



Giancarlo Anello

(ricercatore di Diritto ecclesiastico presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Parma)

**Colonialismo giuridico italiano.
Archeologia della subalternità legale nei contesti multiculturali**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La libertà religiosa nel diritto coloniale - 3. La *norma altrove*. Sintassi dell' «esclusione» della giuscolonialistica italiana - 4. Il principio di "civiltà", cardine di una differenza duale - 5. Differenza duale e ambiguità del sistema coloniale: sovranità, giurisdizione, cittadinanza - 6. L'esperienza coloniale e il retaggio della concettualizzazione delle differenze.

1 - Introduzione

Le società politiche occidentali sono caratterizzate, rispetto al passato, da una spiccata variabilità religiosa, etnica, culturale, economica e sociale. Al loro interno si riscontrano continui flussi di gruppi sociali, famiglie, *persone* provenienti da zone geografiche diverse.

È stato osservato come queste dinamiche sociali, una volta convertite in processi di insediamento, possano generare, seppure in *location* diverse¹, un analogo di quella complessa umanità generatasi in seno alle società coloniali dei secoli XXVIII-XX. La similitudine tra le attuali democrazie multiculturali e la condizione degli stati coloniali non è nuova, e ha trovato adeguata analisi nel postcolonialismo e nei cd. *cultural studies*². I nuovi processi di insediamento producono oggi condizioni di multiculturalità forzate, per alcuni aspetti assimilabili a quanto avvenuto nel passato coloniale in Africa o in Asia. Persino la definizione letterale di *colonialismo* contenuta nei dizionari sembrerebbe poter essere adeguata a descrivere le dinamiche di *spostamento delle*

¹ Cfr. H. K. BHABHA, *I luoghi della cultura*, Meltemi, Roma, trad. di A. Perri, 2001, 11 ss.

² Cfr. S. HALL, *Politiche del quotidiano: culture, identità e senso comune*, il Saggiatore, Milano, traduzione di E. Greblo, 2006; S. HALL, *Il soggetto e la differenza*, Meltemi, Roma, Trad. di M. Mellino, F. Del Lucchese, V. Betti, 2006, 71 ss.; R. J. C. YOUNG, *Introduzione al postcolonialismo*, Meltemi, Roma, trad. di Miguel Mellino, 2005; A. LOOMBA, *Colonialismo/postcolonialismo*, Meltemi, Roma, trad. di F. Neri, 2006; M. MELLINO, *La critica postcoloniale: decolonizzazione, capitalismo e cosmopolitismo nei postcolonial studies*, Meltemi, Roma, 2005.



persone che migrano oggi verso l'Europa³. In tal modo gli odierni contesti statali costituiscono *nuovi* laboratori viventi che gli scienziati sociali si sforzano di osservare, studiare, descrivere, regolamentare; e nei quali i processi democratici sono chiamati ad affrontare, ogni giorno, sfide dai contenuti imprevedibili. Queste fenomenologie vengono definite come *postcoloniali*, da un lato in ragione delle affinità di questi nuovi processi rispetto ai vecchi; dall'altro perché viene spostato l'accento dai luoghi o dalle istituzioni in cui essi si svolgevano in epoca coloniale ai gruppi di persone o agli individui che li compongono, cioè all'ambito della soggettività umana e della sua tutela⁴.

La sfera pubblica, e non quella privata, costituisce in prima battuta la principale *zona di contatto* tra persone di religione, lingua, etnia, nazionalità e cultura diversa. E nella sfera pubblica si stabiliscono quelle relazioni attraverso le quali gruppi e persone di cultura differente si incontrano, o si scontrano, spesso partendo da posizioni sociali diverse⁵. Ciò solleva problemi, dubbi e preoccupazioni che investono direttamente il settore giuridico, chiamato a regolamentare le relazioni sempre più frequenti, sempre più diffuse tra cittadini e stranieri. Uno dei fattori di maggiore difficoltà nello studio di tali realtà è costituito dal fatto che i processi che le animano sono, per alcuni versi, irrelati tra di loro, ma al tempo stesso connessi con flussi di fenomeni che si sono svolti, si svolgono o si svolgeranno in altri luoghi del pianeta. Ciò, ad esempio, incrementa l'interesse nei confronti di sistemi giuridici extraeuropei, poiché essi stessi possono essere chiamati in causa nelle interrelazioni tra *cittadini* e *stranieri*, all'interno degli ordinamenti giuridici occidentali. Un ulteriore elemento di complessità è poi legato al fatto che tali fenomeni sono, *di per se stessi*, estremamente transeunti, dinamici e mutevoli⁶.

Di fronte ad assetti sociali in profondo mutamento sembra altresì ragionevole interrogarsi sulle dinamiche di adattamento della democrazia e sull'effettività delle categorie giuridiche fondamentali che

³ La definizione che del termine colonialismo si trova nell'*Oxford Dictionary* lo connota come «un insediamento in una nuova terra (...) un gruppo di persone che si insedia in una località nuova e costituisce una comunità soggetta o comunque legata al paese di origine; la comunità che si è così formata e che consiste dei coloni originari, dei loro discendenti e successori fino a quando questi mantengono un legame con la terra di origine». Così A. LOOMBA, op. cit., 18.

⁴ Cfr. A. LOOMBA, op. cit., 32.

⁵ Per la nozione tecnica di *zona di contatto* cfr. M. L. PRATT, *Imperial Eyes: Travel Writing and Transculturation*, Routledge, London, 1992, 6 ss.

⁶ Per questa prospettiva vedi J. CLIFFORD, *Strade. Viaggio e traduzione alla fine del secolo 20*, Bollati Boringhieri, Torino, trad. di M. Sampaolo, G. Lomazzi, 2008, 25 ss.



sembrano più radicalmente investite dalla concorrenza di sistemi giuridici e culturali. In un contesto non meno *scabroso* di quello coloniale, le democrazie occidentali scoprono di dover fare i conti anche con forme di *culture antagoniste*, formate da persone che si mobilitano, rivendicando diritti e avanzando istanze, a volte in sintonia con gli schemi giuridici degli ordinamenti occidentali; altre volte in contrasto, o al di fuori di essi. Ciò comprensibilmente suscita preoccupazione e talora allarme nei cittadini autoctoni, ma instilla anche un dubbio profondo, ovvero che il *discorso democratico* non possa dirsi effettivamente universale, ma abbia il proprio *habitat* all'interno di un contesto culturalmente omogeneo, precipuamente quello occidentale. Alla luce di queste nuove problematiche, il valore stesso della democrazia correrebbe il rischio di svelarsi d'un tratto – suo malgrado – fortemente provincializzato, cioè ridotto a *prodotto culturale di una parte minoritaria, benché elitaria, del mondo*.

Rispetto alla tematica qui affrontata, il dominio del diritto sembra difettoso. La questione del governo della soggettività multiculturale si segnala per una laboriosità esasperata dall'intersezione multilaterale di pretese e di comportamenti giuridicamente rilevanti. Questi problemi non riguardano solo conflitti tra norme disciplinati dal diritto internazionale pubblico e privato, ma investono direttamente l'interpretazione e l'applicazione delle norme di diritto interno. In molti casi gli stranieri interpretano, o chiedono di interpretare, diritti e doveri, istituti giuridici, divieti e sanzioni in maniera difforme da quella consueta, così da poterli "sintonizzare" con gli universi culturali e giuridici di provenienza. La forza della loro contestazione è tanto maggiore quanto più ampia, articolata e profonda si prospetta la tradizione culturale e giuridica a cui queste interpretazioni si rifanno⁷.

Si può dire, con una prima approssimazione, che tensioni e conflitti scaturiscono dall'incrocio tra le dinamiche del pluralismo politico e normativo e i processi di diversificazione religiosa e culturale della coscienza individuale. Tale combinazione genera spesso "straniamenti" interpretativi partorendo fattispecie abbozzate, cangianti, sfaccettate, che il diritto stenta a riassumere negli schemi consueti. La *variabilità*, che qui si vuole esaminare, consiste proprio in un fenomeno di *ibridazione*, che anche la dottrina giuridica fatica a maneggiare ed analizza, piuttosto, disarticolandone la complessità, scomponendola negli elementi che la costituiscono; fornendo in tal modo una analisi e una

⁷ Sia consentito rinviare per questo aspetto al mio volume **G. ANELLO**, *Organizzazione confessionale, culture e Costituzione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007.



risposta, sul piano dell'applicazione normativa, inevitabilmente semplificata, sfocata, talora imprecisa. Del resto non è un fatto nuovo. Di fattispecie giuridiche *variabili* se ne possono elencare molteplici: tra di esse militano certamente le questioni attinenti alla formazione e alla tutela della coscienza dell'individuo, i limiti all'esercizio dei riti nella libertà di religione, il processo di organizzazione confessionale, le forme dei nuovi movimenti religiosi, le *res mixtae*, e per guardare a settori diversi dal diritto ecclesiastico, la tutela dell'embrione e del nascituro, le unioni di fatto, la disciplina dell'aborto, l'eutanasia, il diritto informatico. Gli esempi potrebbero continuare. In tutte queste ipotesi è la cangiante e polivalente morfologia delle fattispecie da disciplinare che determina una particolare difficoltà di sussunzione giuridica rispetto a norme giuridiche prestabilite, certe, generali ed astratte. E se, proprio per dare certezza al diritto, si farà ricorso ad una interpretazione analogica, il rischio sarà sempre che la decisione lasci in un cono d'ombra l'elemento caratterizzante queste condotte, cioè la loro *differenza specifica* rispetto alle fattispecie già tipizzate.

Rispetto ad un quadro problematico, ci si può chiedere quale vantaggio possa derivare dall'uso dell'armamentario critico del postcolonialismo e quale giovamento si possa trarre dall'analisi retrospettiva del passato coloniale italiano e dei suoi sistemi giuridici di governo. In altre parole, per quali motivi si dovrebbe scegliere di leggere le questioni attuali poste dalla "condizione multiculturale" nella prospettiva dell'esperienza storica coloniale.

Una prima motivazione, cui si è già fatto cenno, è dovuta alle analogie sociali e giuridiche che si sono prodotte e si producono nei due ambiti, quello passato e quello odierno, in ragione della sopravvenuta condizione di multiculturalità. In particolare, è istruttivo riflettere su contesti giuridici estremamente differenziati, come quello coloniale, in cui erano portati a convivere sistemi di diritto tradizionali autoctoni e di importazione straniera; ed ancora, analizzare i meccanismi di differenziazione normativa in un sistema giuridico in cui percezione e focalizzazione delle differenze, anche se per motivi ormai discutibili, risultavano basali, diffusi, discriminanti. Ciò conduce inoltre, e quasi per riflesso, a scandagliare il percorso giuridico di rilevanza della differenziazione personale alle origini dell'individualismo liberale, suggerendo nuovi strumenti e prospettive per una sua analisi critica. Un'indagine di questo genere appare peraltro utile per monitorare, tra le pieghe delle dinamiche democratiche e normative attuali, l'eventuale pericolo di fenomeni di subalternità culturale tra gruppi sociali, che possono anche tradursi in processi di subordinazione giuridica a tutti gli effetti.



La seconda motivazione è collegata alla prima. Nei sistemi giuridici coloniali il bilanciamento tra uguaglianza e differenza era articolato in modo formalmente inverso rispetto a quello praticato dalle attuali istituzioni democratico-costituzionali: nel senso che se negli assetti contemporanei il valore dell'uguaglianza impronta di sé il sistema costituzionale, i regimi coloniali erano invece esplicitamente costruiti sul valore della diversità. La rilevazione e il mantenimento delle differenze costituiva anzi obiettivo primario di quegli apparati, condizionandone ogni estrinsecazione, sia formale sia sostanziale. Come si mostrerà tale obiettivo veniva perseguito, giuridicamente, con strategie e meccanismi a volte riconoscibili, a volte nascosti, a volte involontari. Ma la differenziazione razziale e culturale strideva cronicamente e clamorosamente con i principi di libertà e di realizzazione individuale, che pure caratterizzavano la tradizione liberale e quindi l'impalcatura dello stato italiano pre-fascista.

Anche oggi l'andamento dei processi di differenziazione multiculturale rende le applicazioni di analoghi principi meno nitidi, né pienamente integrate in un sistema autenticamente pluralistico. È infatti inevitabile che rispetto a prospettive di questo genere siano proprio le norme che garantiscono i diritti di libertà e, in special modo, la libertà di religione, a fungere da asse critico fondamentale. È un dato storicamente acquisito, e che oggi assume ogni giorno nuova evidenza, la centralità che la libertà religiosa riveste nell'economia dei diritti di libertà, e, a monte, l'importanza che le libertà giuridiche hanno nel sistema della democrazia. Tuttavia, considerata l'ampiezza del tema e la sua importanza rispetto alla riconsiderazione delle mille sfaccettature della differenza culturale, il presente contributo aspira ad essere semplicemente una "tessera" del mosaico costituito dalle molteplici applicazioni dei diritti di libertà nei sistemi democratici, in questa veste vera e propria di "porte di ingresso" verso una dimensione giuridica culturalmente plurale e costituzionalmente legittima.

Proprio per questo sollecitare la memoria sui meccanismi giuridici di produzione e di mantenimento della diversità può essere utile per interrogarsi sul grado di uguaglianza garantito dagli ordinamenti democratici.

2 - La libertà religiosa nel diritto coloniale

Nel sistema giuscoloniale italiano l'uguaglianza non era considerata un valore comune a cittadini e sudditi indigeni; né la differenza culturale poteva essere accreditata come un bene giuridico in senso proprio ed in



sé tutelabile. Il cardine della variabilità individuale poteva essere rintracciato però nella libertà; ed in specie, quello della variabilità culturale nella libertà di religione, che in astratto non fu mai formalmente negata agli indigeni. Di per sé però l'ideologia giuridica della libertà aveva una matrice precisa, valevole anche per la libertà di religione.

Certamente non si può dire che la libertà religiosa abbia una data di nascita precisa, nel senso che germina con la pratica della religione o, per certi versi, si identifica con essa. Il suo primigenio esercizio si perde nella notte dei tempi. Ma il riconoscimento giuridico della libertà religiosa, cioè quello strumento normativo diretto a garantire la libertà dei culti, non è sempre stato codificato e istituzionalizzato. Per quello che riguarda l'Italia, com'è noto, esso ha trovato un suo periodo di concettualizzazione nella cultura giuridica dell'Italia liberale. Tale processo si è successivamente consolidato con la sistemazione teorica di Francesco Ruffini tramite lo schema del *diritto pubblico subiettivo*⁸.

Lo spirito del diritto liberale sembra in effetti non aver abbandonato, ma anzi permeato di sé anche le successive ricostruzioni dottrinali successive della libertà di religione⁹. Tale concezione considerava il diritto di libertà del cittadino soprattutto come garanzia giuridica azionabile nei confronti sia degli altri individui, sia dello stato, e volta a salvaguardare la sfera privata e l'esercizio in essa della pratica religiosa. Questa garanzia, concretamente, si risolveva nell'impedire l'intervento dello stato all'interno di una sfera giuridica riservata all'individuo¹⁰. Ruffini considerava le disposizioni in materia di libertà di coscienza e di divieto di discriminazione come le norme fondanti il

⁸ Citare qui tutti i contributi sulla libertà religiosa sarebbe impossibile. Utili ai fini dell'itinerario dottrinale prescelto: **F. RUFFINI**, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, il Mulino, Bologna, 1992, 159 ss. in cui si riedita l'opera originale dell'omonimo corso di studi del 1924. Tale corso era stato preceduto dall'opera *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, pubblicato a Torino nel 1901. Cfr. in seguito **E. G. VITALI**, *Legislatio libertatis e prospettazioni sociologiche nella recente dottrina ecclesiastica*, in *Diritto ecclesiastico*, 1980, I, 24 ss.

⁹ Cfr. **A. C. JEMOLO**, *La libertà garantita dagli artt. 8, 19, 21 della Costituzione*, in *Diritto ecclesiastico*, I, 1953, 107; **G. CATALANO**, *Il diritto di libertà religiosa*, Cacucci, Bari, 2007, 1 ss.; **F. FINOCCHIARO**, *Libertà di coscienza e di religione – Dir. eccl.*, in *Enciclopedia giuridica*, XIX, 2 e 7, in cui nel reticolo di norme poste garanzia della libertà di religione l'A. riporta non solo gli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20, ma anche gli artt. 17, 18, 21, 33, 38, 51 della Costituzione; **F. FINOCCHIARO**, *Diritto ecclesiastico*, op. cit., 101 ss; **M. RICCA**, *Art. 19*, in **R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI** (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Utet, Torino, 2006. Sulla libertà religiosa nei suoi profili teorici e storici cfr. **M. TEDESCHI** (a cura di), *La libertà religiosa*, 3 voll., Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

¹⁰ Cfr. **F. RUFFINI**, op. cit., 263.



diritto in parola. Ad esempio citava l'articolo unico della legge 19 giugno 1848 come la pietra angolare del sistema di libertà religiosa in Italia. Questo stabiliva:

La differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari¹¹.

La libertà di religione si poneva a difesa della soggettività giuridica individuale, la cui pienezza non poteva essere limitata per le proprie scelte in materia di culto. Una simile accezione della libertà religiosa era il frutto della riflessione sulle dinamiche religiose nel circuito, per così dire, interno, cioè legate al quadro storico-politico dello stato liberale¹². In questo contesto la libertà religiosa, sebbene fosse chiamata a disciplinare due forti antagonismi, quello dello Stato verso la Chiesa e quello dell'individuo verso lo Stato¹³, doveva dar conto di rapporti tra cittadini aventi lingua, etnia, valori, cultura omogenea. Il dissidio religioso si poneva, cioè, tra cittadini cattolici e non cattolici, tra cristiani o protestanti, tra chierici e laici, accomunati tuttavia da una elevata partecipazione, anche spirituale, agli ideali e alla prospettiva politica nazionale. Si può assumere che i cittadini italiani, sebbene si sentissero differenti per convinzioni in fatto di religione, non si reputassero gli uni con gli altri diversi per cultura o *civiltà*. Non vi fu in nessun caso, neanche nei momenti in cui il contrasto tra le istituzioni liberali e i dissidenti cattolici fu più serrato, la necessità di teorizzare la "dissidenza" di matrice religiosa in termini di radicale opposizione identitaria¹⁴. Inoltre la formula politica del liberalismo che trovava attuazione in Italia fu caratterizzata dalla nuova leadership ideologica della classe borghese. Questa era tuttavia espressione abbastanza fedele della sola media e grande proprietà terriera, ed il suo programma politico era assai distante da concezioni radicalmente rivoluzionarie e democratiche¹⁵. Le problematiche connesse alla frammentazione

¹¹ Ib. p. 211 e 271.

¹² Cfr. per il profilo penalistico **L. GARLATI**, *Dalla tutela della religione di stato alla difesa della libertà dei culti: la svolta liberale del codice Zanardelli*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, Aprile 2007, 5 ss.

¹³ Cfr. **C. SETON-WATSON**, *L'Italia dal liberalismo al fascismo*, Laterza, Roma-Bari, trad. di L. Trevisani, vol. I, 1988, 67 ss.; **G. DE RUGGIERO**, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Bari, 1941, 356; **U. ALLEGRETTI**, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, il Mulino, Bologna, 1989, 185.

¹⁴ Cfr. **M. SANETTI**, *Politica e religione nell'Italia liberale: il Patto Gentiloni*, in *Diritto ecclesiastico*, 1997, 1, 548 ss.

¹⁵ Di "liberalismo decurtato" parlava, a proposito dell'Italia, **G. DE RUGGIERO**, op. cit., p. 322-23. Lo stesso Autore configurava la concezione generale della sovranità



religiosa e culturale in realtà, se vi furono, rimasero limitate¹⁶ e marginali rispetto al processo di definizione di un'ideale, quello di libertà, il cui asse centrale fu legato alla ricerca di una reciproca indipendenza, del potere dello stato dalla chiesa, in un primo momento e del potere della chiesa dallo stato, successivamente.

Di diverso tenore furono le questioni sollevate dalla libertà religiosa nelle colonie. Qui anche la dottrina percepì come la differente componente culturale delle popolazioni indigene ponesse problemi concettuali relativi all'estensione stessa della categoria giuridica¹⁷.

Va detto che le dimensioni dell'impero italiano furono sempre estremamente limitate: i possedimenti oltremare italiani erano valutabili in 188.500 miglia su un totale di quasi diciannove milioni dei territori coloniali occupati dalle potenze coloniali europee. Lenin, nella sua critica all'imperialismo (*La guerra imperialista*, 1917¹⁸) decise di non prendere in considerazione l'esperienza italiana: classificò l'Italia tra le potenze "colonialmente" trascurabili¹⁹; tuttavia la presenza in quei luoghi di gruppi religiosi e culturali estremamente eterogenei costituì un banco di prova severo per l'approccio liberale al governo della diversità. Può essere perciò interessante ripercorrere quell'esperienza storica, in cui si ravvisano i primi casi in cui gli esponenti del pensiero liberale, politici e giuristi, si trovarono a dover fronteggiare una situazione di radicale multiculturalità, avendo riguardo al tenore delle applicazioni dei principi di libertà, che almeno formalmente costituirono la ragione dell'autonomia dei popoli indigeni nella normativa coloniale.

Il confronto ricorrente con la diversità religiosa e culturale indusse quella generazione di studiosi a riflettere sulle forme e sul contenuto di alcune categorie generali del pensiero liberale, in

popolare italiana di quel periodo come un principio sintetico che connetteva la razionalità e l'ingegno delle emergenti classi dirigenti borghesi con la volontà del popolo dei governati, di modo che potesse apparire appropriata la definizione del Gioberti della legge suprema (di sovranità) come quella di "volontà del popolo conforme a ragione", p. 342.

¹⁶ Per avere un'idea del tenore del dibattito dottrinario basta consultare ad esempio il volume di C. CATTANEO, *Interdizioni israelitiche*, Einaudi, Torino, 1962, 9 ss.

¹⁷ A. SOLMI, *Lo Stato e l'islamismo nelle nuove colonie italiane*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1913, I, 129 ss.; A. CICCHITTI, *Il problema religioso nella legislazione coloniale italiana*, in *Rivista coloniale*, XXI, 1926, 474; A. BERTOLA, *Estensione e applicazione del concetto di libertà religiosa nel diritto ecclesiastico coloniale*, in *Archivio Giuridico*, CXVIII, 1937, 109 ss.; C. JANNACCONE, *Corso di diritto ecclesiastico coloniale italiano*, Giuffrè, Milano, 1939, 12.

¹⁸ Cfr. V. I. LENIN, *La guerra imperialista*, Editori Riuniti, Roma, trad. di Felice Platone, 1972.

¹⁹ Cfr. N. LABANCA, *In marcia verso Adua*, Einaudi, Torino, 1993, 6.



particolare sul valore e sulla connotazione stessa della libertà. Ci si chiede, in particolare, se la sovrapposizione normativa tra sfera religiosa e sfera politico-giuridica potesse determinare un ampliamento delle fattispecie tutelabili tramite il diritto di libertà religiosa. Le risposte al quesito furono divergenti. Per alcuni autori tali posizioni giuridiche potevano assumere, nel contesto delle colonie, un contenuto più ampio rispetto a quello delineato nell'ordinamento nazionale²⁰.

Altri, pur opponendosi ad una maggiore latitudine della libertà religiosa nelle colonie rispetto al diritto interno, e alla possibilità di dare rilevanza alle norme tradizionali dei diritti religiosi tramite essa²¹, non

²⁰ Cfr. **C. JANNACCONE**, op. ult. cit., 158 ss.: la libertà di coscienza propriamente detta comprende

a) la libertà di fede (questa si concretizza nel diritto di manifestare con fatti o con parole la propria professione di fede religiosa e conseguentemente di sostenerne il convincimento di credenza)

b) la libertà di culto (attinente le forme rituali mediante le quali si esprime la fede di fronte alla divinità e comprende la possibilità di attuare i relativi rapporti da parte dell'individuo o della collettività di fedeli).

Afferma l'A.: «rientrano nella libertà di culto in senso lato le manifestazioni pur religiose che non implicano atti destinati a propiziare la divinità. Così la libertà di culto può riguardare anche la libertà di organizzazione della religione con o senza sacerdoti, l'amministrazione degli uffici della religione, l'amministrazione del patrimonio della religione, l'attività di magistero diretta a conservare, a diffondere e a difendere la dottrina religiosa e tutte quelle manifestazioni, anche di carattere temporale, mediante le quali l'individuo o le comunità religiose raggiungono le finalità inerenti alla fede. Questo aspetto della libertà di culto più propriamente si potrebbe richiamare con l'espressione libertà religiosa» (p. 159. Il termine "religiosa" è sottolineato nell'edizione originale del testo qui citato).

La definizione così articolata dell'A. viene ulteriormente chiarita: la libertà di professione o di fede viene espressa nel "rispetto delle credenze religiose" della popolazione indigena (art. 3 cap. 1 della l. 5 luglio 1887, n. 857) o nel rispetto generalizzato delle religioni (art. 21 della legge 6 luglio 1933, n. 995).

Lo stesso dicasi per la libertà di culto che prevede analogo rispetto delle "pratiche religiose". Si noti che le disposizioni richiamate *non* utilizzano, pur nella varietà, l'espressione "confessioni religiose".

Non contento del concetto di libertà di coscienza l'A. incrementa l'ampiezza dell'ambito preso in esame dicendo che la libertà di coscienza può riguardare anche *rapporti religiosi* (sottolineato nel testo originale) che non siano strettamente di culto, come quelli relativi all'organizzazione della religione cioè degli enti attraverso cui si esplica l'attività religiosa stessa (p. 165).

Con il termine di organizzazione cioè l'A. mira a indicare quei rapporti di amministrazione connessi alle finalità di religione ma non strettamente di culto, come quelli volti al ripristino dei luoghi di culto, delle antiche istituzioni pie e delle scuole religiose (art. 31 del R. D. L. 1 giugno 1936, n. 1019).

²¹ Cfr. **A. BERTOLA**, *Estensione e applicazione*, op. cit., 330. L'A. dibatte sulla possibilità che nelle colonie la libertà religiosa abbia un contenuto più ampio di quanto non avvenga nell'ordinamento metropolitano. Nel diritto interno la libertà



poterono comunque evitare di interrogarsi quantomeno sulla differenza tra il valore e la portata della libertà religiosa nei sistemi coloniali rispetto al diritto interno. Così, pur ritenendo che nelle politiche coloniali il principio della libertà religiosa fosse semplicemente equiparabile ad un generico principio di *rispetto alla religione*²², riusciva loro difficile negare che la tradizione culturale religiosa potesse influenzare l'interpretazione dei valori alla base della tutela della libertà di coscienza: - riportando le valutazioni di Arnaldo Bertola - proprio in «considerazione peculiare dell'importanza religiosa che presso le popolazioni indigene tali elementi tradizionali possono assumere. E ciò specialmente per le popolazioni musulmane, presso le quali il fattore religioso, che, com'è noto, permea tutta la loro vita individuale e sociale, è sentito con particolare intensità»²³.

Inoltre, dalla lettura della dottrina dell'epoca emerge una buona conoscenza del sistema del diritto islamico²⁴ e della differenziazione tra gruppi e sottogruppi all'interno cultura islamica. Tale consapevolezza, peraltro, investiva non solo le osservazioni sulle abitudini e sui riti dei locali, ma contemplava anche le distinzioni tecnico-giuridiche relative

religiosa sarebbe limitata a tutelare le libertà di coscienza e di culto. Nel diritto coloniale potrebbe avere ad oggetto il mantenimento stesso di una serie di istituti, specialmente di diritto familiare e successorio, per una estesa rete di rapporti, fino alla costituzione di organi giurisdizionali religiosi con competenza su tali rapporti. Tale ampliamento potrebbe essere causato da due motivi: il primo è quello di un diverso concetto di ordine pubblico; il secondo sarebbe quello dell'indirizzo generale di politica coloniale del *rispetto* nei confronti di una certa categoria di istituti indigeni che consuetudinariamente lo Stato ritiene opportuno fare salvi, religiosi per natura loro propria o perché in qualche modo regolati da leggi religiose.

L'A. tuttavia esclude che si possa parlare di una nozione allargata della libertà religiosa nel diritto coloniale rispetto all'ordinamento del Regno, poiché la maggiore ampiezza delle prerogative di origine soggettive sarebbero dovute al concetto, ben distinto, di rispetto generico e agnostico alle tradizioni e alle usanze indigene, religiose o meno, dovuto a ragioni di convenienza politica.

²² *Ib.*, 335.

²³ *Ib.*, 332.

²⁴ Cfr. la diffusione degli studi orientalistici in Italia, in campo giuridico e non, attraverso le opere di Carlo Alfonso Nallino, Ignazio Guidi, Francesco Gabrieli, David Santillana, e la circolazione in Italia di importanti manuali come quello di **T. W. JUYNBOLL**, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita*, traduzione con postille e note sulla dottrina della scuola malikita di G. Baviera, Vallardi, Milano, 1916; per una rassegna bibliografica generale cfr. la voce enciclopedica **F. CASTRO**, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enc. Giuridica*, vol. XI, 16 ss.



all'appartenenza all'una o all'altra delle quattro scuole giuridiche islamiche tradizionali²⁵.

Ma, nonostante una certa sensibilità manifestata dai nostri giuristi verso queste tematiche, il giudizio complessivo nei confronti delle politiche della diversità adottate dal colonialismo italiano rimane negativo: non si riuscì infatti a far corrispondere ad una corretta analisi giuridica e sociologica dell'esperienza religiosa e sociale delle popolazioni indigene una riflessione ed una piattaforma giuridica effettivamente compatibile con i principi del liberalismo.

Va altresì sconfessato il luogo comune secondo cui il colonialismo italiano, sebbene territorialmente poco esteso, non sia stato altrettanto invasivo e violento di quello posto in essere da altre nazioni europee. Il processo di espansione territoriale fu sorretto ideologicamente dalla leadership politica della nazione e si presentò come un'operazione di consolidamento del dominio della classe borghese, sia a livello ideologico, sia di prestigio, col fine di fornire un'occasione di incentivo per l'economia nazionale e di collocamento di una certa borghesia impiegatizia e commerciale parassitaria, cioè non legata alle attività produttive²⁶. Il perseguimento di questi precisi interessi in colonia concorse non poco al sovvertimento dei principi dello stato di diritto, rendendo vane le valutazioni circa il significato e l'estensione della libertà di religione e le disposizioni che regolamentavano le diversità religiose e culturali motivo di una sistematica discriminazione. Tuttavia tali profonde deroghe al sistema di diritto liberale non potevano non lasciare tracce sulla tenuta complessiva del sistema. Su queste occorre adesso spostare l'attenzione e riflettere sulle modalità di relazione tra diritto italiano e diritti indigeni nei territori coloniali.

3 - La norma altrove. Sintassi dell'«esclusione» della giuscolonialistica italiana

²⁵ Cfr. C. JANNACCONE, op. cit. 68 ss. e 108, nonché ampiamente A. BERTOLA, *Diritto coloniale*, Giappichelli, Torino, 1944, 120.

²⁶ Cfr. E. J. HOBSBAWM – T. RANGER (a cura di), *L'invenzione della tradizione*, Einaudi, Torino, trad. di E. Battaglia, 2002. In particolare nel saggio *L'invenzione della tradizione nell'Africa coloniale* T. Ranger fa particolare menzione delle "tradizioni inventate" in Africa dalla classe professionale o impiegatizia nelle colonie, a rafforzare l'impressione che il colonialismo si sia sviluppato come mezzo di collocamento di certe componenti della borghesia che non avrebbero avuto la possibilità di trovare una posizione di prestigio nella società della madrepatria, e abbia anche prodotto forme di differenziazione di tipo culturale tra queste componenti e gli indigeni, in particolare vedi p. 206 ss.



Esigenze di ortodossia storiografica²⁷ imporrebbero di determinare cronologicamente un periodo temporale da prendere in esame. Tuttavia il carattere non precipuamente storiografico di questa indagine, che guarda *al passato* solo per acquisire maggiore consapevolezza circa le categorie giuridiche *del presente*, può sopportare qualche "accomodamento". Cosicché sarà possibile racchiudere *grosso modo* (cioè con alcune eccezioni sporadiche) i limiti temporali di questo studio tra l'anno 1882 e il 1919. La data iniziale corrisponde al passaggio nella proprietà dello Stato italiano del territorio della baia di Assab (in Dancalia, una regione dell'Eritrea), volto a costituire il primo nucleo territoriale delle colonie italiane. Dello stesso anno è la prima legge in materia coloniale²⁸.

Nel 1919, invece, a seguito della conquista della cd. *Quarta sponda*, la Libia, si provvide alla concessione degli *Statuti libici* per la Tripolitania e la Cirenaica, con i quali si concluse un percorso che, progressivamente, aveva portato alla concessione a quei territori, per mezzo degli Statuti appunto, di una limitata autonomia normativa. Inoltre tale limite temporale coincide con l'ultimo atto di amministrazione della colonia astrattamente ispirato ai principi di governo dello stato liberale, poiché dopo questa data, con la presa di potere da parte del partito fascista, la politica coloniale cambiò registro e fu improntata ad un rigoroso imperialismo. Da allora in poi le idee e le politiche razziali influenzarono l'attività coloniale ben più marcatamente di quanto non fosse accaduto in precedenza²⁹.

La politica di espansione coloniale ha avuto, ovviamente, una sua peculiare proiezione nell'ambito giuridico. L'esperienza italiana, sebbene limitata per estensione geografica e per durata temporale, produsse un apparato di norme appositamente elaborate per il governo

²⁷ Cfr. J. TOPOLSKI, *Metodologia della ricerca storica*, il Mulino, Bologna, trad. di R. C. Lewanski, 1975, 417 ss.

²⁸ Legge 5 luglio 1882, n. 857 Concernente i provvedimenti per Assab (Gazz. Uff. del 10 luglio 1882, n. 160), approvata alla Camera con 147 voti favorevoli e 74 contrari e al Senato con 39 favorevoli e 32 contrari.

²⁹ Cfr. in tal senso N. LABANCA, *Colonialismo*, in *Dizionario del Fascismo*, Einaudi, Torino, vol. I, 2002, 309. «Fu nelle colonie che il regime ebbe modo di applicare la propria ideologia antiegalitaria, con il costante rafforzamento dell'elemento bianco rispetto a quello indigeno, e fu nelle colonie dell'Africa orientale che venne varata la prima legislazione razziale discriminatoria e segregazionista»; confronta anche il giudizio espresso dalla storiografia non italiana, A. H. STEINER, *The Government of Italian East Africa*, in *The American Political Sciences Review*, vol. 30, n. 5 (Oct. 1936), 898 ss.; R. G. WOOLBERT, *Italian Colonial Expansion in Africa*, in *The Journal of Modern History*, Vol. 4, No. 3, (Sep., 1932), *The University of Chicago Press*, p. 431: «Fascism, being a hyperkinetic form of nationalism, has adopted many of the attitudes of imperialism».



delle colonie; si cercò altresì di estendere le norme di diritto interno anche ai territori coloniali. Questa indagine non ha come oggetto l'analisi dell'apparato normativo coloniale in sé³⁰. Prendendo spunto da alcune fattispecie emblematiche, si vuol proporre una riflessione sui *modi* con cui quel sistema affrontò il tema della diversità umana e, in termini giuridici, il tema della differenza religiosa e culturale. Ciò voleva dire, in alcuni casi dover valutare le caratteristiche oggettive e soggettive del contesto coloniale al fine di estendere ad esso i principi e le norme del diritto statale; in altri casi, conferire rilevanza alle norme di diritto locale a base consuetudinaria e religiosa.

Le caratteristiche dei sistemi di diritto nel territorio coloniale erano ovviamente condizionate dal fatto di disciplinare un tipo di società fortemente diversificata. Le differenze tra gli individui che la componevano investivano molti profili delle relazioni sociali, da quelli gerarchico-cetuali a quelli religiosi, da quelli economici a quelli etnici. Da canto loro le norme giuridiche avevano il compito di *costituire* o *preservare* tali diversità. L'apparato giuridico coloniale pertanto rappresentò un sistema testuale complesso, nel quale concettualizzare e reiterare la logica delle alterità, per riprodurla negli effetti giuridici delle norme che regolavano i momenti e le prassi dell'azione pubblica. Va sottolineato come, almeno nel periodo in esame (1882-1919), le ideologie propriamente razziste non caratterizzarono totalmente l'impianto giuridico coloniale, sebbene contribuissero allo sviluppo dei suoi contenuti e della sua sintassi. Accanto al razzismo ideologico operarono altri paradigmi interpretativi basati sull'osservazione sociologica di differenze religiose, scientifiche, linguistiche, economiche tra europei e indigeni.

Proprio a causa di questa pluralità di approcci, il panorama normativo coloniale italiano presenta alcune difficoltà di valutazione. Oltretutto tale sistema, nelle sue articolazioni, si presentava complessivamente disorganico. Data la limitata estensione territoriale della colonia, infatti, esso non fu elaborato avendo alla base un progetto o un'idea generale in materia di sistema di governo. Esso, piuttosto,

³⁰ Per questi aspetti si fa rinvio alla letteratura giuridica dell'epoca, soprattutto a **G. MONDAINI**, *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico e nel suo stato attuale (1881-1940)*, Istituto per gli studi di politica internazionale, Milano, 2 voll., 1941. Per un giudizio estremamente lusinghiero sulle qualità di studioso e sulle opere di Gennaro Mondaini cfr. **R. G. WOOLBERT**, op. cit., p. 433. Cfr. altresì le trattazioni manualistiche come **E. CUCINOTTA**, *Diritto coloniale italiano*, Edizioni del Foro italiano, Roma, 1933; e le voci enciclopediche di **A. BRUNIALTI**, *Colonia Eritrea*, in *Digesto italiano*, vol. VII, parte II, Torino, 1897-1902, 652 ss.; per i profili spiccatamente politici e diplomatici cfr. **R. CANTALUPO**, *L'Italia musulmana*, Italia d'oltremare, Roma, 1929.



venne progressivamente formandosi in seguito ad iniziative isolate volte a soddisfare esigenze di amministrazione, ogni qualvolta si manifestassero con una qualche urgenza. A tale circostanza si aggiunsero anche altri fattori contingenti che resero l'indirizzo dei funzionari coloniali discontinuo, come l'alternanza del personale in colonia, le oscillazioni nell'orientamento politico, una serie di iniziative normative teoricamente occasionali e provvisorie, divenute poi definitive. La *scienza del diritto* italiana non produsse alcun modello autonomo e unitario di governo della colonia³¹, né si ispirò, come avveniva in quegli anni, a modalità di dominio di altre potenze europee³², cosicché la produzione di norme fu improntata per un lungo periodo alla provvisorietà e la loro applicazione fu deferita a giurisdizioni speciali o straordinarie (sul funzionamento delle giurisdizioni differenziali si ritornerà in maniera più specifica *infra*³³). Per questi motivi le non poche ambiguità e contraddizioni presenti nel

³¹ Cfr. P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34, 2004-05, Giuffrè, Milano, Tomo I, 169 ss. L'A. nota come fu con la conquista della Libia, cioè a partire dal 1912, cioè trent'anni dopo la prima colonia, che gli studi di diritto coloniale si svilupparono in maniera considerevole: «La colonizzazione costringeva effettivamente a misurarsi con problemi giuridici di grande rilievo: si trattava di costruire e far funzionare, in un contesto socio-culturale profondamente diverso da quello della madrepatria (e spesso mal conosciuto), una complessa organizzazione di dominio e il giurista (come giudice, come funzionario, come esperto delle istituzioni e dei sistemi normativi) non poteva non svolgere un ruolo importante» (p. 170).

³² Neanche parzialmente si può dire che i governatori coloniali trassero spunto dalla *indirect rule* inglese cfr. I. ROSONI, *L'organizzazione politico-amministrativa della prima colonia eritrea (1880-1908)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34 (2004/2005), tomo II, Giuffrè, Milano, 1046 ss. Secondo l'A. la politica amministrativa italiana nelle colonie fu originale, rispetto ai modelli francesi e inglesi (v. p. 1061). In particolare – afferma – il modello di amministrazione coloniale inglese era quello detto di “*indirect rule*” o di autonomia. Esso tuttavia si differenziava fondamentalmente dal modello italiano: gli inglesi non pensarono mai di imporre ai sudditi coloniali stili di vita o istituzioni, se mai queste sarebbero state assorbite col tempo in ragione della oggettiva superiorità della madrepatria. Queste ipotesi invece a tratti balenarono nella politica di governo italiana. Inoltre tutti i sottoposti della Corona, nativi o della madrepatria, erano sudditi britannici, ma ciò non comportò che nelle colonie vigesse automaticamente lo stesso diritto civile della madrepatria, v. p. 1049 ss.

³³ Cfr. sulla connessione tra giurisdizioni differenziali e politiche culturali degli stati coloniali v. L. BENTON, *Colonial Law and Cultural Difference: Jurisdictional Politics and the Formation of the Colonial State*, in *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 41, No. 3, (Jul., 1999), pp. 563-588. Per quello che riguarda l'esperienza coloniale italiana soprattutto il pgf. *L'ingiustizia coloniale dei tribunali militari*, in N. LABANCA, op. cit., 266 ss.



tessuto normativo della legislazione coloniale rendono la ricerca e l'interpretazione delle strategie e degli effetti di differenziazione estremamente difficile. Dall'esame di quella legislazione emerge in più punti la difficoltà di *scrivere normativamente* la variabilità umana, cioè di riuscire a rappresentare e ad ordinare le sue scansioni secondo categorie giuridiche *altrove* determinate.

Nondimeno quel certo sforzo di elaborazione teorica volto a governare le differenze culturali della popolazione della colonia rispetto all'ordine ideale liberale, sebbene insufficiente, rende degne di interesse le istituzioni giuridiche in questione. Dallo studio dei limiti di quel tipo di apparato si possono trarre indicazioni comunque utili: il tentativo esperito di rendere la complessità, a livello ordinamentale, delle dinamiche di variabilità umana costituisce il principale motivo di studio di quelle fattispecie, anche in chiave attuale.

Le politiche giuridiche della differenza costituiscono uno dei dilemmi più inestricabili del governo della contemporanea società globalizzata. Attualmente esse sono declinate secondo indici di uguaglianza non già rilevanti negli apparati coloniali; nondimeno riflettere sul dato tecnico-giuridico delle esperienze storiche può servire a meglio valutare le strategie attuali di regolamentazione delle differenze, nonché a formularne di nuove. Alcuni aspetti della legislazione liberale, come quelli che salvaguardavano il valore della libertà, possono essere recuperati. È possibile ipotizzare che nelle società europee postcoloniali si producano problematiche riguardanti la soggettività multiculturale in maniera non troppo difforme da quanto sia avvenuto in passato. Ancora, si può ragionare pertanto analizzando alcune norme fondamentali dell'apparato giuridico coloniale, norme che articolavano nuclei tematici della disciplina giuridica della differenza religiosa nelle colonie, e che appaiono anche ad uno sguardo sommario fortemente suggestive. La polarizzazione tra valori ideologici (di libertà) e fini pratici (di governo), propria di quell'esperienza giuridica, propone dinamiche che sono comuni al funzionamento di molti ordinamenti giuridici contemporanei. Il plesso di norme giuridiche scritte per le colonie sembrava, ad esempio, voler sancire nello spazio coloniale, un ordine liberale non lontano da quello della madrepatria, eppure questo fine sembrava sovradeterminato dalle diverse condizioni, ideologiche e oggettive, di applicazione dei principi giuridici. In modo analogo, anche le democrazie cosmopolite sono alla ricerca di nuove chiavi di lettura per regolamentare la dialettica culturale che scorre al di sotto dei flussi di immigrati di nuovo, e meno nuovo, insediamento.



4 - Il principio di “civiltà”, cardine di una differenza duale

Nella legislazione coloniale esisteva una profonda contraddizione tra la necessità di contemperare il dominio e il rispetto, almeno formale, della religione e delle tradizioni giuridiche indigene. Molte disposizioni cercavano di bilanciare queste opposte esigenze. Fu comune per i giuristi affermare che il principio «*religioni libere nello Stato sovrano*» costituisse la formula che indicava «l'attitudine dello Stato italiano nelle nuove regioni dell'Africa settentrionale»³⁴; e che la «libertà più larga nella pratica lecita dei culti», il «rispetto degli usi e dei costumi locali», costituissero i criteri fondamentali del diritto pubblico nel dettare le linee direttive del nuovo ordinamento³⁵. D'altra parte si assumeva che il divario di civiltà tra stato colonizzatore e comunità colonizzata potesse giustificare limitazioni all'esercizio dell'autonomia delle popolazioni locali. Perciò le norme di principio che disciplinavano il rapporto tra la cultura religiosa indigena e la cornice dell'ordinamento coloniale erano redatte rispettando uno schema bipartito, nel quale ad una prima generica affermazione di riconoscimento delle tradizioni giuridiche locali e di libertà religiosa seguiva un'altrettanto vaga clausola di limitazione legata al rispetto della civiltà metropolitana³⁶(oppure si

³⁴ Cfr. **A. SOLMI**, op. cit., 129 ss. Inoltre l'A. poteva affermare che «la professione di rigoroso rispetto e di libertà piena per le credenze religiose delle nuove popolazioni soggette al nostro dominio, e d'altra parte la dichiarazione esplicita di voler esercitare integri i diritti di sovranità sulle nuove terre, non sono che la manifestazione concreta di principi fondamentali di governo, a cui il diritto pubblico italiano felicemente si ispira», p. 130.

³⁵ Cfr. **A. SOLMI**, op. ult. cit., 132. Di analogo tenore erano le considerazioni introduttive dei saggi di **A. CICCHITTI**, *Il problema religioso nella legislazione coloniale italiana*, in *Rivista coloniale*, XXI, 1926, 474 (il quale dichiarava con enfasi: «nel diritto coloniale italiano il problema è enunciato e – potrebbesi dire – risolto in una parola: libertà») e di **A. BERTOLA**, *Estensione e applicazione del concetto di libertà religiosa nel diritto ecclesiastico coloniale*, in *Archivio Giuridico*, CXVIII, 1937, 109 ss.

³⁶ L'art. 3 della legge 5 luglio 1882, n. 857, Provvedimenti per il territorio di Assab (Africa Orientale Italiana) stabiliva: «Rispetto agli individui della popolazione indigena, saranno rispettate le loro credenze e pratiche religiose. Saranno regolati con la legislazione consuetudinaria finora per essi vigente il loro stato personale, i rapporti di famiglia, i matrimoni, le successioni, e tutte le relazioni di diritto privato, in quanto però quella legislazione non si opponga alla morale universale ed all'ordine pubblico, né ad essa sia derogato da espresse disposizioni».

Nel R. D. 2 luglio 1908, n. 325 (decreto reale risultante dalla delega legislativa 24 maggio 1903) sui domini coloniali in Eritrea si leggeva: «Ai sudditi coloniali ed agli assimilati si applica la legge consuetudinaria della propria razza in quanto sia compatibile con lo spirito della legislazione e della civiltà italiana».



usava l'espressione pressoché equivalente di «spirito della legislazione»³⁷. Non si può non notare il paradosso in virtù del quale le disposizioni formalmente redatte per affermare il rispetto delle tradizioni giuridico-religiose indigene costituissero nei fatti il limite più pervasivo all'estrinsecazione dell'autonomia dei colonizzati. Tale *eterogenesi dei fini* era basata, appunto, sulla funzione *culturalista* della clausola di civiltà³⁸. Tale clausola era cioè in grado di imprimere una data direzione alla mobilitazione di un intero corpo di funzionari amministrativi, orientando in modo analogo anche l'interpretazione delle norme giuridiche della colonia. Occorre vagliare in che modo ciò avvenisse. Si può dire che la clausola di civiltà operasse su due livelli il primo emerso e politico, il secondo sommerso e culturale. Il primo dei due è stato ampiamente evidenziato dalla dottrina storica e non è il caso di dilungarsi su di esso. La *clausola di civiltà* fondava la definizione e la legittimazione del colonialismo stesso: il dominio dello stato colonizzatore, cioè, veniva fissato e giustificato mediante il *fatto* del divario di civiltà³⁹. Tale constatazione veniva quindi posta alla base dei

L'art. 21 della legge 6 luglio 1933, n. 999 sull'ordinamento organico per l'Eritrea e la Somalia affermava: «è garantito il rispetto delle religioni e delle tradizioni locali, in quanto non contrastino con l'ordine pubblico delle colonia e con i principi generali della civiltà».

³⁷ Cfr. **S. ROMANO**, *Corso di diritto coloniale*, Atheneum, Roma, 1918, 11 ss. e 104. È indicativo, a proposito, che Santi Romano, padre teorico del pluralismo ordinamentale, potesse affermare apertamente che la potestà statale, nel contesto coloniale, fosse caratterizzata ed influenzata da una differenza di *civiltà* fra l'ordinamento dello Stato e quello dei territori coloniali. E ciò, nonostante egli stesso ammettesse come il concetto di *civiltà* e quello opposto di *barbarie* non fossero determinabili in assoluto.

³⁸ Vedi, in generale, per questa valutazione delle strategie di governo coloniale soprattutto **A. APPADURAI**, *Modernità in polvere*, Meltemi, Roma, traduzione di P. Vereni, 2001, 30 ss.

³⁹ Cfr. esattamente **P. COSTA**, op. cit., 186: «La civiltà dunque è il "fatto" che governa immediatamente il "diritto" della colonizzazione. Certo, si tratta non di un dato brutalmente "fattuale" come la sovrappopolazione, ma di un insieme variegato di presupposti antropologici e valoriali. Il risultato è comunque la messa a punto di una struttura argomentativa – determinante per l'impostazione e la soluzione dei principali problemi giuscoloniali.

L'opposizione civiltà/non civiltà non ha però un carattere statico né svolge soltanto una funzione giuridico-costruttiva: al contrario, essa sostiene e alimenta l'immagine della "civilizzazione", l'onnipresente simbolo di legittimazione dell'espansione coloniale. Il passaggio da un livello di discorso all'altro, dal piano del dato oggettivo (l'opposizione strutturale civiltà/non civiltà) al piano della missione etico-politica (il compito civilizzatore della colonizzazione), è peraltro immediato e naturale: proprio perché la civiltà è insieme la causa e il sintomo della superiorità dell'occidente europeo, essa impone precise responsabilità e doveri "missionari". La civiltà include non soltanto diritti e poteri, ma anche oneri e (kiplinghiani) fardelli».



processi di definizione primaria delle istituzioni giuridiche⁴⁰. Ad esempio, Ernesto Cucinotta delineava la nozione di colonia «come un territorio di civiltà inferiore subordinato politicamente ad un determinato Stato, dal quale è geograficamente distinto», che differisce dalla madrepatria poiché «nella metropoli risiedono gli organi sovrani dello Stato, dai quali emana la sua volontà, mentre gli organi della colonia non hanno che un potere subordinato»⁴¹.

Viceversa, rispetto all'attività ermeneutica del singolo operatore tale clausola funzionava in profondità, essendo basata su una logica differenziale rigida, strutturalmente duale, legata all'inclusione o all'esclusione della tradizione giuridica o religiosa locale⁴². Il funzionario coloniale, posto di fronte alle istituzioni del diritto straniero, aveva la possibilità di riassumere l'indubitabile differenza esistente tra esse e la propria cultura giuridica in due modi: poteva considerare l'istituto giuridico del diritto indigeno marginalmente differente, oppure totalmente incompatibile con la propria cultura giuridica. Nel primo caso egli avrebbe cercato di dirimere le dissomiglianze facendo affidamento su una base comune; sarebbe stato portato a valutare le prassi, gli istituti, i comportamenti stranieri e a reinterpretare le differenze marginali, a considerare la norma giuridica richiamata comparabile a quelle del diritto metropolitano e pertanto comprensibile, spiegabile, applicabile in tutto o in parte. Nel secondo caso sarebbe stato portato ad ignorare le differenze, preferendo il ritorno alla propria, sicura tradizione normativa. Avrebbe così concluso che la norma o la tradizione richiamata fossero estranee alla propria

⁴⁰ Anche Pasquale Stanislao Mancini, nei suoi discorsi, ricorse ad una similitudine tra la condizione di *protezione*, per la quale si caratterizzava il rapporto tra colonia e stato italiano, e il rapporto privatistico della tutela, che si applica nel caso degli incapaci di età o per gli infermi di mente. Cfr. **P. S. MANCINI**, *Discorsi parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini raccolti e pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati*, Roma, 1893-1897, vol. VIII, p. 444.

⁴¹ Ernesto Cucinotta fu Consigliere di Corte di Cassazione e professore di legislazione coloniale all'università di Roma. Cfr. **E. CUCINOTTA**, *Diritto coloniale italiano*, op. cit., 3.

⁴² **L. NUZZO**, *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del "soggetto indigeno"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34 2004-2005, tomo I, Giuffrè, Milano, 463 ss. Anche questo Autore guarda alla normativa per l'Eritrea affermando come essa sia significativa per gli studi sulla soggettività che si declinano secondo la scansione dentro/fuori, sé/altro: «L'Eritrea, "colonia primigenia", e la storia sospesa dei suoi codici costituiscono così un ottimo angolo di osservazione per seguire i primi passi del soggetto giuridico coloniale e il dispiegarsi delle strategie di controllo e delle tecnologie disciplinari impiegate dai giuristi al fine di creare e assoggettare il soggetto indigeno, in altri termini per la sua inclusione nella testualità giuridica italiana mediante una sostanziale, continuata esclusione» v. p. 485.



civiltà e del tutto irriducibili ad una comparazione, ad una sussunzione in termini giuridici, in sintesi destinate ad essere totalmente irrilevanti. Se convinto della propria superiorità culturale – cosa che avveniva nella gran parte dei casi – , il giurista coloniale non sarebbe stato tenuto a compiere alcuno sforzo per interpretare, dare valore ed eventualmente applicare le norme indigene che non era in grado di comprendere in prima battuta.

Ma ciò che qui si vuole mettere in evidenza è soprattutto che il pregiudizio culturalista condizionava non solo l'interpretazione delle norme richiamate dei diritti indigeni, bensì anche le norme di diritto metropolitano che dettavano i criteri di coordinamento tra i due sistemi normativi. Si è visto come queste norme fossero strutturate in maniera bipartita, e che ad una prima enunciazione della libertà religiosa e della rilevanza degli usi e dei costumi di solito seguiva una limitazione basata sulla compatibilità con i principi di civiltà giuridica: nell'interpretazione di queste norme, nonostante esse ammettessero in linea di principio il riconoscimento di tradizioni diverse, sarebbe per lo più prevalsa l'applicazione del limite di civiltà, in modo da ribadire sottotraccia la superiorità inderogabile della cultura europea⁴³. In tutti i casi, il confronto tra tradizioni giuridiche diverse si svolgeva in una prospettiva non-dialettica, basata su un *margin*e di operatività rigidamente duale volto ad ammettere o ad escludere (senza ulteriori valutazioni o opzioni intermedie) il rinvio a norme giuridiche diverse⁴⁴. Ed in effetti i funzionari locali cercavano in vari modi di disapplicare le norme locali tutte le volte in cui ciò fosse stato loro possibile, oppure di modificarle, più o meno nascostamente, per rendere giustizia sostanzialmente attraverso norme italiane. Alle norme di principio perciò si affiancarono tutta una serie di tecniche di redazione e di controllo, come le *condizioni locali di applicazione*, di interpretazione, come la *cripto-occidentalizzazione del diritto islamico*⁴⁵; o, ancora, di

⁴³ Per una applicazione delle tematiche del pregiudizio agli odierni contesti multiculturali **M. RICCA**, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, 91 ss. Cfr. per la base teorica di questa ricostruzione, circa l'operatività del pregiudizio, i concetti di precomprensione e di circolo ermeneutico **H. G. GADAMER**, *Verità e Metodo*, traduzione e apparati di Gianni Vattimo, Bompiani, Milano, 2000, 551 ss.

⁴⁴ Tale descrizione del processo interpretativo è ispirato alla analoga esemplificazione di **A. R. JANMOHAMED**, *The Economy of Manichean Allegory: The Function of Racial Difference in Colonialist Literature*, in *Critical Inquiry*, 12:1 (1985 Autumn), p. 64-65.

⁴⁵ La definizione è di Pietro Costa, op. cit., 213. Tale tecnica cioè consisteva in quella strategia ermeneutica, volta a preservare, per motivi di convenienza e fin dove possibile, le tradizioni etico-giuridiche locali. Non essendo infatti conveniente



consulenza, come la pratica di affiancare ai giudici i giusperiti locali, con funzione consultiva. In tutti questi casi l'operatività culturalista di queste rimedi agiva in maniera diffusa, anche se ad un livello profondo. Tali strategie interessarono, fin dai primi anni, ed in vista di una successiva introduzione di codici coloniali, la questione dell'emanazione delle leggi metropolitane nella colonia. La clausola generale chiamata a svolgere il compito di dirimere il dualismo tra diritto interno e diritto locale fu quella delle cd. condizioni locali di applicabilità.

Prima però di riferirne caratteristiche e funzionamento è necessario fare un breve cenno alla complessa tematica generale di cui tale fattispecie costituiva un aspetto specifico, cioè quella dell'applicazione estensiva nella colonia di norme metropolitane. La legge era infatti la prima fonte del diritto coloniale. Se ne distinguevano tuttavia varie tipologie:

- la legislazione di ordine generale (le leggi istituzionali, ad esempio), che era valida in tutto il territorio dello stato;
- la legislazione di diritto metropolitano, che poteva essere *estesa* alle colonie in generale o a ciascuna di esse in particolare;
- vi era infine una legislazione emanata *espressamente* per la colonia⁴⁶.

Proprio la delimitazione della seconda tipologia fu assai problematica: in particolare tale determinazione investiva il delicato problema dell'applicabilità dei *codici* nel territorio africano. Tale questione venne disciplinata da criteri giuridici diversi succedutisi nel tempo, che a volte si sono sconfessati gli uni con gli altri. L'art. 3 della legge sui possedimenti di Assab stabiliva:

I codici e le leggi italiane avranno nel territorio di Assab la loro applicazione agl'italiani del Regno, quanto ai rapporti di cittadinanza, di famiglia e di stato civile, alle successioni, e generalmente in tutto quello a cui non sia derogato dalle speciali norme legislative ed amministrative emanate per la colonia di Assab; come altresì per regolare le loro relazioni giuridiche e contrattazioni con gli indigeni e con gli individui di straniere nazionalità, non che quelle tra stranieri, ovvero tra indigeni e stranieri.

rimuovere d'autorità le consuetudini e le convinzioni dei nativi, tanto più quando queste erano l'espressione di religioni e di ordinamenti complessi, quali quelli caratteristici dei popoli di tradizione musulmana, si poteva operare in senso civilizzatore in modo indiretto: il giudice era chiamato a dare una formulazione "islamica" dell'uno o dell'altro principio giuridico occidentale, a ritrovare cioè nel linguaggio e nella cultura dell'Islam gli appigli per far passare come il portato della tradizione locale una decisione suggerita in realtà dai principi del diritto metropolitano.

⁴⁶ Cfr. G. MONDAINI, op. cit., I, 105.



Nondimeno accanto a questa giurisdizione si introduceva una giurisdizione differenziale chiamata ad applicare il diritto indigeno:

Rispetto agl'individui della popolazione indigena, saranno rispettate le loro credenze e pratiche religiose. Saranno regolati con la legislazione consuetudinaria finora per essi vigente il loro statuto personale, i rapporti di famiglia, i matrimoni, le successioni, e tutte le relazioni di diritto privato, in quanto però quella legislazione non si opponga alla morale universale ed all'ordine pubblico, né ad essa sia derogato da espresse disposizioni.

La giurisdizione sarà esercitata verso gl'indigeni in queste materie, e nei giudizi che avranno luogo tra essi, senza partecipazione ed interesse di altre persone italiane e straniere, da un magistrato dottore nella legge musulmana (cadi); questi però sarà nominato dal regio commissario, ed amministrerà la giustizia in nome del Re d'Italia.

Questo principio di estensione automatica del diritto interno alla colonia fu presto abrogato. Si passò ad un criterio di specialità, mediante il quale le norme della madrepatria avrebbero acquistato vigore nel territorio straniero in seguito ad una apposita manifestazione di volontà degli organi metropolitani e coloniali: una legge del 1890⁴⁷ delegò al Governo del re la facoltà di pubblicare leggi in colonia, previa consultazione del Consiglio di Stato. In particolare, il governo fu autorizzato a pubblicare negli organi ufficiali della colonia le leggi, con quelle modificazioni richieste dalle condizioni locali, purché non riguardassero lo stato personale e di famiglia di cittadini italiani⁴⁸. Tuttavia neanche questo meccanismo di divulgazione tolse l'incertezza circa la possibilità di ricorrere all'applicazione del diritto interno nel territorio coloniale. Difatti i codici, stante lo stato di guerra in corso, non furono pubblicati integralmente cosicché fu necessario riaffrontare la questione nella legge organica per la Colonia eritrea nel 1903⁴⁹. Questa disciplina confermò il principio secondo cui le leggi metropolitane non avrebbero avuto vigore in colonia quando non fossero state anche in essa espressamente promulgate⁵⁰, e stabiliva che la promulgazione

⁴⁷ In particolare, l'art. 3 della legge 1 luglio 1890 n. 7003.

⁴⁸ Cfr. **I. ROSONI**, op. cit., 1086.

⁴⁹ Legge 24 maggio 1903, n. 205.

⁵⁰ Esattamente l'art. 2 della legge ordinava la promulgazione nella colonia entro diciotto mesi da parte del Governo del Re dei codici italiani con le modificazioni che fossero richieste dalle condizioni locali; l'art. 3 dava facoltà al Governo ad estendere alla colonia le leggi e i regolamenti del regno pure con le modificazioni richieste dalle condizioni locali, purché non riguardassero lo stato personale e di famiglia degli italiani. Va aggiunto che la disciplina in questione stabilì anche alcune direttive volte a risolvere le problematiche pratiche legate all'adattamento delle leggi metropolitane al particolare ambiente coloniale e delle leggi consuetudinarie indigene alle esigenze di



dovesse essere effettuata apportando contestualmente le modifiche richieste dalle condizioni locali di applicazione.

Riassumendo la logica dell'evoluzione normativa in materia, ogni ipotesi di automatica estensione del diritto metropolitano cedette presto il passo alla previsione di un percorso speciale di armonizzazione legislativa. Particolare importanza rispetto alla sutura tra la logica dell'apparato normativo interno e quello coloniale sembravano rivestire proprio quelle condizioni differenziali bisognevoli di modifiche per adattare la legislazione metropolitana al contesto straniero. E proprio tale categoria costituì uno tra gli strumenti teorici principali per improntare il sistema normativo coloniale ad una manichea gerarchia di differenziazione.

La dottrina dell'epoca ebbe modo infatti di riflettere sulla natura giuridica delle condizioni locali nel diritto coloniale⁵¹. Si individuava in esse un vero e proprio principio generale del diritto. Esso, si chiariva, era stato fin dai primi momenti osservato nella normazione e nell'attività di giudizio degli organi coloniali. La ragione della sua importanza consisteva nel fatto che attraverso di esso si poteva dare concreta rilevanza giuridica alle circostanze, fisiche e morali, nelle quali i cittadini e gli indigeni vivevano assieme nelle colonie. Al tempo stesso quel principio rendeva conto del divario esistente tra ambiente giuridico metropolitano e coloniale.

Le condizioni locali furono prevalentemente interpretate come condizioni generalizzate di esclusione: la loro sussistenza, cioè, costituiva motivo di inapplicabilità *tout court* del diritto metropolitano nella colonia; in presenza di rilevanti differenze, aventi natura oggettiva (derivanti dall'ambiente fisico della colonia, come la mancanza di organi e di uffici) o soggettiva (quali quelle riguardanti la razza, i costumi, la religione), la norma di diritto interno formalmente valida,

progresso, a risolvere gli eventuali conflitti di legge tra le due legislazioni personali. Queste erano le direttive a riguardo: *a)* promulgare nella colonia entro 18 mesi i codici del regno con le modificazioni richieste dalle condizioni locali e promulgarvi le nuove disposizioni legislative che risultassero necessarie; *b)* assicurare l'impero delle consuetudini locali in materia di stato personale e relazioni di diritto privato tra indigeni, e costituire per essi un diritto penale speciale, costituito sulle consuetudini locali, salvo le modificazioni introdotte con decreto motivato del governatore; *c)* pubblicare le norme speciali intese a regolare le relazioni giuridiche tra indigeni e non indigeni, cioè tra europei o assimilati e le varie razze indigene che popolano la colonia; *d)* compilare e pubblicare entro due anni una raccolta di tutti gli atti dell'autorità pubblica in vigore nella colonia dichiarando nulli quelli non compresi nella raccolta medesima. Cfr. G. MONDAINI, op. cit., I, 117.

⁵¹ Vedi E. CUCINOTTA, *Le condizioni locali nel diritto coloniale*, in *Rivista di diritto coloniale*, 1940, 29 ss.



perché ad esempio estesa specificamente al territorio della colonia, *non sarebbe stata applicata* al caso concreto.

Una dottrina minoritaria considerava le condizioni locali espressione di una «necessità di adattamento della legge metropolitana»⁵². Secondo questi giuristi, in presenza di determinate circostanze differenziali, le norme metropolitane sarebbero state applicabili nel contesto coloniale, opportunamente *tradotte*. Ma in questi casi l'eventuale ibridazione della norma giuridica astrattamente applicabile avrebbe dovuto essere limitata al caso di specie. «Ogni qualvolta il giudice in colonia cede alle condizioni locali ed annulla, restringe o modifica la portata della norma giuridica oltre la sua lettera originaria, la sua decisione è del tutto discrezionale. Non solo, ma l'indagine ch'egli compie, quanto all'esistenza e all'efficacia di quelle condizioni, costituisce una *questio facti*»⁵³.

Le conseguenze di quest'ulteriore addomesticazione ermeneutica avevano precisi esiti sulla portata e sul significato dell'avvenuta ibridazione del diritto interno, poiché le decisioni giurisprudenziali "adattanti" venivano escluse dal controllo attraverso successivi gradi di giurisdizione. Ad esempio, ogni soluzione che il giudice di merito avesse dato quanto all'inapplicabilità od alla modificazione della legge per effetto delle condizioni locali era esclusa dal controllo della Corte di cassazione. Amplificando il significato delle differenze locali e facendole prevalere sui principi liberali dello stato di diritto, si riteneva pertanto che la Corte di cassazione difficilmente sarebbe stata in grado di riformare la soluzione data dai giudici di merito. Questi infatti *erano sui luoghi*, avevano familiarità ed erano in grado di valutare le necessità, le condizioni della vita locale, i costumi e le tradizioni degli indigeni assai meglio della Suprema Corte. Per questi motivi la dottrina poteva concludere che ragioni di buon senso, di elementare prudenza sconsigliassero il suo sindacato in tal materia⁵⁴.

In una simile prospettiva quindi, la *giustizia concreta* (deputata a valutare le condizioni *differenti* in colonia) e la *giustizia astratta* dei codici metropolitani non erano oggetto dell'attività di nomofilachia della Corte di cassazione, né di armonizzazione rispetto ad un sistema più generale. Le condizioni locali di applicazione, interpretate in un senso o in un altro, costituivano invece un meccanismo di separazione, una barriera invalicabile tra la giustizia interna e quella esterna: la legge metropolitana, sebbene astrattamente estesa alla colonia, non sarebbe

⁵² Ib., 33.

⁵³ Ib., 35.

⁵⁴ Ib., 36.



stata affatto applicabile; oppure, ove modificata in relazione alle circostanze dei luoghi, sarebbe stata esclusa da ogni forma di sindacato da parte delle giurisdizioni superiori, tanto meno avrebbe potuto essere successivamente applicata in via generale.

Per quello che riguarda il processo di ibridazione nell'attività di recezione/applicazione delle consuetudini locali occorre anche riferire della tecnica di "islamizzazione del diritto" elaborata da Guglielmo Ciamarra⁵⁵. Questo autore, temendo il dogmatismo della legislazione coloniale, cioè che le leggi, anche quelle speciali, potessero produrre norme inaccessibili ai popoli indigeni delle colonie, sosteneva la necessità di tradurre nel diritto islamico i principi normativi (legislativi) interni, attraverso l'opera della giurisprudenza; affermava quindi:

la giurisprudenza, anziché portare alla codificazione di una consuetudine già affermata, porrà invece le basi di nuove consuetudini, e le condurrà, lentamente, inconsciamente, verso nuove forme di istituti giuridici.

Il metodo individuato dall'autore prevedeva che la legislazione si traducesse in consuetudini locali attraverso l'operato della giurisprudenza creatrice. A tal fine sarebbe quindi stato necessario:

conoscere a fondo le istituzioni dei popoli soggetti, indagare sottilmente le loro tradizioni, rendersi conto delle loro condizioni attuali, studiare accuratamente il corso della evoluzione da essi fin'oggi subita, per dedurne la scelta di quegli elementi del carattere delle istituzioni dei popoli civili di cui è possibile profittare, al fine di agevolare e perfezionare l'assimilazione. (...) Una buona ed efficace penetrazione del diritto, non può prescindere dal principio che la forza moralmente obbligatoria della legge come applicazione, sia pure frammentaria e parziale di un diritto diverso, deve *insinuarsi* nella coscienza degli indigeni⁵⁶.

E che in effetti tali processi di *occultamento del diritto locale* fossero esperiti dai giudici e dai funzionari italiani della colonia lo dimostra quanto affermava Attilio Brunialti⁵⁷, il quale commentando il sistema delle istituzioni giudiziarie eritree affermava:

⁵⁵ Guglielmo Ciamarra (1876-1934) fu giurista, diplomatico e professore universitario: in particolare insegnò Diritto e legislazione coloniale nelle Università di Roma e Napoli. Fu titolare di alcuni incarichi diplomatici e di reggenza (Somalia italiana, Tripolitania) e addetto al contenzioso diplomatico del Ministero degli esteri.

⁵⁶ Cfr. G. CIAMARRA, *L'islamizzazione del diritto moderno a mezzo del diritto giudiziario indigeno*, in *Rivista di diritto coloniale*, V, 1910, 28-29.

⁵⁷ Per un profilo biobibliografico di Attilio Brunialti vedi R. G. WOOLBERT, op. cit., 437.; nonché G. CAZZETTA, *Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 33/34 (2004/2005), t. I., Giuffrè, Milano, 115 ss.



con provvida disposizione furono rispettate le pratiche e le credenze religiose degli indigeni, i quali da tradizioni secolari conservano quell'insieme di riti, che per loro è senza dubbio la cosa più sacra ed insieme la più cara, ed il più potente mezzo di coesione. Fu pure saggiamente disposto che gli indigeni regolassero colla loro legislazione consuetudinaria lo statuto personale, i rapporti di famiglia, i matrimoni, le successioni e tutte le relazioni di diritto privato, purché tali atti non fossero contrari alla morale universale ed all'ordine pubblico, né ad essi fosse derogato da espresse disposizioni, sempre in nome del re d'Italia⁵⁸.

Sennonché, commentando l'introduzione di una norma che stabiliva la presenza di *mufti* e *qadi* accanto a presidente del tribunale di Massaua e del procuratore del re con compiti consultivi⁵⁹, diceva trattarsi di una

saggia disposizione che tende a far completamente sparire, senza che gli indigeni se ne accorgessero, le loro istituzioni, abituandoli alle nostre⁶⁰.

Gli esempi appena citati parrebbero dimostrare come l'operatività del principio di civiltà possa essere valutata in profondità, non solo rilevandone la funzionalità nel regolare i rapporti di forza tra lo stato colonizzatore e la colonia, ma sottolineandone anche la portata *culturalista*, meno appariscente ma più pervasiva in termini di esperienza giuridica. Rispetto alla gestione della giustizia nei casi concreti, tale clausola veniva in soccorso al funzionario di governo coloniale ogni qualvolta l'effettivamente *diverso* fosse equiparabile al *non noto*, perché non conosciuto o non conoscibile.

La storia delle fonti del diritto indigeno in effetti fornisce non poche conferme a riguardo. Sicuramente, uno dei limiti all'effettività del rinvio alle leggi locali fu la scarsa conoscenza che i funzionari italiani avevano di esse. Tra le fonti della tradizione normativa abissina andava annoverato, ad esempio, il noto testo *Fetha Nagast*, o «Legislazione dei Re»⁶¹, del quale per qualche decennio non si ebbero traduzioni in lingua italiana: la prima edizione dell'opera, in lingua originale, fu del 1897 e fu dovuta all'iniziativa di un orientista italiano, Ignazio Guidi. Di gran lunga successivi furono i compendi, per

⁵⁸ A. BRUNIALTI, *Colonia Eritrea*, in *Digesto italiano*, vol. VII, parte II, Torino, 1897-1902, 661.

⁵⁹ L'art. 19 del Regio decreto 10 febbraio 1900.

⁶⁰ A. BRUNIALTI, op. ult. cit., 669.

⁶¹ L'art. 34 del Regio decreto 2 aprile 1899, n. 134 prevedeva l'applicazione da parte da una Commissione di notabili locali, rispetto a certe competenze, delle norme del Corano e le norme del Fata Negesti e Fata Mogarè, per quanto possibile, in armonia ai generali principi del diritto italiano.



così dire, di natura tecnica in grado di orientare il giudizio dell'operatore coloniale⁶². Sulla base di queste premesse non è difficile pensare che per molti anni, di là da quanto stabilivano le norme di principio, nei tribunali di arbitrato⁶³ non si disponesse di conoscenze adeguate sulle fonti di diritto locale e si procedesse acriticamente mediante la *non applicazione* delle norme richiamate, cercando piuttosto di far prevalere le logiche giuridiche metropolitane. Del resto, neanche quando furono disponibili i primi testi tradotti l'atteggiamento manicheo dei colonialisti mutò. Ed il rinvio alle consuetudini locali fu considerato, non di rado, di ostacolo al processo di modernizzazione da parte degli stessi orientalisti che si occuparono del recupero dei testi normativi originali. Nella Prefazione al Compendio del Fetha Nagast si ribadiva che la conoscenza delle leggi locali fosse strumentale ad un loro progressivo abbandono. Da un lato si lodavano le antiche tradizioni locali e se ne auspicava la conoscenza e il rispetto:

perché è da pensare che anche nei primi tempi del nostro contatto con l'Etiopia sarà doveroso e prudente da parte nostra, come del resto suol avvenire in simili imprese, permettere a quelle popolazioni Abissine, già detentrici e custodi di tradizioni antichissime, di amministrarsi secondo le loro leggi e secondo i costumi loro, sia pure in quanto quella loro civiltà non sia incompatibile con la nostra;

dall'altro si suggeriva di commentare i dettami del "codice" abissino alla luce del diritto italiano:

è però anche facile pensare come la conoscenza del loro diritto potrà sempre meglio servire alla nostra penetrazione, e, in particolare misura, ai commissari civili regio-imperiali, nonché a tutti quei funzionari che dovranno trovarsi in immediato contatto con le nuove popolazioni applicando e facendo osservare le leggi locali,

⁶² Cfr. **I. GUIDI**, *Il "Fetha Nagast" o "Legislazione dei Re". Codice ecclesiastico e civile di Abissinia* pubblicato da Ignazio Guidi, Tipografia della Casa Editrice Italiana, Roma, 1897. Si tratta di una edizione del testo originale, con poche parole di introduzione da parte di Ignazio Guidi, noto orientalista, relative alle informazioni sui manoscritti utilizzati per la redazione in questione. A questo testo seguì una traduzione in lingua italiana ad opera dello stesso autore. Diverso è invece il tenore del testo di **R. ROSSI CANEVARI**, *Fetha Nagast (Il Libro dei Re). Codice delle leggi abissine con note e riferimenti al diritto italiano*, Istituto Tipografico Editoriale, Milano, 1936. Si tratta infatti di un compendio tecnico del testo originale in cui sono state tralasciate le parti di interesse meramente liturgico e sono state invece commentate, con riferimento al diritto italiano, quelle di interesse tecnico-giuridico.

⁶³ Erano i tribunali competenti sui diritti degli indigeni, v. **N. LABANCA**, op. cit., 267.



sostituibili appena lentamente e gradatamente col giure d'una maggiore civiltà, quella d'Italia e di Roma⁶⁴.

La clausola di *civiltà*, in questo modo, operava nel secondo dei sensi sopra indicati, cioè quello "sommerso" e culturale in senso stretto, poiché serviva sostanzialmente ad occultare le difficoltà oggettive di integrare le differenze delle tradizioni giuridiche venute a contatto. Ciò avveniva sia quando tale divergenza fosse stata motivata dalla mancata conoscenza della tradizione straniera, come nel caso delle fonti locali consuetudinarie; sia nel caso in cui quella apparisse estremamente complessa, come avveniva per il diritto islamico. In quest'ultima evenienza si ravvisava una incompatibilità tra i due sistemi giuridici, quali universi di discorso articolati e irriducibili gli uni a gli altri. Questo preciso processo, basato su un deficit culturale piuttosto che su di un indirizzo di dominio politico, impedì, ad esempio, che fosse portato a termine il progetto di codificazione del diritto eritreo.

Ad esempio, Vittorio Scialoja⁶⁵, ne *Il codice civile per la Colonia Eritrea. Relazione al Consiglio Coloniale* del 1909⁶⁶, notava tutta la difficoltà di estendere, sebbene modificati, i codici giuridici della metropoli in un territorio profondamente diverso:

la Commissione non può fare a meno di dichiarare che nel corso dei lavori le sono sorti dei dubbi sull'opportunità di promulgare ora nell'Eritrea un apposito codice civile. Allo scopo di assicurare che i rapporti degli italiani siano regolati nella colonia dagli stessi principi giuridici che vigono in Italia, non è indispensabile – e l'esperienza di tanti anni lo dimostra – trasportare l'ingombrante mole dei nostri codici, che presuppongono una condizione di vita sociale quale si riscontra nella nazioni che hanno secolare esistenza ed una organizzazione complessa di uffici civili, amministrativi e giudiziari, di cui la Colonia è sprovvista. Basterebbero invece poche norme, nelle quali fosse detto in via generalissima che ai cittadini si applicano le leggi che sarebbero loro applicabili in Italia, come già in certo modo dispone l'art. 9 dell'ordinamento giudiziario, e che per i sudditi coloniali continuano ad aver vigore le loro consuetudini, salvo che siano contrarie alla civiltà, e nelle quali fossero infine dettate alcune regole per risolvere eventuali conflitti derivanti dal doppio regime giuridico e per regolare taluni dei più importanti rapporti misti. Il richiamo generico alla nostra legislazione, mentre è sufficiente a supplire per ora la mancanza di leggi dettate appositamente per la Colonia, consentirebbe che le leggi patrie possano meglio adattarsi alle condizioni dei luoghi, pur restando integre nella loro sostanza, e permetterebbe alla giurisprudenza l'opera di adattamento graduale veramente efficace perché suggerito dalle singole evenienze. (...) *I nostri codici del resto*

⁶⁴ R. ROSSI CANEVARI, op. cit., pp. XIV e XV (dalla prefazione di Giovanni Galbiati).

⁶⁵ Vittorio Scialoja (1856-1933) fu giurista, senatore del Regno e Ministro degli esteri.

⁶⁶ Citazione *de relato* tratta da I. ROSONI, op. cit., 1114.



*costituiscono un tutto unico col le tante leggi speciali, che qua e là ne hanno modificato le disposizioni, con l'enorme lavoro di dottrina e giurisprudenza che ha fissato il significato di talune disposizioni incerte o di dubbio senso, con le secolari tradizioni giuridiche su cui si adagiano*⁶⁷.

Piuttosto, sembrava utile all'insigne giurista introdurre una serie di limitazioni generali, forse non troppo distanti da quelle già previste, ancora una volta scandite in base alla clausola di *civiltà*. Tuttavia Scialoja era consapevole della complessità della traduzione dei sistemi giuridici, anche quando astrattamente si teorizzasse l'estensione di singole disposizioni di essi a contesti culturali diversi. Il giudizio del giurista dava conto, seppure implicitamente, della difficoltà estrema di *polverizzare le differenze* giuridiche, cioè di tradurre ed integrare in maniera complessiva e armonica le situazioni di difformità tra contesto metropolitano e contesto coloniale. Ma, a dispetto di una così lucida valutazione rispetto alle caratteristiche complessive della questione, egli non si allontanava da una prospettiva di soluzione proponente la logica duale di inclusione/esclusione del diritto applicabile, cioè abbandonando, in radice, ogni ipotesi di ibridazione culturale.

Del resto tecniche multiprospettiche di governo della differenza, improntate ad una ibridazione creativa del diritto locale, furono marginalmente proposte e puntualmente abbandonate. Ad esempio, in rari casi, nel prosieguo dell'esperienza di governo della colonia, fu prevista la possibilità di creazione (da parte del giudice) di *nuove norme* sulla base dell'adattamento alle *diverse condizioni*, come nel caso di una disposizione adottata nel 1917 in Libia⁶⁸. Esattamente si richiedeva al giudice coloniale, nell'adattare le leggi alle condizioni locali, di fissare la norma che meglio avesse disciplinato i rapporti controversi, apportando alle leggi quelle modificazioni che, se egli fosse stato il legislatore, avrebbe stabilito per regolare gli stessi rapporti di diritto. Tale norma restò in vigore fino al 1928: negli ordinamenti giudiziari successivi non fu più riprodotta.

È ovvio che la premessa sulla superiorità culturale occidentale, la tendenza a confrontare ponendo l'accento su una diversità incolmabile più che su una differenza marginale e l'adozione generalizzata di una logica duale di rappresentazione dell'alterità culturale producessero effetti negativi sulle politiche normative del "rispetto" dell'alterità culturale e religiosa: ma così furono rese vane tutte le norme

⁶⁷ Corsivo mio.

⁶⁸ Cfr. art. 1 delle norme complementari dell'ordinamento giudiziario per la Tripolitania e la Cirenaica approvato con R. decreto luogotenenziale 15 aprile 1917, n. 938. Ne riferisce E. CUCINOTTA, *Le condizioni locali nel diritto coloniale*, op. cit., 34.



apparentemente liberali del sistema giuscoloniale; si produsse una serie di effetti a catena volti a cancellare l'applicazione delle pratiche giuridiche tradizionali indigene per il solo fatto di essere poco note o eterodosse; si legittimò il riconoscimento di effetti giuridici a quelle sole tradizioni che fossero, per ragione o per avventura, simili agli istituti giuridici metropolitani.

Sembra alludere a questo itinerario interpretativo Pietro Costa quando, in relazione al significato della civilizzazione nella teoria giuridica coloniale, afferma che

L'orizzonte al quale la giuscolonialistica non può sottrarsi, in tutto l'arco del suo sviluppo, è la civilizzazione, perché è essa che permette di dare un nome alla differenza (fra "dentro" e "fuori", tra metropoli e colonia) e al contempo di indicare il senso (il valore, la legittimità, la finalità ultima) del movimento coloniale

e aggiunge che su tale teorema preliminare rilevò

in sostanza la tesi (antica e persistente) del provvidenziale connubio tra *civilitas* e *christianitas*. Muta nel corso del tempo il peso specifico dei due addendi (diminuendo l'incidenza del secondo con il trionfo di una visione secolarizzata della storia), ma il risultato non cambia e coincide con l'auto-identificazione dell'Europa con la civiltà⁶⁹.

Tuttavia Costa non prosegue nel ragionamento che renderebbe concreta una "similitudine" tra differenza in senso giuridico e interpretazione "culturalista" delle norme di rispetto della religione. Andando al giorno d'oggi, andrebbe forse aggiunto che effetti di esclusione giuridica dovuti ad una interpretazione culturalista nel segno di quella descritta potrebbero non essere un'esclusiva di norme costruite attorno alla *clausola di civiltà*. Piuttosto quegli effetti appaiono strutturalmente legati alla logica duale *sé/altro* e ad una condizione oggettiva di differenza culturale. Ove così fosse esse sarebbero concretamente riproducibili, a volte in maniera non intenzionale, per effetto di quelle disposizioni che sanciscono spazi condizionati di rilevanza o strategie di integrazione relative a differenze di genere, religiose, culturali, razziali⁷⁰.

⁶⁹ P. COSTA, op. cit., 181.

⁷⁰ Cfr. S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale*, Ombre corte, Verona, 2008, 32. L'A. parla di "specifiche strategie" – spesso non intenzionali – sottese al trattamento della differenza.



5 - Differenza duale e ambiguità del sistema coloniale: sovranità, giurisdizione, cittadinanza

Almeno in via interlocutoria, sembrerebbe doversi concludere che la modalità di riproduzione delle differenze culturali nel dominio del diritto coloniale fu inadeguato, da un punto di vista empirico, ideologico e culturale. L'enorme complessità delle diverse culture e tradizioni "viventi" nel territorio della colonia fu ridotta ad una netta scansione duale, inclusiva/esclusiva: si distinse ciò che era rilevante giuridicamente, perché culturalmente ortodosso, da costumi, usanze, diritti sconosciuti, incomprensibili, ritenuti incivili e perciò giuridicamente "irricevibili". Ciò che si trovava di là dal limite della civiltà finiva in modo indifferenziato ed appiattito nell'ambito dell'incommensurabilità con il diritto. L'attività di governo della colonia fu condizionata da questo sistema manicheo di differenziazione, oltre che da una indubbia, anche se non prevalente, componente razzista. Parte delle ambiguità e delle contraddizioni rilevate e rilevabili nell'esperienza giuscolonialista italiana, rispetto allo spirito del liberalismo, appare però riconducibile all'incapacità della dottrina dell'epoca di rappresentare, di dare valore e di interpretare adeguatamente la complessità delle differenze culturali tra indigeni e coloni. Come si è accennato, la logica duale di valutazione delle diversità fu pervasiva, cioè si riprodusse in tutti i gangli del sistema coloniale, caratterizzandolo. Non è questa la sede per valutare se tale caratterizzazione muovesse dal vertice del sistema di dominio o dalla base, cioè se fosse prevalente la volontà di subordinazione del colonizzatore nei confronti delle culture ritenute subalterne o, invece, l'inadeguatezza dei funzionari mandati in colonia nell'interpretare le differenze culturali: probabilmente vi fu un po' dell'uno e un po' dell'altro. Tuttavia questa scansione, pur costituendo la struttura logica del rapporto tra dimensione giuridica metropolitana e coloniale, non era adeguata a regolarne compiutamente tutte le possibili, complesse interazioni. Perciò le strategie basate sulla logica duale del divario di civiltà contribuirono a generare quell'impressione, anche oggi condivisa, di ambiguità propria della giuscolonialistica italiana.

Diverse furono le proiezioni e le contraddizioni riconducibili all'insufficienza dello schema di differenziazione a base duale. Qui si accennerà solamente ai casi più evidenti, come quelli relativi alla sovranità, alla giurisdizione e alla cittadinanza.

a) I processi di estrinsecazione della sovranità, nella madrepatria e nella colonia, vennero differenziati rispetto all'asse logico interno-esterno.



Molteplici furono i fattori, ideologici e pratici, che resero effettiva la scollatura normativa fra metropoli e colonia: a partire dalle convinzioni di Francesco Crispi, che considerava extrastatutario l'ambito della colonia (teoria esposta dal capo del Governo al Parlamento nel 1890), per proseguire con l'ignoranza dei governatori italiani dei diritti e tradizioni locali, e concludere con l'assoluta predominanza del potere militare su quello civile nella gestione del potere locale. Tutte queste circostanze erano inoltre correlate alle concezioni ideologiche che assumevano la superiorità del bianco sull'indigeno, teorie che giustificavano un sistema di giustizia separata tra i due gruppi etnici. Se nella metropoli i principi ideologici dello stato di diritto erano posti alla base dell'esperienza giuridica, nell'ambito coloniale vigeva un regime assai prossimo all'assolutismo⁷¹. Sennonché tale *frattura* con i principi del liberalismo non poteva venire dissimulata *de plano*. È emblematica, riguardo alla prima iniziativa di espansione territoriale, la difficoltà dimostrata da Pasquale Stanislao Mancini nel tentativo di spiegare le condizioni di esercizio della sovranità statale in colonia. L'allora Ministro degli Esteri, nell'illustrare alla Camera, il 26 giugno 1882, quale sarebbe stata la condizione giuridica della colonia di Assab⁷², da un lato definiva il territorio di Assab «parte integrante del Regno d'Italia»; dall'altro, precisava che le sue condizioni legislative, giudiziarie e amministrative avrebbero dovuto essere «affatto speciali» e «convenienti al reggimento di una colonia»: quindi escludeva che potessero entrare in vigore, per quel territorio, «tutte in massa le leggi d'ogni specie che sono in vigore presso di noi».

Spazio interno, spazio coloniale, sovranità interna, sovranità coloniale definivano ambiti diversi, separati e regolati sulla base di principi giuridici a sé stanti. Lo spazio normativo coloniale era sottratto alla competenza legislativa del Parlamento e rimesso alla potestà regolamentare dell'Esecutivo: con la prima legge in materia del 1882 si statuì una delega generale per tutto quello che riguardava la gestione della colonia a favore del Governo⁷³: in particolare l'art. 2 così disponeva

È data facoltà al Governo di provvedere con decreti reali, o ministeriali, secondo l'importanza delle materie, all'ordinamento legislativo, amministrativo, giudiziario ed economico della colonia, con quelle norme che saranno convenienti alle

⁷¹ In tal senso P. COSTA, op. cit., 203.

⁷² P. S. MANCINI, *Discorsi parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini raccolti e pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati*, Roma, 1893-1897, vol. VII, p. 143.

⁷³ Cfr. T. SCOVAZZI, *Assab, Massaua, Ucciali, Adua. Gli strumenti giuridici del colonialismo italiano*, Giappichelli, Torino, 1998, 61 ss.



condizioni locali, e con potestà di variarle nella stessa forma secondo i risultati dell'esperienza.

La colonia sarà sotto la diretta dipendenza del ministero degli affari esteri, cui spetterà di emanare gli occorrenti provvedimenti, previo accordo coi ministeri competenti nelle rispettive materie.

Fin dall'inizio dell'esperienza coloniale, e a causa di essa, la stessa sovranità dello stato liberale risulta, guardata dall'angolo visuale della giuscolonialistica, non come un "monolite omogeneo", ma come un materiale composito, prodotto dal tentativo di tenere insieme esigenze e finalità oggettivamente divergenti⁷⁴.

b) Su questo assetto di base, che garantiva comunque la logica di una scansione interno/esterno, si produssero fattispecie, invero assai disomogenee tra di loro, ma aventi un tratto in comune, cioè l'intento di disciplinare il settore giuridico coloniale sulla base di principi giuridici diversi da quelli che valevano per la madrepatria. La più immediata estrinsecazione di queste fattispecie fu l'instaurazione, accanto alla giurisdizione ordinaria, della giurisdizione speciale militare destinata di fatto a prevalere sulla prima per i primi anni di organizzazione di governo del territorio coloniale⁷⁵. In esecuzione della delega prevista nella legge del 1882 al Governo, si affidarono i più ampi poteri al comando militare⁷⁶, e questa sistemazione sarebbe cessata, affiancata nel frattempo da organismi solo formalmente misti⁷⁷, solo nel 1900, in particolare con la legge organica del 1903⁷⁸.

⁷⁴ In tal senso **P. COSTA**, *Il fardello*, op. cit., 203.

⁷⁵ In maniera dettagliata su questi passaggi cfr. l'accurato studio storico di **I. ROSONI**, op. cit., 1069 ss.

⁷⁶ Vedi R. D. 5 novembre 1885 s. n. e R. D. 17 aprile 1887 s. n.

⁷⁷ Cfr. la descrizione che fa lo storico **N. LABANCA**, op. cit., rispetto delle istituzioni giudiziarie vigenti nella colonia eritrea, fino al 1896 data della sconfitta di Adua, p. 267: «Formalmente, al tempo di Adua, la colonia italiana disponeva di un differenziato sistema giudiziario: le diverse cause potevano essere portate di fronte al giudice conciliatore o al giudice unico (se di lieve entità); se più rilevanti, sarebbero state discusse si fronte alla giuria del Tribunale Civile e Penale; se riguardanti diritti "indigeni", avrebbero potuto essere da questi presentati ai Tribunali d'Arbitrato di Asmara o Cheren; se commesse in zona coperta da stato di guerra, sarebbero state materia del Tribunale militare ordinario; nelle zone suddette, poi, ogni potere era però avocabile dai Tribunali militari straordinari (in grado di comminare pene sino alla fucilazione). Tanta distinzione rischiava però di essere sostanzialmente formale, perché di fatto il Tribunale civile ebbe sempre scarsa rilevanza. I tribunali d'arbitrato erano presieduti da militari, lo stato di guerra copriva gran parte della colonia, la giustizia penale (quella politicamente rilevante) era in mano all'esercito».

⁷⁸ Cfr. **G. MONDINI**, op. cit., I, 99 ss.



Ma la contraddizione sostanziale tra la cultura del diritto liberale e la prassi di governo effettivo della colonia si rese palese nell'attività di amministrazione della giustizia da parte di magistrature militari o speciali. Certamente, la limitata estensione della colonia disincentivò per molto tempo una riforma organica della giustizia, sicché venne provveduto ad essa mediante una sovrapposizione di provvedimenti occasionali, di rado coordinati tra di loro. La conseguenza di questa distinzione fu che nel contesto coloniale l'esercizio della giustizia si basò piuttosto su criteri di opportunità pragmatico-politica (necessari all'esercizio dei poteri di governo) che sul dominio della legge. A tale situazione fecero corona molte, correlate difficoltà di controllo da parte degli organi centrali in ordine ai criteri dell'amministrazione coloniale. Ma anche rispetto ad un sistema di questo genere furono debitamente rilevate le ampie deroghe ai principi dello stato di diritto. Queste venivano censurate quando fossero state conosciute dagli organi metropolitani di controllo.

Tra i primi atti che ravvisarono questa ennesima antinomia vi fu il parere del Consiglio di Stato, il 26 ottobre 1891, sul progetto di riordino delle strutture giudiziarie in Eritrea da parte del generale Oreste Baratieri⁷⁹. In tale documento il Consiglio di Stato si dimostrò pienamente cosciente del fatto che in colonia sussistesse e si amplificasse sempre di più la contraddizione tra le "teorie" del diritto liberale e la pratica e continua estensione del potere militare. Ma esso si limitò a commentare che il piano di Baratieri sarebbe stato pur sempre preferibile ad una condizione di vuoto normativo e giurisdizionale. Si auspicava pertanto che tale piano di riordino potesse avere vigore solamente temporaneo in attesa di un futuro assetto definitivo della giustizia nella colonia. In casi come questo, pertanto, le magistrature centrali giustificavano la permanenza della giurisdizione militare in virtù della situazione di straordinaria extraterritorialità che appariva sussistere nella colonia. Di fronte a riserve così deboli, anche in questa circostanza, si avallò la delega all'autorità militare del potere nella colonia. Il riassetto definitivo della giustizia, auspicato dal Consiglio di Stato, sarebbe stato realizzato da Baratieri tre anni dopo⁸⁰, sempre all'insegna di principi già sperimentati e codificati dell' "ingerenza" dei militari⁸¹.

⁷⁹ Oreste Baratieri fu generale e Governatore dell'Eritrea.

⁸⁰ R. D. 22 maggio 1894, n. 201.

⁸¹ N. LABANCA, op. cit., 273.



c) Il regime giuridico degli statuti personali, bipartito tra cittadini e sudditi⁸², diede luogo all'applicazione della logica duale di regolamentazione delle differenze con la massima nitidezza. Tale tema è un altro tra quelli approfonditamente studiati, e a specifiche trattazioni si fa rinvio per una visione completa dell'argomento⁸³. Qui, più limitatamente, si vuole riflettere su alcuni aspetti della logica di rappresentazione giuridica delle differenze, individuali e culturali, attraverso la gerarchia tra status di cittadino e status di suddito (e dei loro "assimilati"). In questo caso la logica duale di rappresentazione delle differenze si organizzava attorno alla più semplice polarizzazione del soggetto, quella *sé/altro*. L'intuitiva chiarezza di questa scansione per la mentalità dell'epoca fece sì che per diversi decenni dalla fondazione della colonia non fosse sentita la necessità di codificare tale differenziazione giuridica in una apposita disposizione.

Questa gerarchia fu cioè costruita attorno alla distinzione, più palese agli occhi degli europei, tra coloni e indigeni, rappresentata proprio dalla diversità complessiva di *cultura*. Questa pretesa diversità fu posta alla base della definizione dello *stato giuridico*. La dottrina dell'epoca si limitava infatti a trattare la questione in modo tautologico, poiché la distinzione dello status personale veniva riconnessa all'appartenenza culturale degli individui e da questa appartenenza si faceva poi discendere il sistema di diritto materialmente applicabile all'individuo, se quello italiano, quello sharaitico, o quello consuetudinario. La dottrina dell'epoca si esprimeva chiaramente in proposito:

Il criterio di personalità della legge si riconnette indiscindibilmente non solo con quello specifico di pertinenza alle varie razze, stirpi, religioni, degli abitanti della colonia, ma anche ed innanzitutto con quello generico di stato giuridico dei medesimi, che ne è il presupposto non solo agli effetti del diritto per essi vigente ma anche agli effetti della legge in ogni altro campo⁸⁴.

La logica basata sulla *non appartenenza* alla civiltà europea era considerata così chiara e funzionale che rimase dominante anche nel momento in cui si provvide a redigere appropriate disposizioni volte a

⁸² Vedi **L. NUZZO**, op. cit., p. 492, il rispetto del criterio della cittadinanza, per Nuzzo, postulava a danno dell'indigeno una condizione giuridica di "non esistenza".

⁸³ Note a **P. COSTA**, *Civitas*, op. cit., in particolare il volume 3 dedicato alla cittadinanza liberale. Vedi inoltre per la tematica coloniale **E. CAPUZZO**, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'età liberale*, in *Clio. Trimestrale di studi storici*, Elsinore, Roma, 1, 1995, pp. 65-95.

⁸⁴ Così **G. MONDAINI**, op. cit., I, 273, in relazione allo stato giuridico degli abitanti della Somalia.



dare una definizione della “sudditanza”. E difatti poteva essere definito suddito, colui il quale, prima di tutto, non fosse stato un cittadino.

L’art. 2 dell’ordinamento giudiziario dell’Eritrea⁸⁵, norma che diede la prima definizione della condizione personale di sudditanza, veniva perciò redatta in termini negativi: tale qualità dipendeva innanzi tutto dal fatto di non essere cittadino italiano, suddito o cittadino di altro stato europeo. A tale presupposto di base ne seguivano altri secondari e concorrenti di natura positiva. Si richiedeva che la persona fosse nata in colonia, appartenesse a tribù o stirpi della colonia medesima, appartenesse ad altra popolazione africana, risiedesse da due anni in colonia o avesse prestato servizio stabile nell’amministrazione pubblica. Rispettava lo stesso ordine logico il successivo art. 2 dell’ordinamento giudiziario della Somalia⁸⁶, in base al quale era considerato suddito coloniale l’individuo che *non essendo cittadino italiano o cittadino di stato straniero riconosciuto* fosse stato nativo della colonia o fosse appartenuto a tribù o stirpi di essa. Conseguentemente, veniva regolata la posizione dell’*assimilato*, la cui condizione dipendeva dal fatto di appartenere a popolazioni che *non fossero equiparabili* a quelle europee, cioè *non avessero un grado di civiltà simile* a quello europeo. La nozione di civiltà, cioè, si caratterizzava come una sorta di *ideoscape* argomentativo, cioè come una concatenazione concettuale, dipendente dall’ideologia della nazione dominante, i cui elementi erano profondamente collegati gli uni con gli altri, in una struttura tale da non mutare anche qualora *uno* di essi fosse cambiato o assente.

La caratura superiore della civiltà europea non poteva infatti essere messa in crisi neanche quando un suo elemento costitutivo, quello della religione, fosse mutato nel percorso soggettivo dell’indigeno. Così, ad esempio, in caso di conversione dalla religione musulmana a quella cristiana. L’elemento religioso era certamente uno tra quelli che segnava in modo principale la diversità culturale tra indigeni e coloni. Ma lo stereotipo della appartenenza culturale, in senso più ampio, era così stabile che non poteva entrare in crisi neanche nel caso in cui un indigeno avesse deciso di convertirsi. La dottrina dell’epoca si interrogò in effetti se una tale evenienza potesse avere influenza oltre che sullo stato personale dell’indigeno, anche sulla sua condizione giuridica di “sudditanza”. Il giurista Ernesto Cucinotta ebbe modo di riflettere sulla questione, riassumendola in questi termini:

⁸⁵ R. D. 2 luglio 1908, n. 325.

⁸⁶ R. D. 7 luglio 1910, n. 708.



è interessante ora considerare quale effetto dispieghi sulla condizione giuridica degli indigeni delle nostre colonie la loro conversione a religioni diverse da quella professata: argomento non contemplato da alcuna disposizione legislativa. (...) i casi di cambiamento di religione non sono frequenti (...). Mette, quindi, conto di esaminare tale questione, la quale, però – s'intende facilmente – non ha importanza qualora l'indigeno rinunci ad una religione propria di una popolazione che gode nella colonia di un determinato statuto personale per abbracciarne un'altra alla quale corrisponda un altro statuto personale, come, ad esempio, se un musulmano della Libia si converta alla religione israelitica o viceversa. In questo caso, infatti, non si ha che un trapasso da uno statuto all'altro, ma l'indigeno rimane sempre cittadino italiano libico e come tale conserva il proprio statuto personale. Diverso, invece, è il caso in cui, ad esempio, un musulmano abbracci la religione cattolica, perché qui, appunto, sorge la questione se la conversione operi sul suo statuto personale. Evidentemente essa non ha alcuna efficacia sulla condizione giuridica. L'indigeno musulmano divenuto cattolico rimarrà sempre suddito coloniale o cittadino italiano libico. I casi in cui può essere concessa la cittadinanza metropolitana sono tassativi e non consentono interpretazioni di sorta. D'altra parte le credenze religiose non hanno più, per il nostro diritto, alcuna influenza sulla capacità di diritto delle persone fisiche, ed il cattolico, l'israelita, il musulmano, l'affiliato ad una *gema'ah* o ad una corporazione religiosa godono di tutti i medesimi diritti civili, benché diversa, in taluni casi, sia la loro condizione giuridica, quali cittadini o sudditi, rispetto alle nostre leggi ed alle nostre giurisdizioni. La conversione, quindi, e l'abbandono della religione non alterano lo statuto personale del convertito⁸⁷.

In una fattispecie come questa emergeva, in maniera immediata e prepotente, la prevalenza del fattore culturale (cioè di una diversità interpretata come un blocco monolitico) su quello dello status giuridico della differenza, interpretabile in maniera graduale come un fascio di elementi distintivi. Quel che più sorprende è che in un caso come questo la cultura potesse essere considerata come un fattore a se stante, quasi di natura *materiale*, rilevabile separatamente dalla religione. La diversità culturale tra i due soggetti, cittadino e suddito, si considerava radicale e oggettiva, connessa all'appartenenza ad un certo gruppo etnico-culturale (anche se in questo caso si trattava di una eccezione al principio generale dello status giuridico come status religioso)⁸⁸. Può destare sconcerto, cioè, che l'opposizione tra *il sé*, la soggettività culturale europea, e l'*altro*, cioè l'indigeno africano o assimilato, potesse

⁸⁷ E. CUCINOTTA, op. cit., 203.

⁸⁸ Cfr. P. COSTA, *Il fardello*, op. cit., 220. «Proprio per questo viene risolta in senso negativo la questione se l'eventuale conversione di un individuo dall'islamismo al cattolicesimo importi un mutamento del suo *status* giuridico. La conversione è ininfluente perché lo statuto personale non dipende dagli orientamenti soggettivi dell'uno o dell'altro individuo, ma dal suo radicamento in una "forma di vita" oggettivamente riconoscibile e valutabile». Sulla naturalizzazione del fattore culturale o religioso cfr. F. REMOTTI, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Laterza, Roma-Bari, 2008.



essere così cristallizzata in un complesso di fattori culturali che anche il mutamento di religione, probabilmente la *matrice* principale della identità culturale indigena, non potesse avere alcun rilievo nel modificare uno statuto personale, altrimenti sovradeterminato.

Tuttavia il sistema della cittadinanza progressivamente mutò, in maniera tale da rendere meno rigida la gerarchia di base. In particolare, dopo la conquista della Libia, con l'ordinamento statutario del 1919 venne abrogata la "sudditanza" e venne creata una forma speciale di *cittadinanza italiana della Tripolitania e della Cirenaica*. Malauguratamente, anche in questo caso non ci si allontanò dalla logica delle distinzioni duali, poiché poteva aspirare a tale *formula superiore di cittadinanza*⁸⁹ l'indigeno che avesse raggiunto il più alto grado di partecipazione all'apparato culturale e assiologico italiano. Con l'assimilazione egli sarebbe stato giudicato, per così dire, tanto *diverso* (dai suoi simili) da riuscire a surclassare completamente il divario di civiltà.

Le esemplificazioni della logica di diversità/differenza basati su una rigida distinzione duale potrebbero facilmente continuare, dal momento che essa contrassegnava e saturava i rapporti culturali nella società coloniale italiana. La dottrina più recente, alla luce di un approccio postcoloniale, ha riscontrato altri contesti interpretati alla luce di queste regole. In tutti questi casi non mancano le contraddizioni normative: c'è chi ha parlato di una opposizione in relazione al fattore *tempo* utilizzato nei discorsi imperialisti⁹⁰, chi ha enfatizzato i termini

⁸⁹ Cfr. **G. MONDAINI**, op. cit., II, 667 ss. Si adottava una concezione premiale della cittadinanza: cfr. la formula della "cittadinanza italiana con statuto personale e successorio musulmano" prevista dall'art. 5 del D. M. 12 aprile del 1939. L'A. la definisce come una «formula superiore di cittadinanza»: essa era concessa ai cittadini italiani libici (che avessero compiuti 18 anni e che non avessero riportato condanne per delitti comportanti pena restrittiva della libertà personale), su loro richiesta al Governatore generale della Libia quando si trovassero in una delle seguenti condizioni: ad esempio, essere stati insigniti di una decorazione al valore militare o civile (lett. *b*); avere servito con fedeltà e onore in un corpo militare dello Stato (lett. *d*); sapere leggere e scrivere in italiano (lett. *e*); aver acquistato benemeritenze verso la Nazione italiana (lett. *g*).

⁹⁰ **L. NUZZO**, op. cit., p. 479, ad esempio individua il presupposto del diritto coloniale nella differenziazione temporale tra la colonia e la metropoli in questi termini: gli stati europei «cominciavano a mettere a punto una riflessione teorica, ad inventare una nuova disciplina giuridica, il diritto coloniale appunto, che aveva in una differenziazione temporale il suo presupposto: il tempo della metropoli non era quello della colonia. La colonia era uno scarto temporale, uno spazio marginale che poteva essere investito degli effetti benefici della temporalità moderna e divenire oggetto dei suoi miti, ma la cui storia doveva ancora iniziare o iniziava in quel preciso momento con la colonizzazione europea. Uno spazio quindi che i canoni narrativi performanti e deformanti della modernità metropolitana respingevano e bloccavano in un premoderno senza fine».



dell'esclusione nello spazio urbano della città coloniale⁹¹. Vale la pena chiedersi, di là dai contenuti e dalle discriminazioni coloniali, se, rispetto a contesti, si differenzia, ma nella realtà estremamente variabili, distinzioni basate su logiche così rigide e formalizzate siano in grado di rendere l'enorme potenziale della persona umana e della sua variabilità.

6 - L'esperienza coloniale e il retaggio della concettualizzazione delle differenze

Ripensare il liberalismo attraverso la lente dell'esperienza giuridica coloniale torna utile soprattutto adesso che le dinamiche giuridiche attuali sono investite dai dilemmi della multiculturalità. Tale circostanza pone cioè nuove questioni agli ordinamenti giuridici, sia sollecitando risposte tempestive ai problemi di tutti i giorni, sia suggerendo l'opportunità di riflettere, per così dire *in profondità*, sulle radici stesse delle categorie di fondo delle tradizioni giuridiche occidentali. Interrogativi di questo genere coinvolgono inevitabilmente tematiche giuridiche di ampio respiro come la sovranità dello stato, la cittadinanza, l'esercizio della funzione giurisdizionale, i diritti fondamentali e queste appaiono a loro volta sempre più connesse con le categorie correnti di identità, cultura, religione, differenza e *alterità*⁹². È preoccupante dover ammettere che, rispetto a questa particolare prospettiva, l'eredità storica del liberalismo sembra non poter offrire

⁹¹ A. TRIULZI, *La colonia come spazio di esclusione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34 (2004/2005), tomo I, Giuffrè, Milano, 359 ss. «Alla base di ogni sistema coloniale vi è una serie più o meno esplicita di linee di esclusione e separazione delle comunità amministrate, caratterizzate rispettivamente dalla diversa e in qualche modo "minore" appartenenza dei coloni alla società nazionale. Tali linee divisorie separano ed in qualche modo escludono la società coloniale dalle garanzie di diritti riconosciuti in patria e, all'interno della società coloniale, articolano diritti e doveri delle varie componenti che vivono in colonia secondo aspettative di comportamento e strutture di obbedienza e/o adesioni differenziate», p. 361. L'A. aggiunge, a maggiore specificazione: «non si tratta solo di una distinzione giuridico-formale, ma implica il coagularsi di strutture identitarie di inclusione o di esclusione per chi non appartiene alla comunità nazionale, e si vede attribuire spazi di vita e di crescita politico-culturale ed economica che sono limitati da diritti di residenza o di sangue, introducendo negli ordinamenti statali derive differenzialiste di democrazia incompiuta e di esclusione della cittadinanza» (p. 362).

L'A. concretizza tali premesse teoriche però nell'analisi dello "spazio di esclusione" costituito dalla città coloniale, p. 367 ss.

⁹² Cfr. per una sistemazione dei rapporti di alterità all'interno di una prospettiva costituzionale dell'Unione Europea, S. MEZZADRA, op. cit., p. 75 ss.



risposte adeguate e sufficienti. La rivisitazione del passato coloniale impone, al contrario, nuove domande. Potrebbe osservarsi, ad esempio, che la cultura giuridica liberale, una volta chiamata ad operare in contesti culturali fortemente diseguali, si sia sottratta ad un confronto con le logiche e le dinamiche della differenza più radicale; che essa non abbia tentato di declinare la libertà secondo moduli giuridici alternativi a quelli europei; che abbia risolto le ambiguità e le antinomie attraverso una rigorosa sintassi dell'esclusione dell'*altro*. E ciò, probabilmente, in virtù di un approccio improntato più all'esigenza di dominare politicamente e giuridicamente le popolazioni extraeuropee, piuttosto che ad una loro integrazione nel sistema e nei valori della madrepatria. Nondimeno appare doveroso prendere coscienza di questa sorta di interruzione storica nell'applicazione dei principi liberali, quindi chiedersi se la tradizione del liberalismo sia davvero in grado di reggere le *fondamenta* stesse delle democrazie costituzionali odierne. Sembrerebbe cioè che il patrimonio giuridico del liberalismo, una volta formatosi lungo i solchi dell'esperienza storica del nazionalismo europeo, sia stato tenuto "alla larga" da ogni ipotesi di applicazione dialettica in contesti culturalmente meno simili ed *accoglienti*, escludendosi così *a priori* ogni ipotesi di verifica della validità delle sue coordinate culturali rispetto a tradizioni normative diverse. Ci si può chiedere, ancora, se la *riassunzione* di questa verifica sia diventata, oggi, indifferibile; e, qualora se ne ammetta l'urgenza, se non sia il caso di interrogarsi sulle difficoltà peculiari di questa operazione. Ove le si volesse dare corso, ciò andrebbe fatto tra le pieghe degli ordinamenti odierni, eventualmente riconsiderando i *modi* di declinare le differenze, ma senza mettere in discussione gli esiti più maturi del liberalismo nelle democrazie costituzionali, cioè i fini e i valori di libertà su cui queste si fondano.

Certamente questo tentativo di riorientare gli itinerari teorici del pensiero liberale andrebbe espletato *attraversando* in concreto la questione della differenza culturale nelle società contemporanea. Si tratta di una specificazione non inutile poiché se osservazione e senso comune spingono a rilevare che molte situazioni sociali (se non tutte), le popolazioni, gli stati, i gruppi, sono di fatto estremamente differenziati⁹³, molti approcci di politica del diritto continuano a sottovalutare questa evenienza e a presupporre la base sociale dei destinatari delle norme giuridiche culturalmente omogenea. Invece è *in atto* una frammentazione culturale dovuta a flussi migratori sempre più

⁹³ Cfr. E. SAID, *An Ideology of Difference*, in *Critical Inquiry* 1985, 12 (1):38-58; cfr. M. RICCA, *Dike meticcica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, 45 ss.



massicci, condizione che dovrebbe costringere ad una estrema cautela nei confronti dei processi di verifica, tutela e regolamentazione delle differenze giuridiche. Una differenza culturale di base di gruppi alloctoni può condizionare profondamente, ad esempio, l'interpretazione degli istituti giuridici, il modo di intendere categorie, condizioni di operatività e finalità delle norme legali. Conseguentemente la condizione di *meticcio della base sociale* potrebbe essere considerata come una variabile in grado di incidere sulle valutazioni di prognosi dell'efficacia e quindi sulla produzione delle disposizioni normative. Un'adeguata valutazione di questo tipo di variabile culturale renderebbe opportuno lo studio e la conoscenza delle matrici culturali dei gruppi di individui stranieri presenti sul territorio.

Lo studio delle esperienze coloniali insegna molto a questo proposito. La condizione di insufficiente conoscenza, da parte dei funzionari coloniali, degli apparati normativi, religiosi, etici e giuridici degli indigeni fu la prima causa di mancata comprensione tra autorità di governo e soggetto di diritto indigeno. Ciò portò spesso all'acritica reiezione delle pretese normative dei colonizzati, di disconoscimento degli usi e costumi locali, e di subordinazione delle popolazioni indigene, sulla base di ragioni di natura culturale, ancor prima che politica e normativa.

Alla luce di quella esperienza la multiculturalità di molte realtà statali offre quindi un incentivo in più allo studio delle tradizioni giuridiche extraeuropee: esso risulta necessario non solo per motivi di conoscenza, di valutazione e di comparazione scientifica, ma per ulteriori ragioni – si può dire – di economia endo-ordinamentale. I processi di insediamento di gruppi culturali non autoctoni importano, in prima battuta, una tensione inedita nei confronti degli itinerari di interpretazione delle norme di diritto interno. Il patrimonio culturale degli stranieri, radicato in sistemi e tradizioni giuridiche antiche e complesse, può indurre un individuo a chiedere interpretazioni differenti di principi, norme e provvedimenti giuridici propri della tradizione occidentale. Tali differenti interpretazioni, in alcune condizioni, possono essere legittimate e tutelate all'interno degli ordinamenti democratici attraverso gli strumenti di garanzia del pluralismo. Ma solo una conoscenza adeguata delle matrici di differenziazione culturale, delle premesse giuridiche di esse, delle loro finalità, può consentire agli organi dello Stato, in sede legislativa, amministrativa e giudiziaria, una valutazione consapevole, ponderata e corretta delle proposte di interpretazione presentate da parte di soggetti aventi una cultura giuridica diversa.



All'interno di queste dinamiche di affermazione culturale e giuridica un ruolo di primaria importanza rivestono i diritti fondamentali. Oggi, come formalmente nel periodo coloniale, la libertà religiosa rimane un indice primario di legittimazione delle scelte di differenziazione etica e giuridica dell'individuo. Tutte le disposizioni strumentali alla libertà di religione, in prima linea quelle che vietano ogni forma di discriminazione, costituiscono presidio e avamposto per il riconoscimento di diritti, prassi, opzioni etico-giuridiche alternative a quelle più diffuse all'interno di un certo *ambiente* statale. L'individuo "di cultura straniera" può chiedere di interpretare le disposizioni circa il diritto di famiglia, il diritto penale, il diritto pubblico, in armonia con le proprie convinzioni religiose. Differenti interpretazioni e, di conseguenza, diverse pretese appaiono quindi legate a doppio filo ad indici tecnico-normativi riscontrabili in ordinamenti giuridici di tipo religioso o consuetudinario propri dei paesi di origine del soggetto straniero. Cosicché le norme di libertà diventano i riferimenti costituzionali principali per avanzare simili istanze di riconoscimento e di tutela.

Ma anche oggi, così come avveniva nei contesti coloniali, tali prescrizioni normative si prestano ad essere eluse in virtù di fattori di (carente) precomprensione culturale, piuttosto che sulla base di valutazioni meramente tecniche. Questi fattori operano in modo non dissimile a quanto non avvenisse nel sistema della colonia. Si è visto come le politiche del colonialismo agissero allora su sistemi giuridici disorganici, tendenzialmente ambigui, in cui differenze estremamente complesse tra popolazioni ed individui venivano artificialmente *ridotte* all'interno di uno schema interpretativo a base duale. Quest'ultimo veniva applicato a settori disparati dell'amministrazione coloniale (ad es. sovranità, giurisdizione, cittadinanza) e poteva portare ad esiti diversi, sebbene opportunamente coerenti con le strategie di dominio politico necessarie al caso specifico. Il più delle volte questo schema innescava effetti di *esclusione* nei confronti dei diritti degli indigeni, per quanto questi fossero astrattamente riconosciuti nelle norme in materia di libertà religiosa. Tale riduzione stabiliva nel suo complesso una sorta di *appiattimento* degli schemi giuridici avanzati dai sudditi delle colonie, determinando una semplificazione indebita dei loro significati, nonostante questi a volte si richiamassero a tradizioni giuridiche radicate e complesse, basate sulle consuetudini o sulla religione del luogo. La *sintassi dell'esclusione* poteva prodursi in maniera immediata e diretta, come nel caso di disposizioni razziste, oppure in maniera indiretta attraverso i processi di bilanciamento dell'interpretazione in senso culturalista. Questa specifica strategia



veniva spesso dissimulata attraverso metodologie di argomentazione e di interpretazione complesse, capaci di negare o costituire opportunamente le “differenze” a seconda del risultato politico che l’organo giudiziario o amministrativo intendeva raggiungere.

Come descritto, questa logica manichea agiva ambigualmente sull’asse costituito dalle norme di libertà religiosa, in maniera tale che a volte le convinzioni di fede erano considerate significative e producevano effetti giuridici (come nel caso delle condizioni locali di applicazione, cosiddette soggettive, che escludevano l’applicazione della norma astrattamente applicabile); in altri casi esse non erano considerate giuridicamente rilevanti perché sopraffatte da constatazioni culturali(*ste*) di ordine oggettivo (come per il caso di mutamento di religione del suddito, considerato evento trascurabile nel procedimento di concessione della cittadinanza). Il risultato comune a queste “tattiche interpretative” era proprio quello di incidere negativamente sulla rilevanza ermeneutica delle culture indigene.

Simili risultanze circa l’operatività dei meccanismi differenziali coloniali devono far riflettere sul tema e sulle dinamiche della disciplina giuridica della diversità culturale. Spesso la regolamentazione giuridica della differenza non è condizionata solamente dalle disposizioni che sanciscono divieti antidiscriminatori. La disciplina giuridica di questioni estremamente sfaccettate come l’etnia, l’orientamento religioso o sessuale, l’identità culturale⁹⁴ si rispecchia comprensibilmente in un ambito normativo più ampio rispetto a quello nominalmente dedicatole, cosicché oltre ai divieti quello debba comprendere anche le norme che si occupano di formare, riconoscere e salvaguardare i gruppi culturali, razziali, o religiosi e le norme destinate a scandire le relazioni tra questi gruppi⁹⁵. Ciò costituisce un fattore di complessità nell’analizzare gli effetti giuridici delle politiche differenziali. Inoltre si è visto come il tenore della precomprensione culturale possa condizionare tanto la redazione delle disposizioni normative, quanto i successivi processi di interpretazione delle norme, e i procedimenti giurisprudenziali di controllo del sistema normativo. Nella attuale condizione di multiculturalità è oltremodo difficile assicurare che strategie di autotutela culturale non si traducano in

⁹⁴ Cfr. per questi aspetti **S. HALL**, *Politiche del quotidiano: culture, identità e senso comune*, il Saggiatore, Milano, trad. di E. Greblo, 2006, specialmente i saggi *Insegnare la razza* (57 ss.) e *Nuove etnicità* (221 ss.).

⁹⁵ Cfr. per le molte analogie e per l’approccio diacronico **A. P. HARRIS**, *Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law*, in *California Law Review*, Vol. 88, No. 6, Symposium of the Law in the Twentieth Century, (Dec., 2000), pp. 1923-2015.



processi, consapevoli o meno, di esclusione o discriminazione. Anche una valutazione di questo genere fa parte dell'*archeologia del colonialismo giuridico italiano*, ed è riferibile – va ribadito – non solo ai fini di dominio del governo dell'epoca, ma anche ad una certa riluttanza della dottrina liberale di affrontare, pur essendone consapevole, la sfida posta dall'alterità culturale più evidente.

Prima di concludere occorre riflettere su un ultimo punto. Dall'analisi delle disposizioni coloniali emerge come la differenza giuridica possa essere non solo oggetto di rilevamento e di constatazione oggettiva, ma anche *prodotta* giuridicamente a partire da una determinata ideologia e da una concezione di fondo della soggettività giuridica⁹⁶. In molti casi, anche rispetto alle teorie politiche attuali, le proiezioni giuridiche delle differenze individuali o di gruppo possono essere specchio di una concettualizzazione aprioristica e artificiosa. Si può cioè teorizzare a livello politico una specifica *idea di differenza* e agire giuridicamente per crearla, reitarla, *addomesticarla*. Da un punto di vista più ampio, va poi riaffermato che le differenze nei sistemi sociali, oltre che a manifestarsi in via di fatto, possono essere oggetto di *rappresentazione*. La differenziazione implica una determinazione: posto che si può cogliere una differenza tra cose solo nella misura in cui esse hanno in comune ciò in virtù del quale differiscono, si può opportunamente scegliere di accentuare o attenuare l'importanza di tale margine differenziale. Alcune volte differenze di fatto parziali o occasionali vengono consolidate attraverso la loro reiterazione all'interno di sistemi politici o normativi. In altri casi, non troppo rari, le differenze vengono create dal nulla, cioè costituite mediante la norma, anche quando *in effetti* esse non esistono. Infine, come si è visto, esse possono essere teorizzate in modi diversi: in maniera netta, marcata, duale o plurale; o in maniera graduale, sfumata, controvertibile, diffusa. Cioè si può scegliere se posare l'accento sulla diversità tra gli individui o le culture e rappresentare le differenze esistenti tra di essi come confini invalicabili o si può pensare ad una

⁹⁶ Cfr. M. WIEVIORKA, *La differenza culturale*, Laterza, Roma-Bari, trad. di A. L. Farro, 2004, 117 ss.; A. TOURAINE, *Libertà, uguaglianza, diversità*, il Saggiatore, Milano, 2002, trad. di R. Salvadori, 43; G. MARRAMAO, *La passione del presente*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, 185 e 204 ss. V. inoltre B. BAEZ, *The Study of Diversity: The "Knowledge of Difference" and the Limits of Science*, in *The Journal of Higher Education*, Vol. 75, No. 3, (May - Jun., 2004), 302 ss.; M. OLSEN, *From the Crick Report to the Parekh Report: Multiculturalism, Cultural Difference, and Democracy: The Re-Visioning of Citizenship Education*, in *British Journal of Sociology of Education*, Vol. 25, No. 2, (Apr., 2004), pp. 179-192; A. GUPTA - J. FERGUSON, *Beyond "Culture": Space, Identity, and the Politics of Difference*, in *Cultural Anthropology*, Vol. 7, No. 1, *Space, Identity, and the Politics of Difference*, (Feb., 1992), pp. 6-23.



differenza composita, processiva o graduale quale margine di espressione delle potenzialità infinite insite nell'individuo. L'esperienza coloniale dimostra, ad esempio, come l'adozione di uno schema di distinzione netta abbia prodotto risultati giuridici il più delle volte imprecisi, sostanzialmente discriminatori, determinando di fatto l'irrilevanza della maggior parte delle statuizioni originali, eterodosse, proteiformi dei diritti di origine religiosa o consuetudinaria. Queste possibili polivalenze, proprie del concetto stesso di differenza, comportano conseguenze di cui non si può non tenere conto nell'attività di redazione normativa, ma soprattutto implicano un alto tasso di responsabilità politica nel predisporre trattamenti differenziali tra gruppi e individui, siano essi cittadini o stranieri.

Simili considerazioni impongono la rivalutazione dell'eredità stessa del liberalismo in ordine alla reale metabolizzazione di queste problematiche all'interno dei consueti schemi tradizionali, anche rispetto agli esiti più maturi che essi hanno avuto nelle democrazie costituzionali. Il progressivo trapasso in Occidente da un tipo di società in cui vigeva il principio e il valore della differenza a quella in cui prevale il principio dell'uguaglianza⁹⁷ ed oggi il cambiamento in senso multiculturale della società dovrebbero spingere verso una rinegoziazione delle tecniche normative di rappresentazione e di modulazione delle differenze. Insomma, appare necessario riformulare la nozione di differenza culturale e ponderare la sua rilevanza in ambito giuridico, non potendosi fare solo affidamento su criteri distintivi netti ed oppositivi, ma valutando la diversità sempre più come una dissomiglianza complessa e graduale. Una rivisitazione così ispirata consentirebbe di teorizzare, tutelare, mantenere le differenze qualora fossero la conseguenza delle scelte operate dall'individuo all'interno di una griglia di norme capaci di rappresentare pluralisticamente e legittimamente le diverse opzioni a disposizione del soggetto di diritto. Una differenza giuridica intesa in termini di *grado*, cioè come una peculiare condizione di transazione tra uno stato personale ed un altro, potrebbe essere tutelata solo ove inserita all'interno di un orizzonte di norme e di valori più ampio, come un ordinamento giuridico comprensivo delle differenti opzioni culturali. Al contrario delle continue esclusioni operate dai giuristi coloniali, simili modalità di riconoscimento della differenza potrebbero tradursi, almeno in prospettiva, in una virtuosa dinamica di *inclusione* delle scelte dell'individuo rispetto ad un sistema pluralistico potenziato in senso

⁹⁷ A. P. HARRIS, op. cit., 1923 ss.



interculturale, nel segno di un ulteriore, più avanzato stadio di realizzazione storica degli ideali liberali.