laterza, 2011 (in particolare *La globalizzazione e il ritorno dell'identità*, pp. 256-259); J. Cohen, C. F. Sabel, *Global democracy?*, in *International Law and Politics*, 2005, 37, p. 779 ss.



Oggi l'essere umano è costretto a misurarsi con il trattamento automatico delle informazioni<sup>13</sup>. È profondamente cambiato il lavoro di sociologi, giuristi, economisti, tecnici (pur con il punto fermo delle loro conoscenze), poiché si avvalgono dei mezzi e degli strumenti offerti da una società moderna e digitale: questo comporta e richiede un radicale cambiamento culturale e formativo<sup>14</sup>, che in precedenza nessuna collettività aveva dovuto affrontare.

Se si riflette sull'indiscusso ruolo di Internet oggi, si comprende appieno la portata innovativa di un fenomeno che si è diffuso capillarmente, svolgendo un ruolo considerevole nel XXI secolo<sup>15</sup>. La diffusione dei computer e dei *new media* comunicativi ha consentito e permette di mettere in contatto tutti, a prescindere dal momento e dal luogo. Questo induce a ripensare il territorio<sup>16</sup>, a percepire diversamente lo spazio,

<sup>13</sup> P. Proietti (a cura di), *L'Europa del terzo millennio. Identità nazionali e contaminazioni culturali*, Palermo, Sellerio, 2004 (in particolare, M. Ceruti, *L'Europa tra identità locali e processi globali*, p. 31 ss.); G. Bocchi, M. Ceruti, *Educazione e globalizzazione*, Milano, Raffaello Cortina, 2004; A. Giddens, *The consequences of modernity*, Cambridge, Polity Press (trad. it. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 30 ss.); Id., *Run away world. How globalization is reshaping our lives*, London, Routledge (trad. it., *Il mondo che cambia: come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, il Mulino, 2000).

<sup>14</sup> G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, n. 4

<sup>15</sup> Cfr. J. Beniger, *Le origini della società dell'informazione: la rivoluzione del controllo*, Torino, Utet, 1995, p. 32 ss.; D. Lyon, *La società dell'informazione*, Bologna, il Mulino, 1991; L. Paccagnella, *Sociologia della comunicazione*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 157 ss.; F. Ciotti, G. Roncaglia, *Il mondo digitale. Introduzione ai nuovi media*, Roma - Bari, Laterza, 2000, *passim*.

<sup>16</sup> S. Cassese, *Il diritto globale, Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009; G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, Jove-



ridisegnando le esperienze sociali e concependo nuove modalità di distribuzione delle informazioni.

La questione principale in campo – che si lega strettamente a quella della cittadinanza nel mondo virtuale<sup>17</sup> – è l'ampliamento della capacità delle persone di utilizzare gli strumenti che consentono di acquisire l'informazione (e, a cascata, la conoscenza) e di codificarla efficacemente. In questo contesto è irrinunciabile riuscire a controllare i codici che permettono l'organizzazione e la decodifica di informazioni che cambiano; tuttavia tale controllo non appartiene a tutti i soggetti allo stesso modo, dunque l'accesso alla conoscenza di fatto vede crearsi nuove discriminazioni e nuovi conflitti, in una alternativa chiave di lettura della sentenza in oggetto.

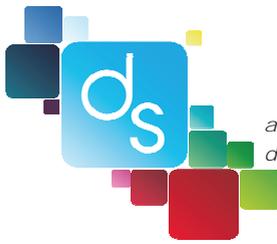
Quanto sopra argomentato, consente di allargare lo sguardo, atteso l'indiscusso ruolo svolto dalla giurisprudenza in Italia ed all'estero, verso una concretizzazione del principio del diritto all'oblio<sup>18</sup> in forza del contributo svolto dalle decisioni e dalle raccomandazioni in materia del Garante per la protezione dei dati personali<sup>19</sup>.

ne, 2010; S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012; Id., *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

<sup>17</sup> Cfr. S. Bonfiglio, *op. cit. passim*; M. Villone, *La Costituzione e il diritto alla tecnologia*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit.

<sup>18</sup> F. Di Ciommo, *Internet e crisi del diritto privato: globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 117; Id., *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 565 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Provvedimento prescrittivo nei confronti di Google Inc. sulla conformità al Codice dei trattamenti di dati personali effettuati ai sensi della nuova privacy policy - 10 luglio 2014 (documento web 3283078); cfr. anche *Più tutele per gli utenti di Google in Italia. Arrivano i paletti del Garante privacy* - 21 luglio 2014 (documento web 3283483); Garante per la protezione dei dati personali, *Attività giornalistica - Privacy e televisione: quando si ha il diritto di non ricomparire in tv*, 7 luglio 2005. Il garante della privacy in tempi recenti si è e-



Il Garante della privacy già nel 2005 ha tentato di individuare una soluzione tecnica per garantire la trasparenza ed evitare che i motori di ricerca favoriscano il sorgere di *querelle* "elettroniche". E ciò è avvenuto a cominciare dalla disamina del caso di una sanzione erogata da parte di un ente pubblico a carico di un soggetto: sul suo sito l'ente riportato la violazione e il nome del trasgressore, al che l'interessato aveva richiesto che fosse tolto il suo nome, invocando il diritto alla riservatezza.

Non vi è dubbio che il caso del 2005 presenta forti elementi di connotazione con la questione esaminata dalla Corte di Giustizia a seguito del giudizio iniziato da González e soprattutto delle questioni di natura pregiudiziale sollevate dall'*Audencia National* innanzi alla Corte stessa in ordine alla possibilità di tracciare delle linee di principio e delle regole ermeneutiche valide nella risoluzione di questioni come nel caso di González.

Più di recente, a gennaio del 2013 il Tribunale di Ortona ha condannato una testata *online* al pagamento di una multa di oltre 17 mila euro (comprensiva di risarcimento danni e spese legali) per una vicenda legata a un episodio di cronaca giudiziaria che nel 2008 aveva riguardato due ristoratori. Due anni dopo uno degli esercenti aveva chiesto al direttore di testata di

spresso affinché l'ente continui a divulgare sul proprio sito istituzionale le decisioni sanzionatorie riguardanti l'interessato e la sua società, ma - trascorso un congruo periodo di tempo - collochi le notizie temporalmente risalenti in una pagina del sito accessibile solo dall'indirizzo web. Cfr. <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/2013/BeyondBigDataPaperFINAL.pdf>, Hal R. Varian, "Beyond Big Data", presentato il 10 settembre 2013 al NABE Annual Meeting in San Francisco, CA., ove si legge che "Google runs about 10,000 experiments a year in search and ads. There are about 1,000 running at any one time, and when you access Google you are in dozens of experiments. What types of experiments? There are many: user interface experiments, ranking algorithms for search and ads, feature experiments, product design, tuning experiments".



rimuovere l'articolo che lo riguardava, invocando il diritto all'oblio. La richiesta, in un primo tempo, era stata rifiutata, ma nel 2011 il pezzo era stato cancellato dai motori di ricerca e due anni più tardi, intervenuta la condanna del Tribunale, è stato rimosso anche dall'archivio del giornale<sup>20</sup>.

In chiave comparatistica, la rilevanza del tema affrontato dalla Corte di giustizia emerge anche nella giurisprudenza e nella dottrina francese che ha contribuito a regolamentare il c.d. *diritto all'oblio*<sup>21</sup>: il governo francese<sup>22</sup>, in particolare, ha discusso la *Charte du droit à l'oubli dans les site collaboratifs et les moteurs de recherche*, richiamando il tema della responsabilità dei motori di ricerca. Qualcosa di simile è avvenuto (in giurisprudenza e dottrina) pure in altri paesi europei come la Germania e la stessa Spagna.

Il diritto all'oblio è stato di recente oggetto di analisi a livello europeo: Viviane Reding, già Commissaria UE per la Giustizia e i Diritti fondamentali, in data 25 gennaio 2012 ha auspicato una riforma globale per la tutela della privacy degli utenti sul *web* (tutti gli stati dovrebbero darvi corso entro il 2015). I fornitori di servizi *on-line* saranno obbligati a superare il principio

<sup>20</sup> Va peraltro detto che l'editore, nel febbraio 2013, ha proposto ricorso in Cassazione contestando non solo la nullità della sentenza - lamentando l'omessa notificazione del ricorso e/o dell'assenza dal giudizio del Garante - ma anche ritenendo che la decisione sia «lesiva dei diritti ed interessi sanciti dalla legge a garanzia delle attività e finalità giornalistiche». Sul tema v. R. Razzante, *op. cit.*, in particolare pp. 409- 414; per ulteriori approfondimenti cfr. [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). Cfr. la direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno, attuata in Italia con il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

<sup>21</sup> G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 392 ss.

<sup>22</sup> E. Hoog, *Memoire Année Zéro*, Parigi, 2009.



per cui i dati dell'utente, a meno di una sua esplicita richiesta, appartengono al fornitore e ad accogliere invece il principio secondo cui i dati appartengono solo all'utente.

I cittadini, dunque, dovrebbero poter chiedere che i propri dati personali siano cancellati o trasferiti altrove e non siano più elaborati, quando essi non siano più necessari quanto ai fini per cui erano stati raccolti (così a ciascuno dev'essere garantito in ogni momento il pieno accesso alle sue informazioni<sup>23</sup>).

L'estensione del diritto all'oblio al *web* è oggi *humus* di dibattiti e controversie: il caso spagnolo oggi oggetto di disamina infatti mette in luce la difficoltà di provare fino a quanti anni di distanza dai fatti può essere esercitato il diritto dell'individuo ad ottenere la cancellazione dei propri dati e quali sono gli elementi che, anche a distanza di tempo, potrebbero giustificare la persistenza di tali dati negli archivi online.

Il caso oggetto della nota *de qua* indica a chiare lettere che esistono problematiche anche riguardo ai dati memorizzati nei motori di ricerca e nelle reti sociali. I motori di ricerca rendono accessibili – per un periodo di tempo indeterminato – notizie altrimenti difficili da trovare; estendere il diritto all'oblio potrebbe pregiudicare la gestione dei dati personali in rete da parte dei *social network*.

<sup>23</sup> Ciò comporterebbe maggiore trasparenza e controllo sui dati prevedendo l'obbligo di tenere aggiornato ogni cittadino sul trattamento e la gestione dei propri dati da parte di aziende con sede locale in Europa. I gestori sono obbligati a rendere manifesti i dati di cui sono in possesso, gli scopi per cui verranno usati, l'eventuale trasferimento a terzi e il periodo di conservazione all'interno del *database*. Ogni utente dovrà fornire un consenso esplicito all'utilizzo dei propri dati da parte delle aziende. L'unica eccezione prevista per i cittadini europei è l'impossibilità di chiedere la rimozione di dati dai *database* delle testate giornalistiche.



Il caso Gonzáles è stato preceduto negli ultimi anni, ad esempio, da denunce sollevate nel 2009 da due ex criminali tedeschi, Wolfgang Werlé e Manfred Lauber: scontata la loro pena per omicidio (e dopo un percorso di reinserimento sociale), hanno citato Wikipedia perché avrebbe ostacolato la loro piena riabilitazione per il solo fatto di mantenere *online* le loro pagine biografiche.

Il precedente tedesco come il caso spagnolo di oggi consente di riflettere sull'evoluzione giurisprudenziale dei paesi moderni che ha portato a elaborare la figura del diritto all'oblio, ossia il diritto a essere dimenticati. I *media* possono divulgare notizie pertinenti la vita di ogni cittadino, ma occorre uno *screening* in base ai criteri di "verità", "attualità" e di "interesse pubblico".

Non è semplice conciliare il diritto all'oblio con l'esistenza di internet: in Rete, un mezzo che fa della condivisione dei contenuti la regola, la pubblicazione *on line* fa sì che l'articolo sia presente per sempre, su qualsiasi motore di ricerca, facendo sfumare le differenze tra ciò che è attuale e ciò che non lo è più.

Al di là del caso prospettato, oggi è opportuno intervenire sul "diritto all'oblio"<sup>24</sup> in modo che, salvo che risulti il consenso

<sup>24</sup> Nella letteratura italiana, cfr. M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; S. Niger, *Il diritto all'oblio*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, 2007, 59; S. Morelli, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir. agg.*, VI, 2002; S. Morelli, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. "diritto all'oblio")*, in *Giust. civ.*, 1997, 515; T. Auletta, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, G. Caiazza (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, p. 127. In giurisprudenza, cfr. anche Trib. Roma 15 maggio 1995, in *Dir. inf.*, 1996, p. 427; e Trib. Roma, (ord.) 20-27 novembre 1996, in *Dir. aut.*, 1997, p. 372. Cfr. F. Di Ciommo, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/ esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 829.

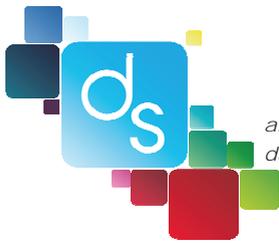


scritto dell'interessato, non possono più essere diffusi o mantenuti immagini o dati, anche giudiziari, che consentano, direttamente o indirettamente, l'identificazione della persona già indagata o imputata, sulle pagine internet liberamente accessibili dagli utenti oppure attraverso i motori di ricerca esterni al sito *web* sorgente.

Su questo si gioca la *ratio* di un indirizzo sia dottrinario sia giurisprudenziale che non intende imporre la rimozione completa delle notizie ma che vuol solo limitare la reperibilità dell'informazione.

Non si chiede, infatti, di cancellare quei fatti di cronaca che abbiano perso rilevanza, ma di diminuirne la diffusione: ad esempio non rendendoli più reperibili nei motori di ricerca generali, ma solo in quelli interni ai giornali online.

L'obbligo della rimozione oggi in Italia non trova applicazione nei casi di trattamento dei dati e delle immagini per ragioni di giustizia da parte degli uffici giudiziari, del CSM e del Ministero della Giustizia; conservazione dei dati e delle immagini per finalità di ricerca storica o di approfondimento giornalistico, anche in assenza di consenso dell'interessato, purché risulti un oggettivo e rilevante interesse pubblico, sempreché il trattamento avvenga nel rispetto della dignità personale, della pertinenza e veridicità delle notizie, nonché del diritto all'identità. Né esso obbligo opera quando l'interessato sia stato condannato con sentenza definitiva alla pena dell'ergastolo o nei casi di genocidio, terrorismo internazionale o strage, indipendentemente dalla pena in concreto inflitta nonché quando l'interessato eserciti o abbia esercitato alte cariche pubbliche, anche elettive, in caso di condanna per reati commessi nell'esercizio delle proprie funzioni, allorché sussista un meritevole interesse pubblico alla conoscenza dei fatti.



D'altra parte, lo stesso art. 3 della Costituzione sancisce il principio di uguaglianza in senso sostanziale oltre che formale. Non vi è dubbio che la stampa sia tenuta al rispetto dei principi ordinamentali; è necessario che l'informazione sul *web* si uniformi alla disciplina già prevista per gli altri mezzi di informazione.

Infatti, in generale un qualsiasi dato, una volta inserito in Internet e reso disponibile ai soggetti fuoriesce dall'ambito di esclusiva disponibilità dell'autore ovvero di colui che lo ha inserito *on-line* o, comunque, del primo sito nel quale il dato è apparso, in quanto esso può essere copiato e, dunque, memorizzato da altri siti e può essere raggiunto tramite i c.d. motori di ricerca, i quali svolgono un'attività particolarmente delicata.

Come nel caso Gonzales, anche attenzionando un certo sito Internet può verificarsi che l'utente si collega ad un sito giornalistico per leggere le notizie proposte sulla *home page* anche se è molto più comune che il navigatore acceda alla notizia consultando un motore di ricerca.

La sentenza in commento offre lo spunto per ragionare sulla capacità attrattiva della rete esercitata sugli utenti e cioè sulla capacità di contenere senza limiti di spazio e di tempo, informazioni e dati di qualsiasi tipo e specie. Ci si chiede se sia possibile cercare di contenere, limitare, filtrare il flusso di dati, che si alimenta continuamente e se tale contenimento sia giuridicamente lecito.

Su queste domande, la cui rilevanza è percepibile leggendo il contenuto della sentenza della Corte di Giustizia, è attualmente aperto un epocale dibattito a livello mondiale. Richard Posner, nel 1978, ricordava che «una tipica questione di *privacy* è se una



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 23 gennaio 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

*persona debba avere un diritto a nascondere fatti imbarazzanti che la riguardano»<sup>25</sup>.*

La tematica si presta ad uno svariato approfondimento, anche perché - al di là del problema del bilanciamento tra il diritto di informare, informarsi ed essere informati (art. 21 Cost.) ed il diritto alla *privacy* o all'oblio (art. 2 Cost.) - oggi nei *social network* centinaia di milioni di persone ogni giorno immettono volontariamente dati personali propri ed altrui, anche molto sensibili, certi che la memoria di Internet non dimenticherà alcun dato.

La *landmark decision* della Corte di Giustizia, nel caso aperto nel 2010 dal cittadino spagnolo Mario Costeja González, nei confronti dei cittadini dell'UE e dei motori di ricerca, dichiara i secondi responsabili in ogni caso per il trattamento da essi effettuato dei dati personali che appaiono su pagine web pubblicate da terzi. Fra i vari dibattiti che hanno accolto quasi ogni aspetto di questa recente pronuncia v'è quello relativo alla discrezionalità di Google su cosa possa ritenersi di pubblico dominio e cosa invece sia da considerarsi rilevante ai fini della sua cancellazione. È imprescindibile sapere la linea di confine tra il diritto alla tutela della *privacy* dell'individuo corroborato dalla sentenza in oggetto - ed il diritto alla libertà di espressione *on-line*, i cui confini appaiono adesso molto labili.

Il punto più controverso riguarda proprio il ruolo assunto da Google nell'alveo di un caso in cui il motore di ricerca rischia di diventare quasi un'autorità indiscussa a fronte della miriadi di richieste di cancellazione dati che saranno trasmesse.

<sup>25</sup> M. Ferraris, *Documentabilità. Perché è necessario lasciare tracce*, Roma-Bari, Laterza, 2009; R.A. Posner, *The right of privacy*, 12 Georgia L. Rev. 33 (1978), in *Economic Analysis of Law*, V ed., New York, 1998, 46.



Se la Corte di Giustizia dell'UE ha avuto il merito di attribuire una veste giuridica al diritto all'oblio, essa ha tuttavia creato una situazione di vuoto legislativo e si è ancora lontani dal realizzare una sorta di bilanciamento fra la contrapposte esigenze, partecipando alla valutazione delle richieste di rimozione dei dati.

La previsione di un nuovo diritto deve sempre essere accompagnata da strumenti atti a bilanciare gli altri diritti, siano essi il diritto alla libera e corretta informazione o quello ad un corretto contraddittorio con coloro che ritengono che tali informazioni debbano permanere in rete.

Delicati sono gli equilibri da mantenere in modo tale da non sconfinare in una tutela per così dire maggiorata.

La Corte nel caso che ci occupa risponde inizialmente con modalità che sembrano scagionare i motori di ricerca: «l'Avvocato generale Jääskinen considera che i fornitori di servizi di motore di ricerca non sono responsabili, ai sensi della direttiva sulla protezione dei dati, del fatto che nelle pagine web che essi trattano compaiano dati personali».

Con la sentenza del 13 maggio 2014 «la Corte constata anzitutto che, esplorando Internet in modo automatizzato, costante e sistematico alla ricerca delle informazioni ivi pubblicate, il gestore di un motore di ricerca "raccolge" dati ai sensi della direttiva» (Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995). Il gestore «estrae», «registra» e «organizza» tali dati nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione, prima di «conservarli» nei suoi server e, eventualmente, di «comunicarli» e di «metterli a disposizione» dei propri utenti sotto forma di elenchi di risultati.

Si tratta di operazioni qualificate come «trattamento», indipendentemente dal fatto che il gestore del motore di ricerca applichi le medesime operazioni anche ad altri tipi di informazio-



ni diverse dai dati personali; sono operazioni contemplate dalla direttiva e che devono essere considerate come un trattamento anche nel caso in cui riguardino informazioni già pubblicate. «Il gestore del motore di ricerca è il “responsabile” di tale trattamento, ai sensi della direttiva, dato che è lui a determinarne le finalità e gli strumenti del trattamento stesso».

Sono presupposti di principio dai quali scaturisce la sentenza, con cui si invita Google a prendere in considerazione tutte le istanze di coloro che si sentono danneggiati dai contenuti indicizzati nei suoi server e ne chiedono pertanto la rimozione in nome del diritto all’oblio. Tranne che non si tratti di personaggi pubblici o comunque coinvolti in vicende di interesse generale, per i quali i tribunali abbiano stabilito la necessità di privilegiare il diritto all’informazione su quello alla privacy, i cittadini possono ricorrere anche in via giudiziaria e ciò nel rispetto delle direttive comunitarie.

La sentenza non ha comunque condiviso un indirizzo del tutto in favore del diritto all’oblio: «Poiché la soppressione di link dall’elenco di risultati potrebbe, a seconda dell’informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di Internet potenzialmente interessati a avere accesso a quest’ultima, la Corte constata che occorre ricercare un giusto equilibrio tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona interessata, e segnatamente il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali».

Secondo quanto deliberato dalla Corte di Giustizia dell’UE, Google ed in generale, i social network sono obbligati a rimuovere i collegamenti a pagine specifiche su richiesta dei singoli cittadini, nel caso in cui le informazioni siano inadeguate, irrilevanti o non più rilevanti. L’articolo oggetto della vicenda resterà, infatti, online sul sito spagnolo, ma non risulterà più in



cima alle pagine dei risultati digitando il nome del protagonista.

Ciò premesso, si considerino gli aspetti rilevanti e basilari della decisione della Corte di Giustizia. Ogni individuo ha *diritto all'oblio*, e quindi può richiedere ai motori di ricerca la rimozione di informazioni personali (anche di terze parti) che lo riguardano e che sono giudicate *"inadeguate, irrilevanti o non più rilevanti"*.

Rimane il conflitto tra diritto all'oblio e diritto di sapere<sup>26</sup>. I cittadini europei potranno inviare le richieste alle compagnie interessate, o anche alle autorità locali. Se un motore di ricerca decide di non rimuovere i contenuti, l'utente potrà rivolgersi direttamente alla Corte.

È sorto un nuovo diritto dell'uomo: *il diritto all'oblio digitale*<sup>27</sup>, risultato di una sentenza della Corte europea che porta a compimento il cammino di una controversa giurisprudenza sul tema. Ognuno ha il diritto di scegliere di sparire dal *web*. Google ha predisposto un formulario che gli utenti possono compilare *online* per chiedere la rimozione di ogni riferimento ai loro dati, attraverso la valutazione di ogni singola richiesta in modo da bilanciare il diritto sulla privacy della persona con il diritto di tutti di conoscere e distribuire le informazioni<sup>28</sup>. Stante il diritto

<sup>26</sup> R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 1998, V. ed, 2004, Vi ed., 2007; Id., *Leggi in materia di informazione e di comunicazione*, Padova, Cedam, 2000.

<sup>27</sup> V. Colomba, *I diritti nell'era digitale. Libertà d'espressione e proprietà intellettuale*, Reggio Emilia, 2004; R. Razzante, *Giornalismo e comunicazione pubblica*, Milano, 2000; Id., *La libertà di informazione in Italia ed Europa nell'era di Internet*, in *Società libera, Processi di liberalizzazione in Italia. Ottavo rapporto*, Milano, 2010, pp. 153-163.

<sup>28</sup> Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; Id., *La libertà nella Costituzione*, Padova, 1966; P. Caretti, *La Corte in difesa del pluralismo informativo*, in *Dir pubbl.*, 1995, pp. 435 ss..



*anno IV, n. 4, 2014*

*data di pubblicazione: 23 gennaio 2015*

*Osservatorio sulla giurisprudenza*

delle persone a non diffondere informazioni personali, è chiaro che ci sono grandi rischi per la libertà di espressione e il diritto all'informazione. Ed è proprio per questo che è auspicabile in futuro un chiarimento da parte della Corte Europea al fine di definire il rapporto tra diritto all'oblio e diritto all'informazione.



## RECENSIONI





anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

P. Martino (a cura di), I giudici di *common law* e la (*cross*)*fertilization*: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p.166

Il volume, pubblicato a cura di Pamela Martino nella bella collana del *Devolution Club* "Nuovi Studi di Diritto Pubblico Estero e Comparato", diretta da Tania Groppi e da Alessandro Torre e dedicato alla (*cross*) *fertilization* nella giurisprudenza di alcune autorevoli Corti di *common law*, apporta un significativo contributo a un filone di studi sull'uso del precedente straniero (da intendersi, in senso lato, con riferimento ai diversi formanti degli ordinamenti e non solo a quello giurisprudenziale) già ricco, se si considera, in particolare, la dottrina anglosassone o, più in generale, quella in lingua inglese. Tale settore di ricerca non è ancora eccessivamente praticato dagli autori italiani, nonostante esistano studi, pubblicati sin dalla fine degli anni '90, sull'orientamento in materia della nostra Corte costituzionale e di altri autorevoli organi di con-





trollo della costituzionalità di ordinamenti non solo di *civil law*<sup>1</sup>. Non mancano, inoltre, analisi di autori italiani, sia in lingua italiana che inglese, che si occupano di alcune esperienze di Corti di *common law* di particolare interesse, come quella della *Constitutional Court of South Africa*<sup>2</sup>, o ancora volumi curati anche da autorevoli studiosi italiani, riguardanti un ricco ventaglio di esperienze giurisprudenziali, sia di Corti di *common law* che di *civil law*<sup>3</sup> ed in cui si pone l'accento specie sul ricorso ai precedenti giudiziari in caso di «interazione facoltativa» tra Corti<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Basti pensare, senza alcuna pretesa di esaustività, a: L. Pegoraro, P. Damiani, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 411 ss.; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato, Un'analisi comparatistica (e tuttavia razionale)*, Bologna, Clueb 2006; V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una ricerca sul nulla?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 1993 ss.; A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 983 ss.; G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006.

<sup>2</sup> A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemiche nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 479 ss. e Id., *From Import to Export: the External Circulation of South African Constitutional Court Jurisprudence*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p. 1457 ss.

<sup>3</sup> Spicca da ultimo, proprio a tale riguardo, il volume di T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013.

<sup>4</sup> Per utilizzare la terminologia di G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 97 ss., il quale fa ovviamente riferimento, con questa espressione letterale, all'uso di precedenti stranieri volontariamente accolti dalle Corti, al di fuori di quel circuito di «interazione necessitata» che invece si sviluppa quando l'organo giudiziale deve uniformare la propria giurisprudenza a quella di Corti chiamate a garantire il rispetto e l'uniforme applicazione di trattati di cui lo Stato sia parte contraente.



Con riguardo al volume in esame si può certo affermare che pare assai significativo che siano studiosi di ordinamenti di *civil law* ad occuparsi di alcune importanti Corti di *common law* (anche se, come sottolinea Pamela Martino nella sua premessa introduttiva, l'opera dovrebbe essere seguita da altri studi, dedicati, appunto, alle esperienze di *civil law*), considerato il grande interesse tra gli studiosi di diritto comparato per la valutazione delle differenze e delle sempre maggiori convergenze tra le due grandi famiglie giuridiche. D'altro canto, è del tutto ragionevole che l'esame di questo affascinante oggetto di studio, e cioè l'interazione o l'influsso tra gli argomenti utilizzati da Corti diverse, si sia iniziato dalla giurisprudenza delle Corti di *common law* che, per formazione culturale e giuridica e per derivazione storica, sono assai più abituate delle altre a temere il "vuoto" e a ricercare utili precedenti<sup>5</sup>, specie nei casi in cui la novità della disciplina di rango costituzionale o legislativo, parametro del loro controllo, le renda più incerte di fronte alla risoluzione di casi sensibili e complessi, in particolare riguardanti la tutela dei diritti fondamentali.

<sup>5</sup> Come la dottrina ha infatti di recente confermato, l'interazione giurisprudenziale si dà specialmente, per ovvi motivi di derivazione storica e di "compatibilità linguistica", tra le Corti di *common law* (in tal senso, T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future*, in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents*, p. 429), componendo tra queste un «closed circle» che esclude le Corti di altri ordinamenti. Più in generale, si è ancora da ultimo affermato che il ricorso al diritto comparato pare particolarmente sviluppato proprio dalle Corti di *common law*: così L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia Un. Press, 2014, p. 244, anche se Id., *La Corte costituzionale italiana*, cit., p. 79 ha affermato che la «*common law* ha generato una particolare attitudine degli operatori a cercare la soluzione pratica (e tuttavia razionale), che li induce a considerare le soluzioni "migliori", ovunque e comunque esse siano state prese», anche se esistenti in aree di *civil law*.



Importanti ragioni spingono ad interrogarsi, come si fa infatti in questo volume, sulla reciproca circolazione degli argomenti nella giurisprudenza delle Corti. Tale oggetto di studio consente, infatti, di esaminare, da un osservatorio particolare e privilegiato, la posizione assunta dagli organi giurisdizionali supremi, sia all'interno del loro ordinamento nel rapporto con gli altri poteri dello Stato, sia con riguardo a fenomeni di integrazione a livello sovranazionale e internazionale destinati a svilupparsi in un'epoca di globalizzazione in cui al declino dei Parlamenti e alla conseguente maggiore dominanza nella forma di governo degli Esecutivi ha fatto indubbiamente seguito la sempre maggiore centralità dei giudici<sup>6</sup>. Questi sono chiamati infatti ad interpretare e ad applicare, garantendone la coerenza, sistemi giuridici a più livelli e per i quali la conoscenza della giurisprudenza e delle argomentazioni delle altre Corti non può che apparire nella maggior parte dei casi utile, e, talvolta, assolutamente necessaria<sup>7</sup> a meglio realizzare tale compito difficile e delicato.

Se questo è, dunque, il complesso scenario attuale, va in primo luogo segnalato come sia interessante la scelta del titolo dell'opera in esame che utilizza il termine (*cross*)fertilization ri-

<sup>6</sup> In tema, di recente, ad esempio, E. Ceccherini, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 470 ss.

<sup>7</sup> Sui differenti modelli di ricorso da parte delle Corti ai precedenti stranieri, distinguendo tra un ricorso «limitato e "cauto"» proprio della *Supreme Court* statunitense, un ricorso «dialogico», tipico della *Supreme Court* canadese (che riterrebbe il precedente straniero non solo utile, ma necessario) e un ricorso da ritenersi «doveroso» perché basato sulla « generale condivisione ... di un patrimonio di valori e di principi fondamentali in tema di tutela dei diritti», secondo l'esempio della Corte sudafricana (anche in considerazione della s. 39 della Costituzione del 1996), A. Sperti, *I giudici costituzionali e la comparazione giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, p. 196 ss.

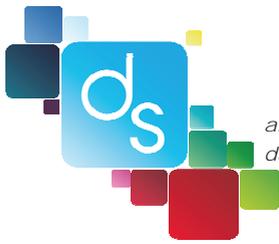


spetto ad altre possibili formule letterali, quali quelle di *cross-judicial influence*, *cross-constitutional influence* (simile alla *cross-constititutional fertilization*), *judicial transplant*, *trans-judicial borrowing* o *precedent borrowing*, solo per ricordarne alcune, tra le numerose coniate dalla dottrina<sup>8</sup>. Un'espressione, quella appunto di *(cross)fertilization*, che pare assai più espressiva e, forse, anche più corretta, almeno in molti casi, rispetto a quella assai diffusa che allude ad un dialogo, posto che come si è autorevolmente affermato<sup>9</sup>, il dialogo presuppone uno scambio reciproco, una interazione bidirezionale che, per lo più, pare non essersi in effetti realizzata tra Corti di sistemi diversi. La *(cross)fertilization* che può essere, però, semplicemente una *fertilization* unidirezionale (evento a cui sembra alludere quel *cross* posto tra parentesi tonde e che parrebbe tener conto proprio dell'obiezione all'uso del termine dialogo formulata dalla ricordata dottrina), fa riferimento a qualcosa di profondo e suggestivo, ad un'influenza apportatrice di buoni frutti per le decisioni delle Corti.

Quanto al contenuto del volume, questo si compone di sette diversi saggi. Il primo è dedicato da Francesco Palermo agli interrogativi di natura culturale, sistematica ed epistemologica nell'analisi del fenomeno della citazione e dell'utilizzo da parte delle Corti del precedente straniero. Il saggio utilmente proietta il lettore nello scenario di diversi tipi di "sfide". Tra queste, da un lato, si evidenzia quella che i giudici, specie costituzionali o supremi, devono affrontare in questo complesso momento di

<sup>8</sup> Tali diverse formulazioni o «definizioni descrittive» sono utilmente censite da A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi «forte» e «debole» a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, p. 974 s.

<sup>9</sup> Così G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 15 ss.; D. Maus, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*, in *Rev. française de droit constitutionnel*, 2009, 681 s.



globalizzazione, considerando che assai spesso il loro bagaglio culturale è lacunoso (e in molti casi poco aduso alla comparazione) e che anche quando scelgano di fare ricorso ai precedenti stranieri, assai profondi sono i rischi legati alla selezione arbitraria dei precedenti da “importare”<sup>10</sup>. Dall’altro lato, si tratta della sfida che la dottrina incontra in questa materia per «la creazione di una cornice concettuale sistematica in cui affrontare la circolazione del precedente giudiziario», un’attività che appare a Francesco Palermo non certo «velleitaria», ma al punto complessa da essere paragonata ad una «scalata di impervie montagne concettuali» e che pare però indispensabile per meglio comprendere come avvenga e quali effetti produca quella «circolazione di argomenti», più che di soluzioni effettive che serve a comprendere, piuttosto che a decidere e di cui deve essere ormai intessuto il formante giurisprudenziale. L’utilità della ricerca si collega, in particolare, ad una serie di “suggerimenti metodologici”, ben evidenziati da Francesco Palermo, tra i quali quelli legati: all’«affinare metodo e classificazione dell’uso del precedente extra-sistemico» (un precedente particolarmente significativo perché da non seguirsi in modo necessario come avviene, invece, per i precedenti delle Corti sovranazionali o internazionali a cui l’ordinamento riconnetta effetti diretti o indiretti); all’individuare i precedenti “occulti” di una determinata decisione o le motivazioni che stanno alla base della scelta da parte di alcune Corti e non di altre di determinati precedenti; a

<sup>10</sup> Rischi che come rileva A Lollini, *La circolazione degli argomenti*, cit., p. 486, sono legati, tra l’altro, ai criteri di selezione (con riguardo al “quando” fare ricorso a tali parametri, agli ordinamenti a cui guardare e al perché di tale scelta, assai spesso non motivata dal giudice) ma riguardano anche la possibilità che l’uso di parametri extra-sistemici produca «deficit di razionalità argomentativa, di coerenza sistematica e di crisi dell’idea di unità dell’ordinamento».



valutare la tipologia delle Corti che realizzino un più diffuso ricorso ai precedenti stranieri; al risalire all'origine di una regola utilizzata da una Corte internazionale o sovranazionale (paradigmatico il caso della integrazione europea, nel quale le pronunce della Corte di Giustizia sono «basate su regole di origine giurisprudenziale di un dato ordinamento che per questa via transitano in altri ordinamenti»).

Queste, dunque, sono alcune delle ambiziose “sfide” che si impongono alla dottrina giuridica. E si tratta di sfide che non è certo facile affrontare, posta la difficoltà di realizzare una selezione efficace delle decisioni da esaminare, a causa del sempre più diffuso numero di citazioni straniere che compaiono nelle sentenze<sup>11</sup> e delle diverse caratteristiche dei sistemi giuridici da valutare, problemi, questi, ben evidenziati da chi si è di recente dedicato a questo appassionante filone di ricerca<sup>12</sup>. Si può dire, però, che le «giovani studiose (sì, tutte donne, e non un pare un caso) comparatiste italiane» (come le definisce alla fine del suo saggio Francesco Palermo), scrivendo le successive parti di questo volume, abbiano davvero cercato di raccogliere tali sfide, pur rispondendo a suggestioni diverse. Se, infatti, i saggi di Laura Fabiano, Maria Dicosola, Valentina Rita Scotti, Pamela Martino, sono dedicati ad una diversa Corte di *common law* (analizzando, rispettivamente, la *Supreme Court* di Stati Uniti d'America, Canada, Unione indiana e Regno Unito), lo studio di Egeria Nalin, riguarda, invece, i nuovi Protocolli alla Con-

<sup>11</sup> In tema, A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 973.

<sup>12</sup> Si vedano, in questo senso, le considerazioni introduttive, di T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents by Constitutional Judges*, cit., p. 3 ss.



venzione di Roma che potrebbero modificare, per alcuni significativi profili, il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo specie nei confronti dei giudici supremi, mentre il saggio di Marina Calamo Specchia presenta al lettore utili considerazioni conclusive sulle caratteristiche e l'attività degli organi giurisdizionali che si dedicano al controllo di costituzionalità.

Se si considerano i saggi riguardanti la giurisprudenza delle ricordate Corti di *common law* è evidente come il *country by country approach* utilizzato, sia assai utile per chiarire la differenziale sensibilità manifestata da ognuno di questi organi giurisdizionali nei confronti del precedente extra-sistemico. Una sensibilità che è specchio della percezione nei confronti del ruolo interpretativo e creativo affidato ai giudici, ma che è espressione anche degli orientamenti culturali sviluppati dalla Corte nel suo complesso nelle diverse fasi della sua attività e della diversa formazione giuridica dei giudici che compongono ognuno di questi organi, alcuni dei quali si staccano dai colleghi per la particolare predisposizione all'uso del precedente straniero o, viceversa (con particolare riguardo al caso nordamericano), per la recisa opposizione a tale uso. Differenti aspetti che, come tessere di un mosaico, servono per illustrare gli atteggiamenti delle quattro Corti di *common law* esaminate.

Così, la ben nota polemica tra *Justice* Scalia e *Justice* Breyer sull'uso dell'argomento extra-sistemico, gli *hearings* dell'attuale *Chief Justice* della Corte suprema americana, Roberts, prima della nomina di fronte alla Commissione Giustizia del Senato sullo stesso tema, le posizioni dei giudici definiti "*transnational five*" (Stevens, O'Connor, Kennedy, Ginsburg e Breyer) e dei giudici "nazionalisti" (in particolare Scalia, Thomas, Roberts) illustrate nel saggio di Laura Fabiano, sono in realtà espressione di una contrapposizione ancora assai diffusa nell'ordinamento nordamericano che riguarda le diverse teorie sull'interpretazione del-



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

la Costituzione e il ruolo più o meno incisivo affidato al giudice, non legittimato democraticamente nei confronti del legislatore, anche se l'orientamento mirante a ridurre le potenzialità interpretative dei giudici, col precludere a loro il ricorso all'argomento extra-sistemico, lungi dal potersi intendere come neutrale, disvela in realtà una scelta anch'essa ideologicamente orientata sul ruolo da assegnare all'interprete del diritto.

Il ricorso agli argomenti extra-sistemici è insomma così problematico da essere percepito come fonte di divisione non solo tra gli stessi giudici supremi, Scalia ritenendolo un «sotterfugio sofisticato per giustificare scelte personali» e Roberts, non troppo diversamente, considerandolo come lo scegliere tra la folla un amico, così dimostrando quanto possa essere discrezionale il ricorso a tale risorsa interpretativa, ma da motivare uomini politici, ad opporsi al possibile ruolo "eversivo" delle Corti. Spicca a tale riguardo, come si ricorda nel saggio, la presentazione di proposte di *resolutions* volte a inibire tali forme di interpretazione giudiziale, allo scopo di difendere quell'"eccezionalità" che è segno distintivo dell'ordinamento americano. Eppure, come pone in evidenza Laura Fabiano, anche tra le contrapposizioni esistenti all'interno della Corte suprema, non c'è dubbio che l'uso dell'argomento extra-sistemico sia stato utilizzato dai giudici di questa Corte, specie tra il 1997 ed il 2005, ed in particolare quando le decisioni riguardavano oggetti particolarmente sensibili, come la pena di morte o l'orientamento sessuale anche se, forse proprio per contrastare l'idea di una eccessiva discrezionalità o politicizzazione da parte dei giudici la Corte Roberts pare negli ultimi anni aver fatto un ricorso sempre più ridotto al precedente straniero.

Come sottolinea, invece, Maria Dicosola, il sistema canadese è informato ad un «sincero interesse per l'approccio comparativo», a cui sembra quasi naturalmente orientato non solo per il



suo tipico multi-culturalismo o per la natura più composita sotto il profilo giuridico che gli è propria, considerando anche l'esperienza giuridica del Quebec francofono, ma per l'esistenza di clausole costituzionali che, facendo riferimento alle limitazioni ai diritti ragionevoli in una società libera e democratica, sembrano favorire la sensibilità comparatistica del giudice. In terra canadese non c'è traccia della contrapposizione, dai toni talora eccessivamente accesi, quanto all'uso dell'argomento extra-sistemico, che è tratto tipico dell'ordinamento americano. La giurisprudenza della Corte suprema canadese può anzi essere utilmente distinta in una serie di fasi: da una prima tra il 1944 ed il 1963 in cui sono specialmente i precedenti inglesi ad essere considerati, a successive, rispettivamente comprese tra il 1963 ed il 1984 e tra il 1984 ed il 2000, in cui sono invece i precedenti americani ad essere utilizzati, precedenti poi progressivamente ridotti. In concomitanza con l'entrata in vigore della *Charter of Rights and Freedom* del 1982, la Corte suprema non ha esitato ad utilizzare argomenti tratti dalla giurisprudenza delle Corti internazionali, dalle Corti di giustizia europea ed, in particolare, per i casi più complessi, dalla autorevole Corte di Strasburgo a cui si sente legata (pur essendo il Canada, come rileva l'autrice, solo Paese osservatore presso il Consiglio d'Europa), da un lato, per l'afferenza ad una medesima «cultura giuridico-costituzionale» in tema di diritti, dall'altra, per essere stata la Convenzione europea, un modello per l'elaborazione di alcune previsioni della Carta canadese. La Corte ha invece preso talora le distanze dalla giurisprudenza americana che in molti casi non le è potuta servire da esempio, per la caratteristica concezione delle libertà negative che sembra connessa al *Bill of Rights* e per la mancanza di quella tradizione più comunitaria ed aperta ai gruppi sociali che è invece propria del sistema canadese. Nel saggio dedicato alla *Supreme Court* canadese l'apertura alla



comparazione viene illustrata attraverso gli orientamenti di alcuni giudici significativi. Spiccano i nomi di L'Hereux-Dubé, favorevole all'uso del diritto internazionale e alla sua «forza persuasiva» nell'interpretazione e di La Forest. Quest'ultimo, in particolare formatosi a Oxford e Yale, ritiene utile l'uso del precedente straniero, auspicando un autentico dialogo tra la Corte canadese e la sua omologa nordamericana. Se infatti quest'ultima è, come si è detto, tendenzialmente molto meno orientata all'argomento extra-sistemico, la prima lo utilizza con moderazione ed intelligenza, servendosi quando la novità o la complessità del caso la induce a ricercare precedenti, pur non dimenticando mai le caratteristiche essenziali del proprio ordinamento.

Un atteggiamento, quest'ultimo, che è condiviso anche dalla Corte dell'Unione indiana esaminata da Valentina Rita Scotti. Un organo giurisdizionale cui è stato affidato un compito particolarmente complesso ma che, come ricorda l'autrice del saggio, è stato disimpegnato in modo efficace nella tutela dei diritti fondamentali e nella ricostruzione talora creativa di alcuni di essi. La difficoltà del compito è evidente se si ricorda che la *Supreme Court* è chiamata ad amministrare una Costituzione lunga ed ispirata a differenti sistemi costituzionali, ognuno dei quali ha lasciato traccia nella forma di governo, nel tipo di Stato o nella cultura dei diritti di un ordinamento che è un insieme composito di tradizioni giuridiche diverse (tra le quali anche quelle indù e musulmana). Pur non essendo possibile, come nota l'autrice, distinguere in differenti fasi l'attività della *Supreme Court* indiana (di volta in volta "originalista" o "attivista"), appare però evidente come sia peculiare e frutto di un'attenta selezione l'uso dell'argomento extra-sistemico (tratto, in particolare, dalla giurisprudenza delle Corti di *common law*), senza dimenticare il richiamo alle disposizioni della Convenzione euro-



pea dei diritti dell'uomo e alle previsioni di Costituzioni straniere (piuttosto che alla giurisprudenza delle relative Corti, ed in particolare di quella europea, cui invece non si fa per lo più riferimento). Il precedente straniero è utilizzato dalla Corte indiana per garantire un maggiore consenso alle sue decisioni; per aumentare la sua legittimazione nei confronti dei poteri dello Stato (specie, in passato, nella pericolosa contingenza di un "braccio di ferro" con un potere esecutivo desideroso di limitare alcuni diritti senza troppo badare alle disposizioni costituzionali e con riguardo alle relazioni con un potere legislativo limitato proprio dalla Corte nei suoi poteri di revisione costituzionale). Il precedente straniero è però utilizzato anche per favorire, si potrebbe dire con un atteggiamento nazionalista, un più significativo accoglimento dell'ordinamento indiano nella comunità degli Stati democratici. Anche nell'esame della Corte indiana si tiene conto di un dato indispensabile per valutare l'uso del precedente straniero: la formazione dei giudici che compongono la Corte, non più legati solo al *cliché* del giudice bramino e indù del passato, ma sempre più aperti alle esperienze estere e alla conoscenza della giurisprudenza straniera, sia per i rapporti diretti con gli organi giurisdizionali e con avvocati e accademici di altri ordinamenti, sia per il diffuso ricorso alle nuove tecniche informatiche.

E proprio la natura sempre più affinata e sensibile di giudici adusi ai mutamenti della realtà sociale e della cultura giuridica e non contrari all'uso del precedente straniero, ma anche il peso della loro specifica e diversa formazione ed esperienza (che è uno degli utili *leit-motiv* che si riscontra nei diversi contributi del libro, che insegna a non considerare mai le Corti come organi monolitici, ma piuttosto come un *ensemble* di persone che suonano musica, ma con strumenti diversi), sono l'oggetto del saggio di Pamela Martino, dedicato alla *Supreme Court* del Re-



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

gno Unito. Si tratta di una Corte che, come è noto, istituita dal *Constitutional Reform Act* del 2005 ha cominciato a funzionare nell'ottobre del 2009 e la cui esperienza manifesta quella che l'autrice definisce l'«intera gradualità dialogica» nel ricorso alla comparazione, spaziando «dal confronto sull'interpretazione del diritto tra giudici di differenti giurisdizioni in sedi di incontro formali ed informali» ad un «richiamo al precedente straniero, operato nelle pronunce, che sia puntuale o implicito (per dissociazione o per adesione) o (che) costituisca il perno di una linea argomentativa comparativa intrinseca alla *ratio decidendi*», sino, infine, alla previsione «di procedure, quale il rinvio pregiudiziale, integrative di un processo formale volto a produrre un assetto cooperativo dell'interazione tra Corti». La «giovane» *Supreme Court* (talora raccogliendo il testimone dalla *House of Lords*, ma talvolta in dissonanza rispetto alla sua autorevole «progenitrice») è già divenuta, come ricorda Pamela Martino, «prisma della *cross-fertilization*» e «bacino di fermentazione di rinnovate forme di dialogo». Un dialogo (che assai più di quanto non possa realizzarsi per le Corti autorevoli, ben esaminate nei saggi precedenti, i cui ordinamenti non afferiscono a quello spazio di integrazione europea a duplice livello sovranazionale in cui è invece inserito l'ordinamento britannico), se è «prudente» (per utilizzare sempre le espressioni dell'autrice) e non ancora del tutto definito con le Corti straniere, si fa «esplicito ed interlocutorio» sia con la Corte di Giustizia europea sia, in particolare, con la Corte di Strasburgo, evolvendosi (ed in ciò sta il suo interesse), come un vero dialogo e cioè «in senso non più verticale, ma orizzontale».

È certo, infatti, che se l'attenzione ai precedenti delle Corti di *common law* (in particolare, quelli australiani, neozelandesi, canadesi) non può che essere significativa, specie nei casi riguardanti i diritti, dato non solo la comune radice giuridica e la



compatibilità linguistica, a focalizzare l'attenzione del lettore sono specialmente la diversa sensibilità ed esperienza dei giudici supremi britannici quanto all'uso del precedente straniero e i rapporti della *Supreme Court* con la Corte di Strasburgo e le differenze con gli orientamenti a riguardo della *House of Lords* (del cui *Appellate Committee* la nuova Corte ha pur ereditato, come è ben noto, le competenze insieme a quelle, in tema di *devolution issues*, del *Judicial Committee del Privy Council*).

Quanto al primo profilo, si ricorda che la distanza tra i componenti della *Supreme Court* quanto all'uso del precedente straniero non riguarda (con evidente dicotomia rispetto al caso statunitense) la contrapposizione tra chi non intenda farne uso e chi, invece, lo ammetta. Pur nel generale favore per il ricorso all'argomento extra-sistemico, i giudici si distinguono a secondo che si inclinino al diritto straniero in modo indiretto (come la vice-presidente della Corte Brenda Hale) o che considerino utile il richiamo al precedente a sostegno dell'interpretazione e ad integrazione della decisione (come, ad esempio, il giudice Mance).

Quanto, invece, alla relazione con la Corte di Strasburgo l'autrice nota che se la *House of Lords* pareva aver sviluppato una relazione tendenzialmente gerarchica con la Corte di Strasburgo, la *Supreme Court*, ha invece introdotto una interazione assai più avanzata e quasi paritaria con quest'ultima, cui si deve, d'altro canto, la stessa recente trasformazione dell'ordinamento britannico nel senso di una più visibile separazione tra i poteri dello Stato. Hanno interpretato il ruolo di tessitori pazienti di questa interazione alcuni autorevoli giudici come il primo presidente della Corte, Lord Phillips, particolarmente favorevole allo sviluppo di tale dialogo, esemplificato di recente dal susseguirsi di differenti decisioni della Corte di Strasburgo che, in risposta a valutazioni dissonanti della *Su-*



*preme Court*, ha favorito una meno recisa interpretazione del contrasto tra sistema britannico e Convenzione europea, ad esempio considerando le caratteristiche del processo di *common law*. Ma anche altri autorevoli componenti della *Supreme Court* come Lord Kerr hanno sostenuto, da un lato, la necessità di un approccio non deferenziale alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (un approccio ritenuto utile a garantire un più efficace sviluppo proprio dell'attività di quest'ultima Corte da uno dei suoi ultimi Presidenti, Nicolas Bratza) e, dall'altro, la possibilità di giudicare con autonomia anche in ipotesi nelle quali manchi giurisprudenza della Corte sovranazionale. Posizione, questa, non del tutto univoca tra i componenti della *Supreme Court* che, come i giudici Hope e Brown, hanno dimostrato invece di preferire un orientamento più deferenziale e meno autonomo nei confronti di Strasburgo. Insomma, l'ordinamento britannico fornisce una utile chiave di lettura, da un lato, delle difficoltà del dialogo tra Corti (ed in particolare con la Corte di Strasburgo) e dei diversi orientamenti a riguardo nell'interpretazione dello *Human Rights Act 1998* cui si deve l'incorporazione nel diritto del Regno Unito della Convenzione europea, ma anche della straordinaria utilità di tale dialogo per una sempre più efficace interazione tra il sistema di *common law* e quelli di *civil law* attraverso l'intermediazione della Corte di Strasburgo, senza dimenticare la riflessione avviata dalla *Supreme Court* sulle tecniche di redazione delle sentenze, utili a meglio garantire la trasparenza del processo decisionale e il dialogo tra le Corti.

E proprio l'importanza della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo e la tendenza ad evitare contrapposizioni nell'interpretazione dei disposti della Convenzione europea spiega l'inserimento nel volume in commento, dedicato a Corti di *common law* che pur in misura assai diversa hanno fatto rife-



rimento proprio alle decisioni della Corte di Strasburgo o alle previsioni della Convenzione europea, di un saggio quale quello di Egeria Nalin, che si occupa, invece, delle innovazioni riguardanti tale organo giurisdizionale, introdotte anche a causa dell'orientamento talora critico dell'ordinamento britannico nei confronti di alcune sue note decisioni. Il Protocollo n. 15 si propone di inserire nel preambolo della Convenzione il riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, disattendendo il contrario avviso a riguardo della Corte di Strasburgo che ha però ottenuto che almeno nel rapporto esplicativo al Protocollo tali principi fossero da intendersi secondo la sua giurisprudenza, così salvaguardando la sua posizione. Quanto al Protocollo n. 16, invece, questo garantisce alla Corte europea la competenza ad emanare pareri consultivi non vincolanti a richiesta dei giudici supremi (da interpretarsi nel senso indicato dai singoli ordinamenti statuali) su questioni di principio relative all'interpretazione e all'applicazione dei diritti e delle libertà disciplinati dalla Convenzione. Scopo evidente di quest'ultimo Protocollo è dunque quello di accrescere il dialogo tra giudici nazionali ed europei garantendo una migliore attuazione della Convenzione col chiarire i dubbi interpretativi attraverso la manifestazione alla Corte degli orientamenti dei giudici nazionali con un meccanismo simile a quello della questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia europea (anche se l'autrice non manca di illustrare le aporie di tale nuovo strumento consultivo che, essendo di applicazione facoltativa, pare lasciato alla discrezionalità dei giudici nazionali e che non potrebbe essere davvero utile laddove si tratti di rimuovere «cause strutturali» connesse alla violazione della Convenzione da parte della legislazione nazionale, la cui modifica è lasciata all'azione dei poteri politici degli Stati).



Concludono il volume ora in esame una serie di utili riflessioni (che non possono certo, in questa sede, essere tutte riassunte) dedicate da Marina Calamo Specchia agli aspetti forse più significativi della giurisprudenza delle Corti, pur con l'utile avvertenza che spesso non di comunicazione bilaterale si tratta quanto piuttosto di «movimenti culturali unilaterali». Così, si sottolinea la tendenziale omogeneizzazione sia tra le funzioni esercitate dalle Corti che quanto ai parametri e alle tecniche decisorie e si richiama una utile classificazione che fa leva su una «tipologia forte» o «debole» a seconda che il ricorso al «materiale straniero» abbia nell'argomentazione del giudice un valore confermativo, probatorio o semplicemente esemplificativo<sup>13</sup>; si ricorda la diversità tra i «sistemi costituzionali integrati» (tra i quali il «continente europeo è uno spazio dialogico privilegiato» nel quale spiccano la Corte di giustizia e la Corte dei diritti dell'uomo) e «sistemi costituzionali paralleli», in cui il ricorso alla giurisprudenza esterna, non assumendo alcuna valenza obbligatoria e «verticale», ha solo un significativo valore persuasivo, di livello, per così dire, «orizzontale»; si analizzano gli scopi per i quali le Corti utilizzano l'argomento extra-sistemico, specie quando si tratti di tutelare i diritti fondamentali; si sottolineano le differenti modalità della comunicazione giuridica tra le Corti (diversa dalla comparazione giuridica che si realizza, invece, «con canoni ermeneutici precisi e rigorosamente scientifici»), utilizzando a tale scopo una distinzione tra forme di «strong communication/fertilization» (che si collega all'uso di citazioni diffuse da parte delle Corti dei precedenti giurisprudenziali stranieri, ma anche della dottrina e della giurisprudenza, secondo l'esperienza paradigmatica a riguardo della Corte co-

<sup>13</sup> Secondo la tipologia utilizzata da A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 979 ss.



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

stituzionale sudafricana, ma anche delle Corti canadese, inglese ed indiana), di «*soft communication/fertilization*» (espressione da utilizzarsi quando i giudici operano un richiamo solo implicito all'argomento extra-sistemico, subendone una semplice influenza culturale), e di «*technical communication/fertilization*» (formula che allude, invece, ad orientamenti simili delle Corti quanto agli strumenti utilizzati per la risoluzione delle questioni di costituzionalità), senza dimenticare l'esistenza di canoni di «carattere più universale» come la ragionevolezza ed il margine di apprezzamento.

Insomma, la lettura di questo volume si conferma ricca di suggestioni non solo per lo studioso di diritto comparato (che trova nei saggi qui raccolti una conferma del rilievo e dell'utilità a fini pratici, ma anche dell'estrema delicatezza del suo oggetto di studio), ma, più in generale, per chi voglia intraprendere un interessante viaggio tra gli orientamenti di Corti dotate di diversa sensibilità e apertura all'argomento extra-sistemico che, se non dimenticano mai la particolare identità del loro ordinamento, hanno compreso di non detenere, nel risolvere casi complessi e spesso simili, il «monopolio della saggezza»<sup>14</sup>.

18

Miryam Iacometti

(Professore associato di Diritto pubblico comparato,  
Università degli Studi di Milano)

<sup>14</sup> Per usare la bella espressione di B. Marquesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 16.



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 18 gennaio 2015

Recensioni

S. Rodotà, *Solidarietà:  
un'utopia necessaria*,  
Editori Laterza, Roma-Bari,  
2014, pp. 141

La crisi economica europea ha avuto importanti conseguenze sulla tutela dei diritti fondamentali a causa della riduzione delle risorse finanziarie necessarie per garantire i diritti e i servizi sociali. Le modifiche delle politiche di *welfare* conseguenti alla crisi hanno influenzato il godimento di questi diritti: in diverse occasioni, alla riduzione della spesa pubblica ha corrisposto una riduzione dei livelli di prestazione.



1

Diversi studi e contributi hanno esaminato l'assetto dei diritti sociali alla luce delle politiche di austerità messe in campo dall'Unione Europea come possibili risposte alla situazione<sup>1</sup>. In

<sup>1</sup> In questa sede si segnalano, tra gli altri, E. Ranci Ortigosa (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni sociali: il punto della situazione*, Osservatorio nazionale sulla legge 328/2000, consultabile all'indirizzo <http://db.formez.it/ArchivioNews.nsf/e4ad009d7363b706c1256c310036ada8>



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 18 gennaio 2015

Recensioni

questi anni la discussione giuridica e politica si è quindi mostrata fitta: la limitazione dei diritti sociali a favore delle libertà economiche è apparsa ad alcuni come necessaria e inevitabile in momenti di mancanza di risorse; per altri, invece, la crisi economica e finanziaria, la sua dimensione globale, è stata motivo di un rinnovato interesse per i principi che – secondo questi studiosi – devono essere posti al centro dell’attenzione politica e sociale.

L’ultimo libro di Stefano Rodotà, *Solidarietà: un’utopia necessaria*, si inserisce in questa seconda corrente e analizza il rapporto tra diritti sociali e crisi economica con l’obiettivo di proporre soluzioni nuove. Il punto di partenza dell’autore è la constatazione della convivenza all’interno dell’UE di due costituzioni che entrano in conflitto tra loro: una “costituzione economica” (rappresentata dal c.d. *Fiscal Compact*) e una “costituzione sociale”, di cui sono espressione il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

La crisi economica e l’accentuata scarsità di risorse finanziarie, continua Rodotà, ha condotto a una subordinazione assoluta alla logica economica: essa ha dato vita a un contesto sociopolitico in cui l’economico prende il predominio sul giuridico e sul politico. La quantificazione delle risorse economiche disponibili e, altresì, l’esistenza di mezzi finanziari idonei diventano quindi i criteri per il riconoscimento dei diritti sociali. Si opera così quella che l’autore definisce un’«operazione politicamente

2

[/db04cc1c8f63d6c5c1257475003bcdbc/Testo/M2/ricerca\\_osservatorio.pdf?OpenElement](#); il *working paper* *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, INT -104/2014, visibile all’indirizzo [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-INT/20140321-085350\\_fontana\\_n104-2014intpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-INT/20140321-085350_fontana_n104-2014intpdf.pdf); e lo studio di D. Tega, *Diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).



e culturalmente regressiva», che mette in discussione il carattere proprio dello Stato costituzionale di diritto come luogo di riconoscimento dei diritti fondamentali. Seguendo questa strada, nella nostra società le distanze tra le persone sono cresciute, *l'altro e diverso* si è allontanato. Il pericolo che quindi si corre è la non accettazione della diversità, restringendo l'idea stessa di prossimo a un mero fattore fisico, territoriale, linguistico.

A questo punto si pone l'effettiva necessità di ricostruire l'ordine costituzionale europeo e ristrutturare il sistema socio-istituzionale. La soluzione, la base legale proposta dall'autore per questa strada ormai obbligata è il principio di solidarietà. La parola «solidarietà» oggi sta vivendo una duplice fase: da una parte è accompagnata da continue ambiguità e rotture (esclusione degli stranieri, problema ambientale); dall'altra, invece, torna nel discorso pubblico ed è sempre più pronunciata, cercata, vissuta. Il principio di solidarietà, infatti, è affermato in molte costituzioni e documenti internazionali: basti pensare all'art. 2 della Costituzione italiana e al Preambolo e al Titolo IV - «Solidarietà» - della Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE.

Nel corso della sua opera di ricostruzione storica, Rodotà accosta il principio di solidarietà ad alcune parole tra cui «democrazia» e «cittadinanza». Per quanto riguarda il primo punto, si può ritenere valida l'idea secondo cui solo la presenza effettiva dei segni della solidarietà consente di continuare a chiamare "democratico" un sistema politico. Infatti, l'esperienza storica mostra che democrazia e solidarietà sono legate da un rapporto direttamente proporzionale: se diventano difficili i tempi per la prima, lo diventano pure per la seconda.

Più attenta è invece la ricostruzione del rapporto tra solidarietà e cittadinanza: il principio di solidarietà rappresenta il riferimento fondativo del nuovo concetto di cittadinanza inteso



come l'insieme dei diritti attribuiti alla persona, dovunque essa si trovi. Siamo quindi di fronte a una cittadinanza attiva, a una solidarietà nuova vista come processo (e non come attesa), come costruzione sociale alla quale contribuiscono una molteplicità di soggetti: la famiglia, il terzo settore, soggetti pubblici. Forse proprio in questa visione risiede, a mio avviso, la novità apportata da Rodotà: aver analizzato la questione dei diritti sociali e della scarsità di risorse attraverso la lente d'ingrandimento di una solidarietà che deve essere praticata e coltivata anche in tempi difficili. Questo principio difatti pone al centro del discorso i diritti sociali, che non possono essere separati dagli altri diritti fondamentali.

Da questa idea di fondo derivano due elementi d'interesse del libro preso in esame. Un primo elemento risiede nella volontà dell'autore di portare avanti contemporaneamente due piani di analisi, la dimensione nazionale e la dimensione sovranazionale: il principio di solidarietà, grazie a diverse forze e dinamiche sociali, è uscito dall'ambito nazionale per diventare principio universale e cosmopolita. Questa rappresenta la testimonianza del rapporto ormai inscindibile e quotidiano tra gli ordinamenti nazionali e le norme europee.

Come si è detto, i due punti di riferimento a questo riguardo sono, in ambito nazionale, l'art. 2 della Costituzione italiana che rinvia ai doveri della «solidarietà politica, economica, sociale»; e, a livello sovranazionale, il Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'UE intitolata proprio alla solidarietà.

Un secondo elemento di interesse è il realismo critico, ma non rassegnato, che caratterizza l'analisi e la ricostruzione degli scenari passati in rassegna. Secondo l'autore i conflitti descritti non devono essere visti come qualcosa di insormontabile, ma come il riflesso di una situazione in movimento, di un'Europa in continua evoluzione.



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 18 gennaio 2015

*Recensioni*

Tuttavia – nel corso della sua riflessione – lo stesso autore, con uno sguardo verso il futuro, si chiede se la solidarietà riuscirà a sopravvivere nel tempo dell'individualismo crescente e della globalizzazione: a suo avviso solamente la politica e la storia potranno sciogliere questo dilemma. In tempi di stagnazione e recessione, la riflessione giuridica deve dare il suo contributo per favorire l'adozione di politiche sociali in grado di inverare il principio costituzionale di solidarietà. È in sede istituzionale e nell'ambito dei principi costituzionali che deve essere affrontato il rapporto tra risorse disponibili e garanzia dei diritti fondamentali.

Se però il ruolo e la responsabilità della politica sono ineliminabili, altrettanto importante è, a mio avviso, la partecipazione della società civile, dei cittadini, del terzo settore. Solo attraverso il coinvolgimento e il lavoro delle diverse componenti istituzionali e della società sarà possibile evitare la deriva della completa destrutturazione dello Stato sociale.

La crisi economica ha messo in evidenza come la lunga strada che ha condotto alla positivizzazione dei diritti fondamentali, e in particolare dei diritti sociali, è ancora aperta: il riconoscimento giuridico deve infatti essere accompagnato da un loro effettivo esercizio.

Questo può avvenire attraverso la realizzazione di strumenti, istituti, procedure volte a questo scopo. Si deve però ricordare che la garanzia dei diritti fondamentali – al pari della “produzione” di solidarietà – non è “a costo zero”, ma esige capitale sociale e risorse finanziarie.

Dai conflitti sopra delineati, e dalla capacità di risolverli, dipenderà lo stesso futuro dell'Unione Europea.

*Beatrice Catallo*  
(Dottoressa magistrale in Studi europei)

