

[2018] C.E.L.B.

THE  
CARDOZO ELECTRONIC  
LAW BULLETIN

GLOBAL FRONTIERS OF COMPARATIVE LAW

LO “STINGIMENTO” DELLE REGOLE GIURIDICHE TRA  
DIRITTI E LIMITI NELL’ERA DEI FLUSSI MIGRATORI E DELLA  
CRISI DELLE NAZIONI

*Antonello Miranda*

[Essay published on April 2018]

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

SUBMISSIONS: The Cardozo Law Bulletin only accepts submissions made in accordance with the MLA (Modern Language Association) style, the most commonly used to write papers and cite sources within the liberal arts and humanities.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

I CONTRIBUTI SONO SOTTOPOSTI A REFERAGGIO DOPPIO CIECO

© 1995-2018 The Cardozo Institute

ISSN 1128-322X

# Lo “stingimento” delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell’era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni.<sup>1</sup>

*Antonello Miranda*

Sommario:

- 1.- Introduzione: circolazione e imposizione di modelli giuridici e mutamento sociale;
- 2.- Purezza versus Ibridazione;
3. - Ibridazione e “stingimento”;
- 4.- Stingimento, ibridazione e dinamica dei sistemi;
- 5.- Il destino dello stingimento. Ordine pubblico e buon costume come parametri di riferimento.

---

<sup>1</sup> Il testo riproduce con le dovute modifiche la relazione introduttiva, in lingua inglese, tenuta al II colloquio dell’associazione dei Giuristi Italo-Giapponesi svoltosi a Nagoya nel novembre del 2017.

1.- Introduzione: circolazione e imposizione di modelli giuridici e mutamento sociale

Si racconta che in India, essendo ancora diffusa la pratica tradizionale (Sati) di bruciare le vedove sulla pira del marito defunto, i Britannici si chiedessero come fosse possibile vietare o fermare o limitare il fenomeno senza tuttavia violare il principio di pax britannica del pieno riconoscimento delle tradizioni e delle regole locali seguite dai "cittadini" dell'impero. La soluzione, anche questa tipicamente "British", fu trovata dal Governatore Charles James Napier<sup>2</sup> che affermò contrastando le lamentele dei locali che chiedevano appunto il rispetto delle proprie regole religiose seguite nel Paese: "Be it so. This burning of widows is your custom; prepare the funeral pile. But my nation has also a custom. When men burn women alive we hang them, and confiscate all their property. My carpenters should all therefore erect gibbets on which to hang all concerned when the widow is consumed. Let us all act according to national customs".

Questo paper, partendo dalla considerazione che i moderni flussi migratori e la enorme circolazione di persone e di regole comportano comunque lo "stingimento" di principi e prassi aliene sulla tela del sistema giuridico ospitante, vuole interrogarsi sui "limiti" oltre i quali l'ordinamento ospitante (e la sua tradizione socio- culturale, ovvero il suo "spirito" nazionale) finisce per reagire a tutela della propria integrità' ed entro i quali invece lo stesso ordinamento ospitante accoglie e recepisce la "scoloritura" o la contaminazione. In chiave microcomparatistica si raffronteranno alcuni aspetti di alcuni sistemi giuridici per valutarne le risposte a fronte di fenomeni di contaminazione o stingimento di regole "aliene" sul sistema di regole

---

<sup>2</sup> Napier W. F. P., *The Life and Opinions of General Sir Charles James Napier, G.C.B.*, Cambridge University Press, 2011, Si vedano inoltre: *Recent Work on Scinde, in The Calcutta Review*, Vol, 16, p. 404; Robinson E. J., *The Daughters of India: Their Social Condition, Religion, Literature, Obligations, and Prospects*, London 1860, p. 131.

autoctone e vagliare il grado di coerenza sistematica e di "tenuta" di queste ultime.

Il mio punto di partenza è assumere come corrette la teoria della circolazione dei modelli e la teoria del trapianto legale.

Tuttavia queste teorie (Sacco e Watson<sup>3</sup>) guardano a una circolazione di modelli in qualche modo dialogante tra formanti e tra poteri degli Stati, secondo un'idea in larga misura dominata dalla equiparazione tra Stato-Nazione-Diritto: in particolare ciò è vero per la teoria dell'imitazione e dell'importazione di un modello attraverso il recepimento da parte delle istituzioni di un Paese.

Io invece vorrei guardare a quello che succede nell'ordinamento giuridico della società ospite e cioè la "reazione" alla "imposizione" o all'innesto di modelli da parte di una data società o gruppo sociale. Inoltre a me sembra che a sua volta l'eventuale cambiamento nella composizione del gruppo sociale anche in misura "minima" finisca per determinare una circolazione di modelli al di fuori della o a prescindere dalla loro effettiva recezione da parte delle istituzioni, in ciò richiamando la nota teoria del caos. A mio avviso in questi casi di "circolazione non (ancora) istituzionalizzata" si finisce non tanto con il "macchiare" quanto con lo "stingere" il tessuto normativo originario che potrebbe non ritornare più "immacolato" e omogeneo come prima. Inoltre cercherò di capire perché alcune regole possono essere accolte mentre altre sono rigettate; se esiste uno "strumento" che possa misurare il fenomeno diverso dalla nota "analisi economica del diritto"; fino a che punto sia possibile "reagire" da parte dell'ordinamento ospite per "inibire" o quanto meno "limitare" l'effetto "stingimento". In altri termini mi chiedo se e fino a che punto l'ordinamento e la società possono reagire e con quali modalità alla

---

<sup>3</sup> Sacco R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto civ.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, 365-370; Watson A., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1993; Miranda A., *Trapianti giuridici, circolazione dei modelli e persistenza della norma: l'insegnamento di Alan Watson*. In *Diritto e Tradizione. Circolazione, decodificazione e persistenza delle norme giuridiche. Studi per una laurea H. C. ad A. Watson*, ILA Palma, , 2004, pp. 11-20.

“contaminazione” pur senza rinunciare al rispetto dei diritti e delle libertà di tutti che in quell’ordinamento sono riconosciuti. Problema attuale e gravissimo anche per l’elevato tasso di contraddizione sistematica e logica (penso al divieto francese di indossare il velo o a quello di stare vestiti in spiaggia ... ma anche alla abolizione del presepe o del crocifisso, alla macellazione Hajal, alle pratiche dell’infibulazione, alla combinazione di matrimoni e via dicendo, fino alla poligamia o la poliandria).

Il terreno è scivoloso se affrontato dal punto di vista esclusivamente giuridico-normativo perché c’è il rischio di creare mostri come quello delle “adozioni” forzate dei figli dei dissidenti nei sistemi comunisti (ma non solo)<sup>4</sup> o, oggi, la privazione “automatica” della potestà genitoriale nel caso di genitori “terroristi” o “mafiosi”<sup>5</sup>. In questo senso viene messa in dubbio la coerenza sistematica e la tenuta dello stesso ordinamento stretti come si è tra il rispetto formale delle regole e il reale diniego di tutela dei diritti: è il “lato oscuro del diritto”, cioè l’effetto perverso e negativo dell’apparente rispetto delle regole o della cura che risulta peggiore del male.

Questi fenomeni in realtà sono sempre esistiti e in certa misura appaiono chiari anche agli Autori delle teorie del legal transplant e della circolazione dei modelli e più di recente della Sustainable Diversity and Reconciliation of Legal Traditions<sup>6</sup>. Tuttavia le spiegazioni teoriche alla “ricezione” di un dato modello esterno all’ordinamento recettore sono più legate a giustificazioni di tipo economico o efficientistico o politico. Quando si dice che un modello viene recepito per il suo “prestigio” si dice senz’altro una cosa vera ma occorre poi valutare se il “prestigio” del modello non stia nella “forza” politica (che significa anche economica e militare) del Paese da cui si riceve il modello

---

<sup>4</sup> Warnecke M L, *Zwangsadoptionen in der DDR*, BWV, Berlin, 2009, p. 341; Groth H, *Zwangsadoption: Eine späte Suche*, BoD, 2018. Ma vedi anche la tragica storia della “generazione rubata” australiana: per tutti vedasi Hanisch m, *The Stolen Generation*, GRIN Verlag, 2011.

<sup>5</sup> Casabona S, *Pedagogia dell’odio e funzione educativa dei genitori: uno studio di diritto comparato su mafia e radicalizzazione jihadista*, Milano, Giuffrè, 2016.

<sup>6</sup> Glenn P H, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford Un. Press, 2000.

stesso. Siamo in Giappone e credo che oggi si possa dire che il modello costituzionale ma anche il modello del “diritto commerciale” siano ripresi dall’”area” del common law ed in particolare dal sistema statunitense (ovviamente anche l’area del Civil Law è stata oggetto di ricerca e di “importazione” da parte dei giuristi giapponesi, tanto che diversi autori considerano questo sistema giuridico come pienamente appartenente alla Western Legal Tradition, non fosse altro che per la recezione del principio della Rule of Law). Mi sembra, tuttavia, piuttosto difficile che ciò sia la conseguenza di una libera scelta dettata dall’indiscusso “prestigio” del modello; direi che qui è stato ben evidente anche il peso della forza politica di un dato Paese nei confronti di un altro.

Di esempi in questo senso ne abbiamo moltissimi e non da ultimi anche i casi di “polity reticolare”, come la definisce A. Palumbo<sup>7</sup>, cioè di imposizione di regole esterne da parte di “entità” extranazionali su ordinamenti sovrani che in effetti ... di sovrano hanno ben poco: è questo ad esempio il caso delle regole imposte alla Grecia da parte di una entità neanche giuridicamente riconosciuta o riconoscibile (la cosiddetta “Troika economica” organo informale composto dai rappresentanti di Commissione Europea, Fondo Monetario Internazionale e Banca Centrale Europea) i cui “consigli ... difficilmente si possono rifiutare” un po’ come diceva il protagonista del bellissimo film di Coppola, il “Padrino”).

---

<sup>7</sup> Palumbo A, *La polity reticolare. Analisi e critica della governance come teoria*, XL, 2011

## 2.- Purezza versus Ibridazione.

L'altro aspetto che credo debba essere tenuto in considerazione consiste nel presupposto (che sta alla base della teoria della circolazione dei modelli e del trapianto di norme ma a ben guardare anche alla base della sustainable diversity) che in fondo i modelli siano in certa misura "unici" e legati ad una data "tradizione giuridica" comunque identificabile con un preciso ordinamento a sua volta connesso con uno Stato e dunque una Nazione. Lo stesso Glenn sostiene che le tradizioni giuridiche si evolvono perché le idee circolano ma ciascuna di esse resta comunque solidamente ancorata a certi propri "valori" giuridici tanto che in teoria dovrebbe essere rinvenibile un nucleo identificativo di ciascuna tradizione (ammesso che si possa identificare e definire con precisione il concetto di tradizione giuridica<sup>8</sup>).

A dire il vero ciò è molto evidente se guardiamo a tutte le classificazioni in "famiglie giuridiche" oggi diffuse in dottrina: per quanto si possa parlare di "famiglia romano-germanica" alla fine si identifica il capostipite nel diritto francese<sup>9</sup>, anzi, per dirla proprio con il David<sup>10</sup>, nel diritto dei Francesi (il code Napoléon è infatti il "codice dei Francesi"). Ma ciò è evidente anche se guardiamo a certi fenomeni di ricezione di istituti, primo tra tutti alla ricezione del modello della codificazione francese: nel Regno delle due Sicilie prima e nel regno di Italia poi, di fatto si "tradusse" letteralmente il codice Napoleonico trapiantandolo di peso in una realtà ben diversa da quella della Francia imperiale.

---

<sup>8</sup> Per una decisa critica a Glenn, si veda: Foster N., Introduction to "A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's *Legal Traditions of the World*", in *Journal of Comparative Law.*, Open Access, p. 103 – "More generally, he (Glenn) argues that the definition of a legal tradition in terms of a network of information is limited as regards law, and that the very concept of tradition as information is itself flawed". W. Twining, in the same work say that: Glenn is perhaps too dismissive of the concepts of culture, system, legal family and civilisation, some of which are useful at different levels of generality" ... "in order to transcend and compare legal tradition Glenn needs an analytic concept of the "legal".

<sup>9</sup> più che nel diritto di Roma ...visto che c'è una bella differenza tra il diritto della Roma "reale" rispetto a quello "repubblicano" ed infine a quello "imperiale".

<sup>10</sup> Va da se che il riferimento è qui a David R, Jauffret Spinosi C, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, 2004

Analogamente se guardiamo all'area del Common Law è facile considerare l'Inghilterra ed il suo "ordinamento giuridico" come capostipite ma per quanto l'Inghilterra contemporanea sembri inseguire gli Stati Uniti mi viene piuttosto difficile pensare che la sua "tradizione" non si fondi su dati ed elementi sociali e su valori, concetti ed idee che sono e restano tipicamente "British" anche se in continuo movimento, tanto da far dire a Ugo Mattei<sup>11</sup> che la regola dello stare decisis è pura negli Stati Uniti ma non più (e io direi che non lo è mai stata) in Inghilterra.

Anche in questi casi tuttavia a ben guardare il modello viene acquisito e imposto da una precisa "istituzione politica" o "potere" e quindi da una "élite" ma non necessariamente dalla "società" che compone lo Stato/Nazione. Anche in questi casi si dà per presupposto che l'Istituzione politica rappresenti unitariamente il "popolo" e che ci sia una precisa identificazione tra Istituzione-Stato-società civile. L'organo dunque parla in nome e per conto della società (direi nell'illusione generata dalla teoria del contratto sociale) almeno per quanto riguarda la western legal tradition anche se questa "delega" è pure insita nel pensiero confuciano del ben operare del sovrano e via dicendo a seconda delle "filosofie" e dei credi. Non mi è mai capitato di leggere o di studiare di un "potere" o di una "Istituzione" che dichiaratamente operi per il male della propria società.

Con questo non voglio dire o "riscoprire" che il diritto sia sovrastruttura<sup>12</sup>, anzi<sup>13</sup>. Mi limito ad osservare semmai che trapianti di norme, circolazione di modelli, flussi di tradizioni giuridiche, avvengono comunque tutti, o almeno noi li studiamo così, attraverso l'opera di un "potere", di una istituzione (dello Stato? Della Nazione?) in rappresentanza appunto della "società".

---

<sup>11</sup> Mattei U, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988

<sup>12</sup> Stucka P I, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Torino, 1967

<sup>13</sup> Barry B M, *The liberal theory of justice: a critical examination of the principal doctrines in A Theory of Justice by John Rawls*, Clarendon Press, 1973.

Se faccio leva su quanto dice Habermas<sup>14</sup>, la “Nazione” nasce da un libero contratto sociale tra “popoli” (ma cosa è un popolo?) che si riconoscono in una Costituzione comune tanto che anche il concetto di “patria” ne viene modificato ed il “patriottismo” diventa “costituzionale”: la Nazione è dunque tale dal punto di vista “politico” laddove la “Costituzione” racchiude un forte senso di appartenenza, una serie di istituzioni comuni, una presumibile costanza e persistenza nel tempo etc.

In ogni caso questa idea fa comunque riferimento ad un potere o ad una precisa istituzione che in apparenza sembra essere “pura” ed identificabile.

Questa idea peraltro tiene banco ancor oggi nel dibattito filosofico sulle forme di esistenza associata: in *A theory of Justice* di John Rawls<sup>15</sup>, ad esempio, la questione della tutela dei diritti in una "società bene ordinata" viene affrontata proprio ricorrendo alla vecchia nozione di governo della legge come tipo ideale di sistema giuridico. In questo senso, lo Stato di diritto richiede che il governo eserciti i propri poteri in conformità di norme, regolamenti e principi giuridici che siano ben definiti e chiaramente scritti.

Persino nell’idea di Glenn la singola “tradizione giuridica” (certamente anche culturale, sociale, di credi e miti) va “istituzionalizzata” nel senso che per essere individuata occorre fare riferimento a delle precise Istituzioni politiche che la raffigurino e la dichiarino e che, al tempo stesso, dichiarino e istituzionalizzino il “transflow” di influenze reciproche senza le quali difficilmente si può capire se e fino a che punto ci sia stato davvero l’influenza reciproca e soprattutto “pacificamente sostenibile”. Tra le maggiori critiche a Glenn, infatti, c’è quella di essere troppo “teorico” e di non tenere conto dell’attuale stato della Western Legal Tradition (ma io penso anche alle altre “tradizioni”) e della realtà dei fatti. Come afferma Foster<sup>16</sup> “anyone with knowledge of a field such as colonial law reception, law and development or

---

<sup>14</sup> Habermas J., *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, 2013

<sup>15</sup> Rawls J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999

<sup>16</sup> Foster N., *Introduction to a fresh start ... cit.*, p. 175.

Islamic finance, or indeed to anyone who has ever done a transaction with a major US law firm, the idea of a non-imperialist, multivalent and accepting Western law tradition seems unrealistically rosy”.

Detto questo però bisogna anche ammettere che per quanto si possa “isolare” il sistema giuridico e tutti possano vantare una dose di “propria” tradizione giuridica autoctona (a Napoli abbiamo un simpatico modo di dire e cioè ... anche le pulci hanno la tosse” or even fleas have the cough e cioè anche chi è piccolissimo alza la voce) in realtà non credo che si possa dire che oggi esista davvero un sistema “puro”, anzi: a mio avviso, ma è una facile constatazione di fatto, possiamo dire che tutti i sistemi giuridici siano “ibridi” nel senso che sono stati comunque contaminati dal contatto con gli altri un po’ come i “Cyborg” che non sono (del tutto) robot ma sono (anche ed ancora) umani a seconda della quantità di innesti che hanno subito. E, come dicevo, anche gli stessi modelli considerati originali (ammesso che lo fossero davvero, come nel caso del diritto romano) hanno perso la loro “purezza” perché con un effetto rebound, sono stati influenzati dagli stessi sistemi che hanno influenzato (chi è appassionato di musica sa benissimo che il rhythm and blues ha influenzato i Beatles e i Rolling Stones che però a loro volta hanno influenzato il rhythm and blues americano) in una sorta di loop infinito.

Quello descritto è un dato storico e concreto a cui non sfugge alcun sistema giuridico. Basta guardare la storia del diritto “italiano” o del diritto inglese. Tuttavia bisogna anche ammettere che il fenomeno si è di molto accentuato in tempi moderni e di pari passo, come si diceva, con il venir meno del “potere” degli stati/nazione o meglio con il decadimento di alcuni Stati/nazione. In realtà il fenomeno è duplice: da un lato c’è l’ibridazione e la contaminazione di tutti i sistemi per via dei cambiamenti tecnologici, politici, economici e sociali; dall’altro c’è una vera e propria perdita del potere decisionale e rappresentativo della Nazione che non può più controllare i suoi confini e che

non riesce più ad esercitare il suo “potere”, neppure quello legislativo in modo assoluto e sovrano.

Alcuni anni fa il prof. Rodotà<sup>17</sup> ci diceva dell’esistenza di un set di diritti da viaggio ovvero della possibilità per gli individui di portarsi nella valigia ovunque andassero alcuni “diritti”. Anche se questa mi sembra una tesi valida in qualche luogo ma difficilmente universale, penso che essa sia rappresentativa della percezione che il giurista occidentale ha della permeabilità o mobilità delle frontiere e della relativa impotenza del potere statale e se si vuole anche della “futilità” delle leggi nazionali. Tanto per fare un esempio penso alla storica regola delle “acque territoriali” che un tempo erano tali perché la Nazione interessata era “fisicamente” in grado di esercitare la sua sovranità difendendo la costa con i cannoni; nell’era dei missili diventa ridicolo pensare che 6 o 12 miglia siano un limite invalicabile e se si rispettano le acque territoriali il motivo è “politico” ed esterno al potere effettivo dello Stato interessato.

Oggi il fenomeno è ancora più accentuato che in passato, anzi è cresciuto in modo esponenziale: internet ha fatto letteralmente “saltare” le frontiere, lo sviluppo tecnologico consente una facilità di spostamenti prima inimmaginabili, la circolazione della “comunicazione” è anch’essa in sostanza senza limiti, lo sviluppo economico e la decrescita economica e le situazioni politiche locali creano situazioni impreviste e soprattutto incontrollate ed incontrollabili. Ce n’è quanto basta per capire come lo “Statutory Law” ma anche interi sistemi giuridici non abbiano più il “controllo” sui destinatari in una sorta di “orgia della globalizzazione” che più che “diversità sostenibile” basata su scelte libere mi sembra una ibridazione forzata dovuta appunto alla crisi dello Stato/nazione ed allo sviluppo di altri centri di potere.

---

<sup>17</sup> Rodotà S, *Il diritto di avere Diritti*, La Terza, 2015. In effetti qui la citazione riguarda una semplice e bellissima chiacchierata che ebbi l’occasione di fare ad un convegno. E’ uno dei ricordi più belli di un Maestro che mi aveva sempre sostenuto nei miei studi anche quando ero un semplice laureato in giurisprudenza.

### 3. - Ibridazione e “stingimento”.

Da quanto detto, a mio avviso da un lato emerge la compresenza a vari livelli di “gruppi di potere” e gruppi decisionali che si affiancano e a volte sostituiscono il potere legislativo e quello esecutivo; dall’altro c’è uno sfaldamento dell’unità di popolo, degli interessi e valori autoctoni che appaiono in molti ordinamenti solo sullo sfondo e piuttosto sbiaditi.

Ho di recente viaggiato in Vietnam e sono rimasto molto colpito nel vedere delle feste di matrimonio “all’occidentale” con balli e musica americana, degli enormi shop center di prodotti elettronici e di qualsiasi altra merce, di grandi edifici, la incredibile quantità di persone che usava continuamente l’Iphone: tutto questo in un Paese che però si definisce “comunista”... e dove gli “organi” dello stato sono organizzati ancora nel modo “originale”. Non possiamo pensare infatti che il potere centrale dello Stato modificando di conseguenza le proprie leggi abbia accolto il modello statunitense, anche se quest’ultimo ha decisamente influenzato la vita e pure le regole seguite dalla società vietnamita.

Qui più che di ibridazione c’è quello che ho chiamato stingimento e cioè l’effetto “scolorente” di regole, valori, miti e mode aliene sul canovaccio del sistema autoctono.

L’effetto stingimento rispetto all’ibridazione o al trapianto è sostanzialmente indipendente dal riconoscimento o dall’importazione operata dai “poteri” dello Stato. Esso come si è visto può avvenire con l’adozione da parte di una data popolazione o società di miti, mode, culture, riti, costumi, lingua e abitudini aliene.

Ho già fatto l’esempio del Vietnam ma di simili stingimenti non tradotti necessariamente in esplicite regole giuridiche il mondo è pieno.

Penso ad esempio all’uso della lingua inglese come “lingua franca” (anche qui, difatti stiamo parlando in inglese. Facciamo un esperimento e vediamo

chi mi sa dire come si traduce "vieni qui" in Turco? O in Latino? Eppure in inglese tutti lo sanno dire. E come si dice "Contratto" o "Proprietà" in Turco o in Aramaico?).

Oppure possiamo pensare ai meccanismi economici e del credito alle "prassi contrattuali di impresa" cioè alle "regole" che vengono seguite dalle imprese a prescindere (e spesso anche in contrasto) dal sistema giuridico in cui operano.

Ma il fenomeno dello stingimento oggi ha anche un'altra forma conseguente alla rinnovata consistenza di flussi migratori.

La migrazione non è una cosa infrequente nella storia (come del resto le invasioni barbariche). Molti dei Paesi moderni sono il frutto di grandi migrazioni. Gli Stati Uniti ad esempio sono (o forse è meglio dire erano) un Paese che ha la sua forza nel melting pot da cui è composto. Anche noi italiani siamo il risultato della stratificazione di tante successive invasioni. Il Giappone, se non sbaglio, si è sviluppato a seguito di una "influenza" cinese o asiatica anche se si è poi talvolta dimostrato diffidente dei "gaijing". Ma anche qui, al di là del trapianto di norme, c'è stato uno stingimento di regole aliene su un tessuto autoctono. E, se si guarda bene, anche gli Inglesi sono "figli di un'invasione" e della stratificazione di culture ed etnie.

Nel caso dei flussi migratori contemporanei tuttavia, c'è un elemento di novità nel fatto che questi flussi comportano la creazione di "enclaves" che restano o apparentemente separate dal tessuto sociale locale o anche nel caso di un ampio grado di integrazione, tendono a mantenere le proprie abitudini culturali e giuridiche. Questa è probabilmente la conseguenza della breve vita della migrazione ed anche della impossibilità di scegliere il Paese dove stabilirsi.

Esempi del primo caso sono in Italia le "comunità cinesi" che hanno regole, riti e costumi propri e che tendono a non aprirsi nei confronti della società ospitante (almeno in fase iniziale).

Esempi del secondo tipo sono, sempre in Italia, le comunità di religione islamica provenienti dai Paesi dell’Africa sub-sahariana o dall’Asia che spesso restano in Italia solo perché non possono emigrare verso i Paesi del Nord-Europa e per necessità sono costretti ad adattarsi a tutto.

Ci sono poi le grosse comunità che hanno consolidato la loro presenza e che nonostante un discreto grado di integrazione mantengono, come si diceva, vive le proprie tradizioni e regole. In questi casi l’effetto “stingimento” è conseguente e funzionale al consolidarsi del gruppo alieno.

Il fenomeno in questione è maggiormente visibile se ci portiamo al livello di micro-comparazione. Anche qui abbiamo due possibili alternative: da un lato c’è uno stingimento o meglio una ibridazione dichiarata e dunque filtrata dai poteri dello Stato (penso non solo al potere legislativo ma anche, e direi soprattutto, al potere giudiziale e esecutivo cioè all’opera dell’amministrazione pubblica).

La seconda alternativa consiste nel vero stingimento e cioè nella presenza di regole aliene seguite da una data comunità a prescindere e pur nel rispetto anche delle regole autoctone che in questo caso finiscono comunque per risentirne.

Faccio un esempio per chiarire il concetto: a Palermo, la mia città, c’è oggi una ampia comunità Pakistana di religione islamica. Acquisita una certa stabilità alcuni di essi hanno cominciato a svolgere piccole attività commerciali. Ovviamente queste persone, regolarmente immigrate, hanno affittato dei locali, qualcuno ha acquistato un appartamento in un condominio, etc. Altrettanto ovviamente per svolgere la loro attività, per acquistare la casa, per affittare un locale, per comprare e rivendere le merci devono rispettare le norme di legge che regolano questi rapporti. Ma accanto a questo “normale” operare spesso i rapporti interni alla comunità sono regolati da norme proprie di quel gruppo sociale. Se il proprietario del locale in affitto è Pakistano come lo è l’affittuario, a prescindere dalle regole italiane,

l'accordo spesso è regolato “alla maniera islamica” e secondo gli usi di quel gruppo, come in una sorta di realtà parallela. Ovviamente non essendo possibile tenere separate per sempre le due realtà esse finiscono per incontrarsi e così le regole aliene “perdono colore” stingendo sul tessuto delle norme autoctone e locali.

Cambiano così i modi di contrattare, cambiano gli orari di apertura, cambia la “tenuta” rispetto ai grandi centri commerciali delle piccole imprese familiari, cambiano le regole “alimentari” e sui prodotti (penso alla questione della macellazione Hajal), cambia il costo del lavoro e l'impegno sul lavoro.

Va da sé che in questa situazione resta da chiedere se e fino a che punto il sistema giuridico ospitante può tollerare lo stingimento (dichiarando l'ibridazione e integrando così il proprio sistema) o non possa usare la “candeggina” per sbiancare il tessuto normativo.

#### 4.- Stingimento, ibridazione e dinamica dei sistemi.

Come dicevo prima, Glenn ritiene “possibile” un dialogo tra sistemi improntato alla reciproca conoscenza e tolleranza pur ammettendo che comunque ogni sistema ha una propria “tradizione” giuridica. A prescindere dalle critiche a questa tesi e pur ammettendo che ci possa essere una “coesistenza” di sistemi paralleli, dubito fortemente che anche in questo caso non ci sia, at the end of the day, un sia pur minimo stingimento e dunque in qualche misura una contaminazione, una deviazione dall'originaria purezza del tessuto normativo scolorito con il rischio di una sua “irritazione”<sup>18</sup> o di una sua reazione negativa.

Quando si cerca di capire il perché del successo di un trapianto giuridico i giuristi mutuano dall'analisi economica il concetto di efficienza: la regola vincente è quella che, consentendo di abbattere i costi transattivi è la più

---

<sup>18</sup> Teubner G, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, in Mod. L. Rev., Vol. 61, No. 1 (Jan., 1998), pp. 11-32,

efficiente e conveniente in senso economico. Non sono un economista e non ho grande dimestichezza con le formule e la matematica (con grande dispiacere di mio padre, da buon professore di analisi matematica) ma non mi sembra che questo tipo di analisi si possa applicare a tutte le situazioni, soprattutto quando si coinvolgono interessi diversi da quelli puramente economici. Se fosse così facile ... in teoria non dovrebbero esserci controversie.

In ogni caso, lo ripeto, viene difficile comprendere il motivo della “sopportazione” dello stingimento o dell’ibridazione o del trapianto o i motivi del loro rigetto solo basandosi sulla presunta efficienza o inefficienza economica della scelta.

Chi va con lo zoppo impara a zoppicare, sicché avendo una quotidiana frequentazione con un collega economista aziendale e con ... mia moglie ho fatto una specie di test: ho chiesto ad entrambi di dirmi perché la nostra società dovrebbe “accogliere” una cultura o una regola straniera. In effetti la mia domanda era più subdola perché avevo prima domandato perché secondo loro si ascolta la musica americana che ha tanto successo tanto da “ibridare” anche la nostra musica tradizionale e perché, almeno finora, nessuno si assoggetta al divieto islamico (e pure un tempo diffuso tra i cattolici) di ascoltare il Rock and Roll.

La risposta è stata pressoché identica: si segue una “cosa” aliena se essa è compatibile con le nostre abitudini ma soprattutto se “ci piace” (come dice mia moglie) o migliora la nostra qualità di vita (come dice il collega aziendalista) o comunque se dal giovamento che ne traiamo ci appare migliorata la nostra qualità della vita.

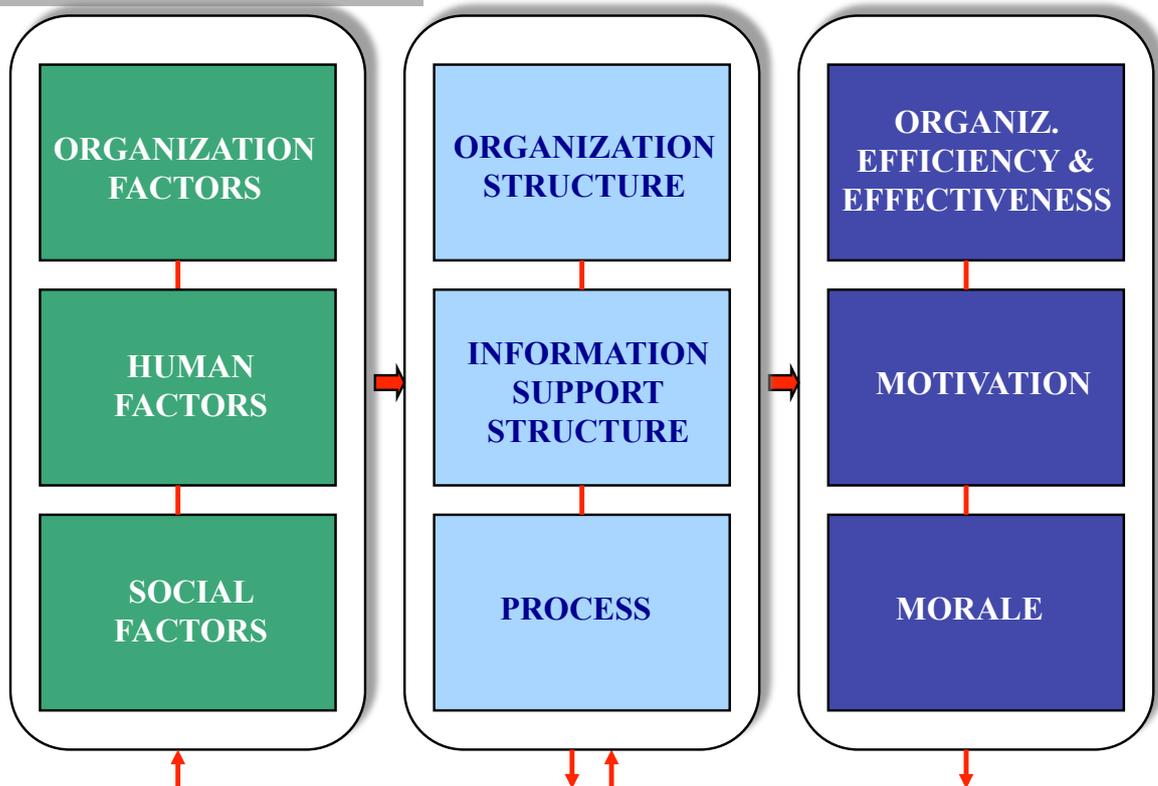
Rigettiamo ciò che “non ci piace” o non è “utile” o riteniamo che possa peggiorare la nostra qualità della vita, presente e futura (la promessa cattolica del paradiso per i poveri, la promessa islamica delle vergini ... ; chissà cosa ne pensano le donne).

In questo senso “the individual satisfaction” gioca un ruolo importante nella dinamica dei sistemi e può contribuire a spiegare il perché continuiamo ad usare il tessuto “scolorito” invece di buttarlo o di tentare di smacchiarlo.

Non c'è il tempo di approfondire questo punto che richiede anche conoscenze particolari di analisi della dinamica dei sistemi, però vorrei mostrarvi tre slides che illustrano i componenti del planning and control system e an organizational system's model<sup>19</sup> da cui emerge chiaro come i migliori risultati di una organizzazione complessa si ottengono cercando di raggiungere the individual satisfaction ed il miglioramento della quality of life. Individuale e collettiva.

Come e se davvero poi ci si riesce ... questo è un altro problema.

## The P&C system components

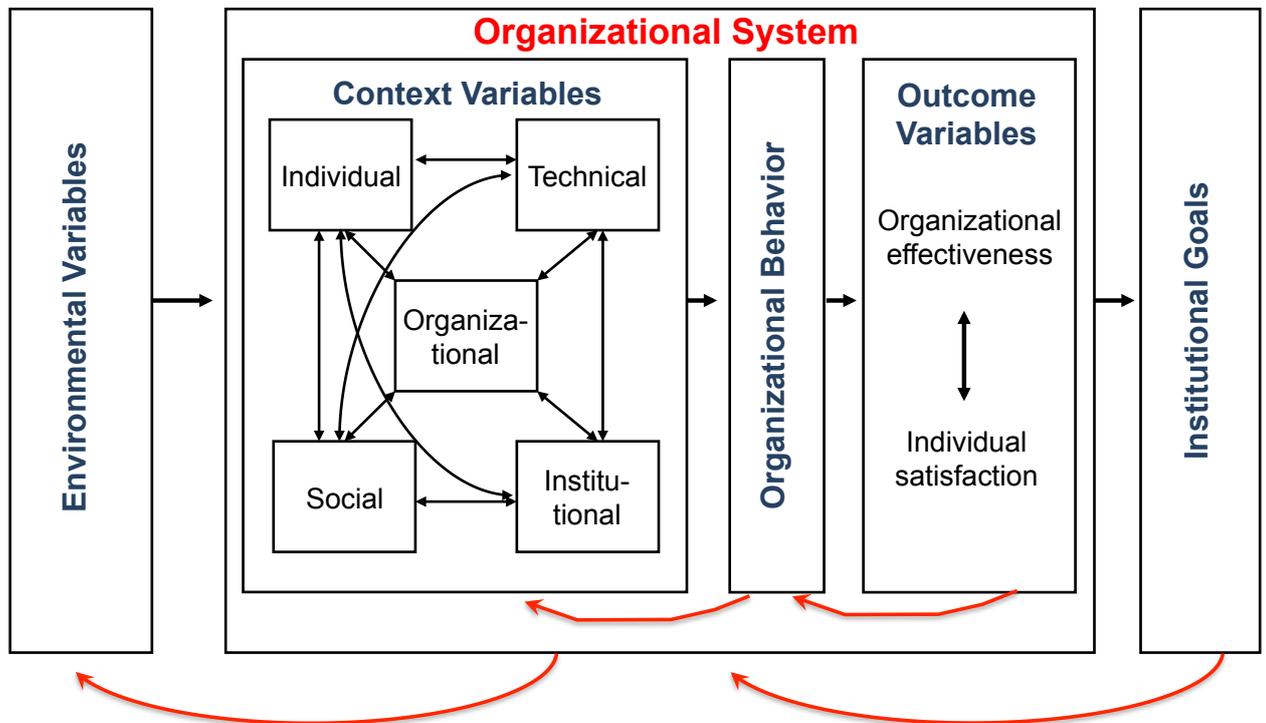


<sup>19</sup> Ringrazio il Collega ed amico Prof. Carmine Sergio Bianchi che mi ha fornito queste “slides” tratte dal suo *System Dynamics for Performance Management*, Springer Int., 2016



# An Organizational System's model

(adapted from Seiler, *Systems Analysis and Organizational Behavior*)



Ovviamente il “mi piace/non mi piace” o “migliora/peggiora” la quality of life va visto in senso relativo e non assoluto. Non esiste una categoria universale di “bello” e ciò che piace a me, con il mio background culturale, non è detto che piaccia ad un altro. Tuttavia ci sono cose che “piacciono” e sono considerate “belle” in relazione ad un dato gruppo sociale. Ecco che, venendo al dato giuridico, ritorna prepotente il concetto di tradizione giuridica, visto questa volta dal basso e slegato dall’idea restrittiva di Stato/Nazione/Popolo/Diritto.

Il contesto sociale è anche contesto giuridico e il background culturale in senso lato di una società influisce sul comportamento dei singoli e sulla loro percezione della “quality of life” a prescindere dal fatto che si sia cittadini o sudditi o appartenenti a questa o a quella nazione o stato. Sono i valori ed i

comportamenti condivisi in un dato momento storico da un dato gruppo sociale e non invece i valori imposti o concessi dall'alto da un potere più o meno forte, a costituire la “tradizione” giuridica di quel gruppo.

Non voglio affrontare qui un argomento che ci porterebbe via molto tempo e che è ovviamente discutibile. Mi limito però ad osservare che è nel diritto dei privati cioè nel diritto dei rapporti interpersonali e non nel diritto pubblico o costituzionale o penale che si riscontrano forti, fortissimi valori comuni (universali?): proprietà, contratto, responsabilità, successioni, famiglia sono tutti istituti che, nella ovvia variabilità di forme ed organizzazione, sono condivisi e prescindono dalla presenza di una autorità o da un potere centrale che li “riconosca” e li faccia osservare. La norma di diritto privato ha la caratteristica della spontaneità e della bilateralità che la rendono indipendente dall'autorità in quanto prodotto degli stessi soggetti che la rispettano.

Se a questi istituti condivisi aggiungiamo le variabili dovute ai modelli culturali che ciascun gruppo sociale sviluppa insieme ai “valori” cioè ai principi che consentono di raggiungere la migliore quality of life (per quel dato gruppo sociale e in quel dato periodo storico) avremo più chiaro quale è la “tradizione giuridica” o meglio il sistema delle regole condivise di una società.

5.- Il destino dello stingimento. Ordine pubblico e buon costume come parametri di riferimento.

Detto questo, abbiamo qualche elemento in più per rispondere alla domanda se e fino a che punto un sistema può accettare lo stingimento o invece tenti di arginarlo o di eliminarlo.

Il punto nodale sta nella coerenza del sistema. La coerenza va vista in due modi:

a) coerenza endogena ovvero la coerenza tra la tutela dei diritti riconosciuti e protetti e i divieti o i limiti che il legislatore pone nei confronti delle regole aliene.

b) coerenza esogena ovvero la “valutazione” di compatibilità delle regole aliene o dello stingimento di queste rispetto ai principi dell’ordinamento giuridico.

Se ci si ferma solo al primo aspetto il rischio è quello della contraddizione del sistema. I casi in materia sono noti: riprendo qui l’esempio della legge francese che vieta “l’ostentazione dei simboli religiosi”<sup>20</sup> da noi, purtroppo, scimmiettata da strampalate decisioni sull’esposizione del crocefisso o sulla soppressione degli auguri di “buon Natale” a favore di un più politically correct “buone Festività”. E’ qui evidente la contraddizione sistematica per cui da un lato l’ordinamento giuridico riconosce e tutela il diritto a professare la propria religione e dall’altro vieta di manifestare il proprio credo attraverso l’uso di simboli religiosi o, il che mi sembra persino peggio, impone di non indossare il burquini in spiaggia.

In questi casi si tenta con delle interpretazioni restrittive di impedire un fenomeno ma appunto entrando in palese contraddizione con i principi declamati ed i diritti garantiti dall’ordinamento stesso.

Analogamente c’è un forte rischio di contraddizione sistematica nei casi di sottrazione alla potestà dei genitori dei figli di criminali mafiosi o di terroristi; l’intenzione è in apparenza buona nel senso che l’ordinamento si preoccupa di “sottrarre” il minore ancora non formato e maturo ad una educazione all’odio e al malaffare, facendo leva sul (presunto) suo best interest. Tuttavia anche qui la contraddizione è evidente tra il diritto-dovere dei genitori di educare ed allevare i propri figli e l’obbligo di farlo secondo ciò che l’ordinamento ritiene che sia il “best interest” del minore. Con il rischio, molto grave e concreto, che con questa stessa giustificazione, come si accennava prima, si possa giungere a sottrarre i figli ad un qualsiasi dissidente politico o anche ad un semplice contestatore del sistema o di un povero ladruncolo.

---

<sup>20</sup> LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics

E' però questo un tipico difetto dei sistemi di Civil Law un po' troppo legati alla lettera della legge e meno capaci rispetto al Common Law di guardare al "cuore" dei problemi e di adattarsi rapidamente ai mutamenti sociali. E qui entriamo nel secondo aspetto, quello relativo alla coerenza esogena.

Di fronte allo stingimento causato dalle regole aliene si può valutare se in qualche modo la nuova situazione sia nei fatti e concretamente compatibile con i principi dell'ordinamento e dunque possa essere sopportata o inglobata all'interno dell'ordinamento stesso.

Questo fenomeno è maggiormente diffuso nell'area del Common Law ma, a seguito dei forti flussi migratori, è rilevante anche in molti sistemi di Civil Law tra cui quello Italiano.

Il caso della Kafala mi sembra emblematico<sup>21</sup>. Secondo l'Islam i genitori, in accordo tra loro, possono affidare il figlio a qualcuno di fiducia che sia in grado di allevarlo, istruirlo e mantenerlo nel caso di loro assenza o allontanamento. Più di recente si tende ad affidare il minore ad un soggetto che risieda nei Paesi Europei in modo poi da chiedere il "ricongiungimento" ed ottenere un visto di ingresso per il Paese dell'affidatario.

La Francia rifiuta il riconoscimento della Kafala ritenendo l'adozione limitata alle sole ipotesi previste per legge (francese) e dunque senza guardare allo scopo cui mirano sia l'adozione che la stessa Kafala ritenendo, in realtà, implicito nella kafala il tentativo di aggirare le norme sull'immigrazione.

Nel Regno Unito i giudici valutando il "core" dell'istituto e considerandolo sostanzialmente identico all'affido familiare hanno ritenuto che la kafala fosse conforme all'ordinamento, accogliendo le richieste di ricongiungimento e respingendole solo nei casi in cui fosse dimostrato che si trattava di un

---

<sup>21</sup> Sul punto si veda: Pera A, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o Plurimi e diversi*, Giappichelli, 2012; Duca R, *Multiculturalismo: un'indagine comparatistica. Profili di diritto di famiglia*, Tesi dottorale in <http://docplayer.it/amp/58903020-Multiculturalismo-un-indagine-comparatistica-profil-di-diritto-di-famiglia.html>

escamotage per ottenere il visto di ingresso e non un vero e proprio affidamento.

In Italia, dopo contrastanti decisioni le corti sono concordi nel considerare compatibile con il nostro ordinamento la kafala in quanto nella sostanza corrispondente all'affidamento previsto dalla legge e dunque non in contrasto con i principi dell'ordine pubblico.

Altri casi, soprattutto di diritto di famiglia, sono oggi diffusi proprio per la quantità di flussi migratori (penso alla comunità Rumena che rappresenta in Italia l'uno per cento della popolazione o ai 4 milioni di stranieri non E.U. cioè il 10% della popolazione).

I dati recenti (ISTAT) sui divorzi tra ex coniugi di cui almeno uno non sia italiano e nei quali si fa ricorso anche a principi e regole aliene purché ritenute compatibili con quelle del nostro ordinamento, dimostrano quanto sia diffuso il fenomeno.

Analogamente in Inghilterra si giunge a “lasciar fare” ai cosiddetti tribunali islamici a condizione che le decisioni prese siano compatibili con i principi generali dell'ordinamento.

Siamo giunti alla fine di questo lungo percorso attraverso il quale abbiamo dovuto correre come Forrest Gump. Il tema è complesso e avrebbe bisogno di altri approfondimenti e analisi critiche.

Secondo me, tuttavia, una considerazione conclusiva da comparatista si può far. Come dicevo, il problema maggiore dello stingimento delle regole consiste nella valutazione di compatibilità o di incompatibilità rispetto al sistema giuridico ed alla tenuta della coerenza sistematica dello stesso ordinamento.

Se guardiamo alle decisioni o alle reazioni del sistema francese ed italiano (ma non dubito che sia lo stesso per gli altri sistemi della Civil Law area) mi sembra evidente che la compatibilità o l'incompatibilità siano valutate in

termini di “policy” più che di stretto diritto e facendo leva sul limite “in negativo” dell’ordine pubblico.

Se guardiamo alle decisioni e alle reazioni del sistema inglese mi sembra che la valutazione di compatibilità o di incompatibilità sia presa case by case and as matter of fact attraverso il raffronto operato dai giudici (mai monocratici e sempre di grandissima esperienza) con i “values” (di cui il public order è solo uno dei tanti elementi) cioè quei principi di interesse collettivo e sociale riconosciuti dalla collettività: the sanctity of the person; the sanctity of property; national and social safety; social welfare; morality of the day; respect of tradition; la pacifica convivenza nazionale ed internazionale; etc, che non sono “codificati” ma dipendono dai mutamenti sociali e storici.

La lezione inglese ci spinge a chiedersi se essa sia esportabile almeno negli ordinamenti di Civil Law. A mio avviso anche nei sistemi di Civil Law (ed in quello italiano in particolare), esistono spazi per valutare la sopportabilità dello stingimento in modo da garantire anche la coerenza sistematica ed al tempo stesso l’adeguamento alle nuove realtà storiche e sociali in funzione della best quality of life per tutti i consociati. Il fatto è che anche nel nostro ordinamento possiamo fare ricorso ai “principi generali” -richiamati espressamente dal codice civile all’art. 12 delle disposizioni preliminari- ed inoltre facendo leva non solo esclusivamente sull’ordine pubblico ma anche sul buon costume. Molto brevemente è bene qui ricordare che l’ordine pubblico è inteso<sup>22</sup> come "il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale" (art. 159 d. lgs. 112/1998) ed è visto in senso negativo cioè di limite ai comportamenti in contrasto con le norme dello Stato. Mentre il “buon costume”, che possiamo definire come l’insieme dei principi e valori etico-sociali di una collettività, “ancor più rispetto all’ordine pubblico e ad altre

---

<sup>22</sup> Si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 118 del 2013, n. 35 del 2011, n. 226 del 2010, n. 50 del 2008, n. 222 del 2006, n. 428 del 2004, n. 407 del 2002

clausole elastiche dell'ordinamento, necessita di un continuo contatto tra le norme e la multiforme varietà della vita sociale. Dunque, lungi dall'averne un contenuto unico, eterno ed immutabile, il 'buon costume' può essere riempito di contenuti corretti solo con riferimento alla contingenza storico-sociale-morale di una comunità".

Secondo la mia opinione, proprio dalla miscela di questi tre elementi è possibile per l'interprete stabilire in modo più oggettivo quali siano i "valori" a fondamento della società e del sistema giuridico e dunque attraverso essi valutare se ed in che misura la "regola" aliena che ha stinto il tessuto normativo autoctono sia o meno compatibile e dunque accettabile.

Come tutte le clausole di chiusura la triade ordine pubblico + buon costume + principi generali dell'ordinamento ha una natura di gomma sufficientemente elastica per adattarsi alle novità ma sufficientemente rigida da evitare alterazioni e contraddizioni.

Capisco benissimo che anche in questi casi la valutazione sarà sempre una valutazione affidata ad un interprete, ad un giudice, ad un giurista, ad un politico ... con tutti i rischi del caso. Sono però fiducioso che qualsiasi sistema contenga in se l'antidoto alla arbitrarietà.

Del resto, come dico ai miei studenti, la regola più importante in diritto è la regola "Boškov" (Vujadin Boškov famoso allenatore Serbo di tantissime e famose squadre di calcio): rigore c'è quando arbitro fischia. In fondo nel diritto la cosa più difficile ma essenziale è decidere.