



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2021

**Multiculturalismo
e diritti delle donne:
una riflessione, nella prospettiva
del costituzionalismo**

di Elettra Stradella

EDITORIALE SCIENTIFICA

MULTICULTURALISMO E DIRITTI DELLE DONNE: UNA RIFLESSIONE, NELLA PROSPETTIVA DEL COSTITUZIONALISMO

Elettra Stradella

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato
Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pisa

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. TASSONOMIA DEI CONCETTI NECESSARI ALLA RICOSTRUZIONE DEL RAPPORTO TRA DIRITTI DELLE DONNE E DIRITTI DELLE MINORANZE CULTURALI. A) MULTICULTURALISMO B) INTERCULTURALISMO C) TRANSCULTURALISMO D) INTERSEZIONALITÀ E) EGUAGLIANZA DI GENERE E (È) PARTECIPAZIONE; 2. IL DIBATTITO TEORICO SUL RAPPORTO TRA MULTICULTURALISMO E DIRITTI DELLE DONNE: DAL PARADOSSO DELLA VULNERABILITÀ MULTICULTURALE ALLE PROSPETTIVE DELL'AGENCY: 2.1. UN CONFRONTO INELUDIBILE: QUELLO CON S. M. OKIN; 2.2. IL "PARADOSSO DELLA VULNERABILITÀ MULTICULTURALE"; 2.3. UN'ALTERNATIVA NELLA COSTRUZIONE DELL'AGENCY ATTRAVERSO LA PARTECIPAZIONE; 3. DONNE E MULTICULTURALISMO NEL COSTITUZIONALISMO EUROPEO: 3.1. LE CHIAVI DI LETTURA PER UN POSSIBILE CONFRONTO TRA LIBERTÀ FONDAMENTALI E DIRITTI CULTURALI NELLA PROSPETTIVA DEL PIENO RICONOSCIMENTO DELLA SOGGETTIVITÀ FEMMINILE E DELLO SRADICAMENTO DEL POTERE PATRIARCALE; 3.2. L'ESEMPIO INGLESE: LA TUTELA DEI DIRITTI DELLE DONNE NELLA DIMENSIONE DELL'INTERLEGALITÀ (NELLA CORNICE EUROPEA); 3.3. I CONFLITTI TRA IDENTITÀ CULTURALE E EGUAGLIANZA DI GENERE DI FRONTE AI LEGISLATORI E NELLE CORTI; 3.3.1. LE RELAZIONI TRA UOMO E DONNA ALL'INTERNO DELLA FAMIGLIA; 3.3.2. I SIMBOLI RELIGIOSI SUL CORPO DELLE DONNE: IL VELO; 4. DONNE E MULTICULTURALISMO NEL COSTITUZIONALISMO POST-COLONIALE: 4.1. PREMessa: PROSPETTIVE DI INDAGINE DELL'EGUAGLIANZA DI GENERE NEI SISTEMI PLURALISTI POST-COLONIALI; 4.2 DIRITTI DELLE DONNE E MULTICULTURALISMO: IL CASO DELL'INDIA; 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1. Introduzione. Tassonomia dei concetti necessari alla ricostruzione del rapporto tra diritti delle donne e diritti delle minoranze culturali

Il tema del rapporto tra multiculturalismo e diritti delle donne occupa la riflessione filosofico politica, giusfilosofica, e, sebbene in misura minore, quella costituzionalistica, penalistica, comparatistica, ormai

da alcuni decenni. Come si vedrà, l'approccio tendenzialmente conflittuale che fino ad un certo punto ha accompagnato il dibattito, soprattutto sul versante femminista, è oggi in larga misura sostituito dal tentativo di decolonizzare il discorso sulla compatibilità della protezione dei diritti delle minoranze (religiose e) culturali con l'affermazione dei diritti delle donne. Il progressivo superamento di una visione esclusivamente universalistica dei diritti che prescinde dalla collocazione nel tempo e nello spazio delle comunità, degli individui, e *in primis* proprio delle donne, ed il crescente emergere di un'attenzione rivolta alla voce e ai silenzi di tutte le donne, accomunate dal dato storico dell'asimmetria di potere che le subordina, ma diverse tra loro per tutte quelle caratteristiche che a partire dall'art. 3 della nostra Costituzione sono considerate come fattore di potenziale discriminazione, si confronta con le reazioni che suscitano in qualsiasi persona, prima che in qualsiasi studiosa, cresciuta attraverso la cultura delle libertà e dei diritti fondamentali, le frequenti vicende di violenza e sopraffazione che descrivono le relazioni tra i sessi in alcune comunità "minoritarie"¹.

Resta difficile, anche di fronte a pronunciamenti espressi di autorità politiche e religiose che escludono la riferibilità di pratiche gravemente lesive dei diritti delle donne alla propria fede ed osservanza², superare la riserva mentale che ci porta a ricondurre determinate condotte ad alcune minoranze culturali e religiose. È il caso dei matrimoni combinati o forzati, che arrivano all'interno delle nostre società per tramite delle

¹ La terminologia, qui utilizzata e ricorrente, che distingue minoranze da maggioranze, intersecando un dato meramente statistico con il rapporto di potere che caratterizza le relazioni tra chi in un dato ordinamento stabilisce, nei modi e nelle forme costituzionalmente previste, le regole della convivenza ed i principi identificativi della comunità, e chi deve adeguarvisi ed è oggetto più che soggetto (di tutela), potrebbe essere ritenuta essenzializzante. D'altra parte termini come minoranza, o gruppo, anch'esso utilizzato in alcuni casi per qualificare l'insieme di soggetti portatori di quelle differenze culturali della cui potenziale tensione con l'eguaglianza di genere si discute in questo scritto, risultano funzionali a problematizzare la prospettiva di alterità di cui le tesi circa l'incompatibilità tra multiculturalismo e diritti delle donne si nutrono.

² Penso, da ultimo, al drammatico caso di Saman Abbas, uccisa da alcuni familiari per il suo progressivo allontanamento delle "regole di vita" islamiche, sfociato nel rifiuto di un matrimonio combinato, sul quale è intervenuto l'Ucoi nelle settimane in cui si scrive (3 giugno 2021), con una *fatwa*, finalizzata a «*ribadire e sensibilizzare su una pratica tribale che non può trovare alcuna giustificazione religiosa, per rafforzare l'impegno delle comunità nel contrasto e nella prevenzione di atti tribali che oltre essere contrari all'ordinamento giuridico del nostro Paese, vanno in pieno contrasto anche con la dottrina islamica*».

comunità che li considerano parte della loro tradizione e del diritto consuetudinario, anche al di là dei precetti religiosi espressi (generalmente islamici), ma si sviluppano comunque in una cornice religiosa, quale quella islamica appunto, molto plurale e non priva di ambiguità³.

L'intersecarsi di definizioni, metodi, prospettive di indagine, rende per un verso impossibile affrontare in questa sede tutte le questioni toccate dalla relazione tra multiculturalismo e diritti delle donne, per l'altro richiede di partire da una lettura e ricostruzione di alcuni concetti che segneranno il percorso e orienteranno la trattazione; concetti in alcuni casi non nativi del costituzionalismo, né delle discipline giuridiche, ma da tempo utilizzati anche dai giuristi e dalle giuriste, alla ricerca di una configurabilità o di una collocazione anche all'interno dello statuto epistemologico del diritto, costituzionale in particolare.

Come ci ricorda Gaetano Azzariti⁴, «viviamo oramai da tempo – e sempre più – in società dai confini porosi, votate alla contaminazione tra esperienze giuridiche, multiculturali e multietniche al proprio interno». Questa mutazione rappresenta una svolta radicale per gli “stati nazionali”, capace di incidere non soltanto sugli aspetti istituzionali, ma sulla genesi stessa dei diritti, e la loro interpretazione. Ad essere messo in discussione sembra *in primis* il principio universalista, centrale nella storia del costituzionalismo⁵; d'altra parte già quell'universalismo era costruito come intrinsecamente selettivo, perché, com'è noto, non comprendeva le donne: la rivoluzione illuminista borghese disegnava diritti fondamentali negati alla metà degli esseri umani, e,

³ Basti pensare al passaggio della *fatwa* sopra citata in cui, dopo varie citazioni coraniche e di *hadith* del profeta Maometto, si afferma come «nessun tipo di imposizione può essere usata in fatto di matrimonio e che i contratti di matrimonio forzati non hanno alcuna validità. Questo è anche il parere del Consiglio Europeo della Fatwa e della Ricerca riportato nella decisione n.14/4. Ciò non toglie il diritto dei genitori di esprimere pareri e consigli non vincolanti nelle decisioni di matrimonio dei loro figli e figlie, al fine di rendere le relazioni delle famiglie più stabili e durature.». È evidente dal passaggio finale come sia operata una distinzione tra matrimoni forzati e matrimoni combinati, con un'evidente accettazione dei secondi, la cui (possibile) compatibilità con i principi costituzionali, nella prospettiva del bilanciamento tra diritti individuali, diritti delle minoranze, libertà religiosa e diritto ad essere sé stessi, passa attraverso la misura dell'effettiva partecipazione della donna non soltanto alle decisioni che la riguardano, ma, più ampiamente, alla costruzione e all'interpretazione delle regole comunitarie. Si rinvia su questo al par. 2.3.

⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, Editoriale in *Federalismi.it*, 23 dicembre 2015.

⁵ *Ibidem*.

dunque, una cittadinanza escludente⁶. Neppure la traduzione dei diritti dalla prospettiva universalistica, invero astratta, a quella più concreta dei diritti fondamentali garantiti all'interno di un contesto statale di riferimento, ha impedito di conservare per lungo tempo la discriminatorietà insita alla qualificazione giuridica dei diritti, regolati a partire da una determinata soggettività, solo ipoteticamente neutrale. Soltanto le lotte e le rivendicazioni hanno nel tempo guidato un processo di progressivo ampliamento non solo o non tanto dei diritti, ma dei soggetti di diritto, e tale processo si è spinto ormai, negli ultimi anni, verso il riconoscimento di diritti che «si sono conformati in ambiti culturali, ma anche politici e religiosi, diversi»⁷, resi evidenti proprio dal contesto multi-etnico. In realtà, più che di singoli diritti che richiedono protezione sembra trattarsi dell'emergere di un generale diritto al riconoscimento della diversità culturale, dalla quale potrebbe potenzialmente derivare l'accettazione di una serie di comportamenti almeno potenzialmente *contra legem*, variamente configurabili e difficilmente ascrivibili ai diritti fondamentali propri della tradizione giuridica e costituzionale occidentale, se non in senso oppositivo. Peraltro «il diritto ad essere diversi è tutt'altro che estraneo al progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale che si va configurando nel secondo novecento»⁸, a partire non certo (o, per lo meno, non tanto)

⁶ È già Olympe de Gouges, nella sua *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* del 1791, *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* (1791), che individua limiti e opportunità dell'eguaglianza, segnalando come «l'uomo' e il 'cittadino' della Dichiarazione rivoluzionaria non siano certamente neutri, né asessuati, e criticando così quel "neutro maschile" che ci avrebbe accompagnate fino ad oggi, e che ancora il diritto non riesce a superare, né nella teoria né nella pratica. De Gouges pone l'urgenza di «un nuovo ordine politico sessuato» e ritiene impossibile l'eguaglianza se non a partire da una fondazione diretta dell'ordinamento da parte delle donne, insieme agli uomini, in quanto soggetti differenti. Differenti *da*, ma, nell'impostazione che si è qui sposata, soprattutto differenti *tra*. Non è un caso che de Gouges, riprendendo i diritti fondamentali proclamati dalla Dichiarazione del 1789, ponga l'accento tra gli altri sulla "resistenza all'oppressione", mostrando quell'intersezione tra punto di vista della differenza sessuale e dimensione antagonistica dei diritti di cui si diceva. Sull'Autrice si rinvia all'ultimo volume pubblicato da A.M. LOCHE, "La liberté ou la mort". *Il progetto politico e giuridico di Olympe de Gouges*, Mocchi, 2021.

⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, cit.

⁸ Cfr. T. MAZZARESE, *I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali nelle democrazie costituzionali*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, p. 66.

«dalla pretesa di un’improbabile assimilazione di tutti ad uno stesso sistema valoriale (quello dell’ “occidente”)»⁹ ma, dalla volontà di segnare un monito, da parte della civiltà europea, affinché «il resto del mondo eviti di riprodurre i suoi stessi errori»¹⁰.

Se «la positivizzazione e l’internazionalizzazione dei diritti fondamentali»¹¹ hanno contribuito a costruire una «sfera dell’(in)decidibile»¹², incarnante la superiorità del diritto e dei suoi principi nei confronti della politica, questa sembra però essere preminente nelle scelte in materia di composizione e integrazione delle diversità culturali, e mostra un particolare protagonismo quando si tratta di regolare le migrazioni, in una prospettiva non sempre coerente con quella propria del costituzionalismo. Come si dirà, una costruzione prevalentemente politica del multiculturalismo può porsi in vario modo in conflitto con i principi e i valori del costituzionalismo: sia che traduca una preferenza verso il riconoscimento della diversità tale da mettere a rischio le ragioni dell’eguaglianza, sia che si risolva nella negazione e nell’assorbimento delle identità culturali in nome della massima espansione possibile nella tutela dei diritti individuali, per come configurati all’interno della tradizione del costituzionalismo, e tra questi in particolare dei diritti delle donne. In entrambi i casi, infatti, verrebbe meno l’asse portante del costituzionalismo, identificabile nella teoria e nella pratica della limitazione del potere (costituito): nel primo caso, la delega ai gruppi minoritari di scelte che incidono sulle condizioni di eguaglianza all’interno del gruppo può di fatto equivalere all’attribuzione di un potere illimitato nelle mani di chi stabilisce diritti e doveri al suo interno, e generalmente lo fa senza garanzie effettive di partecipazione di tutti e tutte alla definizione delle regole; nel secondo caso, la maggioranza detentrici del potere politico all’interno dell’ordinamento generale esercita un controllo illimitato e neutralizzante sulle minoranze,

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Sebbene in una prospettiva critica dei diritti umani, proprio M. IGNATIEFF, *Human Rights as Idolatry*, in A. GUTMANN (a cura di), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001; trad. it. *Diritti umani come idolatria*, in M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, pp. 67-66.

¹¹ Cfr. T. MAZZARESE, *I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali nelle democrazie costituzionali*, cit., p. 80.

¹² Secondo l’espressione di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 14, n. 2/1998, p. 15, che definisce uno spazio astrattamente escluso dalla discrezionalità del legislatore e dall’azione incontrollata dell’economia e della politica.

e nel nome della protezione di alcuni diritti fondamentali si attribuisce l'ultima e definitiva parola impedendo di fatto ad alcuni gruppi una piena partecipazione alla vita civile e sociale.

D'altra parte una costruzione costituzionalmente orientata del multiculturalismo non può che prendere le mosse dalla consapevolezza che «diverse concezioni dei rapporti tra donne e uomini, dei ruoli femminili nel privato e nel pubblico e dei diritti delle donne sono spesso considerate uno dei principali ostacoli all'integrazione delle persone migranti e dei loro discendenti»¹³. Le donne sono al centro del conflitto tra particolarismi culturali e religiosi e diritti nazionali ormai improntati (almeno dal punto di vista del diritto positivo) all'eguaglianza giuridica e sostanziale, un conflitto scatenato talvolta da pratiche e costumi, si pensi ai matrimoni forzati, ai quali si faceva cenno introducendo questo scritto, alla subordinazione della donna all'interno della famiglia, alle mutilazioni genitali femminili, all'abbigliamento religioso, talaltra da vere e proprie antinomie, come accade nel rapporto tra diritti europei e diritto islamico in materia di poligamia, di successioni, ed altro.

Per poter chiarificare e analizzare tali conflitti, occorre inserirli all'interno delle diverse possibili coordinate di politica del diritto, e prima ancora concettuali, che ne determinano la geometria. La prima è proprio quella del multiculturalismo.

a) Multiculturalismo

Numerose sono le definizioni di “multiculturalismo”, a partire dalla fondamentale distinzione tra questo fenomeno e l'esistenza di società multietniche¹⁴, poiché mentre la seconda rappresenterebbe una condizione di fatto, «una situazione empirica di convivenza su di uno stesso territorio nazionale di una molteplicità di gruppi sociali con valori, pratiche, credenze, norme giuridiche, strutture di relazione sociale differenti»¹⁵, il primo incarnerebbe «un modello politico, giuridico

¹³ Cfr. A. FACCHI, *La libertà delle donne*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit., pp. 46 ss.

¹⁴ Si veda la voce *Multiculturalismo* di A. FERRARA, in N. BOBBIO, N. MATTEUCI, G. PASQUINO (a cura di), in *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, pp. 599 ss.

¹⁵ Cfr. G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

ed etico per le società pluraliste che, in un quadro democratico, preveda la tutela e la valorizzazione di gruppi sociali minoritari, della loro identità culturale e della loro partecipazione politica.»¹⁶.

È importante tenere presente l'origine prettamente politica del multiculturalismo, e pratica: si tratta infatti, com'è noto, dello schema politico elaborato per il Canada negli anni Sessanta del secolo scorso con lo scopo di integrare le posizioni degli anglofoni e quelle dei francofoni, anche attraverso il riconoscimento del bilinguismo istituzionale e formativo e del biculturalismo scolastico, e poi riverberatosi nella dimensione costituzionale quale vero e proprio principio del multiculturalismo. Il multiculturalismo canadese reca dunque in sé il bilanciamento e la conciliazione tra istanze autonomiste ed esigenze federative, obiettivi di integrazione, l'intersezione tra strumenti finalizzati alla tutela dei diritti e altri rivolti soprattutto al *design* delle istituzioni. Il modello canadese di Trudeau rappresenta dunque l'archetipo di una politica multiculturalista tradotta in un costituzionalismo multiculturalista, ma non è l'unico esempio di sistema "geneticamente" multiculturalista¹⁷, potendo ricondursi a tale approccio anche gli Stati Uniti, sebbene più nella dimensione politica che in quella costituzionale, e certamente l'India, alla quale sarà dedicato uno specifico approfondimento per il significato che riveste tale esperienza nell'ambito dei sistemi post-coloniali.

Ci si chiede dunque quali siano, o quali possano essere, il contenuto, lo spazio, il ruolo per il multiculturalismo come politica e/o come principio costituzionale in sistemi giuridici diversi rispetto a quelli che strutturalmente ad esso sono improntati, ma anche quali siano le sue possibili conseguenze quando sia chiamato a regolare differenze culturali per così dire radicali, che attraversano non soltanto appartenenze etniche diverse, ma anche appartenenze religiose, e tradizioni giuridiche. In modo sintetico, ma efficace, Susan M. Okin definiva il multiculturalismo, premettendo le difficoltà definitorie che si incontrano nel tentativo di circoscriverne finalità e potenzialità, come «la pretesa, in contesti di democrazie fondamentalmente liberali, che le culture o gli stili di vita minoritari non sono protetti a sufficienza dalla

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Come ricorda G. CERRINA FERONI, *ibidem*, e come emerge da D. AMIRANTE, V. PEPE (a cura di), *Stato democratico e società multiculturali. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, 2011, che raccoglie gli atti del Convegno annuale della Associazione Italiana di Diritto Pubblico Comparato.

garanzia di diritti individuali ai loro membri. Perciò le culture devono essere protette per mezzo di speciali diritti di gruppo o privilegi»¹⁸. È significativo che Okin faccia riferimento a «contesti di democrazie fondamentalmente liberali», sostanzialmente individuando il multiculturalismo come un approccio prettamente occidentale alla diversità, che sconterà, nel dibattito dalla stessa autrice sollecitato tra multiculturalismo e femminismo, una cristallizzazione di quelle culture reclamanti riconoscimento e protezione. Infatti, spesso la riflessione femminista sul multiculturalismo, ma anche la riflessione multiculturalista, si areneranno nell'enfaticizzazione del dato culturale come monolitico, e nell'ineluttabilità dei conflitti assiologici tra le culture, spesso presenti, certo, nel caso di eterogeneità tra norme sociali e culturali di minoranza e di maggioranza aventi ad oggetto diritti fondamentali, come la libertà sessuale, o l'eguaglianza morale e giuridica all'interno della famiglia, ma talvolta esasperate dagli stereotipi attraverso i quali la maggioranza disegna le culture minoritarie¹⁹.

Spesso il dibattito²⁰ manca della necessaria problematizzazione del concetto stesso di cultura, la cui monoliticità e staticità molto ha con-

¹⁸ Cfr. S. M. OKIN, *Multiculturalismo e femminismo. Il multiculturalismo danneggia le donne?*, edizione originale *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in *Boston Review*, October/November 1997, traduzione di Maria Chiara Pievatolo.

¹⁹ Sul punto cfr. A. PHILIPPS, *Multiculturalism without Culture*, Princeton, 2008, pp. 216 ss.

²⁰ Si pensi al confronto tra il femminismo liberale di S. M. Okin e la prospettiva multiculturalista di W. Kymlicka, su cui si tornerà. Ma un riferimento va anche al dibattito sul rapporto tra democrazia e multiculturalismo, animato in particolare da Habermas e Taylor, la cui prospettiva sociologica di ricerca sui processi di costruzione del consenso al fine della costruzione di una convivenza democratica porta ad individuare nel diritto lo strumento attraverso il quale affrontare e organizzare tale forma di convivenza, in grado di tessere legami di solidarietà tra estranei. Il diritto consente infatti di sancire la superiorità della cittadinanza sull'identità culturale, del rispetto e della tutela dei diritti fondamentali sulla condivisione valoriale e sull'omogeneità culturale all'interno della nazione. D'altra parte lo stesso Habermas è consapevole che il problema del rapporto tra multiculturalismo e democrazia deriva da un approccio alla democrazia con *Western eyes*, da un'identificazione della democrazia con la liberal-democrazia, che non consentirebbe di considerare come legittima qualsiasi forma di convivenza. Il presupposto individuato in termini sociologici da Habermas trova dunque un riverbero e una concretizzazione costituzionale, all'interno della quale si iscrive anche la riflessione sul rapporto tra multiculturalismo ed eguaglianza (di genere). Si veda J. HABERMAS, *Solidarietà tra estranei. Interventi su «Fatti e norme»*, Milano, 1997, ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998 e J. HABERMAS J.-C. TAYLOR, *Multiculturalismo*, Milano, 1998. Per un commento trasversale,

tribuito e contribuisce a generare una radicalità che confina la maggioranza e le minoranze in perimetri distinti e mai comunicanti²¹.

È un dato ormai incontrovertibile il superamento dello schema tradizionale statale, che, com'è noto, si fondava su una concezione unitaria della sovranità nazionale. È la trasformazione di quest'ultima, dunque, l'elemento caratterizzante il profilo costituzionale del multiculturalismo²², e delle diverse "categorie" che sono state utilizzate e con le quali si confronta questa trattazione, dal *multicultural constitutionalism*²³, ai *multicultural states*²⁴, fino alle *multicultural democracies* alle quali fa riferimento l'*United Nations Development Programme* nel 2004, identificandole con quei sistemi nei quali le minoranze possono organizzarsi autonomamente e diventare soggetti di autogoverno attraverso sistemi di fonti del diritto distinti e separati da quelli dell'organizzazione statale sul cui territorio sono stabilite²⁵. Questa trasformazione costituzionale, che si cercherà di leggere in seguito anche attraverso le lenti del pluralismo giuridico e dell'interlegalità, supera le origini canadesi del progetto multicultural, trasportandolo verso contesti di disomogeneità segnati soprattutto dal fenomeno migratorio, e dalla convivenza di assetti valoriali e normativi in taluni casi *prima facie* incompatibili: è in questa veste che il multiculturalismo pone specifiche questioni che riguardano i diritti delle donne.

b) Interculturalismo

Il termine interculturalismo sembra di per sé presupporre un confronto tra parti, un dialogo (eventualmente anche conflittuale) tra

cfr. D. SPARTI, *Difficili convivenze. Una nota su Habermas e il multiculturalismo*, in *Quaderni di Sociologia*, n. 29/2002, pp. 121 ss.

²¹ Cfr. A. PHILIPPS, *Multiculturalism without Culture*, cit.

²² Cfr. W. KYMLYCKA-R. RUBIO-MARÌN, *The participatory turn in gender equality and its relevance for multicultural feminism* in R. RUBIO-MARÌN, W. KYMLYCKA (a cura di), *Gender parity and multicultural feminism: towards a new synthesis*, Oxford, 2018, pp. 1 ss.

²³ Cfr. D.L. VAN COTT, *Indigenous Peoples' Politics in Latin America*, in *Annual Review of Political Science*, n. 13/2010, pp. 385 ss.

²⁴ Cfr. J. ANAYA, *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n. 21/2004.

²⁵ Cfr. UNDP (*United Nations Development Programme*), *Cultural Liberty in Today's Diverse World: 2004 Human Development Report*, New York, UNDP, 2004.

visioni del mondo. A differenza del paradigma multiculturale²⁶, che presupporrebbe l'indifferenza, o il relativismo, culturale, e di quello assimilazionista, che postulerebbe invece la superiorità etica, o ontologica, di una cultura rispetto alle altre, la prospettiva interculturale promuoverebbe invece la relazione come metodo, e giungerebbe all'effetto aggiuntivo di una valorizzazione reciproca delle culture coinvolte²⁷. Rispetto al multiculturalismo appare più in sintonia con la prospettiva del costituzionalismo e con le dinamiche del diritto: con il primo, poiché traccia una prospettiva di rivitalizzazione del «nostro ordine di valori avendo come parametro il valore prescrittivo ed emancipatorio della Costituzione inteso alla definizione dello sviluppo di una società non più omogenea per tradizioni e culture ma che può pervenire a un nuovo senso della convivenza in una unità superiore rappresentata da una Costituzione meticciosa che impara dagli altri e insegna a ciascuno»²⁸. Con l'interculturalismo dunque si potrebbe approdare ad una rinnovata lettura della Costituzione, quella italiana, ma più in generale di quelle europee, attraverso la cifra del meticcio, proposta da Gaetano Azzariti²⁹. Più che una giustapposizione di valori e significati, l'interculturalismo traccerebbe la strada per una reciproca ridefinizione, aperta alla differenza, da parte dei sistemi normativi tra loro in comunicazione, tra maggioranza e minoranze, in cui però la maggioranza non rinuncia a “insegnare” e trasmettere il proprio patrimonio valoriale.

L'interculturalismo è poi coerente con le dinamiche del diritto, perché il diritto stesso può essere interculturale³⁰. A partire da Teubner,

²⁶ Visioni critiche (o, forse, scettiche) sulla differenza tra multiculturalismo e interculturalismo, in G.B. LEVEY, *Interculturalism vs. Multiculturalism: A Distinction without a Difference?*, in *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, n. 2/2012, pp. 217 ss.; K. BODIRSKY, *The Intercultural Alternative to Multiculturalism and its Limits*, in EASA Workshop 2012, Paper n. 8.

²⁷ Per questa prospettiva G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, Laterza, 2007, spec. p. 111; fa riferimento ad una dimensione interculturale della convivenza C. PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2012 del 15 gennaio 2012. Ne riferisce in prospettiva critica G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, cit.

²⁸ Cfr. G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, cit.

²⁹ Per l'espressione costituzionalismo meticcioso, e il suo portato in termini di decolonizzazione dei diritti fondamentali, cfr. anche S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcioso. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, 2016.

³⁰ Sul punto si veda in particolare P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità*

che illustra come l'imposizione di una regola di diritto straniero all'interno di un altro sistema produce «una dinamica evolutiva nella quale il significato di una regola esterna sarà ricostruito e il contesto interno sarà sottoposto ad un fondamentale cambiamento»³¹, emerge come i processi che nel diritto comparato vengono definiti di trapianto non sono mai unilaterali, e producono cambiamenti che non si limitano ai singoli istituti oggetto dell'«importazione», ma interessano i sistemi nel loro complesso: «come l'integrazione sociale dà vita ad una nuova società e l'integrazione culturale dà vita ad una nuova cultura, anche l'integrazione giuridica può dare vita ad un nuovo diritto: un diritto, appunto, interculturale»³². D'altra parte, l'interculturalismo è fenomeno che supera quello dei trapianti giuridici, per la principale ragione che il trapianto indica un approccio nel quale c'è una maggioranza che si apre, decidendo se e quanto aprirsi a strumenti/modelli eterologhi, mentre nell'interculturalismo è più forte l'elemento relazionale, soprattutto nella fase di genesi delle «nuove» regole. Certamente il diritto interculturale non rappresenta un'esperienza generalizzabile; nel caso in cui la maggioranza non sia disposta a trasformare la configurazione di istituti giuridici che hanno fino a quel momento caratterizzato l'ordinamento, anche qualora tale apertura potesse effettivamente comportare non soltanto il riconoscimento della cultura (e del diritto) altrà, ma anche dei diritti individuali di chi vive una doppia appartenenza, ritorna a presentarsi la risposta del multiculturalismo, nella sua declinazione pratica dell'attribuzione di particolari forme di autonomia ai gruppi culturali minoritari³³. E anche l'interculturalismo tende infine a riproporre il medesimo dilemma: una volta favorita la comunicazione tra le culture, e sviluppatosi un processo che può condurre alla condivisione di un nucleo comune di principi a partire dal quale

culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto, Torino, 2016, pp. 175 ss.

³¹ Cfr. G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in *The Modern Law Review*, 61, 1/1998, spec. p. 145, trad. it. in *Ars Interpretandi*, 2006.

³² Cfr. P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, cit.

³³ L'esempio più evidente è quello della poligamia, utilizzato da P. PAROLARI, *ibidem*, che sottolinea come se per un verso l'apertura dei sistemi democratici e liberali alla poligamia potrebbe offrire maggiore tutele alle donne che sono parte di un matrimonio poligamico, d'altra parte essa muterebbe radicalmente il significato che l'istituto matrimoniale assume nelle società occidentali.

diventa possibile dialogare e confrontarsi su tutto il resto³⁴, cosa accade qualora all'interno di quel nucleo non possano rientrare alcuni di quei valori considerati "non negoziabili" da una delle culture in relazione? Occorre chiedersi cioè se il processo in quanto tale, l'esperienza deliberativa, possano di per sé garantire il risultato, cioè l'approdo ad un sistema assiologico minimo (meglio, essenziale) di comune riferimento, in una realtà composita ed eterogenea in cui l'identificazione dell'essenziale è a geometria variabile, e pensare che possa essere uguale per tutti non avrebbe «alcun fondamento (...), poiché anche i diritti si sono differenziati, Paese per Paese, sulla base di circostanze storiche, credenze morali e religiose, condizioni economiche e sociali: ciò che è fondamentale per un europeo potrebbe esserlo meno per un indiano e ciò che è fondamentale per un indiano o per un cinese potrebbe esserlo meno per un europeo»³⁵.

Guardando in particolare alla prospettiva che qui più interessa, cioè quella di genere, né l'eguaglianza tra i sessi nella valorizzazione delle differenze, né la parità di genere possono essere considerate un minimo comune denominatore interculturale. Per la verità le stesse società appartenenti alla *Western Legal Tradition* si sono costruite sulle asimmetrie di genere e il diritto è stato elaborato a partire da una presunzione di neutralità che per molto tempo ha nascosto che era in realtà pensato intorno al soggetto maschile, e dotato di tutti i caratteri "maggioritari". Si potrebbe paradossalmente ritenere che siano le discriminazioni di genere (ieri anche operate per via legislativa, oggi ormai solo *de facto* in alcuni ordinamenti, e ancora *de jure* in altri) a rappresentare l'esperienza comune dall'età classica ad oggi³⁶. D'altra parte, l'evoluzione del costituzionalismo è stata segnata più che da qualsiasi

³⁴ Nella prospettiva promossa tra gli altri da P. VERONESI, *Diritti costituzionali e multiculturalismo*, in *Diritto e società*, 1/2012, pp. 19 ss.; M. CARTABIA, *Diritti umani e pluralità delle culture: un percorso possibile*, in J. PRADES (a cura di), *All'origine delle diversità: le sfide del multiculturalismo*, Milano, 2008. Sul tema anche E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma, 2006 e, più di recente, G. CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, 2018.

³⁵ Cfr. P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Atti del Convegno internazionale di studi. Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, Napoli, 2016, spec. pp. 104 e 133.

³⁶ Si veda da ultimo M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020.

altra trasformazione, proprio dal progressivo allargamento del suffragio e della cittadinanza, che, attraverso la partecipazione femminile alla vita politica e alla deliberazione pubblica, non ha prodotto soltanto un effetto “inclusivo”, ma ha trasformato radicalmente il significato stesso della cittadinanza, sia in senso verticale, nel rapporto tra pubblici poteri e individui, sia orizzontale, determinando profondi mutamenti costituzionali nei diversi ordinamenti per quanto concerne le relazioni tra i sessi³⁷. Passi indietro si configurerebbero dunque come vere e proprie regressioni costituzionali³⁸: si tratta di capire quali siano le condizioni per configurare un passo indietro come tale, e, si vedrà, proprio la cifra della cittadinanza soccorrerà in questo tentativo.

c) *Transculturalismo*

Al di là degli esercizi verbali, che potrebbero apparire tutto sommato abbastanza sterili, o l'esito di tentativi descrittivi dal dubbio portato normativo, alcuni paradigmi più recenti sembrano contribuire al dibattito sulla relazione tra culture e potere, tra diritti dei gruppi e diritti individuali, e ci si riferisce in particolare a quello del transculturalismo e del *progressive multiculturalism*. Transculturalismo e mul-

³⁷ Sul significato straordinario del suffragio universale nel nostro sistema costituzionale e l'impatto sulla Costituzione dal punto di vista della costruzione di una democrazia paritaria, cfr. B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in EAD. (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, 2012, spec. pp. 16 ss., e EAD., *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, in EAD., A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, pp. 1 ss.; sempre di Pezzini risulta fondamentale l'elaborazione del concetto di cittadinanza duale, rintracciabile in EAD., *Il riequilibrio di genere nella legislazione elettorale*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, Bologna, 2008.

³⁸ *Le constitutional degradation* è un fenomeno molto studiato negli ultimi anni (nei mesi in cui si scrive affrontato in Italia in particolare dal progetto di ricerca PRIN coordinato da Tania Groppi, si rimanda ai lavori del convegno svoltosi il 21 e 22 giugno, rintracciabili su *Youtube*), a partire dai volumi di M.A. GRABER, S. LEVINSON, M. TUSHNET, *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018, e T. GINSBURG, A.Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, 2018, su cui si veda anche la review di M. LOUGHLIN, *The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 39, n. 2/2019, pp. 435 ss.. E in relazione al multiculturalismo, cfr. T. GROPPi, *Multiculturalismo 4.0*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2018.

ticulturalismo progressivo sembrano suggerire un diverso contesto e un possibile diverso approccio alle relazioni tra culture, che sostituisca all'isolamento, al conflitto, la prospettiva della comunanza, dello scambio e dell'interazione³⁹. Il transculturalismo, certamente molto vicino all'interculturalismo per la visione di una società che rilegge l'identità culturale in modo dinamico⁴⁰, considerandola flessibile e rinnovabile, continuamente rivedibile e condizionata dalle interazioni che si realizzano tra gruppi, geograficamente e temporalmente situati⁴¹, può per certi versi essere associato al *progressive multiculturalism*. Una tendenza, quest'ultima, che nasce proprio in risposta alle critiche avanzate nei confronti delle politiche di *accomodation* per le minoranze culturali e religiose, come potenzialmente (ed anche concretamente) lesive dei diritti delle donne. Comprendere ed esplicitare il fatto che le aperture alle differenze proprie di alcuni gruppi minoritari, e la previsione di strumenti di "accomodamento", costituiscono un corollario necessario della tutela in senso liberale dell'autonomia individuale e del pluralismo, consentirebbe di sviluppare una versione del multiculturalismo che salvaguarderebbe anche l'autonomia delle donne appartenenti alle minoranze. Questo approccio integra due componenti, entrambe importanti per l'autonomia delle donne appartenenti alle minoranze: in primo luogo, attribuisce peso al valore del "riconoscimento" della differenza culturale e religiosa nella sfera pubblica; in secondo luogo, favorisce una piena partecipazione delle donne "di minoranza" ai processi politici, sociali, ed economici⁴². Si tornerà in seguito a precisare come in realtà il concetto di "autonomia"⁴³ non sia soddisfacente in generale quando si discute di diritti fondamentali, e lo sia poco con riferimento allo statuto soggettivo delle donne appartenenti alle minoranze culturali, ma il pregio del multiculturalismo progressivo è che sembra, più di altri paradigmi, porre al centro la donna, o meglio le

³⁹ Così è descritta la transculturalità da W. WELSCH, *Transculturality – the Puzzling Form of Cultures Today*, in *Spaces of Culture: City, Nation, World*, London, 1999, a cura di M. FEATHERSTONE, S. LASH, spec. p. 205.

⁴⁰ Cfr. S. BRANCATO, *Transculturalità e transculturalismo: i nuovi orizzonti dell'identità culturale*, in *Le Simplegadi*, 2/2004, pp. 40 ss.

⁴¹ Cfr. N. COLAIANNI, *Diritti, identità, culture (tra alti e bassi giurisprudenziali)*, in *Questione giustizia*, 24 settembre 2018, p. 4.

⁴² Cfr. M. MALIK, *Progressive Multiculturalism: Minority Women and Cultural Diversity*, in *International Journal on Minority and Groups Rights*, vol. 17, n. 3/2010, pp. 447 ss.

⁴³ MALIK, *ibidem*, utilizza proprio il termine *autonomy*.

donne, diverse tra loro, che all'interno dei gruppi culturali, per i quali il multiculturalismo chiede riconoscimento e autonoma rilevanza, spesso rivendicano a loro volta una o più differenze, e talvolta non hanno alcun diritto di prendere attivamente parte alla definizione delle regole che le riguardano, né quelle della maggioranza, né quelle della minoranza alla quale appartengono.

Da questo punto di vista, risultano fondamentali le riflessioni che cercano di superare la presunta omogeneità propria dell'essere donna, che, com'è noto, ha occupato le lotte e le motivazioni del femminismo c.d. *first wave*, del femminismo dell'eguaglianza, tesi ad evidenziare la comune razionalità di uomini e donne, a rivendicare identiche possibilità e aspirazioni, per tutti e tutte. L'insufficienza di un femminismo dell'indistinzione, che mette l'accento sull'identità, sia tra donne e uomini, sia tra donne, è avvertita a partire dagli anni Settanta quando, com'è noto, una seconda ondata travolge la coscienza femminista conducendo, attraverso percorsi anche molto diversi tra loro, a valorizzare la differenza delle donne, in quanto gruppo, in quanto portatrici di un universo simbolico proprio e distinto, in quanto segnate da una sessualità che per alcune diviene baluardo identitario, per altre il principale elemento di subordinazione e finanche di schiavitù⁴⁴.

È in questo contesto che prende forma anche la categoria dell'intersezionalità, ancora oggi alla ricerca di una consistenza giuridica, eppure sempre più utilizzato nella discussione sui diritti delle donne tra eguaglianza e differenza, tra individualità e gruppo.

d) *Intersezionalità*

È ormai abbastanza noto che gli studi sull'intersezionalità si sviluppano come ambito autonomo di indagine negli Stati Uniti, all'interno del pensiero giusfemminista nero, con l'obiettivo di mettere in luce le conseguenze dell'intreccio tra discriminazioni di genere e discriminazioni razziali sulla specifica condizione delle donne nere⁴⁵. Centrale in proposito risulta la riflessione di Kimberle Crenshaw, e la sua critica che si rivolge sia nei confronti del femminismo liberale

⁴⁴ Sulle "ondate" dei femminismi, *ex multiis*, cfr. T. CASADEI, (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, 2015.

⁴⁵ Numerosissime le illustrazioni del fenomeno, si faccia per ora riferimento a P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, cit., pp. 24 ss.

sia verso le politiche nord-americane antirazziste che mancherebbero di consapevolezza e attenzione sulla particolare natura della posizione delle donne nere⁴⁶.

Le potenzialità di questa lente nella ricerca di strumenti e nella progettazione di politiche efficaci per il perseguimento di un'eguaglianza sostanziale emergono immediatamente, ma anche il principale problema che ne limita l'utilizzo: l'"intersezionalità" diviene, com'è stato segnalato, una *buzzword*, cioè un concetto *mainstream*, ripetuto e "giocato" in tutti i contesti possibili, ma proprio per questo a forte rischio di ambiguità e indeterminatezza⁴⁷. Occorre però provare a capire se, e come, tale indeterminatezza possa avere una traduzione giuridica, e in quali ambiti. Non mancano numerosi concetti che il diritto, e il diritto costituzionale in particolare, fa propri, pur caratterizzati da un'intrinseca natura oscillatoria, basti pensare, tra tutti, a quello di dignità, elaborato peraltro anch'esso nella prospettiva solo apparentemente neutrale "della persona", indipendentemente dal genere, anche quando, come in riferimento alle molestie sessuali, è la dignità della donna in quanto tale ad essere lesa; non sarebbe dunque sufficiente questo aspetto ad escludere un'autonoma rilevanza per l'intersezionalità.

Va ricordato, peraltro, che la riflessione intersezionale nasce in contrapposizione al diritto e alle politiche antidiscriminatorie, non certo con l'intenzione di dar vita a nuove categorie di soggetti meritevoli di tutela e dotati di una propria separata identità, bensì in funzione metodologica, nella prospettiva di una progressiva emersione delle gerarchie di potere che determinano e oggettivizzano le identità maggioritarie, finalizzata al contrasto (anche attraverso la legge e, *amplius*, il diritto) delle discriminazioni che rischiano di non trovare riconosci-

⁴⁶ Cfr. K. W. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139 ss., EAD., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, vol. 43, n. 6/1991, pp. 1241 ss.

⁴⁷ È la definizione di K. DAVIS, *Intersectionality as Buzzword. A Sociology of Science Perspective on What Makes a Feminist Theory Successful*, in *Feminist Theory*, vol. 9, n. 1/2008, pp. 67 ss. Si veda anche R. BARITONO, *Intersectionality. A Buzzword or a Useful Category of Analysis?*, in *Iride*, n. 2/2018. Sugli aspetti filosofico-politici dell'intersezionalità, cfr. M. CALLONI, *Intersectionality and Women's Human Rights: from Social Criticism to the Creation of Capabilities*, in E.H. OLESKY, A.M. RÓZALSKA, M.M. WOJTASZEK, (a cura di), *The Personal of the Political. Transgenerational Dialogues in Contemporary European Feminisms*, Cambridge Scholars Publishing, 2015.

mento perché ingabbiate all'interno di categorie astratte e potenzialmente autoritarie⁴⁸.

Per questo, benché Krenshaw abbia introdotto il termine con lo scopo di spiegare il fallimento del diritto antidiscriminatorio nord-americano nell'aggregare l'oppressione pubblica e privata esercitata sulle donne nere, il concetto si è espanso attraverso gli statuti epistemologici delle diverse discipline sociali e umanistiche, facendo propria anche l'altra critica originaria, quella nei confronti dei movimenti politici femministi e antirazzisti che pure, per parte loro, hanno in alcuni casi trascurato la collocazione delle donne nere al crocevia di differenti strutture di diseguaglianza e di subordinazione⁴⁹. Lo stesso concetto si è dunque evoluto, attraverso l'evoluzione del suo utilizzo, muovendo l'attenzione verso differenze sociali ulteriori rispetto al genere e alla razza, indirizzando lo sguardo verso altre forme di oppressione, che riguardano la classe sociale, la disabilità, la nazionalità, l'orientamento sessuale⁵⁰. E così l'apparente genericità, o eccessiva estensione del concetto, serve a raccogliere un elemento di realtà: forme diverse di marginalizzazione e subordinazione producono strutture, esperienze, identità distinte che non possono essere comprese come una mera somatoria di singoli assi di oppressione⁵¹. Proprio questo, probabilmente, ha determinato il successo di questa potente lente di analisi e di trasformazione, diventata non soltanto la principale chiave di lettura con cui le studiose femministe nei diversi ambiti si confrontano su identità multiple, tutela antidiscriminatoria, costruzione e decostruzione della soggettività femminile⁵²; ma anche uno strumento comunemente utilizzato dalle organizzazioni politiche della *governance* internazionale, basti pensare a UN Women – l'agenzia ONU che si occupa di egua-

⁴⁸ Cfr. C. A. MACKINNON, *Intersectionality as Method: A Note*, in S. CHO, K.W. CRENSHAW, L. MCCALL (a cura di), *Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory*, numero monografico di "Signs: Journal of Women in Culture and Society", vol. 38, n. 4/2013, pp. 1019 ss.

⁴⁹ Cfr. D. CARBADO, K. WILLIAMS CRENSHAW, V. MAYS, B. TOMLINSON, *Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory*, in *Du Bois Review*, vol. 10, n. 2/2013, pp. 303 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, spec. p. 309.

⁵¹ Si veda anche M. DEVEAUX, *Religion, Tradition, Autonomy. Can Intersectional Theory Reveal Openings for Women's Agency?*, in *Iride*, n. 2/2018.

⁵² Cfr. B. COOPER, *Intersectionality*, in L. DISCH, M. HAWKESWORTH (a cura di), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, Oxford, 2015.

glianza di genere⁵³ – per la sua “indubbia valenza analitica”, alla quale d’altra parte non corrisponde automaticamente una «capacità di mettere a fuoco le modalità normative della trasformazione della realtà»⁵⁴.

L’intersezionalità incide anche sul modo di leggere l’oggetto di questa trattazione, cioè le relazioni tra diritti delle donne e diritti delle culture, perché una decostruzione del genere che non si risolva nella negazione dell’identità, nella neutralizzazione della differenza sessuale, e dunque, ancora, nella primazia del soggetto neutro-universale proprio della tradizione liberale⁵⁵, abbisogna dei diritti, e di una visione dei diritti che non guardi alle donne come «specificazione dell’Uomo», né come «gruppo sociale emarginato o come una cultura che conferisce identità, dunque come un gruppo cui estendere diritti particolari per combattere la conseguenza della sua subordinazione e discriminazione tradizionali»⁵⁶, ma sancisca il riconoscimento delle donne come soggetti di diritto e soggettività complesse, non esauribili in specifici statuti di “vittime”, di “madri”, di “figlie”, ma «differenti dagli uomini tanto quanto gli uomini sono differenti dalle donne», ragione per cui «nessuno dei due sessi può rappresentare l’umanità in generale»⁵⁷. L’intersezionalità aiuta a comprendere che i diritti non si esauriscono in un’attitudine antagonista, incompatibile con l’interdipendenza che invece caratterizza molte relazioni soggettive, non sempre regolano conflitti di potere, tutelando la posizione di chi il potere non l’ha o non è nelle condizioni di esercitarlo. Talvolta i diritti implicano obblighi, relazioni intersoggettive, alimentano l’interdipendenza attraverso reciproche responsabilità⁵⁸; la questione è particolarmente rilevante per questa riflessione perché l’interdipendenza e la relazionalità sono

⁵³ Numerosi i documenti rintracciabili sul sito www.unwomen.org, e il riferimento anche in M. DEVEAUX, *Religion, Tradition, Autonomy. Can Intersectional Theory Reveal Openings for Women’s Agency?*, cit.

⁵⁴ Cfr. A. LORETONI, *Un femminismo intersezionale e multidisciplinare*, in *Iride*, n. 2/2018, spec. p. 316.

⁵⁵ Cfr. M.L. BOCCIA, *La differenza politica*, Milano, Il Saggiatore, 2002; e ancora L. GIANFORMAGGIO, *Politica della differenza e principio di uguaglianza sono veramente incompatibili?*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/1992, pp. 187 ss. e EAD., *Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell’eguaglianza?*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/1996, pp. 53 ss.

⁵⁶ Cfr. T. PITCH, *Tess e io. Differenze e disuguaglianze nella differenza*, in *Ragion pratica*, n. 2/2004, pp. 339 ss.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 347.

⁵⁸ Cfr. C. PATEMAN, *The Problem of Political Obligation. A Critical Analysis*

elementi fondamentali dell'universo simbolico femminile, costitutivi del linguaggio femminile e dunque essenziali per la costruzione di un linguaggio dei diritti che sia autenticamente, e non solo formalmente, universalistico⁵⁹.

L'intersezionalità contribuisce anche a porre in discussione la correlazione diretta tra cultura e oppressione delle donne. Rilevanti sono da questo punto di vista le riflessioni di Saskia Sassen⁶⁰, secondo la quale non sarebbe una costante delle culture minoritarie la separazione netta tra ruoli di genere, ed in alcuni casi i meccanismi che si innescano all'interno dei gruppi minoritari hanno a che fare anche con la creazione di legami di solidarietà che coinvolgono individui di generi diversi, uomini e donne, uniti dalla differenza che li accomuna nei confronti della maggioranza; al contempo, la sorellanza universale rischia in alcuni casi di rappresentare un mito, di fronte all'evidenza empirica della frattura in molti casi esistente tra donne occidentali, soprattutto appartenenti alle classi economiche e sociali più agiate, e donne migranti, per non parlare di tutte le ulteriori fratture che aumentano le distanze tra donne, quando diverse sono le "minorità" che si sovrappongono e si scambiano.

La sorellanza, a cui non sembra possibile rinunciare se si assume lo sguardo femminista che qui si intende fare proprio, dovrebbe essere allora ricostruita strategicamente, non come presupposto (poiché come tale sarebbe, in molti casi, fallace) bensì come approdo, in grado di comprendere non soltanto il genere, ma anche razza e classe sociale⁶¹.

of *Liberal Theory*, New York, John Wiley and Sons, 1979, nonché V. HELD, *Etica femminista*, Milano, 1993.

⁵⁹ Mette bene in evidenza come il "materno" rappresenti il simbolo che a sua volta incarna l'universo simbolico femminile S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2015, sia in quanto la gravidanza rappresenta di per sé stessa momento per eccellenza relazionale, sia perché l'essere femmina si esprime esattamente a partire dalla nascita da simile. Sul significato del materno si veda anche, in una prospettiva meno strettamente legata al pensiero della differenza sessuale, B. PEZZINI, *Nascere da corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato all'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2017.

⁶⁰ Cfr. S. SASSEN, in S. MOLLER OKIN, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, 2007.

⁶¹ La stessa C. T. MOHANTY, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses* *Boundary 2*, nn. 12/13/1984, pp. 333 ss., critica verso la *sisterhood*, tenta di ricostruirne il possibile significato in una prospettiva postcoloniale.

In questo modo la sorellanza prescinderebbe doppiamente dall'essenzialismo: sia da una visione essenzialista della cultura, sia da una concezione essenzialista del genere⁶² che, come sottolineato, trascura le differenze interne all'universo femminile, anche riferite all'individuazione dei diritti fondamentali che si intende rivendicare e alle forme con le quali rivendicarli⁶³.

Un aspetto molto rilevante per questa analisi sta nel mettere a tema l'esigenza delle donne appartenenti a culture o religioni "altre" rispetto all'identità maggioritaria di non "essere salvate" da regole o pratiche considerate oppressive⁶⁴. L'intersezionalità, mettendo in discussione «l'eshaustività di un unico punto di vista per comprendere condizioni di oppressione che, sebbene siano intelleggibili anche a partire da una comune appartenenza – l'essere donne – sono tuttavia così diversificate al loro interno, da richiedere l'adozione di ulteriori categorie»⁶⁵ pone la necessità di considerare il sessismo congiuntamente agli altri rapporti di dominio. Per questa ragione essa indirettamente richiede, nella qualificazione delle discriminazioni subite e delle condizioni di subordinazione patite, di prestare attenzione ad ogni singola donna, cercando

⁶² Cfr. A. BELLI, A. LORETONI, *Genere e intersezionalità. Nuove cittadinanze oltre l'orientalismo*, in *Politica & Società* n. 3/2016.

⁶³ Cfr. F. ANTHIAS, *Beyond Feminism and Multiculturalism: Locating Difference and the Politics of Location*, in *Women's Studies International Forum*, vol. 25, n. 3/2002, pp. 275 ss., sottolinea come il desiderio di giustizia, di eguaglianza, di riconoscimento e di autonomia (nella misura in cui rappresenta essa stessa un importante costruito culturale), parte integrante del progetto politico femminista, fa delle donne non soltanto vittime delle gerarchie e asimmetrie di potere, ma attori sociali, che agiscono strategicamente al fine di controbilanciare gli svantaggi che storicamente subiscono e in alcuni casi divengono essere stesse oppressore di altre donne, migranti, e appartenenti alla classe lavoratrice. Per queste ragioni la questione del rapporto tra multiculturalismo e femminismo deve essere collocata nella cornice del razzismo e di altre forme di esclusione di cui sono vittime i gruppi minoritari, e, al loro interno, le donne. La trasversalità del patriarcato mostra l'esperienza di donne che sfruttano altre donne, di donne occidentali che lottano per realizzare la parità, per decostruire i ruoli di genere collocandosi con una presenza sempre più significativa nella politica, nell'economia, nel lavoro, e lo fanno anche grazie allo sfruttamento del lavoro delle donne migranti.

⁶⁴ Cfr. L. ABU-LUGHOD, *Do Muslim Women Really Need Saving? Anthropological Reflections on Cultural Relativism and Its Others*, in *American Anthropologist*, 104, n. 3/2002, pp. 783 ss., ID., *Do Muslim Women Really Need Saving?*, Cambridge (Mass.), 2013, cit. in P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti*, cit., p. 30.

⁶⁵ Cfr. A. LORETONI, *Un femminismo intersezionale e multidisciplinare*, in *Iride*, n. 2/2018.

di far emergere il suo posizionamento all'interno del contesto sociale, culturale, religioso di riferimento.

Se si cerca di individuare gli strumenti concreti con i quali l'intersezionalità potrebbe agire nella prospettiva antidiscriminatoria, si evince come, benché il concetto sia nato dalla riflessione di un'avvocata, quale Krenshaw appunto, e come tentativo di incidere concretamente sull'operatività del diritto antidiscriminatorio nello spazio processuale, in realtà la nozione non sembra ancora aver acquisito una fisionomia giuridica definita. Quando si pensa alla declinazione giuridica dell'intersezionalità ci si riferisce soprattutto alla discriminazione multipla, intesa in senso generale⁶⁶, o specificata nelle sue diverse forme: quella ordinaria⁶⁷, riscontrabile quando il soggetto viene discriminato sulla base di vari fattori, ma ogni discriminazione ha una sua verifica autonoma e si fonda su fattori diversi; *additive* o *compound discrimination*, quando la discriminazione avviene in una medesima occasione, ma per fattori differenti, che si pongono tra loro in una relazione di giustapposizione, costituendo una sorta di sommatoria nella quale ogni singolo fattore resta individuabile e contribuisce ad aggravare la discriminazione⁶⁸. La discriminazione intersezionale rappresenta però una categoria diversa, di cui qualche minima traccia sembra potersi recuperare anche nel diritto antidiscriminatorio europeo, all'interno del quale tali elaborazioni hanno fatto capolino, per essere però prevalentemente escluse dallo strumentario antidiscriminatorio, e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁹. In questo caso la

⁶⁶ Cfr. T. MAKKONEN, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002, e anche S. FREDMAN, *Double trouble: Multiple discrimination and EU law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, 2, pp. 13 ss., 2005.

⁶⁷ Cfr. T. LEWIS, *Multiple Discrimination. A Guide to Law and Evidence*, 2010, in www.londonlawcentre.org.uk.

⁶⁸ Sulle discriminazioni multiple sono centrali in Italia gli studi di B. G. BELLO, tra cui EAD., *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015. Le riflessioni dell'Autrice sono state di recente sistematizzate in EAD., *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020.

⁶⁹ Cfr. K. YOSHIDA, *Towards intersectionality in the European Court of Human Rights: the case of B.S. v Spain*, in *Feminist Legal Studies*, 21/2013, pp. 195 ss., B.G. BELLO, *Why do we need that the EU anti-discrimination law and policy go intersectional?*, in *IGLYIO on intersectionality*, vol. 2, 2014. Da ultimo, M. MILITELLO, D.

persona, vittima potenziale della discriminazione, fa parte contemporaneamente di più di un gruppo protetto e la disparità di trattamento deriva dalla combinazione dei fattori⁷⁰. Un esempio, rintracciabile a livello europeo, è la sterilizzazione forzata delle donne rom da parte di alcune strutture ospedaliere senza il ricorso al consenso informato: è evidente come in questo caso la pratica, che non riguardava né le donne non rom né gli uomini rom trovava un fondamento specifico nella condizione peculiare delle donne rom. In questo caso, interviene la sentenza *VC v. Slovakia* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che però esclude che la sterilizzazione forzata possa essere considerata come discriminazione *ex art. 14* della CEDU, mentre la *dissenting opinion* del giudice Mijovic assume una posizione opposta⁷¹.

STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria*, Torino, 2019.

⁷⁰ Si veda l'illustrazione che ne opera I. SOLANKE, *Multiple discrimination in Britain: immutability and its alternative*, cit. in B.G. BELLO, *Diritto e genere visti dal margine*, cit. La stessa definizione di gruppo protetto, d'altra parte, richiederebbe una problematizzazione, perché evidentemente la scelta normativa circa quali siano i gruppi protetti, e chi ne faccia parte, rischia di produrre classificazioni a loro volta discriminatorie. È il rischio studiato dagli studiosi nord-americani che hanno utilizzato la nozione di *state speech* (O. LEE, *Classifying Acts: State Speech, Race, and Democracy*, in *Constellation*, 8, 2/2001, spec. pp. 187 ss.) nell'analizzare l'utilità di vietare i discorsi razzisti, sottolineando come l'interazione comunicativa, nel *racist speech*, può realizzarsi soltanto se le parti si riconoscono come *marked* da una differenza sociale di *razza*, che deriverebbe necessariamente da una individuazione pubblica di "categorie razziali", le quali troverebbero un riconoscimento simbolico in atti (anche implicitamente) classificatori prodotti dallo Stato. La legge, d'altra parte, «è la quintessenza del potere simbolico di nominare, che crea le cose nominate, ed in particolare crea i gruppi sociali. Conferisce alla realtà che si dispiega dalle sue operazioni classificatorie la permanenza massima che un'entità sociale ha il potere di conferire ad un'altra.» (cfr. P. BOURDIEU, *The force of law*, in *Hastings Law Journal*, 38, 1987, pp. 838 ss. Sul punto si consenta di rinviare a E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e prassi*, Torino, 2008).

⁷¹ È il caso *V.C. v. Slovakia* – 18968/07 Judgment 8.11.2011 [Section IV]. Si veda anche in A. LORENZETTI, *Le discriminazioni di genere nell'accesso ai beni e ai servizi*, in *Rivista di Biodiritto*, n. 2/2019. Il caso, uno dei molti riguardanti le sterilizzazioni forzate nei confronti delle donne di etnia ROM, si conclude con una decisione in favore della posizione della donna, che aveva subito un grave trauma dalla procedura praticata presso un ospedale pubblico della Slovacchia, era stata abbandonata dal marito, emarginata dalla comunità di appartenenza, e aveva infine manifestato disturbi psichiatrici. Ma la decisione si fonda esclusivamente sugli articoli 3 e 8 della Cedu, mostrandosi cieca nei confronti della portata discriminatoria di determinate pratiche, ed in particolare della natura intersezionale della discriminazione che non si realizza né verso la donna in

Il problema che si pone di fronte al giudice europeo nell'eventuale utilizzo dell'intersezionalità per la qualificazione delle discriminazioni deriva in particolare dal fatto che il giudizio discriminatorio è un giudizio comparativo: porre a confronto la vittima ipotetica della discriminazione con un altro soggetto in condizioni simili al primo per tutto tranne che per quel fattore che si ritiene produttivo della discriminazione, diviene chiaramente difficile, perché non è immediato comprendere quali siano i termini della comparazione. Questo non muta nel caso delle discriminazioni indirette, basti pensare alle questioni, sulle quali ci si soffermerà nell'ultima parte della trattazione, relative alle regole che limitano la libertà di abbigliamento sul luogo di lavoro impedendo di indossare copricapi, e la situazione della lavoratrice musulmana che intenda portare il velo (*rinvio*, par. 3.3.3). In un caso del genere la condizione nella quale è posta la persona deriva da una combinazione tra il suo essere di fede islamica e il suo essere donna, poiché nessuno dei due fattori da solo sarebbe sufficiente a sottoporla all'applicazione della regola (potenzialmente discriminatoria).

La Corte di Giustizia, nelle due pronunce relative al porto del velo islamico sul luogo di lavoro – in entrambi i casi dell'*hijab*, peraltro – ha escluso che ricorresse una qualche forma di discriminazione nei confronti delle donne coinvolte, mostrando di non assumere l'intersezionalità come categoria giuridicamente rilevante ai fini del diritto europeo⁷².

Certamente non esistono definizioni puntuali dei concetti richiamati nel diritto antidiscriminatorio europeo: i riferimenti alle discri-

quanto donna, né verso la persona di etnia ROM in quanto di etnia ROM, bensì colpisce l'intersezione tra queste due soggettività. Nella *dissenting opinion* il giudice Mijovic contesta la scelta di non riservare un esame distinto alla presunta violazione dell'art. 14, la quale rappresenta a suo avviso «*the very essence*» del caso. Il giudice sottolinea come diversi casi di sterilizzazione forzata di donne Rom siano giunti e giungano di fronte alla Corte, ciò che fa emergere, insieme a molte altre circostanze fattuali, come si tratti di pratica definita proprio sulla base dell'appartenenza etnica di quelle donne, coerentemente con un atteggiamento, risalente nel tempo, di discriminazione nei confronti dell'etnia Rom in Slovacchia, basti pensare al fatto che la sterilizzazione delle donne Rom rappresentava una politica pubblica appositamente regolamentata (nel 1972) durante il regime comunista. Mijovic stesso, d'altra parte, non fa riferimento alla "categoria" dell'intersezionalità nell'affermare la violazione dell'art. 14.

⁷² Il riferimento è ai casi *Samira Achbita*, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, e *Boungaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA*, entrambe del 14 marzo 2017.

minazioni multiple sono soltanto nei *Considerando* della direttiva 2000/43/CE e della direttiva 2000/78/CE, e la Corte di Giustizia non ha voluto fino ad oggi dare sfogo alle potenzialità interpretative e normative del concetto, limitandosi a prendere in considerazione la possibilità di discriminazioni multiple “ordinarie”, e della discriminazione per associazione⁷³. Anche la Cedu, nel noto caso *S.A.S. v. France* (2014)⁷⁴ pur ritenendo che la legge francese in questione fosse idonea a causare una discriminazione indiretta nei confronti delle donne musulmane che intendano indossare un velo coprente il volto, salvaguarda quella misura considerandola compatibile (anche) con l’art. 14 della Cedu⁷⁵. E, negli anni successivi, escluderà la violazione dell’art. 14, e dunque non riconoscerà discriminazione, in casi di divieto di indossare il velo in tutti i luoghi pubblici e aperti al pubblico⁷⁶.

In un caso invece la Corte di Strasburgo ha aperto la possibilità di riconoscere le discriminazioni intersezionali, in particolare con la pronuncia *B.S. v. Spain* con la quale ha identificato la posizione di particolare rischio della donna nera che aveva subito un attacco verbale e poi abusi fisici, e in cui origine etnica e condizione personale di prostituta si erano intersecate nel determinare la condotta, fondando la condanna sul combinato disposto degli articoli 3 e 14 della Cedu⁷⁷.

⁷³ Sono stati presi in considerazione casi di discriminazioni multiple in Corte giust., sentenze *Meister*, C-451/10, *Odar*, C-152/11, *Z C-363/12*, *Parris C-443/15*, *Milkova C-406/15*, mentre la discriminazione per associazione è stata elaborata nella sentenza *Coleman*, C-303/06, e nella sentenza *Chez*, C-83/14 questa nozione è stata estesa anche ai casi di discriminazione indiretta. Per un quadro della giurisprudenza, cfr. M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *ibidem*.

⁷⁴ Su cui, per ora, cfr. A. VALENTINO, *La sentenza sul caso S.A.S. c. Francia della Corte europea dei diritti dell’uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Osservatorio dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3/2014.

⁷⁵ Si rinvia al par. 3.3.3, nel quale si rifletterà anche su una lettura intersezionale del velo islamico, per ora, su questo aspetto cfr. M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, cit., spec. pp. 158-159.

⁷⁶ Ci si riferisce in particolare ai casi *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, 11 luglio 2017, su cui A. VALENTINO, *Il velo islamico di nuovo all’attenzione delle Corti europee tra rispetto della scelta della società e esigenze di neutralità delle aziende private*, in *Osservatorio dell’Associazione Italiana dei costituzionalisti*, n. 3/2017, *Dakir c. Belgio*, 11 luglio 2017 e *Lachiri c. Belgio*, 18 settembre 2018. Si rinvia comunque al par. 3.3.3. per una riflessione più approfondita.

⁷⁷ Sulla pronuncia cfr. M.C. LA BARBERA, M. CRUELLS LÓPEZ, *Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain*, in *Law & Society Review*, vol. 53, n. 4/2019, pp. 1167 ss. Per un’analisi comparatistica dei casi giudiziari “intersezionali” negli Stati Uniti, nel Regno Unito, in Sudafrica, in

e) Eguaglianza (di genere) e (è) partecipazione

Prima di affrontare direttamente il dibattito teorico sul rapporto tra multiculturalismo, diritti culturali delle comunità e diritti delle donne (individuali e delle donne come gruppo all'interno dei gruppi comunitari di appartenenza), si vuole introdurre nella discussione un altro concetto chiave, che condurrà direttamente verso una delle questioni cruciali per la ricerca di possibili risposte, costituzionalmente orientate, alle perduranti tensioni tra femminismo e multiculturalismo.

È evidente che non avrebbe senso pensare di trattare in questa sede dell'eguaglianza, e della partecipazione come strumento di eguaglianza e sua declinazione, in modo generale e men che meno completo, ma si cercherà in queste poche righe di suggerire, così come è avvenuto per gli altri, in che modo questo concetto possa guidare la riflessione.

Fin dalle origini gli studi di genere hanno guardato criticamente ad un'idea dell'eguaglianza «come omologazione e assimilazione a un unico modello»⁷⁸, e fondamentale da questo punto di vista risulta l'interrogativo posto da Catharine A. MacKinnon⁷⁹. Nel domandarsi chi sono i soggetti dell'eguaglianza, l'autrice palesa «la parzialità storicamente determinata della risposta che di volta in volta è stata formulata possa delimitare contesti politici, anche democratici, in cui coerentemente coesistono dimensioni di cittadinanza e parallele dimensioni di esclusione, talvolta palesi ed esplicite – come nel caso del *demos* ateniese del V secolo a.C.⁸⁰–, talaltre impliciti e sottili, come avviene nelle democrazie del nostro tempo, dove l'uguaglianza viene presentata nella forma della massima inclusione possibile. Di fronte a queste ambivalenze, l'operazione di decostruzione dei presupposti impliciti

India e di fronte alla Corte di Giustizia e alla Cedu, cfr. S. ATREY, *Intersectional Discrimination*, Oxford, 2019.

⁷⁸ Cfr. A. LORETONI, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*, Roma, 2014, p. 114.

⁷⁹ Cfr. C. A. MACKINNON, *Are Women Human?*, Cambridge-London 2006, trad. it. *Le donne sono umane?*, a cura di Besussi-Facchi, Roma-Bari, 2012.

⁸⁰ Basti ricordare i lavori *milestones* di Eva Cantarella, cfr., *ex aliis*, E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2010, e EAD., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita e Sulpicia*, Milano, 2012. Da ultimo le riflessioni di Cantarella sulla condizione femminile in Grecia e a Roma sono state riprese, proprio nella prospettiva di ricostruire storicamente l'inferiorizzazione femminile da M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., spec. pp. 19 ss.

del discorso, delle mappe concettuali unitarie e falsamente neutre, la messa a nudo dei vizi concettuali interni al pur condivisibile richiamo all'uguaglianza di tutti gli esseri umani, resta un'operazione da compiersi con attenzione particolare e probabilmente inesauribile»⁸¹.

Il ruolo del diritto è dunque ambivalente, poiché esso costruisce lo spazio della cittadinanza ma anche i territori dell'esclusione, a partire proprio dall'esclusione di genere, l'archetipo di tutte le altre. Nello stesso tempo il diritto è insieme prodotto di dinamiche di potere e di movimenti di rivendicazione: «la legge non cresce per automoltiplicazione sillogistica, è forgiata dalla logica sociale del dominio e dalla lotta contro di esso, è plasmata dall'interazione tra cambiamento e resistenza al cambiamento»⁸².

D'altra parte il diritto è il principale motore della partecipazione, elemento che, come si dirà, assume per l'eguaglianza di genere un significato ancora più forte di quanto non accada per la realizzazione dell'eguaglianza, e sembra costituire oggi l'elemento attraverso il quale diviene possibile conciliare rivendicazioni culturali e diritti delle donne.

Com'è stato sottolineato, l'eguaglianza di genere per diversi decenni è stata parte integrante della politica internazionale sugli *human rights*⁸³, ma fino a tempi recenti essa è stata letta soprattutto attraverso

⁸¹ Cfr. A. LORETONI, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*, cit., p. 114.

⁸² Cfr. C. A. MACKINNON, *Crimini di guerra, crimini di pace*, in *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, a cura di S. SHUTE e S. HURLEY, Milano, 1994.

⁸³ Anche il passaggio verso l'eguaglianza sostanziale è stato sostenuto dalle Nazioni Unite, in particolare con l'adozione della *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW) del 1979, il principale atto a livello internazionale in materia di eguaglianza di genere fino alla Dichiarazione di Pechino del 1995, e, ad oggi, il più importante strumento di diritto umanitario per la protezione internazionale dei diritti delle donne. La CEDAW com'è noto richiede agli stati di garantire non soltanto pari diritti per uomini e donne, ma anche pari opportunità. Era chiaro, al momento dell'approvazione, che questo avrebbe significato, in molti casi, stabilire misure proattive incluse azioni positive di genere temporanee, e dunque misure in grado di incidere direttamente sulle donne come categoria. La Convenzione dunque fa proprie misure che determinando un'asimmetria attraverso trattamenti differenziati sulla base del genere mirano a scardinare la perdurante condizione di discriminazione e garantire un pieno godimento dei diritti politici quale mezzo fondamentale per il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale. Cfr. F. RADAY, *Gender and democratic citizenship: the impact of CEDAW*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 2/2012, pp. 512 ss., e D. J. LIEBOWITZ, S. ZWINGEL, *Gender Equality Oversimplified: Using CEDAW to Counter the Measurement Obsession*, in *International Studies Review*, vol. 16, n. 3/2014, pp. 362 ss., che propone una lettura

il prisma dei “pari diritti” e della “non-discriminazione”⁸⁴, standard di trattamento la cui validità non può ovviamente essere messa in discussione, ma che non bastano a qualificare ed inverare l’eguaglianza di genere, in particolare quando questa si muove lungo gli impervi sentieri delle differenze culturali. Negli ultimi anni l’attenzione della politica, del diritto, e dello stesso pensiero, si è spostata proprio sull’eguaglianza come partecipazione alla deliberazione pubblica, e, in ultima istanza, all’esercizio del potere. Da qui il tema delle quote, che com’è noto ha occupato a lungo la dottrina costituzionalistica, non solo in Italia naturalmente. Circa l’interpretazione da attribuire a questo passaggio⁸⁵, essa può essere plurale. Da un lato lo spostamento verso la logica della partecipazione riflette il rapporto tra eguaglianza formale e eguaglianza sostanziale: il riconoscimento formale dei diritti politici, reso almeno parzialmente inefficace da radicati stereotipi volti a relegare la donna all’interno dello spazio domestico e del silenzio familiare⁸⁶, si accompagna a strumenti, come le quote di genere appunto, in grado di assicurare alle donne un’eguaglianza *de facto*. Una diversa, complementare, interpretazione⁸⁷ suggerisce di leggere nel passaggio dell’eguaglianza in senso partecipativo un altro obiettivo, che non si limita alla tutela dei diritti delle donne, poiché sarebbe la legittimazione stessa della democrazia e dell’ordinamento giuridico ad essere messa in discussione da una permanente condizione di sottorappresentazione delle donne nei luoghi della rappresentanza politica. Una democrazia non paritaria ferirebbe quindi non soltanto i soggetti esclusi (le donne) ma il sistema nel suo complesso, per due ordini di ragioni, entrambi essenziali per compiere il passo successivo, cioè quello della costruzione di un’eguaglianza trasversale e compatibile con la tutela delle identità particolari: *in primis* perché la rappresentanza per essere tale ha bisogno di *diversity*, e la presenza delle donne, la possibilità di pren-

critica degli aspetti quantitativi delle quote, individuando nella CEDAW un diverso approccio antioppressivo.

⁸⁴ Cfr. W. KYMLYCKA, R. RUBIO-MARÌN, *The participatory turn in gender equality and its relevance for multicultural feminism*, cit.

⁸⁵ Kymlycka e Rubio-Marìn definiscono come “*participatory turn*” questa svolta nelle politiche per l’eguaglianza di genere che conduce dall’antidiscriminazione alla parità attraverso l’impegno attivo per la presenza delle donne nelle istituzioni e nei processi decisionali.

⁸⁶ Si vedano i bei richiami di M. D’AMICO, *Una parità ambigua*, cit. spec. pp. 16 ss.

⁸⁷ Proposta da Kymlycka e Rubio-Marìn, *The participatory turn in gender equality and its relevance for multicultural feminism*, cit.

dere parola e far sentire la loro voce, risponde all'esigenza di inclusione dei gruppi minoritari o storicamente discriminati, e favorisce la qualità della deliberazione, nonché – e questo interessa particolarmente ai fini del presente lavoro – può anche promuovere l'effettiva partecipazione delle donne che appartengono alle minoranze nella formazione delle regole comuni, all'interno delle quali valorizzare la prospettiva (intrinsecamente intersezionale) di donne aventi un'identità culturale minoritaria⁸⁸. In secondo luogo, perché l'ingresso delle donne nella rappresentanza, negli spazi pubblici, e la trasformazione in senso paritario della democrazia provocherebbe un completo rivoluzionamento della storica consolidata separazione tra sfera della politica, riservata al maschio in quanto connotata dal potere, dall'autonomia, dall'autorità, e sfera privata e familiare, di pertinenza della femmina in quanto caratterizzata dalla cura, dalla dipendenza, dalla subordinazione; un superamento della cristallizzazione dei ruoli di genere che non sarebbe finalizzato all'assimilazione, alla mera emancipazione della donna dai confini di senso in cui è stata circoscritta per secoli, ma ad una rigenerazione complessiva dei sistemi costituzionali segnata da una vera e propria compenetrazione tra ruoli e posizioni maschili e femminili⁸⁹.

Quanto queste letture dell'eguaglianza sostanziale di genere siano realizzabili fermo restando un disegno della democrazia e della partecipazione quale quello a cui siamo abituati, incentrato prevalentemente sulla rappresentanza, sul mandato elettivo, sulla tendenziale distinzione del momento elettorale rispetto a quello del *policy-making*, resta da discutere. In realtà, anche rispetto all'elaborazione degli strumen-

⁸⁸ Sul punto fondamentali gli scritti di M. DEVEAUX, *A Deliberative Approach to Conflicts of Culture*, in *Political Theory* vol. 31, n. 6/2003, pp. 780 ss., e S. BENHABIB, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, 2002.

⁸⁹ Si veda su questo B. RODRÍGUEZ-RUIZ. R. RUBIO-MARÍN, *Constitutional Justification of Parity Democracy*, in *Alabama Law Review*, vol. 60, n. 5/2009, pp. 1171 ss.; Rubio-Marín parla di *disestablishment of gender*, in EAD., *The (Dis)Establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n. 4/2015, pp. 787 ss. Della stessa Autrice, sui limitati successi di questa seconda interpretazione dell'eguaglianza sostanziale come grimaldello per la decostruzione dei generi EAD., *A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why it Won't Fly in the US*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n. 1/2012, pp. 99 ss., e EAD., *Women's Political Citizenship in New European Constitutionalism: Between Constitutional Amendment and Progressive Interpretation*, in H. IRVING (a cura di), *Constitutions and Gender*, Cheltenham, 2017, pp. 323 ss.

ti che consentano di affrontare il fatto multiculturale, una proposta convincente è quella, già richiamata, della democrazia deliberativa, che potrebbe facilitare il confronto, soprattutto quando conflittuale, tra sistemi valoriali differenti che cercano di pervenire all'elaborazione di una cornice normativa comune⁹⁰. Due ragioni in particolare la rendono adatta al contesto multiculturale e assai rilevante per lo scopo indicato: per la rivedibilità, tipica di questi processi (se è vero che, sulla base del principio di inesauribilità del potere legislativo che caratterizza tutti i sistemi democratico-costituzionali, la rivedibilità è una caratteristica riferibile a tutti gli atti emanati da assemblee elettive, d'altro canto la deliberazione nel processo partecipativo si presta a favorire dinamicità e continuità nel confronto); e perché essa non comporta un *moral consensus*, ma un accordo politico che si realizza tra maggioranza e minoranze. Per fare un esempio concreto, sul quale ci sarà occasione di tornare con considerazioni più approfondite, si pensi al porto del velo islamico: i componenti della maggioranza, che mai riuscirebbero ad immaginare le proprie figlie e sorelle coperte dal velo, attraverso il processo deliberativo possono accettare che chi intende portarlo, qualora ciò non derivi da una coartazione familiare, ma sia frutto di processi religiosi e culturali, possa farlo.

Proprio un'interazione tra democrazia deliberativa, dimensione esperienziale e regolazione ispirata al principio di eguaglianza sostanziale può rappresentare la cifra per una gestione femminista delle relazioni multiculturali, e coerente con gli sviluppi (più virtuosi) del costituzionalismo contemporaneo.

2. Il dibattito teorico sul rapporto tra multiculturalismo e diritti delle donne: dal paradosso della vulnerabilità multiculturale alle prospettive dell'*agency*

2.1. Un confronto ineludibile: quello con S. M. Okin

La riflessione sul rapporto tra multiculturalismo e diritti delle don-

⁹⁰ Cfr. S. BENHABIB, *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy, Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, 1996, e *Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy*, in *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 1, n. 1/1994, pp. 26 ss.

ne trova un punto di svolta, come già emerso, nella posizione di Susan Moller Okin⁹¹, che, dialogando con il pensiero del suo tempo, sottolinea come la relazione tra i diritti fondamentali del costituzionalismo e le pratiche, i costumi, gli interessi delle minoranze culturali sia condizionata dalla preoccupazione che dietro ai richiami alla protezione dei diritti fondamentali si celino in realtà atteggiamenti sostanzialmente razzisti o nazionalisti, tesi a circoscrivere la libertà delle minoranze di dare libero compimento alle proprie tradizioni culturali. Che tale preoccupazione condizioni non poco il dibattito emerge dalle ricostruzioni più recenti che hanno addirittura definito un fenomeno autonomo che si concretizzerebbe nell'utilizzo da parte dei partiti e movimenti politici di estrema destra, a livello transnazionale, di rivendicazioni connesse all'eguaglianza di genere per fondare politiche razziste e islamofobe in particolare⁹². Ma considerare femminismo (inteso come ideologia e processo trasformativo) e multiculturalismo come fenomeni per loro natura compatibili in quanto entrambi orientati all'emancipazione di gruppi oppressi, o perché minoritari, o perché storicamente subordinati (le donne, appunto), sarebbe per Okin un grave errore⁹³. Ciò perché sono numerose le minoranze che non tutelano al loro interno i diritti fondamentali, che agiscono pratiche di controllo sulle donne, limitandone la libertà, la capacità di disporre del proprio corpo, che ne coartano la volontà rendendole vittime passive di svariate forme di soggiogazione fisica e psicologica. E dunque per Okin, se occorre scegliere tra dignità e autodeterminazione delle donne, e tutela dell'identità culturale, non si potrebbe che optare per le prime⁹⁴. Nell'interpretazione e applicazione della distinzione tra pubblico e privato emerge la dicotomia tra gruppi minoritari e ordinamenti giuridici post-moderni: storicamente la differenza naturale trova il suo principale precipitato sociale e giuridico nella costruzione dello spazio privato e familiare

⁹¹ Si rimanda nuovamente a S. M. OKIN, *Diritti delle donne e multiculturalismo* (a cura di A. Besussi e A. Facchi), cit.

⁹² Si tratta del c.d. *femonazionalismo*, cfr. S. R. FARRIS, *Femonazionalismo. Il razzismo nel nome delle donne*, trad. it. M. Moise, M. Panighel, Alegre, 2019.

⁹³ In dialogo con Okin, cfr. S. DOSSA, *Bad, bad multiculturalism!*, in *The European Legacy*, vol. 10, 6/2005, pp. 641 ss.

⁹⁴ Cfr. S. MOLLER OKIN, *Recognizing Women's Rights as Human Rights*, in *APA Newsletters*, vol. 97, n. 2/1998; EAD., *Un conflitto sui diritti umani fondamentali? I diritti umani delle donne, la formazione dell'identità e le differenze culturali e religiose*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, vol. 3, n. 1/1997, pp. 5 ss.; infine EAD., *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in *Ethics*, vol. 108, n. 4/1998.

come luogo del *personale*, con il quale si immedesima la donna e attraverso il quale si delinea la percezione del genere femminile, e a cui si contrappone lo spazio pubblico, del *politico*, riservato al maschio⁹⁵. La storia di questo superamento è (un pezzo della) storia del costituzionalismo, che da parte di alcuni gruppi culturali sembra non essere stata ancora compiuta, restando quello della famiglia uno spazio arbitrariamente considerato naturale. Come vedremo questa perdurante dicotomia rende molto importante, nell'azione concreta sul rapporto tra diritti delle donne e multiculturalismo, concentrare l'attenzione sulla presenza delle donne fuori dallo spazio domestico. In molti casi la segregazione familiare nelle comunità diasporiche contribuisce fortemente a isolare le donne e privarle degli strumenti essenziali dell'integrazione: la lingua, i costumi comuni che generano comprensione reciproca, la conoscenza dei diritti e dei doveri previsti dall'ordinamento giuridico del Paese ospitante. Da questo punto di vista, come è stato sottolineato⁹⁶, le donne migranti devono essere poste nelle condizioni per poter non smettere di uscire di casa, tra le quali alcune possono richiedere soluzioni "compromissorie" rispetto a pratiche culturali percepite come lesive dell'autodeterminazione e della dignità femminile: il divieto del velo, dispositivo di liberazione nelle intenzioni del legislatore occidentale, rischia di incidere proprio sul rafforzamento della segregazione domestica, come nel caso in cui sia adottato all'interno dei luoghi dell'istruzione pubblica⁹⁷.

Okin si pone chiaramente in dialogo con Will Kymlicka e con il progetto multiculturalista⁹⁸, il quale, cercando di superare l'asfittico dibattito tra liberali e comunitaristi, inadeguato ad interrogarsi compiutamente sulla questione multiculturale, nei suoi profili teorici e nelle soluzioni concrete che essa richiede, propone un liberalismo in grado di valorizzare ogni persona, e che per questo non manca di riconoscere i diritti culturali dei membri delle minoranze, a partire però da una fondamentale distinzione storico-giuridica tra quegli stati multinazionali in cui, per processi federativi, o coloniali, convivono più di una

⁹⁵ Cfr. F.E. OLSEN, *The Myth of State Intervention in the Family*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, n. 4/1985, pp. 835 ss.

⁹⁶ Cfr. R. PEPICELLI, *Il velo nell'Islam. Storia, politica, estetica*, Roma, 2012.

⁹⁷ S. Song, *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge, 2007, spec. p. 175

⁹⁸ Espresso, com'è noto, a partire da W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, v. originale *Multicultural Citizenship*, 1995.

«comunità storica, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e possiede una lingua e una cultura distinte»⁹⁹, come accade nel già menzionato archetipo canadese, e quelli multietnici in cui sono accolti «grandi numeri di individui e famiglie da altre culture sotto forma di immigrati», ai quali è consentito di mantenere una qualche forma di «specificità etnica»¹⁰⁰.

È importante ricordare che Okin non rifiuta del tutto la visione di Kymlicka, ma ipotizza che possa essere almeno in parte accolta qualora all'interno di quel modello di cittadinanza sia garantita un'effettiva rappresentazione delle donne nei luoghi e nei processi della negoziazione tra lo Stato e le minoranze, e siano quindi previste modalità di partecipazione al *policy-making*. Già in Okin, *in nuce*, sembra assumere rilevanza quel concetto di *agency* sul quale ci si soffermerà più avanti, sotto forma di partecipazione ai processi decisionali dell'ordinamento (ma anche del gruppo) che potrebbe rendere compatibile la convivenza multiculturale con il femminismo. D'altra parte Kymlicka, pur rifiutando del tutto la contrapposizione tra multiculturalismo e

⁹⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 27. Occorre ricordare che la cultura, antropologicamente intesa, entra nello scenario giuridico nel 1966 con l'art. 27 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, configurandosi per la prima volta come elemento autonomo rispetto alla religione e alla lingua. Se inizialmente il diritto alla cultura sembra riservato esclusivamente alle minoranze nazionali, nel 1994 il Comitato Onu dei diritti umani (*General Comment n. 23, The rights of minorities*) riferisce l'art. 27 a tutte le minoranze presenti in uno Stato, comprese, presumibilmente, anche quelle rappresentate dai migranti. Dopo questo riconoscimento internazionale arrivano i testi costituzionali, considerato che, come ricorda I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, n. 1/2017, e, più diffusamente, EAD., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, spec. pp. 217 ss., tra il 1980 e il 1990, in 50 Costituzioni vengono inseriti i diritti culturali, in alcuni casi come diritti individuali, in altri come diritti di gruppo, in alcuni casi come esclusivi di minoranze nazionali o popolazioni indigene, in altri ancora come diritti umani fondamentali universali, mentre in altre 30 Costituzioni vengono inseriti il principio multiculturale o il principio di diversità culturale. In conclusione quindi soltanto 80 delle 194 costituzioni esistenti al mondo (il dato è di Ruggiu, 2017) comprendono un riferimento alla cultura, che sia in forma di diritto soggettivo, o di principio informatore, o di diritto riservato, e in ogni caso, come si vedrà, essa è spesso interpretata sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza come un potenziale rischio per i diritti fondamentali, più che come un diritto fondamentale essa stessa che entra nelle operazioni di bilanciamento, cfr. P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati: un'altra sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, n. 2/2008, pp. 529 ss.

femminismo di cui trasuda il pensiero di Okin, accoglie la critica della studiosa nella misura in cui l'attribuzione di diritti speciali alle minoranze culturali dovrebbe essere preceduta da un'indagine dettagliata dei diritti e delle tradizioni interni ai singoli gruppi che effettivamente limitano le libertà individuali in nome dei valori culturali di riferimento¹⁰¹.

Ferma restando la centralità di Okin nel dibattito, i limiti del suo lavoro sono più d'uno, e sono stati sottolineati dai molti che si sono posti in dialogo con lei¹⁰². Tra questi limiti emerge quello di non tenere in adeguata considerazione il fatto che anche nella tradizione giuridico-occidentale, e dunque nella cultura maggioritaria, è ancora insoddisfacente e precario il livello dell'eguaglianza di genere conseguito, e il progressivo sradicamento delle discriminazioni di genere negli ordinamenti non occidentali, così come all'interno dei gruppi, anche diasporici, potrebbe e dovrebbe accompagnarsi, secondo un approccio olistico, ad un impegno complessivo e globale nella tutela dei diritti, di cui parte determinante sarebbe una piena ed effettiva protezione dei diritti delle donne¹⁰³.

Un approccio per certi versi parallelo a quello di Okin, ma su posizioni antiorientistiche e anti-etnocentriche, è quello di Iris Marion-

¹⁰¹ Sulle risposte di Kymlicka a Okin anche B.G. BELLO, *Book Review, Il multiculturalismo danneggia le donne? Risposte complesse ad un quesito contemporaneo*, recensione di A. BESUSSI, A. FACCHI, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Raffaello Cortina Editore, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2008.

¹⁰² Sia all'interno del volume *Diritti delle donne e multiculturalismo*, cit., sia in lavori distinti.

¹⁰³ Si veda A.A. AN-NA'IM, sia nel volume di Okin, sia ID., *Global Citizenship and Human Rights: From Muslims in Europe to European Muslims*, in M.L.P. LOENEN, J.E. GOLDSCHMIDT (a cura di), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, Antwerp-Oxford, 2007, pp. 13 ss. (Text of the inaugural lecture of Prof. An-Na'im as G.J. Wiarda Chair for 2005-2006 at Utrecht University). Altri contributi critici interessanti sono rintracciabili in J. COHEN, M. HOWARD, M.C. NUSSBAUM (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Women?* Princeton, 1999, P. HILL COLLINS, *From Black Power to Hip Hop: Racism, Nationalism, and Feminism*, Philadelphia, 2006, S. GUNEW, *Haunted Nations: The Colonial Dimension of Multiculturalisms*. London and New York, 2004, S. HARDING, *Is Science Multicultural? Postcolonialisms, Feminisms, and Epistemologies*, Bloomington, 1998; U. NARAYAN, S. HARDING (a cura di), *Decentering the Center: Philosophy for a Multicultural, Postcolonial, and Feminist World*, Bloomington, 2000, sui quali la review di S. PONZANESI, *Feminist theory and multiculturalism*, in *Feminist Theory*, Los Angeles, London, New Delhi, and Singapore, vol. 8, n. 1/2007, pp. 91 ss.

Young¹⁰⁴. Anche Marion-Young condivide la preoccupazione nei confronti del multiculturalismo per quelle che sono le possibili gravi conseguenze di questo progetto politico quando ne consegua la possibilità per i gruppi minoritari di realizzare dinamiche di esclusione o di soppressione della differenza interna, nel tentativo di garantire e rinforzare una omogeneità minoritaria. Certo, gli sforzi dei gruppi minoritari di definire e consolidare una propria identità costituiscono un'importante forma di resistenza nei confronti dell'imperialismo culturale che caratterizza tutte le maggioranze, e mette per certi versi quest'ultime nella posizione di doversi leggere e percepire (o almeno provare a farlo) nel proprio particolarismo, abbandonando pretese di neutralità e universalità¹⁰⁵. Rispetto alla prospettiva di Kymlicka, nella quale i gruppi sono importanti soprattutto in relazione allo sviluppo dell'autonomia individuale, per Young esiste una inestricabile interrelazione tra individui e gruppi, che le consente di vedere i diritti culturali con minori preoccupazioni rispetto a quelle di Okin, ed anzi come strumento effettivo di giustizia da mettere a disposizione delle minoranze oppresse¹⁰⁶. Questo però non varrebbe necessariamente per tutti i gruppi, e su questo aspetto riemergono i problemi, perché non è chiaro quali sarebbero effettivamente i gruppi meritevoli di riconoscimento e di rappresentazione. Un aspetto rilevante in questa riflessione è il rovesciamento di prospettiva che suggerisce: le discriminazioni fondate sul genere e sull'origine etnica sono un problema complesso che non può essere letto come una questione relativa esclusivamente ai diritti individuali. Proprio i diritti riconosciuti alle comunità possono servire come strumento di protezione (intersezionale) delle donne che appartengono alle minoranze e gli stessi diritti stabiliti e disciplinati dalle maggioranze dovrebbero tenere specificamente conto delle situazioni particolari interne ai gruppi minoritari ed agire su queste attraverso azioni positive, che superino quindi una visione liberale e individualistica dei diritti. Misure come assistenza gratuita per i bambini e le bambine migranti, accomodamenti nell'abbigliamento per le donne musulmane, ad esempio nell'utilizzo delle piscine o nello svolgimento

¹⁰⁴ Cfr. I. MARION-YOUNG, *Justice and the politics of difference*, Princeton New York, 1990.

¹⁰⁵ Interessante la lettura di Young operata da R. GRESSGÅRD, C.M. JACOBSEN, *Questions of gender in a multicultural society*, in *Nora: Nordic Journal of Women's Studies*, vol. 11, n. 2/2003, pp. 69 ss.

¹⁰⁶ Cfr. I. MARION-YOUNG, *Justice and the politics of difference*, cit., spec. p. 183.

delle attività sportive, sono esempi di forme effettive di sostegno nei confronti delle minoranze ed insieme nei confronti delle donne appartenenti alle minoranze; misure che devono tenere in adeguata considerazione le differenze interne ai singoli gruppi al fine di non contribuire in alcun modo ad essenzializzarle o cristallizzarle¹⁰⁷.

La questione dell'intervento pubblico nella sfera privata veniva d'altra parte affrontata già da Okin, che lo leggeva con preoccupazione quando questo si realizzasse in un diretto sostegno ai gruppi patriarcali¹⁰⁸. Essa tocca però un punto più profondo, che ha a che fare con la definizione stessa di libertà, e dunque con la verifica circa l'effettiva autodeterminazione delle donne all'interno della comunità di appartenenza¹⁰⁹. Il problema starebbe nelle condizioni in presenza delle quali le scelte delle donne possono essere considerate libere, senza le quali non potrebbe darsi alcuna politica liberale di gestione delle relazioni interculturali né un diritto interculturale compatibile con la prospettiva internazionale dei diritti umani, e con quella del costituzionalismo, dalla prima distinta ma accomunata, attraverso il personalismo, da una centralità dei diritti fondamentali. Più complesso è comprendere se e come quegli interventi pubblici di cui si diceva sopra possano intervenire per «promuovere e sostenere una situazione di libertà personale

¹⁰⁷ Cfr. R. GRESSGÅRD, C.M. JACOBSEN, *Questions of gender in a multicultural society*, cit.

¹⁰⁸ Okin in verità ritiene in contrasto con i diritti delle donne anche le politiche multiculturali che «si ispirano alla tolleranza e si traducono in non ingerenza delle istituzioni pubbliche in relazioni comunitarie e familiari», cfr. A. FACCHI, *La libertà delle donne*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit.

¹⁰⁹ Cfr. Y. SAMAD, J. EADE, *Community perceptions of forced marriage*, London, 2002; F. SHARIFF, *Towards a Transformative Paradigm in the UK Response to Forced Marriage: Excavating Community Engagement and Subjectivising Agency*, in *Social & Legal Studies*, vol. 21, n. 4/2012, pp. 1 ss., che sul significato che assume il consenso sottolinea come esso «has to be understood culturally, not in the liberal sense in which parties maintain a right of veto, but as a longer process of negotiations in which input from a number of people within the family is offered, rebuked, given weight or not, depending on relative standing. Because of this some caveats exist. In reality decision-making in the family and extended family takes place in a context of competing claims to legitimacy, authority and power. Whereas the liberal individual may only need to realise her own will – consent – the woman in this context may desire familial or community endorsement – consensus – before she chooses to exercise it», pp. 12-13, cit. anche in G. SPANÒ, *Dall'illiceità (della condotta) all'illegalità (della tradizione)? Alcune riflessioni sui matrimoni forzati, con particolare riferimento al caso del Regno Unito*, in *Comparazione e diritto civile*, agosto 2017.

che permetta alla scelta individuale di non essere soltanto uno strumento retorico»¹¹⁰, trovando una sorta di “terza via” del rapporto tra istituzioni e gruppi minoritari, alternativa sia a quella repressiva delle espressioni e concretizzazioni dell’appartenenza identitaria, sia a quella del sostegno incondizionato del particolarismo.

A percorrere la terza via ci si muove verso il concetto di *agency*, che è considerato ormai imprescindibile per una lettura corretta del rapporto tra multiculturalismo, o interculturalismo, e diritti delle donne. Significativa la definizione che lo descrive come «possibilità [per la donna] di prendere la parola e di autorappresentarsi, così da non essere più invisibile e ‘ventriloquata’»¹¹¹, subalterna che, nella dimensione postcoloniale, cerca di divenire soggetto di ribellione e rivendicazione, ma resta comunque raccontata da altri, da uomini. L’interrogativo che si è posto e continua a porsi a livello teorico, e che si riversa sull’individuazione in concreto delle soluzioni normative da adottare nella regolazione dei rapporti tra ordinamenti e gruppi culturali minoritari, e dunque sull’*an* e il *quomodo* del riconoscimento di diritti all’espressione dell’identità culturale, è fino a che punto l’*agency* possa essere esercitata nei confini di comunità familiari e claniche caratterizzate da un’impostazione patriarcale. L’esempio più evidente è quello dei contesti in cui “di regola” le donne conducono la propria esistenza all’interno di matrimoni combinati, negoziando in modo spesso permanente con le strutture di potere e i loro detentori: e dove pure, come viene da più parti sottolineato, in molti casi l’accettazione della pratica corrisponde alla realizzazione di relazioni di genere sostanzialmente paritarie nella famiglia e all’esercizio di libertà nella sfera pubblica¹¹². Il caso delle pratiche matrimoniali è, come si vedrà anche nel proseguo della trattazione, particolarmente significativo non solo perché in esse emergono gran parte delle violazioni dei diritti delle donne che determina-

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Cfr. G.C. SPIVAK, *Can the Subaltern Speak?*, in C. NELSON, L. GROSSBERG, (a cura di), *Marxism and the Interpretation of Culture*, Urbana, 1988, e le considerazioni espresse su Spivak in A. BELLI, A. LORETONI, *Genere e intersezionalità. Nuove cittadinanze oltre l’orientalismo*, cit.

¹¹² Sui matrimoni combinati, *ex aliis*, cfr. U. NARAYAN, *Minds of their Own: Choices, Autonomy, Cultural Practices and Other Women*, in L.M. ANTONY, C. WITT, (a cura di), *A Mind of One’s Own: Feminist Essays on Reason and Objectivity*, Boulder 2002. E, ancora, i riferimenti in A. BELLI, A. LORETONI, *Genere e intersezionalità. Nuove cittadinanze oltre l’orientalismo*, *ibidem*.

no tensione rispetto ai sistemi della tradizione giuridica occidentale, ma anche perché mostrano quanto sia impervio il sentiero della libertà, e quanto possa risultare fuorviante percorrerlo quando ci si confronta con “culture”, per loro natura frastagliate, eterogenee. Se è vero che una lettura esterna tende ad attribuire alle minoranze culturali alcune specifiche credenze e condotte, talvolta invece riconducibili soltanto a minoranze all’interno della minoranza, ragionare di libertà in termini assoluti, ovvero di autonomia, quando si valuta lo *status* femminile all’interno di tali gruppi, può rappresentare una soluzione semplicistica e deresponsabilizzante: il punto non è infatti verificare che le donne in determinati contesti non sono libere (con tutte le difficoltà connesse alla qualificazione morale della libertà e dell’autonomia), ma l’attribuzione alle istituzioni, e dunque al diritto, di un ruolo di facilitazione dell’agire femminile dentro e fuori le comunità di appartenenza, attraverso la messa a disposizione non soltanto di norme protettive, ma di strumenti proattivi per il superamento delle dinamiche oppressive. Si tornerà, proprio nelle conclusioni, sul ruolo della cittadinanza (*rinvio*, par. 5, qui intesa anche nella sua connotazione giuridico-formale) da questo punto di vista.

2.2. Il “paradosso della vulnerabilità multiculturale”

Uno snodo essenziale della riflessione femminista sul multiculturalismo è rappresentato dal c.d. “paradosso della vulnerabilità multiculturale”¹¹³. Per un verso, i gruppi minoritari risultano spesso penalizzati e marginalizzati da parte della società, che esprime una cultura maggioritaria, e questo determina, come si è già messo in evidenza, l’emergere di richieste di accomodamenti, di compromessi multiculturali attraverso i quali la maggioranza salvaguarda la possibilità di definirsi come tale, e come tale stabilire l’identificazione dell’ordinamento con un determinato sistema valoriale; per altro verso, le donne, all’interno dei gruppi minoritari, sono molto spesso discriminate e soggette a trattamenti ingiustificatamente differenziati, e la previsione dei suddetti accomodamenti, strumenti che attribuiscono spazi di potere e di autorità a tali minoranze, rischia nella pratica di tradursi nel rafforzamento

¹¹³ Cfr. A. SHACHAR, *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, in *Political Theory*, vol. 28, 2000, pp. 64 ss.

dei *leader* oppressivi interni ad esse, e dunque del patriarcato, rendendo le donne più vulnerabili¹¹⁴.

Non si è dedicato uno spazio specifico nella prima parte dello scritto al concetto di vulnerabilità, che pure forse lo avrebbe meritato, occorre dunque spendere almeno qualche riflessione su un'idea che attraversa diversi statuti epistemologici, con conseguenze e sfumature diverse¹¹⁵. Attribuire una definizione univoca alla vulnerabilità sembra impossibile: essa richiama un complesso di variabili, di visioni, di possibili letture. Nei mesi in cui si scrive è morta Elena Pulcini, tra le filosofe più sensibili e attente alla cura e alla vulnerabilità, un binomio che chiama in causa la doverosità di quegli interventi istituzionali ai quali si accennava in precedenza, capaci di prendersi effettivamente cura di chi non necessariamente ha bisogno di essere salvato dalla propria identificazione culturale, ma deve essere messo nelle condizioni di prendere parola su di sé e sulla cultura di appartenenza, all'interno e all'esterno del gruppo.

Pulcini, interrogandosi sulla vulnerabilità, si chiede che cosa spinga il soggetto a riconoscersi come soggetto in relazione¹¹⁶, e lo individua nel «*double bind* della relazione di cura: questa implica infatti non solo l'attenzione del soggetto all'altro e la presa in carico dei suoi bisogni e della sua fragilità, ma anche il riconoscimento della *fragilità costitutiva del soggetto stesso*; del suo essere connotato da una condizione di mancanza e di dipendenza che lo espone costitutivamente al bisogno di cura»¹¹⁷. L'idea dell'esistenza di una «condizione ontologica di vulnerabilità», riconducibile ad una pluralità di approcci, pur distinti, che hanno segnato il pensiero filosofico contemporaneo¹¹⁸, è utile ai

¹¹⁴ Una lettura critica di tale paradosso anche in R. RUBIO-MARÌN, W. KIMLYCKA, cit.

¹¹⁵ Per una ricostruzione, si veda da ultimo O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018.

¹¹⁶ Cfr. E. PULCINI, *Cura di sé, cura dell'altro*, in *Thaumazein*, n. 1/2013, e, più ampiamente, EAD., *La cura del mondo. Paura e responsabilità in età globale*, Torino, 2009.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 91.

¹¹⁸ Pulcini fa riferimento a P. RICOEUR, *Le sfide e le speranze del nostro comune futuro*, in ID., *Persona, comunità e istituzioni*, in A. DANESE (a cura di), Fiesole (Firenze), 1994; M. C. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001, trad. it. *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004, e a J. BUTLER, *Giving an account of oneself*, New York, 2005, trad. it. *Critica della violenza etica*, Milano, 2006.

fini di questa trattazione perché impedisce di postulare un soggetto umano sempre e completamente autosufficiente, e pone in discussione una prospettiva che tenda a leggere le complesse relazioni tra diritti delle donne e multiculturalismo esclusivamente attraverso la lente della libertà, dell'autonomia, e dell'autodeterminazione. Ma è utile anche perché «la dipendenza e la vulnerabilità perdono quel carattere penalizzante e sacrificale che ha costellato il destino e l'identità delle donne, per diventare fondamenti di un soggetto in relazione»¹¹⁹.

La considerazione della vulnerabilità come proprietà intrinseca all'essere umano, e dunque caratterizzante qualsiasi individuo¹²⁰, deve però essere inquadrata nelle circostanze che la determinano come tale, vale a dire nelle sue cause, e nelle sue manifestazioni: il riconoscimento di una vulnerabilità umana universale non impedisce di rendere visibili le particolari condizioni per cui si è o si diventa vulnerabili, quelle manifestazioni “relazionali” che rendono inopportune forme di categorizzazione, e invece preferibile una valorizzazione dell'*agency* individuale, che si esprime in modo diverso a seconda dei contesti, e con una diversa gradualità¹²¹. Per questa ragione la reazione al paradosso della vulnerabilità multiculturale che si concretizza in una concezione anti-multiculturalista la cui conseguenza pratica è imporre alle donne di operare una scelta tra l'appartenenza al gruppo e i loro diritti, non coglie appieno la dimensione relazionale della vulnerabilità. Questa sembra indicare un'altra strada, che è quella della conciliazione, è la via in cui si incontrano i diritti culturali delle donne e l'eguaglianza, e in cui

¹¹⁹ Cfr. E. PULCINI, *Cura di sé, cura dell'altro*, cit., p. 93.

¹²⁰ Visione che è ben articolata nel testo fondamentale di E. KITTAY, *Love's Labor: Essay on Women, Equality and Dependency*, New York, 1998. Rilevante anche la prospettiva di Martha Fineman, secondo la quale il concetto di vulnerabilità supera, in qualche modo, la dimensione stessa del genere, ponendo le basi per un'eguaglianza che si costruisce attraverso il reciproco riconoscimento: un riconoscimento che si fonda sull'idea della vulnerabilità come condizione universale dell'essere umano (cfr. M. FINEMAN, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, vol. 60, n. 2/2010, spec. pp. 266 ss. e EAD., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, n. 1/2008, pp. 8 ss.), la cui indipendenza e autosufficienza non sarebbero che un mito (cfr. EAD., *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York, 2004).

¹²¹ Cfr. S. ZULLO, *Definire e comprendere la vulnerabilità sul piano normativo*, in A. FURIA, S. ZULLO (a cura di), *La vulnerabilità come metodo. Percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto e etica*, Roma, 2020, spec. pp. 43 ss., e sulla critica al *labelling* cfr. F. LUNA, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels*, in *International Journal of feminist Approaches to Bioethics*, vol. I, n. 2/2009, pp. 121 ss.

si esplica il tentativo di far convivere identità culturale (non soltanto dei gruppi, ma delle stesse donne che all'interno di questi costruiscono reti di solidarietà) e diritti individuali delle donne. In un contesto in cui l'unica possibilità per le donne di veder tutelati i loro diritti nei confronti delle regole e delle pratiche patriarcali che le opprimono è rivolgersi alle Corti (istituzioni contromaggioritarie ma percepite in ogni caso come strutture che esprimono il potere coloniale della maggioranza all'interno dell'ordinamento), forte è il rischio che chi lo fa sia percepita come "sleale" nei confronti della comunità, stigmatizzata dal gruppo, che può reagire inasprendo gli elementi più radicali della propria cultura¹²².

2.3. Un'alternativa nella costruzione dell'agency attraverso la partecipazione

Una possibile alternativa va dunque cercata, attraverso la politica del diritto, nell'apertura dei processi deliberativi a chi è vulnerabile e marginalizzato dal proprio gruppo di appartenenza, facilitando la deliberazione e la partecipazione delle donne alla costruzione delle regole, a partire dall'interno della comunità di appartenenza. In questa direzione si muove chi propone la costruzione di un sistema di incentivi e di opportunità che consenta di sfidare dall'interno la struttura gerarchica e oppressiva del gruppo¹²³, e ritiene che linee guida o obiettivi per un dialogo inclusivo e aperto interno alle culture dovrebbero prevedere almeno tre aspetti, tutti derivanti dalla questione centrale se le donne hanno un'effettiva opportunità di mettere in discussione la pratica culturale e/o di trasformarne il significato all'interno delle comunità particolari interessate. In primo luogo, il processo interculturale deve consentire a chi appartiene alle minoranze di avere informazioni sulle possibili alternative alla pratica in uso: devono esserci opportunità per le persone di ascoltare come altre comunità affrontano questioni simili e conoscere interpretazioni alternative delle tradizioni e delle pratiche della comunità stessa. Inoltre, la presentazione di queste informazioni non può essere monopolizzata dai *leader* tradizionali: chi sostiene

¹²² Cfr. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001.

¹²³ Cfr. S. WILLIAMS, *Democracy, Gender Equality and Customary Law: Constitutionalizing Internal Cultural Disruption*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n. 1/2011, pp. 65 ss.

pratiche alternative, chi è eterodosso, per così dire, deve avere l'opportunità di parlarne. Se è vero che alcune comunità preferirebbero che i loro membri non fossero del tutto consapevoli di pratiche o interpretazioni alternative, questo tipo di ignoranza rende *ex ante* insostenibile un modello interculturale. In tale prospettiva, dunque, poiché impedire a chi contesta le regole o le pratiche tradizionali di esprimere argomenti eterodossi, proponendo alternative, svantaggia significativamente i dissidenti, si potrebbero ipotizzare obblighi in capo alla comunità minoritaria di dimostrare che consente la presentazione di alternative, ai quali condizionare l'eventuale accoglimento di richieste di *accomodation* qualora queste comportino importanti conseguenze a carico delle minoranze interne vulnerabili.

In secondo luogo, il dialogo deve includere un'ampia partecipazione dei dissenzienti. Coloro che desiderano mettere in discussione la pratica tradizionale, o l'interpretazione di questa pratica offerta dai "capi", devono avere a disposizione opportunità significative per farlo. Il problema è cosa debba e possa intendersi effettivamente per opportunità significativa. Sul punto sembra condivisibile l'individuazione di due elementi la cui sussistenza pare strettamente funzionale a rendere l'opportunità non meramente teorica, ipotetica, o potenziale: gruppi differenti all'interno della comunità devono poter prendere parola per sé stessi e non possono essere ingabbiati nella rappresentanza di un portavoce che non sia stato scelto da loro; i dissenzienti devono essere ascoltati da un uditorio più ampio rispetto ai *leader* tradizionali della comunità, potendo così influenzare la cultura della loro comunità e incidere su di essa¹²⁴.

In terzo luogo, la decisione definitiva della comunità sulle pratiche (che alimentano la vulnerabilità) deve dimostrare una qualche forma di riconoscimento per le visioni dei dissenzienti; questo non significa che la comunità debba necessariamente fare proprie le loro visioni, ma

¹²⁴ Sottolinea questo aspetto M. DEVEAUX, *A Deliberative Approach to Conflicts of Culture*, in A. EISENBERG, J. SPINNER-HALEVY (a cura di), *Minorities within Minorities: Equality, Rights, and Diversity*, Cambridge, 2005, spec. p. 350, la quale mette in evidenza come l'eguaglianza politica tra i partecipanti rappresenti una precondizione per il dialogo. Più dubbiosa sul punto S. WILLIAMS, *Democratic Theory, Feminist Theory, and Constitutionalism. The Challenge of Multiculturalism*, in B. BAINES, D. BARAK-EREZ (a cura di), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge, 2012, ritenendolo molto difficile da realizzare in gran parte delle comunità, non solo minoritarie ma anche maggioritarie.

deve mostrare che le ha prese in considerazione e ha tentato in qualche modo una conciliazione¹²⁵. Non a caso vi è chi chiede che l'esperimento di tale tentativo debba essere in qualche modo dimostrato, o meglio garantito, attraverso la rivedibilità dei risultati del dialogo, che dovrebbero essere sempre ridiscutibili e rinnovabili nel futuro¹²⁶.

La questione della rivedibilità è essenziale, essa infatti rappresenta uno dei principi fondamentali di qualsiasi sistema democratico, dove l'inesauribilità del potere di decidere, tipicamente riconosciuta ai Parlamenti, deriva da un principio generale di non definitività che accompagna le democrazie¹²⁷, e che qui assume una particolare rilevanza in quanto necessaria per assicurare ai dissenzienti che le loro preoccupazioni non siano state rimosse in via permanente. D'altra parte la rivedibilità sarebbe insufficiente se la comunità non dimostrasse una qualche forma di comprensione e di empatia nei confronti di chi non è ortodosso, vale a dire che la comunità deve dimostrare quella stessa volontà di trovare forme di conciliazione o mediazione con le proprie minoranze interne che si richiede alla società nella sua interezza, e, dunque, all'ordinamento giuridico, nei confronti dei gruppi minoritari¹²⁸. Riecheggiano in questa discussione le considerazioni espresse da Alessandro Pizzorusso, in un contesto argomentativo che non toccava i temi qui affrontati, sul rapporto tra maggioranze e minoranze¹²⁹, in particolare quando spiega che la protezione degli elementi caratterizzanti le minoranze volontarie, alternativa naturalmente preferibile all'assimilazione delle minoranze alla maggioranza, non può che avere dei costi «in termini di sacrificio di interessi che si pongono in conflitto con quelli inerenti alla tutela dei caratteri specifici della minoranza. Donde la necessità di valutare in modo equilibrato quale sia un equo bilanciamento dei contrastanti interessi». Ma soprattutto quando guarda con perplessità alle teorie assimilazioniste in quanto presupporrebbero la possibilità di «fermare artificialmente il corso della storia, la quale inevitabilmente porta con sé modificazioni nell'assetto delle civiltà, delle

¹²⁵ *Ibidem*, spec. pp. 406 ss.

¹²⁶ Cfr. M. DEVEAUX, *A Deliberative Approach to Conflicts of Culture*, cit.

¹²⁷ Restano centrali, nella semplicità dell'opera, le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, 2016.

¹²⁸ Cfr. L. GREEN, *Internal Minorities and Their Rights*, in W. KYMLICKA (a cura di), *The Rights of minority Cultures*, Oxford, 1995, pp. 257 ss.

¹²⁹ Il riferimento va naturalmente a A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, 1993.

culture e dei popoli», che devono essere affrontate attraverso il riconoscimento del «diritto di tutti i gruppi sociali a difendere le loro caratteristiche etniche, linguistiche, religiose, ecc., con il solo limite derivante dall'esigenza di rispettare gli analoghi diritti di altri gruppi o i diritti fondamentali di libertà dei singoli individui»¹³⁰.

Bilanciamento e conciliazione sembrano dunque essere le chiavi di volta della costruzione del rapporto tra diritti individuali e diritti delle minoranze culturali, ma, come si accennava, non sono sufficienti perché hanno bisogno degli strumenti partecipazionistici riconducibili all'eguaglianza sostanziale. La promozione dell'eguaglianza di genere all'interno di sistemi pluralisti (nei quali convivono cioè culture diverse, ma spesso anche regole giuridiche aventi fondamenti valoriali diversi, e su questo si tornerà in seguito) necessita di un dirigere gli sforzi non alla coercizione diretta di un sistema sull'altro, ma verso metodi di potenziamento e incentivazione di uno sviluppo culturale orientato all'eguaglianza di genere¹³¹. Piuttosto che, come è avvenuto per lungo tempo, anche nella prospettiva femminista, individuare una varietà di meccanismi (importanti ma insufficienti) tutti consistenti nell'utilizzo di dispositivi giuridici (processi, o istituzioni) volti a limitare la capacità del sistema giuridico alternativo prodotto dal gruppo minoritario di determinare o favorire discriminazioni di genere, dovrebbe essere incoraggiata la trasformazione culturale interna, in particolare aiutando le donne a svolgere un ruolo più importante per quello sviluppo, ciò che favorirebbe proprio l'identità e l'*agency* delle donne coinvolte; ma dovrebbe anche essere potenziato il ruolo delle donne "di minoranza" all'interno della comunità maggioritaria, di modo che possano contribuire a mettere a tema gli aspetti del cambiamento per loro prioritari, che non necessariamente corrisponderanno a quelli ritenuti prioritari da parte dell'ordinamento giuridico generale¹³².

La combinazione tra limiti esterni ai sistemi giuridici alternativi, *accomodations*, e azioni di tutela positiva delle soggettività interne non solo è possibile, ma auspicabile nella prospettiva di Nancy Fraser, che suggerisce alcuni rimedi finalizzati ad attribuire una voce più forte

¹³⁰ Si segnala la lettura del classico di Alessandro Pizzorusso operata da V. PIERGIGLI, *Rileggendo l'opera di Alessandro Pizzorusso sulle minoranze linguistiche: le "nuove minoranze" tra identità e integrazione*, in *Nomos*, n. 1/2019.

¹³¹ Cfr. S. WILLIAMS, *Religion, custom, and legal pluralism*, in H. IRVING (a cura di), *Constitutions and Gender*, cit., spec. pp. 423 ss.

¹³² *Ibidem*, p. 425.

alle donne nei processi di trasformazione culturale interna alle comunità minoritarie¹³³. L'autrice distingue tra “*affirmative remedies*”, che incidono sui risultati senza modificare le strutture che nel tempo hanno generato ingiustizia (si tratta in buona sostanza di “azioni positive”), e “*transformative remedies*”, che cercano invece di sradicare le cause dell'ingiustizia, e sono, evidentemente, più difficili da realizzare. Certamente le caratteristiche proprie di ciascun rimedio dipendono dalla collocazione dell'ordinamento all'interno di quella mappa del pluralismo giuridico, a cui si farà riferimento in seguito, che mostra livelli diversi di incorporazione e *accomodation* nei sistemi giuridici pluralisti, a prescindere che si tratti di ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale ovvero di sistemi post-coloniali. In ogni caso le strategie utilizzabili per costruire, attraverso il diritto, una forma di interazione tra sistemi differenti che tenga conto delle pressioni in senso pluralistico ma nello stesso tempo incoraggi uno sviluppo coerente con l'eguaglianza di genere, sono di varia natura e sono state elaborate e proposte da più parti.

Secondo alcune tesi, ogni strategia deve focalizzarsi sulla natura delle istituzioni e delle persone che esercitano autorità all'interno di un determinato sistema: in particolare corti, governi, istituzioni scolastiche ed educative. Vale a dire che ogni strategia è volta ad influenzare le strutture e i processi del sistema giuridico alternativo, più che agire sulle regole sostanziali di quel sistema, poiché l'obiettivo sarebbe utilizzare l'interazione tra i sistemi diversi, maggioritario e minoritario, per incoraggiare le citate istituzioni a sviluppare un impegno concreto verso l'eguaglianza di genere. Questo potrebbe avvenire in particolare in tre modi¹³⁴: cercando di cambiare lo sguardo delle persone che già occupano posizioni di potere in queste istituzioni, e questo può accadere grazie all'educazione¹³⁵, e tramite il contatto dei gruppi minoritari con altre istituzioni e culture, basti pensare al ruolo del diritto

¹³³ Cfr. N. Fraser, *Scales of Justice*, Columbia, 2009.

¹³⁴ I tre metodi sono elaborati da S. WILLIAMS, *Religion, custom, and legal pluralism*, cit.

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*. Sul ruolo dell'educazione in contesti post-coloniali è interessante l'impegno formativo delle istituzioni nei confronti dei capi tradizionali per la riduzione del ricorso alle mutilazioni genitali femminili in alcuni territori dell'Africa, su cui cfr. J. DIOP, I. ASKEW, *The effectiveness of a community-based education program on abandoning female genital mutilation/cutting in Senegal*, in *Studies in Family Planning*, vol. 40, 2009, pp. 307 ss.

comparato nella circolazione dei modelli giuridici e, da questo punto di vista, al c.d. “dialogo tra le Corti” come strumento di diffusione della “cultura dei diritti fondamentali”. Un altro metodo è quello di cambiare le persone che sono collocate in quelle posizioni: in questo caso l’obiettivo è chiaramente quello di includere persone che è probabile abbiano una maggiore sensibilità e possano spendere un maggiore impegno per la realizzazione dell’eguaglianza di genere. Questo comporta, *in primis*, che anche le donne occupino posizioni di potere. Non sono poche le realtà in cui esistono risorse culturali che possono essere utilizzate per accrescere il potere delle donne nelle istituzioni tradizionali, ad esempio in numerosi sistemi consuetudinari africani sono previsti importanti ruoli per le donne. Ma non necessariamente una maggiore presenza femminile si mostra risolutiva, se non è presente il presupposto, vale a dire la democratizzazione dei processi attraverso i quali le autorità vengono scelte: lo spostamento verso un modello di gestione del potere più partecipativo e democratico trasforma le visioni. Un terzo metodo individuato risiede nella creazione di incentivi alla realizzazione dell’eguaglianza di genere: a fronte della richiesta del riconoscimento da parte dell’ordinamento di sistemi alternativi, esso potrebbe offrire dei benefici condizionati, ad esempio dare legittimazione alle corti soltanto se includono una significativa partecipazione femminile, o se applicano regole processuali che garantiscano il pari trattamento tra i generi (basti pensare alla questione della parificazione della testimonianza della donna rispetto a quella dell’uomo). Questi aspetti emergeranno con chiarezza quando si affronterà il caso dei *Shari’a Councils* e dell’applicazione del diritto islamico alla minoranza musulmana in contesti ordinamentali occidentali, come quello inglese.

Queste misure si innestano all’interno di una prospettiva di interlegalità, sulla quale ci si soffermerà in seguito (par. 3.2), che introduce una sorta di competizione-cooperazione tra le autorità pubbliche dello stato a cui appartiene il gruppo culturale minoritario e i *leader* di riferimento del gruppo culturale.

La strategia partecipazionista è sicuramente tra tutte particolarmente attenta alla cifra dell’*agency*, e si nutre dell’utilizzo della categoria della parità, e degli strumenti per la parità, nella loro duplice funzione di realizzazione della democrazia paritaria e di mezzi per affrontare la questione dello statuto giuridico delle donne appartenenti a culture minoritarie e patriarcali, nell’idea che la dimensione partecipativa dell’eguaglianza di genere possa incidere su una diversa configu-

razione del pluralismo giuridico e del rapporto tra multiculturalismo e diritti delle donne.

Chi, come Rubio-Marìn e Kymlika, ha enucleato e studiato il momento di passaggio da una prospettiva esclusivamente egualitaria nell'affermazione dei diritti delle donne ad una partecipazionista, non ha mancato di sottolineare quanto tale passaggio abbia prodotto e produca implicazioni sulla questione multiculturale, soprattutto nei contesti in cui il multiculturalismo comporta il riconoscimento di un certo grado di autonomia delle minoranze, consentendo loro un margine di autoregolazione e un'applicazione, in alcuni settori, differenziata delle regole giuridiche, in deroga a quelle vigenti all'interno dell'ordinamento generale¹³⁶. Un'autonomia che in alcuni casi equivale al vero e proprio riconoscimento dell'ordinamento giuridico minoritario, nelle forme, come si vedrà, del "diritto consuetudinario", o della regola dello "statuto personale", ma comunque determina un potenziale dirompente conflitto tra la svolta partecipazionista della parità di genere e queste tendenze pluralistiche, in via (forse) di consolidamento.

Infatti, in numerosi contesti nei quali le minoranze sono state integrate attraverso la legittimazione di sistemi normativi tradizionali (di natura religiosa o consuetudinaria), alle donne non è stato garantito un ruolo paritario nei processi decisionali, mostrando come da un lato i diritti multiculturali e l'auto-governo delle minoranze possano porsi in contrasto anche con l'obiettivo della democrazia paritaria, dall'altro proprio l'innesto di strumenti partecipativi nel *decision-making* delle minoranze ha in sé la capacità di rendere più flessibile l'esercizio dei diritti culturali, sganciandolo da quella visione ipostatizzante delle culture e dei titolari dei relativi diritti che non prende in considerazione il multiculturalismo come strumento giuridico e politico¹³⁷.

La suddetta visione, peraltro, impedisce lo stesso ricorso alla categoria dell'*agency*, e la configurazione di possibili alternative all'anti-multiculturalismo, rappresentando come monolitiche e dunque inac-

¹³⁶ Cfr. W. KYMLYCKA-R. RUBIO-MARÌN, *The participatory turn in gender equality and its relevance for multicultural feminism*, cit., spec. p. 23.

¹³⁷ Cfr. A. PHILLIPS, *Gender and Culture*, Cambridge, 2010, T. MODOOD, *Multiculturalism*, Cambridge, 2013, e, in Italia, da ultimo, cfr. R. PIROSA, *Il principio pluralista tra diritto e politica. Per una critica del multiculturalismo attraverso l'esperienza canadese*, Brescia, 2021, e, sui rischi delle semplificazioni ipostatizzanti della nozione di identità e di quella di cultura, cfr. A. COLAJANNI, *Diritti, identità, culture*, in *Diritto Penale e Uomo*, vol. 1, n. 9/2019, pp. 147 ss.

cessibili le comunità minoritarie, e, paradossalmente, dimenticando di considerare gli individui, i singoli uomini e le singole donne, all'interno di tali comunità, come soggetti essi stessi multiculturali¹³⁸, in perenne confronto identitario, spesso protagonisti di scelte anche profondamente diverse tra loro.

Questo multiculturalismo per così dire interno emerge con vigore se si analizza il caso, anche quantitativamente significativo, delle minoranze di religione islamica. Ormai da diversi anni è conosciuto e studiato il fenomeno del femminismo islamico, esempio concreto di come può esprimersi l'*agency* di donne che agiscono contemporaneamente nella rivendicazione dei propri diritti, intesi in senso universalistico, e manifestando il proprio credo religioso¹³⁹: è l'espressione per eccellenza di quelle "identità *meticce*, plurali e instabili" di cui parla Alessandra Facchi, che si incarnano in donne "minoritarie" che non necessariamente condividono il percorso segnato dalla tradizione filosofica e giuridica occidentale per l'affermazione della propria soggettività, bensì esplorano soluzioni autoctone, rielaborando la propria tradizione, la propria identità culturale, per giungere ad una consapevolezza di genere diversa e decolonizzata¹⁴⁰. Non ci sono ragioni per non ritenere che questa consapevolezza gradualmente guiderà anche le comunità minoritarie tradizionalmente patriarcali verso l'apertura alla presenza delle donne nei processi decisionali, e, se è vero che forse, almeno in alcuni casi, la resistenza al cambiamento non ha a che fare solo o tanto con la salvaguardia dell'identità culturale, ma anche con la preservazione del potere nelle mani (maschili) di chi lo ha sempre detenuto¹⁴¹, la richiesta di presenza, e di rilevanza, da parte delle donne, sarà doppiamente determinante per il cambiamento.

Il punto sul quale si generano i maggiori attriti è quello relativo a

¹³⁸ Cfr. R. PEPICELLI, *Islam, Gender and Transnational Belongings: Narratives of Young Muslim Women of Egyptian Origin in Italy*, in O. GIOLO, L. SCUDIERI (a cura di), *Genere e Religioni*, in *About Gender*, n. 10/2016, pp. 204 ss.

¹³⁹ Sul femminismo islamico cfr. R. PEPICELLI, *Femminismo islamico. Corano, diritti, riforme*, Carocci, Roma, 2010; M. BADRAN, *Feminism in Islam. Secular and Religious Convergences*, Oxford, Oneworld Publications, 2009; B. HENRY, *Islamic Feminism(s) in the Mediterranean Area: a Hermeneutical Approach*, in L.S. TALANI, S. GIUSTI (a cura di), *Women in the Mediterranean*, Oxford, Routledge, 2018, pp. 4 ss., e L. SCUDIERI, *Oltre i confini dell'harem. Femminismi islamici e diritto*, Milano, 2013.

¹⁴⁰ Cfr. A. FACCHI, *La libera scelta delle donne*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), cit.

¹⁴¹ Lo sostiene A. SHACHAR, *What We Owe Women*, in D. SATZ, R. REICH (a

come effettivamente possa costruirsi l'*agency* delle donne appartenenti ai gruppi minoritari, e quale relazione intercorra tra questa *agency* e i paradigmi della libertà e dell'autonomia individuale, ai quali siamo abituati a fare riferimento nella prospettiva costituzionale dei diritti fondamentali. Non mancano posizioni critiche, che individuano «nella zona grigia della consuetudine, cioè della emulazione ripetuta di comportamenti seguiti dal gruppo di appartenenza nella convinzione con ciò di uniformarsi ad un imperativo giuridico»¹⁴², il nodo problematico, sottolineando come un'*agency* senza libertà rischierebbe di risultare un guscio vuoto.

D'altra parte, tali timori si confrontano con la posizione di chi sottolinea che «la sfera religiosa e [la sfera] secolare non sono vissute dalle donne [...] musulmane come due domini che si escludono a vicenda, ma piuttosto come un unico campo di battaglia altamente complesso che distribuisce costi e benefici differenziati»; e questo si vede in modo chiaro negli ordinamenti in cui esistono sedi e procedimenti di risoluzione delle controversie fondati sulla *shari'a*, in cui compromessi e negoziazioni si realizzano «plasmando *agency* e costrittività (*bindingness*) in modi che richiedono una valutazione empirica, tanto divergono dal modello islamico classico»¹⁴³.

Si tratta di comprendere in quale misura un approccio liberale fondato sulla scelta individuale sia compatibile con società materialmente multiculturali e ordinamenti materialmente pluralisti. Come ricorda Facchi, molte donne affermano apertamente la loro adesione a pratiche culturali (o religiose) che la cultura occidentale maggioritaria stigmatizza come oppressive, si pensi al porto del *burqa*, ma non si può non dubitare della possibilità, qualora fossero costrette, di poterne dare testimonianza in pubblico¹⁴⁴.

Vi è poi un altro aspetto che va considerato: la limitazione della libertà derivante da regole e pratiche culturali potrebbe non riguar-

cura di), *Towards a Humanist Justice: The Political Philosophy of Susan Moller Okin*, Oxford, 2013, pp. 149 ss.

¹⁴² Cfr. G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, cit.

¹⁴³ Cfr. P. FOURNIER, *Please Divorce Me! Subversive Agency, Resistance and Gendered Religious Scripts*, in E. GIUNCHI (a cura di), *Muslim Family Law in Western Courts*, London, Routledge, 2014, pp. 32 ss. traduzione di P. PAROLARI, in EAD., *Diritto policentrico e interlegalità nei Paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'ah councils in Inghilterra*, Torino, 2020.

¹⁴⁴ Cfr. A. FACCHI, *La libera scelta delle donne*, cit.

dare soltanto le donne direttamente coinvolte, ma il comportamento culturalmente orientato, anche nel caso in cui venga scelto (liberamente) dalla donna, potrebbe determinare un *vulnus* nei confronti dei principi e dei valori costituzionali fondativi poiché in grado di legittimare subordinazione e oppressione nei confronti di altre donne. Un simile approccio muove dalle medesime premesse, e giunge alle medesime conclusioni, della riflessione femminista sulla pornografia di MacKinnon¹⁴⁵, in cui la libertà di espressione (bene costituzionale primario, com'è noto, soprattutto in un sistema come quello nord-americano che nel Primo Emendamento sancisce un diritto pressoché assoluto) troverebbe limiti fondati sulla capacità della pornografia di farsi strumento di subordinazione. Se la libertà non è soltanto un problema individuale, allora a poco servirebbe la distinzione tra pratiche che provocano danni fisici, materiali, o violazioni irreparabili di diritti inviolabili del soggetto, e altre che non hanno queste caratteristiche (si pensi di nuovo a comportamenti che rientrano nella c.d. libertà di abbigliamento connessa all'appartenenza religiosa), poiché il danno per così dire collettivo potrebbe comunque realizzarsi.

¹⁴⁵ Cfr. C. A. MACKINNON, *Non una questione morale*, in *I diritti delle donne sono diritti umani?*, Roma-Bari, 2012, e si veda anche M. MIKKOLA, *Beyond Speech. Pornography and Analytic Feminist Philosophy*, Oxford, 2017. Sempre MacKinnon, in *Only Words*, Harvard University, 1993, (*Soltanto parole*, Milano, 1999, trad. it. C. Honorati), scrive «La pornografia è una masturbazione mentale. È usata come se fosse sesso. E quindi è sesso. Gli uomini lo sanno, nei secoli prima che la pornografia si trasformasse in una 'idea' da proteggere sulla base del Primo Emendamento gli uomini si divertivano e giustificavano le loro pratiche sessuali sottolineando che il pene non è un organo di pensiero» (*Only words*, cit., p. 17). Per una posizione che associa con particolare unidirezionalità la pornografia alla finalità disumanizzante e protesta verso la sottomissione in generale, associando all'espressione pornografica la capacità di "mettere a tacere" la donna, attraverso quella particolare forza che può essere riconosciuta agli *illocutionary acts*, cfr. R. LANGTON, *Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. XIX, 1990, pp. 311 ss. (in contrapposizione alle tesi precedentemente assunte da R. DWORKIN, *Do we have a right to pornography?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. I, 1981, pp. 177 ss., il quale afferma che il diritto alla pornografia deriva da un più profondo diritto alla "indipendenza morale", e soprattutto dal diritto di non subire limitazioni della propria libertà in ragione del fatto che altri «ritengono che le altrui opinioni sul giusto modo di condurre la vita sono sbagliate ed ignobili», p. 353). Il tema della pornografia è stato peraltro portato all'attenzione delle studiose femministe dal volume di A. Dworkin, *Pornografia. Uomini che possiedono donne*, 1981, in cui l'espressione pornografica viene interpretata come "violenza politica *in primis*", poiché rappresenterebbe la manifestazione dell'esercizio del potere degli uomini sulle donne.

Ma sia lo sguardo sulla libertà individuale, sia quello sull'incidenza collettiva, dovrebbero allargarsi dai sistemi oppressivi delle minoranze a quello delle maggioranze, scoprendo come alle società occidentali non siano affatto sconosciuti pressioni, condizionamenti, introiezione di modelli prestabiliti, che spesso conducono le donne ad intervenire su di sé, sul proprio corpo, sull'esercizio e nell'esercizio dei propri diritti fondamentali, al fine di assecondare aspettative e desideri disegnati dagli uomini¹⁴⁶.

Ogni qual volta si associ all'agire femminile il requisito della libertà occorrerebbe allora interrogarsi sulle possibili alternative, o meglio provare ad immaginare che cosa accadrebbe se quella donna, in quel dato contesto, non agisse la pratica che "liberamente" ha scelto.

Nel prosieguo della trattazione si incontreranno pratiche culturalmente o religiosamente motivate come le scelte di un abbigliamento che nasconde, o l'accettazione di matrimoni combinati, ma il confronto emerge immediatamente con il fenomeno della prostituzione, che ha posto e pone, in gran parte degli ordinamenti occidentali, proprio la questione circa i confini e le condizioni di una scelta libera da parte di chi, come la donna, è storicamente e radicalmente inferiorizzato e collocato in una posizione di subalternità. Senza poter in questa sede dedicare spazio all'ampia varietà di modelli regolatori del fenomeno prostitutivo che il diritto comparato mette a disposizione, l'esperienza italiana sembra offrire da ultimo qualche spunto di riflessione.

Critiche di moralismo, di paternalismo, e di distorsione dei principi di offensività e determinatezza che informano il diritto penale ha suscitato la sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale italiana con la quale neppure nei confronti del favoreggiamento della prostituzione, fattispecie da tempo, e autorevolmente, considerata lesiva dei principi di tassatività e determinatezza dell'illecito penale (art. 25, c. 2, Cost.), ha pronunciato una dichiarazione di illegittimità, ma ha salvaguardato la costituzionalità delle disposizioni della legge c.d. Merlin oggetto di rinvio fondandosi in particolare sul fatto che il bene giuridico tutelato dalla norma non sarebbe la libera autodeterminazione sessuale della persona che si prostituisce, ma la sua dignità, lesa dalla sua mercificazione, e sottolineando come la prostituzione non è mai

¹⁴⁶ Sul punto ancora A. FACCHI, *La libera scelta delle donne*, cit. ed anche M. C. NUSSBAUM, *Proibire il velo significa discriminare*, in S. FERRARI (a cura di), *Reset, Dossier n. 134*, settembre 2012 (www.reset.it).

del tutto volontaria in quanto «anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali».¹⁴⁷ Se è vero che la Corte avrebbe potuto adottare in modo più esplicito la prospettiva dell'eguaglianza di genere nella pronuncia in questione, collegando il disvalore connesso alla prostituzione con i principi di antidiscriminazione e di antisubordinazione di cui all'art. 3, in ogni caso l'esito a cui perviene consente di mettere in discussione, per lo meno in termini di argomentazione costituzionale, un richiamo aprioristico alla libertà come autodeterminazione costituzionalmente fondata quando a compiere determinate scelte siano soggetti la cui vulnerabilità affonda le radici in una posizione di storica subordinazione.

Peraltro, come si anticipava, quelle che sono state definite “preferenze adattive”¹⁴⁸, riguardano tutte le donne, sebbene con gradi diversi

¹⁴⁷ Sulla sentenza vedi G. BAFFA, *La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione nell'ambito del libero esercizio di prestazioni sessuali. A proposito della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale (caso Tarantini)*, in *Giurisprudenza penale*, n. 10/2019, M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 settembre 2019, F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della Legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in *La legislazione penale*, 2019, F. BACCO, *La disciplina penale della prostituzione al doppio vaglio della Consulta, tra giudizi di fatto, moralismo penale e ragionevolezza giudiziale*, in *Sistema penale*, n. 7/2020, pp. 5 ss. In merito all'ordinanza di rinvio, per una lettura nella prospettiva costituzionalistica e di genere, cfr. C. SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla “legge Merlin” e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 161 ss. Sui profili più specificamente penalistici, cfr. A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2018, pp. 153 ss.

¹⁴⁸ Cfr. N. STOLJAR, *Autonomy and the Feminist Intuition*, in C. MACKENZIE – N. STOLJAR (a cura di), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford-New York, 2000, pp. 94 ss.; EAD, *Autonomy and Adaptive Preferences Formation*, in A. VELTMAN, M. PIPER (a cura di), *Autonomy, Oppression and Gender*, New York-Oxford, 2014, pp. 227 ss. E si richiamano da ultimo

di intensità. Le preferenze delle donne continuamente si adattano a regole sulla femminilità stabilite al di fuori di loro, conformate su una separazione dei ruoli di genere frutto di stereotipi, e tendono a rincorrere le aspettative prevalenti. Preferenze adattive sono quelle delle donne somale, che, ricorda Giuditta Brunelli¹⁴⁹, subiscono la forma più feroce di mutilazione, cioè l'infibulazione, ma in questo modo si sentono e sono più protette dalle violenze sessuali, e vengono lasciate libere di spostarsi, di relazionarsi fuori dalla propria casa, di vestirsi in modo più appariscente, mentre le donne sottoposte a forme meno invasive di mutilazione genitale spesso non hanno queste possibilità, e vivono relegate all'interno delle mura domestiche.

Sembra difficile, se non impossibile, leggere la libertà nella scelta di una bambina che viene sottoposta ad una lesione genitale, o di una madre che decide di sottoporvela, ma tracce di quella forma silenziosa di adattamento, della continua negoziazione che le donne appartenenti alle minoranze instaurano con i loro "capi", con chi nel gruppo definisce e custodisce le regole, si possono trovare nelle vite quotidiane delle molte donne occidentali che accettano di non avere figli per proseguire nella carriera, dalle donne che modificano il loro corpo, talvolta mettendo a rischio la propria salute, per conformarsi ad un modello estetico veicolato da mezzi di comunicazioni attraversati da stereotipi e violenza, da quelle che agiscono il potere secondo schemi maschili per essere riconosciute come autorevoli¹⁵⁰.

D'altra parte una presunzione di libertà applicata alle scelte delle donne che vivono all'interno di culture patriarcali rischia, più di quanto non accada per le altre, di imprigionarle nelle strutture oppressive di cui fanno parte, e di tradursi in «un argomento che depotenzia altre prospettive, che legittima il disinteresse del pubblico e le riconfina nel privato, nello spazio non tutelato della famiglia e del gruppo»¹⁵¹. Per questa ragione non manca chi pone l'accento anche sull'esigenza di precisare, affinché possa essere utilizzata per riconoscere condizionan-

le considerazioni di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Sesto San Giovanni, 2020, pp. 42 ss.

¹⁴⁹ Cfr. G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2007, spec. pp. 569 ss.

¹⁵⁰ Interessanti le considerazioni in proposito di F. MERNISSI, *L'Harem e l'Occidente*, Firenze, 2000.

¹⁵¹ Cfr. A. FACCHI, *La libera scelta delle donne*, cit.

doli i diritti culturali dei gruppi, la categoria dell'*agency*, che si muove dall'autonomia al protagonismo, ma senza negare la vulnerabilità, anzi partendo da questa per ricavare spazi e forme di partecipazione¹⁵².

È rilevante in questa prospettiva la riflessione che collega l'*agency* alla questione dei funzionamenti, riferendo il portato dell'*agency* «alla realizzazione di obiettivi e valori che essa ha motivi di perseguire, indipendentemente dal fatto che siano connessi al suo *well-being*»¹⁵³.

È infatti dalle premesse di Amartya Sen che muove il lavoro critico di Martha Nussbaum, teso a promuovere una cultura non contrattualistica della cura e a delineare quel *capability approach* che cerca di individuare uno spazio di convivenza tra *agency* e vulnerabilità. Tale approccio, nelle sue origini volto a spostare la considerazione della ricchezza da fine a sé stessa ad uno degli strumenti finalizzati al pieno funzionamento umano, si spinge con Nussbaum¹⁵⁴ verso l'elaborazione di un elenco di capacità umane considerate fondamentali e necessarie nell'elaborazione di principi costituzionali di natura universalistica, tutti univocamente orientati al metaprinzipio della dignità umana e considerabili come una sorta di “livelli essenziali” per lo *human flourishing*.

Certamente il *capability approach* ha in sé un'aspirazione universalistica, nonostante la limitata fiducia di Nussbaum nei confronti del diritto internazionale¹⁵⁵: per un verso la studiosa, peraltro proprio attraverso l'analisi della condizione delle donne in India (su cui *rinvio*, par. 4.2), mostra forti perplessità circa una possibile prevalenza dell'interesse/diritto alla diversità culturale qualora pratiche e tradizioni culturali risultino lesive della dignità umana, e più in particolare della dignità delle donne, per altro verso svela un possibile paradosso del relativismo culturale, il quale invitando a riconoscere le regole particolaristiche, spinge verso l'applicazione di norme che generalmente non sono

¹⁵² Maggiori timori sono espressi invece da A. PHILLIPS, *Gender and Culture*, cit., e EAD., *Our Bodies, Whose property?*, Princeton, 2013 e, più forti, da C.A. MACKINNON, *Are Women Human?*, Cambridge-London 2006, trad. it. *Le donne sono umane?*, cit.

¹⁵³ Cfr. A. SEN, *La disegualianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994.

¹⁵⁴ Cfr. M. C. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge-New York, 2000; tr. it. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna 2001.

¹⁵⁵ *Ibidem*, spec. p. 123, e si veda la ricostruzione del pensiero di Nussbaum operata da B. CASALINI, *Universalismo e diritti delle donne: il contributo di Martha Nussbaum*, in *Jura Gentium*, 2005.

affatto relativistiche, ma anzi tendono a qualificarsi ed imporsi come assolute, sia in termini di verità che di giustizia¹⁵⁶. Dunque, se il concetto di *agency* non può essere costruito soltanto attraverso il ricorso alla libertà, perché bisogna capire a quali condizioni la libertà può essere considerata tale e quando invece non rischi di trasformarsi in una gabbia retorica, né certamente all'autonomia intesa in senso kantiano, secondo una visione dicotomica dove a libertà si contrappone oppressione (poiché questo significherebbe porre uno sguardo coloniale sulle donne appartenenti alle minoranze etniche, religiose e culturali¹⁵⁷), occorre allora ripartire dall'idea di Phillips del *bargaining patriarchy*¹⁵⁸, cioè della strategia di negoziazione, alla quale già si faceva riferimento, che può caratterizzare e spesso caratterizza l'agire delle donne in contesti patriarcali. Questo si traduce in una *relational autonomy*, che sembra potersi interpretare come l'essenza più profonda dell'*agency*, la quale, superando la visione rawlsiana della libertà e dei diritti¹⁵⁹, trasforma le donne da soggetti docili¹⁶⁰ a soggetti che attuano un posizionamento all'interno dello spazio pubblico. Tale passaggio non favorisce soltanto le donne "minoritarie", ma può influenzare come le donne operano le proprie scelte all'interno delle comunità, e dunque, con effetto *spill-over*, influisce su come le liberaldemocrazie agiscono sulle libertà costituzionali e sui diritti fondamentali delle donne.

L'*agency* allora può essere utile per leggere con maggiore profondità «le relazioni sistemiche e la relazionalità del potere», potendo così verificare come i sistemi di dominio razziale, di classe e di genere abbiano effetti diversi nei vari contesti del mondo, in particolare nelle esperienze post-coloniali¹⁶¹. Può contribuire a disvelare come

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Cfr. C.T. MOHANTY, *Under Western Eyes; Under Western Eyes Rivisited*, ed italiana *Sotto gli occhi dell'Occidente. Ricerca femminista e discorsi coloniali; Sotto gli occhi dell'Occidente, rivisto. Solidarietà femminista e lotte anticapitaliste*, in *Femminismo senza frontiere*, Durham, 2003, e Verona, 2012.

¹⁵⁸ Cfr. A. PHILLIPS, *Gender and Culture*, cit., *passim*.

¹⁵⁹ Cfr. A. LORETONI, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*, cit., spec. cap. 2 "Sfidando il liberalismo. Autonomia, dipendenza, disabilità", e E. PULCINI, *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Torino, 2020.

¹⁶⁰ Cfr. S. BENHABIB, *The Claims of Cultures. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, 2002, che riprende peraltro l'immagine foucaultiana connessa all'esercizio del bio-potere, in M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*, Paris, 1975, trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014.

¹⁶¹ Cfr. A. LORETONI, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*, spec. p. 37.

il patriarcato rappresenti la struttura di organizzazione del potere più diffusa e storicamente radicata in tutte le società¹⁶², e ancora prevalente in contesti meno secolarizzati. Va infatti sempre ricordato che, com'è stato sottolineato, «la peculiarità del dominio patriarcale è quella di sentimentalizzare l'obbedienza delle donne, confondendo efficacemente l'aspetto coercitivo e l'aspetto consensuale della loro subordinazione, allo scopo di configurare quella che si può chiamare una schiavitù volontaria»¹⁶³. Sebbene secondo alcuni l'idea stessa di schiavitù volontaria potrebbe a sua volta tradurre un atteggiamento paternalistico intriso di un'implicita gerarchia di valore tra comportamenti culturalmente superiori, e quindi buoni e giusti, ed altri culturalmente inferiori, e quindi deteriori sotto il profilo etico-morale nonché riprovevoli dal punto di vista dell'ordinamento¹⁶⁴, la prospettiva dell'*agency* sembra scongiurare eventuali timori paternalistici ponendo la libertà (possibile) della persona al centro, e indicando una prevalenza dei diritti della persona sui diritti della comunità (culturale) di appartenenza che, semmai, può sradicare la tendenza stereotizzatrice del multiculturalismo stesso, senza negare il riconoscimento della multiculturalità¹⁶⁵ come condizione essenziale delle società contemporanee. Il riferimento all'*agency* evita l'ulteriore inganno di ritenere che il riconoscimento formale di un mero diritto di uscita dal gruppo minoritario rappresenti un'alternativa valida per chi si trova in condizioni di oggettiva, materiale o psicologica, dipendenza¹⁶⁶, in

¹⁶² Sulla categoria giuridica del patriarcato e la sua riproposizione negli ordinamenti occidentali che si trovano a confrontarsi con istanze culturali divergenti, sempre importante I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

¹⁶³ Cfr. A. BESUSSI, *La libertà di andarsene. Autonomia delle donne e patriarcato*, in *Ragion pratica*, n. 2/2004, spec. p. 436.

¹⁶⁴ Sul punto cfr. *ibidem*, e le critiche al femminismo di P. BENSON, *Autonomy and Oppressive Socialization*, in *Social Theory and Practice*, vol. 17, n. 3/1991 e ID., *Feminist Second Thoughts About Free Agency*, in *Hypathia*, vol. 5, n. 3/1990, pp. 47-64.

¹⁶⁵ Sulla distinzione, feconda, tra multiculturalismo e multiculturalità, cfr. P. CONSORTI, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in I. POSSENTI (a cura di), *Intercultura, nuovi razzismi e migrazioni*, Pisa, 2009.

¹⁶⁶ Timore rappresentato da G. PINO, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2008, spec. p. 133, il quale precisa che «non è sufficiente che il diritto di uscita sia solo giuridicamente disponibile agli appartenenti ad un gruppo: è necessario che siano altresì presenti condizioni culturali ed economiche minime affinché questo diritto possa essere realistica-

presenza di limitazioni delle libertà o discriminazioni di alcuni componenti del gruppo¹⁶⁷.

Approdati quindi al possibile utilizzo di una nozione che, pur con le sue zone di indeterminatezza, cerca di sciogliere l'*empasse* di un contrasto insanabile tra esperienza multiculturale, politiche multi o interculturaliste, e tutela dei diritti delle donne come diritti umani e come diritti fondamentali, traducendo alcuni dei paradigmi del costituzionalismo post-moderno¹⁶⁸, in particolare quello partecipazionista, si cercherà di verificare la tenuta del concetto all'interno della tradizione giuridica occidentale, senza pretese di completezza, ma con l'obiettivo di offrire una lettura comparatistica delle principali tendenze, e in un ordinamento giuridico post-coloniale, scelto perché particolarmente significativo sia dal punto di vista del "fatto multiculturale" costitutivo sia del pluralismo giuridico che lo caratterizza costituzionalmente.

3. Donne e multiculturalismo nel costituzionalismo europeo

3.1. Le chiavi di lettura per un possibile confronto tra libertà fondamentali e diritti culturali nella prospettiva del pieno riconoscimento della soggettività femminile e dello sradicamento del potere patriarcale

In questa parte della riflessione si intende cercare di individuare e comprendere i principali schemi utilizzati nel contesto della *Western*

mente esercitato, nonché condizioni sociali di accoglienza in favore di chi esercita il diritto di uscita, in modo da non rendere la scelta di *exit* puramente astratta o pressoché eroica". Si rinvia anche alle considerazioni di P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, cit., spec. p. 193 ss.

¹⁶⁷ È l'approccio di C. KUKATHAS, *Are there any Cultural Rights?*, in *Political Theory*, vol. 20, n. 1/1992, pp. 105 ss.

¹⁶⁸ Sui significati e le sfide del costituzionalismo post-moderno Cfr. P. GROSSI, *Costituzionalismi tra "moderno" e "pos-moderno". Tre lezioni suor-orsoliane*, Editoriale Scientifica, 2019, e la recente lettura di F. M. DE SANCTIS, *Paolo Grossi. Il costituzionalismo post-moderno per un diritto oltre la legalità*, in *Filosofia politica*, n. 1/2021. Sulle criticità del post-moderno per le trasformazioni del potere, elemento determinante nella genesi e nella storia del costituzionalismo cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere*, Roma, Laterza, 2013, *passim*, e le riflessioni di M. R. FERRARESE, *Il costituzionalismo puntiforme e l'invisibilità dei poteri globali*, in *Nomos*, n. 2/2018.

Legal Tradition, con una particolare attenzione al contesto europeo, per realizzare il “compromesso” tra libertà delle donne, nella prospettiva dell’eguaglianza di genere, e tutela delle minoranze religiose e culturali. Occorre operare alcune brevi premesse: in primo luogo il fatto che ci si concentri su questioni e casi che riguardano pressoché esclusivamente le minoranze musulmane non significa che la religione islamica, nelle sue profonde differenziazioni e fratture interne, e le pratiche culturali che a partire da essa, ed intorno ad essa, si costruiscono, sia l’unica appartenenza potenzialmente o concretamente in conflitto con il principio di eguaglianza di genere, i divieti di discriminazione sulla base del sesso, la promozione di progetti costituzionali segnati da finalità immanenti di parità. Ma è innegabile che in Europa, e non soltanto, la maggior parte dei casi giurisprudenziali relativi alla possibile antinomia tra diritti delle donne e “diritti multiculturali” ha ad oggetto regole, riti, prassi riferibili a comunità islamiche.

Altra premessa riguarda gli ordinamenti presi in considerazione.

Lo scopo di questo scritto non è quello di fare una ricerca per Paesi, e neppure di individuare modelli o classificazioni, anche perché quelli tradizionalmente riconosciuti, ed in parte già menzionati nel par. 1, sembrano ormai dipanarsi in una serie di articolate e plurisfaccettate soluzioni difficilmente sintetizzabili in approcci coerenti e definiti¹⁶⁹. Il fulcro della riflessione è l’antinomia tra costituzionalismo e patriarcato, dunque le vicende affrontate serviranno a mostrare i molti modi in cui tali fenomeni entrano in relazione, in società occidentali sempre più caratterizzate da una composizione multiculturale che, ormai è pacifico, pone importanti “questioni costituzionali”¹⁷⁰. Infatti, com’è stato scritto, «sul piano del diritto costituzionale, il tema del multiculturalismo postula necessariamente una relazione tra lo Stato e i gruppi di individui che esprimono culture e identità minoritarie rispetto alla maggioranza», e tali manifestazioni e fenomenologie minoritarie interrogano sia la forma di Stato, sia la forma di governo, tanto che il mul-

¹⁶⁹ Classificazioni degli ordinamenti in base all’atteggiamento assunto nei confronti delle religioni sono peraltro rintracciabili in numerosi e autorevolissimi studi, tra cui si rinvia in particolare a F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici*, Bologna, 1997, S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multiethniche*, Bologna, 2001 e S. MANCINI (a cura di), *Constitutions and Religions*, Cheltenham, 2020.

¹⁷⁰ Cfr. A. RINELLA, *La shari’a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d’America*, Bologna, 2020, p. 18.

ticulturalismo interseca la prima in tre punti: « a) lo stato di fronte alle comunità minori: l'atteggiamento dello Stato nei confronti dei gruppi minoritari, caratterizzati da una propria identità culturale che essi stessi intendono coltivare ed esprimere; b) lo Stato di fronte agli individui appartenenti a tali gruppi: la questione della cittadinanza 'multiculturale' o 'multilivello'; c) le 'politiche' del multiculturalismo: vale a dire, l'armamentario degli strumenti di tutela apprestati e dei diritti riconosciuti affinché tali comunità vedano affermata la dignità e la peculiarità della loro differenza culturale». E per quanto riguarda la forma di governo, «il multiculturalismo evoca la possibilità che si predispongano dei meccanismi costituzionali destinati ad attrezzare tali comunità minori di strumenti per l'esercizio di forme di autonomia politica/autogoverno e – in taluni casi – anche di autonomia giurisdizionale; autonomia destinata evidentemente a valorizzare e promuovere quelle specificità culturali di cui tali comunità minori sono portatrici.»¹⁷¹.

Se questo è il “tono costituzionale” del multiculturalismo, e se lo Stato costituzionale, nel momento in cui assume una caratterizzazione multiculturale, non può che intraprendere la via del riconoscimento delle identità culturali, e non certo di un'assimilazione a beneficio della maggioranza che snaturerebbe lo stato costituzionale stesso, è però chiaro che il riconoscimento debba avvenire all'interno di una «matrice unitaria di riferimento che rappresenta il fondamento della valorizzazione delle diverse identità»¹⁷². La sfida è comprendere come questo possa avvenire, ma anche in che modo all'interno di questa matrice unitaria possa inserirsi non soltanto il principio di eguaglianza, ma anche l'impegno proattivo verso la parità.

In questo tentativo gioca un ruolo importante il concetto di “integrazione”, a partire dal quale si palesano le differenze più radicali presenti in Europa, ed in particolare quelle tra la posizione istituzionale francese nei confronti del multiculturalismo, per cui «la concezione francese dell'integrazione [deve] obbedire ad una logica di uguaglianza e non di minoranze. I principi d'identità che risalgono alla Rivoluzione e alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo, impregnano [questa] concezione fondata sull'uguaglianza degli individui davanti alla legge, quali che siano le loro origini, la loro razza, la loro religione [...] ed escludo-

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 20 ss.

¹⁷² *Ibidem*.

no una riconoscenza istituzionale delle minoranze»¹⁷³, e l'idea britannica di inclusione sociale, fondata sul riconoscimento anche formale di gruppi etnici differenti¹⁷⁴, e su un pluralismo culturale che, come si vedrà, è diventato nel tempo pluralismo giuridico, in una prospettiva che esclude l'“integrazione”, preferendo, anche nel linguaggio, il riferimento a *equal opportunity*, *cultural diversity* o *mutual tolerance*¹⁷⁵.

Il problema sta in particolare nel capire fino a che punto possa essere esclusa l'“integrazione”, e cioè che cosa accada «quando la sfera pubblica, riconosciuta la minoranza, la lascia da sola a gestire regole e diritti al suo interno, senza curarsi di quanto e quando tali diritti possano risultare alterati o neutralizzati»¹⁷⁶. In questo caso, è stato messo in luce come la creazione di veri e propri spazi di autogoverno, e dunque di “sovranità”, della comunità minoritaria, porrebbero questa al di fuori della Costituzione stessa, consentendole di disporre, e di sacrificarli, dei diritti di chi vi appartiene: ciò non rischierebbe soltanto

¹⁷³ Haut Conseil À l'intégration, *Pour un modèle français d'intégration*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, marzo 1991, p. 19.

¹⁷⁴ Resta il problema dell'individuazione in concreto dei “gruppi etnici”, che in Inghilterra è stato affrontato dal *Judicial Committee* della *House of Lords* nella sentenza *Mandla v. Dowell Lee* nel 1982 (in www.equalrightstrust.org), nella quale veniva in questione la natura di “gruppo etnico” della comunità Sikh ai fini dell'applicazione del *Race Relations Act 1976*. In questo caso il giudice supremo enuclea una serie di criteri: 1) una lunga storia condivisa, del quale il gruppo è consapevole e che percepisce come distintiva rispetto agli altri gruppi, conservandone viva la memoria; 2) una propria tradizione culturale, inclusi costumi e pratiche sociali e familiari, spesso, ma non necessariamente, associate con precetti di osservanza religiosa. Queste sarebbero le caratteristiche imprescindibili, alle quali Lord Fraser aggiunge altre cinque: 3) un'origine geografica comune, o una comune discendenza da un piccolo numero di antenati comuni; 4) una lingua comune, non necessariamente peculiare ed esclusiva del gruppo; 5) una comune letteratura, narrativa; 6) una religione comune che differenzi il gruppo da quella dei gruppi vicini o della comunità maggioritaria che circonda il gruppo minoritario; 7) la condizione minoritaria o di oppressione da parte di un gruppo dominante all'interno di una comunità più ampia.

¹⁷⁵ Cfr. S. POULTER, *Ethnic Minority Customs*, *English Law and Human Rights*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, p. 592, e K. COUPER, *La société multiculturelle: version britannique*, in R. GALLISSOT (a cura di), *Pluralisme culturel en Europe, Culture(s) européenne(s) et culture(s) des diasporas*, Paris, 1993, p. 83, cit. in L. BELLUCCI, *I reati culturalmente motivati tra conflitti normativi e dimensione geopolitica: l'escissione come crime nella giurisprudenza francese*, in *Questione giustizia*, n. 2/2017, p. 144.

¹⁷⁶ Cfr. V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, p. 10

di produrre un “frazionamento” dei diritti, ma prima ancora di porre i diritti in un rapporto di identificazione con la sovranità (che sia statale, o comunitaria, generale o relativa ad un singolo gruppo poco importerebbe, in questa prospettiva) di per sé pericoloso¹⁷⁷.

L'identificazione dei diritti con l'esercizio di potere autoritativo, indipendentemente, si ribadisce, dalla fonte di questo potere e dai confini entro i quali esso è esercitato, insieme alla funzionalizzazione dei diritti stessi, è peraltro da tempo superato, basti pensare al significato del principio personalista all'interno della Costituzione italiana, a vantaggio del ruolo delle soggettività nella elaborazione di un diritto generale, quanto potenzialmente articolato nelle sfaccettature più diverse, ad essere sé stessi¹⁷⁸. Il fulcro della soggettività non conduce però necessariamente all'autodeterminazione, intesa come libertà scelta assoluta e incondizionata, che già si è messa in discussione nelle sue precondizioni necessarie, difficilmente realizzabili (*supra*, par. 2), ma può portarci a leggere i diritti dentro e fuori i gruppi minoritari sganciati dall'impronta del potere, e insieme azionati attraverso la categoria dell'*agency*, e dunque gli strumenti partecipativi. In questo modo anche principi e nozioni che cambiano completamente fisionomia a seconda che si leggano dal punto di vista dell'autorità o da quello della libertà (un esempio su tutti la dignità), potrebbero generare minori spaccature in un processo di continua ridefinizione attuata per via deliberativa. Questo processo potrebbe svilupparsi soprattutto sul “confine”, «il luogo ove Costituzione e culture diverse si incontrano per definire il fondamento storico dei diritti meticci da assicurare e garantire a tutte le persone che risiedono in un dato territorio. Il ‘confine’ inteso come metafora, luogo tanto di passaggio quanto di esclusione, punto d'incontro ma anche di possibile scontro tra i diversi diritti», che devono comunque «ri-definirsi nel passaggio da un territorio all'altro»¹⁷⁹.

Quello che nasce dal processo di ridefinizione è qualcosa che non c'era prima, nel quale entra con forza anche la cultura e l'identità costituzionale maggioritaria, dunque sarebbe non solo ingenuo, ma costituzionalmente sbagliato, confondere il pluralismo (come portato del

¹⁷⁷ *Ibidem*, spec. pp. 17 ss.

¹⁷⁸ Sul quale trovo particolarmente interessante, anche in relazione ai temi affrontati in questa trattazione, P. BELLINI, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007.

¹⁷⁹ Cfr. G. AZZARITI, *Costituzionalismo meticcio, Editoriale*, in *Federalismi*, n. 24/2015.

multiculturalismo) con l'indifferenza verso le posizioni, verso la forza, la debolezza, il bisogno, perché quello che la stessa eguaglianza sostanziale chiede a chi esercita il potere e guida i processi decisionali è di non essere indifferenti. La non indifferenza dovrebbe condurre gli ordinamenti accomunati dal patrimonio del costituzionalismo europeo a condurre il confronto interculturale non soltanto cercando che cosa, all'interno delle tradizioni culturali, religiose, giuridiche, delle comunità minoritarie, confligge con il costituzionalismo, ma individuando cosa nell'attuale applicazione dei diritti fondamentali risulta inadeguato, carente, o addirittura lesivo di quel patrimonio. Questo consentirebbe di vedere quanto, anche nella prospettiva di genere e nella cornice di progetti costituzionali complessivi di emancipazione sociale, come quello che caratterizza la Costituzione italiana, i limiti di attuazione non siano imputabili soltanto al fatto multicultural, ma le resistenze patriarcali siano diffuse e capillari, rendendo ancor più difficile "insegnare" agli altri quello che ancora non si è del tutto imparato.

Tali processi sono stati approfonditamente studiati negli ultimi decenni, e inquadrati all'interno di chiavi di lettura utili per una loro migliore comprensione.

Prima tra queste è quella dell'interlegalità. L'idea dell'interlegalità nasce alla fine degli anni Ottanta a partire dall'osservazione della natura policentrica delle fonti del diritto, e viene utilizzata per mettere in evidenza la progressiva intersezione di spazi giuridici diversi ma sovrapposti come elemento caratterizzante della post-modernità, tempo in cui *interlaw* e *interlegality* avrebbero sostituito *law* e *legality*¹⁸⁰. Da subito questo concetto, che oscilla tra funzione descrittiva e approccio normativo alla realtà sociale e giuridica, si pone in relazione con il pluralismo giuridico, del quale sembra diventare una sorta di «controparte fenomenologica»¹⁸¹, dove il secondo rappresenta la convivenza di una pluralità di ordinamenti giuridici all'interno di uno spazio comune, nessuno dei quali pretenda esclusività né l'incorporazione degli altri, ma tra i quali intercorra una reciproca legittimazione¹⁸². Alcuni utiliz-

¹⁸⁰ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 3/1987, spec. pp. 288 ss., cit. in P. PAROLARI, *Migrazioni, interlegalità, pluralismo giuridico. Prospettive giusfilosofiche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2018.

¹⁸¹ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, cit., p. 298.

¹⁸² Cfr. F. VIOLA, *Il Rule of Law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in M.

ziano, in particolare per i sistemi giuridici della tradizione occidentale, l'espressione "pluralismo normativo" invece di quella pluralismo giuridico¹⁸³, attribuendo forse una più forte sottolineatura al dato positivo, ma soprattutto facendo rilevare, al di là delle denominazioni, che il pluralismo giuridico (o normativo) non ha soltanto una dimensione oggettiva, ma anche una soggettiva, e il pluralismo soggettivo parte dalla constatazione delle appartenenze multiple e delle identità polverizzate, che caratterizzano sempre di più gli individui, per fondare la coesistenza di sistemi normativi diversi e concorrenti tra loro, ai quali il soggetto può o deve rivolgersi, e dai quali trae le regole di convivenza sociale, civile e politica, cercando in molti casi una conciliazione¹⁸⁴, attraverso un approccio spesso *case by case*. Il membro della minoranza talvolta ricorre agli istituti giuridici disciplinati nel diritto statale, altre volte chiede l'applicazione alle situazioni che lo riguardano di norme diverse, consuetudinarie, o di matrice religiosa, che traducono l'identità culturale o religiosa di appartenenza; talvolta si rivolge alla giurisdizione statale per ottenere giustizia e rimedi, in altri casi invece ricorre a sedi e forme alternative di risoluzione delle controversie, che possono essere o meno riconosciute e autorizzate. La conciliazione avviene sui confini, come si ricordava poc'anzi, e produce «lenti ma

VOGLIOTTI, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, spec. pp. 95 ss. Il concetto di pluralismo giuridico è elaborato originariamente dagli antropologi del diritto, si veda in particolare J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, n. 24/1986.

¹⁸³ Ci si riferisce in particolare a M.C. LOCCHI, *Pluralismo giuridico e diritto comparato nelle società occidentali di immigrazione*, in S. BAGNI (a cura di), *Lo stato interculturale: una nuova utopia?*, Bologna, 2017. La scelta di parlare di pluralismo normativo invece che di pluralismo giuridico sarebbe funzionale anche ad una chiarificazione circa la natura delle norme delle quali i migranti chiedono l'applicazione, talvolta lette, con sguardo coloniale, non come regole giuridiche ma semmai come tradizioni culturali o precetti religiosi (cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001, e EAD., *Prospettive attuali del pluralismo normativo*, in *Jura Gentium*, 2005, rielaborazione dell'intervento pubblicato in *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, a cura di V. FERRARI, P. RONFANI, S. STABILE, Milano, 2001, pp. 405 ss.), in aperta contraddizione con il diritto comparato che, com'è noto, da tempo attribuisce a sistemi come il diritto islamico o il diritto consuetudinario centralità e rilevanza nel tentativo di superare l'eurocentrismo che per decenni ha caratterizzato le riflessioni della scienza comparatistica.

¹⁸⁴ Cfr. A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, cit., spec. p. 78, e, nella sistematica comparatistica, J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique. Essai de synthèse*, in J. GILISSEN (a cura di), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972.

inevitabili cambiamenti all'interno di tutti gli spazi giuridici coinvolti»¹⁸⁵, tanto che non manca chi, con lo sguardo del diritto comparato, legge l'impatto del multiculturalismo, o meglio, delle migrazioni, sugli ordinamenti giuridici, in termini di una nuova forma di circolazione dei modelli, e finanche di trapianti giuridici, sebbene il diritto dei Paesi ospitanti formalmente non muti, soprattutto quando a circolare sono precetti di matrice religiosa¹⁸⁶. Se è vero infatti che il diritto statale non muta, esso può d'altra parte essere derogato a beneficio di altre regole giuridiche che di fatto, e *de jure*, possono talvolta integrare il sistema, e, inoltre, a mutare è il diritto "di provenienza" dei migranti, il quale, pur conservando una sua specificità rispetto al diritto "della maggioranza", si trasforma ed evolve attraverso la relazione con il diritto del territorio, innescando un meccanismo per cui attraverso le comunità diasporiche potrebbe infine mutare anche il diritto originario. Questo aspetto mostra (insieme ad altri già menzionati in precedenza) il limite della posizione di Okin sul rapporto tra multiculturalismo (e pluralismo giuridico) e diritti delle donne, poiché non soltanto la nozione di cultura è variabile, e le culture per natura non possono essere pietrificate, ma anche le norme (culturali e) giuridiche delle tradizioni di appartenenza dei gruppi minoritari vivono una contaminazione rispetto a quelle dei Paesi "ospiti".

Questi scambi intervengono soprattutto per opera delle corti, con tutte le criticità che questo comporta e che saranno messe in luce quando si tratterà la controversa questione del rapporto tra diritti delle donne e diritti culturali negli interventi in materia di reati c.d. culturalmente motivati: i giudici infatti non sempre hanno gli strumenti culturali che consentano loro di agire questa delicata opera di analisi e di comparazione, di mediazione e di sintesi¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Cfr. P. PAROLARI, *Migrazioni, interlegalità, pluralismo giuridico. Prospettive giusfilosofiche*, cit., p. 36.

¹⁸⁶ Per una trattazione completa e aggiornata dei *legal transplants*, cfr. M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal Transplants, and Receptions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. REINMAN, R. ZIMMERMANN (a cura di), 2019, pp. 443 ss. Esempi di veri e propri trapianti giuridici sono rintracciabili ad esempio nel *Finance Act* del 2003, con il quale l'Inghilterra ha modificato il proprio sistema di tassazione introducendo all'interno del sistema bancario nazionale strumenti finanziari di diritto islamico, cfr. P. PAROLARI, *Migrazioni, interlegalità, pluralismo giuridico. Prospettive giusfilosofiche*, cit.

¹⁸⁷ Sul punto si richiamerà anche in seguito I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit. E si segnalano anche P. PANNIA, *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno*

Quello delle corti è peraltro un doppio nodo: per un verso le corti statali sono chiamate ad esprimersi su norme che non conoscono, che appartengono a tradizioni giuridiche che non praticano, e dunque ad operare bilanciamenti che rischiano di muoversi su un piano pressoché esclusivamente teorico, quando invece sono molto concrete le situazioni che reclamano tutela; per altro verso le istanze minoritarie passano generalmente proprio attraverso la richiesta di istituzioni che garantiscano l'applicazione delle regole, e di giurisdizioni alle quali sia affidata la risoluzione delle controversie interne al gruppo¹⁸⁸.

Tra l'applicazione centralizzata dei sistemi giuridici minoritari da parte dei giudici statali, con la previsione di figure, quali i reati c.d. culturalmente motivati, volte a rappresentare strumenti di innesto del dato culturale all'interno del giudizio, e la delega ad organismi istituiti all'interno delle comunità minoritarie anche di compiti giurisdizionali (ci si soffermerà nel prossimo paragrafo sull'esempio inglese), potrebbe collocarsi l'applicazione di meccanismi di accomodamento paragonabili al criterio del margine di apprezzamento utilizzato, com'è noto, dalla Corte di Strasburgo. Un approccio di questo tipo combinerebbe al riconoscimento di alcuni diritti in capo ai gruppi minoritari anche una forma di *governance* condivisa tra poteri pubblici statali e autorità di riferimento del gruppo, e un meccanismo giudiziale che consenta un'interpretazione "culturalmente sensibile" dei principi costituzionali. Una proposta di questo tipo mirerebbe, per lo meno in alcuni ambiti (in particolare quelli della famiglia, dell'educazione dei figli, dei precetti alimentari, e dell'immigrazione), alla creazione di luoghi e processi di condivisione, che potrebbero far propria una dottrina simile a quella del margine di apprezzamento, con la quale infatti altro non si fa che bilanciare la tutela dei diritti sanciti dalla Convenzione europea con le tradizioni nazionali, le quali non su tutto presentano lo stesso grado di condivisione¹⁸⁹.

Un approccio misto e incentrato sulla *governance* condivisa sem-

studio sulle argomentazioni dei giudici italiani, in *Sociologia del Diritto*, n. 3/2016, pp. 133 ss., e M.C. LOCCHI, *La complessità del 'rendere giustizia' di fronte alla sfida del diritto interculturale*, *DPCE online*, vol. 37, n. 4/2018, pp. 1015 ss.

¹⁸⁸ Sono le *multicultural jurisdictions* di cui parla A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, cit.

¹⁸⁹ Cfr. F. MACIOCE, *A Multifaceted Approach to Legal Pluralism and Ethno-Cultural Diversity*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 48, n. 1/2016.

bra coerente con uno dei presupposti alla base dell'idea dell'interlegalità, sebbene per certi versi lontano dall'essere effettivamente e pienamente accolto, quello per cui «quando diversi attori normativi (e fonti diverse) sono di fatto concorrenti, è alquanto astratto e formalistico assumere che le 'altre' fonti sono per noi solo 'meri fatti'»¹⁹⁰: il carattere normativo di quello che altri ordinamenti individuano come fonte non dipende dalla decisione di chi di quelle norme deve prendere atto, o è chiamato ad applicarle.

In una situazione caratterizzata dallo sgretolamento del «dogma dell'esclusività degli ordinamenti, notoriamente legato alla pienezza della sovranità»¹⁹¹, venuto meno non solo o non tanto per opera delle migrazioni, e del fatto multiculturale, ma primariamente per il progressivo svuotamento dell'assolutezza dello stato nazionale verso l'alto e verso il basso, da parte di ulteriori livelli di governo, i giudici diventano uno snodo cruciale¹⁹², nel quale si incontrano norme dell'ordinamento al quale appartengono, norme di altri ordinamenti giuridici interni, come i sistemi minoritari qui in esame, norme provenienti da altri ordinamenti esterni. Le conseguenze di questo crocevia, e delle fenomenologie dell'interlegalità, sull'eguaglianza di genere e sul processo di smantellamento del patriarcato che sembra segnare l'opera delle Corti a livello transnazionale, saranno affrontate nei prossimi paragrafi.

3.2. *L'esempio inglese: la tutela dei diritti delle donne nella dimensione dell'interlegalità (nella cornice europea)*

Negli ultimi anni molto è stato scritto sulla gestione dell'interlegalità nel sistema giuridico inglese, e certamente non si può affrontare la questione del rapporto tra multiculturalismo ed eguaglianza di genere senza porre l'attenzione su un'esperienza che ha elementi di forte originalità e costituisce un punto di riferimento, sia per chi va alla ricerca di possibili forme di *governance* giuridico-politica dell'interculturalità,

¹⁹⁰ Cfr. G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 18, n. 2/2018, pp. 315 ss.

¹⁹¹ *Ibidem.*

¹⁹² Cfr. ID., *Theories, Realities, and Promises of Interlegality: A Manifesto*, in J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge (UK), 2019.

sia per i detrattori del multiculturalismo in quanto tale, in considerazione delle criticità che essa non manca di mostrare.

Per entrare nel sistema può essere utile partire da un caso abbastanza recente, assai noto e commentato, il caso *Akhter v. Khan*.

In questo caso, il punto centrale della controversia riguardava quale statuto giuridico dovesse essere attribuito, con riferimento al diritto inglese, al matrimonio islamico celebrato in Inghilterra ma non registrato, in considerazione del fatto che secondo il diritto inglese si applicano le norme del diritto interno sia per tutti i matrimoni celebrati in Inghilterra, sia nei rapporti coniugali tra persone residenti in Inghilterra. Mentre la precedente giurisprudenza aveva ritenuto il c.d. *nikah-only marriage*, vale a dire il matrimonio islamico celebrato esclusivamente di fronte alle autorità religiose e non successivamente registrato, un *non-marriage*, così come tutti i matrimoni esclusivamente religiosi, il giudice nel caso di specie ritiene invece che possa essere qualificato nullo. Ciò perché il marito, a seguito della cerimonia religiosa, si era rifiutato di procedere alla cerimonia civile contrariamente a quanto accordato con la sposa. Per questa ragione, sulla base degli articoli 8 e 12 della Cedu (relativi, com'è noto, al diritto al rispetto della vita privata e familiare, e al diritto al matrimonio), il primo dei quali letto alla luce dell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, utilizzati al fine di offrire un'interpretazione della legislazione in materia (*Matrimonial Causes Act 1973*) conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ai sensi dell'art. 3 dello *Human Rights Act 1998*), il giudice ritiene che la conseguenza giuridica dell'"inesistenza" determinerebbe una violazione da parte del marito dell'art. 12 della Cedu, norma ritenuta produttiva anche di effetti orizzontali, e dunque idonea a determinare obblighi in capo ai privati¹⁹³. Il marito è ritenuto responsabile del rifiuto di unirsi in matrimonio anche civilmente con la moglie, la quale avrebbe vantato un diritto al matrimonio, d'altra parte la qualificazione del *nikah-only marriage* come inesistente avrebbe privato la donna di qualsiasi tipo di tutela all'interno dell'ordinamento inglese, e dunque, sulla scorta della regola sostanzialistica di *equity* in base alla quale "*equity treats as done that [...] which ought to be done*

¹⁹³ Si veda P. PAROLARI, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni "inter-sistemiche" dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v. Khan*, in *DPCE online*, v. 40, n. 3/2019.

and [...] focuses on intent not form”¹⁹⁴, la corte interviene a tutela della ricorrente, senza peraltro attribuire alcuna considerazione al diritto di non sposarsi, che è parimenti garantito dalla Convenzione. È evidente che la portata assegnata all’art. 12 è strettamente legata al caso di specie, e dunque all’avvertito bisogno di dare protezione ad una donna che rischiava di trovarsi sprovvista di protezione e possibili rimedi ad eventuali abusi subiti all’interno delle relazioni familiari (e questo non stupirebbe, dato che la giurisprudenza ha sempre ritenuto che la valutazione sulla nullità o inesistenza di un matrimonio debba essere operata *case by case* e non costituisca precedente¹⁹⁵), ma soprattutto traduce l’esigenza di offrire un segnale più generale circa i problemi connessi all’irrelevanza giuridica, all’interno del sistema inglese, dei matrimoni islamici esclusivamente religiosi.

In questo senso la sentenza è frutto del paradigma dell’interlegalità, del quale il giudice mostra di essere consapevole¹⁹⁶, e che ritiene di dover governare facendo propria una prospettiva in particolare: quella della tutela dei diritti fondamentali delle donne, interesse primario che giustifica e richiede un approccio sostanzialistico al diritto, rispondendo peraltro al diffuso fenomeno del *forum shopping* in ambiente multiculturale, al fatto cioè che in alcuni casi soggetti (spesso donne) appartenenti alle minoranze decidono di rivolgersi all’istituzione che opera nell’ordinamento giuridico “principale” piuttosto che a quella rappresentativa del *minority legal order* di appartenenza. È proprio quanto accaduto nel caso di specie, in cui la ricorrente non ha inteso rivolgersi allo *Shari’a Council*, organismo sul quale si tornerà a breve.

Emerge quindi un dato significativo ai fini della riflessione sui possibili strumenti di gestione dell’interculturalità e del pluralismo giuridico (o normativo): il fatto che i diritti nazionali riconoscano o meno formalmente i sistemi giuridici minoritari sembra rilevare solo in parte, poiché i giudici, a prescindere dalle forme del riconoscimento, «si sono già trovati, e continueranno a trovarsi, in situazioni nelle quali le controversie sulle quali sono chiamati a decidere sono inscindibilmente connesse a rapporti istituiti sulla base di norme diverse da quelle del diritto nazionale»¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Sul quale *ibidem*, p. 2118.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 2114.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 2115.

È vero d'altro canto che le norme e le pratiche di riconoscimento influenzano le relazioni tra le parti e le modalità con cui queste possono realizzarsi, e agiscono, in quel processo di ibridazione e scambi che già si è affrontato, sui contenuti stessi del diritto nazionale; inoltre, la formalizzazione di *minority legal orders* risponderebbe al problema, che emerge anche dal caso *Akhter v. Khan*, di un diritto nazionale inevitabilmente costruito a partire da premesse concettuali culturalmente connotate, e spesso intrinsecamente inidonee a tutelare diritti che sorgono e si sviluppano all'interno di tradizioni (culturali e) giuridiche differenti.

Un'altra considerazione che però la vicenda dei coniugi Akhter e Khan sollecita è relativa alla delega che sembra ormai conferita alle giurisdizioni nella definizione dei diritti fondamentali. Se questo riguarda ormai in generale tutti gli ordinamenti, a prescindere dal dato multiculturale, dove si assiste ad un protagonismo giudiziario che in parte si collega a quella circolazione transnazionale del linguaggio dei diritti, particolarmente significativo proprio nelle relazioni tra diritto e genere, in parte al progressivo indebolimento delle assemblee elettive, in contesti di interlegalità l'incertezza connaturata all'agire giudiziario (attenuata nei sistemi di *common law* dalla regola del precedente, ma certamente non risolta) rischia di riverberarsi sull'effettivo riconoscimento delle situazioni giuridiche maturate nell'ambito dei gruppi minoritari. Infatti, proprio con riguardo al caso da cui si sono prese le mosse, la decisione della *Court of Appeal* del febbraio 2020¹⁹⁸ ha rovesciato la decisione assunta dal giudice in primo grado, il cui effetto era stato quello di riconoscere rimedi finanziari alla donna sposata con *nikah-only marriage*, dichiarando che il matrimonio non si è mai svolto e dunque non può essere pronunciata alcuna nullità. All'approccio sostanzialistico il giudice inglese d'appello sostituisce quello formalistico, che non guarda dentro alla realtà delle relazioni di genere che si sviluppano all'interno della comunità minoritaria, e applicando in modo "neutro" il diritto nazionale di fatto produce una discriminazione, o meglio alimenta oppressione, nei confronti della donna. Ritenere che la moglie avrebbe semplicemente potuto chiedere e ottenere la registrazione del matrimonio equivale non soltanto a rifiutare qual-

¹⁹⁸ Cfr. *Akhter v. Khan and another* 2020 EWCA Civ 122, su cui A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, cit., p. 241.

siasi lettura di genere della questione, ma ancor prima non conoscere la natura propria del matrimonio religioso islamico, esclusiva ed esautiva¹⁹⁹.

Questa ingenuità giurisprudenziale arriva in un contesto, quello inglese, che rappresenta uno dei due Paesi che includono all'interno del proprio sistema giudiziario veri e propri organismi di giurisdizione islamica, insieme alla Grecia, dove il Trattato di Losanna del 1923 introduce una clausola derogatoria riferita alla minoranza musulmana della Tracia e dà avvio ad un sistema di pluralismo giudiziario in cui chi appartiene alla comunità islamica (della Tracia) può rivolgersi al *mufti*, dottore della legge al quale è attribuita funzione giurisdizionale e che applica il diritto islamico, per tutte le questioni attinenti l'ambito delle relazioni familiari²⁰⁰.

Per quanto riguarda il Regno Unito, il diritto islamico entra a far parte dell'ordinamento nel 2008, quando l'Arcivescovo di Canterbury, in un discorso presso le *Royal Courts of Justice*, definisce "inevitabile" una qualche forma di *accomodation* tra diritto inglese e diritto islamico, facendo sostanzialmente proprio il pensiero della già citata studiosa canadese Ayelet Schachar²⁰¹.

È in particolare il concetto di *transformative accomodation* a guidare il processo di giurisdizionalizzazione dell'interlegalità nel sistema inglese, cioè l'idea che i conflitti tra gruppi, maggioritari e minoritari, vadano considerati «un'occasione per incoraggiare ciascuna entità ad essere più sensibile verso tutti i suoi componenti»²⁰², e che debbano

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Cfr. A. RINELLA, M. F. CAVALCANTI, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2017, spec. pp. 94 ss., e K. TSITSELIKIS, *Personal Status of Greece's Muslims: A Legal Anachronism or an Example of Applied Multiculturalism?*, in R. ALUFFI, G. ZINCONE (a cura di), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, 2004, pp. 109 ss. Secondo Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, cit., p. 93, il caso più interessante di giurisdizione islamica in Europa sarebbe proprio quello greco.

²⁰¹ Cfr. A. SCHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, cit.

²⁰² Cfr. R. SANDBERG, G. DOUGLAS, N. DOE, *Britain's Religious Tribunals: "Joint Governance" in Practice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, 2013, spec. p. 283, cit. in A. MAROTTA, *Il diritto musulmano in Occidente: Corti islamiche nel confronto tra democrazia e shari'a*, in *Heliopolis Culture civiltà politica*, anno XI, n. 2/2013, pp. 193 ss.

essere affrontati attraverso un adeguamento dell'architettura istituzionale degli stati, ma anche una trasformazione dei sistemi di potere delle comunità minoritarie che dispongono di propri sistemi normativi, con il principale obiettivo di proteggere i soggetti vulnerabili che appartengono a quelle comunità. Concretamente questo può avvenire attraverso uno schema nel quale gli individui abbiano la libertà di scegliere la giurisdizione di fronte alla quale intendano risolvere le controversie inerenti alcune specifiche materie, di modo che chi detiene il potere sia in qualche modo chiamato a guadagnarsi la fiducia di chi a quel potere è assoggettato²⁰³.

Il modello delle *transformative accommodations* si traduce infatti in una regola di riparto delle competenze, che si articola a partire da tre principi guida: il “*sub-matter*” *allocation of authority* e il *no monopoly* che, in materia di riparto di competenze giurisdizionali tra Stato e gruppi minoritari impedisce che l'uno o gli altri godano di una competenza esclusiva su un intero ambito materiale (quello delle relazioni familiari è l'esempio più rilevante), e infine il principio di *establishment of clearly delineated choice options*, in base al quale devono essere individuate zone di contatto e di sovrapposizione tra le due sfere di competenza, nelle quali si genera la competizione di cui sopra, perché i soggetti possono scegliere a quale giurisdizione rivolgersi, ed eventualmente, qualora insoddisfatti dall'una, possono cercare di ottenere giustizia dall'altra²⁰⁴.

Il discorso dell'Arcivescovo di Canterbury del 2008 arriva in un momento in cui già hanno iniziato ad operare le corti islamiche, in via di fatto, senza un riconoscimento formale da parte del diritto nazionale, ma in presenza di una disposizione, contenuta nell'*Arbitration Act 1996*, che avrebbe poi consentito una evoluzione²⁰⁵. Tali corti devono peraltro essere tenute distinte dagli *Shari'a Councils*, istituzioni figlie

²⁰³ Cfr. R. GRIFFITH-JONES (a cura di), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, Cambridge, 2013, e R. WILLIAMS, *Civil and Religious Law in England: a religious perspective*, in R. GRIFFITH-JONES (a cura di), *Islam and English Law. Rights, Responsibilities and the place of Shari'a*, *ibidem*.

²⁰⁴ Cfr. A. SCHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, cit., spec. p. 122, e P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, cit.

²⁰⁵ “*The parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*”, section 1 *Arbitration Act 1996*, www.legislation.gov.uk, è la norma che rinvia alle *alternative dispute resolutions*.

anch'esse del multiculturalismo, che svolgono una varietà di funzioni di conciliazione, mediazione, ed esprimono pareri su questioni di rilevanza giuridica e in materia religiosa con *fatwa*, senza beneficiare di un riconoscimento ufficiale da parte dello Stato, e muovendosi in uno spazio spesso segnato, com'è documentato, da pratiche *contra legem*, direttamente lesive del diritto nazionale e in particolare dei diritti delle donne musulmane, sui quali si pronunciano come se agissero in veste di arbitri *secundum legem* senza però essere autorizzati a farlo (soprattutto in materia di divorzio)²⁰⁶.

Come si diceva, dalla fine degli anni Duemila si giunge ad una svolta nel senso del riconoscimento formale in capo ai *Muslim Arbitration Tribunals* del potere di decidere in modo vincolante su controversie in materia civile applicando il diritto islamico, con l'esclusione del diritto di famiglia (per il quale, in generale, non è possibile il ricorso all'arbitrato).

Non ci si può soffermare in questa sede, né si ha la competenza per farlo, sugli aspetti processuali, ma una questione molto importante, che non può non essere presa in considerazione, è quella dei contro-limiti: vale a dire se e quali materie siano escluse dalla giurisdizione di corti e tribunali che applicano il diritto islamico. È chiaro che i due "settori" più sensibili nella relazione tra multiculturalismo e diritti delle donne sono quello penale e quello civile delle relazioni familiari. Sebbene non valga forse in assoluto, la materia penale è generalmente esclusa dalle giurisdizioni minoritarie²⁰⁷, mentre più ambigua è la situa-

²⁰⁶ Cfr. D. MCGOLDRICK, *The compatibility of Shari'a law with the ECHR*, in R. GRIFFITH-JONES (a cura di), *Islam and English Law*, cit., spec. pp. 67 ss., e I. EDGE, *Islamic finance, alternative dispute resolution and family law: developments towards legal pluralism?*, in R. GRIFFITH-JONES (a cura di), *Islam and English Law*, cit., spec. p. 123. Questi organismi nascono nel 1982, quando viene fondato l'*Islamic Shari'a Council* (ISC), primo in Europa. La principale competenza fin dalle origini attribuita è in particolare quella di emettere certificati di divorzi islamici, a beneficio delle donne musulmane, qualora i mariti rifiutino la concessione del *talaq*. Cfr. S. BANO, *An exploratory study of Shari'ah councils in England with respect to family law*, Reading, 2012.

²⁰⁷ Menziona la diffusione in Germania di forme di mediazione in materia penale M. ROHE, *Reasons for the Application of Shari'a in the West*, in M.S. BERGER (a cura di), *Applying Shari'a in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in The West*, 2013, Leiden, Islam & Society Series, spec. p. 38, cit. anche in A. MAROTTA, *Il diritto musulmano in Occidente: Corti islamiche nel confronto tra democrazia e shari'a*, cit.

zione per quanto concerne il diritto di famiglia, poiché se è vero che l'arbitrato è escluso, l'ibridazione è resa pressoché inevitabile anche dall'utilizzo del diritto internazionale privato e comunque spesso si assiste ad un'autoattribuzione di competenze che, quando non direttamente *contra legem*, risulta per lo meno *praeter legem*.

L'attenzione sulla materia penale, che è certamente quella percepita come più direttamente incidente sull'eguaglianza di genere, in quanto comprensiva di numerosi comportamenti e fenomeni che feriscono profondamente la libertà e la dignità delle donne, ha occupato buona parte della discussione sugli *Shari'a Council*, anche in reazione alle affermazioni del fondatore del *Muslim Arbitration Tribunal* (MAT) proprio nel 2008, secondo il quale il Tribunale «aveva già avuto a che fare, in sei casi, con coppie musulmane coinvolte in episodi di violenza domestica, non infliggendo nessuna reale punizione agli uomini ma, anzi, ottenendo il ritiro da parte delle mogli dei reclami che queste avevano presentato nei confronti dei mariti e salvando, di fatto, l'unione matrimoniale»²⁰⁸. D'altra parte in molte occasioni è emerso l'impegno dello *Shari'a Council* a collaborare con le forze dell'ordine, e finanche a sollecitarne l'intervento di fronte a situazioni familiari patologiche e ai sintomi di dinamiche patriarcali violente ed oppressive, ma in un quadro generale disomogeneo e frammentato²⁰⁹, e lo stesso MAT esclude espressamente di essere dotato di una giurisdizione in materia penale (*www.mattribunal.com*) e che nelle ipotesi di violenza domestica possa essere contattato dalle parti in caso intendano procedere ad una riconciliazione, fermo restando che spetterebbe in tal caso al Tribunale contattare la polizia locale²¹⁰.

Occorre precisare che tutti i confronti, anche aspri come si dirà, sui margini di autonomia giurisdizionale della minoranza musulmana e sui rischi, potenziali ed effettivi, per i diritti delle donne e per una

²⁰⁸ Cfr. A. NEGRI, *Le Shari'a Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 4/2018.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 8 ss.

²¹⁰ È poi documentato l'impegno del MAT nel contrasto al fenomeno dei matrimoni forzati, come si evince dal report pubblicato nel 2008, *Muslim Arbitration Tribunal, Liberation from Forced Marriages*, Report, Londra, 2008, che si inserisce in un momento di particolare attenzione, anche da parte del diritto nazionale, sulla questione, tanto che è di poco precedente l'approvazione del *Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007*, comunque ritenuto solo un passo legislativo verso un forte e pieno contrasto ad una pratica che è ritenuta estranea al diritto islamico (si richiamino le prime considerazioni espresse in questo scritto, *supra*, par. 1).

tutela piena e diffusa dell'eguaglianza di genere, si coniugano con un percorso che le organizzazioni islamiche avviano a partire dagli anni Settanta al fine di trasformare in modo più radicale l'ordinamento giuridico del Regno Unito attraverso la previsione di *personal laws* che, come si vedrà accadere in India, incorporino all'interno del sistema giuridico "principale" sistemi giuridici minoritari applicabili ai membri della comunità minoritaria riconosciuta, in particolare nella materia del diritto della famiglia²¹¹. Vi è un legame molto forte tra quanto accade sul versante della giurisdizione e della concreta applicazione della *Shari'a* alle vicende familiari in particolare, e la scelta inglese di non scardinare l'ordinamento giuridico fino alla previsione di diritti speciali su base minoritaria come accade in alcuni sistemi post-coloniali. Lo "statuto personale", inventato, per così dire, proprio dai britannici per gestire contesti non occidentali non si ritiene adeguato al sistema giuridico della madrepatria, la cui unitarietà e omogeneità, pur invero messa fortemente in discussione a partire dalla fine degli anni Novanta dalla *devolution* e dal suo progressivo sviluppo verso relazioni di tipo *quasi*-federale, non sopporterebbe la frammentazione (non territoriale ma) basata sulle caratteristiche personali del soggetto a cui il diritto deve essere applicato. D'altra parte proprio questa scelta conservativa favorisce lo sviluppo di un pluralismo normativo che si esplica in sedi giurisdizionali o para-giurisdizionali, conducendo nei fatti al riconoscimento, non ufficiale ma materiale, della *Shari'a* come fonte del diritto all'interno dell'ordinamento.

Dal punto di vista dell'analisi di genere, benché le corti abbiano tra i compiti principali quello di consentire, attraverso la certificazione di divorzio, le seconde nozze alle donne musulmane diversamente imbrigliate nel vincolo del matrimonio religioso anche dopo la cessazione del vincolo contratto civilmente, non si può negare che il paradigma della mediazione intrafamiliare, e della riconciliazione, pone di per sé non poche criticità quando si tratta di diritti delle donne, perché può equivalere a limitazione nella protezione dei diritti, arretramento di fronte alla loro violazione, e dunque invisibilizzazione delle donne appartenenti alla minoranza²¹².

²¹¹ Cfr. S. POULTER, *The claim to a separate Islamic system of personal law for British Muslims*, in C. MALLAT, J. F. CONNORS (a cura di), *Islamic family law*, London/Dordrecht/Boston, 1990, spec. pp. 147 ss.

²¹² Va ricordato che la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, la Conven-

Un compendio delle preoccupazioni generate dal sistema degli *Shari'a Councils* è rintracciabile nel disegno di legge proposto dalla baronessa Cox, membro della *House of Lords*, nel 2011, e due in particolare sono illustrate dalla proponente nel 2012, in occasione del *second reading*: quella della creazione, già realizzata di fatto, di un sistema giuridico discriminatorio parallelo all'ordinamento giuridico generale; e quella della situazione di oppressione e di discriminazione nella quale versavano molte donne musulmane anche per opera di tribunali che non si limitavano ad applicare alcune norme di matrice religiosa nel rispetto del diritto nazionale britannico, ma avevano nel tempo creato uno spazio alternativo nel quale confluivano situazioni e controversie riguardanti una molteplicità di aspetti, anche di rilevanza penale²¹³.

Il progetto di legge sarebbe dunque intervenuto sull'*Arbitration Act 1996* per introdurre una disposizione specifica che stabilisse l'assoluto divieto di devoluzione a corti arbitrali di questioni soggette alla giurisdizione di tribunali penali e qualificasse come reato sia l'esercizio

zione di Istanbul, all'art. 48, punto 1, prevede l'adozione delle necessarie misure legislative, o di altro tipo, per: "vietare il ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione". La Convenzione motiva questo divieto in quanto "la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione [...] La violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini". È evidente che l'idea che guida tali previsioni è che la mediazione possa essere utilizzata da chi agisce violenza per continuare ad esercitare controllo sulla compagna vittima della violenza stessa. Con riferimento ai gruppi minoritari, ed in particolare alle minoranze musulmane, le preoccupazioni circa il ricorso a questi strumenti, considerato anche che a gestirne l'esercizio sarebbero autorità giuridiche che rappresentano in realtà soprattutto autorità morali, impegnate ad affermare e garantirsi un primato religioso, più che a svolgere compiti tassativi di tutela giurisdizionale, potrebbero ampliarsi anche al di fuori dell'ambito della violenza domestica in senso stretto, e comunque oltre il raggio della materia penale che, come si è già sottolineato, resterebbe esclusa dalla competenza di tali organismi. Si veda P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans) culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2014, pp. 859 ss.

²¹³ Cfr. A. NICKEL, *Abusing The System: Domestic Violence Judgments From Shari'a Arbitration Tribunals Create Parallel Legal Structures in the United Kingdom*, in *The Arbitration Brief*, vol. 4, n. 1/2014, p. 93, cit. in A. NEGRI, *Le Shari'a Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, cit.

dell'arbitrato nelle materie precluse, sia l'esercizio abusivo di funzioni giurisdizionali non proprie. La proposta mirava poi a integrare sia l'*E-quality Act 2010*, legge generale in materia di antidiscriminazione, sia il citato *Arbitration Act 1996*, con una previsione relativa in particolare alle discriminazioni di genere nell'arbitrato.

È significativo il fatto che la proposta si sia arenata, ma anche che a più riprese, negli anni successivi, sia ritornata nel dibattito, sempre su iniziativa della baronessa Cox.

Se è vero che la proposta Cox traduceva posizioni conservatrici, restie a qualsiasi apertura nei confronti delle minoranze, in parte islamofobe, e dunque tacciabili per certi versi di "femonazionalismo" (si veda *supra*, par. 1), atteggiamenti critici nei confronti di un policentrismo giudiziario pervasivo quanto poco regolato appartengono anche agli studiosi e alle studiose che temono un'evoluzione delle corti islamiche, e individuano nell'azione del MAT un elemento particolarmente problematico²¹⁴.

Sul fronte politico, un passaggio importante è rappresentato dalla pubblicazione, nel 2018, della *Independent Review into the Application of Sharia Law in England and Wales*. Non è un caso che l'ambito nel quale viene affidato l'incarico della redazione di questo report è quello della *Counter-Extremism Strategy* presentata dal governo britannico nel 2015, ma in effetti la soluzione a cui approda non è quella della messa al bando degli *Shari'a Council*, anche perché ritenuta inattuabile e soprattutto controproducente, in quanto rischierebbe di provocare uno spostamento delle attività svolte da queste realtà nello spazio dell'illegalità, rendendo più difficoltosi i controlli, e contribuendo a riportare nel silenzio proprio le donne appartenenti ai contesti familiari più radicali e più chiusi; individua invece alcune buone e alcune cattive prassi seguite, per poi formulare una serie di raccomandazioni.

²¹⁴ Cfr. M. REISS, *The Materialization of Legal Pluralism in Britain: why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 26, n. 3/2009, sottolinea come la Sezione 69 dell'*Arbitration Act*, prevedendo che "(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings", consente alle parti di stabilire di comune accordo che un *award* non possa essere impugnato, con conseguenze gravi a svantaggio delle donne, vulnerabili nei termini che si discutevano *supra*, potenzialmente condotte ad accettare questo tipo di accordo che sottrae loro la possibilità di rivolgersi al giudice civile nel caso in cui non siano soddisfatte dall'esito giunto da parte della corte islamica.

Tra le buone prassi, mette in evidenza quella della denuncia alla polizia dei casi di violenza domestica e delle questioni che attengano la tutela dei figli, di cui le corti vengono a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni, e il rinvio alle corti statali nei casi di controversie riguardanti la custodia dei figli e il mantenimento. Tra quelle cattive emergono la lunga durata dei procedimenti, l'incertezza imperante per le forti difformità di azione tra i vari *councils*, il basso numero di donne all'interno di tali organismi, la preferenza del ricorso alla mediazione e l'individuazione della stessa come fase necessariamente propedeutica alla procedura di divorzio, elemento che, come si ricordava poc'anzi (*supra*, nt. 212), rischia di accentuare la debolezza processuale delle donne in contesti patriarcali²¹⁵.

Le raccomandazioni formulate muovono dalla conclusione per cui «ci sono prove che i diritti e le libertà di alcune donne sono effettivamente violati in alcuni procedimenti da parte di alcuni *sharia councils*»²¹⁶, e riguardano modifiche normative (del *Marriage Act 1949* e del *Matrimonial causes Act 1973*) finalizzate a fare in modo che i matrimoni civili siano celebrati prima o contestualmente ai matrimoni religiosi, lo sviluppo di programmi che incoraggino, anche attraverso lo strumento penale, la registrazione civile del matrimonio islamico, e di campagne di informazione che accrescano la consapevolezza delle donne musulmane sull'importanza della registrazione del proprio matrimonio; infine la regolamentazione dei *councils*, definiti come organizzazioni volontarie prive di «status giuridico e di autorità giuridica vincolante per il diritto civile»²¹⁷ attraverso un ente statale, in particolare una commissione mista, che definisca un apposito *code of practice*. Una proposta, quest'ultima, che il Governo non ha fatto e probabilmente non potrebbe fare propria per la tradizionale non ingerenza nelle questioni religiose che sarebbe messa in discussione da un intervento diretto di regolazione e/o controllo.

L'applicazione del diritto islamico in Europa è stato oggetto dell'attenzione anche del Consiglio d'Europa che, com'è stato sottolineato, si è espresso, «attraverso le sue diverse istituzioni, in modo ambiva-

²¹⁵ Cfr. P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei Paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'ah councils in Inghilterra*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. pp. 123 ss.

²¹⁶ Su queste conclusioni cfr. R. GRILLO, *Comment on the Report of the Siddiqui Review Panel*, in *Journal of Muslims in Europe*, vol. 7, n. 3/2018, pp. 283 ss.

²¹⁷ *Ibidem*.

lente e potenzialmente contraddittorio»²¹⁸. Il primo imprescindibile riferimento non può che essere rappresentato dal caso *Refah Partisi*²¹⁹ in cui la Corte di Strasburgo, confermando la decisione della Corte costituzionale turca circa lo scioglimento del partito politico religioso, promotore di attività contrastanti con il principio di laicità dello stato, afferma espressamente l'incompatibilità del diritto islamico con le caratteristiche fondamentali di una società democratica e con i diritti e le libertà di cui alla Convenzione europea. Oltre ad entrare nella valutazione della *Shari'ah*, la Corte esclude radicalmente qualsiasi ipotesi di *personal law* o altra sorta di applicazione di un diritto religioso ai cittadini e alle cittadine europee musulmani/e, ciò che rientrava nel programma politico del partito il cui scioglimento è ritenuto legittimo, in quanto questo comporterebbe una discriminazione sulla base della religione.

Com'è noto però quindici anni dopo, nel 2018, nel caso *Molla Sali v. Grecia*²²⁰, la Corte sembra discostarsi parzialmente dalle precedenti posizioni di netta chiusura ammettendo l'applicazione della legge islamica ad una minoranza musulmana, subordinatamente alla volontà

²¹⁸ Cfr. P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei Paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'ah councils in Inghilterra*, cit., p. 124.

²¹⁹ Cfr. *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey* (application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, and 41344/98, 13 febbraio 2003. Numerosissimi i commenti sulla pronuncia, tra cui si ricorda P. MACKLEM, *Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination*, in *ICON*, vol. 4, n. 3/2006, pp. 488 ss., K. BOYLE, *Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case*, in *Essex Human Rights Review*, vol. 1, n. 1/2004, D. SCHILLING, *European islamophobia and Turkey Refah Partisi (the welfare party) v. Turkey*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 26, n. 3/2004, pp. 501 ss. Importanti le riflessioni di Roberto Toniatti, che riconosce nella sentenza un'affermazione dell'"ordine pubblico europeo" (dai contenuti simili a quell'ordine pubblico internazionale che molto ha occupato la giurisprudenza anche con riferimento ai limiti alla libertà di espressione) quale limite al pluralismo giuridico e alle sue possibili manifestazioni, cfr. R. TONIATTI, *La razionalizzazione del "pluralismo giuridico debole": le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell'esperienza africana*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

²²⁰ Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, req. n° 20452/14, su cui A. MICCICHÉ, *I musulmani di Tracia e la sentenza CEDU Molla Sali c. Grecia: un itinerario storico-giuridico tra pluralismo religioso e istanze d'uguaglianza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 18/2020, e D. FERRARI, *La nozione di minoranza musulmana davanti alla Corte di Strasburgo: il caso Molla Sali c. Grecia*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2 marzo 2020.

espressa in tal senso dalle parti e a condizione che tale applicazione non si traduca in forme di discriminazione²²¹; ma non trascorre molto tempo prima che l'Assemblea parlamentare del consiglio, con la risoluzione n. 2253/2019, confermi una visione piuttosto netta sull'incompatibilità della *Shari'ah* con lo stato democratico di diritto. Una risoluzione che «conferma un orientamento consolidato dell'Assemblea la quale, pur sostenendo le politiche di integrazione dei migranti, ha frequentemente messo in guardia dalla applicazione della shari'a a causa della incompatibilità con i principi e i valori sanciti dalla *European Convention on Human Rights* [e] denuncia la circostanza secondo la quale, in modo ufficiale o non ufficiale, la shari'a viene applicata in alcuni Paesi membri del Consiglio»²²².

La preoccupazione espressa dal Consiglio d'Europa non riguarda soltanto la Grecia, sulla quale appunto aveva da poco avuto occasione di pronunciarsi la Corte Edu, bensì anche le funzioni para-giurisdizionali degli *Shari'ah Councils* nel Regno Unito, ritenute responsabili della violazione dei diritti delle donne musulmane nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto le relazioni familiari, e particolarmente rischiose per le donne “in condizione di vulnerabilità” alle quali non solo deve essere garantito il libero accesso alla giustizia civile, ma deve essere favorito attraverso appositi progetti di informazione e sensibilizzazione²²³.

In fondo, le istituzioni politiche del Consiglio non sembrano ancora fidarsi dell'Islam, non a caso la risoluzione mette in discussione le stesse fonti particolaristiche in materia di diritti, come la Dichiarazione del Cairo, e denuncia un'intrinseca contraddizione tra religione islamica e tutela delle libertà fondamentali: tutto il resto sembra essere una conseguenza, anche le criticità specifiche degli *Shari'ah Councils*, che sono poi quelle evidenziate anche internamente e già richiamate. Se il rapporto tra *Shari'ah* e stato di diritto è conflittuale, il fulcro di tale conflittualità è individuato proprio nel *vulnus* che il diritto islamico determinerebbe nei confronti dell'eguaglianza di genere, e nella perdurante subordinazione femminile che la sua applicazione causa in tutti i

²²¹ Cfr. M. C. LOCCHI, *La minoranza musulmana di Tracia tra protezione dell'identità religiosa, divieto di discriminazioni e diritto all'auto-determinazione*, in *DPCE online*, n. 1/2019, pp. 909 ss.

²²² Cfr. A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, cit., p. 145.

²²³ Cfr. §§ 8 e 14 della Risoluzione.

contesti dove essa trova spazi, più o meno formalizzati. Resta da capire se e come un rifiuto del pluralismo giuridico (difficilmente concretizzabile peraltro, se si considera l'interlegalità come una condizione ormai immanente, più che una scelta di politica del diritto, o un progetto di organizzazione sociale) possa coniugarsi con lo stato democratico di diritto che, d'altra parte, comprende anche il multiculturalismo tra i suoi assi portanti, la limitazione del potere delle maggioranze, la teoria e la pratica del costituzionalismo come prospettiva di riconoscimento delle minoranze, il diritto alla realizzazione personale anche all'interno delle formazioni sociali (si pensi in particolare all'art. 2 della Costituzione italiana). Inoltre, permangono dubbi su cosa significhi effettivamente tutelare l'eguaglianza di genere delle donne "minoritarie", e non è scontato che sempre e necessariamente questo comporti difendere le donne da sé stesse, ovvero dalla loro appartenenza religiosa e culturale.

Se nella citata sentenza *Molla Sali* la Cedu, prendendo in considerazione l'impatto della potenziale discriminazione derivante dall'applicazione del diritto islamico, cerca di leggerlo anche alla luce dell'intersezione tra genere e credo religioso, mostrando che forse inizia ad affermarsi una qualche forma di approccio intersezionale (*supra*, par. 1) alla tutela dei diritti minoritari²²⁴, bisogna però chiedersi quanto questo non potrebbe leggersi anche dal punto di vista opposto, poiché sempre donne e sempre "minoritarie" sono le soggettività per le quali si prende parola, delle quali le istituzioni "maggioritarie" intendono tradurre e interpretare la voce, invece, talvolta, di porle nelle condizioni di poter vivere pienamente tutte le proprie identità, di genere, religiose, culturali, senza necessariamente dover operare delle *hard choices*.

Pensando al contesto inglese, anche l'introduzione negli ultimi anni di misure volte a favorire la *diversity* nella composizione degli organi giudiziari non ha certo mutato il volto di un sistema che continua ad esprimersi, a produrre diritto, a tutelare i diritti, essenzialmente attraverso un'unica fisionomia, maschile e bianca, predominante attraverso tutti i poteri dello stato. Anche dove la cittadinanza risulta tendenzialmente inclusiva dei migranti e dei gruppi minoritari, il pluralismo normativo non potrà che conservare molte delle criticità delineate finché non sia realizzata la piena partecipazione delle minoranze,

²²⁴ Sul punto cfr. D. FERRARI, *La nozione di minoranza musulmana davanti alla Corte di Strasburgo: il caso Molla Sali c. Grecia*, cit.

e delle donne “di minoranza”, alla politica, all’economia, ai processi di *decision-making* più in generale, e di applicazione del diritto.

3.3. *I conflitti tra identità culturale e eguaglianza di genere di fronte ai legislatori e nelle Corti*

Uno dei temi più affrontati nella riflessione sugli incontri e gli scontri tra multiculturalismo e diritti delle donne è quello dei c.d. reati culturalmente motivati e delle scelte operate dai vari ordinamenti rispetto al trattamento di comportamenti penalmente rilevanti posti in essere da soggetti (generalmente migranti) appartenenti a gruppi minoritari ipoteticamente sulla base di convinzioni e adesioni di tipo culturale o religioso e con l’intento precipuo di adempiere ad un obbligo o di conformarsi ad un indirizzo stabilito all’interno del sistema giuridico “di provenienza”.

Il riconoscimento attraverso il diritto penale, positivo o giurisprudenziale, di margini di allentamento di obblighi giuridici percepiti come culturalmente inaccettabili dai membri di gruppi minoritari, in quanto generatisi in una cornice altrettanto culturalmente connotata, è un’altra via percorribile (da vedere in quale misura) e percorsa da parte di alcuni sistemi giuridici occidentali, e a sua volta contribuisce al pluralismo giuridico, poiché attraverso i discorsi del legislatore, ma soprattutto dei giudici, innesta nell’ordinamento visioni e norme appartenenti a sistemi normativi “altri” (oltre che, come si vedrà, contribuire ad una definizione esterna della cultura minoritaria, spesso stereotipata, statica, approssimata).

In questo paragrafo si rifletterà da un lato su questa figura dei c.d. reati culturalmente orientati o motivati – o, utilizzando l’approccio speculare, delle c.d. esimenti culturali – (soffermandosi in particolare sulle ipotesi che riguardano le relazioni violente all’interno della famiglia, e tralasciandone altre, pur assai rilevanti, quali le mutilazioni genitali femminili), d’altro lato su ulteriori precipitati dei conflitti tra identità culturale e eguaglianza di genere di fronte ai legislatori e alle Corti, come l’annosa questione relativa al porto del velo islamico (o, *rectius*, dei veli islamici).

Il collegamento tra fenomeni all’apparenza molto diversi (si tratta nel primo caso di condotte di per sé illecite che possono eventualmente trovare “giustificazione” qualora siano ritenute consentite, promosse o addirittura dovute sulla base del diritto della minoranza – ovvero

della sua “cultura” – nel secondo di un comportamento eventualmente *vietato proprio in quanto* ritenuto lesivo di principi costituzionali fondamentali, *in primis* l’eguaglianza tra uomini e donne, e *ritenuto tale proprio in quanto* espressione di un credo religioso intrinsecamente incompatibile con quei principi) si evince bene da alcune recenti riflessioni che sottolineano come «la libertà religiosa è stata coartata dalle norme per l’utilizzo dei simboli religiosi identitari; dall’altro, non si è saputo compiutamente assicurare la garanzia dell’uguaglianza di genere e della dignità personale a fronte di quei reati fondati sull’onore che sembrano caratterizzare le comunità islamiche»²²⁵. E così mentre, come emergerà dal par. 3.3.2, il margine di apprezzamento diviene nel sistema europeo lo strumento attraverso il quale «imporre alle Euro-Musulmane una scelta tra la partecipazione alla vita pubblica europea e la manifestazione della propria appartenenza religiosa»²²⁶, i diritti nazionali non appaiono efficaci, e neppure convinti, nell’opera di sradicamento di fenomeni caratterizzanti le relazioni private e familiari in particolare connotati dalla subordinazione della donna, come i crimini d’onore, i matrimoni forzati, la poligamia, le mutilazioni genitali femminili, e addirittura in alcuni casi le corti arrivano a tollerarne alcune forme in nome di una tutela poco approfondita dei diritti culturali.

Questo avviene per mezzo di una figura giuridica nata negli Stati Uniti, la c.d. *cultural defence*, per rispondere a situazioni nelle quali soggetti immigrati avevano posto in essere condotte che erano considerate illecite dall’ordinamento “ospite”, ma al contrario tollerate, quando non richieste, dalla comunità minoritaria di appartenenza: e così l’ordinamento, cercando di favorire l’integrazione e tradurre giudizialmente il fatto multiculturale, ma insieme di fare salvo lo stato di diritto e la certezza del diritto, calibra la risposta penale attribuendo una rilevanza alla genesi culturale (o cultural-religiosa) del comportamento, in termini di esimente o attenuante²²⁷.

²²⁵ Cfr. V.R. SCOTTI, *La tutela dei diritti di genere nelle comunità musulmane d’Europa. Una sfida per l’identità giuridica europea*, in *Diritto e Religioni* (Focus Alicino, Borroni, Scotti, a cura di), *La mediazione dei formanti tra diritto statale e diritto religioso: il confronto con l’Islam*, 2019.

²²⁶ *Ibidem*

²²⁷ Cfr. R. BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2008. Si vedano per ora anche L. MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i «reati culturalmente orientati»*. Possibili divergenze tra

Il primo, e preliminare, problema che sembra porsi, riguarda la definizione dell'idea, della concezione di cultura che costruisce i reati culturali. Com'è stato sottolineato²²⁸, se le nozioni di identità sono state nel tempo progressivamente problematizzate, altrettanto dovrebbe avvenire per le possibili nozioni di cultura, e dunque di identità culturale. Molti hanno segnalato che ci sarebbe qualcosa di ironico nel fatto che mentre il dibattito politico e l'approccio critico cercano di far emergere (*supra*, par. 2) aspetti e momenti di autocoscienza e l'*agency* di soggettività come quella femminile e come quella ascrivibile alle minoranze etnico-culturali, parallelamente altre riflessioni tengono a problematizzare questi concetti e ridimensionarne la portata e le potenzialità. In alcuni casi sono preoccupazioni che si rivolgono ai possibili rischi essenzialisti e mettono in rilievo la natura contingente dei costrutti identitari²²⁹, in ogni caso anche quando la discussione verte soprattutto sul multiculturalismo, il problema di fondo che si riscontra è quello di un'accettazione passiva della nozione di cultura, di gruppo culturale, e finanche di identità culturale. Questo accade non soltanto nei casi in cui si assuma una natura o un'interpretazione della cultura e dell'identità culturale stabili e immutabili, ma in generale perché a fini pratici si utilizzano concetti definiti, per quanto provvisori, utili a rintracciare le differenze culturali e identitarie: quello che viene definito un essenzialismo strategico²³⁰. Un essenzialismo che ha in effetti consentito, pur con tutti i suoi limiti irrisolti, di promuovere, all'interno della cornice del multiculturalismo, iniziative sociali e politiche di riconoscimento e tutela dei diritti culturali.

A ricercare una definizione univoca di cultura che abbia una rilevanza giuridica e che possa costituire un terreno comune a livello transnazionale, l'unica rintracciabile sembra essere quella offerta dal preambolo della Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diver-

pluralismo culturale e sistema penale, in *Indice penale*, 2003, pp. 535 ss., e A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, New York-Oxford, 2004. Sulla diversificata rilevanza penale del fattore culturale cfr. A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, n. 1/2007.

²²⁸ Cfr. L. FISHER, *State of the Art Multiculturalism, Gender and Cultural Identities*, in *European Journal of Women's Studies*, vol. 11, n. 1/2004, pp. 11 ss.

²²⁹ Cfr. U. NARAYAN, *Undoing the "Package Picture" of Cultures*, in J. A. HOWARD – C. ALLEN (a cura di), *Feminisms at a Millennium*, Chicago and London, pp. 88 ss., cit. anche in L. FISHER, *State of the Art Multiculturalism, Gender and Cultural Identities*, cit.

²³⁰ *Ibidem*.

sità culturale, adottata in occasione della Conferenza generale UNESCO di Parigi del 2001, e successivamente richiamata dalla Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, in cui si descrive la cultura come «l'insieme dei tratti distintivi spirituali e materiali, intellettuali e affettivi che caratterizzano una società o un gruppo sociale e che [...] include, oltre alle arti e alle lettere, modi di vita e convivenza, sistemi di valori, tradizioni e credenze».

Quindi la cultura penalmente rilevante non potrebbe che essere la cultura riferibile ad un gruppo sociale, la condivisione di valori e pratiche da parte di una pluralità di persone, o comunque all'interno di un gruppo che presenta caratteristiche omogenee²³¹, e il reato potrà essere riconosciuto come “culturalmente motivato” o “orientato” a condizione di poter ragionevolmente ritenere che qualsiasi altro membro del gruppo avrebbe agito nello stesso modo dell'imputato²³². In fondo però la definizione di cultura che passa attraverso la figura dei reati culturalmente motivati è una definizione prevalentemente *a contrario*: non è cultura la “subcultura”, «ovvero quel *modus vivendi* di un determinato segmento sociale che pur condividendo in via generale i valori espressi dalla cultura dominante, si differenzia dalla stessa per stili di vita, credenze e/o visione del mondo»²³³. Dunque, si potrebbe dire, non è cultura il patriarcato²³⁴, ovvero, come precisa la Sesta Sezione della Cassazione nella sentenza del 26 aprile 2011, n. 2615, *non possono essere ricompresi nella dimensione culturale «atteggiamenti derivanti da subculture in cui sopravvivono autorappresentazioni di superiorità di genere e pretese da padre/marito-padrone», così come (già era stato affermato dalla giurisprudenza che) la convinzione di «agire correttamente» o «nell'interesse della famiglia» non può escludere l'elemento soggettivo del reato in tutti quei casi di maltrattamenti, lesioni, violen-*

²³¹ Sul punto cfr. F. PIQUÉ, *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*, in *Cassazione penale*, n. 9/2012, pp. 2962 ss.

²³² Si tratta della “coincidenza di reazione”, su cui G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI, *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, e C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010.

²³³ Cfr. F. PIQUÉ, *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*, cit., e si veda, per una riflessione sistematica e approfondita, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

²³⁴ Cfr. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., *passim*.

za sessuale e altre condotte esercitate all'interno della famiglia²³⁵. Scrive Will Kymlicka che «L'emarginazione delle donne, degli omosessuali e dei portatori di handicap attraversa i confini dei gruppi nazionali ed etnici; la si rileva nelle culture maggioritarie e negli stati nazionali omogenei così come nelle minoranze nazionali e nei gruppi etnici, ed essa va combattuta in tutti questi luoghi»²³⁶.

In Italia, la valorizzazione dell'appartenenza religiosa o culturale è in alcuni casi avvenuta attraverso la loro considerazione quali fattori idonei a influire sulla determinazione della pena, ai sensi dell'art. 133 del codice penale²³⁷, ma talvolta la giurisprudenza non manca di intraprendere strade più discutibili, con esiti nefasti spesso derivanti proprio dalla grande confusione sull'idea di cultura da utilizzare nel processo penale. Un esempio significativo del potenziale discriminatorio del diritto penale culturalmente orientato può presentarsi in materia di violenza sessuale, preso in considerazione dalla Cassazione, nella sentenza della sez. III, 17 settembre 2007, n. 34909, con riferimento alla possibilità di considerare in modo più benevolo la condotta di stupro posta in essere dal marito all'interno del rapporto coniugale. La Suprema Corte italiana affronta con grande prudenza il tema, affermando la palese irrilevanza della circostanza per cui «il diritto marocchino, da cui civilisticamente è retto il matrimonio tra i due, non preveda come reato la violenza sessuale intraconiugale, dal momento che, relativamente alle specifiche condotte contestate, deve trovare unicamente applicazione la legge penale italiana, trattandosi di comportamenti tenuti nel territorio italiano». Non si limita d'altra parte a prendere in considerazione il problema dei «confini territoriali» del diritto penale, bensì ricorda che «nel nostro ordinamento, da tempo la giurisprudenza è ormai pacifica nell'affermare che commette il delitto di violenza sessuale il coniuge che costringa con violenza o minaccia l'altro coniuge, ancorché non separato, a compiere o subire atti sessuali (sez. III, 16 febbraio 1976, n.

²³⁵ Si veda Cassazione, Sez. VI, 29 maggio 2009, n. 22700, in materia di maltrattamenti all'interno della famiglia.

²³⁶ Cfr. W. KYMLICKA, *La società multiculturale*, cit., spec. p. 35, affermazione condivisa da C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/2008, p. 1112.

²³⁷ Si vedano tra in particolare Cassazione, Sez. VI, 12 agosto 2009, n. 32824 e Sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 46300. E si veda anche N. FOLLA, *Violenza sessuale e maltrattamenti in famiglia influenzati dal fattore culturale: reato "culturalmente orientato" o regressione dei diritti civili?*, in *Famiglia e diritto*, n. 4/2010, p. 400.

12855 [...]; sez. III, 13 luglio 1982, n. 10488 [...]), in quanto l'opposta tesi non considera il rispetto dovuto alla persona quale soggetto autonomo e alla sua libera determinazione e che il rapporto di coniugio non degrada la persona di un coniuge ad oggetto di possesso dell'altro coniuge, sicché, qualora esso si riduca a violenza ai fini del "possesso del corpo", costituisce un fatto gravemente antigiuridico, che non può non trovare la sua sanzione nelle norme poste a tutela della libertà sessuale (sez. III, 16 novembre 1988, n. 11243 [...]). D'altra parte, la tendenza affermata dalla Suprema Corte non è sempre stata ritenuta come pacifica, e non sempre è stata ritenuta la sussistenza del relativo delitto nel caso di compimento della condotta illecita da parte di un coniuge (evidentemente il marito) nei confronti dell'altro.

Se è vero che «dall'epoca patriarcale, [...] si è consolidato da parte delle comunità politiche e delle religioni il principio del controllo sul corpo della donna. Sono state di conseguenza nel tempo fissate regole, costumi e principi giuridici e religiosi che determinassero i limiti della condizione femminile nella società [... e] ancor oggi si potrebbe provocatoriamente affermare che i mezzi di comunicazione sociale usano il corpo della donna come mezzo di dominio su di esso e per condizionare le stesse opinioni sociali in relazione allo *status* femminile (donna oggetto)»²³⁸, è anche vero che l'*ordine ideale internazionale* dei diritti umani ha comportato, tra l'altro, come già ricordato, l'affermazione di valori universali anche in riferimento alla posizione della donna all'interno della società, affermando, oltre che la tutela dei diritti civili e riproduttivi, del diritto al lavoro, all'educazione, alle attività economiche e sociali, anche l'applicazione del principio di eguaglianza indipendentemente dalle diverse culture e tradizioni di riferimento. Il principio di eguaglianza, quindi, e al suo interno di eguaglianza tra i generi, fungerebbe da contro-limite nei confronti di un diritto multiculturale che anteponesse il diritto alla differenza rispetto al diritto alla parità di trattamento (derogabile, semmai, per il perseguimento di condizioni effettive di eguaglianza, e non per l'affermazione della prevalenza dell'orientamento culturale – quand'anche culturale fosse – sulla dimensione individuale della persona).

Ma va ricordato che fino alla metà degli anni Settanta del seco-

²³⁸ Cfr. M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *La cittadinanza culturale e religiosa come discriminazione di genere*, in V. TOZZI (a cura di), *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Torino, 2000, p. 192.

lo scorso, si riconosceva nel matrimonio la fonte di obblighi di assistenza reciproca fisica e morale, comprendenti quelli relativi al soddisfacimento sessuale del coniuge, ragione per cui il rapporto sessuale si configurava come un diritto soggettivo in capo a ciascuno dei due coniugi, e il reato di violenza carnale era applicato soltanto nei casi di costrizione del coniuge ad atti sessuali estranei ai fini procreativi del matrimonio, oltre che nel caso di violenza privata, di ingiuria o di percosse²³⁹. Evidentemente questo comportava il riconoscimento di nient'altro che una esimente fondata su una certa interpretazione del rapporto tra i generi e dell'istituto matrimoniale, figura che nei paesi anglosassoni è definita come "*marital rape exemption*". Questa è ancora utilizzata dai giudici di alcuni Stati del Nord-America per introdurre trattamenti differenziati tra stupri realizzati all'interno e all'esterno del legame matrimoniale (sul caso indiano, *rinvio*, 4.2), ed è ritenuta applicabile fino al momento in cui i coniugi non abbiano ottenuto una sentenza di divorzio. Oggi l'esimente viene fondata sulla considerazione per cui la violenza sessuale tra i coniugi rappresenterebbe un problema non sottoponibile all'intervento del diritto penale, in quanto quantitativamente ridotto e comunque meno grave rispetto al fenomeno delle violenze sessuali poste in essere da aggressori sconosciuti alla vittima²⁴⁰. Argomentazioni che si manifestano come evidentemente incompatibili con l'imperativo, ormai universale, di condanna di tutte le forme di schiavitù. E sicuramente con quanto ormai previsto dalla Convenzione di Istanbul (v. anche *supra*, nt. 212), la quale esclude che si possano chiamare in causa «la cultura, gli usi e i costumi, la religione, la tradizione o il cosiddetto 'onore'» per giustificare gli atti di violenza che rientrano nel campo di applicazione del documento (articolo 12.5), e ritiene inammissibili «in particolare, le accuse secondo le quali la vittima avrebbe trasgredito norme o costumi culturali, religiosi, sociali o tradizionali riguardanti un comportamento appropriato» (art. 42)²⁴¹.

La fenomenologia dei reati supposti come "culturalmente motivati" continua così ad articolarsi prevalentemente intorno a comportamenti

²³⁹ Cfr. A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2009, p. 421.

²⁴⁰ Cfr. A. SZEGO, *Quando lo stupro è legale: la "marital rape exemption"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 853.

²⁴¹ Si veda sul punto P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, cit.

lesivi dell'eguaglianza di genere, alimentati da una visione gerarchica e oppressiva delle relazioni familiari, e ad una concezione radicata dell'inferiorità femminile, dell'incapacità, della fragilità, della materialità della donna: una lettura dei rapporti tra i sessi che non rappresenta un approccio culturale, ma non lo rappresenta perché è stata ed è presente trasversalmente in quasi tutte le culture, e neppure il costituzionalismo post-moderno che, come si è cercato di mettere in luce, sembra scardinarne i presupposti agendo sulle asimmetrie di potere che ne hanno determinato la diffusione e il consolidamento, riesce a determinarne la definitiva sconfitta.

L'approccio teorico alla base della negazione di un possibile riconoscimento di rilevanza giuridica, e penale, della cultura, si richiama ad una concezione garantista che muove dal presupposto che i diritti fondamentali, seppure prodotto della tradizione giuridica occidentale, e della cultura che sta alla base di questa tradizione, abbiano un significato e una portata universale²⁴²; ma anche questa interpretazione è discutibile, se si considera, com'è stato ricordato, che gli stessi diritti universali sono stati utilizzati come strumento di controllo, solo apparentemente neutrale, di colonizzazione, di costruzione di egemonie politiche ed economiche²⁴³.

Una certa dose di universalismo d'altra parte è presente anche negli ordinamenti in cui il multiculturalismo assurge alla dimensione di principio costituzionale, senza però che siano ritenuti scriminabili condotte che ledono la vita o l'integrità fisica²⁴⁴. Basti pensare al Canada, dove non sono scriminati né delitti d'onore né mutilazioni genitali femminili, ed anzi quest'ultimo fenomeno è oggetto di specifica regolazione a partire dal 1997, quando è stato emendato il co-

²⁴² Cfr. G. DI COSIMO, *Giudici e politica alle prese con i conflitti multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019.

²⁴³ Cfr. A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana*, Napoli, 2005, spec. pp. 370 ss. Senza potersi in questa sede affrontare il complesso tema del rapporto tra universalismo e particolarismo, si ricorda la pregnante osservazione di Luca Baccelli, secondo il quale «La rivendicazione nasce situata, particolare, ma in quanto riguarda determinati contenuti (configurabili come diritti fondamentali) è anche rivendicazione per altri, per un qualche 'tutti'», cfr. L. BACCELLI, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Bari, 2009, p. 98, e si richiama la prospettiva dell'universalismo minimalista di A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2009.

²⁴⁴ Cfr. R. PIROSA, *L'antinomia del reato culturalmente motivato. Ipotesi giusfilosofiche per un ripensamento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 18/2020.

dice penale per introdurre una fattispecie specifica di *Female Genital Mutilation*.

Anche nel Regno Unito, a fronte di un importante impegno teorico nella costruzione delle *cultural defences* come concreti rimedi associati al multiculturalismo e al pluralismo giuridico che caratterizza la società e l'ordinamento, le esimenti effettivamente riconosciute hanno nel tempo riguardato soprattutto condotte, religiosamente fondate, che non ledevano diritti soggettivi altrui²⁴⁵.

D'altra parte non può essere trascurato il frequente richiamo nelle aule giudiziarie, da parte delle difese, al fattore culturale, quando si sia in presenza di comportamenti violenti e discriminatori, richiamo produttivo di un nesso causale tra multiculturalismo e reati culturali abnorme, sia qualora si traduca nell'effettivo riconoscimento di scriminanti, sia nel caso in cui si associ ad un "antimulticulturalismo" ideologico e astratto²⁴⁶.

A contribuire al quadro molto sommariamente descritto sembrano concorrere tre tendenze. In primo luogo una distinzione tra delitti naturali e delitti artificiali che, per quanto problematica sia perché evanescente e dunque variamente utilizzabile per le finalità più diverse, sia perché riporta ad un problema di relativismo nella riconduzione di un reato all'una piuttosto che all'altra categoria, non è assente dal dibattito teorico e neppure da quello giurisprudenziale²⁴⁷.

In secondo luogo la perdurante distinzione tra culturale e religioso, distinzione che, come si è ricordato, deriva dal processo che ha condotto all'autonomizzazione della cultura dagli altri fattori ai quali

²⁴⁵ Basti pensare al *Criminal Justice Act*, che all'art. 139 prevede che non sia sanzionabile chi porta coltelli in luogo pubblico quando questo avvenga per motivi religiosi. Un'indagine giurisprudenziale comparata ampia, articolata e approfondita, è rintracciabile nel già citato e sempre fondamentale volume di I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit.

²⁴⁶ Esempio giurisprudenziale di creazione di un legame causa-effetto tra multiculturalismo e reati culturali è Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 1520, 26 novembre 2008, cit. in R. PIROSA, *L'antinomia del reato culturalmente motivato. Ipotesi giusfilosofiche per un ripensamento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit. Sulle conseguenze di una visione ipostatizzante del multiculturalismo in termini di riduzione sul piano penale di un fenomeno complesso come quello che si è cercato di descrivere nel par.1, l'Autrice richiama l'interessante contributo di PH. RYAN, *Multicultiphobia*, Toronto, Buffalo, London, 2010.

²⁴⁷ Su queste categorie cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. e la bibliografia ivi richiamata.

era considerata come inscindibilmente connessa, ma che spesso si risolve nella sua collocazione su un piano gerarchicamente subordinato a quello della religione, e talvolta in un'identificazione almeno parzialmente arbitraria di ciò che è cultura con ciò che è religione.

Infine, una tendenza che ha a che fare direttamente con il costituzionalismo: i diritti culturali difficilmente sono riconosciuti nella dimensione dei diritti fondamentali, la giurisprudenza non fa riferimento ad essi come a diritti soggettivi²⁴⁸, ma vivono quali precipitato del pluralismo giuridico, come manifestazione della presenza di quei sistemi giuridici minoritari che hanno ormai trasformato l'architettura degli ordinamenti giuridici.

In conclusione di questa parte, prima di dedicare un'attenzione più specifica all'ambito delle relazioni endofamiliari e alla questione dei veli islamici, si metteranno in evidenza due ulteriori scenari.

Il primo, relativo al ruolo della cultura nel processo civile, perché non è solo attraverso i reati culturalmente orientati che le differenze culturali possono reclamare spazio di fronte alle Corti; il secondo, rappresentato da uno sguardo alla gestione del multiculturalismo, attraverso il compromesso tra libertà fondamentali e diversità culturale, nella Corte di Strasburgo.

Circa la prima questione, va puntualizzato che l'ingresso della cultura nel processo civile avviene attraverso strade varie: dal diritto di famiglia, alle azioni in materia di diritti civili, fino alla discriminazione e alle azioni nelle quali l'elemento culturale pesa in termini risarcitori²⁴⁹, e non è escluso che anche in questi casi la valorizzazione dell'elemento culturale possa corrispondere al consolidamento di stereotipi di genere, o contribuire a determinare diseguaglianze. Un esempio che mette duramente a fuoco il problema si può rintracciare in un caso affrontato da un Tribunale inglese, il quale ha stabilito il diritto ad un cospicuo risarcimento dei danni, più alto rispetto a quello che sarebbe

²⁴⁸ Su questo anche le considerazioni di I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit.

²⁴⁹ Cfr. A. DUNDES RENTELN, *The Influence of Culture on the Determination of Damages: How Cultural Relativism Affects the Analysis of Trauma*, in R. GRILLO et al. (a cura di), *Legal Practice And Cultural Diversity*, Farnham, 2009, pp. 199 ss., ripreso in ID., *Come dare più spazio alle culture e alle differenze culturali nei giudizi davanti alle Corti (Making room for Culture in the Court)*, in *The Judge's Journal*, vol. 49, n. 2/2010, by the American Bar Association, trad. it. in *Questione giustizia*, n. 1/2017.

spettato ad una ragazza bianca, per una ragazza iraniana alla quale uno scimpanzé aveva staccato le dita di una mano, in quanto il danno in questione avrebbe determinato per la giovane donna una diminuzione delle possibilità di contrarre matrimonio più marcata rispetto a quanto non avrebbe causato per una giovane bianca²⁵⁰. È evidente il sessismo e l'etnocentrismo insito in una decisione del genere, la sua immediata forza cristallizzatrice di stereotipi, la capacità di delineare una visione dell'intersezione tra genere e disabilità di per sé negativa, e poi attribuita con superficialità ad una cultura altra, della quale viene di fatto legittimata la (presunta) carica discriminatoria e la (presunta) mercificazione e reificazione del corpo femminile.

Se si guarda alla dimensione del Consiglio d'Europa, il dialogo interculturale è parte integrante di quella prospettiva²⁵¹, e a partire dagli anni Ottanta esso si integra con l'elemento della tutela delle minoranze²⁵², intesa come ricerca dell'equilibrio che consenta ad esse parità di trattamento e impedisca abusi da parte delle maggioranze. Questo non significa che le minoranze, anche religiose, possano vantare un diritto assoluto di porre in essere qualsiasi tipo di comportamento richiesto dal proprio credo, contravvenendo a regole dell'ordinamento giuridico generale fondate nella ragionevolezza e nel rispetto del principio di non discriminazione²⁵³. La questione dei limiti della libertà religiosa in rapporto ai principi generali degli ordinamenti democratici, ed in particolare all'eguaglianza di genere, è affrontata dalla Corte di Strasburgo soprattutto con riferimento alla questione di *burqa* e *niqab*, su cui si tornerà nel par. 3.3.2²⁵⁴.

²⁵⁰ Cfr. *Bakhtiyari v. La Zoological Society of London*, 141 N.L.J. 55 (1991), su cui S. POULTER, *Ethnicity, Law, And Human Rights: The English Experience*, Oxford, 1998, spec. pp. 64 ss., e in I. YILMAZ, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States*. Dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan, 2005.

²⁵¹ *Council of Europe, Consultation document for preparing the "White paper on intercultural dialogue"*, Strasbourg, January, pp. 6-9. V. P. WIATER, *Intercultural Dialogue in the Framework of European Human Rights Protection, Council of Europe, White Paper Series – Volume*, 2010, e i riferimenti in G. RAIMONDI, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*, n. 1/2017.

²⁵² Il primo caso in cui questo emerge è *Young, James and Webster c. Regno Unito* 13 agosto 1981, Serie A, n. 44, § 63.

²⁵³ Cfr. *Leyla Şahin c. Turchia* [GC], n. 44774/98, ECHR, 2005.

²⁵⁴ Come sottolinea V. R. SCOTTI, *La tutela dei diritti di genere nelle comunità musulmane d'Europa. Una sfida per l'identità giuridica europea*, cit., la giurisprudenza

In linea generale la Corte utilizza, in materia di diversità culturale, due principi che devono bilanciarsi tra loro: quello di una tendenziale e progressiva consonanza nella protezione dei diritti fondamentali in Europa, e, insieme a quello, insito nella dottrina del margine di apprezzamento, del riconoscimento delle differenze esistenti tra gli Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa.

È infatti attraverso l'indagine comparativa e la valutazione del margine di apprezzamento che la Corte opera nella delimitazione degli spazi consentiti al suo intervento e del livello essenziale di protezione che ogni Stato deve garantire, e questo agisce come un dialogo interculturale permanente, funzionando per un verso come motore di sviluppo di uno standard europeo nella protezione dei diritti fondamentali, per altro come argine all'appiattimento e come salvaguardia della diversità culturale²⁵⁵. Si potrebbe dire che i metodi della Cedu sono in quanto tali interculturali, sintetizzando armonizzazione e valorizzazione delle identità nazionali, e questo avviene soprattutto attraverso la giurisprudenza che si occupa della protezione delle minoranze nazionali ed etniche. In questo ambito la Corte, chiamata a formulare uno standard internazionale per la protezione delle minoranze, utilizza in particolare la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali del 1998²⁵⁶.

A questo punto, al fine di verificare il rapporto tra diritti delle donne e diritti culturali nel confronto tra legislatore e Corti, nella dimensione multilivello, ci si soffermerà in particolare su due questioni, tra le molte che hanno occupato giurisprudenza e dibattito dottrinale, che sono già state toccate in diversi punti della trattazione: quella delle re-

za Cedu sulla materia dei simboli religiosi è in generale controversa, per tutti si veda S. MANCINI, *The power of symbols and symbols as power: secularisms and religion as guarantors of cultural convergence*, in *Cardozo Law Review*, n. 6/2009, pp. 2628 ss., e contraddittoria anche rispetto alla posizione assunta dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa nella raccomandazione n. 1927 del 23 giugno 2012 "*Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*", dove l'istituzione si è pronunciata negativamente sull'introduzione di leggi, all'interno degli Stati europei, che stabiliscano un divieto generale di indossare il velo islamico, in quanto simili divieti si porrebbero in contrasto con l'art. 9 della Cedu.

²⁵⁵ Cfr. P. MAHONEY, *Comparative Law and the ECtHR*, in G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Comparative Law before the Courts*, London, 2004, pp. 136 ss.

²⁵⁶ Si veda il richiamo essenziale in *Chapman v. The United Kingdom* (Applicazione no. 27238/95), 18 gennaio 2001.

lazioni tra uomo e donna all'interno della famiglia, e quella della libertà di abbigliamento religioso che si esplica nel porto del velo da parte delle donne musulmane.

3.3.1. *Le relazioni tra uomo e donna all'interno della famiglia*

Già diverse cose sono state scritte nei paragrafi precedenti con riguardo a come il multiculturalismo porta davanti alle Corti codici delle relazioni familiari anche gravemente contrastanti con alcuni dei principi del costituzionalismo post-moderno²⁵⁷, ci si riferisce in particolare alla simmetria nelle relazioni di genere, e all'eguaglianza partecipazio-

²⁵⁷ La riflessione condotta dal postmodernismo giuridico, già ripresa nelle maglie del lavoro, si fonda proprio su una critica al diritto come prodotto delle maggioranze culturali, in favore di una produzione delle regole che faccia proprie le differenze (cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, spec. pp. 141 ss.). E la riflessione del postmodernismo non trova riscontri soltanto nell'evoluzione del costituzionalismo, ma permea la politica del diritto, e si traduce anche nella creazione di un "diritto penale postmoderno", nell'idea della «soggettivizzazione del giudizio di colpevolezza», che superi la configurazione del soggetto quale modello astratto, valorizzando un tipo di giudizio che si spinga ad analizzarlo nella specificità della esistenza biografica e della sua dimensione culturale. Come è stato ricordato da Caggia (F. CAGGIA, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it), richiamando R. UNIKEL, "Reasonable" Doubts: A Critique of the Reasonable Woman Standard in American Jurisprudence, in *Newark University Law Review*, vol. 87, 1992, pp. 326 ss., in questo modo lo standard giurisprudenziale si tradurrebbe essenzialmente in «un modello di ragionevolezza modulato su un determinato gruppo sociale e non sul particolare soggetto in quel momento sottoposto a giudizio». In questa riflessione poco rileva la scelta di riferirsi ora alla formula di *cultural offence* (reato culturale) ora di *cultural defence* (esimente culturale). Infatti, è vero che il ricorso al concetto di reato culturale esprima la preoccupazione di indagare le motivazioni in base alle quali i soggetti appartenenti a determinati gruppi etnici o religiosi si pongono in conflitto con la cultura informante l'ordinamento giuridico nel quale vivono e operano, mentre la costruzione delle esimenti culturali, propria in particolare del sistema nord-americano, «considera la società multicultural come un dato già acquisito da parte del sistema, con la conseguenza che l'integrazione dei soggetti deve procedere con il minor grado di attrito sotto il profilo della compatibilità con il sistema di diritto» (si veda su questo L. MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit., p. 535). D'altra parte la distinzione svolge «una funzione esplicativa sul piano dei modelli di integrazione ma smarrisce in parte le ragioni del suo mantenimento sul terreno della applicazione pratica» (F. CAGGIA, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici*, cit.).

nistica come strumento per la costruzione di democrazia paritaria; ma il multiculturalismo porta nella post-modernità anche la traiettoria di un diritto che si costruisce nelle differenze culturali.

La storia delle relazioni tra i sessi nel contesto familiare sono la lente attraverso la quale leggere la storia di molti passaggi istituzionali che l'analisi di genere può chiarire nelle loro ragioni più profonde. Si ricorda un esempio tratto dalla storia del diritto americano, relativo alla legge, il *Daws Act*, adottata dal Congresso degli Stati Uniti nel 1887, con la quale il Presidente veniva autorizzato a misurare il terreno delle tribù indigene americane e dividerlo in frazioni da destinare a singoli indiani d'America. Coloro che avessero accettato una porzione di terreno e vissuto separatamente dal resto della tribù di appartenenza avrebbero ottenuto la cittadinanza degli Stati Uniti. Questo provvedimento manda in pezzi il territorio di insediamento dei nativi americani frammentandolo in porzioni assegnate a singoli nuclei familiari retti da capifamiglia uomini. Alcune autrici²⁵⁸ dimostrano come interventi normativi come questo siano profondamente radicati in una visione di genere. Il legislatore federale intendeva trasformare le famiglie in contesti familiari istituzionali, ordinari e accettabili, incentrati sulla presenza di un maschio capofamiglia, e lo fa attraverso una legge in materia di immigrazione che consentiva l'esistenza di alcuni tipi soltanto di matrimonio. Il processo di *nation building* e la subordinazione delle donne rappresentano dunque due lati della medesima medaglia che mostra il consolidamento culturale di radicati schemi di potere e di relazione tra i sessi. Sarebbe scontato aggiungere un riferimento al processo di elaborazione della cittadinanza, come categoria *ab origine* escludente e che esclude, per secoli, proprio le donne, fondandosi in particolare sulla separazione dei ruoli all'interno della famiglia.

Anche una volta sanate le disegualianze formali, sancita l'egualianza morale e giuridica tra i coniugi (per riprendere la rivoluzionaria espressione contenuta nell'art. 29 della Costituzione italiana, in un contesto ancora segnato da una forte gerarchizzazione interna alla famiglia, e dalla subalternità della donna ingabbiata nell'indissolubilità del vincolo matrimoniale, principio presupposto, considerato intrinseco al matrimonio e condiviso praticamente da tutti, anche da chi in As-

²⁵⁸ Cfr. N.F. COTT, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Harvard, 2002.

semblea costituente si schiera contro la sua costituzionalizzazione²⁵⁹), sono restate a lungo nelle democrazie liberali, seppur illuminate da una cultura giuridica improntata alla parità all'interno della famiglia, marcate e dolorose disparità. Come ricorda Vittorio Angiolini, «ce n'è voluta, anche e principalmente in Italia, per superare il *'delitto d'onore'*. E la giurisprudenza costituzionale italiana ha impiegato anni ed anni per giungere alla conclusione, non tanto sorprendente, che l'*'adulterio'* della moglie non è più grave di quello del marito»²⁶⁰. Ma proprio questo percorso impervio, e non del tutto concluso, ci impone un duplice sforzo, solo apparentemente contraddittorio: quello di lasciare da parte attitudini orientaliste oppure moralistiche, quando si prendono in considerazione sistemi normativi e tradizioni culturali non euroccidentali, e insieme quello di porre l'antibordone di genere quale condizione essenziale e irrinunciabile per l'accettazione di qualsiasi regola o pratica minoritaria.

Questo non è avvenuto in casi come quello inglese, dove con riferimento alla disciplina degli *status* familiari il sistema ha riconosciuto, fino alla fine degli anni Ottanta, per i componenti della comunità musulmana, la poligamia, a condizione che i matrimoni poligamici fossero stati celebrati nei Paesi nei quali il rito era giuridicamente ammesso²⁶¹. È infatti soltanto l'*Immigration Act* del 1988 che vieta espressamente il ricongiungimento familiare delle famiglie poligamiche (art. 2).

Anche i delitti c.d. "d'onore", commessi in nome di questo sfuggente concetto, sono stati oggetto della propositiva preoccupazione a livello internazionale soprattutto dalla fine degli anni Settanta, a partire dalla già citata Convenzione Onu per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, con la quale gli Stati si sono impegnati a «prendere ogni misura adeguata al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne» (art. 5 lett. a). Una esplicitazione del riferimento ai delitti d'onore si ha poi nel 2000

²⁵⁹ Cfr. B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, in EAD. (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, 2012, pp. 26 ss.

²⁶⁰ Cfr. V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, cit., p. 10.

²⁶¹ Cfr. P. BILANCIA, *Società Multiculturale: I Diritti delle Donne nella Vita Familiare*, in *Astrid Rassegna*, n. 2/2010, pp. 3 ss.

quando il documento conclusivo della ventitreesima sessione speciale dell'Assemblea generale dell'ONU svoltasi a New York (c.d. Pechino +5) contiene un richiamo espresso, nel par. 69, a «(d) Introdurre una legislazione e/o rafforzare meccanismi (strumenti) appropriati per trattare le questioni penali relative a tutte le forme di violenza domestica, compreso lo stupro maritale e l'abuso sessuale su donne e bambine, e assicurarsi che tali casi siano portati in giudizio rapidamente; (e) Elaborare, adottare e attuare pienamente, laddove è il caso, leggi e altre misure, quali politiche e programmi educativi per sradicare pratiche consuetudinarie o tradizionali, compresa la mutilazione degli organi genitali femminili, il matrimonio precoce e forzato e i cosiddetti delitti d'onore, che sono violazioni dei diritti umani delle donne e delle bambine e ostacoli al pieno godimento dei loro diritti umani e delle libertà fondamentali.».

È poi la Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 58/147 del 2003 sull'eliminazione dei delitti contro le donne commessi in nome dell'onore a prevedere specificamente «la necessità di trattare tutte le forme di violenza contro le donne e le ragazze, compresi i crimini commessi in nome dell'onore, come condotte di rilevanza penale punite dalla legge» e che si tratta di crimini «incompatibili con tutti i valori religiosi e culturali». Quest'ultimo passaggio in particolare è significativo perché intende sancire l'estraneità rispetto sia ai credi religiosi, tutti, sia alle appartenenze culturali, dei comportamenti violenti agiti nei confronti delle donne sulla spinta di stereotipi e modelli di condotta patriarcali. Già nel 2003, quindi, l'ONU sembra escludere qualsiasi possibile identificazione tra patriarcato e cultura, e *a fortiori* tra patriarcato e religione, relegando il primo nella sfera dei convincimenti e delle deviazioni individuali, non sorretti da alcuna forma di particolare protezione e riconoscimento derivante da un approccio interculturale alla differenza.

La Risoluzione chiede peraltro (par. 3, lett. c) e d)) agli Stati «di sottoporre tempestivamente i crimini d'onore commessi contro le donne a inchieste approfondite, di stabilire in modo solido i fatti e perseguire in modo efficace e punire i loro autori», nonché di «porre in essere tutte le misure necessarie affinché tali crimini non vengano tollerati».

Anche il Consiglio d'Europa affronta il tema attraverso un atto più generale, la raccomandazione del Comitato dei ministri sulla protezione delle donne dalla violenza, del 2002, nella quale include all'interno della violenza, oltre alle mutilazioni genitali femminili e ai matrimoni

forzati, anche i crimini commessi in nome dell'onore, suggerendo l'introduzione di misure specifiche quali «considerare reato tutte le violenze nei confronti delle donne e dei bambini commesse in base alla tradizione denominata 'delitto d'onore'», e la realizzazione di campagne di sensibilizzazione ad ampio raggio (par. 80-83).

Lo stesso Consiglio riprende la questione con la Risoluzione 1327 del 2003 sui "crimini d'onore", con la quale sottolinea «l'importanza e l'urgenza di stabilire una distinzione tra la necessità di proteggere le culture minoritarie e l'oscuramento di costumi inaccettabili assimilabili alla tortura e/o alla violazione dei diritti dell'uomo», e mette in evidenza come alcuni Stati utilizzano il diritto giurisprudenziale come mezzo per difendere quelli che debbono essere ritenuti "crimini d'onore", o mancano di reagire con forza a questo tipo di crimini, sulla scorta dell'ipotetico fondamento in tradizioni e costumi minoritari²⁶².

Quando si cerca di mettere a fuoco l'ambito dei "crimini d'onore" occorre tenere presente che il delitto d'onore non è l'unica forma di violenza fondata sulla preservazione dell'onore subita dalle donne, perché la violenza domestica che in alcuni casi caratterizza le relazioni familiari è sicuramente connessa alla concezione patriarcale della famiglia della quale parte integrante sono i sentimenti "d'onore"²⁶³. Tali violenze, all'interno dei gruppi musulmani, vengono in alcuni casi giustificate a partire da un'interpretazione (errata) di un verso coranico che solleciterebbe i mariti ad educare proprio attraverso la violenza le mogli ribelli, o poco obbedienti²⁶⁴, e rappresentano un reato subdolo e difficilmente eradicabile, difficilmente dimostrabile in giudizio, e ancora più invisibile quando le corti neppure riescono a posare il loro sguardo sulle relazioni familiari, perché la competenza ad occuparsene è affidata a forme di mediazione o conciliazione gestita da soggetti che applicano il diritto islamico (*supra*, 3.2.).

Certo non è semplice individuare il punto di equilibrio tra il rischio di invisibilizzare la violenza all'interno delle relazioni familiari,

²⁶² Su questi interventi cfr. R. BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, cit.

²⁶³ Sull'"onore" nella tradizione culturale non occidentale, cfr. G. CAROBENE, *Il delitto di onore e l'aggravante dei "futili motivi" culturalmente (e religiosamente) motivata*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014.

²⁶⁴ Il riferimento è a Sura *an-Nisa*, 34, cfr. V. R. SCOTTI, *La tutela dei diritti di genere nelle comunità musulmane d'Europa. Una sfida per l'identità giuridica europea*, cit.

e abbandonare le donne nel silenzio di una casa che diviene luogo di oppressione e dominio, e la necessità di salvaguardare la libertà delle comunità minoritarie, e delle stesse donne appartenenti a tali comunità, di gestire i rapporti personali conformemente ai propri dettami religiosi e alle proprie pratiche culturali. È un lavoro che va svolto in un continuo confronto tra aperture e limiti, basti pensare ancora una volta al sistema inglese, dove soprattutto in materia di matrimoni forzati sono stati introdotti interventi importanti in termini di stigmatizzazione, sanzione e protezione delle vittime, come l'*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*, rispetto ai quali però non sono mancate critiche da parte della comunità musulmana, che vi ha rintracciato un'identificazione tra un certo tipo di condotte, e più in generale la negazione dell'eguaglianza di genere, e la propria religione²⁶⁵.

Come si è ricordato già nel precedente par., gli stessi giudici, in tutte le parti del mondo, entrano tra le mura domestiche a volte con un po' di impaccio, e sembrano ancora, talvolta, considerare la famiglia come uno spazio personale in cui anche i diritti fondamentali assumono contorni a geometria variabile, e i sentimenti che maturano in quello spazio come massimamente condizionati dall'appartenenza culturale. Sono numerosi negli Stati Uniti, ad esempio, i casi di femminicidio da parte di mariti ritenutisi traditi, e, quando il nucleo familiare appartiene alla comunità islamica, è frequente che i difensori invochino il movente della provocazione. Come nel noto caso Aphaylath, in cui per l'imputato che aveva ucciso a randellate la moglie dopo l'ammissione di quest'ultima di aver parlato al telefono con un precedente fidanzato, la difesa chiede l'ammissione di prove volte a dimostrare il c.d. *shock culturale*, vale a dire l'incapacità del soggetto, per ragioni indipendenti dalla sua volontà, di adattarsi al contesto di immigrazione. La violenza nei confronti della moglie sarebbe stata infatti scatenata dalla vergogna determinata dal pensiero del tradimento. In quel caso, mentre il giudice di primo grado rifiuta la ricostruzione della difesa considerando la gelosia un sentimento universale e universalmente diffuso, la Corte in appello rileva invece che le prove culturali meritavano attenzione, e il giudice di primo grado avrebbe dovuto accettarle, perché se è vero che

²⁶⁵ Cfr. G. YURDAKUL, A.C. KORTEWEG, *Gender equality and immigrant integration: honor killing and forced marriage debates in the Netherlands, Germany and Britain*, in *Women's Studies International Forum*, vol. 41, 2013, spec. p. 212, cit. in V. R. SCOTTI, *ibidem*.

la gelosia sarebbe un sentimento che riguarda o può riguardare a prescindere dall'appartenenza religiosa o culturale, d'altra parte il legame tra questo sentimento e il tipo di azione posta in essere varia proprio in relazione al contesto culturale di riferimento²⁶⁶.

Come si è già evidenziato, dalla giurisprudenza europea si possono trarre spunti di riflessione utili²⁶⁷, ed emergono alcuni aspetti trasversali: nonostante l'attenzione internazionale, a cui si è fatto riferimento, e la crescente messa a fuoco della necessità di discernere dalla sfera religiosa e culturale pratiche oppressive insite nell'intreccio tra natura e potere, di cui gli uomini sono stati e sono portatori attraverso la storia delle relazioni di genere a prescindere dai tempi e dai luoghi nei quali si collocano, ancora in molti casi giudici occidentali trattano con indulgenza crimini "d'onore" e violenza domestica quando riconducibili a comunità minoritarie (musulmane in particolare, ma anche ebraiche²⁶⁸), facendo riemergere un passato che non passa, e in alcuni casi molto recente (come in Italia, dove, è noto, il "delitto d'onore", vale a dire la previsione di pene più attenuate per i reati di omicidio e lesioni personali commessi per ragioni di onore, è stato presente all'art. 587 c.p. fino all'abrogazione avvenuta con la l. n. 442/1981).

Colpisce il caso inglese *R v. Mohammed Habib* del 2002²⁶⁹, in cui un giudice di primo grado riconosce gli imputati, immigrati appartenenti alla comunità musulmana che avevano sequestrato per ore e minacciato una parente al fine di convincerla a porre fine alla relazione con un giovane non musulmano, colpevoli per il reato di sequestro di persona, ma in sede di determinazione della pena si limita a stabilire un *conditional discharge*, cioè a ordinare che gli imputati non vengano condannati per il reato a meno che non ne commettano un altro nei tre anni successivi, termine allo scadere del quale, in assenza di altre condotte criminali, nessuna pena sarà comminata e nessuna traccia resterà della prima sentenza. La decisione del giudice si fonda sulla rilevanza attribuita alla motivazione alla base dell'azione, una motivazione "so-

²⁶⁶ Cfr. A. DUNDES RENTELN, *The Influence of Culture on the Determination of Damages: How Cultural Relativism Affects the Analysis of Trauma*, cit.

²⁶⁷ Si veda in particolare F. BASILE, *Panorama della giurisprudenza europea sui reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiede e pluralismo religioso*, 2008.

²⁶⁸ Interessante il dibattito in Canada a partire dalla sentenza *Brukerv. Marcovitz*, 2007 SCC 54, 14 dicembre 2007.

²⁶⁹ *Court of Appeal 2002 [2002] EWCA Crim 1607* cit. in F. BASILE, *Panorama della giurisprudenza europea sui reati culturalmente motivati*, cit.

lidaristica” nei confronti della ragazza, giacché i sequestratori erano convinti che avere una relazione con un non musulmano fosse per lei un male.

È un caso che mette in luce cosa può succedere quando uomini, e soltanto uomini, parlano per le donne: i tre uomini imputati conoscono cosa sia meglio per la ragazza fino al punto di costringerla con la violenza ad adeguarsi, e il giudice non fa altro che amplificare la loro voce.

Sono molti i casi, nella giurisprudenza inglese, nei quali i familiari (di fede musulmana) ricorrono alla violenza contro giovani donne al fine di imporre loro un matrimonio combinato con uno sposo prescelto dalla famiglia, l'unione col quale potrà garantire che la figlia si manterrà fedele alle tradizioni culturali e alle regole etiche del gruppo d'appartenenza.

Ma anche in Germania, fin dagli anni Ottanta, i giudici affrontano controversie “multiculturali” offrendo risposte ondivaghe: anche in questo caso si segnala un caso di assoluzione dall'imputazione di sequestro di persona di un immigrato turco che, insieme ad altri due connazionali, rapisce la moglie all'uscita dal lavoro per porla in stato di sequestro presso l'abitazione di un amico²⁷⁰. Il giudice, documentatosi sul diritto civile turco e la giurisprudenza applicativa ritiene che gli imputati non potessero ancora essere a conoscenza delle regole vigenti nel Paese occidentale di immigrazione e fossero dunque giustificati perché nel diritto turco il marito ha il diritto di riportare presso il domicilio coniugale la moglie in qualsiasi momento, anche con la violenza. Addirittura il *Bundesgerichtshof*, nel 2007²⁷¹, in un caso di sequestro di persona e violenza sessuale da parte di un giovane curdo sulla sposa promessa, tenuta sotto sequestro e infine violentata per far sì che la dimostrazione della consumazione dell'avvenuto rapporto sessuale e della perdita della verginità da parte della ragazza rendesse inevitabile il matrimonio (a cui la stessa non intendeva acconsentire), di fronte all'inflizione di una pena mite da parte del giudice di merito, respinge il ricorso del pubblico ministero, che chiedeva una pena maggiormente afflittiva, dando peso alla circostanza che le condotte dell'imputato

²⁷⁰ Cfr. *Amtsgericht Grevenbroich* 24 settembre 1982 *NJW* 1983, p. 528 (ordinanza), su cui I. EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Zurigo, 2002, pp. 86 ss., cit. in F. BASILE, *Panorama della giurisprudenza europea sui reati culturalmente motivati*, cit.

²⁷¹ Causa 4 StR 514/06 (cfr. sito www.bundesgerichtshof.de).

erano finalizzate a soddisfare le aspettative matrimoniali sorte nella sua famiglia a seguito dell'avvenuta cerimonia di fidanzamento ufficiale, e dunque erano la famiglia e l'"ambiente culturale" nel quale la vicenda si era sviluppata a rappresentare, per così dire, i responsabili morali del fatto commesso.

Pur essendo assolutamente minoritarie nella giurisprudenza tedesca le decisioni che assegnano un peso in sede di determinazione della pena all'orientamento culturale, quelle presenti sono significative. Ci si può riferire anche alla decisione del *Bundesgerichtshof* del 2001²⁷². Un cittadino turco immigrato da anni in Germania violenta la moglie (con la quale viveva ma in un regime di sostanziale separazione e con l'accordo di non avere rapporti intimi) minacciandola con un coltello, e lei denuncia l'accaduto dopo mesi, a seguito delle ennesime percosse subite. Il giudice di merito condanna per violenza sessuale l'uomo ma con la diminuzione di pena in quanto la sua condotta sarebbe rientrata nei "casi meno gravi". Il *Bundesgerichtshof* confermando la sentenza precisa che provenendo l'imputato, così come la persona offesa, dalla comunità musulmana, questi (nonostante una pluridecennale residenza sul territorio tedesco) hanno interiorizzato una divisione dei ruoli di genere e un'organizzazione gerarchica della famiglia per cui risulta assolutamente normale che il marito pretenda dalla moglie obbedienza, tanto che la denuncia della violenza risulta tardiva e, secondo le parole del giudice tedesco, può anche per questa ragione dedursi che «dalla violenza sessuale la donna non abbia subito danni psichici o fisici duraturi»²⁷³. Se è vero che pronunce del genere sono precedenti ai citati documenti internazionali che si occupano di crimini d'onore, ma anche di violenza contro le donne e di violenza domestica (ci si riferisce naturalmente alla già citata Convenzione di Istanbul), restano comunque significative di un *modus operandi* di alcune corti, in alcuni momenti, e di come l'ambiguità della relazione tra cultura, diritti minoritari ed eguaglianza di genere non possa essere lasciata all'incerta ricostruzione della giurisprudenza.

In Italia fa riflettere in alcuni casi il riferimento (o meglio, i contorni che questo riferimento assume) ai futili motivi, si pensi in particolare alla vicenda che si articola attraverso la sentenza del Tribuna-

²⁷² StV 2002, p. 20, cit. in F. BASILE, *Panorama della giurisprudenza europea sui reati culturalmente motivati*, cit.

²⁷³ *Ibidem*

le di Padova (9 giugno 2005), e della Corte d'appello di Venezia, del gennaio 2006, e si conclude con la sentenza n. 20393/2006 della sez. I della Cassazione²⁷⁴. Un cittadino marocchino dopo ripetuti, continui episodi di violenza e pretese di sottomissione da parte dei componenti della sua famiglia, uccide la figlia ritenendola ribelle nei confronti delle regole religiose e tradizionali che avrebbe dovuto rispettare, tanto che, benché promessa sposa, aveva una relazione sentimentale con un altro uomo. In questo caso l'imputato viene condannato per omicidio doloso, ma l'elemento più interessante sta nel fatto che la Corte d'appello, discostandosi in questo dalla decisione di primo grado, e trovando poi conferma nella sentenza della Cassazione, ritiene che, con riferimento all'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p. (cioè l'aver agito per "motivi abietti e futili"), mentre ricorrerebbero i motivi futili lo stesso non potrebbe valere per quelli abietti, in quanto il comportamento dell'uomo sarebbe stato fondato sul suo «modo di intendere e gestire la famiglia, l'onore familiare ed il rispetto della parola data: circostanze tutte che [...] sono sicuramente sufficienti ad escludere il giudizio di abiezione in quanto fondato su sensazioni di ripugnanza, turpitudine e spregevolezza, che nella specie non ricorrono». Se ne deduce che un'ideologia fatta di oppressione e subordinazione della donna, il motivo consapevole di esercitare uno *jus corrigendi* estremo, la scelta di far prevalere un indistinto senso dell'onore, ferito dall'esser venuta meno la possibilità di disporre del corpo e dell'esistenza della propria figlia per consegnarla, come in un qualsiasi passaggio di proprietà, allo sposo promesso, non sarebbero spregevoli, turpi, ripugnanti, e dunque non costituirebbero motivi abietti.

L'interrogativo che suscitano esempi come questo va però oltre e si collega al tema generale di questa riflessione, il rapporto tra multiculturalismo e diritti delle donne. L'impressione è che in taluni casi dietro l'apparente tutela delle culture minoritarie si celino le perduranti resistenze presenti nella cultura maggioritaria (anche all'interno dei sistemi della tradizione giuridica eurooccidentale) verso un compiuto riconoscimento dell'eguaglianza di genere, i retaggi di una storia lunga e ancora incompiuta. Anche per questa ragione qualsiasi proposta di regolazione di quel rapporto dovrebbe preferibilmente porre al centro le donne, facilitandone l'espressione (e, come si dirà, la conquista della

²⁷⁴ Cfr. L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2006, pp. 63 ss.

cittadinanza), piuttosto che lasciare che siano altri a stabilire che cosa le danneggia, le opprime, o le rende autenticamente libere.

3.3.2. *I simboli religiosi sul corpo delle donne: il velo*

Anche il tema del porto del velo richiederebbe una trattazione a sé stante, ma si inserisce qui in una riflessione che vuole approdare ad una sintesi propositiva circa gli strumenti di piena realizzazione dell'egualianza di genere *attraverso* il multiculturalismo, più che *nonostante* il multiculturalismo.

La tensione con cui spesso questa questione è affrontata, e per certi versi la contraddittorietà, già richiamata, con la quale i valori della pari dignità femminile, dell'autodeterminazione, della libertà da condizionamenti, sono applicati quando si tratta di valutare la legittimità della previsione di limiti alla libertà di abbigliamento o invece di agire in concreto nella rimozione di pratiche manifestamente lesive dei diritti fondamentali delle donne (quali i "crimini d'onore", di cui sopra), rendono il tema centrale nella prospettiva di genere qui utilizzata.

La sua complessità sta *in primis* nel fatto che si ragiona di simboli, di qualcosa dunque che è aperto a interpretazione, soggetto a continua risignificazione, come ricorda Derrida²⁷⁵. Com'è stato scritto, «l'attività mentale funziona per il tramite di simboli (linguistici e non linguistici), cioè di cose che stanno per altre cose e in tal modo significano qualcosa a qualcuno; la comunicazione si avvale di veicoli simbolici (parole, suoni, grafie, gesti, ecc.); i significati dell'attività mentale e della comunicazione si cristallizzano in modelli simbolici che, a loro volta, possono essere trasmessi socialmente e conservarsi nel tempo, indipendentemente dagli individui che contingentemente ne sono portatori. Il simbolismo, dunque, può coprire un campo immenso di problemi, tanto quanto è immensa la serie degli oggetti sui quali è possibile pronunciarsi in termini di 'significato', mentale o culturale che sia.»²⁷⁶. E dunque, si diceva, l'elemento che immediatamente dovrebbe riconoscersi al simbolo è la sua polivalenza specifica²⁷⁷, una congenita attitudine a determinare corrispondenze tra un contenitore

²⁷⁵ Cfr. J. DERRIDA, *De la grammatologie*, Paris, 1967.

²⁷⁶ Cfr. G. FEDEL, *Presentazione* a M. Edelman, *Gli usi simbolici della politica*, Napoli, 1987, p. 7.

²⁷⁷ Cfr. R. ALLEAU, *La scienza dei simboli*, Firenze, 1983, pp. 195 ss.

ed un numero tendente ad infinito di possibili, accettabili contenuti; tale peculiarità, peraltro, lo distinguerebbe da tutte le parole e dai concetti del linguaggio (che non sia simbolico), che possono bensì venire analizzati e compresi attraverso il progressivo sezionamento nelle componenti concettuali costitutive. Questa attività conoscitiva non sarebbe invece possibile in relazione al simbolo, poiché non sarebbe rinvenibile una sommatoria di concetti in grado di esplicitare in maniera esaustiva il significato di un “vero simbolo”. Ci si potrebbe chiedere allora se non sia paradossale l’affermazione della polivalenza del simbolo se letta in relazione alla particolare collocazione del simbolo tra le forme espressive: ammettendo pure che l’espressione simbolica sia segnata da una forma espressiva tale da determinare l’inafferrabilità del messaggio che con essa il soggetto intende comunicare, è evidente che una situazione del genere non consentirebbe di operare alcuna teorizzazione né concreta enunciazione dei limiti (esistenti, possibili, ovvero inammissibili) a questo tipo di espressione, se non con esclusivo riferimento ad eventuali effetti della forma asetticamente considerata, data l’impossibilità di cogliere la sostanza che ne sta a fondamento. In realtà, tale polivalenza pare non doversi considerare come assoluta, nel senso che, sebbene il simbolo in quanto tale risulti riconducibile ad un insieme potenzialmente illimitato di contenuti reali, essa può trovare una riponderazione in relazione a variabili esterne alla forma espressiva, in grado di condizionare i destinatari della comunicazione simbolica nella interpretazione della medesima secondo criteri tendenzialmente univoci.

Dunque, in estrema sintesi, applicando queste considerazioni di carattere generale al velo: esso è chiaramente un simbolo (concreto) polivalente; questo non impedisce di individuare alcune, e solo alcune, possibili interpretazioni del suo significato in relazioni ad altri elementi che ne accompagnano l’ostentazione (e dunque le condizioni nelle quali il suo utilizzo avviene); il diritto dunque è chiamato (o si ritiene chiamato) a stabilire se è lecito o meno un comportamento simbolico (quale il porto del velo) con tutti i problemi che derivano dal dover decidere quale dei possibili significati prendere in considerazione per valutarne la compatibilità con lo schema normativo, con i principi costituzionali di riferimento.

In questa cornice si inserisce un dibattito che ha attraversato molti e diversi ordinamenti europei, che pur precipitando sul diritto, e sulle scelte concrete di politica del diritto, si è sviluppato proprio intorno

all'interpretazione dell'atto di velarsi²⁷⁸, poiché dal presupposto dell'equivalenza tra velo e dominazione maschile sulle donne sono nati gran parte dei divieti, di cui si dirà, di indossare il velo in luoghi pubblici, ma, è stato segnalato, «la presunzione che le donne musulmane soffrono meccanicamente in silenzio sotto *hijab* le omogeneizza ignorando la voce, potente, di molte musulmane istruite e progressiste che lo indossano sulla base di forti convinzioni morali e ideologiche e che lo considerano un simbolo di liberazione»²⁷⁹. Così non mancano letture del porto del velo come vera e propria rivendicazione della presenza delle donne all'interno dello spazio pubblico²⁸⁰, e addirittura del suo ruolo antipatriarcale²⁸¹.

Si ricordava già nel par. 1 che tale questione ha poi una spiccata natura intersezionale, come sottolineato da Monique Deveaux²⁸². Infatti oggi, nelle liberaldemocrazie, molte donne musulmane che indossano *hijab* o *niqab* (o altre forme di velo²⁸³) incarnano esempi di identità intersezionali, sperimentando forme di oppressione fondate su genere, razza, classe sociale, sessualità, nazionalità e identità migrante. Nella prospettiva dell'intersezionalità, uno dei principali problemi che pone il divieto di porto del velo islamico in pubblico, anche quando, come generalmente accade, è giustificato sulla base del principio di eguaglianza di genere, è che esso coglie e raccoglie soltanto un aspetto dell'identità e della condizione esistenziale delle donne musulmane: quello del genere²⁸⁴, ma sembra invece impermeabile alle interconnessioni che

²⁷⁸ Per una illustrazione del dibattito francese sul divieto del velo nelle scuole pubbliche, cfr. S. BENHABIB, *The Claims of Cultures. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton 2002, trad. it. *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2002.

²⁷⁹ Cfr. MD. M. HASAN, *The Orientalization of Gender*, in *The American Journal of Islamic Social Sciences*, vol. 22, 4/2005, spec. p. 48, trad. it. dell'Autrice. Anche Benhabib sottolinea la derridiana possibile ed effettiva risignificazione del velarsi, cfr. S. BENHABIB, *The Rights of Other. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004.

²⁸⁰ Cfr. A. G. HUMA, *Dilemmas of Islamic and Secular Feminists and Feminisms*, in *Journal of International Women's Studies*, n. 9/2008, pp. 99 ss.

²⁸¹ Cfr. L. ABU-LUGHOD, *The Muslim Woman. The power of images and the danger of pity*, in *Lettre Internationale*, n. 12/2006.

²⁸² Cfr. M. DEVEAUX, *Religion, Tradition, Autonomy. Can Intersectional Theory Reveal Openings for Women's Agency?*, cit., spec. pp. 281 ss.

²⁸³ Si rimanda alla chiara esposizione e illustrazione della varietà dei veli islamici di R. PEPICELLI, *Il velo nell'Islam. Storia, politica, estetica*, cit., spec. pp. 19 ss.

²⁸⁴ Cfr. M. DEVEAUX, *Religion, Tradition, Autonomy. Can Intersectional Theory Reveal Openings for Women's Agency?*, cit.

legano, in una comune dinamica di oppressione, la razza, la religione e altre differenze fondamentali come lo status di immigrate e le condizioni economico-sociali. L'approccio intersezionale, si è ricordato, pone l'attenzione sull'esigenza di ascoltare le concrete esperienze delle donne, per comprendere come effettivamente si realizza la simultaneità nei diversi tipi di subordinazione che l'intersezionalità mira a mettere a fuoco, e lo fa con l'obiettivo di contribuire all'individuazione di spazi e forme attraverso le quali sviluppare l'*agency*, anche in contesti dove sarebbe difficile pensare alla libertà, nella sua accezione classica. Come si ricorderà, l'*agency* comporta l'utilizzo di una nozione procedurale dell'autonomia, più che sostanziale, vale adire un'autonomia che non richiede necessariamente un sé indipendente, libero da meccanismi di socializzazione o di inculturazione, ma che guarda alle circostanze, agli scenari e ai processi attraverso i quali gli individui operano le proprie scelte, o traducono aspetti delle loro identità culturali e delle strutture sociali all'interno delle quali sono cresciuti²⁸⁵. In questa visione non entra quindi una valutazione del contenuto di quello che viene affermato, delle identità vissute, o scelte, ed essa si sposa con l'idea, di impronta femminista, dell'autonomia relazionale²⁸⁶.

Se si guarda alle scelte compiute negli ordinamenti, emerge nettamente quanto ricostruito circa le motivazioni che stanno alla base dei divieti, e le contraddizioni che vi albergano²⁸⁷.

In primo luogo si può escludere che siano eventuali esigenze di pubblica sicurezza a fondare i limiti al porto pubblico del velo, anche delle forme di velatura integrale. La giurisprudenza italiana nel tempo ha negato la riconducibilità del porto del *burqa* in luoghi pubblici o aperti al pubblico al divieto di cui alla legge c.d. Reale (l. n. 152/1975) in base alla quale, ai sensi dell'art. 5, c. 1, «È vietato l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo», e in diverse occasioni ha ritenuto che il porto del velo integrale non possa essere impedito qualora esistano stru-

²⁸⁵ *Ibidem*, spec. pp. 290 ss.

²⁸⁶ Su cui cfr. C. MACKENZIE – N. STOLJAR (a cura di), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford, 2000.

²⁸⁷ Cfr. A. PIN, *Is There a Place for Islam in the West? Adjudicating the Muslim Headscarf in Europe and the United States*, in *Notre Dame Law Review Online*, vol. 94, n. 35/2018.

menti alternativi di identificazione della persona²⁸⁸. Una volta escluse le ragioni di pubblica sicurezza, sebbene periodicamente invocate dalle ordinanze di qualche sindaco evidentemente rivolte a colpire la minoranza musulmana, e a stigmatizzare almeno uno, o più, dei possibili significativi ascrivibili al simbolo²⁸⁹, in Italia il principio di laicità positiva e solidaristica che permea il sistema costituzionale ha (almeno fino ad ora) impedito di giungere all'imposizione di divieti fondati sulla scelta di attribuire un significato discriminatorio e oppressivo al porto del velo e rimuoverne la stessa possibilità di manifestazione al fine di affermare la piena adesione dell'ordinamento ai valori dell'eguaglianza e della pari dignità.

Quello britannico è invece un approccio casistico, retto dal criterio dell'accomodamento ragionevole che, come si è già evidenziato, caratterizza più in generale l'approccio di *common law* alla gestione del multiculturalismo²⁹⁰: il velo può essere vietato quando in giudizio è possibile dimostrarne l'impatto negativo sulla persona che è chiamata

²⁸⁸ Si veda in particolare la sentenza del Tribunale di Cremona, 27 novembre 2008, di assoluzione dal reato *ex art. 5* della legge n. 152/1975 di una donna musulmana che all'interno di un'aula di tribunale nella quale si trovava per assistere all'udienza del processo a carico del marito, aveva rifiutato di togliere il *burqa* ma aveva collaborato al proprio riconoscimento mostrando il documento di identità, cfr. P. BRACCHI, *La "burqa" nelle aule di giustizia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, pp. 912 ss., cit. in C. B. CEFFA, *Sensibilità costituzionale e salvaguardia dei valori giuridici interni nella giurisprudenza italiana in tema di diversità religiosa nel contesto della società multiculturale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017. Particolarmente significativa è poi la sent. n. 3076/2008 del Consiglio di Stato con la quale il porto del velo integrale viene considerato potenzialmente lecito in relazione alla normativa sopra richiamata, in quanto di per sé non sarebbe utilizzato con lo scopo di nascondere il volto e dunque la propria identità, bensì quale pratica culturale tradizionale, e dunque l'obbligo di consentire l'identificazione, qualora richiesto dalla polizia, come previsto dalla legge c.d. Reale, non risulterebbe in quanto tale incompatibile con la velatura integrale perché sarebbe sufficiente la collaborazione della donna, eventualmente fermata dalle forze di polizia, a garantire il rispetto della legge, cfr. M. GNES, *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del sindaco quale ufficiale del governo. Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3076*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2009, pp. 44 ss., e *ibidem*.

²⁸⁹ Cfr. G. CAVAGGION, *Gli enti locali e le limitazioni del diritto alla libertà religiosa: il divieto di indossare il velo integrale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2016, e si veda anche M. ABU SALEM, *Il velo integrale: una questione di sicurezza reale o di insicurezza presunta?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2/2020, pp. 381 ss.

²⁹⁰ Cfr. V. R. SCOTTI, *La tutela dei diritti di genere nelle comunità musulmane d'Europa. Una sfida per l'identità giuridica europea*, cit.

ad indossarlo, oppure è possibile dimostrare un impatto limitativo generale sul contesto di riferimento, come nel caso, affrontato nel 2006 dall'*Appellate Committee* della *House of Lords*, di una studentessa musulmana che aveva rifiutato la possibilità, offertale dalla scuola, di adeguare la propria uniforme scolastica con un certo tipo di velatura. In questa occasione il giudice supremo afferma come la legittimità del divieto si sarebbe fondata non su ragioni ideologiche, ovvero su una scelta di secolarizzazione del sistema, ma appunto su una valutazione, nel caso concreto, della legittimità della scelta operata nello spirito di uniformazione delle divise scolastiche e della migliore integrazione possibile tra tutti gli studenti all'interno della comunità educativa.

Il caso francese, così come quello belga, è, com'è noto, quello che tradizionalmente rappresenta il prototipo dell'accentramento, della secolarizzazione, della separazione netta tra sfera politica e sfera religiosa (e culturale), dell'assimilazionismo. Ma superando le classificazioni, è interessante leggere più in profondità l'evoluzione delle scelte operate in quel contesto, e comprenderne le ragioni. È allora significativo osservare la trasformazione avvenuta in Francia dal 1989 al 2014, vale a dire dal parere del 27 novembre 1989 del *Conseil d'Etat* alla sentenza della *Court de Cassation* del giugno 2014: da un'interpretazione "mite" del principio di laicità a un'affermazione marcata dell'estraneità del simbolo religioso rispetto alla società civile e all'ordinamento²⁹¹, alla cui base non c'è però soltanto un separatismo rigido e inderogabile, ma anche la scelta di interpretare il simbolo in un certo modo, e utilizzare il divieto per stigmatizzare il significato attribuitogli.

Nel parere del 1989²⁹² il massimo organo della giustizia amministrativa, chiamato ad esprimere un parere sul caso di alcune studentesse musulmane espulse da una scuola pubblica per aver indossato in classe il *niqab*, afferma che «l'uso del velo in quanto tale non è incompatibile con il principio di laicità, nel momento in cui rappresenta l'esercizio della libertà di espressione e di religione», e che «il porto dei simboli religiosi all'interno delle istituzioni scolastiche può, ove necessario, essere oggetto di una regolamentazione [che tenga conto congiuntamente di una serie di principi, tra i quali:] il rispetto dei prin-

²⁹¹ Cfr. R. MAZZOLA, *Il velo islamico nel contesto giuridico europeo: le ragioni di un conflitto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2018.

²⁹² *Conseil d'Etat, Assemblée générale, Section de l'intérieur, Avis* 27.11.1989, n. 346.893.

cipi di laicità e di pluralismo; il dovere di rispettare gli altri, nelle loro convinzioni e nell'espressione della loro personalità; [...]». In questo caso non si entra nella definizione di quali siano le convinzioni che la velatura integrale traduce, e le condizioni in cui essa si manifesta. Nel 2014, invece, la Cassazione arriva a dichiarare lecito il licenziamento della donna musulmana velata sul luogo di lavoro²⁹³. Se è vero che, com'è stato scritto, in Francia (così come in Belgio), il contrasto al velo deriva dall'attribuzione al simbolo *in primis* del significato di un'invasione della religione nella sfera pubblica, politica, laica²⁹⁴, e dunque sull'aspetto multiculturale sembra prevalere in realtà la questione religiosa ed in particolare il modo di intendere il rapporto tra religione e stato, sono però numerosi i richiami alla funzione oppressiva e inferiorizzante del velo, probabilmente strumentali a corroborare scelte identitarie di neutralizzazione degli spazi pubblici. E rendono evidente la differenza di approccio rispetto al sistema tedesco, dove, alcuni anni prima, il Tribunale costituzionale federale tedesco, su una questione relativa al porto del velo islamico da parte di un'insegnante, aveva sottolineato che «se la neutralità dello Stato non tollera l'identificazione con una sola religione, d'altro canto non implica necessariamente la neutralizzazione dei fattori di diversità presenti nella società e di cui i singoli sono portatori»²⁹⁵, e non aveva optato per specifiche interpretazioni circa il significato discriminatorio attribuibile al velo islamico.

D'altra parte, la sentenza francese del 2014 si colloca sulla scia dell'entrata in vigore nel 2010 (seguita da legge di pari tenore in Belgio nel 2011) della legge francese che vieta di coprire il volto in luogo pubblico²⁹⁶. Sebbene alcune delle motivazioni che accompagnano l'approvazione della legge siano espresse in termini di laicità, in questo caso

²⁹³ Cfr. S. HENNETTE VAUCHEZ, V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, 2014, cit. in R. MAZZOLA, *Il velo islamico nel contesto giuridico europeo: le ragioni di un conflitto*, cit.

²⁹⁴ Cfr. N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2014, pp. 2 ss.

²⁹⁵ Decisione n. 2 BvR 1436/02 del 24 settembre 2003, su cui B. RANDAZZO, *L'insegnante col velo alla corte di Karlsruhe*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2004, pp. 148 ss., G. MANGIONE, *Insegnanti musulmane con il velo tra libertà di religione e neutralità dello Stato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2003, pp. 190 ss., e si veda anche S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004.

²⁹⁶ Legge 11 ottobre 2010, 2010-1192.

è stato messo in rilievo anche il tema della parità tra uomini e donne, giustificandola con «la volontà di bandire quelle pratiche radicali che attentano alla dignità e all'uguaglianza tra uomini e donne»²⁹⁷. Ma ciò che più rileva nella prospettiva dell'*agency*, e di una diversa gestione del multiculturalismo, è che sia la legge già introdotta nel 2004 per vietare l'ostentazione di simboli religiosi a scuola, sia quella appena citata, incontrano una forte opposizione proprio da parte delle donne musulmane, che, nella loro componente più istruita e progressista, si richiamano alla risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 23 giugno 2010 (*supra*, nt. 254) con la quale è stato affermato che «nessun Paese membro dovrebbe adottare leggi che introducano il generalizzato divieto di indossare il *burqa* e il *niqab* [...]. Indossare tali abiti potrebbe essere un pericolo per la dignità e la libertà delle donne, ma è vero che anche un bando totale potrebbe escludere queste donne dalla partecipazione alla vita sociale e lavorativa». Dunque, la posizione del Consiglio d'Europa, pressoché contemporanea all'approvazione della legge francese, coglie un punto centrale che attraversa le riflessioni che si sono proposte, dall'*agency* alle preferenze adattive, dalla svolta partecipazionista al multiculturalismo progressivo: non soltanto il bando del velo (o delle forme più "invasive" di velatura) potenzialmente lederebbe la libertà di espressione e la libertà religiosa, ma lederebbe gli stessi diritti di genere che pretende di tutelare. Sul fatto che la cornice del Consiglio d'Europa sia molto mobile e mutevole, e per questo poco utile a segnare un percorso europeo comune sul rapporto tra multiculturalismo e diritti delle donne, si dirà a breve facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Tornando per cenni alla Francia, successivi irrigidimenti e reazioni scomposte hanno caratterizzato il periodo successivo all'attentato di Nizza del 2016, con il proliferare di quelle che sono state definite le ordinanze c.d. "antiburkini", vale a dire provvedimenti volti a vietare che le donne musulmane indossassero il *burkini*, un particolare abbigliamento balneare pensato per le donne di fede islamica che, si badi, lascia il volto completamente scoperto, somigliando a un *hijab*, nella parte alta, per coprire poi tutto il resto del corpo.

Il Tribunale di Nizza, chiamato a giudicare le ordinanze in questione, ha sostenuto che la libertà religiosa potesse essere limitata in ossequio al principio di laicità, ma il Consiglio di Stato ha annullato la

²⁹⁷ Cfr. R. PEPICELLI, *Il velo nell'Islam*, cit., spec. p. 100.

decisione, ritenendo che i sindaci siano incorsi in un eccesso di potere, tutelando in una forma illegittima l'ordine pubblico, e così determinando «un attentato grave e manifestamente illegittimo alle libertà fondamentali quali la libertà di circolazione, la libertà di coscienza e la libertà personale»²⁹⁸.

Sul punto è intervenuta anche l'ONU, ed in modo molto duro, sostenendo la decisione del Consiglio di Stato e affermando che questi provvedimenti «non rafforzano la sicurezza ma, al contrario, alimentano intolleranza religiosa e discriminazione. La parità di genere non si ottiene regolamentando i vestiti che le donne decidono di portare». Anzi, «i codici che riguardano i vestiti, quali i decreti anti-burkini, colpiscono in modo sproporzionato le donne e le ragazze e ledono la loro autonomia, limitano la propensione ad adottare decisioni indipendenti sui modi di vestirsi e costituiscono una chiara discriminazione nei loro confronti»²⁹⁹.

Nei mesi scorsi, intanto, il Senato francese ha approvato un disegno di legge che proibirebbe l'utilizzo del velo islamico *hijab* da parte di giovani minori di diciotto anni, espressamente definendolo come «*abbigliamento o vestiario che indicherebbe una presunta inferiorità della donna rispetto all'uomo*», riportando di nuovo la discussione sul significato attribuito al simbolo unilateralmente e acriticamente, con un approccio particolarmente paternalistico che ha suscitato proteste e reazioni molto aspre da parte delle donne musulmane in Francia, e che rischia di polarizzare ulteriormente il dibattito, già connotato da tratti fortemente ideologici quando ha ad oggetto il porto del *burqa*, identificato nettamente da una parte come «segno di sottomissione del sesso femminile, un pericolo per l'ordine pubblico [...] oppure al contrario, [...] una espressione di fede religiosa, un segno di autonomia personale, una manifestazione di libertà d'espressione che va tutelata senza eccezioni»³⁰⁰.

²⁹⁸ Cfr. D. FERRARI, *I sindaci francesi contro il "burkini": la laicità a ferragosto? A prima lettura di alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 31/2016, p. 5. Sulle vicende anche C. NARDOCCI, *Perché il divieto di indossare il burkini costituisce un attentato grave ai diritti fondamentali dell'individuo. la Francia fa un passo indietro: verso una "nuova" concezione del vivere insieme?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017.

²⁹⁹ Alto Commissariato dell'ONU per i Diritti umani, 30 agosto 2016.

³⁰⁰ Cfr. S. FERRARI, *Il «burqā» e la sfera pubblica in Europa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2012, p. 4.

Come si accennava, in questo quadro si inseriscono le decisioni della Cedu. Un passaggio fondamentale è rappresentato dalla sentenza del 2014, in cui il giudice europeo, chiamato a pronunciarsi sulla convenzionalità della legge francese del 2010, per un verso riconosce che maggiore attenzione avrebbe dovuto prestare il legislatore nei confronti delle «scelte personali delle donne musulmane in Francia», al rischio di isolamento e di emarginazione sociale, ma soprattutto il pericolo di favorire: «[...] *la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personne et d'encourager l'expression de l'intolérance*»³⁰¹, per altro, differenziando l'argomentazione da quella proposta dal *Conseil constitutionnel* francese che aveva confermato la legittimità del divieto di velo integrale in quanto non lesivo della libertà religiosa purché non applicato in luoghi di culto aperti al pubblico³⁰², introduce e sviluppa un argomento incentrato su una visione decisamente peculiare della convivenza. La Corte esclude che a spingere il legislatore francese a vietare il velo integrale sia stato «l'obiettivo principale di proteggere le donne contro una pratica loro imposta o che sarebbe loro di pregiudizio», accogliendo le voci di chi, nel giudizio, si era espresso sulla polivalenza del simbolo e sull'inadeguatezza di qualsiasi tesi che lo equiparasse ad un'espressione di discriminazione di genere, ma dimenticando alcune voci importanti del dibattito che in Francia aveva condotto all'approvazione della legge; ma esclude anche che un divieto così ampio possa essere considerato ragionevole e proporzionato al fine di proteggere la sicurezza pubblica.

Tuttavia, la conclusione del giudice va nel senso della legittimità della scelta francese in relazione agli artt. 8 e 9 della Convenzione, sulla scorta

³⁰¹ *Affaire S.A.S c France* [GC], n. 43835/11, CEDH-2014, in *Foro italiano*, 2014, 10, IV, p. 457 § 151, con nota di P. PASSAGLIA, *Il divieto di indossare il velo integrale davanti alla Cedu: un avallo "senza entusiasmo"*. Per ulteriori riflessioni su questa pronuncia si legga: E. OLIVITO, *Egalité de combat e "vivre ensemble". La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, in *Diritti comparati*, 30 luglio 2014. E si veda anche A. LICASTRO, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: «guardarsi in faccia» è condizione minima del «vivere insieme»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 28/2014, p. 11.

³⁰² *Conseil constitutionnel*, 7 ottobre 2010, su cui cfr. B. MATHIEU, *La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur "le voile intégral". La reconnaissance implicite d'un ordre public "immatériel"*, in *Sem. jur. EG*, n. 42/2010, p. 1018 ss., cit. in A. LICASTRO, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: «guardarsi in faccia» è condizione minima del «vivere insieme»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., p. 18.

dell'applicazione del margine di apprezzamento, in quanto il legislatore si sarebbe fatto garante «delle condizioni che permettono agli individui di vivere insieme nella loro diversità», poiché «l'interazione tra gli individui» può «essere alterata dal fatto che taluni nascondono il viso»³⁰³.

Un'argomentazione che si fosse spinta sulla questione dell'effettiva libertà della donna nel porto del velo integrale, sulle pressioni sociali e familiari che circondano la scelta³⁰⁴, pur discutibile, per le ragioni che si sono analizzate inerenti la natura propria del simbolo, e contraddittoria rispetto al quadro generale tracciato sulle reazioni degli ordinamenti ai comportamenti che ledono gravemente la libertà e la dignità delle donne, avrebbe comunque avuto maggiore credibilità.

Rileggere oggi *S.A.S. v. Francia* risulta ancor più sconcertante. L'«esiguità» della giustificazione³⁰⁵, che fa prevalere nel bilanciamento con un diritto fondamentale come quello alla libertà religiosa, e, *amplius*, di non essere discriminate e di eguaglianza tra gli uomini e le donne (posto che solo le donne musulmane sono limitate nel proprio diritto di manifestare anche simbolicamente la propria fede religiosa), un interesse alla migliore interazione tra le persone, che si potrebbe realizzare soltanto a viso scoperto, assume in questo tempo pandemico «un volto surreale». Ci si chiede che cosa ne dovrebbe essere di tutte le disposizioni che in vario modo, e nella maggior parte degli ordinamenti europei, hanno imposto nell'ultimo anno svariati obblighi di indossare la mascherina per la protezione contro il Covid-19, e se queste possano essere considerate legittime perché il diritto alla salute, e alla salute pubblica in particolare, prevale sul diritto «ad essere sé stessi», oppure per altre ragioni. E che cosa ancora di tutte le misure di isolamento e di distanziamento che hanno modificato radicalmente le modalità con le quali ci si relaziona, basti pensare allo spostamento delle missioni di educazione e formazione sulle piattaforme digitali.

³⁰³ Cfr. V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, cit.

³⁰⁴ Sul punto cfr. G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, cit., che richiama la testimonianza di M. Eltahawy, *Perché ci odiano*, Torino, 2015.

³⁰⁵ Cfr. V. ANGIOLINI, cit., p. 10. L'argomentazione è peraltro ripresa in sentenze successive dell'11 luglio 2017, *Belkacemi e Oussar c. Belgio e Dakir c. Belgio*, su cui cfr. C. B. CEFFA, *Sensibilità costituzionale e salvaguardia dei valori giuridici interni nella giurisprudenza italiana in tema di diversità religiosa nel contesto della società multiculturale*, cit. Sul Belgio, cfr. M. PARISI, *Dissimulazione del volto nello spazio pubblico e libertà religiosa delle minoranze: il caso belga all'esame della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Politica del Diritto*, 2/2018, pp. 302 ss.

Oggi tutto sembra potersi rileggere con lenti molto diverse dal passato.

Un elemento del tutto assente nella trattazione della Corte Edu, e che pure qualche rilievo secondo alcuni potrebbe avere, è poi quello relativo al rapporto simbolo religioso/simbolo culturale, che rientra in effetti nella già sollevata questione circa la legittimità e la coerenza con i sistemi costituzionali democratici di una distinzione tra riconoscimento di pratiche culturali minoritarie (potenzialmente lesive di diritti o interessi costituzionalmente meritevoli di tutela), e riconoscimento di pratiche religiose. Non è infatti possibile individuare nel porto del *burqa* o del *niqab* l'assolvimento di un precetto religioso, come segnala lo stesso Comitato per l'Islam italiano nel parere reso al Ministero dell'Interno nel 2010, affermando che "secondo la grande maggioranza delle opinioni giuridiche che hanno corso nel mondo islamico, e pur senza escludere che, in assenza di un'autorità centrale che possa definire la dottrina per tutti, gruppi minoritari possano rappresentare anche in modo mediaticamente vigoroso opinioni diverse, portare il burqa o il niqab non è un obbligo religioso, né tale obbligo può trovare fondamento nella lettura del testo sacro dell'Islam"³⁰⁶.

Ma a tal proposito, al di là delle possibili gerarchie tra convinzioni religiose, filosofiche e appartenenze culturali, va rimarcato che trattandosi in questo caso, a differenza di quanto accade per i reati c.d. culturalmente motivati come crimini d'onore o mutilazioni genitali, di vietare un comportamento che non è agito da terzi su soggetti che ne risultano evidentemente danneggiati, fisicamente e psicologicamente, il problema, che in quei casi si può porre, della dimostrazione che chi ha agito lo abbia fatto sulla base di una regola di condotta vincolante, o fortemente persuasiva, si manifesta in termini diversi. Vale a dire che il fatto che non si tratti di un obbligo può prestarsi ad applicazioni di segno diverso, fino ad attribuire maggior valore alla scelta personale in adesione ad una determinata sensibilità religiosa (ma anche a mettere in guardia dalla possibile fonte familiare e patriarcale di un'eventuale imposizione).

È comunque noto che la Corte di Strasburgo non sempre è coerente nelle sue applicazioni dell'art. 9. Ad esempio, nel 2010 sembra introdurre un aspetto importante, quello della distinzione soggettiva tra chi introduce il fattore religioso nello spazio pubblico, quando

³⁰⁶ Si veda *ibidem*, p. 13.

in *Arslan v. Turchia* precisa che soggetti che non hanno ruoli politici-rappresentativi non possono essere sottoposti a limitazioni del diritto ad esprimere pubblicamente le proprie convinzioni religiose, ma nel 2008, in *Dogru e Kervanci v. Francia*, quando si tratta del divieto, posto in una scuola, di indossare il velo durante le ore di educazione fisica, la limitazione torna ad essere considerata legittima, questa volta sulla base di esigenze connesse alla sicurezza e alla salute, che sarebbero prevalenti rispetto alla libertà di manifestazione del proprio credo religioso³⁰⁷.

E diversi anni dopo, ancora una volta la Corte, forse consapevole che in quest'ambito è essenziale il ruolo del contesto sociale e degli schemi di genere presenti all'interno della società e dell'ordinamento, poiché sono quelli a garantire in ultima istanza la *compliance* nei confronti delle sue decisioni – soprattutto perché questa risulta strettamente collegata alla loro capacità di entrare nel tessuto ordinamentale nel quale devono essere applicate – oscilla tra esigenza di contrasto agli stereotipi e prevenzione dell'intolleranza, e utilizzo di un margine di apprezzamento che lascia di fatto agli stati una piena discrezionalità nell'individuazione dell'equilibrio³⁰⁸.

Da ultimo, con *Lachiri v. Belgio*³⁰⁹ del 2018, la Corte sostiene che

³⁰⁷ Si fa riferimento a *Hamet Arslan et Autres c. Turchie*, [GC], n. 41135/98, CEDH -2010, e a *Dogru c. France*, [GC], n. 25078/05, CEDH -2008. Cfr. AA.VV. *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di R. MAZZOLA, Bologna, il Mulino, 2012. Sulla linea di *S.A.S. v. Francia* anche *Ebrahimian c. Francia*, N. 64846/11, Corte EDU (Quinta Sezione), 26 novembre 2015.

³⁰⁸ Ci si riferisce per un verso a *Belcacemi et Oussar c. Belgique* [GC], n. 37798/13, CEDH-2017, in cui la Corte afferma di essere pienamente consapevole che misure interdittive rischiano di contribuire al consolidamento degli stereotipi che riguardano alcune categorie di persone, di incoraggiare l'intolleranza, e che il divieto di fatto grava esclusivamente sulle donne musulmane che desiderano portare il velo integrale (è quella dimensione intersezionale della discriminazione derivante dal divieto di porto del velo, a cui ci si riferiva in precedenza), e ritiene che il Belgio, vietando l'utilizzo nello spazio pubblico di un abbigliamento in grado di nascondere il volto, agisce in senso limitativo sul pluralismo, impedendo ad alcune donne la manifestazione della propria personalità e delle proprie convinzioni; per altro alla coeva *Dakir c. Belgio* [GC], n. 4619/12, CEDH -2017, con cui sono ritenuti legittimi i provvedimenti di alcuni comuni belgi volti a vietare la copertura del volto in luogo pubblico.

³⁰⁹ *Lachiri c. Belgio*, N. 3413/09, Corte EDU (Seconda Sezione), 18 settembre 2018, su cui cfr. L. VIOLA, *Il velo islamico davanti ai giudici italiani ed europei*, in *Federalismi*, n. 6/2019, il commento di P. KAUSHIK, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 7, n. 3/2018, p. 569 ss., e Id., *Lachiri v Belgium and Bans on Wearing*

l'allontanamento dall'aula di Tribunale di una donna (parte civile costituita nel processo penale a cui partecipava) fondato sul suo rifiuto di togliere nel corso dell'udienza lo *hijab* (cioè il *foulard* islamico, che lascia il viso completamente scoperto), rappresenterebbe una illegittima restrizione della libertà della ricorrente *ex art. 9 della CEDU*, in quanto la misura non sarebbe stata "necessaria in una società democratica" dato che la donna non aveva manifestato alcun comportamento anche solo potenzialmente pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza. La Corte peraltro riprende l'argomento di *Arslan v. Turchia* e osserva che la ricorrente non esercitava funzioni pubbliche, né rappresentava le istituzioni politiche, ma era semplicemente una cittadina dello Stato, per questa ragione non assoggettabile a vincoli e limiti nella manifestazione delle proprie convinzioni religiose. La decisione colpisce soprattutto perché si tratta del primo caso in cui la Corte ravvisa una violazione della libertà religiosa con riferimento al porto del velo islamico (nel caso di specie, va ricordato, dello *hijab*), ma questo non deve portare ad attribuire un valore generale alla pronuncia, o a ritenere che attraverso di essa la Corte intenda superare il suo tradizionale atteggiamento in tale ambito, particolarmente propenso a riconoscere, come si è ricordato, un ampio margine di apprezzamento agli Stati. Certo emerge una particolare attenzione alla tipologia di spazio pubblico rispetto alla quale sorgono le questioni, e al ruolo di chi porta il velo, nonché al tipo di velo, e la sentenza *Lachiri* va dunque letta in stretta connessione alle circostanze del caso, evitando eccessive generalizzazioni, in attesa dell'evolversi di una giurisprudenza che, come si è detto, tende comunque a muoversi da un'impostazione per così dire politica, che è quella caratterizzante le istituzioni del Consiglio d'Europa³¹⁰, sensibili verso l'interculturalità e la protezione dei diritti delle donne nella cornice del multiculturalismo, ad una traduzione in larga misura contraddittoria, condizionata dall'esigenza di salvaguardare la discrezionalità degli Stati nella consapevolezza dell'importanza della costruzione del consenso nei già richiamati processi di *compliance*.

La limitazione del porto del velo è avvenuta e avviene peraltro in situazioni e forme diverse, come dimostra il riferimento ad un altro

Islamic Dress in the Courtroom: An Emerging Trend, in *Ecclesiastical Law Journal*, Vol. 21, n. 1/2019, pp. 48 ss.

³¹⁰ Cfr. A. MADERA, *Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 4/2020, spec. pp. 50 ss.

giudice europeo, la Corte di Giustizia, ed in particolare alle sentenze del 2017 con cui viene riconosciuta al datore di lavoro un'autonomia imprenditoriale nell'esercizio della sua attività di rilevanza economica in grado di sollevarlo dalla responsabilità per atti di discriminazione indiretta, quali appunto la compressione del diritto alla libertà religiosa e alla manifestazione della propria identità religiosa e culturale³¹¹: discriminazioni che riguardano come sempre le donne³¹².

D'altra parte un modello che è stato definito "etnocentrico"³¹³, e che caratterizzerebbe le giurisprudenze europee, oltre che approcci nazionali come quello francese e belga, è quello che penalizza il soggetto che agendo, o più semplicemente "essendo", avvia un conflitto, e che dunque, per riprendere gli ultimi esempi citati, subisce legittimamente il licenziamento, perché «il divieto di indossare un velo islamico, de-

³¹¹ Sentenza Corte di Giustizia europea (Grande Sezione), 14.03. 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15; Sentenza Corte di Giustizia europea (Grande Sezione), 14.03. 2017, *Bougnaoi e ADDH*, C-188/15; tali casi sono peraltro accostabili ad un precedente deciso dalla Corte Edu, *Belcacemi et Oussar v. Belgio*, dove pure non è stata riconosciuta la violazione dell'art 14 della CEDU, in combinato con gli artt. 8 e 9, cfr. A. VALENTINO, *Il velo islamico di nuovo all'attenzione delle Corti europee tra rispetto della scelta della società e esigenze di neutralità delle aziende private (nota a sentenza di Belcacemi e Oussar c. Belgio della Corte di Strasburgo e dei casi C-157/15 e C-188/15 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea)*, in *Rivista AIC*, 3/2017, pp. 5 ss. cit. anche in R. MAZZOLA, *Il velo islamico nel contesto giuridico europeo: le ragioni di un conflitto*, cit.

³¹² La Corte di Giustizia è da ultimo intervenuta nei giorni in cui si scrive con la sentenza del 15 luglio 2021, *IX c. Wabe e V. e MH: Müller Handels GmbH c. MJ.*, cause riunite C-804/18 e C-341/19, avente ad oggetto in un caso la sospensione dalle funzioni di educatrice in asilo nido a seguito del rifiuto di rispettare il divieto imposto dall'associazione responsabile della gestione di queste strutture di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di natura politica, filosofica o religiosa quando a contatto con i bambini o i genitori degli stessi, in altro caso l'ingiunzione da parte della società di gestione di una catena di drogherie nei confronti di una dipendente di astenersi dall'indossare simboli della sopracitata natura. La Corte ribadisce che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che una norma interna di una impresa, che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose non costituisce, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in applicazione di precetti religiosi, una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, qualora tale norma sia applicata in maniera generale e indiscriminata, ribadisce inoltre il diritto del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità purché essa sia oggettivamente collegata alle aspettative dei propri clienti, e rappresenti dunque una reale esigenza per il datore di lavoro.

³¹³ Cfr. G. DI COSIMO, *Giudici e politica alle prese con i conflitti multiculturali*, cit.

rivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta» ai sensi della direttiva 2000/78. Ma anche alle discriminazioni indirette sembra ricavarsi poco spazio, per non parlare di quelle intersezionali, che pure coglierebbero la specificità di tutte queste ipotesi di limitazione dei diritti delle donne “di minoranza” al crocevia tra multiple identità (v. *supra*, par. 1).

Un ultimo riferimento non può che essere operato alla recente scelta svizzera³¹⁴ che, attraverso referendum, ha introdotto addirittura nel testo costituzionale, tra l'art. 10 sul “diritto alla vita e alla libertà personale” e l'art. 11 sulla “protezione dei fanciulli e degli adolescenti”, una nuova disposizione, l'art. 10a, la quale prevede che: «1. Nessuno può dissimulare il proprio viso negli spazi pubblici né nei luoghi accessibili al pubblico o nei quali sono fornite prestazioni in linea di massima accessibili a ognuno; il divieto non si applica ai luoghi di culto. 2. Nessuno può obbligare una persona a dissimulare il viso a causa del suo sesso. 3. La legge prevede eccezioni. Queste possono essere giustificate esclusivamente da motivi inerenti alla salute, alla sicurezza, alle condizioni climatiche e alle usanze locali».

Sebbene la previsione sia generale nessuno ha dubbi che si tratti di un intervento rivolto in particolare a vietare l'utilizzo del *burqa* o del *niqab*, e tutto il dibattito in Svizzera e fuori dal Paese si è concentrato proprio su questo, e sulle posizioni assunte da chi ha sostenuto l'emendamento costituzionale. Tra queste un peso specifico particolarmente rilevante, seppure affiancato dai consueti argomenti sulla socialità, la democraticità violata, la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, ha svolto la questione della promozione dell'eguaglianza di genere, e dunque anche in questo caso il presupposto è stato l'attribuzione di un particolare significato al porto del velo, ma anche l'idea che in nessun caso una velatura integrale potrebbe corrispondere ad una scelta libera, bensì necessariamente ad “un condizionamento culturale alimentato dalla famiglia o dall'intera comunità di appartenenza”³¹⁵. *Burqa* e *niqab* non potrebbero che essere il frutto di un'imposizione, e il signi-

³¹⁴ Su questo cfr. C. B. CEFFA, G. GRASSO, “Un velo sulla Costituzione”. *Il divieto di dissimulazione del viso entra a far parte della Costituzione federale Svizzera: una sfida inedita per il diritto costituzionale europeo?*, in *DPCE online*, n. 1/2021, pp. 307 ss.

³¹⁵ *Ibidem*.

ficato della loro ostentazione pubblica altro non sarebbe che la manifestazione materiale di un sistema religioso e ideologico oppressivo e discriminatorio.

La Commissione federale per le questioni femminili, commissione amministrativa extraparlamentare permanente istituita dal Consiglio federale con funzioni consultive, ha sottolineato³¹⁶ come il codice penale svizzero preveda già una fattispecie avente ad oggetto condotte di costrizione, all'interno delle quali sarebbe incluso anche il comportamento di chi costringesse una donna alla velatura integrale; una previsione specifica sul punto rischierebbe invece di privare una parte delle donne musulmane, e soprattutto quelle appartenenti ai contesti familiari più chiusi, conservatori e radicali, della possibilità di studiare, di lavorare, di partecipare alla vita pubblica. Com'è stato opportunamente ricordato³¹⁷, se si analizza la giurisprudenza europea, una parte della quale si è avuto modo, pur sinteticamente, di trattare in questo scritto, si constata facilmente come tutte le ricorrenti dei casi che giungono di fronte alle Corti sono donne istruite, attive nella vita sociale e nel lavoro, consapevoli dei propri diritti e delle modalità con le quali possono esigerne la garanzia. Paradossalmente, pur essendo le donne sulle quali si fonda l'illegittimità di discipline di divieto (perché mostrano in concreto che al porto del velo non è ascrivibile un solo significato, e che esso non equivale *sic et simpliciter* ad una forma di subordinazione), sono anche quelle meno lese, per così dire, dai divieti, o per lo meno lese "soltanto" per ciò che concerne la loro libertà religiosa e di espressione del proprio credo. Molte altre però lo sono più gravemente, in una pluralità di situazioni giuridiche, concernenti la libertà di circolazione, il diritto al lavoro, il diritto all'istruzione; la facile replica che il fatto che non velate non potrebbero uscire dimostra che vivono in contesti familiari oppressivi e violenti, che sono costrette a portare il velo, e che dunque vietarlo sarebbe funzionale al ripristino dei valori violati di parità di genere e dignità delle donne, sembra provare troppo, e riporta a quell'utopistica ricerca di autonomia e libertà femminile (ma umana più in generale) che, come si è raccontato, rischia di non condurre all'obiettivo reale, quello di dare voce e spazi alle donne appartenenti ai gruppi minoritari, e di costruire un'alleanza tra diritti culturali ed eguaglianza di genere, superando, o riscrivendo, i conflitti.

³¹⁶ Parere espresso il 18 gennaio 2021, e cit. in *ibidem*, p. 317 ss.

³¹⁷ *Ibidem*.

4. Donne e multiculturalismo nel costituzionalismo post-coloniale

4.1. Premessa: prospettive di indagine dell'eguaglianza di genere nei sistemi pluralisti post-coloniali

Nel par. 2.3 si è discusso del passaggio da un'affermazione dei diritti delle donne fondata esclusivamente sull'eguaglianza ad un progetto partecipazionista di democrazia paritaria: questa tendenza non ha riguardato soltanto i sistemi giuridici della *Western legal tradition*. L'adozione di quote di genere, e l'impegno pro-attivo nella trasformazione delle sedi decisionali attraverso la garanzia della presenza femminile ha rappresentato un orientamento globale, a partire dall'America latina, per poi diffondersi in Africa, in Asia e in Europa, collegandosi, in ciascuno di questi continenti, ad ulteriori trasformazioni in termini di democratizzazione e protezione dei diritti umani, legittimazione democratica, e al ripensamento dell'architettura di genere della società, pur con ovvie variazioni territoriali, e tale tendenza ha una connessione immediata con il dibattito che, anche all'interno dei sistemi post-coloniali, si è articolato sul femminismo multiculturale³¹⁸.

Dal punto di vista dell'ingegneria costituzionale, la questione centrale riguarda come determinate scelte costituzionali possono contribuire ad indirizzare un Paese verso un sistema che, pur caratterizzato dal pluralismo giuridico, come generalmente accade nei contesti post-coloniali, sia coerente con l'impegno a garantire l'eguaglianza di genere. A questi fini si ritiene opportuno l'utilizzo del *design* costituzionale al fine di promuovere lo sviluppo culturale, più che l'imposizione di un sistema giuridico sull'altro.

Com'è stato illustrato, si possono individuare essenzialmente tre approcci alla questione dell'eguaglianza di genere nei sistemi caratterizzati dal pluralismo giuridico, ma in realtà essi possono essere interpretati come tre angoli visuali di un unico orizzonte³¹⁹.

Il primo approccio è quello della letteratura multiculturalista, le cui principali preoccupazioni teoriche si focalizzano sulla messa a tema della giustizia per i gruppi minoritari che cercano di conservare le loro identità nei confronti della cultura dominante e sulla sua compatibilità

³¹⁸ Cfr. W. KYMLYCKA, R. RUBIO-MARÌN, *The participatory turn in gender equality and its relevance for multicultural feminism*, cit., spec. p. 16.

³¹⁹ Cfr. S.H. WILLIAMS, *Religion, Custom, and legal pluralism*, cit., pp. 413 ss.

con un effettivo impegno per la tutela dei diritti delle donne e dell'eguaglianza di genere. Questa prospettiva nel suo complesso tende ad affrontare il problema del rapporto tra multiculturalismo e eguaglianza di genere in termini conflittuali. Al di là delle singole posizioni rintracciabili, uno degli aspetti che emergono da questa prospettiva è che le culture sono intrinsecamente dinamiche, contestabili e contestate, e che i problemi per le donne derivano dal fatto che le componenti femminili dei gruppi sono spesso escluse dai meccanismi attraverso i quali tali comunità rinegoziano e rivedono le loro culture nel tempo³²⁰.

Il secondo approccio è quello del costituzionalismo islamico, che si concentra sul ruolo del diritto islamico nei sistemi giuridici dei Paesi a maggioranza musulmana. In questo caso, il paradigma è differente: si tratta di Paesi in cui non la minoranza, ma la maggioranza della popolazione desidera riconoscersi e trovare risposte in un sistema giuridico alternativo, nel quale potenzialmente tutto il gruppo è in grado di identificarsi, mancando una pluralità di gruppi minoritari in cerca di autonomia. Gli esempi potrebbero essere vari, basti pensare all'Egitto, ed è certamente complesso analizzare e comprendere la tendenza all'incorporazione del diritto islamico all'interno del sistema giuridico di numerosi Paesi a maggioranza musulmana, tema che non è oggetto della trattazione in questa sede, e che imporrebbe di ripercorrere le diverse storie del colonialismo, il rapporto tra *élites* laiche e secolari, tra autorità religiose tradizionali e dottori della legge³²¹. La letteratura riporta per questi ordinamenti una generale condivisione di questa tendenza, ma anche la preoccupazione di conservare o espandere il controllo democratico, e la garanzia di un livello essenziale di protezione dei diritti umani, con particolare riferimento proprio all'eguaglianza di genere³²².

È significativo che nell'ambito di tali studi non manchino lavori che analizzano gli sforzi delle donne all'interno dei sistemi per reinterpretare le loro tradizioni religiose in coerenza con le norme relative all'eguaglianza di genere e alla tutela dei diritti fondamentali, non solo

³²⁰ Cfr. S. SONG, *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge, 2007.

³²¹ Cfr. J. M. OTTO (a cura di), *Shari'a Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, 2010, pp. 421 ss., cit. in S. WILLIAMS, *Religion, Custom, and legal pluralism*, cit.

³²² Susan Williams si riferisce in particolare a J.L. ESPOSITO, D. MOGAHED, *Who speaks for Islam? What a Billion Muslims Really Think*, Gallup Press 2007.

nella prospettiva, già citata, del femminismo islamico, ma anche nel tentativo, per così dire più giuridico, di sottolineare alcune questioni teoriche rilevanti quali la criticità dell'attribuzione di poteri statuali ad autorità religiose non democratiche³²³.

Vi è poi l'approccio che si sofferma sui sistemi di diritto consuetudinario. Com'è noto, il diritto consuetudinario opera in numerosi, e tra loro distanti, sistemi nel mondo, basti pensare alle comunità indigene dell'America latina, alle comunità Rom in Europa e alle minoranze etniche nel Sud-est asiatico, ma la letteratura sul rapporto tra multiculturalismo e eguaglianza di genere nei sistemi caratterizzati dalla presenza del diritto consuetudinario guarda soprattutto all'Africa. Nel contesto africano i gruppi che utilizzano sistemi alternativi spesso costituiscono la maggioranza della popolazione, ma appartengono a numerosi gruppi con identità differenti e sistemi consuetudinari a loro volta non coincidenti tra loro. Non a caso il Sudafrica è considerato come una sorta di archetipo. In questi contesti le questioni che vengono in rilievo sono prevalentemente due: la prima è sicuramente quella della sostenibilità democratica dell'*accomodation*, vale a dire se, e in quale misura, il sistema consuetudinario possa includere norme lesive della garanzia dell'eguaglianza espressa nelle costituzioni³²⁴; la seconda quella della *incorporation*, vale a dire dell'opportunità o meno dell'inclusione all'interno delle istituzioni pubbliche dei *leader* tribali tradizionali³²⁵.

A proposito del primo aspetto, la Corte costituzionale del Sudafrica ha ritenuto che le corti sudafricane debbano applicare e modificare la *common law* e ha stabilito che nel caso in cui la *common law* devii dallo spirito, dagli indirizzi e dagli obiettivi del *Bill of Rights* le corti

³²³ Cfr. A. AFSARUDDIN, *Islamic Feminism(s): Promoting Gender Egalitarianism and Challenging Constitutional Constraints*, in S.H. WILLIAMS (a cura di), *Social Difference and Constitutionalism in Pan Asia*, Cambridge, 2014, e A. MASHOUR, *Islamic Law and Gender Equality: Could there be a Common ground? A Study of Divorce and Polygamy in Shari'a Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 27, n. 2/2005, pp. 562 ss., cit. in S.H. WILLIAMS, *Religion, Custom, and legal pluralism*, cit.

³²⁴ Cfr. M. NDULO, *African Customary Law, Customs and Women's Rights*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 87, n. 18/2011.

³²⁵ Su cui G. SEMAHAGN ABEBE, *The Relevance of African Culture in Building Modern Institutions and the Quest for Legal Pluralism*, in *St. Louis University Law Journal*, vol. 57, 2013, pp. 429 ss., cit. in S.H. WILLIAMS, *Religion, Custom, and legal pluralism*, cit.

sono tenute a modificarla abrogando «gli elementi distorsivi e lesivi», ampliando tale principio all'applicazione del diritto consuetudinario³²⁶.

Una delle questioni più comuni e insieme più controverse relative al rapporto tra il diritto consuetudinario e le altre fonti del diritto ha riguardato la sua codificazione, cioè l'elaborazione da parte del legislatore di codici che raccolgono le consuetudini affinché queste possano essere pienamente utilizzate dalle corti statali³²⁷, a cui si accompagna il problema dei processi di riforma del diritto consuetudinario, sul quale, come già accennato, risulta essenziale il ruolo delle Corti a partire da quella sudafricana. Interessante in particolare ricordare la pronuncia in *Shilubana v. Nwamitwa*, nella quale vengono elencate quattro «linee guida» per la riforma del diritto consuetudinario. Il caso riguardava un appello nei confronti del giudizio di una corte d'appello (confermativo del giudizio dell'*high court*) in cui una donna era stata nominata capotribù, posizione per la quale precedentemente era stata rifiutata in considerazione del suo genere. La Corte veniva chiamata a decidere se la comunità avesse l'autorità di restituire la posizione di *leadership* dalla quale era stata rimossa in ragione di una discriminazione di genere, sebbene tale discriminazione fosse avvenuta prima dell'entrata in vigore della Costituzione. Il giudice enuclea quattro fattori che dovrebbero essere tenuti in considerazione nel determinare il contenuto di una norma consuetudinaria: le tradizioni della comunità interessata; la possibile distorsione delle testimonianze che ne stanno a fondamento a seguito dell'esperienza coloniale; la necessità di consentire alle comunità di sviluppare, modificare, far evolvere le proprie norme consuetudinarie, e infine il fatto che il diritto consuetudinario, non diversamente dalle altre fonti del diritto, ha come principale obiettivo quello di regolare le vite delle persone. Dunque l'analisi delle norme di diritto consuetudinario, sempre collegata alle condizioni concrete del-

³²⁶ In *Shilubana v. Nwamitwa*, il giudice Van Der Westhuizen illustra l'analogia tra diritto consuetudinario e *common law*, accomunati in particolare dall'essere «*adaptive by its very nature*», e scrive «*by definition, then, while change annihilates custom as a source of law, change is intrinsic to and can be invigorating of customary law*», e si veda anche *Carmichele v. Minister of Safety & Sec.* 2001 (4) SA 938 (CC) 33. 143. *Bhe* 2004 (1) SA 580 (CC) 215 (Ngcobo, J., *concurring*, e qui proprio il giudice Ngcobo esprime la necessità che le Corti possano modificare il diritto consuetudinario incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali).

³²⁷ Cfr. D. PIMENTEL, *Legal Pluralism in Post-Colonial Africa: Linking Statutory and Customary Adjudication in Mozambique*, in *Yale Human Rights and Development Journal*, vol. 14, 2011, pp. 59 ss.

le persone, in continuo mutamento, non può essere operata nei termini del paradigma della *common law*, e richiede una particolare flessibilità, da bilanciare con il valore della certezza del diritto, nonché del rispetto e della protezione dei diritti costituzionali³²⁸.

È evidente che nei sistemi post-coloniali segnati dal diritto consuetudinario la dottrina ha prestato una particolare attenzione alla tutela dell'eguaglianza di genere soprattutto attraverso la lente del diritto umanitario, e dunque dell'utilizzo delle norme in materia di diritti umani che proteggono le donne contro un diritto consuetudinario discriminatorio, e riferimenti essenziali sono rappresentati dal *Women's Protocol to the African Charter of Human and People's Rights*³²⁹, ma anche, a livello interno, da clausole, come l'art. 31 della Costituzione del Sudafrica, che richiedono che il diritto consuetudinario sia coerente con i diritti protetti dalla Costituzione³³⁰.

I tre filoni, illustrati da Williams, tendono, come la studiosa mette in evidenza, a non dialogare tra di loro, mentre potrebbero e dovrebbero essere incorporati all'interno di un approccio coerente in grado di affrontare tutte le sfide che i sistemi giuridici pluralistici pongono all'e-

³²⁸ Cfr. *Shilubana and Others v Nwamitwa Case* CCT 3/07, 4 giugno 2008, *Constitutional Court of South Africa*, discussa in M. NDULO, *African Customary Law, Customs and Women's Rights*, cit.

³²⁹ Si veda in www.ohchr.org.

³³⁰ Cfr. L. GRENPELL, *Customising Equality in Post-Conflict Constitutions*, in K. RUBENSTEIN, K. G. YOUNG (a cura di), *The Public Law of Gender: From the Local to the Global*, Cambridge, 2016, cit. in S.H. WILLIAMS, *Religion, Custom, and legal pluralism*, cit. Molto intensa è la discussione sulla compatibilità del diritto consuetudinario africano con i diritti umani, e soprattutto in Sudafrica questo ha occupato ampiamente la Corti dal 1994 in poi. Mentre le corti generalmente hanno dedicato molta attenzione alla promozione dei diritti umani mostrando una crescente sensibilità nei confronti dei diritti dei gruppi vulnerabili, in particolare delle donne, dei bambini e delle bambine, d'altra parte hanno mostrato una limitata comprensione dei concetti del diritto consuetudinario e hanno fatto prevalentemente riferimento a un diritto consuetudinario ufficiale, spesso aberrante rispetto al diritto consuetudinario vivente. Detto questo, la dottrina ritiene piuttosto pacificamente che non possano che essere le corti, sebbene anche con alcuni cambi di rotta, a lavorare per l'integrazione tra diritto consuetudinario e diritti fondamentali, facendo propria, quale principale strumento per la risoluzione dei conflitti, un'applicazione del diritto consuetudinario vivente, insieme alla capacità di modificarlo quando in contrasto con i diritti umani e fondamentali. Cfr. W. LEHNERT, *The role of the Courts in the conflicts between African customary law and Human rights*, in *South African Journal of Human Rights*, vol. 21, 2005, spec. pp. 242 ss.

guaglianza di genere. Questo approccio integrato, secondo Williams³³¹, dovrebbe strutturarsi intorno ad alcuni elementi trasversali: dovrebbe comprendere in primo luogo se le persone che si identificano in un gruppo culturale improntato a valori e regole diverse da quelle dell'ordinamento sono la maggioranza, poiché se una maggioranza della popolazione vuole utilizzare sistemi giuridici alternativi discriminatori, o potenzialmente tali, allora è probabile che le istituzioni, sebbene in una democrazia apparentemente funzionante, non siano effettivamente interessate a proteggere l'eguaglianza di genere contro quei sistemi. Questo distingue chiaramente sistemi multiculturali o interculturali, i quali includono minoranze che desiderano utilizzare sistemi alternativi, da stati islamici e sistemi caratterizzati dal diritto consuetudinario che coinvolgono evidentemente delle maggioranze, in termini sia statistici sia di potere.

Non è poi indifferente se la popolazione che vuole utilizzare i sistemi alternativi sia un gruppo singolo e unitario o si tratti di gruppi differenti. Nel contesto multiculturale ci può essere un gruppo sul quale si concentra l'attenzione pubblica, come avviene, è stato sottolineato, per l'utilizzo della *Shari'a* nel Regno Unito, ma spesso ci sono molteplici gruppi che fanno richiesta di riconoscimento dei loro sistemi culturali e normativi. Si pensi al Canada dove convivono ebrei ortodossi e sikhs, ma anche musulmani, e talvolta gruppi indigeni, che allargano ulteriormente lo spettro delle situazioni da prendere in considerazione. Nei contesti segnati dal diritto consuetudinario, ci sono generalmente molti gruppi differenti (varie tribù negli stati africani, con le loro tradizioni distinte), mentre negli stati islamici, il problema centrale riguarda il ruolo del diritto islamico, dato che il riconoscimento di altre appartenenze culturali e dei relativi paradigmi normativi è considerato subordinato o ancillare rispetto allo *status* del diritto islamico.

Un sistema caratterizzato dal pluralismo giuridico sembra quindi articolarsi³³² nel rapporto tra *incorporation* e *accomodation*, dove l'incorporazione è presente soprattutto nei sistemi in cui la maggioranza della popolazione intende utilizzare il sistema giuridico alternativo, ed è più probabile dove chi aspira al riconoscimento appartiene ad un

³³¹ Oltre al capitolo nel volume curato da Helen Irving, si veda anche S. WILLIAMS, *Democratic Theory, Feminist Theory, and Constitutionalism. The Challenge of Multiculturalism*, cit.

³³² Cfr. S. H. WILLIAMS, *Religion, Custom, and legal pluralism*, cit., spec. p. 420.

gruppo culturale unitario, mentre in alcuni contesti sarebbe proprio impossibile ipotizzare un'incorporazione, come nel caso dei Paesi a maggioranza musulmana; nei sistemi con il diritto consuetudinario invece si conoscono sia forme di incorporazione sia di accomodamento.

In questa cornice, la scelta di dedicare uno spazio autonomo all'India deriva dall'interesse verso un sistema nel quale la tradizione di *common law*, che si è attraversata affrontando l'esperienza britannica, lascia tracce significative nell'ibridazione con il diritto tradizionale; un sistema che mostra un modello pluralistico in cui alcune aree dello statuto personale sono delegate a ordinamenti giuridici alternativi con vari gradi di separazione da quello statale (come accade, in parte, anche in Israele), una maggioranza di persone utilizzano, con riferimento ad alcune materie (particolarmente sensibili per ciò che concerne l'eguaglianza di genere) i sistemi alternativi, e, mentre c'è un singolo gruppo dominante, esistono molteplici sistemi distinti che si rivolgono a comunità differenti (ciò che non accade nei sistemi di diritto islamico).

Ancor più peculiare e, forse, unico, è un altro aspetto che caratterizza l'India, e che è stato anche recentemente ricordato: mentre identità culturali e religiose non necessariamente coincidono, infatti «il fattore religioso [...] taglia trasversalmente culture diverse. Lo stesso credo religioso – seppure con interpretazioni e letture diversificate – può essere rinvenuto in differenti gruppi sociali», è più difficile che «religioni diverse possano concorrere a determinare una medesima identità culturale», cosa che accade proprio in India³³³.

Tale riflessione condurrebbe ad aprire un ulteriore “capitolo” di questa trattazione, relativo al rapporto tra religione e identità culturale, ed in particolare al possibile diverso trattamento delle due appartenenze in termini di riconoscimento e garanzia delle pretese di libertà che ne conseguono, anche nel bilanciamento con diritti costituzionali eventualmente in conflitto (è il caso qui in discussione del diritto alla parità di trattamento tra uomini e donne). I problemi, già enunciati, che derivano da cattive letture della nozione di cultura, o da forme di cristallizzazione e mistificazione delle singole culture, riguarderebbe-

³³³ Cfr. A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, cit., spec. p. 53. Sull'ordinamento indiano e l'approccio multiculturalista in quel contesto, in generale cfr. D. AMIRANTE, *Lo Stato multiculturalista. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bologna, 2014.

ro meno le religioni, ma non ne sarebbero alieni, neppure nel caso di religioni rivelate.

Senza potersi soffermare su questo punto in particolare, e continuando ad utilizzare la categoria culturale come comprensiva di pratiche e condotte che possono avere anche un fondamento religioso, la scelta del caso indiano è ulteriormente significativa per la particolare relazione che si instaura tra secolarismo e religiosità, attraverso la previsione di forme di «istituzionalizzazione selettiva della religione in determinate aree della legge»³³⁴. Come illustra Hirshl³³⁵, l'India, insieme ad altri ordinamenti tra cui in particolare quello israeliano, conosce un diritto che nella sua configurazione generale ha una genesi secolare, ma l'ordinamento riconosce, in base alla tutela costituzionale della libertà religiosa, sfere di autonomia giurisdizionale alle comunità religiose in alcuni settori individuati, tra cui spicca in particolare quello dei diritti della personalità e delle relazioni familiari, luoghi per eccellenza nei quali si esercita il dominio maschile.

4.2. *Diritti delle donne e multiculturalismo: il caso indiano*

L'universalità dell'esistenza di "principi fondamentali dell'organizzazione sociale" che nella tradizione giuridica occidentale si declina nel diritto, nelle sue diverse forme, trova nel sistema indiano traduzione nel concetto Hindu di *dharma*: mentre il diritto ha come obiettivo l'"istituzionalizzazione dei diritti e delle responsabilità", il *dharma* riguarda soprattutto il disvelamento dei propri doveri. Tale premessa è essenziale per ricordare che il diritto consuetudinario *hindu* si costruisce attraverso tre elementi in particolare³³⁶: le regole di condotta rintracciabili nei *Veda*, nei *Dharmasutra* e nei *Dharmasastra*, ed elaborate in diversi commentari; le consuetudini e le convenzioni Hindu accettate all'interno dei diversi territori, e, infine, la *personal law*, vale a dire il diritto fondato sullo statuto personale Hindu al quale le Corti hanno attribuito normatività, sia durante il periodo della colonizzazione britannica, sia in fase post-coloniale.

In questo quadro, qui estremamente semplificato, si inserisce la

³³⁴ Cfr. A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, cit., spec. p. 62.

³³⁵ Cfr. R. HIRSHL, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, 2010.

³³⁶ Cfr. P. VED NANDA, S. PRAKASH SINHA (a cura di), *Hindu Law and Legal Theory*, New York, 1997.

Costituzione, com'è noto approvata nel 1949³³⁷, nella quale, con riferimento alle questioni oggetto di questo lavoro, all'interno della Parte III dedicata ai diritti fondamentali è vietata la discriminazione sulla base del sesso, in particolare all'art. 15, il quale prevede che lo Stato non debba discriminare i cittadini sulla base dell'appartenenza religiosa, della razza, della casta, del sesso o del luogo di nascita, e nella sez. 3 aggiunge che il principio suddetto (dunque quello di eguaglianza formale) non impedisce allo Stato di adottare speciali previsioni per le donne e i bambini³³⁸.

Certamente un passaggio importante per l'affermazione dei diritti delle donne in India è rappresentato dalla ratifica della CEDAW (*supra*, nt. 83), benché l'India abbia posto un'importante riserva in sede di ratifica, in particolare sull'art. 29, par. 1 della Convenzione, che attribuisce alla Corte internazionale di giustizia la competenza nella risoluzione delle controversie se entro sei mesi dalla data della richiesta di arbitrato le parti non riescono a raggiungere un accordo sulla sua organizzazione, e abbia operato due dichiarazioni. Una in riferimento agli artt. 5 (a) e 16, par. 1, con la quale si riafferma la politica di non-interferenza nelle questioni interne di ciascuna comunità senza che vi sia l'iniziativa e il consenso della comunità medesima³³⁹; un'altra con riguardo

³³⁷ Per un'introduzione alla Costituzione indiana cfr. M. KHOSLA, *The Indian Constitution*, Oxford, 2012, e, in Italia, D. AMIRANTE, *India*, Bologna, 2007.

³³⁸ Da notare fin d'ora che l'approccio paternalistico rinvenibile in questa previsione è stato di recente espressamente superato dalla Corte Suprema nel caso *Joseph Shine vs Union Of India*, 27 settembre 2018, nel quale le *special provisions* a favore delle donne non sono state più ritenute giustificate in una logica protettiva e patriarcale ma nei termini "occidentali" delle *affirmative actions*.

³³⁹ Il primo prevede che «Gli Stati Parti prendono ogni misura appropriata per: a) modificare i modelli socio-culturali di comportamento degli uomini e delle donne, al fine di conseguire l'eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di ogni altro genere che sono basate sull'idea dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o su ruoli stereotipati per gli uomini e per le donne», il secondo che «Gli Stati Parti prendono ogni misura appropriata per eliminare la discriminazione contro le donne in tutte le questioni relative al matrimonio e ai rapporti familiari e in particolare assicurano, sulla base della parità dell'uomo e della donna: a) lo stesso diritto di contrarre matrimonio; b) lo stesso diritto di scegliere liberamente il coniuge e di contrarre matrimonio soltanto con il proprio libero e pieno consenso; c) gli stessi diritti e responsabilità durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento; d) gli stessi diritti e responsabilità come genitori, indipendentemente dal loro stato civile, nelle questioni che si riferiscono ai loro figli; in tutti i casi l'interesse dei figli costituisce la considerazione preminente; e) gli stessi diritti di decidere liberamente e responsabilmente il numero e la cadenza dei figli e di accedere alle informazioni, all'istruzione e ai

all'art. 16 par. 2 nel quale viene affermato che il governo della Repubblica indiana, pur dando pieno sostegno al principio della registrazione obbligatoria dei matrimoni (prevista appunto da quella sezione, nella quale si stabilisce che «I fidanzamenti ed i matrimoni di bambini sono privi di effetto giuridico e sono presi tutti i provvedimenti necessari, comprese disposizioni legislative, per specificare un'età minima per il matrimonio e per rendere obbligatoria la registrazione dei matrimoni in un registro ufficiale»), non ritiene che di potersi impegnare a garantirne l'implementazione in un territorio vasto come quello dell'India e caratterizzato da una pluralità di consuetudini, tradizioni, credi religiosi e livelli di alfabetizzazione³⁴⁰.

Ratifica e dichiarazioni sono significative delle profonde tensioni che si intrecciano nel rapporto tra multiculturalismo e diritti delle donne, e si accompagnano alla riluttanza delle corti nell'applicazione alle *personal laws* del principio di eguaglianza tra i sessi³⁴¹. A vari livelli, gli statuti personali di tutte le comunità religiose presenti in India inclu-

mezzi che consentano loro di esercitare tali diritti; f) gli stessi diritti e responsabilità in materia di tutela, curatela, affidamento ed adozione di minori, o altri istituti analoghi quando questi esistono nella legislazione nazionale; in tutti i casi l'interesse dei minori costituisce la considerazione preminente; g) gli stessi diritti personali al marito ed alla moglie, compreso il diritto alla scelta del cognome, di una professione e di un impiego; h) gli stessi diritti a entrambi i coniugi in materia di proprietà, di acquisizione, gestione, amministrazione, godimento e disponibilità di beni, tanto a titolo gratuito quanto oneroso.».

³⁴⁰ *documents-dds-ny.un.org*. Sullo stato della democrazia indiana, sospesa tra un costituzionalismo post-coloniale egualitario e progressivo, e un assetto transculturale particolarmente complesso, cfr. C. BARTOLI, *La democrazia indiana: una creazione transculturale*, in *Ragion pratica*, n. 1/2008, pp. 99 ss.

³⁴¹ È noto che l'ordinamento giuridico indiano, mentre è dotato di un diritto penale uniforme, mantiene, nell'ambito del diritto civile, le *personal laws*, vale a dire norme specifiche che si applicano a singole comunità, sulla scorta di una scelta coloniale di non interferenza da parte dei britannici su tradizioni, pratiche, costumi legati alla cultura e all'appartenenza religiosa dei gruppi presenti sul territorio. Alcuni di questi statuti personali sono stati oggetto, nel corso del tempo, di interventi emendativi, in particolare l'*Hindu Code Bill* è intervenuto sul diritto applicabile alla comunità *hindu*, mentre il diritto personale musulmano non è mai stato oggetto di interventi riformatori. Non è questa la sede per soffermarsi sugli statuti personali delle comunità minori, ebrei, parsi e cristiani, che nel tempo non hanno posto i rilevanti problemi che qui si stanno affrontando, e si rinvia comunque a C. CORRENDO, F. FRANCAVILLA, *Legislazione e diritti personali in India*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2/2017, e a F. AGNES, *Law and Gender Inequality*, in EAD. (a cura di), *Women & Law in India*, New Delhi, 2004.

dono violazioni dell'eguaglianza di genere e spesso le Corti ne hanno consentito l'applicazione, ampliando all'estremo il margine interpretativo al fine di garantire risultati che salvaguardassero per lo meno in apparenza l'eguaglianza di genere³⁴².

D'altra parte, anche quando sembra esservi qualche risultato giurisprudenziale positivo per i diritti delle donne, in realtà non si fonda sul principio dell'eguaglianza tra i generi, perché le Corti preferiscono delineare schemi interpretativi degli statuti personali all'interno dei precetti religiosi e sembrano attribuire maggiore importanza all'autonomia delle comunità religiose nel determinare le regole della vita personale e familiare piuttosto che all'affermazione dell'eguaglianza di genere per come sancita ed elaborata a livello costituzionale e inter-

³⁴² Cfr. C. A. MACKINNON, *Sex equality under the Constitution of India: Problems, prospects, and "personal laws"*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 2/2006, pp. 181 ss. Interessante il caso, nell'ambito del lavoro, in cui la corte di ultima istanza ritiene illegittima una disposizione che richiedeva soltanto per le donne, ma non per gli uomini, in servizio presso l'*Indian Foreign Service*, il rilascio da parte del governo di un permesso per contrarre matrimonio. In questo caso il giudice Iyer, di fronte ad un'evidente discriminazione (diretta) di genere si chiedeva se gli articoli 14 e 16 della Costituzione appartenessero al mito o alla realtà, cfr. *C.B. Muthamma v. Union of India*, A.I.R. 1979 S.C. 1868, 1869. Più recente il caso *Anuj Garg & Ors vs Hotel Association Of India & Ors*, 6 dicembre 2007, discusso di fronte alla Corte Suprema, in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto relativo all'impiego di donne come bariste, facendo proprio un approccio di contrasto agli stereotipi di genere, rinvenendo l'incostituzionalità nella stereotipata cristallizzazione di ruoli di genere, sulla scorta degli strumenti da tempo utilizzati sia nel diritto antidiscriminatorio americano, sia in quello europeo. È significativo notare come l'atteggiamento delle Corti muti quando si tratta di intervenire sulla legislazione in materia di famiglia, anche di fronte ad evidenti discriminazioni normative. Basti pensare alla mancata volontà di intervenire sulle previsioni dell'*Hindu Succession Act* in materia di successioni ereditarie, si veda *Narashimaha Murthy v. Susheelabai (Smt)*, (1996) 3 S.C.C. 644. Sui diritti ereditari sicuramente da leggere B. AGARWAL, *A Field of One's Own: Gender and Land Rights in South Asia* (Cambridge South Asian Studies), Cambridge, 1995. Inoltre i diritti personali delle comunità musulmane richiedono che la donna sia monogama, mentre un uomo può contrarre matrimonio con più donne, fino a cinque. Ancora, consentono ai mariti ma non alle mogli il divorzio unilaterale senza colpa, istituzionalizzano gli accordi di dote in termini di vera e propria mercificazione della donna al momento del matrimonio, e non permettono alle madri di essere tutrici dei loro figli minori, cfr. A. SINGH, *Women in Muslim Personal Law*, Rawat Publishing, 1992, R.M. BAXAMUSA, *The Legal Status of Muslim Women: An Appraisal of Muslim Personal Law in India*, in M. KOSAMBI (a cura di), Mumbai, Research Center for Women's Studies, 1998, cit. in C. A. MACKINNON, *Sex equality under the Constitution of India: Problems, prospects, and "personal laws"*, cit.

nazionale, e garantita dalle corti indiane stesse in settori diversi, come quello del lavoro³⁴³.

In numerose pronunce si percepisce chiaramente la preoccupazione del giudiziario di generare entropia e destabilizzare il sistema giuridico³⁴⁴, anche perché l'eguaglianza tra i generi è interpretata come il portato di una tradizione culturale e giuridica occidentale e, dunque coloniale, per ciò stesso lesiva, almeno potenzialmente, della diversità culturale e dell'imperativo di valorizzazione della stessa. Interpretazione peraltro discutibile, come è stato sottolineato³⁴⁵, perché non tiene conto non soltanto dell'ampiezza e dell'universalità dei movimenti di donne e delle loro rivendicazioni, che sarebbe distorsivo e fuorviante ricondurre esclusivamente ad una coscienza femminista di matrice occidentale, ma anche di dati normativi rilevanti, come il fatto, per esemplificare, che se è vero che l'India ha posto riserve e specificazioni rispetto alla CEDAW, gli Stati Uniti non l'hanno proprio ratificata.

Il cuore del problema, nel sistema indiano, è lo statuto personale come forma di incorporazione che in molti casi funge da strumento di legittimazione giuridica delle perduranti forme (culturalmente o religiosamente fondate) di oppressione maschile sulle donne in tutti i settori che concernono le relazioni familiari.

La dimensione "privata" della famiglia, la resistenza delle istituzioni, e tra queste anche delle corti, ad entrare nella sfera dei rapporti personali, di un "personale" del quale non a caso le rivendicazioni femministe hanno da tempo sottolineato l'intrinseca politicità, hanno, soprattutto nelle prime fasi di sviluppo del sistema costituzionale, agito come limite all'eguaglianza³⁴⁶. Di questo è consapevole anche la Corte

³⁴³ *Ibidem*, pp. 193 ss.

³⁴⁴ Cfr. *Madhu Kishwar v. State of Bihar*, (1996) 5 S.C.C. 125, 127

³⁴⁵ Cfr. C.A. MACKINNON, *Sex equality under the Constitution of India: Problems, prospects, and "personal laws"*, cit.

³⁴⁶ Basti pensare a quando per la prima volta sono giunte di fronte ad una Corte le molestie sessuali come forma di discriminazione fondata sul sesso, ma la Corte ha relegato la questione nel recinto del *personal*, della *personal relationship*, che nulla avrebbe a che vedere con la discriminazione sessuale. Un cambiamento si è poi registrato con *Vishaka & Ors vs State Of Rajasthan & Ors*, del 13 agosto 1997, con la quale la Corte Suprema ha sostenuto che la molestia sessuale sul luogo di lavoro costituisce una violazione del principio di eguaglianza e di non discriminazione, e ha enucleato una sorta di linee guida applicative a utilizzate fino a che, con sedici anni di ritardo, è stata introdotta una legislazione in materia.

Suprema indiana quando riconosce³⁴⁷ che gli statuti personali che conferiscono alle donne una condizione di inferiorità rappresentano “un anatema” per l’eguaglianza.

Il problema è come uscire da un *empasse* determinato dal fatto che la stessa Corte Suprema negli anni ha generato una sorta di buco nero, uno spazio nel quale esiste la discriminazione di genere ma le leggi che la determinano risultano immuni dallo scrutinio di costituzionalità, a maggior ragione se rientrano in quel *personal law* nei confronti del quale il giudizio di costituzionalità sembra escluso³⁴⁸, e su questo il dibattito, com’è noto, è stato ed è molto ampio³⁴⁹. Alla fine di questo paragrafo si vedrà come secondo alcuni la Corte Suprema abbia segnato negli ultimi tre-quattro anni una svolta in termini di interpretazione costituzionale, le cui conseguenze sono comunque ancora da verificare. Il dibattito, per decenni, si è però concentrato soprattutto sull’esigenza di attuazione dell’art. 44 della Costituzione, dell’aspirazione ad una codificazione dei rapporti civili improntata all’eguaglianza tra i sessi, in modo conforme al rispetto del pluralismo giuridico carat-

³⁴⁷ Ci si riferisce in particolare al caso *C. Masilamani Mudaliar & Ors vs The Idol Of Sri*, 30 gennaio, 1996, 1996 AIR 1697, JT 1996 (3) 98.

³⁴⁸ Si rinvia a S. ATREY, G. BHATIA, *India*, in W. CHANG, K. LOPER, M. MALAGODI, R. RUBIO-MARIN (a cura di), *Gender, Sexuality and Constitutionalism in Asia*, forthcoming, 2022 (si esprime un sentito ringraziamento agli autori per aver condiviso in anteprima il lavoro qui citato, che sarà disponibile nei prossimi mesi). Esempio significativo il caso della sentenza sulla costituzionalità di una legge locale che espressamente e direttamente discriminava le figlie femmine nella successione ereditaria, nella quale la Corte, ancora una volta riluttante a posizionarsi, ritiene che la battaglia per l’eguaglianza di genere debba essere intrapresa da un’altra parte, cfr. *Ambika Prasad Mishra v State of UP*, AIR 1980 SC. Ricordano D. SHARMA, T. BEHL, *Article 13: A Bête Noir in the Indian Constitution?*, in JURIST – Student Commentary, April 30, 2020 (edited by Gabrielle Wast | U. Pittsburgh School of Law), la decisione della High Court di Bombay in *Narasu Appa Mali* (si tratta dello storico caso *The State Of Bombay vs Narasu Appa Mali*, 24 luglio 1951) come un punto nodale fondamentale nella storia costituzionale, nel quale la Corte aveva interpretato l’espressione “*law*” dell’art. 13, sez. 3 della Costituzione, e il richiamo alla “*law in force*” di cui alla sez. 1, al fine di escludere la *personal law* dal *judicial review*. D’altra parte sulla base dell’art. 13 tutte le leggi incompatibili con i diritti fondamentali previsti in Costituzione sono invalide, dunque, se le *personal laws* possono essere applicate a prescindere da qualsiasi *judicial scrutiny* non ci saranno soltanto diseguaglianze di genere tra uomini e donne all’interno delle singole comunità, ma anche diseguaglianza tra uomini e donne appartenenti a diverse comunità religiose.

³⁴⁹ Sul dibattito, cfr. F. AGNES, *Law and Gender Inequality*, in EAD. (a cura di), *Women & Law in India*, cit.

terizzante il sistema costituzionale stesso, ma con la possibilità per le donne discriminate sulla base di previsioni particolari non conformi (e dunque per tramite di una lettura sostanzialistica dell'art. 15 della Costituzione) di avvalersi dei rimedi civilistici corrispondenti al diritto religioso applicabile.

Infatti la contemporanea presenza di più sistemi giuridici e la loro applicazione all'interno della cornice costituzionale ha determinato, nel tempo, una tendenza all'uniformazione, realizzata attraverso la giurisprudenza, sollecitando la riflessione sull'opportunità di una codificazione uniforme, ancora attesa nonostante i passi compiuti negli ultimi anni, forse anche per la preoccupazione esistente che l'uniformazione del diritto di famiglia rischi di porre la popolazione *hindu* in una posizione di vantaggio rispetto alle altre comunità³⁵⁰. Riferimenti ad una codificazione uniforme sono contenuti anche nella nota sentenza *Shayara Bano*³⁵¹, sulla quale si tornerà in seguito, con la quale è stata stabilita l'invalidità nel sistema indiano del triplo *talaq* islamico in quanto incompatibile con il principio di eguaglianza di cui all'art. 14 della Costituzione. I giudici in questo caso hanno sottolineato come questioni simili potrebbero trovare soluzione qualora esistesse un codice civile unitario approvato dal Parlamento.

Non è poi scontato che la soluzione codicistica sia la migliore, o la più utile per lo meno ai fini che qui interessano, vale a dire quello di garantire l'eguaglianza di genere e i diritti delle donne in un contesto multiculturale: vi è infatti chi autorevolmente ritiene³⁵², che il sistema vigente della *personal law* applicata dalle corti, che progressivamente operano al fine di collocarla nel quadro costituzionale, meglio traduca la complessità del pluralismo indiano, e risulti quindi più coerente con l'ordinamento.

Una proposta, che proviene da MacKinnon³⁵³, è quella di offrire un'applicazione a geometria variabile dello statuto personale, fondata sull'autodeterminazione della donna e dunque sull'individuazione del

³⁵⁰ Cfr. C. CORRENDO, F. FRANCAVILLA, *Legislazione e diritti personali in India*, cit.

³⁵¹ *Shayara Bano v. Union of India and Ors.*, Supreme Court of India, 22 agosto 2017.

³⁵² Cfr. W.R. MENSKI, *Hindu law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford India Paperbacks, 2008.

³⁵³ Cfr. C.A. MACKINNON, *Sex equality under the Constitution of India: Problems, prospects, and "personal laws"*, cit.

regime giuridico da applicare a seconda dell'opzione. L'interesse verso questa proposta, che si incentra sul protagonismo femminile, incarnando per certi aspetti quel concetto di *agency* che si è analizzato nel par. 2.3, sconta tutte le difficoltà e i problemi che l'*agency* porta con sé, amplificati dal contesto non soltanto pluralistico (*supra*, 3.2), ma post-coloniale.

Un contesto segnato da un intreccio di pratiche, tradizioni, consuetudini, incompatibili con l'impianto costituzionale, ma resistenti in una costituzione materiale che tende a disconoscere i diritti costituzionalmente sanciti, determinando un "*perceptible gap between law and practice*"³⁵⁴. Gli esempi potrebbero essere molti, sicuramente quello della dote, significativo perché mostra l'ambivalenza degli istituti culturali, e la necessità di calare gli strumenti di tutela dei diritti delle donne nelle esperienze concrete. Le stesse attiviste hanno sperimentato, con riferimento alla dote, la perdurante "disponibilità" delle donne a sposarsi con dote, e non necessariamente per accettazione passiva di una condizione di inferiorizzazione e mercificazione, ma perché in molti casi essa rappresentava l'unica possibilità per ottenere da parte della famiglia di provenienza beni economici dei quali, in assenza dello strumento, sarebbero state completamente espropriate³⁵⁵. Anche in questo caso dunque le scelte della donna si costruiscono attraverso negoziazioni implicite, preferenze adattive che continuamente si ridefiniscono in un orizzonte, comunque limitato, di possibilità.

Un altro esempio, drammatico, è quello della violenza sessuale endomatrimoniale, che mostra la distanza abissale tra *law in the books* e *law in action*, forse più di ogni altro fenomeno rintracciabile nel sistema in esame. Ma l'esempio è significativo anche di un altro aspetto,

³⁵⁴ Cfr. I. SRIDHARAN, *Practising human rights – A feminist perspective* in AA.Vv., *Human Rights in India: historical, social and political perspectives*, a cura di C.J. Nirmal, Nuova Delhi, 2000, spec. pp.106-107, letta e richiamata in C. CORRENDO, *Dote e violenza domestica in India: un'analisi socio-giuridica*, in *Quaderni di donne e ricerca*, 36/2014, CIRSDi, Università di Torino.

³⁵⁵ Cfr. J. LESLIE, *Dowry, 'dowry deaths' and violence against women: a journey of discovery*, in AA.Vv., *South Asians and the Dowry Problem*, a cura di W.R. Menski, Londra, 1998, spec. pp. 21 ss. Peraltro ricorda C. CORRENDO, *Dote e violenza domestica in India: un'analisi socio-giuridica*, cit., come accanto alla questione della dote si ponga quella della violenza "da dote", affrontata per la prima volta soltanto con il *Dowry Prohibition Act* nel 1961, molti anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, legge che sarà nel tempo più volte modificata nel tentativo di intervenire su questo tipo specifico di violenza, ma senza grandi risultati.

determinante per la comprensione del sistema giuridico indiano: l'intreccio tra tradizioni giuridiche diverse talvolta ha rappresentato, e in parte ancora rappresenta, un cortocircuito nella tutela dei diritti delle donne. Occorre infatti ricordare che il fondamento della distinzione tra violenza sessuale endomatrimoniale e altre forme di violenza sessuale è riconducibile alla tradizione giuridica di *common law*³⁵⁶, e già giuristi inglesi come Hale e Blackstone ritenevano motivata l'esenzione di questa "particolare" fattispecie dalla criminalizzazione dello stupro, in base all'applicazione combinata della dottrina della *coverture* e del consenso implicito³⁵⁷. Anche una volta superato il velo apparentemente protettivo, ed in realtà opprimente, della *coverture*, la teoria del consenso implicito, che si radica sull'idea del matrimonio come contratto sociale attraverso il quale la donna volontariamente rinuncia alla sua autonomia per ottenere protezione, trova ampio spazio nella *common law*, dove la subordinazione della donna all'uomo viene considerata una vera e propria condizione del contratto matrimoniale, e i diritti dell'uomo sul corpo della donna una sua diretta conseguenza³⁵⁸. Dunque nelle discriminazioni di genere e nei processi di oppressione delle donne si fondono tradizioni giuridiche diverse, ciò che dovrebbe metterci in guardia da approcci eurocentrici alle pratiche delle minoranze culturali e religiose, oltre che ricordarci come le stesse *personal laws* non sono altro che il frutto della tradizione coloniale. L'India da questo punto di vista sembra scossa da numerose contraddizioni. Le *personal laws* sono state spesso utilizzate come "giustificazione" per non intraprendere una riforma che riconoscesse la violenza sessuale endomatrimoniale come un crimine, d'altro canto, come si sottolineerà anche nella parte conclusiva del par., negli ultimi anni la Corte Supre-

³⁵⁶ Cfr. A. TARAFDER, A. GHOSH, *The Unconstitutionality of the Marital Rape Exemption in India*, in *University of Oxford Human Rights Hub Journal*, vol. 3, n. 2/2020.

³⁵⁷ Cfr. R. RYAN, *The Sex Right: A Legal History of the Marital Rape Exemption*, in *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n. 4/1995, spec. pp. 941 ss. La *coverture* è un istituto della *common law* con il quale si stabiliva che a seguito del matrimonio i diritti delle donne e le obbligazioni di cui erano titolari venissero sussunte in quelle del marito, sulla scorta del particolare e inferiore *status* della donna: l'istituto è stato presente per diversi secoli nelle giurisdizioni di *common law*, attraversando gran parte del XIX secolo, e contribuendo alla costruzione di un modello femminile incarnato nella donna dipendente dall'uomo, e sottoposta al suo dominio.

³⁵⁸ Cfr. C.A. MACKINNON, *Rape Redefined*, in *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, 2016, pp. 431 ss.

ma sembra aver segnato, attraverso una sorta di *gender-based privacy turn* (espressione con cui si vorrebbe intendere una svolta nella tutela dei diritti di genere derivante soprattutto dal riconoscimento costituzionale del diritto alla *privacy*), un recupero nell'attenzione verso l'eguaglianza di genere. Se è con *Puttaswamy*³⁵⁹ che la Corte, attraverso l'affermazione del diritto alla *privacy* come diritto costituzionale riconosciuto dagli articoli 14, 19 e 21 della Costituzione, apre scenari improntati all'eguaglianza, alla non discriminazione, all'autonomia e alla dignità, è certamente la pronuncia del settembre 2018³⁶⁰, in materia di depenalizzazione dell'adulterio, che ha rappresentato una *milestone*, intervenendo su un reato profondamente sessista (soltanto l'uomo poteva denunciare il tradimento) previsto come tale dal codice penale da ben 158 anni e, va ricordato, risalente al periodo della colonizzazione britannica, nonché la decisione che ha stabilito³⁶¹ la piena tutela dei diritti di culto per le donne, in condizioni di parità con gli uomini, eliminando un divieto risalente nel tempo in base al quale alle donne in età fertile era proibito recarsi al tempio. Non ci si sofferma sulle ulteriori decisioni in materia di orientamento sessuale e identità di genere, che non sono oggetto della trattazione³⁶².

Ebbene, in questa cornice, proprio il tema della *marital rape exception* arriva nel 2019 di fronte alla *Dehli High Court*, e la Corte, nel luglio di quell'anno, ritiene che non possa esserle chiesto di emanare linee guida che si sostituiscano alla competenza del legislatore su una materia di questo tipo. E così la Corte rigetta il ricorso che mirava a far riconoscere la violenza sessuale endomatrimoniale come una causa di divorzio, e a riconnetterle pene adeguate. Nonostante tutto, molte delle comunità minoritarie continuano a prevedere nei loro statuti personali non solo l'eccezione alla criminalizzazione dello stupro quan-

³⁵⁹ *Justice K. S. Puttaswamy (Retd.) and Anr. vs Union Of India And Ors*, 2017.

³⁶⁰ *Joseph Shine vs Union of India*, 27 settembre, 2018.

³⁶¹ *Indian Young Lawyers' Association v. State of Kerala* WP (C) 373/2006, del 28 settembre 2018.

³⁶² Particolarmente interessante il caso *Navtej Singh Johar v. Union of India*, anche questo deciso nel settembre 2018, con il quale la Corte Suprema ha definitivamente depenalizzato i rapporti omosessuali, seguendo, in maniera piuttosto evidente, una tendenza rintracciabile a livello transnazionale nelle giurisdizioni verso la progressiva affermazione dei diritti riferiti all'orientamento sessuale e all'autodeterminazione dell'identità di genere, cfr. G. SPANÒ, *Not an aberration but a variation of sexuality. Considerazioni sull'apporto del diritto costituzionale (comparato e) "trasformativo" nel caso Navtej Singh Johar v. Union of India*, in *DPCE online*, v. 41, n. 4/2020.

do questo avvenga all'interno del rapporto matrimoniale, ma anche ad escluderlo come causa di divorzio³⁶³.

Per comprendere a fondo le ragioni di questo patriarcato pervasivo occorre operare una premessa storica, e ricordare che se è vero che i musulmani rappresentano la minoranza nazionale più numerosa e importante, è altrettanto vero che «la “minoranza” dei musulmani indiani ha profondi legami storici con la potente minoranza che ha dominato l'India per qualche secolo. Dei musulmani indiani, la gran parte è costituita da Hindu convertiti all'Islam, magari da molte generazioni, mentre sono pochissimi coloro che possono vantare una discendenza diretta dai dominatori *moghul*. La “minoranza” musulmana dell'India, ha potuto godere di una condizione privilegiata, dovuta anche al solo fatto di condividere la stessa cultura dei dominatori. Questo contribuisce a far sì che la componente musulmana dell'India abbia una forte identità, «determinata anche dalle premesse storiche»³⁶⁴. La comunità musulmana, quindi, è in India parte integrante non soltanto dell'organizzazione istituzionale, politica, sociale, ma della elaborazione delle tradizioni e dei costumi all'interno di un'identità nazionale i cui aspetti caratterizzanti sono invece parte di una rivendicazione nazionalistica guidata dalla maggioranza *Hindu*.

Il matrimonio è l'istituto che più di tutti sembra rappresentare icasticamente queste relazioni, e mostrare le criticità connesse al considerare quella musulmana come una minoranza, i cui retaggi risultano pervasivi³⁶⁵: l'*irritrievable breakdown* come causa di divorzio, ad esempio, non è presente né nella legge hindu sul divorzio né nella legislazione indiana, e neppure è utilizzato dalle Corti; per altro verso la possibilità della poligamia, prevista nello statuto personale della popolazione musulmana, non è consentita alla popolazione hindu, benché nella tradizione hindu la pratica sia sempre esistita. Infine, anche nella drammatica questione relativa all'età minima per contrarre ma-

³⁶³ In particolare tale clausola è prevista all'interno delle seguenti *personal laws*: *Hindu Marriage Act*, 1955, *Muslim Personal Law (Shari'at) Application Act*, 1937, e *Special Marriage Act*, 1954

³⁶⁴ Cfr. M. CASOLARI, *Aspetti giuridici e multiculturalismo. Il problema dell'unificazione del diritto di famiglia in India*, in E. BASILE, M. TORRI (a cura di), *Il subcontinente indiano verso il terzo millennio. Tensioni politiche, trasformazioni sociali ed economiche, mutamento culturale*, Milano, 2002, spec. pp. 364-365.

³⁶⁵ Critico sul punto è infatti W. F. MENSKI, *Modern Indian Family Law*, Curzon Press, Surrey, 2001, spec. p. 350.

trimonio emergono reciproche influenze e interrelazioni: se la pratica sembra diffondersi a partire dalla fase delle invasioni musulmane come strumento di consolidamento dell'identità *hindu* attraverso unioni precoci, in un contesto che tale pratica non conosceva, per altro essa non sembra estranea alla logica dell'organizzazione in caste, ma neppure alla limitazione delle relazioni sessuali extraconiugali che rappresenta un obiettivo primario anche per la religione islamica. Anche oggi, in vigenza del *Prohibition Marriage Act* (2006), nonostante le previsioni di annullabilità del matrimonio contratto da minori e, in alcuni casi, di nullità, il diritto *hindu* non ufficiale continua a consentirlo³⁶⁶.

È come se la "competizione" tra gruppi diventasse un gioco a somma negativa per i diritti delle donne. Le specificità post-coloniale del contesto influenza un quadro segnato da una forte conflittualità tra comunità *hindu* e comunità musulmana, derivante *in primis* dal «sostanziale mantenimento dello *status quo*» per il diritto islamico, regolato prima dell'indipendenza dal già citato *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1937* e dal *Dissolution of Muslim Marriages Act 1939*, a fronte di un attivismo codificatore da parte degli *hindu*, ed esacerbata negli anni Ottanta del secolo scorso dall'atteggiamento apertamente reattivo della comunità islamica nei confronti degli interventi della Corte Suprema volti ad affermare la prevalenza della legge territoriale sulla legge personale³⁶⁷. È il caso dell'adozione del *Muslim Women's (Protection of Rights on Divorce) Act 1986*, giunta all'indomani della sentenza c.d. *Shah Bano*³⁶⁸, e fortemente contestata dai movimenti femministi, sia di matrice laica sia religiosa, al fine di ribadire la posizione della comunità musulmana sui diritti delle donne all'interno e in relazione al matrimonio, poiché la Corte Suprema si era pronunciata

³⁶⁶ Cfr. D. FRANCAVILLA, *Matrimoni di bambini e riforme del diritto di famiglia in India*, CDCT working paper 14-2012/ *Comparative and Transnational Law* 6, disponibile su www.cdct.it.

³⁶⁷ Cfr. C. CORRENDO, Corte suprema dell'India. Sentenza 22 agosto 2017, Shayara Bano vs. Union of India and Ors, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, in *DPCE online*, n. 4/2017, pp. 1007 ss. Più ampiamente, su questi conflitti, F. AHMED, *Religious Freedom Under the Personal Law System*, New Delhi, 2016 e G. SOLANKI, *Adjudication in Religious Family Laws*, Cambridge, 2011.

³⁶⁸ Cfr. *Ahmed Khan v. Shah Bano Begum* (1985) 3 SCR 844. Si vedano le considerazioni di C. CORRENDO, *Corte suprema dell'India. Sentenza 22 agosto 2017, Shayara Bano vs. Union of India and Ors, La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, cit.

sul riconoscimento ad una donna musulmana, a seguito di *talaq* definitivo, ovvero la forma più frequente di divorzio nel diritto islamico che si realizza attraverso un atto di triplice ripudio unilaterale, del diritto al mantenimento in base all'art. 125 del codice di procedura penale, ritenendo che non sussistessero ragioni per non applicare la norma anche alle donne musulmane. In realtà la Corte non aveva pronunciato alcunché di rivoluzionario, dato che l'applicazione della norma codicistica veniva limitata sulla scorta delle particolari condizioni di indigenza della donna, in assenza delle quali restava ferma la condizione prevista dal diritto islamico per cui il mantenimento della donna divorziata termina entro tre mesi dal divorzio (*iddat*), ma nonostante questo le tensioni tra le comunità arrivano al punto di provocare l'introduzione di una legge, quella da poco citata, che di fatto neutralizza la decisione assunta dalla Corte Suprema e amplia ulteriormente il raggio di applicazione della *personal law* musulmana³⁶⁹. Come si accennava, tale legge diviene subito oggetto di aspre critiche fino a che la stessa Corte Suprema si trova a doversi pronunciare sulla sua costituzionalità nel caso c.d. *Latifi*³⁷⁰. La decisione è di particolare interesse ai fini di questa trattazione perché tra i punti controversi che prende in esame c'è quello relativo all'eventuale violazione del principio di eguaglianza da parte del provvedimento che introduce un trattamento differenziato tra donne musulmane e donne non musulmane con riferimento all'applicazione del citato art. 125 del codice di procedura penale, elemento che sembrerebbe però poter riguardare almeno potenzialmente tutte le *personal laws* in quanto tali, per loro natura portatrici di trattamenti differenziati (molto spesso riguardanti proprio le donne) rispetto al diritto territoriale vigente. La Corte d'altra parte³⁷¹ lavora di interpretazione, per così dire, e arriva a sostenere che il livello di tutela sia il medesimo, in considerazione del fatto che l'obbligo di mantenimento deve essere soddisfatto entro il periodo dei tre mesi, ma deve coprire in modo equo i bisogni generali della donna, anche oltre l'*iddad*, a meno che non contragga un altro matrimonio, fermo restando che gli obblighi solidaristici posti in capo ai parenti della donna e delle fondazioni

³⁶⁹ Si veda in particolare su tutta la vicenda D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. pp. 150 ss.

³⁷⁰ *Danial Latifi & Anr. v. Union of India*, Supreme Court of India, 28 settembre 2001.

³⁷¹ Cfr. C. CORRENDO, F. FRANCAVILLA, *Legislazione e diritti personali in India*, cit.

a questo adibite (il c.d. *waqf*) garantirebbero sempre e comunque il sostegno economico nel corso della vita³⁷².

Non è difficile scorgere in *Latifi* una decisione tesa più a elaborare un compromesso che non a formulare risposte costituzionalmente fondate, ma il tempo non era maturo per giungere a quella riscrittura dell'architettura complessiva del sistema di *personal law* che neppure anni dopo, con la nota sentenza del 2017 *Shayara Bano*³⁷³, sarebbe arrivata, nonostante l'apprezzamento da molti (ma non da tutti e da tutte) rivolto verso la sentenza.

In quest'ultimo caso la Corte decide sulla costituzionalità del c.d. "triplo *talaq*", il divorzio unilaterale diffuso all'interno della comunità musulmana in India, pratica ritenuta dalla ricorrente incostituzionale in quanto lesiva dei già commentati articoli 14 e 15, ma anche dell'art. 21 in materia di diritto alla vita e alla libertà personale, nonché sui confini dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciuti in capo alle confessioni religiose, quali in particolare la libertà di coscienza e il diritto di professare, praticare e propagandare liberamente la propria religione (art. 25 sez. 1), la libertà di gestire le questioni in ambito religioso (art. 26), e la protezione degli interessi delle minoranze (art. 29).

Non sono indifferenti nella comprensione del caso e del suo significato nell'evoluzione del rapporto tra eguaglianza di genere e interculturalismo, nel contesto indiano, alcuni profili processuali della questione. Infatti la ricorrente adisce direttamente alla Corte in base all'art. 32 della Costituzione il quale, non a caso collocato nel *Bill of Rights*, stabilisce che l'organo di ultima istanza della giustizia ordinaria, che è anche l'organo garante del rispetto della Costituzione, non solo possa annullare gli atti normativi e amministrativi che vengano impugnati di fronte alla sua giurisdizione, ma possa rivolgere ai poteri pubblici e privati ingiunzioni e ordini utili a rimediare alla violazione, accertata, di una libertà costituzionale³⁷⁴. Di per sé non si sarebbe trattato di una disposizione assimilabile ai ricorsi diretti, ma grazie all'interpretazione che la giurisprudenza ha attribuito all'art. 32 è stata di

³⁷² Cfr. W.R. MENSKEI, *Hindu law: Beyond Tradition and Modernity*, cit.

³⁷³ Cfr. C. CORRENDO, *Corte suprema dell'India. Sentenza 22 agosto 2017, Shayara Bano vs. Union of India and Ors, La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, cit.

³⁷⁴ Su questo cfr. M. CAIELLI, *Governo debole, giudiziario forte: alcune riflessioni sull'azione di pubblico interesse in India*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2012.

fatto promossa la *public interest litigation* come strumento generale di ricorso costituzionale³⁷⁵, tanto da rivelarsi davvero, per certi aspetti, l'«essenza del garantismo di cui è permeato l'intero testo costituzionale»³⁷⁶. Viene dunque lamentata una violazione all'interno del *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1937*, in quanto alcune disposizioni contenute in questa legge avrebbero sancito il triplo *talaq*. In questo caso, la legge (che, va ricordato, era una legge generale e non un atto di *personal law*) avrebbe dovuto essere sottoposta al *judicial review* al fine di verificarne la compatibilità con la tutela costituzionale dei diritti fondamentali. In caso contrario, ancora una volta, si sarebbe posta la questione cruciale circa la sottoponibilità o meno del *personal law* allo scrutinio di costituzionalità, qualora verificata la riconducibilità dell'istituto al *Muslim Personal Law*.

Gli aspetti rilevanti della pronuncia, per lo meno per questa ricerca, sono alcuni. In primo luogo l'indagine teologico-giuridica effettuata dalla Corte, al fine di convalidare (o meno) l'effettiva religiosità della pratica e il suo reale radicamento nel diritto consuetudinario. Com'è stato scritto la Corte vuole discernere gli elementi essenziali dell'istituto o della pratica religiosa, da quelli «cosmetici», per intervenire apponendo limiti senza incorrere nella violazione dell'art. 25 della Costituzione³⁷⁷, poiché l'unico limite espresso al *personal law* sarebbe, ai sensi dell'art. 25, il rispetto dell'ordine pubblico, della salute e della moralità. Qui la Corte compie una duplice identificazione: tra *personal law* e religione prima, e tra religione e libertà religiosa poi, così che

³⁷⁵ Si fa riferimento in particolare al *leading case* del 1981, *SP Gupta v. Union of India*, (1981) (Supp.) SCC 87, a partire dal quale la *public interest litigation* diviene una delle principali vie di accesso alla giurisdizione costituzionale, grazie ad una progressiva flessibilizzazione delle formule processuali della *common law*. Sul tema cfr. US. DEVA, *Public Interest Litigation in India: A Critical Review*, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 28, 2009, pp. 19 ss. e A. BHUWANIA, *Courting the people. Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, Cambridge, 2017, richiamati anche in L. GIACOMELLI, «*I am what I am so take me as I am*» e il carattere «trasformativo» dei principi costituzionali: la Corte Suprema indiana depenalizza i rapporti omosessuali, in *Federalismi*, n. 2/2019, che si sofferma sul già citato caso del 2018.

³⁷⁶ Come sottolineato da uno dei Padri costituenti, il leader degli intoccabili Ambedkar, cfr. M. CAIELLI, *Governo debole, giudiziario forte: alcune riflessioni sull'azione di pubblico interesse in India*, cit., p. 7.

³⁷⁷ Sulla ricerca di questi «elementi essenziali», cfr. V. R. SCOTTI, *The 'Essential Practice of Religion' Doctrine in India and its application in Pakistan and Malaysia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 5/2016.

dall'art. 25, che tutela la libertà religiosa come diritto fondamentale, si giunge ad una tutela costituzionale, per tramite dell'art. 25, dello statuto personale.

Se il finale è lieto, perché il triplo *talaq* viene dichiarato incostituzionale, la via che vi conduce non è priva di insidie, dato che non supera lo storico precedente del 1951 e dunque la dottrina dell'esclusione del *personal law* dal *judicial review*, e passa attraverso un'interpretazione sostanziale del diritto religioso³⁷⁸, bocciando questa pratica perché senza dubbio non si trattava di un istituto coranico, lasciando aperto l'interrogativo circa cosa accadrebbe invece domani qualora si trattasse di un istituto più radicato nelle fonti della religione islamica, più essenziale, appunto, dal punto di vista confessionale, come le quote ereditarie coraniche, il tutore matrimoniale, o il divieto per la donna musulmana di sposare un uomo non musulmano³⁷⁹.

Anche il recente “*gender-based privacy turn*” al quale si è accennato non risolve tutte le questioni poste, perché non si confronta fino in fondo con il pluralismo giuridico e l'interculturalità, ma si limita a offrire una lettura più compiuta di un impianto costituzionale già improntato all'eguaglianza.

Nella decisione di maggioranza nel già citato caso c.d. *Sabarimala (Indian Young Lawyers Association v Union of India)*, relativo al divieto di accesso al tempio delle donne in età fertile (per l'impurità connessa alle perdite mestruali, com'è noto oggetto di credenza trasversale tra culture e religioni diverse³⁸⁰), si legge come «idee ed istituti patriarcali ancora prevalgono in numerose società, inclusa la nostra, e sono utilizzati come strumento e rifugio per la violazione dei diritti costituzionali fondamentali delle donne, orientati alla tutela della loro autonomia. Come risultato, la violenza di genere è spesso trattata come

³⁷⁸ Cfr. C. CORRENDO, *Corte suprema dell'India. Sentenza 22 agosto 2017, Shayara Bano vs. Union of India and Ors, La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, cit.

³⁷⁹ Per questa riflessione e questi esempi cfr. D. SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2017, spec. pp. 14-15.

³⁸⁰ Basti ricordare l'episodio evangelico della *donna emorroissa* (Marco 5.21-34), in cui Gesù guarisce la donna che da 12 anni aveva perdite di sangue, e nascosta e intorrita tocca le sue vesti, per l'impurità e la vergogna che anche la religione e la cultura ebraiche ricollegavano al ciclo mestruale e più in generale alla fuoriuscita di sangue dal corpo femminile.

una questione di ‘onore familiare’ così che la vittima si trova a soffrire due volte – il trauma fisico e psicologico della sua dignità violata e la percezione di essere la causa di una lesione dell’‘onore’. La *privacy* non deve essere utilizzata come una coperta per nascondere mentalità patriarcali. [...] Bisogna anche sottolineare che le donne hanno un interesse inviolabile alla *privacy*. La *privacy* rappresenta la garanzia di chiusura contro violazioni causate da progetti politici che hanno precedenti nella storia, basti pensare ai programmi di sterilizzazione forzata o ai controlli antidroga obbligatori per le donne. La sfida in questo ambito è mettere lo stato nella condizione di prendere sul serio la violazione della dignità delle donne nella sfera familiare e nello stesso tempo proteggere i diritti alla *privacy* delle donne, che trovano fondamento nel riconoscimento dell’identità di genere e della libertà»³⁸¹. C’è qualcosa del pensiero femminista occidentale e orientale in *Sabrimala* – MacKinnon viene citata espressamente – già anticipato in *Puttaswamy*, e c’è sicuramente molto del discorso giudiziale transnazionale, di quel lessico comune che negli ultimi anni, com’è noto, ha caratterizzato l’azione delle Corti nel riconoscimento e nella tutela di diritti connessi al genere, all’identità personale, all’autodeterminazione. Dalle sentenze più recenti della Corte Suprema indiana possono enuclearsi quattro principi, come segnalano Atrey e Bhatia, che potrebbero rappresentare l’avvio di un percorso di trasformazione della società e del diritto indiani nella prospettiva di un costituzionalismo orientato al genere: il riconoscimento che l’elemento centrale del principio costituzionale di non discriminazione – per come applicato alle donne e alle minoranze (tali in relazione all’orientamento sessuale o all’identità di genere) – sta nell’attenuare lo svantaggio strutturale e istituzionale patito dalle donne e dalle minoranze (“sessuali”); la comprensione della natura di questo svantaggio, che può essere individuato, e al quale può essere posto rimedio, soltanto attraverso una stretta attenzione al contesto storico e all’architettura costituzionale e istituzionale di riferimento; la comprensione che la distinzione tra pubblico e privato è intrinsecamente contingente, non certo naturale, e nonostante questo è stata spesso utilizzata per consolidare relazioni di potere; la consapevolezza che le discriminazioni possono essere dirette, ma anche indirette (e, si

³⁸¹ Si tratta della *concurring opinion* del giudice Chandrachud, cit. in S. ATREY, G. BHATIA, *India*, cit., trad. di chi scrive. Colpisce, d’altra parte, che proprio dall’unica donna presente nel collegio arrivi invece una *dissenting opinion*.

potrebbe aggiungere, intersezionali) e il modo con il quale si atteggiavano non è certo indifferente nella elaborazione dei rimedi³⁸².

Principi e percorsi argomentativi che hanno segnato la giurisprudenza di tutte le principali Corti Supreme nel mondo, in tempi diversi e partendo da presupposti costituzionali non identici, ma che in questo caso si muovono in uno scenario caratterizzato da un pluralismo giuridico radicale, figlio dell'esperienza coloniale, composizione forse eccessivamente statica di un fatto multiculturale complesso che il diritto riesce solo in parte a governare.

5. Considerazioni conclusive

Gli elementi da cui la riflessione è scaturita sono tre, tra loro intrecciati, e questi occorre riprendere per provare a elaborare poche considerazioni conclusive, che costituiscano anche una proposta, in termini di politica di diritto, e nella prospettiva del costituzionalismo, per la costruzione di un rapporto virtuoso tra multiculturalismo e diritti delle donne.

Il primo elemento è dato dal fatto multiculturale, dalla constatazione della composizione disomogenea delle liberaldemocrazie, all'interno delle quali si confrontano ormai in modo permanente sistemi culturali e valoriali differenti, non soltanto per il pluralismo ideologico che ad esse è connaturato, ma per la presenza di comunità minoritarie portatrici di culture giuridiche differenti, che spesso si traducono in veri e propri sistemi giuridici minoritari dando vita a quel pluralismo normativo che è stato oggetto di specifica trattazione.

Il secondo elemento sta nella constatazione per cui «il carattere culturalmente connotato del diritto (nazionale) condiziona l'effettiva eguaglianza nella tutela dei diritti fondamentali di soggetti diversi, a seconda delle tradizioni (giuridiche) in conformità alle quali essi hanno orientato le proprie azioni e intessuto le proprie relazioni. [...] infatti, le scelte del legislatore sono inevitabilmente condizionate dalle categorie storiche, epistemologiche ed etiche nelle quali si articola la cultura (giuridica) che esse presuppongono e alle quali rinviano»³⁸³. Ciò significa che il primo elemento innesta negli ordinamenti giuridici una

³⁸² *Ibidem.*

³⁸³ Cfr. P. PAROLARI, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni "intersi-*

frammentazione che si riverbera sulla tutela dei diritti e sull'inveramento del principio di eguaglianza, per lo meno formale, che sembra poter essere affrontata con il ricorso all'eguaglianza sostanziale. Infatti, ma ci si tornerà a breve, se è vero che l'eguaglianza-ragionevolezza comporta che situazioni uguali debbano essere trattate in modo uniforme, e situazioni tra loro diverse in modo diverso, è per tramite del principio di partecipazione, e dunque di un'eguaglianza che si realizza nell'effettiva capacità di contribuire tutti e tutte alla vita politica e sociale, che potrebbe ricercarsi una sintesi che vada nel senso del pluralismo senza determinare una polverizzazione dei diritti, o un'enfatizzazione delle asimmetrie.

Il terzo elemento è la convinzione che l'approccio che legge in termini conflittuali il rapporto tra multiculturalismo ed eguaglianza di genere, pur essendo stato essenziale per suggerire una visione meno ideologica e più attenta alla condizione effettiva delle donne appartenenti ad alcuni gruppi religiosi e culturali, non conduce a soluzioni diverse da quella, oggi non ipotizzabile, di adottare politiche assimilationiste e rinunciare al confronto interculturale in quanto potenzialmente in grado di coinvolgere il valore "non negoziabile" della parità tra le donne e gli uomini. L'alternativa è l'utilizzo di un'analisi di genere che metta invece a fuoco come l'universalità dei diritti delle donne, e soprattutto la centralità concettuale, oltre che politica, di un processo emancipazionistico realizzato con la partecipazione e la deliberazione, trova fondamento nella constatazione dell'universalità dell'oppressione femminile, della gerarchizzazione delle relazioni di genere, dell'affermazione delle differenze naturali quali potente strumento di inferiorizzazione e di esclusione della donna dal contratto sociale. In questa visione la dicotomia maggioranza-minoranze, cultura dominante-culture minoritarie, assume contorni più sfumati; ciò non significa recuperare acriticamente un femminismo dell'eguaglianza che rendeva indistinguibili le radicali differenze tra donne, le quali, come si è sottolineato, possono e devono essere affrontate attraverso la lente dell'intersezionalità, ma saper rintracciare l'oppressione in tutti i luoghi, i tempi, e le forme. Così i volti coperti dai veli islamici potranno incontrare i corpi di donne reificati e mercificati che affollano comunicazione commerciale, contenuti pornografici e pro-

stemiche» dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v. Khan, cit., spec. p. 2115.

stituzione legale, e il nodo dell'autodeterminazione, difficile da sciogliere, potrà essere sostituito da una diversa ricostruzione del ruolo della donna nel contesto di riferimento. L'intersezionalità, per parte sua, oltre che rappresentare uno sguardo, può e dovrebbe costituire un criterio di risoluzione dei conflitti e uno strumento antidiscriminatorio concreto.

La chiave dell'*agency*, d'altro canto, che si è sviluppata nel corso della riflessione, intesa dal punto di vista filosofico come possibilità per le donne di autorappresentarsi all'interno e all'esterno del contesto familiare e socio-culturale di appartenenza, necessita di una declinazione giuridica che può trovare il suo principio guida nel profilo partecipazionistico dell'eguaglianza: le donne devono essere parte nella definizione delle regole, sia all'interno dei gruppi minoritari sia negli ordinamenti "generali" territoriali, e la loro voce deve risuonare nei processi decisionali, ed in particolare in quelli che abbiano ad oggetto i loro diritti fondamentali, e, prima ancora, che contribuiscano a stabilire la misura della fundamentalità dei diritti stessi.

La partecipazione interna ai gruppi minoritari sembra apparentemente più difficile da realizzare, perché richiede un'attività di negoziazione tra maggioranza, ipoteticamente orientata alla piena attuazione dell'eguaglianza di genere, e minoranza, ipoteticamente conflittuale e poco propensa a rinunciare ad una gerarchizzazione delle relazioni di genere incentrata sul dominio maschile. Ma la negoziazione può avvenire (*supra*, 2.3) attraverso la creazione di incentivi, che condizionino il riconoscimento da parte dell'ordinamento di sistemi giuridici minoritari all'effettiva inclusione delle donne nei processi partecipativi da parte di questi ultimi, di modo che le regole interne che troveranno applicazione nei loro confronti siano il frutto anche della loro visione dell'appartenenza religiosa o culturale che le accomuna agli altri membri della comunità. Chiaramente, come si è sottolineato (*supra*, 2.3), una maggiore presenza femminile non è di per sé risolutiva, perché deve necessariamente accompagnarsi alla democratizzazione delle forme e dei modi di gestione del potere.

Queste spinte trasformative devono riguardare però anche la partecipazione per così dire esterna dei gruppi minoritari. Infatti il problema non è soltanto la definizione delle regole all'interno delle minoranze, aspetto essenziale per garantire la sostenibilità costituzionale del pluralismo normativo, ma anche la partecipazione delle minoranze nello spazio pubblico in generale, e l'inclusione delle minoranze nella

vita costituzionale, realizzabile primariamente attraverso la condivisione del legame giuridico e politico della cittadinanza.

Senza poter entrare in questo momento nella discussione politica e giuridica sulla modifica alla legislazione in materia di cittadinanza in Italia, le riflessioni svolte conducono a ritenere che un passaggio essenziale nella costruzione dell'*agency* delle donne "di minoranza" sia il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico di uno *status* di cittadine *pleno jure*, non soltanto soggettività meritevoli di protezione e tutela, alle quali attribuire, talvolta paternalisticamente, bisogni e aspirazioni, ma soggetti chiamati a partecipare alla vita politica, oltre che economica e sociale, anche attraverso lo strumento, per quanto oggi indebolito e per certi versi ridimensionato, del diritto di voto. Un'autentica ondata di eguaglianza sostanziale potrebbe spingere addirittura oltre: se è vero che le donne, nei sistemi della tradizione giuridica occidentale, sono approdate per ultime alla cittadinanza politica, ultime in un suffragio denominato come "universale" quando ancora era soltanto maschile, e questo ha naturalmente contribuito a determinare per secoli la produzione di un diritto che dietro ad una proclamata neutralità nascondeva la sua parzialità e discriminatorietà, oggi, per lo meno dove, come in Italia, ancora si dibatte sterilmente sul riconoscimento del diritto di voto a chi cittadino non è, e sulla riforma della legge sulla cittadinanza, si potrebbe forse scegliere di attribuire la cittadinanza *in primis* proprio alle donne, alle ragazze, alle bambine, migranti, nate sul territorio nazionale, e magari anche oltre, utilizzando la cittadinanza come grimaldello per l'eguaglianza sostanziale, per il conseguimento dell'autoappresentazione, il superamento dell'invisibilizzazione, e come azione positiva, che pone le donne "di minoranza" su un piano diverso e superiore, dando loro la possibilità di parlare per sé stesse, ma anche di contribuire a un'ibridazione feconda del diritto nazionale e a disegnare quella struttura insieme solida e permeabile del costituzionalismo che sole possono garantire sostenibilità alle democrazie costituzionali accompagnandole verso il futuro.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il lavoro affronta la questione del rapporto tra multiculturalismo e diritti delle donne. Prendendo le mosse dalla lettura e ricostruzione di alcuni concetti, non sempre nativi del costituzionalismo, né delle discipline giuridiche, ma da tempo utilizzati anche dai giuristi, come multiculturalismo, interculturalismo, transculturalismo, intersezionalità, eguaglianza di genere e partecipazione, il saggio, adottando la prospettiva dell'*agency* quale possibile strumento per la costruzione di una cittadinanza multiculturale orientata allo sradicamento del potere patriarcale, si confronta sia con le scelte operate nel quadro del costituzionalismo europeo, anche con riferimento alla soluzione dei conflitti tra identità culturale ed eguaglianza di genere da parte delle Corti, sia con il costituzionalismo post-coloniale, studiando in particolare il caso indiano.

EN

The paper focuses on the relationship between multiculturalism and women's rights. It starts from the analysis of some concepts, even not originating from constitutionalism or, more generally, from legal studies, but now well-known and used by legal scholars too, such as multiculturalism, interculturalism, transculturalism, intersectionality, gender equality and participation. The essay identifies agency as the possible instrument useful to build a multicultural citizenship oriented to the extirpation of patriarchal power, and investigates this perspective studying both European and post-colonial constitutionalism. It also examines the conflicts between cultural identity and gender equality in the case law and the role of the Courts.

