



Giancarlo Anello

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

**«Fratture culturali» e «terapie giuridiche».
Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità
e soluzioni interculturali**

SOMMARIO: 1. Diritto alla cultura e “differenziazioni” giuridiche nei contesti multiculturali - 2. Il progetto multiculturale in Canada e l'emersione del diritto musulmano: l'evoluzione della disciplina di arbitrato in Ontario - 3. L'incrocio tra disciplina di arbitrato e diritto “non-ufficiale” in Gran Bretagna - 4. Intersezione tra diritti religiosi, disciplina di arbitrato e giurisdizione statale: casistica - 5. Critica del multiculturalismo, differenziazioni giuridiche e diritti umani - 6. Le “conseguenze” della cultura e il diritto. 7. Il diritto come prodotto culturale - 8. Conclusioni: richiamo ad una prospettiva giuridica interculturale.

1 - Diritto alla cultura e “differenziazioni” giuridiche nei contesti multiculturali

Il Patto dei diritti civili e politici del 1966 dispone¹ che, negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una *vita culturale propria*², di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo.

La norma, nel riconoscere il diritto a svolgere una vita culturale, presuppone una condizione di fatto fondamentale: l'effettiva sussistenza, nel territorio dello stato, di minoranze differenziate su basi culturali. Il realizzarsi di quest'ultima ipotesi imporrebbe agli stati sottoscrittori la convenzione internazionale di dare la possibilità agli individui appartenenti a tali gruppi di sviluppare pienamente le proprie differenze culturali, non solo su un piano meramente sociale ma anche su quello propriamente giuridico.

¹ Art. 27. Questo il testo originale in inglese, in cui si rinvia all'idea di possedere pienamente la propria cultura: «In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to *enjoy their own culture*, to profess and practise their own religion, or to use their own language».

² Corsivo mio.



L'oggetto della prescrizione, vale a dire la fruizione piena del proprio patrimonio culturale, viene qui descritto in relazione ad alcune delle sue matrici essenziali, legate alla religione professata o praticata, o alla lingua parlata da un gruppo di minoranza. Esso viene tutelato in forma, per così dire, negativa, poiché si prevede che lo Stato non ostacoli lo svolgimento delle attitudini culturali degli individui. Questa norma, essendo una disposizione di principio, tuttavia non indica il modo in cui gli stati non devono impedire il concretizzarsi delle diversità culturali che contraddistinguono certe minoranze. Essa quindi rimane suscettibile di verifica, in termini di effettiva operatività ed efficacia.

A questo proposito, negli ultimi anni, si è assistito, in contesti marcatamente multiculturali³, all'avvio di numerose iniziative di "differenziazione giuridica" che possono rappresentare un modo per rendere effettivo il diritto delle minoranze a mantenere o sviluppare la propria dimensione culturale. In questo studio si prenderanno in esame due recenti vicende giuridiche che si sono verificate in Canada e Gran Bretagna, due stati che hanno ratificato il Patto del 1966.

Per quello che riguarda il Canada, si tratta di uno degli Stati occidentali che oggi realizzano maggiormente il presupposto di fatto su cui si basa la normativa del Patto: in esso, da tempo risalente, convivono gruppi etnici, linguistici e religiosi diversi. Tale situazione, derivante direttamente dalla sua storia di "colonia di popolamento", è stata assistita da una attività di progettazione costituzionale marcata da una vocazione multiculturalista⁴.

Anche il Regno Unito, l'Inghilterra in maniera assai accentuata, si presenta come una società estremamente differenziata sul piano culturale. Tale condizione rappresenta probabilmente il retaggio del suo

³ S'intenderà per "multiculturalità" la condizione di fatto che vede la presenza su uno stesso territorio di persone o gruppi aventi culture diverse; per "multiculturalismo" quell'approccio politico volto a riconoscere e garantire, all'interno di uno stesso paese, l'identità etnica e linguistica di ciascuna delle componenti culturali.

⁴ Tale vocazione si è concretizzata nella creazione, già nel 1971 di un apposito ministero; è stata poi consacrata costituzionalmente nell'art. 27 della *Carta canadese dei diritti e delle libertà* del 1982; infine definita legislativamente con il *Multiculturalism Act* del 1988. Cfr. in generale sull'ingegneria costituzionale **T. GROPP**, *Canada*, il Mulino, Bologna, 2006, 20. L'approccio multiculturalista in Canada riguarda vari aspetti dell'organizzazione sociale, oltre al diritto (per il quale cfr. il classico **W. KYMLICKA**, *La cittadinanza multiculturale*, il Mulino, Bologna, trad. di G. Gasperoni, 1999), la politica (**L.A. PAL**, *Interests of State: The Politics of Languages, Multiculturalism and Feminism in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1995), l'educazione (cfr., ad esempio, il testo **R.J. SAMUDA** (ed.), *Multiculturalism in Canada*, Allyn & Bacon, Toronto, 1984).



passato di impero coloniale mondiale, e oggi la multiculturalità si pone come una caratteristica non trascurabile della società britannica, per questo oggetto di monitoraggio e progettazione politico-giuridica costante⁵.

Si può anticipare che anche in contesti così “attrezzati”, in termini di prospettiva democratica, rimane estremamente complicato rendere le conseguenze delle differenze culturali concrete, effettive e quotidiane sul piano giuridico. Entrambe le esperienze osservate dimostrano che la traduzione in termini positivi delle norme di principio sulle differenze culturali è lontana dall’essere realizzata e che sulle modalità e sulle prospettive di successo di tali processi continuano ad addensarsi dubbi e incertezze.

2 - Il progetto multiculturale in Canada e l’emersione del diritto musulmano: l’evoluzione della disciplina di arbitrato in Ontario

Il Canada è uno Stato federale con una struttura dualista in cui i poteri normativi sono suddivisi tra la federazione centrale e le singole provincie⁶. Queste ultime godono di competenze particolarmente ampie in diverse materie, tra cui la disciplina matrimoniale e l’amministrazione della giustizia all’interno del territorio provinciale. Questi due settori, da sempre oggetto dell’interesse dei diritti confessionali, hanno dato luogo ad una particolare, temporanea, ipotesi di intersezione normativa che costituisce il primo dei “casi-studio” qui in esame. Una delle provincie federali, l’Ontario, ha riformato nel 1991 la propria disciplina in materia di arbitrato sulla base di un modello normativo sviluppato dalla Conferenza canadese di armonizzazione legislativa⁷. Fin dalla promulgazione questa legge (*Arbitration Act*) ha suscitato l’interesse dei gruppi religiosi del Canada, in particolare ebrei e musulmani, che hanno intravisto in questa normativa la possibilità di dare parziale rilevanza giuridica alle norme religiose in materia di diritto di famiglia.

Essa, infatti, ha notevolmente incrementato i casi in cui le due tematiche, quella della giurisdizione familiare e quella di arbitrato, avrebbero potuto richiamarsi vicendevolmente. La nuova disciplina in materia di arbitrato, nella versione del 1991, infatti, non aveva

⁵ Cfr. P. GILROY, *Dopo l’impero*, Meltemi, Roma, trad. di R. Capovin, 2006.

⁶ Cfr. artt. 91-92 *Constitution Act*, 1867 e successive modificazioni.

⁷ Così altre sei provincie. Le provincie della British Columbia e del Quebec invece avevano già adottato la loro normativa prima del Report della conferenza e quindi presentano discipline differenti.



particolari limiti soggettivi od oggettivi: la regolamentazione della scelta degli arbitri, della cornice legale che le parti potevano scegliere per dirimere le controversie era ampia e, di fatto, ammetteva il ricorso ai diritti religiosi; ciò purché non si raggiungessero risultati contrari alla legge o non venissero coinvolti soggetti terzi rispetto alle parti del compromesso⁸. L'ambito delle materie che potevano essere regolamentate mediante l'arbitrato era anch'esso esteso e ricomprendeva tutte le questioni civili che erano soggette alla giurisdizione della provincia e tutte le questioni che la stessa legge istitutiva dell'arbitrato esplicitamente non escludeva (come il diritto del lavoro). Pertanto vi rientravano le problematiche familiari in senso ampio, e nel dettaglio, gli accordi in tema di comproprietà e di divisione tra coniugi, quelli relativi alla separazione e alle obbligazioni finanziarie tra coniugi o a favore dei figli; quelli relativi all'affidamento della prole. I divieti imposti da questa disciplina erano conseguentemente limitati: ovviamente non potevano essere oggetto di arbitrato le questioni rimesse alla giurisdizione federale, come quelle inerenti il divorzio e tutte quelle di diritto penale; né le decisioni arbitrali avrebbe potuto garantire accordi contrari alla legge. Questi ultimi avrebbero potuto essere impugnati dinanzi alle corti di giustizia ordinarie, così come le pronunce date nel mancato rispetto delle norme di equità e di correttezza del processo, quelle in cui vi fosse una lesione dei diritti di minori d'età o le decisioni marcatamente grossolane o irragionevoli.

A sua volta il sistema di diritto di famiglia previgente (*Ontario Family Law Act* del 1990) prevedeva ampio spazio per il ricorso a sistemi cd. alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolutions, ADR*)⁹. Era possibile quindi valersi dell'arbitrato come strumento di risoluzione dei conflitti giuridici in materia di famiglia o di successione, nel momento in cui le parti optassero entrambe, volontariamente e senza costrizione, per questo tipo di soluzione.

Su queste basi si sono quindi mobilitate le confessioni presenti in Canada. Ad esempio, gli ebrei hanno organizzato un sistema di risoluzione delle controversie compatibile con la disciplina di arbitrato, che operava per mezzo di tribunali rabbinici ortodossi, denominati *Beis Din*¹⁰, a Toronto, Montreal e Vancouver.

Rispetto alla minoranza islamica si è attivata l'Associazione Canadese dei Musulmani (*Canadian Society of Muslims*), attraverso

⁸ Cfr. subsection 32 (1), *Arbitration Act, 1991 (conflict of laws)*.

⁹ In Canada esiste un istituto nazionale che promuove lo sviluppo di tali sistemi alternativi di risoluzione delle liti (*ADR Institute of Canada*).

¹⁰ Per il quale v. **L. COHEN**, *Inside the Beis Din*, in *Canadian Lawyer*, May 2000, 27 at 27.



l'operato del suo Presidente, l'avvocato Syed Mumtaz Ali, il quale fin dal 1991 ha proposto l'adozione di un sistema giudiziario islamico annesso all'istituto d'arbitrato¹¹. Tale proposta è stata precisata nel 2003, anno in cui un lo stesso Mumtaz Ali, a capo di un Istituto Islamico di Giustizia Civile (IICJ), ha annunciato di voler offrire un servizio di consulenza in materia di arbitrato familiare, basato sui principi del diritto islamico¹². Un simile progetto, tuttavia, ha sollevato un vivace dibattito politico, ha visto l'obiezione di diverse associazioni femministe e ha spinto il Governo della provincia dell'Ontario ad incaricare un tecnico esperto ed eminente personalità politica, l'On. Marion Boyd¹³, di redigere un rapporto tecnico per valutare l'impatto giuridico di un eventuale utilizzo del diritto islamico all'interno della cornice della disciplina di arbitrato canadese. Questo articolato documento, titolato *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*¹⁴, è stato pubblicato nel dicembre del 2004, e concludeva per una tendenziale compatibilità tra il sistema di arbitrato e l'applicazione dei diritti religiosi (fosse quello islamico o qualsiasi altro). Anzi Marion Boyd suggeriva che tramite l'intermediazione di una disciplina di arbitrato parzialmente riformata, il diritto religioso poteva essere utilizzato per dare espressione all'autonomia di gruppi culturalmente differenti, senza pregiudizio per gli interessi della libertà dei cittadini canadesi garantiti costituzionalmente¹⁵. Nel suggerire, contestualmente,

¹¹ In particolare Syed Mumtaz Ali con Anab Whitehouse ha redatto un documento dal titolo *Oh! Canada! Whose Land, Whose Dream, Sovereignty, Social Contracts and Participatory Democracy: An Exploration Into Constitutional Arrangements* nel 1991, in cui si affrontavano le questioni giuridiche e politiche relative all'organizzazione della minoranza musulmana nel paese, e nel quale si avanzavano alcune delle proposte illustrate nel testo, in particolare, p. 27 ss. e 41 ss. Cfr. in dottrina L. BLACKSTONE, *Courting Islam: Practical Alternatives to a Muslim Family Court in Ontario*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31: 1, 2005, 207 ss., che fa riferimento ad un "Court Annexed Arbitration Board System", usato per dirimere le controversie ricorrendo al diritto islamico, p. 237.

¹² S. MUMTAZ ALI, *Islamic Institute of Civil Justice and Muslim Court of Arbitration*, Canadian Society of Muslims, 2003.

¹³ Già Ministro responsabile delle politiche femminili e *Attorney General*, vale a dire Procuratore Generale, dal 1993 al 1995.

¹⁴ Disponibile nella sua versione completa di 191 pagine al seguente sito internet: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/fullreport.pdf>.

¹⁵ Sulla base della Carta dei Diritti e delle Libertà del 1982. Nell'articolata architettura costituzionale canadese, fatta della successione di diversi documenti, oltre che di principi non scritti, il Constitution Act del 1982 costituisce un vero e proprio nuovo patto costituzionale (rispetto al precedente del 1867 British North America Act) e include due elementi essenziali: la formula di revisione rispetto al testo precedente e la Carta dei diritti e delle libertà. Solo nel 1982 si definisce in modo chiaro la



numerosi correttivi al sistema di arbitrato relativi alla formazione degli arbitri, alla garanzia e alla trasparenza del loro operato, nonché alle forme di responsabilità da richiedere, Marion Boyd ribadiva di non poter considerare *di per sé* il diritto religioso islamico come una minaccia nei confronti dell'interesse di libertà e di uguaglianza dei cittadini e delle donne¹⁶. Notava, anzi, come vi potessero essere aspetti positivi nell'interazione tra diritti religiosi e metodi alternativi di risoluzione delle liti: forme di arbitrato basate sulla legge religiosa avrebbero permesso alle persone interessate di sciogliere la controversia ricorrendo ad un assetto normativo costituito da una serie di norme e di valori condivisi, sebbene diversi dal diritto canadese. Inoltre l'utilizzazione, da parte della minoranza, della cornice costituita dalla legislazione canadese avrebbe potuto vincolare la stessa nei confronti della più ampia comunità statale e avrebbe contribuito a formalizzare quei processi di decisione che spesso operavano comunque all'interno delle comunità di minoranza, magari in maniera informale¹⁷. I risultati del Rapporto della Boyd, oltre ad entrare nel merito della questione della compatibilità del diritto islamico con la normativa di arbitrato, sembravano in linea con le premesse costituzionali e legislative del multiculturalismo canadese e soprattutto sviluppavano, sul piano della uguaglianza confessionale, ogni ragionamento giuridico circa l'assetto da dare ai rapporti, presenti e futuri, tra gruppi religiosi e organizzazione statale.

Tuttavia, nonostante l'esito di questa attività di studio, il prosieguo della vicenda giuridica ha visto una decisa virata, in senso opposto, alla direzione indicata nel Rapporto Boyd del 2004: nel 2006 il governo dell'Ontario ha infatti emanato il *Family Statute Law Amendment Act*. Mediante questa legge si è stabilito che negli arbitrati in materia familiare sarebbe stato applicabile il solo diritto canadese (inteso in senso ampio, comprendente le norme in materia delle diverse legislazioni provinciali); ogni dispositivo arbitrale basato su diritti o principi diversi non avrebbe avuto alcun riconoscimento legale. In

supremazia della nuova costituzione sulle altre fonti del diritto (art. 52, co. 1) e la sua rigidità (art. 52, co. 3), cfr. **T. GROPP**, op. cit., p. 36 e 87.

¹⁶ Cfr. in tal senso **A. M. EMON**, *Islamic Law and the Canadian Mosaic Politics, Jurisprudence and Multicultural Accommodation*, in *University of Toronto Legal Studies Series*, Research Paper No. 947149, 2006, 2.

¹⁷ Cfr. **M. BOYD**, *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion, Executive Summary*, p. 1. «Religious arbitration can allow the people in dispute to select a shared set of values and rules that may be different than Ontario law. Use of the Arbitration Act by minority communities is a way of engaging with the broader community by formalizing a method of decision-making which currently occurs in an informal manner».



particolare, decisiva per impedire la rilevanza dei diritti religiosi è la norma di conflitto che ha emendato il *Family Law Act* stabilendo che in caso di contrasto tra le decisioni arbitrali (o di mediazione) e la legge canadese avrebbe prevalso quest'ultima¹⁸. Tale statuizione è stata poi precisata nel *Family Arbitration Regulation of 2007 Ontario Regulation 134/07* e coordinata con la disciplina in materia di arbitrato del 1991 in particolare nella sezione 2.2.¹⁹.

Sulla base di questa novella, dunque, sebbene i gruppi religiosi conservino il diritto di interrogare istituzioni religiose in materia di diritto di famiglia, i pareri così espressi avranno un valore meramente consultivo e non potranno essere resi esecutivi da corti e giudici ordinari. A questo proposito è rilevante citare quanto è accaduto, a seguito alla modifica del 2006, in materia di diritto di famiglia, alla giurisdizione del Beis Din Ortodosso di Toronto. Tale tribunale che aveva, come accennato, operato per anni all'interno della cornice della disciplina di arbitrato, ha ridimensionato appositamente il proprio ambito giurisdizionale: le parti che vi si rivolgono dovranno sottoscrivere preventivamente un accordo che le vincola al fatto che ogni lodo emesso dal tribunale debba, in ogni caso, rispettare i requisiti del diritto civile del Canada e della legislazione provinciale in materia di diritto di famiglia²⁰.

L'esperienza canadese è significativa: essa testimonia con chiarezza tutte le difficoltà sottese a rendere effettiva ogni proiezione giuridica delle diversità culturali, anche in un contesto politico multiculturalista. Se da un lato pare ovvio sottolineare la divergenza tra

¹⁸ Family arbitrations, agreements and awards.

S. 59.1 (1) Family arbitrations, family arbitration agreements and family arbitration awards are governed by this Act and by the Arbitration Act, 1991. 2006, c. 1, s. 5 (10).

Conflict (2) In the event of conflict between this Act and the Arbitration Act, 1991, this Act prevails. 2006, c. 1, s. 5 (10).

¹⁹ Family arbitrations, agreements and awards.

S. 2.1 (1) Family arbitrations, family arbitration agreements and family arbitration awards are governed by this Act and by the *Family Law Act*. 2006, c. 1, s. 1 (2).

Other third-party decision-making processes in family matters

2.2 (1) When a decision about a matter described in clause (a) of the definition of "family arbitration" in section 1 is made by a third person in a process that is not conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction,

(a) the process is not a family arbitration; and

b) the decision is not a family arbitration award and has no legal effect. 2006, c. 1, s. 1 (2).

²⁰ Cfr. **A. SHACHAR**, *Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, n. 2, July 2008, article 11, 603 ss.



le opinioni espresse dalla dottrina circa la compatibilità di principio tra diritto religioso e arbitrato e la successiva evoluzione giuspositiva volta ad escludere tale possibilità, dall'altro è da escludere che tale ultima modifica possa evitare definitivamente un successivo e più articolato contrasto tra il diritto positivo statale e l'apparato culturale della minoranza musulmana. Il successivo caso di intersezione tra diritto religioso e disciplina di arbitrato in Gran Bretagna sembra poterlo dimostrare.

3 - L'incrocio tra disciplina di arbitrato e diritto "non-ufficiale" in Gran Bretagna

Una vicenda giuridica per molti versi simile a quella canadese si è sviluppata negli ultimi anni in Gran Bretagna. Il grado di multiculturalità di questo paese è altrettanto spiccato di quello del Canada, sebbene per motivi storici diversi²¹. La progressiva differenziazione etnica e culturale della compagine sociale britannica si è sviluppata, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, in virtù dei legami politici, giuridici, economici, sociali che il Regno Unito ha continuato a mantenere con molte delle proprie ex colonie caraibiche, africane e asiatiche. Anche in questo paese è oggi presente una variegata comunità musulmana che rappresenta una tra le minoranze religiose più risalenti, consistenti ed attive nel chiedere il riconoscimento delle proprie peculiarità culturali.

Per fare un esempio, nel 1970 l'Unione delle Organizzazioni Islamiche del Regno Unito e dell'Eire (UMO), ha tenuto una serie di incontri tra gli associati che sono culminati in un progetto formale di diritto di famiglia separato per i musulmani, da applicare in maniera automatica ai musulmani britannici. Un documento redatto in linea a questa mozione è stato inoltrato a vari ministri del governo con l'intento di favorire una proposta davanti al parlamento con tali contenuti. Quest'iniziativa non ha però avuto alcun seguito immediato. Ciò nondimeno il progetto è stato ripresentato nuovamente nel 1983²² e

²¹ Cfr. A. TORRE, *Regno Unito*, il Mulino, Bologna, 2005, 14 ss.

²² W. SHADID - P.S. VAN KONINGSVELD, *Loyalty to a non-Muslim Government: An Analysis of Islamic Normative Discussions and of the Views of some Contemporary Islamicists*, in W. SHADID & P.S. VAN KONINGSVELD, *Political Participation and Identities of Muslims in non-Muslim States*, Peeters Publishers, Kok Pharos, 1996, pp. 84-115. Gli Autori descrivono l'iniziativa delle associazioni islamiche Britanniche e della loro proposta di introdurre un sistema legale in tema di matrimonio, divorzio e



poi nel 1996²³. Tra i motivi che hanno indotto i musulmani britannici ad una richiesta di questo genere ve n'era anche una che si richiamava al passato coloniale britannico, in particolare ricollegandosi al criterio di status personale che l'impero aveva scelto per l'amministrazione dei territori coloniali, in particolare in India.

Nel frattempo in alcune città sono nate una serie di istituzioni chiamate in vario modo, più spesso, *Islamic Shari'a Councils* (ISC). Si è trattato soprattutto di organi formati da studiosi islamici in grado di dare, a chi lo richiedesse, una serie di pareri legali redatti sulla base della tradizione giuridica islamica; tali pareri avevano, però, natura e funzione consultiva, volti cioè a orientare il musulmano che vive società non islamizzate e ad indirizzarlo verso comportamenti sociali ritenuti religiosamente ortodossi²⁴. Va chiarito che, nell'ottica islamica, la creazione di simili organismi è considerata un'attività di pubblico interesse (cd. *maslahah*), poiché esso mira a salvaguardare la posizione di tutti i fedeli che vivono in paesi non musulmani: tali collegi possono operare teoricamente in funzione di *qudah* (pl. di *qadi*), cioè di giudici in materia religiosa, ma anche svolgere una funzione di consulenza nella mediazione intrafamiliare e nella risoluzione di conflitti interni alla stessa comunità musulmana; possono infine provvedere alla redazione di pareri in materia confessionale, ove richiesti da parte dell'autorità statale²⁵.

Da un punto di vista sociologico appare scontata una certa dipendenza "organizzativa" tra tali organismi e l'istituzionalizzazione

successione con il documento: UMO, *Why Muslim family law for British Muslims?* London 1983.

²³ I. YILMAZ, *Law as Chamaleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 21, n. 2, 2001, 299.

²⁴ Tali attività consultive hanno dato origine ad un sistema di banche dati opinioni giuridiche islamiche calibrate sul contesto di applicazione europeo, cfr. T. RAMADAN, *L'Islam in Occidente*, Rizzoli, Milano, trad. di Laura Dapelli, Cristiana Latini, Sabrina Peroni, 2006, 78.

²⁵ Vedi su questo punto I. YILMAZ, *Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England*, in *Alternatives. Turkish Journal of International Relations*, Volume 2, n. 1, Fall 2003, p. 130: «The establishment of the MLSC (ISC) falls under the category of 'public interest' (*maslahah*), its aim being to protect the five essential values stated above: religion, life, intellect, lineage, property». Per una descrizione etnografica dello sviluppo di una vera e propria "cultura dell'accordo" nell'ambito dell'attività giurisdizionale civile inglese vedi S. ROBERTS, *Un tribunale civile inglese secondo una prospettiva antropologica*, in *Antropologia*, 2008, anno 8 numero 11, 40 ss. Cfr. in generale sull'applicazione del diritto islamico in paesi non islamici S. A. A. ABU-SAHLIEH, *Il diritto islamico: fondamenti, fonti, istituzioni*, Carocci, Roma, edizione italiana a cura di Marta Arena, 2008, in particolare il cap. 20, 517 ss.



dei luoghi di culto²⁶. La costruzione delle moschee segna infatti un decisivo passaggio dalle prime comunità di “soggiornanti” temporanee a minoranze “permanenti”. Queste ultime intendono provvedere in maniera stabile alle proprie esigenze religiose. Molto spesso tali *Shari'a Councils* svolgono le proprie attività sotto l'egida e la supervisione di un *imam* incardinato nella moschea, con la conseguenza di integrare le funzioni di orientamento religioso e spirituale con quelle di guida della comunità etnica locale²⁷.

Ferme restando le proposte di riconoscimento legislativo avanzate periodicamente, la prospettiva di una concreta intersezione tra le attività degli *Shari'a Councils* e il diritto inglese si è posta con l'*Arbitration Act* del 1996. Anche questa disciplina, come quella canadese nella sua versione originaria, ha tra i suoi intenti quello di fornire ai privati una cornice legale attraverso la quale rendere operative modalità alternative di risoluzione di controversie. Ciò, come dispongono le norme di principio, al di fuori delle aule giudiziarie ordinarie e con il fine di conseguire una corretta risoluzione delle controversie per mezzo di un collegio imparziale, senza ritardi o spese inutili²⁸. La natura spiccatamente negoziale del lodo nel diritto inglese²⁹ potrebbe dare, entro certi limiti³⁰, riconoscimento legale alle decisioni

²⁶ Per una precisa ricostruzione storica del processo di sviluppo dei luoghi di culto e delle loro implicazioni culturali, cfr. **A. L. TIBAWI**, *History of the London Central Mosque and the Islamic Cultural Centre 1910-1980*, *Die Welt des Islams*, New Series, Bd. 21, Nr. 1/4 (1981), pp. 193-208.

²⁷ Cfr. **S. BANO**, *Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain*, in *Law, Social Justice & Global Development*, *An Electronic Law Journal*, 2007, 11.

²⁸ Per un sommario generale cfr. **R. PILLITTERI**, *L'Arbitration Act 1996: l'attesa riforma della legge inglese sull'arbitrato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, 04, 803 ss.

In particolare cfr. il testo della S. 1 sui principi generali della normativa:

The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly—

(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense; (b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest.

²⁹ Cfr. a proposito **L. PASSANANTE**, *Il problema della natura del lodo alla luce dell'esperienza inglese*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, 1409.

³⁰ Di particolare rilievo in relazione alla definizione dei limiti è la S. 4, relativa alle disposizioni inderogabili o derogabili (*Mandatory and non-mandatory provisions*). Le disposizioni inderogabili sono elencate nell'allegato 1 della legge (Schedule 1). Si stabilisce altresì la possibilità che le parti si accordino per l'applicazione di una legge diversa da quella interna (vale a dire quella di Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord). La legge stabilisce inoltre che la scelta di una legge diversa, se riguarda una questione che non è disciplinata da disposizioni inderogabili, è equivalente ad un accordo sulla



prese dagli Shari'a Councils, sotto la copertura, appunto di accordi arbitrari validi³¹ o di transazioni arbitrari³². Di particolare rilievo, ovviamente, la conseguenza di poter conferire forza esecutiva a tali decisioni (*law enforcement*), mediante il ricorso ai mezzi giurisdizionali ordinari³³. Questa eventualità è stata autorevolmente confermata dal *Lord Chief Justice Phillips of Worth Matravers*, primo giudice di Inghilterra e Galles, in occasione di una sua visita ufficiale presso il Centro Musulmano di East London, il 3 luglio 2008. Dopo aver richiamato le fonti del diritto interno che disciplinano il divieto di

questione stessa. Inoltre per questo scopo, una legge applicabile individuata sulla base di un accordo delle parti stesse o che sia obiettivamente determinata anche in mancanza di una scelta, esplicita o implicita, verrà trattata come scelta dalle parti. "The choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter. For this purpose an applicable law determined in accordance with the parties' agreement, or which is objectively determined in the absence of any express or implied choice, shall be treated as chosen by the parties."

³¹ S. 30 Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

Occorre precisare che nella legislazione inglese l'arbitro ha giurisdizione sulla propria giurisdizione in via generale (anche quando cioè il contratto, di cui la clausola fa parte, sia invalido sin dall'inizio. Il difetto di giurisdizione arbitrale fondato sull'invalidità della clausola compromissoria potrà essere rilevato solo in appello, a meno il ricorso al giudice ordinario in questa circostanza non fosse stato previsto dalle parti, vedi la s. 32 (1) e (2).

³² Cfr. S. 51 che riguarda le ipotesi di componimento transattivo (*settlement*), e che avrà gli stessi effetti di un lodo sul merito.

³³ Cfr. S. 66 Enforcement of the award. La s. 66 (1) afferma che un lodo arbitrale può essere eseguito come una sentenza del giudice attraverso un'autorizzazione della corte (*leave*). La s. 66 (2) dispone che la parte prevalente in arbitrato può chiedere alla High Court il "*leave to enforce*", che ne consente l'esecuzione forzata in determinate occasioni, ma tale parte può ritenere opportuno conseguire una sentenza formale che riproduca il lodo (per esempio, al fine di procedere all'esecuzione all'estero) e, in questo caso, ottenuto questo tipo di licenza, ci si può rivolgere a tal fine alla High Court con la procedura alternativa in esame.

La s. 66 (3) dispone che tuttavia che l'autorizzazione potrà essere rifiutata quando la parte soccombente opponga che il collegio mancava della giurisdizione per poter emettere la decisione arbitrale.



discriminazioni razziali³⁴, il *Lord Chief Justice* si è pronunciato anche in merito alla eventuale intersezione tra *shari'a* e diritto inglese in materia di arbitrato, ammettendone, a suo dire, la liceità. Pare opportuno riportare in maniera integrale questo passaggio del discorso ufficiale: «It is possible in this country for those who are entering into a contractual agreement to agree that the agreement shall be governed by a law other than English law. Those who, in this country, are in dispute as to their respective rights are free to subject that dispute to the mediation of a chosen person, or to agree that the dispute shall be resolved by a chosen arbitrator or arbitrators. There is no reason why principles of Shari'a Law, or any other religious code should not be the basis for mediation or other forms of alternative dispute resolution. It must be recognised, however, that any sanctions for a failure to comply with the agreed terms of the mediation would be drawn from the laws of England and Wales. So far as aspects of matrimonial law are concerned, there is a limited precedent for English law to recognise aspects of religious laws, although when it comes to divorce this can only be effected in accordance with the civil law of this country»³⁵.

³⁴ *Equality Before the Law. Speech by Lord Phillips, Lord Chief Justice East London Muslim Centre, 3rd July 2008*, p. 5. In particolare facendo riferimento al Race Relations Act del 1976 che stabilisce il divieto di discriminazioni razziali. L'Autore faceva l'esempio del caso in cui un ragazzo sikh è stato tutelato sulla base di questa legge dal fatto di essere stato espulso da scuola per essersi rifiutato di tagliare i capelli. In quella circostanza la House of Lords sostenne che i Sikh fossero discendenti di un gruppo storicamente distinto e pertanto fossero tutelabili sotto quella legge; così anche gli ebrei e gli zingari. Non così i musulmani, i quali non costituivano un gruppo definito dalla lingua, dall'appartenenza nazionale, ma da tratti comuni legati all'appartenenza alla medesima religione o cultura religiosa, per questo motivo erano tutelabili non su basi etniche ma, senz'altro, religiose, p. 5-6. Ma di seguito si richiamava un altro testo legislativo, l'*Equality Act* del 2006, che ha ulteriormente esteso le proibizioni contro le discriminazioni basate sulla religione e sulle credenze. Ovviamente questa disciplina può essere riferita alla minoranza musulmana.

³⁵ Cfr. *Equality Before the Law*, op. sup. cit., p. 9. Particolarmente significativi sono gli auspici espressi dal giudice nella chiusura del suo discorso e che qui si riportano: «If I may summarise the message that I have sought to give, the courts of this country offer the same justice to all who come before them, regardless of gender, race or creed. The point is sometimes made that this is not easy to accept when the judiciary is not representative of those whom they are judging. Judges are now appointed by an independent appointment Commission and they are appointed on merit. The Equal Treatment Advisory Committee, whose members represent all parts of the legal profession, is working hard to assist judges in recognising the role of social and cultural differences in the determination of cases before them. There has, however, been a dearth of applicants from the ethnic minorities for appointment to the bench. Both the Appointments Commission and the judiciary are concerned about this. I have no doubt that there are, in the Muslim community, many men and women alike who



Va precisato che, anche a seguito di queste dichiarazioni, nell'eventualità un riconoscimento legislativo speciale, alcuni tra gli *Shari'a Councils* hanno costituito, tra i servizi forniti, organi collegiali in grado di svolgere le funzioni di tribunali arbitrali, rivendicando quindi la possibilità di emanare decisioni, religiosamente ortodosse, in materia di questioni ereditarie, di separazione e di accordi sull'affidamento della prole, aspetti religiosi del divorzio, fino alle molestie tra vicini di casa, garantendo inoltre la compatibilità di tali decisioni con la disciplina di arbitrato e, di conseguenza, una loro esecutività dinanzi al giudice dello Stato.

Una possibilità del genere amplierebbe notevolmente l'incidenza legale di tali organismi, che erano già in grado di incrociare alcuni ambiti dell'esperienza giuridica inglese, ad esempio in tutti i casi in cui si ammetteva già la gestione di situazioni di conflitto in modo extragiudiziale, come nel caso delle attività di mediazione familiare³⁶.

Nel frattempo alcuni degli organismi di consulenza islamica operanti in alcune grandi città hanno mutato la propria denominazione in quella di *Muslim Arbitration Tribunals* (MAT)³⁷. Questo cambiamento è stato sintomatico della sopravvenuta intenzione di promuovere la funzione tecnico-giuridica di tali organismi. In precedenza, gli studiosi che agivano all'interno dei Consigli avevano attentamente evitato di descriversi come "giudici", preferendo l'utilizzo di altri termini, come *Imam*, *Sheikh*, *Mawlana* o, più raramente, *Qadi*. Le espressioni utilizzate rimandavano piuttosto all'idea di soggetti esperti in questioni meramente religiose, piuttosto che di giudici in senso proprio. Questa scelta era volta ad evitare qualsiasi possibilità di fraintendimento circa la natura del parere che essi erano in grado di confezionare; in fondo, da parte degli stessi studiosi vi era la convinzione che i verdetti emessi non dovessero avere valore giuridico vincolante, ma servissero a mantenere una autorità di tipo morale sulla comunità musulmana³⁸. Un'ultima notazione va fatta. Nel 2007 è stata emanata in Inghilterra una legge volta a contrastare il fenomeno dei matrimoni contratti dagli sposi

would make outstanding lawyers and outstanding judges. It is important that they should recognise that they have a valuable potential role to play as judges, administering the law of this country to all who come before them, without fear or favour affection or ill-will», 10.

³⁶ Cfr. S. 9 e s. 13, del Family Law Act 1996. Su questo istituto v. **A.L. BITETTO**, *La mediazione familiare in Inghilterra e Galles*, in *Famiglia e diritto*, 2006 fasc. 1, pp. 93 – 97; **G. GIAIMO**, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, fasc. 4, 1606 ss.

³⁷ Operanti attualmente nelle città di Londra, Birmingham, Bradford and Manchester.

³⁸ Lo nota **S. BANO**, op. cit., 15.



sotto costrizione³⁹. Un ulteriore servizio previsto dai rinnovati *Muslim Arbitration Tribunals* è quello di accertare la reale volontà degli sposi, attestando, anche di fronte all'Ufficio per l'immigrazione, che il matrimonio è sorto senza violenza e risponde ai criteri generali del diritto inglese in materia di consenso. Può risultare interessante fare cenno a casi concreti in cui la legge religiosa è stata posta alla base di decisioni arbitrali messe al vaglio della corte statale.

4 - Intersezione tra diritti religiosi, disciplina di arbitrato e giurisdizione statale: casistica

Il caso di studio forse più noto in Gran Bretagna, precedente tuttavia l'apertura manifestata dal Lord Chief Justice Phillips, è *Al-Midani v. Al-Midani* del 1999. Esso ha interessato in maniera diretta la vincolatività delle decisioni di un Consiglio della *shari'a*, di fronte al giudice dello stato: si è trattato di una disputa per un ingente patrimonio dello Sheikh Mouaffak Bin Jamil al Midani, quest'ultimo di cittadinanza araba. La controversia era estremamente articolata e ruotava, tra l'altro, attorno a due testamenti redatti dal *de cuius* aventi beneficiari differenti. Per arbitrare controversie e modalità di divisione dell'eredità i quattro figli del testatore (e solo essi) si erano accordati per rimettersi al giudizio di un "Islamic Judicial Body", da determinare sulla base dell'indicazione di un terzo e poi individuato nell'Islamic Shari'a Council di Londra. Quest'organo ha emesso la sua decisione fondata sulle prescrizioni della legge religiosa islamica, ma tale decisione aveva oltrepassato l'ambito del compromesso poiché beneficiava anche soggetti terzi. Per questo motivo gli attori (due degli eredi) hanno impugnato dinanzi al giudice la validità del lodo emesso dal Council di Londra, circostanza che ha fatto scattare la giurisdizione del giudice inglese⁴⁰. La corte inglese ha dato loro ragione, ma sulla base di motivazioni formali. Essa ha affermato che l'autorità del Consiglio si basava non su prescrizioni di legge, ma, appunto, sul consenso delle parti che ricorrono ad essa per dirimere le controversie. Il giudice inglese ha affrontato solo incidentalmente la questione dell'applicazione del diritto religioso, poiché in realtà il giudizio si è basato su altri argomenti, tuttavia in quella circostanza egli non ha

³⁹ Cd. *Forced Marriage (Civil Protection) Act* del 2007.

⁴⁰ Il caso *Myrna Mouaffak al Midani, Omar Mouaffak al Midani v Imad Mouaffak al Midani, Amer Mouaffak al Midani, Alawi Darwish Kalal, Mohamed Said Badinjki, Robert Iskander Ghanem* (QBD Commercial Crt, Rix J.) 22 Feb 1999, 1 Lloyd's Rep 923 è commentato da S. BANO, op. cit., 21.



escluso l'applicabilità della *shari'a* quale legge straniera, vale a dire dell'Arabia Saudita di cui era cittadino il testatore.

Più interessante, in Canada, è stato il caso *Kaddoura v. Hammond*, in cui è stato impugnato un lodo arbitrale relativo alla definizione dei rapporti patrimoniali dei coniugi in vista di una separazione personale. In questa vicenda, anteriore alla riforma legislativa del 2006-2007, si è dato luogo ad un giudizio sostanziale sulla normativa del diritto islamico. In quel caso la decisione della Corte di Giustizia dell'Ontario è stata di non riconoscere la vincolatività dell'obbligazione di pagamento del *mahr*⁴¹, nascente da un patto sottoscritto dai coniugi e riconosciuto valido dal tribunale di arbitrato secondo le norme del diritto islamico⁴².

⁴¹ Il *mahr* è un elemento essenziale per la validità dell'accordo matrimoniale secondo la tradizione del diritto islamico. La parola è stata tradotta con il termine *dote*. Tuttavia si tratta di una traduzione che rimane imprecisa. L'istituto del diritto islamico infatti non ha precisamente le articolazioni previste nel diritto occidentale per la dote: ad esempio, nel diritto romano la dote si costituiva con il conferimento di un bene o di una somma di denaro che veniva corrisposto al marito *ad sustinenda onera matrimonii*. Per questo motivo si preferisce utilizzare l'espressione *donativo nuziale*, cfr. **G. VERCELLIN**, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 141 ss.; **G. CAPUTO**, *Introduzione al diritto islamico*, Giappichelli, Torino, 1990, 104. Il *mahr* viene corrisposto dal marito a favore della moglie. Nel diritto preislamico in effetti il "prezzo della sposa" veniva incassato dal padre. Nel diritto maomettano invece esso è configurabile come dono nuziale corrisposto dal marito a favore della moglie ed è una sorta di determinazione anticipata di ciò che spetta alla moglie a copertura del rischio della fine del matrimonio per effetto della morte del marito o in caso di divorzio. In genere il pagamento della dote è diviso in due parti. La prima pagata immediatamente al momento della stipulazione del matrimonio; la seconda pagata in via differita al momento dello scioglimento del matrimonio per decesso o divorzio (e svolge una importante funzione disincentivante all'esercizio unilaterale del ripudio). In tal modo il donativo diventa un fondo di soccorso per la moglie nel caso di decesso o divorzio del coniuge. Esso deve essere determinato al momento della stipulazione del matrimonio e la sua mancanza ne importa la nullità. La donna può rifiutarsi al marito fino a quando questi non abbia adempiuto agli obblighi legali relativi alla costituzione del *mahr*. Nel caso di matrimonio nullo la donna ha diritto di tenere il *mahr* se il rapporto è stato consumato. Il *mahr* pertanto è di proprietà esclusiva della moglie. Per questo motivo ella potrà decidere se alienare parte del *mahr* al marito oppure al suo *wali*, o tutore matrimoniale. Vi sono alcuni fatti che fanno venire meno il diritto della donna al *mahr*, come l'adulterio, l'apostasia, la gravidanza precedente al matrimonio. La disciplina tradizionale del *mahr* si è trasfusa in molte delle legislazioni moderne dei paesi appartenenti all'area culturale islamica, cfr. anche **J. SCHACHT**, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, trad. di P. Guazzotti, E. Lanfranchi, 1995, 174. Vedi, da ultimo, in termini comparativi **R. ALUFFI, A. FERRARI, M. RABELLO**, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006, 243. Per l'ultimo aspetto **A. A. AN-NAIM**, *Islamic Family Law in a Changing World*, Zed Books, London-New York, 2002.

⁴² In questo caso il promesso sposo, il padre e il suocero si erano accordati per un *mahr* di importo pari a \$35,000, di cui 5,000 da pagare prima della cerimonia di



Nel patto originario il marito si impegnava a pagare alla moglie una somma di importo pari a \$30,000 in virtù della separazione tra i due. Tale accordo risultava peraltro conforme alla sezione 52(1) della legge sul diritto di famiglia dell'Ontario⁴³, poiché l'obbligazione che ne risultava aveva un contenuto certo, e non risultava essere stata contratta in presenza di condizioni che potessero inficiare la validità del consenso, quali la costrizione o la disparità delle parti. La corte in questo caso ha tuttavia ritenuto che il patto in questione avesse un fine religioso e conseguentemente l'obbligazione da esso nascente non avesse caratteristiche per essere oggetto di un giudizio civile. La conseguenza è stata di impedire l'esecutività della decisione arbitrale. È da rilevare che, in un'altra provincia del Canada, una fattispecie analoga è stata giudicata in maniera del tutto opposta. Nel caso *N.M.M. v. N.S.M.*, la corte suprema della British Columbia ha ritenuto che l'obbligazione discendente dagli accordi sul *mahr* fosse riconoscibile come un accordo matrimoniale valido sulla base della sezione 48 della legge sulle relazioni familiari. La corte ha ritenuto di poter disporre l'esecuzione dell'obbligazione in questione, in virtù del suo carattere sostanzialmente finanziario⁴⁴. In questo caso, cioè, riconoscendo, la natura di accordo di natura prevalentemente patrimoniale, la corte della British Columbia ha ritenuto sussistere la propria competenza, così come quella dell'arbitro, che aveva ritenuto obbligante l'accordo e ha disposto l'esecuzione dello stesso.

Questa duplice, difforme valutazione è abbastanza indicativa delle difficoltà di traduzione culturale di istituti giuridici radicati in complesse tradizioni normative: in particolare risulta evidente il rischio di fraintendere il senso di fattispecie e comportamenti ove questi vengano decontestualizzati, cioè privati del collegamento con l'ambito di esperienza culturale dal quale provengono e dal quale traggono la

matrimonio e \$30,000 al momento della morte o del divorzio del marito. Diciotto mesi dopo la coppia in questione ha chiesto il divorzio e la moglie ha potuto pretendere il pagamento della somma residua dell'accordo matrimoniale. Il marito si è opposto sostenendo la tesi che l'obbligazione in questione aveva natura religiosa e come tale non poteva essere giudicata da una corte dello Stato. Cfr. **M.E. PROVINS**, *Constructing an Islamic Institute of Civil Justice that Encourages Women's Rights*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 27, 2005, 535.

⁴³ La sezione 52(1) del Family Law Act copre quegli accordi tra coniugi, relativi ai loro diritti e doveri reciproci, al rapporto matrimoniale o al momento della separazione, all'annullamento o allo scioglimento dello stesso in caso di morte.

⁴⁴ Entrambi i casi sono riportati in **N. BAKHT**, *Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its Impact on Women*, in *Muslim World Journal of Human Rights*, Volume 1, Issue 1, 2004 Article 7, The Berkeley Electronic Press, (Electronic copy available at ssrn.com), p. 11-12.



pienezza del loro significato. Nei casi analizzati, per esempio, lo stesso istituto è stato interpretato dalle corti interpellate in maniera diversa. Esse hanno dato rilievo distinto a profili tanto apparentemente divergenti, quanto ugualmente caratterizzanti l'istituto giuridico di diritto musulmano: da un lato la prima interpretazione, sulla base di argomentazioni formalistiche, ha ritenuto il *mahr* un obbligo meramente religioso e non ha tenuto in nessun conto la sostanza del rapporto che esso istituisce tra i coniugi, che è invece per lo più economico e finanziario. Oggetto del *mahr* sono infatti somme di denaro o da altri cespiti patrimoniali determinati o determinabili. D'altro canto l'interpretazione successiva ha lasciato in ombra la finalità dell'istituto che è quella di assicurare al coniuge economicamente più debole (spesso, socialmente, la donna) una certa somma di denaro o una qualche rendita in vista dello scioglimento del matrimonio. Tale funzione economico-sociale è però pienamente comprensibile solo alla luce della sua contestualizzazione religiosa, tenuto conto dei principi di giustizia, dei rapporti di proporzionalità e di solidarietà giuridico-religiosa tra coniugi che sono propri della disciplina tradizionale del matrimonio islamico (*nikah*)⁴⁵. In entrambi i casi viene trascurata, mediante l'applicazione formalistica del principio di uguaglianza tra sessi, la condizione socialmente svantaggiata della donna in alcuni ambiti del mondo islamico, presente anche all'interno dei contesti di immigrazione. Come è evidente, nel primo caso risulta emergere dal complesso il solo carattere religioso dell'istituto, nel secondo quello meramente patrimoniale, nel terzo il profilo tecnico-giuridico legato alla dichiarazione di parità tra coniugi. Tuttavia la *salienza* di questo o quell'aspetto incide sull'interpretazione dell'istituto poiché spesso tende a far passare in secondo piano altri elementi costitutivi altrettanto *significativi*, di fatto condizionandone la traduzione giuridica⁴⁶.

Dalla casistica descritta emergono alcuni aspetti che vanno senz'altro evidenziati: è possibile che nelle società multiculturali le parti tendano a modulare i rapporti giuridici rifacendosi a tradizioni giuridiche e religiose; molto spesso queste ultime risultano estremamente complesse, ad esempio, nella loro articolazione tra fonti e giurisprudenza; gli ordinamenti religiosi richiamati possono presentarsi come internamente plurali, cioè regolamentare la medesima fattispecie con molteplici soluzioni normative; tali tradizioni normative

⁴⁵ Cfr. in riferimento alle fonti, Corano, II, 229, 237; IV, 4; XXXIII, 50; LX, 10, G. VERCELLIN, op. cit., 143. Sull'equità del *mahr* (cd. *mahr al-mithl*), J. SCHACHT, op. cit., 175.

⁴⁶ Per una metodologia di traduzione giuridica interculturale, cfr. M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, 241 ss.



rispondono spesso non solo a valori ideali e religiosi, ma sono ben radicate nelle pratiche quotidiane e sono adatte a risolvere utilmente le controversie materiali delle parti; non sempre le consuetudini religiose si presentano, di per sé, incompatibili con le norme degli ordinamenti occidentali, pur delineando strutture di istituti giuridici differenti. Questi fattori contribuiscono a delineare un particolare stato di "dicotomia normativa" tra diritto statale e diritto non-ufficiale contenuto nelle tradizioni giuridico-religiose allogene: tuttavia l'avvenuto riposizionamento di religioni non occidentali sulla scena pubblica europea, spesso quale fattore di uguaglianza delle minoranze, di promozione giuridica, di pluralismo legale può rendere obsoleto e superato il tradizionale regolamento dei rapporti confessionali basato sul dualismo pubblico/privato. I numerosi canali giuridici del pluralismo legale, invece, danno alle tradizioni giuridiche religiose la possibilità di intersecare il diritto dello stato in settori sempre crescenti, ed in maniera sempre più articolata, come dimostra l'esempio dei consigli della *shari'a*. Tale processo dinamico investe in pieno i rapporti tra Stato e confessioni religiose, ma anche, il trattamento stesso della religione, quale fattore antropologico essenziale per la differenziazione culturale, individuale o collettiva. Sotto questo aspetto, ci si può legittimamente attendere che la neutralità che si pretende dallo Stato nelle società multiculturali debba assumere una caratterizzazione nuova, di tipo "relazionale", e cioè sia calibrata sulle singole proiezioni delle differenze culturali nell'ambito giuridico. Un altri termini, rispetto all'impostazione che non ammetteva alcuna valutazione da parte dello stato circa tematiche culturali legate alla sfera religiosa, non si può ora escludere aprioristicamente che anche all'interno di posizioni fideistiche ci si possa imbattere in attori e comportamenti compatibili con motivazioni razionalizzabili, riconducibili a schemi argomentativi del diritto laico. In un contesto di questo genere la laicità dello stato si deve convertire in un giudizio di merito sulla base delle proprie premesse ordinamentali⁴⁷: la fede di un individuo o di un gruppo non può precludere che lo Stato possa porre in essere una valutazione di efficienza razionale od economica in ordine alle azioni dei singoli o dei membri di gruppi culturalmente orientati; o la possibilità di selezionare transattivamente all'interno di opzioni tra loro alternative un agire caratterizzato dalla natura religiosa e tuttavia coerente con l'ordinamento civile.

⁴⁷ Per questo aspetto, limitatamente all'impostazione italiana, sia consentito il rinvio al mio lavoro **G. ANELLO**, *Organizzazione confessionale, culture e Costituzione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, 222 ss.



5 - Critica del multiculturalismo, differenziazioni giuridiche e diritti umani

La mobilitazione delle comunità islamiche intorno al progetto di creare giurisdizioni separate e quello di utilizzare il canale dell'arbitrato per dare rilevanza al diritto religioso sembra aver scosso e messo in crisi l'approccio multiculturalista alla differenza culturale sia in termini generali⁴⁸, sia in relazione alle specifiche conseguenze che tale sistema assicura in questi casi. Un tratto che accomuna, nella critica, le iniziative dei gruppi islamici canadesi e britannici, è che esse non rappresentano una pretesa di inclusione all'interno della sfera pubblica, anzi si connotano, anche rispetto al passato, come vere opzioni di uscita o di secessione dalla sfera pubblica stessa. Questa situazione non va considerata un'anomalia, ma costituisce un esito coerente con alcune premesse delle politiche del multiculturalismo, e con l'idea politica di mantenere le comunità culturali separate l'una dall'altra, seppur per preservarne l'integrità. Certamente, come è stato osservato⁴⁹, in questo caso si assiste ad una variante a quella tradizionale del multiculturalismo, cd. ad arcipelago: non si tratta più di provvedere ad una sorta di sistemazione ordinata delle comunità culturali all'interno della sfera pubblica, consentendo ad ognuna di esse di gestire spazi normativi propri, ma di permetterne una "diversità privatizzata". Non si tratta di conferire specifici poteri alle comunità culturali in alcune materie, come nel diritto di famiglia, e di predisporre autorità giurisdizionali apposite, ma di consentire, più limitatamente la possibilità all'individuo di esternalizzare le proprie controversie dall'apparato di norme di diritto comune, favorendo una risoluzione della questione ricorrendo a misure private di definizione delle liti. È ovvio che anche questo sistema non precluda che lo Stato debba continuare a controllare l'esercizio di questi poteri di natura privatistica⁵⁰.

Tuttavia non si può non rimanere perplessi di fronte ai rischi che anche un simile approccio conserva nei confronti della tutela

⁴⁸ Cfr. **A. SHACHAR**, *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, in *Political Theory*, Vol. 28, No. 1 (Feb., 2000), pp. 64-89; per una valutazione critica del multiculturalismo in contrapposizione all'approccio interculturale, **M. RICCA**, *Oltre Babele*, op. cit., 8 ss.

⁴⁹ **A. SHACHAR**, *Privatizing Diversity*, op. cit., 581 ss.

⁵⁰ Cfr. **A. SHACHAR**, *Privatizing Diversity*, op. cit., 581 ss., in cui si descrive il passaggio da forme di "Public Accommodation" ad una "Privatized Diversity".



individuale del soggetto di diritto. Rimane difficile, infatti, anche in questo modello, sia ipotizzare forme efficaci di controllo delle dinamiche profonde di potere all'interno delle comunità culturali; sia, rispetto ad aspetti tecnici specifici, assicurare l'omogeneità delle decisioni deferite ai collegi arbitrali, visto che l'Islam prevede una molteplicità di scuole o dottrine giuridiche; ancora, e soprattutto, non si può escludere il pericolo che l'esternalizzazione della differenza culturale si presti ad abusi o a brusche inversioni di rotta, dando luogo a forme dissimulate di dominio della maggioranza sulla minoranza, attraverso il ricorso a meccanismi simili a quelli che vigevano negli ordinamenti giuridici di governo coloniale⁵¹.

Un altro punto va esaminato. I processi di differenziazione giuridica descritti, complessivamente volti a ricavare spazi di rilevanza o modalità di intersezione (o di ibridazione) di diritti religiosi all'interno delle cornici giuridiche di diritto statale, mettono in evidenza tutte le difficoltà tese a valorizzare i processi di autonomia delle minoranze e, simultaneamente, a garantire il rispetto dei diritti umani al loro interno. Non a caso contro l'ipotesi di rilevanza del diritto religioso islamico in Canada o in Inghilterra sono stati elevati molteplici argomenti basati essenzialmente sulla tutela dei diritti fondamentali delle donne. In Canada, fino all'intervento legislativo risolutore, la possibile devoluzione di questioni personali tra coniugi musulmani ad un tribunale di arbitrato che applicasse il diritto religioso è stata aspramente criticata in virtù di ben precise motivazioni, in particolare, che non fosse possibile tutelare la posizione di uguaglianza della moglie, ove questa fosse stata lesa dalle decisioni arbitrali, e ciò a causa della natura privatistica del processo di arbitrato che non prevedeva una tutela analoga a quella delle sentenze dello Stato. A questo proposito si segnalava infatti che la *Carta Canadese dei diritti e delle libertà* del 1982 (la quale costituzionalmente protegge, espressamente, i cittadini canadesi da eventuali forme di discriminazioni da parte dello Stato) non poteva essere richiamata nel caso di composizione privata, e pertanto non riguardava gli arbitrati di per sé. Inoltre si dubitava che le donne fossero in radice in grado di negoziare accordi e assumere impegni giuridici in condizioni di reale autonomia e consapevolezza.

⁵¹ Per un'analisi dettagliata di questi fenomeni, limitatamente al diritto italiano, sia permesso il rinvio al mio studio su *Colonialismo giuridico italiano. Archeologia della subalternità legale nei contesti multiculturali*, relazione presentata al seminario *Mediorientarsi* sul tema «Insediamento islamico e cultura giuridica italiana», Facoltà di Scienze Politiche, Università di Pavia, 8 maggio 2008, in corso di pubblicazione. Per un'analogia con la situazione europea e occidentale odierna S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale*, Ombre corte, Verona, 2008, 32.



Infine la concezione canadese del diritto di famiglia, come settore del diritto in cui favorire in ogni caso l'autonomia degli individui, mal si sarebbe adattata a processi di composizioni interni delle comunità islamiche, soprattutto in relazione ad una eventuale condizione di subalternità della donna.

A onor del vero va detto che quest'ultimo tipo di antinomie non sono infrequenti in paesi la cui legislazione è contrassegnata da forti logiche individualistiche. E ciò anche fuori da situazioni marcate dalla differenza culturale. In Canada, appunto, il diritto di famiglia è permeato dalla concezione secondo cui un intervento eccessivo dello stato nella regolamentazione dei rapporti tra coniugi sarebbe non solo sconveniente in termini di efficienza nella definizione della controversia ma anche paternalista; e si ritiene che le parti siano in grado di trovare consensualmente le soluzioni migliori ai propri problemi⁵².

Valutazioni del medesimo tenore riguardano la compatibilità tra i giudizi arbitrari basati sulla shari'a e la tutela dei diritti delle donne in Inghilterra. Ci si è chiesti se l'interazione tra religione e sistemi alternativi di risoluzione delle liti possa davvero costituire nuove ed efficienti forme di amministrazione in materia di diritto di famiglia o se questi procedimenti possano minare gli universali principi di giustizia, uguaglianza e comune cittadinanza di fronte alla legge. Ed anche in questo caso la natura privatistica della regolamentazione arbitrale potrebbe costituire un profilo di impedimento giuridico ad una efficace tutela dei diritti umani. Alcuni dubbi si sono posti circa il coordinamento tra le norme dello *Human Rights Act* del 1998 e le operazioni di arbitrato. Il primo stabilisce, tra l'altro, che senz'altro tutte le pubbliche autorità, inclusi corti e tribunali, debbono agire nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; ma è dubbio che la proposizione della sezione 6 (3), secondo cui *l'espressione "pubblica autorità" include a) una corte o un tribunale, e b) ogni persona che esercita funzioni di natura pubblica* possa in effetti includere tra le autorità pubbliche anche gli arbitri. Una parte della dottrina inglese

⁵² Cfr. N. BAKHT, op. cit., 3 ss. Vedi, a proposito, la famosa sentenza *Hartshorne v. Hartshorne* 2004 S.C.C. 22 para. 36 [Q.L.] [*Hartshorne*], in cui la Suprema Corte canadese ha ritenuto valido un accordo di divisione del patrimonio familiare, che nonostante potesse risultare oggettivamente vessatorio per una delle parti interessate, era stato consapevolmente accettato dalla parte sfavorita. In tal caso si è data prevalenza all'impegno assunto tra le parti al momento dell'accordo prematrimoniale, visto che entrambe sono state ritenute sufficientemente informate e tecnicamente avvisate per sottoscrivere quel tipo di obbligazione. È stato ritenuto decisivo il principio in base al quale gli individui possono scegliere la struttura dei loro rapporti in un numero diverso di modalità, e ciò stesso costituisce una loro prerogativa fondamentale, v. p. 8.



ha cercato di risolvere lo stato di incertezza collegando la nozione di collegio arbitrale, designato con la locuzione *Arbitral Tribunal* nella legge di arbitrato, a quella di *tribunal* richiamata dal testo dello *Human Rights Act*. Quest'ultimo afferma che con la parola "tribunale" s'intende ogni autorità presso la quale possono svolgersi procedimenti legali⁵³. Ma da un lato rimane discutibile la possibilità di considerare il collegio arbitrale come una pubblica autorità, in considerazione della temporaneità della sua autorità legata alla concomitanza del deferimento della controversia da risolvere; inoltre, procedendo nella valutazione interpretativa, rimane comunque incerto se l'arbitrato possa, in effetti, essere considerato a tutti gli effetti un "legal proceeding". Si tratta di una questione, a tutti gli effetti, ancora non risolta⁵⁴.

D'altra parte, non appare opportuno sottovalutare quanto la mobilitazione delle associazioni islamiche significhi in relazione al riconoscimento e alla promozione dell'uguaglianza religiosa e culturale di queste minoranze. A questo proposito risultano indicativi i risultati di diversi rapporti di studio e di valutazione sulla condizione e sulla autopercezione dei gruppi musulmani in Inghilterra⁵⁵ e in Europa. Ad esempio, secondo il recente Rapporto *Living Apart Together: British Muslims and the Paradox of Multiculturalism* del 2007, il 37 per cento dei musulmani britannici si è detta favorevole ad essere sottoposta al regime della *shari'a* in materia di diritto di famiglia⁵⁶. Anche la condizione delle donne islamiche in Europa è stata monitorata e i risultati di queste ricerche mantengono fermo il valore della religione islamica nella percezione della identità emotiva e ideale femminile. Nel Rapporto *Europe's Muslim women: potential, aspirations and challenges* del 2008, sono state intervistate diverse donne appartenenti alla comunità musulmana europea, in particolare di Belgio, Inghilterra e Italia. Nessuna ha sostenuto di essere costretta con la forza a seguire la religione islamica, le intervistate piuttosto hanno sostenuto di essere legate ad essa e di professarla liberamente; anzi i principi islamici sono stati descritti, non come una imposizione alla cieca di precetti religiosi,

⁵³ *Human Rights Act*, sezione 21 (1), «"tribunale" means any tribunal in which legal proceedings may be brought».

⁵⁴ Cfr. L. PASSANANTE, op. cit., 1427 ss.

⁵⁵ Cfr. M. OLSEN, *From the Crick Report to the Parekh Report: Multiculturalism, Cultural Difference, and Democracy: The Re-Visioning of Citizenship Education*, in *British Journal of Sociology of Education*, vol. 25, no. 2, (Apr., 2004), pp. 179-192.

⁵⁶ Pubblicato da Policy Exchange, www.policyexchange.org.uk.



ma come una fonte razionale della propria personalità, di modo che ogni individuo dovrebbe essere lasciato libero di seguirli⁵⁷.

Ciò considerato, ferma restando la condanna per ogni ipotesi di violazione del diritto di uguaglianza, la fedeltà alla propria cultura religiosa può determinare in capo alle stesse donne islamiche forme di problematizzazione della propria soggettività giuridica. Questa, in effetti, dipende dalla condizione personale particolare di ognuna di esse, spesso caratterizzata dalla commistione di interessi diversi e a volte in conflitto tra di loro. Ma, a tal riguardo, sarà utile fare un esempio pratico.

La dottrina ha individuato nei cd. *limping marriages* o “matrimoni zoppicanti” una delle fattispecie che mettono maggiormente in discussione l’integrazione tra cultura religiosa e tutela dei diritti individuali fondamentali. I “*limping marriages*” sono quei matrimoni riconosciuti validi da un ordinamento (per esempio, religioso) e non validi per un altro (per esempio, statale). Può accadere che una donna ottenga il divorzio secondo la legge dello stato ma non secondo la legge religiosa: che essa ottenga un provvedimento del giudice dello stato⁵⁸, ma non il *talaq* o ripudio (cioè la forma rituale di scioglimento del matrimonio islamico) da parte del marito. In un caso simile sarà divorziata secondo il diritto statale ma ancora sposata per il diritto religioso. In una tale condizione certamente ella potrà avere difficoltà a trovare un marito che intenda sposarla secondo la legge religiosa, all’interno della comunità musulmana. In molti casi il diniego di pronunciare il *talaq* da parte del marito si traduce in un mezzo per costringere la donna ad accettare, anche rispetto al procedimento civile, condizioni peggiori rispetto agli obblighi economici, di affidamento della prole, o alla divisione di proprietà in comune. È ovvio, in casi del genere, che il fatto che lo Stato non riconosca la validità delle norme di

⁵⁷ V. S. SILVESTRI, *Europe’s Muslim women: potential, aspirations and challenges*, King Baudouin Foundation, Brussels, 2008, reperibile su www.olir.it, di cui si riporta un estratto (p. 6): «For instance, despite recent vocal attacks of controversial Muslim intellectuals and female activists denouncing female repression in their religion and culture of origin, all the respondents of this research affirmed to love and follow their religion freely. Islamic principles and practices were seen not as blind impositions but as a rational source of personal morality that the individual is free to follow. They were adamant in explaining that they were not submitted by their faith. On the other hand, they rejected the culturalist approach of those communities and religious leaders that often exploit Islam to impose ethnic rather than faith-based beliefs and un-necessarily strict norms of conduct».

⁵⁸ Dal 1973, per esempio, in Inghilterra non vi sono più forme di divorzio extragiudiziale, ma si possa sciogliere definitivamente il matrimonio per mezzo di una sentenza emanata (*decree granted*) da una corte civile.



diritto islamico non evita comunque conseguenze dannose nei confronti della donna e incida, di fatto, sulla sua soggettività giuridica⁵⁹. Per enfatizzare questa condizione una dottrina ha coniato l'efficace espressione di «*split status position*», per indicare la condizione di chi mantiene uno status giuridico personale frazionato, si potrebbe dire *fratturato*, tra l'osservanza delle prescrizioni religiose e la soggezione alle leggi dello stato: può essere il caso, appunto, di una donna divorziata secondo il diritto statale, ma ancora legata al coniuge secondo il diritto religioso "non ufficiale"⁶⁰. Ed è facile notare che, rispetto ai due corni dell'alternativa, non vi sia possibilità alcuna di conciliazione: ogni scelta porta con sé uno svantaggio. Un'altra situazione del genere si realizza nel caso di rapporti poligamici "di fatto"⁶¹: accettare che il marito possa prendere con sé una seconda moglie garantisce alla donna la prosecuzione della vita coniugale, ma indebolisce la sua posizione giuridica in termini di uguaglianza; d'altro canto, l'eventualità di rivolgersi ad un tribunale statale per sciogliere un legame matrimoniale non più proseguibile tutela in modo formale i diritti della donna, ma può comportare la rottura rispetto ai propri modelli culturali, e un pregiudizio psicologico e sociale immediato.

6 - Le "conseguenze" della cultura e il diritto

Richiamare, in conclusione, il contenuto del Patto dei diritti civili e politici del 1966, che promette alle minoranze un diritto ad una vita culturale propria, suggerisce, alla luce di quanto esposto, un interrogativo impegnativo: quali responsabilità assume, con una norma siffatta, un ordinamento giuridico democratico quando alcune "conseguenze della cultura" inducono le minoranze o i gruppi culturali a non assimilarsi e a marciare invece imperterriti verso una differenziazione chiusa a qualsiasi possibilità di transazione? Sembra abbiano intrapreso questa direzione i gruppi allogeni culturalmente coesi, una volta che se n'è presentata occasione. Per cercare di rispondere a questo quesito si deve muovere da due premesse, che non possono essere date per scontate.

La prima riguarda una constatazione di fatto, una sorta di prognosi sociologica sulle conseguenze di breve periodo dell'incontro

⁵⁹ Cfr. I. YILMAZ, *Muslim Alternative*, op. cit., 131.

⁶⁰ V., per questa espressione, A. SHACHAR, *Privatizing Diversity*, op. cit., 576.

⁶¹ Sulla poligamia in Inghilterra v. S.A. PRAKASH, *Attitudes to Polygamy in English Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 2 (Apr., 2003), pp. 369- 400, e F. SONA, *Polygamy in Britain*, in www.olir.it, Luglio 2005.



tra comunità culturalmente differenziate. È inevitabile che le conseguenze della diversità culturale investano, in modo minore o maggiore, l'ambito del diritto, poiché esse condizionano comportamenti, consuetudini, interpretazioni, tutte attività umane che hanno una precisa valenza normativa, e un'immediata ricaduta ideale e pratica. Se è sempre difficile riuscire a dare una definizione di "cultura" esaustiva per le analisi giuridiche, è più semplice individuare, nella vita di tutti i giorni e nei comportamenti quotidiani, le conseguenze giuridiche della diversità culturale. La richiesta di differenziazione giurisdizionale è, per esempio, riconoscibile come una tra queste conseguenze. Le esperienze canadesi e inglesi dimostrano poi come tutte le previsioni circa un progetto di integrazione culturale basato sull'assimilazione spontanea "degli altri" siano di fatto falliti con il passare del tempo⁶². Il preteso processo di assimilazione si sarebbe dovuto articolare in tre fasi: nella prima i musulmani avrebbero potuto non conoscere le condizioni legali di alcuni istituti; nella seconda essi avrebbero imparato a seguire alcune regole e condizioni della *lex loci*; quindi avrebbero abbandonato totalmente il diritto consuetudinario, in un progresso continuo e razionale, e avrebbero usato solo il diritto autoctono. La dicotomia tra il diritto ufficiale e il diritto islamico non ufficiale era stata considerata meramente temporanea, poiché si era ritenuto che presto o tardi le minoranze etniche insediate e stabilizzate si sarebbero rivolte e comportate secondo il diritto del luogo. Tuttavia non vi sono segnali che tale terza fase sia venuta ad esistenza: le norme e alcune consuetudini di origine religiosa sono, tra le altre, ancora presenti⁶³. Al contrario, nelle esperienze descritte, si nota una persistente e ciclica riemersione delle istanze di richiamo e di riconoscimento del proprio patrimonio culturale. Nel contesto inglese i conflitti culturali si sono tradotti in un primo tempo nella scollatura tra diritto positivo statale e un diritto non riconosciuto, ma seguito direttamente dai musulmani tra le pieghe della normativa familiare, di immigrazione, o di arbitrato. Esse vengono confermate dai risultati dei rapporti sulla presenza islamica in Europa. Di più, si potrebbe dire che la persistenza di una tradizione giuridica "immigrata" - spesso solamente *agita* dai gruppi immigrati, altre volte richiamata formalmente - potrebbe trasformarsi, proprio perché relegata in una

⁶² S. POULTER, *Ethnic Minority Customs, English Law and Human Rights*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 3 (Jul., 1987), pp. 589-615.

⁶³ Per numerosi esempi, in materia di diritto di famiglia, cfr. I. YILMAZ, *The challenge of post-modern legality and Muslim legal pluralism in England*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 28, no. 2, April 2002, 346 ss.



situazione di continuato misconoscimento, in una sorta di sfida al pluralismo giuridico europeo.

E qui si approda alla seconda riflessione, di natura politica. Non si può escludere che la condizione di multiculturalità possa innescare processi conflittuali. Anzi, a parere di chi scrive, essa è in grado di fomentare una lotta per il riconoscimento culturale, radicata a sua volta, in maniera profonda, sulla tutela della dignità della persona umana⁶⁴. In Canada ed in Inghilterra tale lotta di riconoscimento si è tradotta in iniziative che si sono via via precisate e hanno trovato, si può dire, progressiva efficacia. Le richieste sono state, in prima battuta, quelle di una differenziazione di *status* su basi religiose ed esse non sono state affatto ricevute. Successivamente, però, sono stati posti in essere comportamenti che conducevano ad una sorta di ibridazione di fatt, potrebbe dirsi socio-giuridica, tra consuetudini religiose e norme di diritto⁶⁵. Si tratta di situazioni, spesso para-legali o illegali, che sono

⁶⁴ Cfr. la lezione di **G. H. MEAD**, *Mente, Sé e Società*, Giunti, Firenze, trad. di R. Tettucci, 1966, 209; richiamata esplicitamente dal filosofo **A. HONNETH**, *Lotta per il riconoscimento*, il Saggiatore, Milano, trad. di C. Sandrelli, 2002, 97 ss.

⁶⁵ Per queste cfr. in generale le teorie della *angrezi shariat* o di *postmodern hindu law* di Werner Menski. Cfr. altresì la proposta di Sebastian Poulter, op. cit., p. 599, di ricostruire una teoria generale di riconoscimento delle consuetudini delle minoranze etniche presenti in Gran Bretagna, facendo affidamento sulla caratteristica flessibilità del diritto giudiziale inglese (*judicial flexibility*).

Per alcuni esempi di "ibridazione" si pensi alle pratiche poligamiche mimetizzate con l'utilizzo di schemi giuridici occidentali: in Inghilterra la procedura per ottenere il divorzio può essere semplice e informale (il 98% dei matrimoni inglesi viene sciolto con una procedura speciale in cui non vi è assistenza di difensori): su questa base i musulmani tendono a divorziare più volte al fine di sposarsi più volte come stabilisce il diritto religioso. La flessibilità della procedura di divorzio ha permesso ai musulmani britannici di mantenere in parte le proprie consuetudini in materia di divorzio, cfr. **I. YILMAZ**, *Muslim Alternative*, op. cit., 128. O ancora si pensi all'utilizzo delle possibilità concesse dalla legge inglese sull'immigrazione: molto spesso i musulmani insediatisi sul territorio non colgono le contraddizioni tra legge religiosa e legge civile, anzi si sforzano di utilizzare il diritto ufficiale in quegli aspetti che consentono loro di salvaguardare il diritto non ufficiale (*muslim post-modern legality*), cfr. **W. MENSKI**, *Diritto matrimoniale inglese e legge musulmana*, in **A. FERRARI**, *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, il Mulino, Bologna, 2008, 129 ss.

Si possono portare esempi anche in tema di poligamia: in particolare due ipotesi:

- un uomo, la cui moglie vive all'estero, può sposarsi con una cerimonia solamente religiosa (*nikah*) in Gran Bretagna senza divorziare dalla prima, in modo da chiedere successivamente il ricongiungimento con la prima moglie e i suoi eventuali figli;

- un uomo divorzia dalla prima moglie secondo il diritto inglese ma non secondo il diritto islamico, in modo tale da potersi sposare una seconda volta. In un caso di questo genere la prima moglie viene considerata dalla comunità ancora legata al marito.



difficilmente limitabili, poiché si producono piegando alcune prescrizioni giuridiche a finalità che non sono loro proprie. Tuttavia in molti casi l'ibridazione determina un indebolimento della tutela giuridica delle parti interessate. Da ultimo, sono prospettabili ipotesi di intersezione legale tra diritto religioso e giurisdizione statale all'interno della cornice dell'arbitrato. Anche in questo caso tuttavia non si può escludere che un simile incrocio, di per sé lecito, non possa produrre effetti criticabili, volti alla secessione delle comunità culturali dalla società civile.

Vista la gravità di conseguenze simili, in relazione ai compiti e al funzionamento del progetto democratico, e vista la tendenziale progressione di incidenza di tali processi sul piano della realtà sociale, appare indifferibile una valutazione specifica di quelle che si sono definite "conseguenze" della differenza culturale sul diritto. Si tratta cioè di considerare la cultura dei destinatari delle norme giuridiche non come una caratteristica scontata e invariante, bensì come una variabile tecnica di cui tener conto in relazione alle valutazioni di prognosi giuridica essenziali per il corretto funzionamento di un sistema di diritto.

Tale assunto comporta due precauzioni, una di tipo giuridico, una di tipo culturale: da un lato la particolare finzione di omogeneità e di analoga ragionevolezza del soggetto medio di diritto non può più fare affidamento su parametri predefiniti; ciò implica che si debbano tenere in considerazione, in modo sempre più diffuso, i codici culturali utilizzati dai protagonisti delle relazioni giuridiche. Dall'altro, ma si tratta di un profilo quasi indistinguibile dal precedente, non si può non valutare il diritto stesso come un prodotto culturale e adottare una prospettiva di analisi giuridica appropriata⁶⁶.

7 - Il diritto come prodotto culturale

Il diritto non è destinato ad operare su un *vacuum* socio-psicologico, ma conta anche sulle capacità cognitive dei destinatari delle norme. Il mutamento o la precisazione delle tecniche di valutazione e di prognosi

Cfr. per questi esempi, F. SONA, op. cit., 13-14. Questi comportamenti tuttavia rappresentano un "grado zero" dell'ibridazione giuridica poiché, nonostante la loro pratica sia frequente, in ogni caso la seconda moglie rimane legalmente non riconosciuta; nel caso in cui questa donna venisse successivamente e di fatto abbandonata risulterebbe sprovvista di ogni tutela di diritto.

⁶⁶ Per questo cfr. M. RICCA, *Oltre Babele*, op. cit. 217 ss. e M. RICCA, *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, 7 ss. e 87 ss.



costituiscono necessari adattamenti al mutamento della realtà sociale. Tutti gli individui, nei loro moti di spostamento o di insediamento, portano con sé, oltre alle valigie, un proprio patrimonio culturale. Questo è costituito da cognizioni predefinite, teoriche e pratiche, spesso idealizzate. Tale repertorio cognitivo esiste all'interno delle menti degli individui e serve loro per orientarsi, discutere, confrontarsi, definire, categorizzare, interpretare la realtà esterna ma anche il proprio comportamento sociale⁶⁷. Tale armamentario è essenziale, di esso l'individuo non può fare a meno, ed è indispensabile nel momento in cui si è chiamati ad affrontare situazioni nuove. Ovviamente esso varia da individuo ad individuo, cioè può essere costituito da nozioni complete e consapevoli o essere approssimativo e inconscio; può essere fondato su premesse religiose o secolarizzate; articolato attorno a precisi principi morali o vago e indefinito. In tutti i casi esso incide profondamente sulla capacità stessa di creare le categorie dell'esperienza. E sotto questo aspetto, quale vera e propria impellenza di categorizzazione, tale repertorio intreccia numerosi domini della vita – familiare, economico, politico, legale o tecnologico – collegandoli inevitabilmente gli uni agli altri. Inoltre, nel cucire in maniera funzionale campi dell'esperienza apparentemente disconnessi, finisce, una volta formatosi, per far apparire il quadro complessivo che ne deriva non solo logico e ovvio, ma anche immanente e naturale⁶⁸. In breve, l'uomo crea la propria esperienza unendo insieme saperi e prassi disparati, e ciò costituisce il processo volto alla fabbricazione di un universo di significati che finisce per apparire totalmente "naturale"⁶⁹. Questa sorta di inventario inoltre costituisce uno strumento unitario a disposizione dell'individuo per agire socialmente e giuridicamente, sicché anche il diritto appare, in questa concezione, inscindibilmente connesso all'esperienza culturale complessiva (*a fortiori*, dei gruppi). Ciò vale soprattutto nel momento in cui il sistema giuridico non venga visto solo come un meccanismo per risolvere le controversie, come un metodo per articolare nella società i differenti gradi di potere materiale o come la reificazione dei valori delle persone, ma sia considerato, nel suo insieme, come una struttura ordinante il vivere sociale, la cui efficacia si basa sulla sua aderenza agli altri settori della vita dei

⁶⁷ Per questa definizione cfr. **A. SMORTI**, *La psicologia culturale*, Carocci, Roma, 2003, 68.

⁶⁸ Cfr. **F. REMOTTI**, *Tradurre e convivere. L'antropologo e il diritto interculturale*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, il Mulino, Bologna, 8/2008, 97 ss., sul concetto di "ottundimento".

⁶⁹ Cfr. per questa concezione **L. ROSEN**, *Law as Culture. An Invitation*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, 4.



soggetti di diritto. È su queste basi che si può considerare il diritto come a una parte di un più ampio dominio culturale. In una prospettiva di questo tipo, mettere a fuoco tutte le connessioni tra le varie “voci” dell’esperienza culturale diventa un’operazione cognitiva essenziale per comprendere e determinare appieno il significato e il valore delle relazioni sociali interculturali. Se riferita al diritto, quindi, questa constatazione impone alcune cautele, anche in relazione allo studio e alla valutazione delle relazioni tra “famiglie giuridiche”: la circolazione delle persone crea di fatto “zone di contatto” interculturali⁷⁰ in cui, in modo temporaneo o duraturo, si confrontano sistemi consolidati, validi ed efficaci e diritti non ufficiali ma “possibili” in contesti culturali diversi. Allora la questione non è né quella di intraprendere una ricerca volta a individuare negli istituti di diritto eventuali “universali” giuridici, né quella di avvicinarsi ad ogni sistema giuridico come in un virtuoso esercizio collezionistico; piuttosto consiste nel mettere a fuoco le connessioni tra i vari ambiti dell’esperienza culturale, considerate le forme di socializzazione delle persone⁷¹, per poi guardare alle teorie e agli istituti giuridici all’interno di una cornice di interpretazione più ampia. Ciò orientandosi per mezzo di fini e di valori costituzionalmente riconoscibili, seppur espressi in moduli giuridici apparentemente differenti⁷². Proprio l’interrelazione tra i diversi domini dell’esperienza rappresenta contemporaneamente la maggiore difficoltà di traduzione e la più forte ragione dell’istanza di riconoscimento proveniente da culture complesse e allogene⁷³. La casistica osservata nell’attività degli *Shari’a Councils* in tema di *mahr* è emblematica a questo proposito: si è visto come, nella valutazione del giudice dello stato, siano venuti alla luce, di volta in volta e solo parzialmente, le connessioni dell’istituto giuridico con i settori dell’esperienza religiosa, giuridica, finanziaria, etica e sociale. Anche il tema dei “limping marriages” ha dimostrato

⁷⁰ Cfr. E. SAID, *An ideology of difference*, in *Critical Inquiry* 1985, 12 (1): 38-58.

⁷¹ Cfr. quanto afferma X. CHRYSOCHOOU, *Diversità culturali. Psicologia sociale della differenza*, Utet, Torino, 2006, 17, sulla relazione tra percezione di se stessi e tipo di cultura in cui è avvenuta la socializzazione.

⁷² Cfr. L. ROSEN, op. cit., 12-13; vedi anche la teoria dell’internormatività dei processi di giuridificazione di N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, traduzione di Roberta Aluffi Beck-Peccoz, 1992, p. 144 ss.

⁷³ Non a caso S. FERRARI, *The transformation of European religious landscape: a legal perspective*, paper presentato a *Judging Values - International Congress of Justice and Human Values in Europe*, Karlsruhe 2007, nota che l’Europa è al varco di una trasformazione: «Europe is in the middle of a process of transformation which can be defined as the passage from religious pluralism to cultural and ethical pluralism, often characterized by a strong religious foundation», p. 1. Per questo documento cfr. www.werturteile.de/customize/pdf/Ferrari.pdf.



come il matrimonio possa trovare la sua pienezza di significati non solo nel collegamento con prassi normative di diritto statale che ne regolano durata e scioglimento, ma anche nei nessi di dipendenza sociale ed emotiva di una donna rispetto ad un gruppo sociale minore, quale quello dei parenti o dei conoscenti prossimi.

L'approccio al diritto come ad un prodotto dell'esperienza culturale è estremamente complesso e attualmente ancora in fase di sperimentazione⁷⁴. Rimane oggi tutto da scandagliare il modo in cui i diritti si comportano come culture; rimangono sfocati i nessi di collegamento tra istituti giuridici e i domini più diversi dell'esperienza umana, come quello religioso, morale, tecnologico, psicologico. Ciò soprattutto quando si allarghi, come l'interculturalità impone, lo sguardo verso tradizioni giuridiche non occidentali, le quali sono caratterizzate da un fondamento religioso molto forte. A questo proposito va fatta un'ulteriore precisazione. I repertori che affondano le radici nella religione sono in grado di costituire sistemi semiologicamente potenti: la religione infatti costituisce un bacino di saperi e prassi pressoché sconfinato che caratterizza o ha caratterizzato storie, miti, pratiche, memorie organizzative di diverse generazioni, e a tutte le latitudini. Ovviamente se da un lato tale interrelazione offre molteplici indici da sfruttare, ove si ammetta la possibilità di scorgere nell'agire religioso comportamenti razionalmente fondati, dall'altra la dipendenza di alcuni comportamenti sociali dagli insondabili aspetti della coscienza tende a compromettere il grado di negoziabilità delle scelte da effettuare da parte dello Stato, e ciò in tutti i casi in cui si faccia rinvio diretto alla dimensione fideistica⁷⁵. Ne è dimostrazione, nel settore studiato, la discussione sempre aperta e sempre problematica sulla posizione della donna nelle fonti del diritto islamico.

8 - Conclusioni: richiamo ad una prospettiva giuridica interculturale

Riassumendo, nei processi di differenziazione, di ibridazione o di intersezione tra tradizioni giuridiche vanno esaminate tutte le loro caratteristiche peculiari, vale a dire culturali, da parte di chi svolge un'analisi giuridica.

Vi sono stati casi in cui le minoranze hanno manifestato una preferenza per la devoluzione di alcune controversie ad una giurisdizione diversa da quello dello stato. Tuttavia una simile richiesta

⁷⁴ Per il diritto cfr. **M. RICCA**, *Dike meticcias*, op. cit., 7 ss.

⁷⁵ In tal senso **S. FERRARI**, op. cit., 3.



porta con sé il rischio di una divaricazione conflittuale tra la comunità di immigrati e quella autoctona. Limitatamente agli esempi qui trattati, non possono trascurarsi le perplessità circa la compatibilità tra tutela dei diritti fondamentali e la dimensione privatistica dell'arbitrato; né vanno sottovalutati i processi di sedimentazione del potere che i modelli di giurisdizione separata favoriscono sia all'interno delle comunità, che finiscono per essere gestite, fuori da ogni controllo, dai leader religiosi; sia all'esterno, ove la posizione giuridica della minoranza può essere facilmente posta in una condizione di subalternità politica e giuridica dalla maggioranza, ad esempio tramite il richiamo all'ordine pubblico. D'altronde questi processi di differenziazione giuridica non possono essere trattati solo alla luce dei principi di valorizzazione e di organizzazione dell'autonomia dei gruppi all'interno dell'ordinamento pluralista, poiché in quanto fenomeni culturali sono dotati di una valenza giuridica tutta particolare, legata alla potente valenza controfattuale delle relative istanze di riconoscimento: i sistemi giuridici religiosi sono poderosi apparati argomentativi che affondano le loro radici nella storia dell'umanità e che traggono vigore dalla rapidità degli spostamenti di persone per il globo impressi dalle interdipendenze economiche e politiche. Una medesima pretesa di riconoscimento, come ad esempio, quella relativa ai legami poligamici, può essere oggi contemporaneamente sostenuta tanto con argomenti religiosi quanto di diritto internazionale privato⁷⁶.

Certamente nell'emersione delle richieste di strutture organizzative differenziali va intercettata una componente che vede in queste iniziative espressioni di uno spirito antiautoritario da parte di alcuni gruppi, soprattutto nella misura in cui la morfologia della soggettività giuridica statale sia percepita come assolutamente impermeabile alle aspettative e alle proposte dell'altro. Questa componente rende estremamente rischiose le iniziative volte a favorire un processo di separazione di "gruppi paritari" di nuova formazione, sebbene all'interno di una dimensione liberale e pluralista. D'altra parte questi tentativi sembrano ineludibili nella fase di transizione ad una dimensione della giuridicità sinceramente democratica e interculturale, come dimostra la periodica riemersione della proposta di creare status giuridici personali.

⁷⁶ Cfr., per un esempio di questo tipo, le problematiche in materia di ricongiungimento familiare di persone provenienti da paesi come il Pakistan e il Bangladesh in E. CALÒ, *Sui rapporti fra common law e statute law nella norma di conflitto*, Studio n. 4430 del Consiglio nazionale del notariato, p. 6 ss. consultabile in www.notariato.it.



Molti dei pericoli segnalati, sempre in agguato in una dimensione marcatamente frammentata dal punto di vista religioso, politico e sociale, possono essere controllati solo se si prende sul serio la dimensione culturale delle proposte di riconoscimento. Ciò implica innanzitutto la necessità di sviscerare e, quindi, relativizzare la dimensione culturale del diritto statale. In seconda battuta occorre considerare i diritti religiosi non quali retaggi di una diversità remota nel tempo e nello spazio, ma valutarli alla stregua di prodotti culturali, quali bacini di significati, valori e pratiche condivise e potenzialmente razionali o razionalizzabili. In una accezione di questo tipo la prospettiva di studio deve essere funzionalmente casistica, attenta alle connotazioni antropologiche dei fatti giudiziari o delle negoziazioni sociali, e rifuggire da un approccio meramente legalistico e istituzionale. Nelle fasi di diaspora o di crisi identitaria i diritti religiosi, sebbene prodotti e sviluppatisi in tempi remoti, diventano bacini di significati, di ortoprassi, di valori sociali e di un diritto non ufficiale, costituendo in tal modo una riserva di senso a disposizione delle costruzioni dei gruppi in condizioni di subalternità⁷⁷. Queste caratteristiche spiegano bene la certa qualità performativa della tradizione giuridica islamica. Una cultura religiosa complessa come questa, come accennato, non solo produce senso per la singola esperienza individuale, ma costituisce un repertorio più ampio di principi che permette, nella cornice della religione, di agire secondo fini socialmente riconoscibili⁷⁸. Questi schemi tendono inoltre a motivare le persone, quindi a orientarle nei processi di scelta da affrontare quotidianamente. Inoltre non occorre trascurare il fatto che, nei processi di insediamento, tradizioni giuridiche e religiose particolarmente complesse possono offrire all'agente modelli di comportamenti sociali, istituti giuridici, soluzioni normative razionali, pragmatiche, coerenti ed

⁷⁷ Cfr. N. HOPKINS, V. KAHANI-HOPKINS, *Identity construction and British Muslims'*

political activity: beyond rational actor theory, in *British Journal of Social Psychology* (2004), 43, 339-356. Gli autori sostengono che l'identità dei musulmani britannici è oggetto di una costruzione strategica. Nella realtà dei processi di immigrazione in Gran Bretagna tale identità sembra non avere consistenza unitaria, poiché i gruppi di immigrati provengono da aree geografiche e culturali anche molto diverse. Tuttavia un processo di costruzione artificiale e progressiva tende a manifestarsi nei processi di partecipazione politica, soprattutto sfruttando l'asse di opposizione tra cittadini islamici e ordine sociale non islamico, p. 344. Gli autori prendono in esame anche la questione dell'efficacia retorica dei frequenti richiami, nel dibattito politico attuale, ad un passato remoto ed "aureo" dell'Islam, p. 354.

⁷⁸ G. MANTOVANI, *L'elefante invisibile. Alla scoperta delle differenze culturali*, Giunti, Firenze, 2005, 145; G. MANTOVANI, *Intercultura*, il Mulino, Bologna, 2004, 86.



efficaci, perché frutto di lunghe ipotesi di sperimentazione storica in altri contesti politico sociali.

La dipendenza dei comportamenti delle persone dalle matrici culturali più immediate, quindi anche al di fuori da una prospettiva di stretto diritto, si rivela in modo particolare nella condizione di interculturalità di fatto che contraddistingue la società europea contemporanea. Nei contesti di migrazione, in cui parte della vita si svolge spesso all'interno del proprio gruppo di parentela o di provenienza, le decisioni degli individui possono essere seriamente condizionate dai pregiudizi culturali, dal contesto esterno e dalla difficile interazione con il repertorio culturale personale degli agenti. Ma nonostante le resistenze i rapporti giuridici tendono ad intersecare i gruppi culturali. Si tenga conto, inoltre, che non di rado, in circostanze di questo genere, non tutte le decisioni possono essere giustificate razionalmente, poiché non sempre si possono conoscere o acquisire tutte le informazioni necessarie. Simili condizioni cognitive possono essere realisticamente riferibili ai gruppi di immigrati, anche all'interno di una prospettiva tecnico-giuridica, senza tuttavia dimenticare le connessioni che il diritto presenta con tutti i domini della cultura più ampiamente intesa. Molte delle valutazioni sulle forme "culturali" delle scriminanti penali operano sulla base di questo tipo di logica⁷⁹. Ma non è questo il profilo che qui interessa. Piuttosto vale la pena sottolineare che in circostanze di questo tipo la propensione dell'immigrato (ma non di tutti gli immigrati) per un giudizio differenziale sia comprensibile anche in relazione all'aspettativa, vale a dire all'immagine, di giustizia che il singolo individuo conserva dentro di sé. Il caso della donna "fratturata" dalla scelta se porre termine ad un matrimonio secondo le norme statali tralasciando le modalità di scioglimento religioso è un esempio calzante. In un caso di questo genere la parte interessata si trova innanzitutto a definire una serie di principi inderogabili. Tra questi può non esservi l'idea di rompere la tradizione religiosa del matrimonio o accettare il rischio di non poter contrarre un nuovo rapporto in virtù della mancata concessione del ripudio da parte del primo marito. In un secondo momento, la persona sceglierà, tra le alternative disponibili, quella che le sembrerà da preferire, sulla base di informazioni di dettaglio⁸⁰. È di intuitiva chiarezza che la cultura

⁷⁹ V. A. BERNARDI, *Diritto penale e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁸⁰ Cfr. G. MANTOVANI, *L'elefante*, op. cit., 54; C. ZUCCHERMAGLIO, *Psicologia culturale dei gruppi*, Carocci, Roma, 2002; X. CHRYSOCHOOU, op. cit., 3 ss. e 35 ss. In particolare, per l'esempio del testo, ci si rifà anche alle ipotesi di Lee Roy Beach, in



dell'individuo contribuisce in maniera decisiva nel "settare" la prima fase di decisione. Il solo ipotizzare un giudice differenziale partecipe della rilevanza dei principi fondamentali di una cultura "altra" rende immediatamente appetibile il ricorso a questo tipo di organismi, le cui decisioni finali, peraltro, risultano non solo più prevedibili, ma anche apparentemente più giuste, perché incorniciate nelle premesse di principio. Tuttavia è proprio questa sorta di immagine di una giustizia "particolare", che sebbene non trascurata, va tuttavia intercettata al fine di evitare pericolose ipotesi di secessione culturale e giuridica.

Le conclusioni che si possono formulare, dopo l'analisi dei processi di differenziazione giuridica legati alle fondamenta religiose dei gruppi di recente insediamento in Occidente, sono quindi essenzialmente due: da un lato occorre prendere definitivamente atto della natura e quindi della qualità culturale di queste istanze di riconoscimento. Ciò implica la necessità di focalizzare i nessi di relazione tra pretese giuridiche e fattori di legittimazione, argomentazione, spiegazione che appartengono ad altri domini scientifici (come l'antropologia, la psicologia, la storia, la religione); in secondo luogo, occorre accettare che, lungo la dinamica del cambiamento, la coerenza interna di ogni sistema culturale possa dipendere dalla frequenza e dall'efficacia controllata delle negoziazioni di significato; in altri termini un sistema culturale non può considerarsi "coerente" e "stabile" in virtù di una qualche precondizione naturale, ma tali caratteri sono sempre il risultato di una certa fase di assestamento iniziale e di successivi processi omeostatici che si devono caratterizzare per la loro capacità di sviluppare negoziazioni dialettiche continuative. In una prospettiva di questo genere solo un approccio che ponga attenzione alla cultura degli agenti e che faccia di essa una variabile della transazione potrebbe consentire di acquisire un metodo di valutazione finalmente oggettivo in grado di perseguire, in via continuativa e per tutti, i fini del costituzionalismo e della democrazia.