



Elisa Olivito

(ricercatrice in Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità *

“A Los Angeles davanti al giudice che esamina coloro / che vogliono diventare cittadini degli Stati Uniti / venne anche un oste italiano. Si era preparato seriamente / ma a disagio per la sua ignoranza della nuova lingua / durante l'esame alla domanda: / che cosa dice l'ottavo emendamento? rispose esitando: / 1492. / Poiché la legge prescrive al richiedente la conoscenza della lingua nazionale / fu respinto. Ritornato / dopo tre mesi trascorsi in ulteriori studi / ma ancora a disagio per l'ignoranza della nuova lingua, / gli posero la domanda: chi fu / il generale che vinse nella guerra civile? La sua risposta / fu: 1492. (Con voce alta e cordiale). Mandato via / di nuovo e ritornato una terza volta, / alla terza domanda: quanti anni dura in carica il presidente? / rispose di nuovo: 1492. Orbene / il giudice, che aveva simpatia per l'uomo, capì che non poteva / imparare la nuova lingua, si informò sul modo / come viveva e venne a sapere: con un duro lavoro. E allora / alla quarta seduta il giudice gli pose la domanda: / quando / fu scoperta l'America? E in base alla risposta esatta, / 1492, l'uomo ottenne la cittadinanza”.

(Bertolt Brecht, *Il giudice democratico*)

SOMMARIO: 1. A mo' di introduzione: diritto giudiziario e diritto legislativo - 2. Legislazione e giurisdizione nelle società pluraliste - 3. Giudici e legislatori alla prova della multiculturalità - 4. *Segue:* il caso dei simboli religiosi - 5. Giudici-antropologi e legislatori paternalisti: *cultural defense*, leggi manifesto, eguaglianza di genere - 6. Chi decide delle culture?

1 - A mo' di introduzione: diritto giudiziario e diritto legislativo

C'è un'immagine che ricorre spesso nelle riflessioni dei giuristi: l'immagine del giudice che si fa legislatore. È un'immagine con cui la scienza giuridica si confronta da tempo, per lo meno da quando, archiviata l'esperienza del diritto comune e di una giurisprudenza¹

* Il contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *“La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: ‘casi difficili’ alla prova”*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, 2011.



“normativa”, il diritto moderno ha invertito la rotta, ponendo (o credendo di porre) la produzione del diritto nelle mani del solo legislatore. Da quel momento in poi, rimanendo vivo - seppur inconfessato - il ricordo di una *iurisdictio* creativa, si è fatto strada il timore che il nuovo assetto nella distribuzione del potere normativo potesse essere messo in discussione proprio da quei giudici che in passato vi avevano apertamente preso parte. Il bisogno di esorcizzare tale paura è stato, pertanto, sempre molto forte e a difesa di un legislatore ormai ritenuto onnipotente sono venute in soccorso espressioni metaforiche quali quelle del giudice come “bouche qui prononce les paroles de la loi”². Tale raffigurazione del potere giudiziario, peraltro, sebbene molto evocativa, non è stata da sola sufficiente a spazzare via la paura dei giudici-legislatori, tanto che si è preferito rafforzarla attraverso la finzione per cui “i giudici non creano diritto, ma al più lo interpretano”³.

Il mutato rapporto tra “legislazione” e “giurisdizione”, incentrato su una rigida distinzione dei rispettivi ambiti, non ha tuttavia segnato la fine della storica dialettica tra i due termini del binomio. Al contrario, si è venuto ponendo il problema se, al di là delle apparenze e dei cambiamenti formali, i giudici non abbiano in realtà mantenuto “i loro atteggiamenti anteriori alle codificazioni [...]”⁴. La fede nel *legislatore razionale* di stampo codicistico⁵, infatti, anziché rendere superfluo il dibattito sul “diritto dei giudici”, ha posto con

¹ Il termine “giurisprudenza” è inteso qui nel significato odierno dell’espressione, ossia come “l’attività dei tribunali nel loro *ius dicere*, o le decisioni che ne risultano o gli stessi tribunali come soggetti di quell’attività”: **G. GORLA**, *La “giurisprudenza” (dei tribunali) come fattore del diritto*, in **ID.**, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, 263. Per un significato più ampio del termine, non limitato al diritto giurisdizionale, vedi invece **L. LOMBARDI**, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.

² **C. L. DE MONTESQUIEU**, *De l’esprit des lois*, Livre XI, in **ID.**, *Œuvres complètes*, II, Paris, Gallimard, 1951, 404.

³ Paradossalmente, peraltro, che “i nostri tribunali legiferino” sarebbe dimostrato proprio dall’uso che essi stessi fanno delle finzioni giuridiche: **H. S. MAINE**, *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, London, Murray, 1861, trad. it., *Diritto antico*, Milano, Giuffrè, 1998, 30. Su questi temi sia consentito rinviare a **E. OLIVITO**, “Le parole e le cose”: appunti sulle finzioni nel diritto, in *Diritto pubblico*, 2/2009, 513.

⁴ **G. GORLA**, *La “giurisprudenza” (dei tribunali) come fattore del diritto*, cit., 274.

⁵ Per un confronto tra il modello del “legislatore ragionevole”, di tradizione italiana, e il modello del “legislatore razionale”, di derivazione codicistica, cfr. **A. GIULIANI**, *Il modello del legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in **AA. VV.**, *Legislazione. Profili giuridici e politici*, a cura di **M. BASCIU**, Milano, Giuffrè, 1992, 15 ss.



forza l'urgenza di appurare l'effettiva sopravvivenza di tale diritto, al fine di ridimensionarne, semmai, la portata. Pertanto, sebbene l'ideale legalistico sia risultato negli anni vincente, ciò non ha impedito, ma anzi ha forse imposto, di presidiare con attenzione i confini del nuovo riparto, circondando di divieti e limitazioni quel potere, che altrimenti avrebbe potuto sovvertire il mutato ordine. La formale attribuzione al legislatore del monopolio normativo ha così, quasi per necessità, prodotto lo spettro del giudice-legislatore, alimentando l'idea di un assetto normativo certo e completo, che andava difeso da eventuali sconfinamenti dei giudici nel campo legislativo. In proposito, possono richiamarsi le parole di Sir Garfield Barwick che, riprendendo l'espressione benthamiana "*judiciary law*"⁶, ricordava come il filosofo inglese avesse voluto in tal modo ammettere che "il giudice, sebbene, come si dice, letteralmente non faccia altro che dichiarare il diritto esistente, può affermarsi in realtà essere creatore di diritto"⁷.

Il nuovo impianto ha richiesto, peraltro, non soltanto una diversa idea di giurisdizione ma, prima ancora, una diversa idea di legislazione, nella convinzione che l'adattamento del diritto alle nuove esigenze sociali spettasse in via esclusiva al legislatore. Tuttavia, proprio la costruzione dell'ordinamento giuridico attorno al prodotto della razionalità di quest'ultimo – la legge – e, conseguentemente, la crescente dilatazione della funzione legislativa hanno paradossalmente posto le premesse per un aumento incontrollato del potere dei giudici⁸, tanto più incontrollato in quanto l'equilibrio che fino a quel momento aveva retto i rapporti tra *lex* e *interpretatio* era ormai venuto meno. Era, infatti, illusoria l'idea che la legge, generale e astratta, potesse essere completa e pienamente esaustiva delle esigenze poste a suo fondamento, al punto che il giudice avrebbe poi rinvenuto in essa una disciplina integrale delle fattispecie concrete. Pensare che la legislazione d'ora in avanti avrebbe lasciato spazio a un mero ruolo applicativo del giudice era frutto di una mistificazione, che solo idealmente costituiva un argine all'eventuale straripamento dell'attività giurisdizionale. In tal senso può, perciò, ritenersi che l'impostazione legalistica e formalistica affermatasi con il diritto moderno nascondesse già, almeno *in nuce*, i germi della degenerazione nel suo contrario, ossia in un sistema governato di fatto dai giudici, ma privo di quei presupposti, che

⁶ Cfr. J. BENTHAM, *Of Laws in General*, in ID., *The Collected Works of Jeremy Bentham*, ed. H. L. Hart, London, The Athlone Press, 1970, spec. 161 ss.

⁷ G. BARWICK, *Judiciary Law: Some Observations Thereon*, in 33 *Current Legal Problems* 239, 240 (1980).

⁸ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, 8.



nell'esperienza giuridica precedente avevano circondato il diritto giudiziario.

Sul piano concreto, nondimeno, le accuse di un eccessivo attivismo, mosse a volte nei confronti dei giudici, erano ricollegabili alle disfunzioni sofferte dall'impostazione legalistica nella traduzione positiva dei suoi assiomi. Se, nonostante l'affermazione (o proprio a causa) di un rigido ideale di divisione del lavoro tra legislatore e giudici, il timore di un *gouvernement des juges*⁹ è divenuto ricorrente, ciò è dipeso dal fatto che la "patologia della giurisdizione" si è rivelata un prodotto innanzitutto della "patologia della legislazione"¹⁰. Difatti, quella che può ritenersi la vocazione dei giudici a interpretare il diritto in modo più o meno "creativo" mostra un andamento oscillante, che più delle restrizioni formalmente appostevi, risente molto della quantità e della qualità della legislazione prodotta¹¹. L'aumento dell'interventismo giudiziario, fino al limite della supplenza nei confronti del legislatore, è invero direttamente proporzionale all'inflazione e alla settorializzazione legislativa come pure, specularmente, all'assenza di qualsivoglia legislazione¹². I destini dei due protagonisti di questo millenario rapporto sono, dunque, saldamente intrecciati, dal momento che le trasformazioni, nonché le carenze e le difficoltà, dell'uno influenzano e delineano in vario modo il ruolo e la condotta dell'altro¹³.

Quantunque – come si è appena accennato – quella dei rapporti tra giudici e legislatore costituisca una questione annosa, che nei suoi caratteri essenziali ha impegnato intere generazioni di giuristi, non può

⁹ Sul "governo dei giudici" vedi l'ormai classico **E. LAMBERT**, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard & C., 1921, trad. it., *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1996.

¹⁰ **A. GIULIANI**, *Il modello del legislatore ragionevole*, cit., 55.

¹¹ Cfr. **G. CALABRESI**, *Incentives, Regulation and the Problem of Legal Obsolescence*, in **AA. VV.**, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, ed. M. Cappelletti, Leyden, Sijthoff, 1978, 300, secondo il quale negli Stati Uniti l'aumento di *judicial activism* è imputabile a un'"orgia di legislazione".

¹² Di fronte a "oscurità e [...] lacune normative", peraltro, "l'operato del giudice rischia di diventare inane, se non vuole essere arbitrario", dovendosi necessariamente arrestare "quando incontra contraddizioni logiche o disposizioni irragionevoli che corrompono la coerenza dell'ordinamento": **G. AZZARITI**, *Alla ricerca della legalità*, in **ID.**, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, Giappichelli, 2000, 51.

¹³ Che il ruolo e le modalità di intervento dei giudici siano condizionati innanzitutto dalle tecniche legislative, verso cui l'ordinamento si orienta, è esattamente sottolineato da **S. RODOTÀ**, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1967, 94.



quindi tacersi del fatto che i termini entro cui tale problematica viene affrontata cambiano, in conseguenza delle trasformazioni che gli ordinamenti giuridici sperimentano e dei relativi mutamenti nella percezione del problema. Profili un tempo inesplorati o marginali acquistano così importanza, laddove aspetti già conosciuti vengono esaminati sotto una diversa luce. La tematica, dunque, richiede di essere affrontata nella piena consapevolezza della sua storicità, in considerazione, da un lato, dei cambiamenti intervenuti nei sistemi giuridici odierni e, dall'altro, di quella realtà sociale, da cui non è dato prescindere né ai giudici né al legislatore. Così, ad esempio, alla luce di tali osservazioni, se il dibattito sui rischi di una giurisprudenza creativa fosse condotto prendendo spunto dalla celebre opinione secondo cui il potere giudiziario costituisce in fondo "the least dangerous to the political rights of the Constitution"¹⁴, tale posizione non potrebbe stimarsi giusta o sbagliata in assoluto, ma andrebbe vagliata sulla scorta dell'ordinamento giuridico e del periodo storico di cui si va discorrendo.

Al riguardo, basti pensare che la discussione sul nesso tra scelte legislative e attività giudiziaria si è da tempo arricchita di un nuovo profilo, divenuto dominante da quando lo Stato costituzionale ha unito le sue sorti a quelle del principio democratico¹⁵. Le remore nei confronti di un apparato giudiziario troppo attivo o disinvolto nell'accordare tutela giuridica a taluni soggetti o rapporti sono state, infatti, avanzate per via del timore che i giudici, privi di legittimazione democratica (diversamente dal potere legislativo) e carenti di responsabilità politica (al contrario della pubblica amministrazione), si pongano al di fuori o al di sopra del circuito democratico. Se difatti la garanzia di indipendenza e autonomia della magistratura è certamente uno dei cardini del sistema democratico, essa al tempo stesso fa sì che i giudici non siano tenuti a rispondere delle loro decisioni nei confronti dei cittadini o dei loro rappresentanti, perlomeno non sulla base dei tradizionali canali della responsabilità democratica. Posto in questi termini il discorso, diviene allora facile paventare il pericolo di un potere giudiziario, che da arbitro delle controversie si trasformi in un arbitrario organo legiferante, sprovvisto di validi contrappesi e sotto costante accusa di politicizzazione. La frattura nella distinzione, tutta moderna, tra

¹⁴ A. HAMILTON, *The Federalist n. 78*, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist Papers*, New York, Buccaneer Books, 1992, 393.

¹⁵ Sul rapporto tra democrazia e Costituzione vedi da ultimo G. AZZARITI, *Corte e democrazia*, Relazione al Convegno annuale dell'associazione 'Gruppo di Pisa' su "Corte costituzionale e sistema istituzionale", Pisa, 4-5 giugno 2010, rinvenibile all'indirizzo www.gruppodipisa2010.it.



creazione e applicazione del diritto produrrebbe, in tal modo, un'insanabile tensione nel sistema che vuol coniugare diritto legislativo e democrazia rappresentativa¹⁶. Si determinerebbe cioè un *vulnus* nell'impianto dello Stato di diritto costituzionale, che assegna alla legge "un valore in sé, come espressione di diritti democratici"¹⁷.

L'affermarsi di una legalità costituzionale, accanto al circuito della legalità tradizionale, ha del resto acuito i problemi legati ai rapporti tra giurisdizione e legislazione, ponendo interrogativi, la cui soluzione è legata alla peculiarità degli enunciati costituzionali e, conseguentemente, al *proprium* dell'interpretazione costituzionale. Questa, invero, proprio per la specificità del suo oggetto, lascia all'interprete maggiori spazi interpretativi, in qualche modo portando a ulteriori conseguenze quell'aporia per cui il giudice "non deve creare il diritto", ma in definitiva, interpretandolo "non può non crearlo"¹⁸. La prescrittività delle disposizioni costituzionali, in particolare, pone spesso i giudici nella posizione di doverne dare applicazione, indipendentemente dall'intervento legislativo. Ma nel caso di una protratta inerzia legislativa, soprattutto nell'attuazione dei diritti costituzionali, la possibilità di un'applicazione giudiziaria diretta della Costituzione ripropone, seppure sotto una nuova veste, il rischio di un'interferenza dell'interpretazione giudiziale sulla discrezionalità del legislatore¹⁹. Ne consegue, quindi, l'esigenza di capire se e fino a che

¹⁶ Il problema si pone in un'ottica del tutto diversa per chi, come Kelsen, afferma che "l'applicazione del diritto è contemporaneamente produzione di diritto" e "la sentenza giudiziaria è semplicemente la continuazione del processo di produzione del diritto": H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 265, 269. La produzione di "norme giuridiche individuali" da parte dei tribunali risponde, infatti, pienamente alla *Stufenbau* kelseniana e, all'interno di questa, alla 'dinamica' del diritto, intesa come "processo di individualizzazione o concretizzazione sempre crescente", "che dal generale (o astratto) va al particolare (o concreto)" (*ivi*, 267).

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 210.

¹⁸ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino, Giappichelli, 2007, 59 (corsivi dell'A). Sui caratteri dell'interpretazione costituzionale vedi per tutti M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982; AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, cit., con scritti di G. U. RESCIGNO, M. LUCIANI, F. MODUGNO, A. PACE; C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in AA. VV., *Scritti in memoria di L. Paladin*, III, Napoli, Jovene, 2005, 1663; G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in AA. VV., *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, ESI, 2001, 231.

¹⁹ Per l'incidenza che l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha avuto sull'attività giurisdizionale, fino al punto di evidenziare come essa non sia meramente



punto l'intervento legislativo debba considerarsi necessario "per la realizzazione-concretizzazione del diritto fondamentale ritenuto costituzionalmente garantito"²⁰ e quanto spazio residui, in proposito, per la pronuncia del giudice²¹. A ciò si accompagna un ulteriore profilo di riflessione, che ha ormai assunto caratteri per molti aspetti distinti rispetto a quelli riguardanti i giudici comuni. È infatti noto che le riserve espresse verso la creazione giudiziaria di norme hanno acquisito un diverso spessore con l'istituzione, nel corso del XX secolo, di corti costituzionali *ad hoc*, per via della progressiva espansione del controllo di legittimità costituzionale e per l'aumento del suo peso istituzionale²².

"applicativa del dettato costituzionale, ma anche creativa del diritto" vedi **R. ROMBOLI**, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in **AA.VV.**, *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, Quaderni di Quest. giust., a cura di A. Caputo, L. Pepino, 2009, 195 ss. Sul legame tra "il progressivo riconoscimento della libertà creativa degli interpreti e il prevalere di concezioni espansive di costituzione", da un lato, e una concezione "svalutativa del diritto legislativo", dall'altro, cfr. **C. TRIPODINA**, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Tripodina-Argomento.pdf, 35 ss.

²⁰ **R. ROMBOLI**, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM su "L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele" (Agrigento, 17 e 18 settembre 2010), rinvenibile in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/20174.pdf>, 9. Secondo l'A., al riguardo occorre distinguere tra "quelle ipotesi in cui la Costituzione "consente" una certa soluzione e disciplina, dettata come attuazione di un diritto previsto nella stessa Carta costituzionale e quelle per le quali invece la Costituzione "impone" la realizzazione, quanto meno nel suo contenuto minimo, di un determinato diritto fondamentale" (ivi, 10, corsivi dell'A.).

²¹ La problematicità di tali nodi è, peraltro, accentuata dalla c.d. interpretazione conforme a Costituzione, come monito rivolto dalla Corte costituzionale ai giudici comuni. Tra la ormai vasta letteratura sul tema vedi, in particolare, **AA.VV.**, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'amico, B. Randazzo, Torino, Giappichelli, 2009; **M. LUCIANI**, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, 16/2007; **M. RUOTOLO**, *Alcuni eccessi nell'uso della "interpretazione conforme a ..."*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2007, 1206; **R. ROMBOLI**, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in **AA.VV.**, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Carnevale, C. Colapietro, Torino, Giappichelli, 2008, 89 ss.

²² Sul tema, tra gli altri, cfr. **E. CHELI**, **F. DONATI**, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in **AA. VV.**, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Annuario 2006* (Atti del XXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma, 27-28 ottobre 2006), Napoli, Jovene, 2010, 151. Sul carattere 'creativo' della giurisprudenza costituzionale vedi le diverse opinioni di **F. MODUGNO**, *Corte costituzionale e potere legislativo*, 19 ss. (spec. 44 ss.) e di **G. ZAGREBELSKY**, *La Corte costituzionale e il legislatore*, entrambi in **AA. VV.**, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, a cura di P. Barile,



La posizione affatto peculiare del giudice delle leggi nel sistema costituzionale, la stretta attinenza dei suoi poteri con la produzione normativa e la peculiarità dei suoi parametri di giudizio hanno, invero, ridisegnato i termini del dibattito, in forza dell'immediata ricaduta delle sentenze costituzionali sull'impianto normativo e per gli effetti che esse sono in grado di produrre sull'intero ordinamento. Peraltro, l'utilizzo di articolate tecniche decisionali e il ricorso a tortuosi percorsi argomentativi²³ hanno innescato forti critiche, poiché dietro l'adozione di *modi operandi* "para-normativi" molti hanno intravisto uno smisurato attivismo delle corti costituzionali e l'indebito svolgimento di un ruolo di supplenza nei confronti del legislatore. E proprio quando l'attenzione della dottrina e dell'opinione pubblica è stata rivolta ai giudici costituzionali, il timore di una torsione antidemocratica del protagonismo giudiziario ha trovato nuovi argomenti. L'emersione di una "counter-majoritarian difficulty"²⁴, che denuncia il rischio della sostituzione di pronunce giudiziarie "creative" alle decisioni politiche prese in parlamento, ha difatti rappresentato uno dei principali motivi di insofferenza verso certa giurisprudenza costituzionale.

In tale scenario, l'esigenza di una seria riflessione sulle precondizioni per un equilibrato rapporto tra giudici e legislatore, e dunque sull'idea stessa di "legislazione" e di "giurisdizione", è riaffiorata con prepotenza. Screditato, invero, il mito del giudice come organo di mera applicazione della legge, l'attenzione si è spostata sui criteri utili a individuare i tratti distintivi dell'attività giudiziaria e i limiti (realistici) oltre i quali essa non può spingersi²⁵.

2 - Legislazione e giurisdizione nelle società pluraliste

La necessità di impostare il tema dei rapporti tra giudici e legislatore con la dovuta attenzione alle variabili storico-sociali e ordinamentali

E. Cheli, S. Grassi, Bologna, il Mulino, 1982, 103 ss. (spec. 109 ss.). Per la letteratura d'oltreoceano, cfr. **A. M. BICKEL**, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, che nel titolo ironicamente riprende l'espressione di Alexander Hamilton, sopra citata; nonché **J. H. ELY**, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

²³ Cfr. **AA. VV.**, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2007)*, Torino, Giappichelli, 1990-2008 (VII volumi); **AA. VV.**, *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, ESI, 2006.

²⁴ Così, tra i primi, **A. M. BICKEL**, *The Least Dangerous Branch*, cit., 16 ss.

²⁵ Cfr. **G. SILVESTRI**, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 46.



trova piena conferma laddove la questione venga affrontata nell'attuale contesto degli ordinamenti pluralistici. È di tutta evidenza la misura in cui l'evoluzione in senso pluralistico della società abbia inciso sui caratteri della produzione normativa e, di conseguenza, sulla natura stessa della giurisdizione. Sotto la spinta del pluralismo sociale e culturale si è compiuto un mutamento epocale nella qualità e nella quantità della legislazione, che ha avuto significative ripercussioni sull'esercizio della funzione giurisdizionale e sulla portata delle singole decisioni giudiziarie. A una progressiva complessificazione del quadro sociale è corrisposta l'inadeguatezza degli strumenti con cui fino a quel momento giudici e legislatori avevano assolto i loro compiti. L'astratta configurazione dei rispettivi ambiti di intervento, invero, rispondendo alla logica binaria di una rigida distinzione tra momento applicativo e momento creativo del diritto, si è rivelata sotto molti punti di vista forviante. Innanzitutto, è sembrato alquanto illusorio "credere che tutti i delicati e complessi problemi della vita sociale siano risolvibili con la formulazione di una norma legislativa"²⁶. Tale consapevolezza, del resto, è stata determinata da un accresciuto ruolo della legislazione, che nell'urgenza di rispondere alle impellenti domande del XX secolo, si è lanciata in una spasmodica ricerca di discipline normative sempre più dettagliate – e tuttavia mai esaurienti. Parallelamente, la complessità dei sistemi giuridici contemporanei ha finito per contraddire quella proposizione/finzione, figlia delle concezioni positivistiche del diritto, secondo cui l'attività della giurisdizione avrebbe carattere meramente dichiarativo²⁷ e l'applicazione giudiziaria del diritto si risolverebbe in un mero sillogismo. L'identificazione, di matrice liberale, del diritto con la sola legge ha così mostrato il fianco a pungenti critiche, proprio nel momento in cui al legislatore veniva chiesto di fare di più per rispondere alle esigenze degli ordinamenti pluralistici. E tale di più si è dimostrato essere, a volte, "troppo".

Il percorso che ha portato a un complessivo ripensamento – ovvero a un'aperta contestazione²⁸ – della "tradizionale" posizione della giurisdizione di fronte alla legislazione è noto. La spinta è senz'altro arrivata – lo si è già sottolineato – da un profondo mutamento del ruolo dello Stato, e dunque del diritto: un ruolo

²⁶ G. AZZARITI, *I rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in ID., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1951, 227.

²⁷ Per una critica a tale proposizione cfr. S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in AA. VV., *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti, Milano, Feltrinelli, 1996, 23.

²⁸ Si pensi soltanto alle scuole realistiche nordamericane, alla *libre recherche scientifique* e al movimento del diritto libero.



progressivamente più ampio nelle società contemporanee, imposto dall'affermazione del Welfare State e dal conseguente intervento dello Stato in settori sempre più vasti²⁹. Ne è derivata una legislazione pervasiva, per via dei molti ambiti coinvolti, ma che al contempo ha modificato in maniera evidente i suoi tratti specifici. In aggiunta alla progressiva perdita dei caratteri della generalità e astrattezza³⁰, tradottasi in leggi settoriali, temporanee o di natura provvedimentale, si è venuto affermando un diritto legislativo “per principi”, che alla determinazione di regole puntuali di condotta ha affiancato l’indicazione di principi e finalità da perseguire. Tali cambiamenti non potevano che avere ripercussioni rilevanti sull’attività dei giudici e sui loro rapporti con il legislatore. Una legislazione “per principi”, difatti, accresce le possibilità di interposizione dei primi, cui spetta darvi attuazione con la loro attività interpretativa³¹ e quanto più “aperta” è la prescrizione legislativa, tanto più elevato è il margine di azione degli organi giudiziari. Il problema dell’apporto del giudice alla produzione del diritto si è, dunque, riproposto sotto la spinta di due diversi, ma congiunti fattori: da un lato l’inflazione legislativa, che ha determinato “la fine di quel rigoroso condizionamento a cui il giudice era sottoposto in presenza di un complesso di leggi positive relativamente ridotto”; dall’altro l’orientamento verso una tecnica legislativa per principi, che chiama i giudici “a dare concretezza applicativa” agli stessi³². Ha così preso forma un paradosso dei tempi moderni: il legislatore, che ha prima preteso di estendere a dismisura i propri compiti, si è visto poi costretto a cedere molti spazi di manovra ad altri soggetti.

²⁹ Sul rapporto fra Stato sociale e trasformazioni della giurisdizione vedi **M. CAPPELLETTI**, *Giudici legislatori?*, cit., 22 ss.

³⁰ Cfr. **F. NEUMANN**, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in **ID.**, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, a cura di N. Matteucci, Bologna, il Mulino, 1973, 273 ss.

³¹ Cfr. **S. RODOTÀ**, *Magistratura e politica in Italia*, cit., 27. Sulla distinzione – di segno diverso – tra ‘diritto per regole’ e ‘diritto per principi’, riferita però non alla legislazione, ma agli enunciati costituzionali, vedi **G. ZAGREBELSKY**, *Il diritto mite*, cit., 147 ss. Sul modo in cui regole e principi costituzionali si implicino a vicenda, determinando il *proprium* dell’interpretazione costituzionale, vedi **G. AZZARITI**, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., spec. 240 ss.; **C. PINELLI**, *Il dibattito sull’interpretazione costituzionale*, cit., 1683 ss.

³² **S. RODOTÀ**, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., 1/1967, rispettivamente 94 e 91. Sulla legislazione per principi come tecnica legislativa di adattamento al pluralismo e alle dinamiche sociali, in opposizione a una legislazione di tipo regolamentare, vedi, dello stesso A., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1967, 129 ss.; nonché **G. AZZARITI**, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Politica del diritto*, 4/1982, spec. 545 ss., 559 ss.



Non è dato adesso approfondire i motivi e i caratteri di tale incongruenza, ma questi brevi cenni sono sufficienti per capire come la magistratura sia arrivata a essere “una delle istituzioni chiave della società pluralista”³³. Le ragioni della costante ascesa del potere giudiziario sono da rintracciarsi soprattutto in un mutato contesto sociale, la cui estrema frammentarietà ha fatto sì che domande e soggetti nuovi intravedessero nell'arena giudiziaria un possibile canale di legittimazione. Ciò è valso soprattutto per minoranze e gruppi marginali, ossia per quei gruppi che, trovando ostacoli nell'accedere all'agone politico, hanno riversato istanze di tutela e aspirazioni di riconoscimento sui giudici. L'estrema dinamicità delle società pluraliste e le difficoltà di una legislazione incapace di tenere il passo hanno fatto sì che conflitti nuovi trovassero per la prima volta visibilità davanti ai giudici³⁴. E sotto questo punto di vista, le aule giudiziarie hanno costituito un luogo di espressione, più che di risoluzione, dei conflitti stessi³⁵. Nuove domande sociali hanno, pertanto, cominciato a farsi strada attraverso la giurisdizione, che è riuscita a offrire loro un primo momento di emersione. Ciò ha fatto seguito, peraltro, a una progressiva “corporativizzazione” del processo legislativo, dovuta alla contrattazione dei contenuti di legge solo con gruppi e soggetti abbastanza forti da far valere i loro interessi all'interno delle normali sedi di rappresentanza. Interessi minoritari, o ancora non sufficientemente rappresentati, hanno dovuto ripiegare su altre sedi istituzionali per ottenere riconoscimento.

Tuttavia, la legittimazione che nuove istanze hanno saputo conquistare per mezzo del canale giudiziario ha avuto notevoli implicazioni sull'attività dei giudici poiché, con l'estensione di diritti fondamentali a nuovi ambiti o soggetti, nel loro maggiore attivismo è stata vista una forma obliqua di gestione della domanda politica, nonché un modo per aggirare o scavallare la determinazione delle politiche pubbliche da parte degli organi politici. Tali timori sono stati avanzati specialmente nei riguardi delle corti costituzionali, per il carattere accentuatamente creativo di certa giurisprudenza costituzionale e per la sfida che essa di per sé rappresenta in un sistema democratico a base legislativa. Le preoccupazioni in ordine alla mancanza di legittimazione democratica si sono perfino acuite, così

³³ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 195.

³⁴ Sui conflitti come paradigma del diritto (costituzionale) e sui diversi modi della loro composizione e legittimazione vedi G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 20 ss., 122 ss., 275 ss.

³⁵ Così S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, cit., 27; ID., *Repertorio di fine secolo*, cit., 183 ss.



come si sono moltiplicati gli avvertimenti contro il pericolo di corti costituzionali in funzione anti-maggioritaria. Man mano che, in particolare, il sindacato di legittimità costituzionale si faceva più penetrante e i giudici costituzionali si dotavano di un ampio spettro di tecniche decisionali, diveniva più forte il dubbio che il controllo sulle leggi potesse mascherare un “governo dei giudici”, potenzialmente in contrasto con il “governo delle leggi”. Ciò implicava un intollerabile posizionamento delle corti al di fuori del circuito maggioritario e di responsabilità politica, con conseguente pericolo di delegittimazione delle istituzioni rappresentative.

Il pluralismo delle società contemporanee si è dunque riversato sul problematico rapporto tra giudici e legislatore, spostando l'attenzione su profili ulteriori. Non si è fatta più questione puramente del carattere creativo ovvero dichiarativo della giurisprudenza, ma tale aspetto ha richiesto di essere considerato alla luce dell'apertura della giurisdizione verso istanze pluralistiche. È stato pertanto necessario, da un lato, valutare la capacità dei giudici di dare voce a soggetti altrimenti esclusi dagli altri canali istituzionali, nonché a interessi difficilmente rappresentati nei circuiti tradizionali della politica. Dall'altro lato, però, in conseguenza di tale propensione della giurisdizione a divenire sede di nuovi conflitti e recettore di nuove domande sociali, sono sorti molti interrogativi sull'idoneità dei giudici, e tra questi soprattutto dei giudici costituzionali, a intervenire con le loro pronunce su processi di trasformazione sociale ancora in atto³⁶. Nonostante la connaturale inclinazione delle corti costituzionali a farsi garanti dei diritti delle minoranze, contro i soprusi della maggioranza e in ottemperanza a costituzioni che impongono limiti anche al potere legislativo, le modalità con cui esse entrano nelle dinamiche pluralistiche e decidono controversie spinose risultano decisive ai fini di un giudizio complessivo sul loro operato. In tal senso, il loro attivismo su tematiche “calde” è ritenuto una distorsione significativa del funzionamento del sistema democratico, soprattutto quando anticipi l'agenda politica del parlamento e si traduca in decisioni dal sapore più o meno creativo su tematiche ancora fortemente dibattute in altre sedi. L'accusa di dettare norme su questioni sociali ad alto tasso di conflittualità investe, dunque, per primo il giudice costituzionale, nell'ipotesi in cui la decisione di casi particolarmente “sensibili” si concreti in una definizione unilaterale delle problematiche sottese e non

³⁶ Su questo punto, ma con specifico riferimento al dibattito nordamericano, sia consentito rinviare a **E. OLIVITO**, *Orientamenti del dibattito costituzionalistico negli Stati Uniti e in Canada (2004-2005)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/2006, 224 ss.



lasci spazio a determinazioni diverse da parte degli organi legislativi. Di fronte a istanze sociali nuove, ciò dovrebbe spingere non ad arretrare su posizioni di netta chiusura, bensì a ricercare soluzioni che accompagnino i mutamenti in atto, senza però determinarne gli esiti in un senso o nell'altro.

D'altro canto, i profondi cambiamenti nel quadro sociale hanno avuto notevoli riflessi sul sistema istituzionale, al punto da ridimensionare - o quanto meno ridefinire - le critiche legate alla mancanza di legittimazione democratica dei giudici, e di quelli costituzionali in particolare. Prendere sul serio il rilievo, secondo cui i margini di azione della giurisdizione dipendono anche da quel difetto di legittimazione, vuol dire infatti che la portata di tale obiezione deve essere valutata non sulla base di falsi miti, ma alla luce delle reali condizioni della democrazia rappresentativa. Il tema della legittimazione della magistratura va perciò "aggiornato alla crisi della rappresentanza politica e alle trasformazioni della democrazia"³⁷, a causa delle quali si assiste a un crescente impoverimento dei tradizionali circuiti della rappresentanza e a una conseguente fuga dalla responsabilità politica. La crisi, ossia la frammentazione, del "rappresentato"³⁸ ha difatti determinato un desolante arretramento delle istituzioni rappresentative e, in particolare, una quasi completa abdicazione del legislatore su temi e questioni legati al pluralismo sociale. In questa prospettiva, non s'intende addurre l'incapacità del "politico" di leggere e incarnare la complessità sociale a giustificazione di quello che, con formulazione un po' rozza, è stato definito il ruolo di supplenza della magistratura. Tuttavia, le deficienze dei canali rappresentativi valgono quanto meno a spiegare la ricerca di sedi alternative per l'espressione e la composizione delle diversità sociali³⁹ e servono, in modo simmetrico, a illuminare i mutamenti nei rapporti tra giudici e legislatore, attualizzando il nodo problematico della creazione giudiziale del diritto.

³⁷ C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in AA. VV., *La circolazione dei modelli*, cit., 58; in senso analogo anche S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 189.

³⁸ Sulla crisi della rappresentanza politica in conseguenza della crisi del rappresentato vedi M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA. VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon, F. Biondi, Milano, Giuffrè, 2001, 109 ss.

³⁹ Cfr. G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 30.



3 - Giudici e legislatori alla prova della multiculturalità

Apportate, dunque, le necessarie correzioni di ordine storico-sociale al tema in discussione e acquisite le disfunzioni che il pluralismo ha prodotto sui rapporti tra legislazione e giurisdizione, sembra ormai doversi aggiungere un ulteriore livello di indagine. Il pluralismo è divenuto, difatti, un paradigma per certi versi non più sufficiente a definire i caratteri delle società contemporanee, poiché negli ultimi decenni si è arricchito di elementi che in qualche misura ne hanno ridisegnato i contorni. La trasformazione si è spinta fino al punto di portare alla luce un nuovo paradigma epistemologico: il multiculturalismo. Si tratta – come noto – di un concetto utilizzato con sempre maggiore frequenza e al quale si assegnano tuttavia significati molto diversi. Il termine, coniato nel Nord America ma ormai oggetto di una sorta di *legal transplant*⁴⁰ nel contesto europeo, ha avuto negli ultimi anni molto successo, sebbene spesso il suo utilizzo si sia risolto in una mera formula di stile, impiegata in modo acritico e sommario. Nel suo significato “descrittivo”⁴¹, invero, l'espressione denota semplicemente la realtà di molte società contemporanee, che per connotazioni storiche, ma soprattutto a causa dell'acuirsi dei fenomeni migratori, hanno accentuato i propri caratteri pluralistici in senso in parte diverso rispetto alle precedenti esperienze. La distanza rispetto al paradigma pluralista, arricchito ma non superato da quello multiculturalista, discende da una differente caratterizzazione delle domande sociali, che ora investono le istituzioni pubbliche: chi se ne fa portatore, difatti, vuole esprimere attraverso di esse un'appartenenza

⁴⁰ Per la metafora del *legal transplant* vedi **A. WATSON**, *Legal Transplants*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974; **O. KAHN-FREUND**, *On Use and Misuse of Comparative Law*, in 37 *Modern Law Review* 1 (1974); **U. MATTEI**, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in 14 *International Review of Law and Economics* 3 (1994); **W. EWALD**, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, in 43 *Am. J. Comp. L.* 489 (1995); **P. LEGRAND**, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, in 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 (1997); **G. TEUBNER**, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, in 61 *Modern Law Review* 11 (1998).

⁴¹ Sull'opportunità di distinguere tra un significato meramente descrittivo e un altro prescrittivo/normativo della nozione di “multiculturalismo” vedi **R. BAUBÖCK**, *Cultural Minority Rights for Immigrants*, in 30 *International Migration Review* 203, 204 (1996); **B. PAREKH**, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, 6; **J. T. LEVY**, *The Multiculturalism of Fear*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 5; **M. GIANNI**, *Riflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza*, in *QDPE*, 1/2000, 3; **L. MANCINI**, *Società multiculturali e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *QDPE*, 1/2000, 72; **A. FACCHI**, *I diritti nell'Europa multiculturali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, VI.



culturale minoritaria⁴², tanto pervasiva da pretendere pieno e formale riconoscimento nello spazio pubblico. Trattandosi dunque di cambiamenti di fatto, attinenti al diverso modo di intendere l'appartenenza a comunità ristrette e all'espressione di un'identità collettiva esclusiva e totalizzante, meglio sarebbe allora utilizzare il termine "multiculturalità", che a differenza dell'espressione "multiculturalismo" non ha implicazioni di tipo prescrittivo in merito al dibattito tra comunitarismo e liberalismo⁴³. L'uso del termine "multiculturalismo", al contrario, denota già una scelta per un particolarismo comunitaristico, poiché implica: a) in senso positivo, la predisposizione, da parte dell'ordinamento giuridico, di accorgimenti eventualmente differenziati in base all'appartenenza culturale e tali da consentire la piena esplicazione delle identità minoritarie; b) in senso negativo, l'esenzione dal rispetto di norme generali ritenute ostative della manifestazione di quelle identità.

Posto, dunque, che non si intendono qui affrontare le innumerevoli questioni, di ordine teorico e di ordine pratico, che le tesi multiculturaliste sollevano⁴⁴, l'affacciarsi di problematiche strettamente legate alla multiculturalità degli ordinamenti europei rappresenta un interessante punto di osservazione da cui ripartire per valutare quanto detto a proposito del "potere normativo" del giudice e del suo rapporto con il legislatore. Le rivendicazioni di tipo identitario costituiscono una

⁴² Qui come in seguito le espressioni "minoranza" o "cultura minoritaria" sono intese in un'accezione non meramente quantitativa. La qualificazione in termini minoritari di un gruppo non discende, infatti, meramente dal dato numerico, ma è data dal rapporto tra la comunità dominante (sul piano politico, culturale e/o economico) e i gruppi in posizione di marginalità ed esclusione. La posizione di minoranza di questi ultimi dipende da fattori di "diversità", riconoscibili solo nella misura in cui siano confrontati con la supposta "normalità" del gruppo dominante. In tal senso vedi **M. R. MARELLA**, *Identità culturale e "differenze". A proposito del saggio di Paolo Morozzo Della Rocca*, in *RCDP*, 3/1992, 436. Sulla "marginalità" vedi la raccolta di saggi di **bell hooks**, *Elogio del margine. Razza, sesso e mercato culturale*, Milano, Feltrinelli, 1998.

⁴³ Sulla ormai nota contrapposizione tra liberalismo e comunitarismo vedi **C. TAYLOR**, *Multiculturalism and the Politics of Recognition: an Essay*, New Jersey, Princeton, 1992, trad. it. di G. Rigamonti, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, Anabasi, 1993; **J. HABERMAS**, **C. TAYLOR**, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998; **AA. VV.**, *Comunitarismo e liberalismo*, a cura di A. Ferrara, Roma, Editori Riuniti, 1992; **E. VITALE**, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2000; **E. PARIOTTI**, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁴⁴ E per alcune delle quali si permetta di rinviare a **E. OLIVITO**, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Politica del diritto*, 1/2007, 71.



decisa novità per entrambi, poiché tramite esse si vuol rendere giuridicamente rilevante quell'appartenenza a comunità ristrette, che invece l'ideologia liberale modernista aveva confinato nella sfera del privato. Alla legge, innanzitutto, che si è voluta generale e astratta anche per non differenziare il trattamento normativo sulla base di legami comunitari esclusivi, si è cominciato a chiedere qualcosa di diverso: prendere in considerazione le esigenze, che per alcuni soggetti derivano dall'essere membri di gruppi culturalmente minoritari, poiché dalla soddisfazione di tali particolari bisogni dipende il pieno esercizio di alcuni diritti, nonché la possibilità di tenere comportamenti conformi alla legge. In sostanza, si è chiesto di valutare come la cosiddetta neutralità della legge⁴⁵, altro mito fondativo degli ordinamenti liberali, incida in modo sproporzionalmente diseguale su coloro che assegnano importanza alla fedeltà di gruppo e ai contegni che essa impone. Ciò ha significato, innanzitutto, mettere in discussione sul piano teorico una concezione della legislazione come attività neutra nelle procedure, ma anche nei risultati. In tal senso, l'aspra critica alla neutralità delle istituzioni, e dello spazio pubblico in cui avviene la selezione delle domande sociali, non è stata mossa solo per denunciare il significato valoriale sotteso a quel concetto, perché portatore di una determinata concezione del bene, ma soprattutto è servita per evidenziare la parzialità delle deliberazioni cui si perviene attraverso di esso e i vantaggi che i gruppi dominanti ne ricavano.

In via immediata, tuttavia, l'emersione di rivendicazioni multiculturali, prima ancora di scompaginare le acquisizioni dottrinali sui caratteri e i fini delle deliberazioni pubbliche, ha prodotto un forte disorientamento nei legislatori continentali. Sebbene le strategie nazionali di reazione al fenomeno siano state diverse⁴⁶, l'immissione nelle arene decisionali di istanze identitarie ha colto di sprovvista in primo luogo i legislatori, i quali o hanno ignorato le peculiarità delle nuove domande sociali oppure hanno dato risposte improvvisate e controproducenti. La richiesta di tener conto dell'appartenenza a comunità culturalmente connotate – esentando dall'osservanza di norme che contrastano con essa ovvero predisponendo accorgimenti

⁴⁵ Cfr. **C. LARMORE**, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, trad. it. di S. Nono, *Le strutture della complessità morale*, Milano, Feltrinelli, 1990, 59 ss. In senso critico rispetto al neutralismo liberale **Z. ROSENKRANT**, *Lo Stato neutrale*, in *Ragion Pratica*, 7/1996, 222; **U. MATTEI**, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. it.*, 4/1994, 223.

⁴⁶ Vedi al riguardo **A. FACCHI**, *I diritti nell'Europa multiculturale: pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 11 ss.



positivi per la sua piena espressione – di rado ha trovato nel legislatore un interlocutore attento, in grado di cogliere le implicazioni più ampie sul piano dei vincoli unitari dell'intera comunità sociale. Spesso, inoltre - come si vedrà - la reazione dei parlamenti di fronte all'esplosione di conflitti di riconoscimento identitario⁴⁷ non è andata al di là di leggi-manifesto e di discipline normative parziali, ammantate però del velo della neutralità.

La lentezza del legislatore nell'affrontare le rivendicazioni più varie (poligamia, educazione multiculturale, pratiche religiose, mutilazioni genitali femminili) ha così determinato una fuga dalla legislazione e la ricerca nelle aule giudiziarie di soluzioni immediatamente spendibili. Da questo punto di vista, la giurisdizione è sembrata costituire un varco più accessibile per istanze nuove come quelle multiculturali, dimostrando di avere a disposizione mezzi più adeguati per intercettare e recepire domande sociali diversamente estromesse dai luoghi decisionali. Ciò è avvenuto per diversi motivi, ciascuno dei quali ha contribuito in qualche misura a rendere i giudici co-protagonisti della multiculturalità, insieme ai gruppi connotati da identità culturali minoritarie. Innanzitutto – lo si evidenziava poc'anzi – la giurisdizione da tempo è divenuta il canale principale, all'interno del quale far confluire conflitti di nuova matrice e bisogni sociali ancora in via di maturazione. I giudici rappresentano, in definitiva, l'istituzione che soggetti recentemente apparsi sulla scena politica incontrano per prima e di cui sfruttano i meccanismi di funzionamento per ottenere visibilità e legittimazione sul piano politico e sociale. Così è stato anche per i portatori di rivendicazioni multiculturali che, per la natura dirompente delle richieste avanzate e l'assenza dai circuiti della rappresentanza, hanno trovato nei tribunali un luogo innanzitutto di estrinsecazione, e poi di soddisfazione, di esigenze altrimenti disattese. Quello giudiziario, peraltro, è divenuto un canale preferenziale per le domande identitarie, anche in virtù della flessibilità degli strumenti di cui i giudici si sono avvalsi per rispondervi. La mancanza di normative *ad hoc* su tali questioni ha costretto, infatti, i giudici a rintracciare soluzioni adeguate in norme preesistenti, ma calibrate su problematiche

⁴⁷ Sulla peculiarità dei conflitti di riconoscimento e sulla loro distanza dai conflitti di interesse N. FRASER, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age*, in 212 *New Left R.* 68 (1995); A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta*, Milano, Feltrinelli, 1993, 195; A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Milano, Il Saggiatore, 2002, 193; N. FRASER, *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation*, in N. FRASER, A. HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*, London, Verso, 2003, 7.



essenzialmente diverse rispetto a quelle legate alla multiculturalità. Grazie al supporto dei tradizionali strumenti interpretativi, casi che sembravano privi di copertura legislativa sono stati fatti rientrare nelle maglie della legislazione per mezzo di elaborate, e a volte ardite, operazioni di ermeneutica giudiziaria.

In questo modo, nondimeno, il problema dei rapporti con il legislatore e le obiezioni in ordine a un possibile potere normativo dei giudici sono riaffiorati con prepotenza e il dibattito sulle tematiche in questione si è concentrato su due diversi profili. In primo luogo, il ricorso dei giudici a discipline calibrate su fattispecie strutturalmente diverse da quelle multiculturali ha sollevato nuovi dubbi sull'ammissibilità di operazioni, attraverso le quali essi finirebbero in sostanza per riscrivere le norme applicate. L'anacronismo di alcune discipline legislative è stato invero da loro superato, applicandone i contenuti a fattispecie non previste dal legislatore. Tuttavia, l'attività dell'interprete di adeguamento della legge "ai vari momenti dell'evoluzione storica"⁴⁸, per mezzo della quale "si ridiscende dalle nuvole sulla terra"⁴⁹, è sembrata spingersi fino al punto di determinare nelle normative interessate una sostanziale "eterogenesi dei fini". Non dunque un mero adattamento della norma al caso concreto, nei limiti della valutazione degli interessi operata dal legislatore, bensì una "valutazione libera degli interessi oggetto della tutela giuridica"⁵⁰. La ricerca di norme in grado di offrire copertura a istanze multiculturali corre così il rischio di tradursi nella proposizione da parte dei giudici di norme nuove, attraverso una lettura 'creativa' di quelle in vigore.

A tale profilo, peraltro, si lega strettamente l'altro argomento – già ricordato - secondo cui i giudici non dovrebbero mostrarsi "attivi" su temi nuovi, rispetto ai quali il dibattito politico è ancora in via di definizione e il processo decisionale parlamentare non è ancora approdato ad alcun risultato. La richiesta di *self restraint*, che ai giudici viene rivolta di fronte ai nuovi conflitti sociali e alle rivendicazioni che ne seguono sembrerebbe, da questo punto di vista, calzare perfettamente ai temi della multiculturalità: la peculiarità delle domande, dietro le quali si nasconde l'esigenza di riconoscimento di identità culturali collettive, costituisce motivo sufficiente per scartare la

⁴⁸ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, 65, le cui riflessioni riguardano però la giurisprudenza intesa come "scienza del diritto".

⁴⁹ F. CARNELUTTI, *Profilo del pensiero giuridico italiano*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, 13.

⁵⁰ Contro tale ipotesi così ammoniva, pur nel richiamo alle esigenze della storia, S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., 64.



soluzione giudiziaria e prediligere i tempi lunghi della discussione parlamentare. Tale obiezione varrebbe, perciò, a contraddire la posizione, prima richiamata, secondo la quale l'inerenza delle decisioni giudiziarie alle specificità dei singoli casi consentirebbe di dare una prima risposta alle istanze multiculturali individuali, poiché tali istanze in realtà sottendono una più impegnativa esigenza di riconoscimento di intere comunità minoritarie.

In verità, entrambi gli argomenti, se accolti nella loro categoricità, finiscono per ignorare un aspetto importante, soprattutto quando si tratti di tematiche così singolari come quelle multiculturali. Le difficoltà che le istituzioni mostrano nell'affrontare simili problematiche non devono far dimenticare il rilievo quasi banale per cui, pur nella diversità delle funzioni, giurisdizione e legislazione operano in stretto collegamento tra di loro, non fosse altro perché "la stessa posizione della norma non è altro che il risultato del lavoro della giurisprudenza", la quale con le sue pronunce mette in rilievo le lacune della legislazione e indica "la via da seguire per una migliore disciplina di determinati rapporti"⁵¹. In questo senso, anzi, la giurisprudenza è in un certo qual modo "l'avanguardia della legislazione"⁵², tanto che l'intervento preliminare del giudice su questioni per le quali non si è ancora pervenuti a una pronuncia del parlamento può ritenersi in qualche misura connaturale al sistema. Sono invece da discutere i termini entro cui la pronuncia del giudice possa anticipare la disciplina legislativa e i limiti entro cui essa debba mantenersi per non sovvertire il contenuto delle norme esistenti e per non pregiudicare le successive deliberazioni parlamentari.

4 - *Segue: il caso dei simboli religiosi*

Le rivendicazioni sociali di impronta multiculturale, rispetto alle quali può evidenziarsi l'avvicinarsi di decisioni giudiziarie e prese di posizione del legislatore, sono innumerevoli. Può addirittura sostenersi che, vista la natura degli interessi in gioco, l'aula giudiziaria costituisca di norma il primo terreno di sperimentazione di valide soluzioni e che il legislatore più spesso intervenga a convalidare o stabilizzare tendenze già in atto nella giurisprudenza.

Un caso, tuttavia, sembra emblematico del modo in cui giurisdizione e legislazione si intersecano in questo campo, rinnovando

⁵¹ G. AZZARITI, *I rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, cit., 232.

⁵² *Ibidem*.



il dibattito sul potere dei giudici e sul rapporto tra “diritto giudiziario” e “diritto legislativo”. La questione attiene ai simboli religiosi e alla loro esibizione negli spazi pubblici, sia quando ciò avvenga nell'esercizio di un diritto fondamentale del singolo sia quando l'esposizione di un simbolo negli edifici pubblici sia imposta da norme di legge. Al riguardo, si è assistito negli ultimi anni a una vorticoso espansione dei conflitti riguardanti l'impiego del velo islamico e l'esposizione del crocifisso, tanto che le relative controversie hanno interessato non soltanto diversi paesi europei, ma in più occasioni hanno coinvolto la Corte europea dei diritti dell'uomo. Il legame di tali questioni con le tematiche del multiculturalismo è molto forte e sarebbe riduttivo considerarle attinenti alla sola sfera religiosa, intesa in un'accezione ristretta. Al contrario, esse rivelano come moltissimi conflitti multiculturali siano giocati sul campo della libertà religiosa e la laicità sia diventata terreno di scontro per identità culturali “altre” e per le rivendicazioni dei gruppi che le affermano. Sotto questo profilo, invero, la multiculturalità ha prodotto un significativo cambiamento di senso per le domande di matrice religiosa, dal momento che la diversità religiosa viene sempre più vissuta (anche) come una diversità culturale. E in questa veste viene ora rivendicata e praticata. Da un lato la secolarizzazione, dall'altro la presenza di gruppi molto distanti dalla cultura dominante, hanno fatto sì che lo spazio pubblico divenisse “il” luogo in cui far valere la propria identità culturale e le differenze religiose fossero vissute come una parte importante di essa. In tal modo, le istanze di carattere religioso hanno assunto una forte connotazione culturale e la partita si è giocata più sul piano dell'appartenenza che non su quello della credenza⁵³.

Tale trasformazione è divenuta evidente quando la presenza di alcuni simboli religiosi negli spazi pubblici è stata contestata, per le ricadute che ciò avrebbe determinato in termini di laicità dello Stato. Le vicende italiane ed europee sono ben note e non s'intende qui richiamarle nei dettagli⁵⁴. Nondimeno, esse sono sintomatiche, tra

⁵³ Sottolinea esattamente la trasformazione delle diversità religiose in fattori culturali, con conseguenti ricadute sulla portata della laicità, N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2006, 8 ss. In senso analogo L. MANCINI, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in AA. VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Milano, Giuffrè, 2006, 3.

⁵⁴ Per una rassegna delle vicende sull'esposizione del crocifisso in Italia vedi AA. VV., *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2004. Da ultimo vedi M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in



l'altro, di un certo andamento nei rapporti tra giudici e legislatore, nonché del modo in cui giurisdizione e legislazione interagiscono rispetto alle tematiche multiculturali. Sebbene i problemi sollevati siano diversi - a seconda che la "neutralità" dello spazio pubblico sia messa in crisi dalla presenza del crocifisso negli edifici pubblici ovvero dall'esibizione, da parte dei singoli, del velo islamico⁵⁵ - nella prospettiva che qui interessa rileva piuttosto come, in entrambi i casi, le relative controversie siano state in prima istanza decise - alcune volte a più riprese - dai giudici, per poi approdare solo in un secondo momento nelle aule parlamentari⁵⁶. La richiesta di poter esprimere la propria appartenenza culturale anche attraverso un simbolo religioso ovvero quella di non vederla penalizzata per via dell'imposizione di un solo simbolo nello spazio pubblico sono emerse inizialmente in sede giudiziaria. Qui i giudici sono stati chiamati a valutare la portata di alcuni simboli negli spazi pubblici, dovendo però tenere in considerazione il diverso significato che essi acquistano nelle società

www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=330, fascicolo 3/2009, nonché, anche per i casi bavarese e svizzero, **S. MANCINI**, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Giur. cost.*, 5/2009, 4055 ss. Per le vicende francesi sul velo islamico cfr. **P. CAVANA**, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, Giappichelli, 2004, 97 ss. Sul divieto francese di indossare il burqa vedi, per una prima cronaca, **D. FERRARI**, *La pratica di portare il burqa davanti al parlamento francese: atto primo (una cronaca)*, in *www.giurcost.org/studi/ferrari.html*.

⁵⁵ A tal proposito sia consentito ancora una volta rinviare a **E. OLIVITO**, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Diritto Pubblico*, 2/2004, 549. Per una condivisibile distinzione tra le questioni sollevate dai 'simboli collettivi', che "impongono l'omogeneità", e quelle poste dai "simboli individuali", il cui divieto esprime invece "una pretesa di omogeneità del corpo sociale", vedi **G. BRUNELLI**, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in **AA. VV.**, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI. Annuario 2007* (atti del XXII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007), Padova, Cedam, 2008, 275.

⁵⁶ Si pensi, per la questione del crocifisso, alla pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, Erster Senat, 16. Mai 1995, Az: 1 BvR 1087/91 (Kruzifix-Beschluss) e alla risposta del legislatore bavarese (cfr. art. 7, Abs. 3, della *Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen, BayEUG*, su cui vedi più avanti). Per il velo islamico, invece, vedi le innumerevoli pronunce dei giudici amministrativi francesi (a partire dall'*avis consultatif* del *Conseil d'État* del 1989 e dalle due successive sentenze in sede contenziosa del 2 novembre 1992 e del 14 marzo 1994), cui hanno infine fatto seguito la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 (encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics) e, da ultimo, le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, approvato dal senato francese il 14 settembre 2010 e che il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato conforme a Costituzione il 7 ottobre 2010 (Décision n° 2010-613 DC).



multiculturali. Dalle motivazioni delle sentenze emerge, infatti, la consapevolezza di non potersi arrestare sulla soglia delle norme applicabili al caso, ma di dover considerare in via preliminare i presupposti socio-culturali che condizionano l'interpretazione delle stesse. In tal senso, l'emersione di controversie in ordine alla permanenza del crocifisso nelle aule pubbliche ha richiesto che si apprezzassero i mutamenti di senso che quella presenza ha subito per via delle retrostanti trasformazioni sociali. Non diversamente, i problemi posti dall'esibizione del velo islamico nei luoghi pubblici sono discesi da un'accentuata eterogeneità sociale e dal modo in cui essa si è riversata negli spazi pubblici.

Le soluzioni avanzate sul versante giudiziario, tuttavia, non sono riuscite a fermare l'*escalation* di controversie aventi ad oggetto simili questioni. Ciò è accaduto innanzitutto per via della crescente diversità religiosa e culturale, che i movimenti migratori hanno portato nelle società europee. L'innesto di fedi e culture diverse in un assetto sociale fino ad allora dipinto come omogeneo ha, difatti, mostrato la parzialità di certi simboli religiosi, determinando al contempo la comparsa di "nuovi" simboli. Nondimeno, l'incremento di casi riguardanti l'ammissibilità della loro esibizione negli spazi pubblici è stato prodotto anche dall'indeterminatezza di alcuni provvedimenti giudiziari che, preferendo adottare decisioni aperte e non ultimative, hanno spesso rimesso agli organi amministrativi valutazioni decisive ovvero hanno delegato al legislatore la ricerca di soluzioni più articolate. Una simile propensione verso pronunce "miti"⁵⁷, orientate al caso e tali da non produrre "vincitori e vinti", è stata dettata dall'esigenza di non chiudere le istanze multiculturali all'interno di soluzioni rigide e in qualche misura definitive. Si è creduto cioè di poter meglio comporre gli interessi in gioco, lasciando aperti spazi per contrattazioni e dialoghi ulteriori. Così facendo, tuttavia, la risoluzione dei contrasti sui simboli religiosi si è spostata su piani – quello dell'amministrazione e quello della legislazione - in cui la disparità di forza dei soggetti coinvolti pesa maggiormente e rischia di giocare, come in alcuni casi è stato, a sfavore degli interessi più deboli e meno rappresentati. Il rinvio del giudice ad altri livelli decisionali, con lo spostamento su di essi delle scelte ultime, se difatti è apprezzabile in termini astratti, per la volontà di non invadere campi altrui, deve essere vagliato in tutte le sue implicazioni, nella consapevolezza che l'apertura verso interventi ulteriori non è di per sé veicolo di maggiori garanzie - soprattutto per i soggetti in

⁵⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 187 ss.



posizione di minorità - ma è condizionata, negli esiti, dalle modalità in cui ciò avviene.

Significative, al riguardo, appaiono soprattutto le vicende francesi e tedesche, che più di altre offrono prova di come giudici e legislatori dialoghino sui temi della multiculturalità e, in particolare, sulla simbologia religiosa negli spazi pubblici. Il passaggio, a volte estenuante, delle questioni sollevate dal livello giudiziario a quello legislativo (e poi di nuovo al primo) fornisce spunti molto interessanti sulla praticabilità/opportunità di alcune soluzioni e sul modo di modulare le decisioni adottate⁵⁸.

Un primo caso in cui si è rivelata, ad esempio, insoddisfacente la soluzione giurisprudenziale, poiché ha demandato ad altri soggetti la valutazione di elementi sfuggenti, riguarda le note vicende francesi sul velo islamico. Qui la questione è emersa con forza già nel 1989, in seguito all'espulsione da una scuola pubblica di alcune studentesse di religione islamica, che rifiutavano di togliere il velo durante le lezioni. In quell'occasione il *Conseil d'Etat* è intervenuto dapprima in sede consultiva, su richiesta dell'allora ministro dell'educazione nazionale

⁵⁸ Per un commento alle vicende italiane legate all'esposizione del crocifisso negli spazi pubblici (e in merito alle quali, peraltro, vi sono state diverse pronunce giudiziarie, ma ancora nessun intervento legislativo) si rinvia ai paragrafi successivi. Per quanto attiene, invece, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui simboli religiosi, si è deciso di richiamarla solo sinteticamente, laddove essa abbia costituito un passaggio delle vicende esaminate. Una disamina delle relative pronunce in relazione al rapporto tra giudici e legislatori richiederebbe, infatti, un'indagine approfondita del c.d. margine di apprezzamento, che in questa sede non sarebbe possibile svolgere. Si sottolinea, ad ogni modo, come proprio la recente sentenza di Strasburgo sul caso italiano abbia ricondotto la previsione del crocifisso nelle scuole pubbliche nei limiti del margine di apprezzamento lasciato agli Stati Membri su simili questioni: cfr. *Lautsi c. Italia*, sentenza del 18 marzo 2010, rinvenibile in cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=lautsi&sessionid=69043014&skin=hudoc-en. Sulla dottrina del margine di apprezzamento vedi comunque **J. A. BRAUCH**, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in 11 *Columbia Journal of European Law* 113 (2004); **T. A. O'DONNELL**, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, 474; **F. DONATI, P. MILAZZO**, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni preliminari* in **AA. VV.**, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Torino, Giappichelli, 2003, 66; **V. SCIARABBA**, *Il ruolo delle Corti costituzionali nella giurisprudenza della Corte EDU: considerazioni sulla dottrina del margine di apprezzamento*, in **AA. VV.**, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (Atti del Seminario, Ferrara, 9 marzo 2007) a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2007, 235.



Lionel Jospin, rilasciando un *avis consultatif*⁵⁹ che, per il suo tenore, ha in seguito condizionato il trattamento di casi analoghi in sede giurisdizionale e poi legislativa. Il parere, infatti, pur riconoscendo che l'uso da parte degli studenti di segni espressivi della loro appartenenza religiosa *di per sé* non è incompatibile con il principio di laicità, proseguiva con una serie di distinguo di non facile interpretazione. In particolare, si ammetteva la possibilità di vietare l'uso di segni religiosi che

“per la loro natura, per le condizioni nelle quali potrebbero essere portati individualmente o collettivamente, o *per il loro carattere ostentatorio o rivendicativo*, potrebbero costituire un atto di pressione, di provocazione, di proselitismo o di propaganda, offendere la libertà o la dignità dell'alunno o di altri membri della comunità educativa, compromettere la loro salute o la loro sicurezza, perturbare lo svolgimento delle attività didattiche e la funzione educativa degli insegnanti, turbare insomma l'ordine dell'istituto o il normale funzionamento del servizio pubblico”⁶⁰.

Vi era, inoltre, un rinvio ai regolamenti interni degli istituti pubblici, chiamati a determinare le modalità di applicazione dell'*avis*, mentre l'individuazione delle procedure da adottare e delle sanzioni disciplinari da comminare in caso di trasgressione veniva demandata ai singoli direttori e ai capi d'istituto⁶¹.

Il dilagare di nuovi casi concernenti l'uso del velo islamico nelle scuole pubbliche e la giurisprudenza amministrativa successiva dello stesso *Conseil d'État*⁶² hanno sottolineato le incongruenze di quel primo parere sotto diversi profili. Primo fra tutti, la scelta di far poggiare i provvedimenti dei capi d'istituto sul carattere *ostentatoire* dei segni religiosi indossati a scuola. Quando un segno possa definirsi tale è, invero, questione piuttosto sfuggente, che lascia molto – forse troppo spazio – a considerazioni di ordine metagiuridico e soprattutto lega

⁵⁹ Conseil d'État, Assemblée générale, avis consultatif n. 346.893 del 27 novembre 1989, in www.conseil-etat.fr/cde/media/document//avis/346893.pdf.

⁶⁰ *Ivi*.

⁶¹ Le difficoltà di applicazione del parere sono, infine, state accentuate da due successive circolari ministeriali: la circolare Jospin (Ministero dell'Educazione Nazionale, 12 dicembre 1989, in *Revue française de Science politique*, 1991, 51), che invitava i capi d'istituto a intraprendere un dialogo con le allieve e le loro famiglie, per convincerle a “renoncé au port de ces signes” e la circolare Bayrou (Ministero dell'Educazione Nazionale, 20 settembre 1994, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/1995, 534), che raccomandava ai consigli scolastici l'inserimento nei regolamenti d'istituto di una disposizione che consentisse l'esibizione dei soli segni “discrets” e non di quelli “ostentatoires”, da ritenersi *di per sé* espressione di proselitismo.

⁶² Per la quale si rinvia a P. CAVANA, *I segni della discordia*, cit., 100 ss.



l'ammissibilità di simboli religiosi nello spazio pubblico al modo in cui essi sono percepiti nell'ambiente *mainstream*. Se ci si pone dalla prospettiva dell'ostentazione sembra, difatti, verosimile che quel carattere venga attribuito con maggior facilità a simboli considerati più "appariscenti" e visibili perché differenti da quelli della cultura/religione dominante. Il rinvio a un concetto così vago rischia pertanto di tradursi in giudizi di merito su alcuni simboli, basati in prevalenza sui sentimenti di estraneità che essi suscitano nella maggioranza. Un secondo aspetto dell'*avis* che, alla prova dei fatti, si è rivelato controproducente attiene, invece, al coinvolgimento degli organi direttivi degli istituti pubblici nell'individuazione dei provvedimenti da adottare. Il conferimento ai capi d'istituto di un ruolo centrale nell'attuazione concreta del parere avrebbe dovuto costituire, in realtà, un elemento importante al fine di aprire un dialogo tra le parti coinvolte e promuovere soluzioni di compromesso. Tuttavia, il carattere piuttosto ambiguo delle formule utilizzate dal *Conseil d'État* ha, in definitiva, dato vita a un "droit local"⁶³, non sempre capace di offrire soluzioni soddisfacenti alle singole controversie e tale soprattutto da far dipendere l'esercizio di un diritto fondamentale e l'applicazione del principio di laicità da un insieme incerto e frammentato di provvedimenti.

Quando, dunque, nell'autunno del 2003 due sorelle che indossavano il velo vennero espulse dal liceo di Ausbervillers, vi erano tutte le premesse perché il caso riesplodesse. Questa volta, però, la cattiva resa del parere del 1989 aveva creato il terreno favorevole a un intervento legislativo, visto ormai da più parti come un passo indispensabile per superare gli inconvenienti emersi dalla soluzione giurisprudenziale⁶⁴. Una legge sui simboli religiosi nelle scuole pubbliche fu, pertanto, considerata necessaria per riaffermare la laicità *a la française* e l'indispensabile neutralità della *République* di fronte al fenomeno religioso. Pur nel riconoscimento dei grossi cambiamenti

⁶³ Ha insistito particolarmente sul carattere locale del regime venutosi a creare in seguito al parere del *Conseil d'État* il *Rapport Debré sur la question du port des signes religieux a l'école*, n. 1275, spec. Tome 1, 3^{ème} partie, presentato all'Assemblée nationale il 4 dicembre 2003 e rinvenibile in www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1275-t1.pdf, 28 ss.

⁶⁴ A favore di un provvedimento legislativo si espressero, ad esempio, il *Rapport Stasi de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, presentato al Président de la République l'11 dicembre 2003 e rinvenibile in <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000725/0000.pdf>; nonché il *Rapport Clément sur le projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics*, n. 1381, presentato all'Assemblée nationale il 24 gennaio 2004, in www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1381.pdf.



sperimentati dalla società francese in conseguenza dell'immigrazione, tanto da richiedere una *laïcité* non più “de combat” ma “ouverte et dynamique”⁶⁵, la conclusione cui si è infine pervenuti è stata nel senso di vietare espressamente *le port* di simboli religiosi nelle scuole pubbliche. A tal proposito, tuttavia, la normativa varata e, prima ancora, i rapporti conoscitivi preliminari sono incorsi in un'evidente aporia. Difatti, sebbene il Rapport Stasi avesse sottolineato che, di fronte a una giurisprudenza contraria alla possibilità di indossare segni *ostentatoires*, nell'applicazione pratica i capi d'istituto si fossero poi trovati “dans l'impossibilité de tracer la frontière entre le signe ostentatoire illicite et le signe non-ostentatoire licite”⁶⁶, la formulazione finale della legge non soltanto è caduta nella stessa contraddizione, ma addirittura l'ha accentuata. L'art. 1 della legge n° 2004-228⁶⁷, adottando una terminologia ancora più ampia e indeterminata di quella accolta nell'*avis* del 1989 – che parlava appunto di *signes ostentatoires* – ha vietato agli alunni delle scuole pubbliche di indossare simboli religiosi, attraverso i quali essi intendano manifestare *ostensiblement* la loro appartenenza religiosa. Potrebbe sembrare che, in tal modo, il legislatore abbia ridotto il margine di apprezzamento per le autorità scolastiche – ed eventualmente per i giudici – poiché l'essere “*ostensible*” costituisce in qualche misura un carattere intrinseco ai simboli religiosi, che li connota (tutti) di per sé, a prescindere dalle modalità e dalle motivazioni di chi lo porta⁶⁸. Al contrario, quella qualificazione ha inteso introdurre una sottile sperequazione nella possibilità di ammettere alcuni simboli religiosi e non altri, poiché il divieto sembra comunque implicare un apprezzamento esterno, sulla base del quale viene stabilito il grado di “vistosità” attribuibile agli

⁶⁵ *Rapport Stasi*, cit., 36.

⁶⁶ *Ivi*, 31.

⁶⁷ “Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent *ostensiblement* une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève”: art. 1, loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (corsivo mio).

⁶⁸ Ciò, peraltro, è desumibile dalla distinzione tra *ostensible* e *ostentatoire* contenuta in un “Abécédaire des termes spécifiques au dossier Laïcité” rinvenibile sul sito dell'Assemblée nationale all'indirizzo www.assemblee-nationale.fr/site-jeunes/laicite/fiche-dates/fiche-2004/fiche.asp. Lì si legge che con il primo termine s'intende “qui est fait sans se cacher ou avec l'intention d'être remarqué”, mentre con il secondo “qui est fait ou montré avec ostentation, c'est-à-dire par la mise en valeur excessive d'une caractéristique”.



stessi e, per conseguenza, la loro includibilità nello spazio pubblico⁶⁹. Pertanto, nonostante il riferimento alla condotta dello studente, la sfuggente qualificazione dei simboli non ammessi a scuola rischia di distorcere le procedure di dialogo da avviarsi prima di comminare la sanzione, trasformandole in “un meccanismo di inversione dell'onere della prova”⁷⁰: il solo rifiuto di togliere un segno, anche se non utilizzato in maniera *ostensible*, potrebbe costituire invece prova di un'intrinseca volontà “ostensiva”.

La “soluzione legislativa”, adottata dalla Francia per i simboli religiosi nelle scuole pubbliche, ha trovato peraltro conferma nella recente legge n° 2010-1192, secondo la quale “nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage”⁷¹. La norma,

⁶⁹ Che la legge avrebbe finito per discriminare simboli ritenuti di per sé *ostensibles* sulla base di giudizi parziali, era già arguibile dall'indicazione contenuta nel Rapport Stasi, che suggeriva di includere nella legge la distinzione tra “signes ostensibles, tels que grande croix, voile ou kippa” e signes discrets “que sont par exemple médailles, petites croix, étoiles de David, mains de Fatma, ou petits Coran”: *Rapport Stasi*, cit., 68. Sebbene la legge non abbia accolto tale distinzione, la successiva *Circulaire du 18 mai 2004 relative a la mise en œuvre de la loi n. 2004-228* (www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000252465&dateTexte=) - all'articolo 2.1 - la riporta quasi integralmente.

D'altro canto, che il discrimine tra *signes discrets* e *signes ostensibles* avrebbe finito per essere individuato sulla base di valutazioni apodittiche e assiomatiche ha trovato conferma in alcune sentenze successive del *Conseil d'État*. Cfr. Conseil d'État, décision 5 décembre 2007 (requête N° 285396), che si può leggere in www.olir.it/areetematiche/72/index.php?documento=4639; nonché Conseil d'État, décision 5 décembre 2007 (requête N° 295671), che si può leggere in www.olir.it/areetematiche/72/index.php?documento=4640. In entrambe si legge: “Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, si les élèves des écoles, collèges et lycées publics peuvent porter des signes religieux discrets, sont en revanche interdits, [...] les signes ou tenues, tels notamment un voile ou un foulard islamique, une kippa ou une grande croix, dont le port, par lui même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse” (corsivo mio). Il caso del velo islamico è, peraltro, arrivato nuovamente di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, anche in considerazione della legge n. 2004-228, ha escluso in due occasioni che il divieto di indossare simboli religiosi nelle scuole pubbliche comporti per la Francia una violazione dell'art. 9 della CEDU. Ha invece ritenuto che tale divieto, previsto per legge, rientri nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati per ciò che attiene alle relazioni con le confessioni religiose. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 dicembre 2008, Kervanci c. France, rinvenibile in www.olir.it/areetematiche/72/index.php?documento=4926; sentenza 4 dicembre 2008, Dogru v. France, rinvenibile in www.olir.it/documenti/index.php?documento=4879.

⁷⁰ A. FERRARI, *Velo musulmano e laicità francese: una difficile integrazione*, in AA. VV., *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del Vecchio continente*, a cura di S. Ferrari, Roma, Carocci, 2006, 130.

⁷¹ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (il cui testo integrale può leggersi all'url



segnatamente volta a vietare la pratica di indossare il *burqa*, ha ricevuto l'avallo del *Conseil Constitutionnel*, che ne ha dichiarato la conformità a Costituzione in seguito a *saisine parlementaire*⁷². In tal modo, sembra che le istituzioni francesi si siano definitivamente orientate verso una blindatura legislativa delle scelte funzionali alla salvaguardia del principio di laicità, prediligendo peraltro formulazioni che progressivamente restringono i margini di manovra dell'interprete. Dall'opzione iniziale – quella dell'*avis* del 1989 – che lasciava forse troppo spazio all'apprezzamento dell'autorità amministrativa e giudiziaria, si è pertanto passati a soluzioni più rigide, che annullano la possibilità di svolgere valutazioni orientate al caso, sulla base di una sorta di "precomprensione"⁷³ legislativa di alcuni simboli religiosi.

Il dialogo tra giudici e legislatore in ordine alla praticabilità di alcuni simboli religiosi nello spazio pubblico ha interessato anche la Germania, dove i problemi sorti per via dell'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche hanno poi interessato anche il velo islamico. Le decisioni assunte al riguardo hanno richiesto ancora una volta piena consapevolezza della correlazione tra la problematica dei simboli

www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&dateTexte=&categorieLien=id). L'articolo 2 della legge precisa inoltre: "I. Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public. - II. L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles".

⁷² Conseil constitutionnel, décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 (*www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre-2010.49711.html*).

⁷³ Sul concetto di "precomprensione" come «indicazione e anticipazione di una comune rappresentazione, dapprima da "costruire o far valere", della società o di tutto l'ambito culturale» ossia come «anticipazione della coscienza di "tutti i benpensanti"», nonché sulla c.d. "infrastruttura" della legge, da intendersi come la "sua determinazione significativa attraverso elementi linguistici e concettuali forniti di un contenuto valutativo pre-improntato" vedi **J. ESSER**, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrunlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a. M., Athenäum Fischer Taschenbuch, 1972, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, ESI, 1983, rispettivamente 17, 18, 34. Il concetto esseriano di "precomprensione" riprende ovviamente il pensiero di **H. G. GADAMER**, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960, trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1994, il quale sottolinea che "[s]olo il riconoscimento del carattere costitutivo che ha il pregiudizio pone il problema ermeneutico nei suoi veri termini estremi" (*ivi*, 317). Il termine "pregiudizio" è, peraltro, assunto da Gadamer in un significato non necessariamente negativo.



religiosi e quella della multiculturalità, in considerazione del fatto che l'emersione di simili questioni è stata determinata, direttamente o indirettamente, da una decisa trasformazione in senso multiculturale dei rapporti sociali. Anche in Germania, peraltro, le questioni attinenti alla presenza negli spazi pubblici del crocifisso e del velo islamico hanno sollecitato l'intervento ora del giudice ora del legislatore, con un passaggio di testimone dall'uno all'altro, che non sempre ha giovato alla ricerca di validi punti di equilibrio. La struttura federale e la conseguente attenzione alle peculiarità anche religiose dei *Länder* hanno spesso determinato, da parte dei giudici, pronunce "aperte", tali cioè da contenere (ovvero implicare) un rimando ai legislatori dei *Länder* perché esse fossero ulteriormente specificate. Il riconoscimento, in taluni casi, di significativi margini di azione per il legislatore ha, tuttavia, costituito il punto di partenza per un successivo capovolgimento delle decisioni giudiziarie, anche quando queste provenivano dal *Bundesverfassungsgericht*.

Una prima pronuncia in merito all'esposizione del crocifisso si ebbe già nel 1995⁷⁴. In quell'occasione i giudici di Karlsruhe stabilirono l'incostituzionalità dell'articolo 13, Abs. 1 S. 3, del Regolamento scolastico per le scuole elementari in Baviera (*Schulordnung für die Volksschulen in Bayern-Volksschulordnung*) del 21 giugno 1983, che imponeva l'esposizione della croce nelle aule della scuola dell'obbligo. Con argomentazioni molto nette, il *Bundesverfassungsgericht* dichiarò che l'obbligo di esporre quel simbolo nelle aule scolastiche era da ritenersi contrario al diritto dei genitori di allevare i loro figli in conformità alle proprie convinzioni religiose (art. 4 GG in collegamento con l'art. 6 GG, Abs. 2). Ponendo l'accento sul risvolto negativo della libertà religiosa (che comporta anche la facoltà di tenersi lontani dai simboli religiosi), sul significato del crocifisso come simbolo di uno specifico credo, nonché sulla sua capacità di condizionamento degli alunni in quanto propagativo di certi contenuti di fede, i giudici conclusero che l'esposizione *ope legis* di quel simbolo non rappresentava un compromesso sostenibile tra la libertà religiosa della maggioranza e quella delle minoranze (sempre più connotate anche per la diversa fede religiosa). Tuttavia, il riferimento alla necessità di rinvenire una soluzione di compromesso tra le differenti esigenze (e i diritti) dei soggetti coinvolti fornì un valido appiglio al legislatore bavarese che, assegnando rilievo alla prevalenza della religione cattolica nel *Land*,

⁷⁴ BVerfG, Erster Senat, 16. Mai 1995, Az: 1 BvR 1087/91 (Kruzifix-Beschluss), rinvenibile in www.olir.it/documenti/index.php?documento=1292.



intervenne per obliterare, in sostanza, il significato *counter-majoritarian* della pronuncia di Karlsruhe.

Posto infatti l'accento sulla "connotazione storica e culturale della Baviera" e sui "valori cristiani e occidentali" alla base della Costituzione del *Land*, l'art. 7, Abs. 3, della Legge bavarese sull'educazione e l'istruzione pubblica (*Bayerisches Gesetz über das Erziehung - und Unterrichtswesen, BayEUG*) ha stabilito che "in ogni aula scolastica è affisso un crocifisso". Al fine di soddisfare, però, l'espressa richiesta, da parte del Tribunale federale, di una soluzione di equilibrio tra l'aspetto positivo e negativo della libertà religiosa, il legislatore della Baviera ha ritenuto di poter preservare i diritti delle minoranze di diversa fede religiosa predisponendo un fragile e illusorio meccanismo di compensazione delle differenti istanze di riconoscimento. La presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, difatti, può essere messa in discussione solo "per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici" e in tal caso spetta innanzitutto al direttore didattico ricercare un accordo amichevole tra le parti. Qualora ciò non sia possibile, sarà lo stesso direttore ad adottare una regola che consenta, nel singolo caso, di contemperare le convinzioni religiose e ideologiche di tutti gli alunni, ma pur sempre tenendo in considerazione la volontà della maggioranza (*sic*)⁷⁵. Sebbene l'art. 7 della legge in questione abbia poi ricevuto l'avallo della Corte costituzionale bavarese (*Bayerischer Verfassungsgerichtshof*)⁷⁶, che non solo ne ha dichiarato la conformità alla Costituzione della Baviera, ma ha altresì escluso ogni contrasto con il giudicato costituzionale del 1995, la soluzione bavarese si è rivelata ben presto molto debole⁷⁷. Quando, infatti, alcuni genitori atei hanno

⁷⁵ L'art. 7, Abs. 3, della legge, modificata il 23 dicembre 1995 e poi entrata in vigore il 1° gennaio 1996, recita: "1. Angesichts der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns wird in jedem Klassenraum ein Kreuz angebracht. 2. Damit kommt der Wille zum Ausdruck, die obersten Bildungsziele der Verfassung auf der Grundlage christlicher und abendländischer Werte unter Wahrung der Glaubensfreiheit zu verwirklichen. 3. Wird der Anbringung des Kreuzes aus ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung durch die Erziehungsberechtigten widersprochen, versucht die Schulleiterin bzw. der Schulleiter eine gütliche Einigung. 4. Gelingt eine Einigung nicht, hat sie bzw. er nach Unterrichtung des Schulamts für den Einzelfall eine Regelung zu treffen, welche die Glaubensfreiheit des Widersprechenden achtet und die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen aller in der Klasse Betroffenen zu einem gerechten Ausgleich bringt; dabei ist auch der Wille der Mehrheit, soweit möglich, zu berücksichtigen".

⁷⁶ Cfr. BayVerFGH, 1. August 1997, VerfGH 50, 156, rinvenibile in www.bayern.verfassungsgerichtshof.de.

⁷⁷ Sottolinea il carattere ambiguo della soluzione bavarese S. MANCINI, *La contesa sui simboli: laicità liquida e protezione della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0040_mancini.pdf, 8.



chiesto la rimozione del crocifisso dall'aula, sia la scuola sia i giudici amministrativi della Baviera hanno rigettato le loro istanze, reputandole "pretestuose e polemiche". Sebbene il Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*) abbia, in ultima istanza, rovesciato le precedenti decisioni⁷⁸, la vicenda dimostra come l'art. 7 citato assegni all'amministrazione scolastica una valutazione delicata, ma sfuggente: verificare la "serietà e comprensibilità" delle motivazioni, che spingono i genitori di un alunno a chiedere la rimozione del crocifisso dall'aula. Ciò vuol dire demandare al direttore scolastico un apprezzamento delle convinzioni personali dei soggetti coinvolti e dei sentimenti, che in essi suscita l'esposizione di un simbolo estraneo alle loro più intime credenze. In tal modo, la libertà religiosa negativa di chi professi una fede diversa da quella maggioritaria (ovvero nessuna fede) è subordinata alla dimostrazione della sua plausibilità nonché, in seconda battuta, alle aspettative comunque prevalenti della maggioranza.

Uno spostamento d'asse dal giudice al legislatore (e poi da questo nuovamente al primo) si è avuto, peraltro, in Germania, anche in seguito all'insorgere di alcune controversie sulla possibilità di indossare il velo islamico nelle scuole pubbliche. Il caso è sorto quando un'insegnante si è vista negare l'assunzione da parte dell'Accademia di Stoccarda, con la motivazione che la sua intenzione di indossare il velo anche durante le lezioni costituiva prova d'inidoneità all'insegnamento. La signora si è allora rivolta ai giudici amministrativi, per veder riconosciuto il suo diritto di manifestare anche a scuola l'appartenenza religiosa attraverso il velo e, conseguentemente, per vedere accolta la sua domanda di assunzione. In seguito al rigetto delle relative istanze da parte del Tribunale amministrativo di Stoccarda (*Verwaltungsgericht*), del Tribunale amministrativo del Baden-Württemberg (*Verwaltungsgerichtshof*) e del Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*), l'insegnante ha presentato al *Bundesverfassungsgericht* ricorso diretto per violazione dei diritti fondamentali (*Verfassungsbeschwerde*). I giudici di Karlsruhe, malgrado

Diversamente, e a favore dell'accoglimento anche in Italia di una soluzione analoga a quella della Baviera, vedi S. CECCANTI, *E se la corte andasse in Baviera?*, *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *La laicità crocifissa?*, cit., 22 ss.

⁷⁸ Il Tribunale ha riconosciuto, in particolare, che l'ateismo costituisce anch'esso una seria motivazione per esprimere valido dissenso rispetto all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Cfr. BVerwGE, 21. April 1999, 109, 40, rinvenibile in www.kirchen.net/upload/1233_Kruzifix.pdf.



tre opinioni dissenzienti, hanno accolto il ricorso⁷⁹, argomentando in primo luogo sulla base della neutralità dello Stato e della libertà religiosa degli impiegati pubblici e dei genitori e, conseguentemente, ponendo delle differenziazioni tra il crocifisso (e l'obbligo della sua presenza nelle aule scolastiche) e il velo islamico (indossato dalle insegnanti delle scuole pubbliche). Ciò che qui più interessa è, tuttavia, sottolineare che l'accoglimento del ricorso è stato in definitiva determinato dalla mancanza di un fondamento legislativo sufficientemente determinato alla base del rifiuto dell'amministrazione scolastica di assumere la ricorrente. E proprio in considerazione di ciò il Tribunale ha invitato ancora una volta, come nel 1995, a ricercare un compromesso accettabile (*zumutbaren Kompromiss*) tra le diverse esigenze, con un esplicito rinvio, a tali fini, ai legislatori dei *Länder* perché provvedessero. Spetta dunque ai parlamenti dei *Länder*, democraticamente eletti e titolari di una competenza piena in materia di istruzione, stabilire le necessarie limitazioni ai diritti fondamentali e adottare discipline che, pur potendo differenziarsi in considerazione delle diverse tradizioni scolastiche e delle radici religiose dei *Länder*, non possono comunque tradursi in discriminazioni verso alcune comunità religiose.

La risposta dei legislatori statali anche questa volta non si è fatta attendere e, anzi, a seguito della pronuncia del Tribunale federale, ben otto *Länder* (Baden-Württemberg, Bassa Sassonia, Saarland, Assia, Baviera, Berlino, Brema, Nord Reno-Westfalia) hanno modificato le proprie leggi⁸⁰, stabilendo a carico del corpo docente - ovvero, più in generale, degli impiegati pubblici - un obbligo di neutralità nello svolgimento delle proprie mansioni, comprensivo del divieto di indossare a scuola simboli di appartenenza religiosa, politica e ideologica. Stupisce in proposito come, ancora una volta, i legislatori statali abbiano optato per una disciplina palesemente *majoritarian*, che non soltanto esclude a priori un contrasto tra l'espressione di valori cristiano-occidentali e quell'obbligo di neutralità, ma addirittura in alcuni casi⁸¹ afferma una piena rispondenza delle tradizioni e dei valori cristiani agli scopi educativi delle scuole pubbliche⁸². La decisa virata di

⁷⁹ BVerfG, Zweiter Senat, 24. September 2003, Az: 2 BvR 1436/02, rinvenibile in www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.html.

⁸⁰ I testi legislativi sono tutti rinvenibili all'indirizzo www.uni-trier.de/index.php?id=24373&L=0.

⁸¹ In tal senso si sono espressi i legislatori di Baden-Württemberg, Saarland, Assia, Baviera, Nord Reno-Westfalia.

⁸² Peraltro, anche in questo caso, le nuove disposizioni legislative dei *Länder* hanno dato vita a una lunga serie di controversie davanti ai giudici amministrativi (anch'esse



molti *Länder* verso normative tali da escludere, di fatto, dalle scuole pubbliche solo alcuni simboli religiosi, non riconducibili alle tradizioni dominanti, è stata peraltro in qualche modo “incoraggiata” dalla struttura della sentenza del *BVerfG* del 2003 che, per alcune debolezze argomentative e le modalità di rinvio ai legislatori statali, è stata definita una “decisione di non decidere”⁸³. L'accoglimento del ricorso costituzionale per mancanza di fondamento legislativo, e il contestuale rimando ai legislatori dei *Länder* perché provvedessero in considerazione delle loro peculiarità, se per un verso si sono fatti apprezzare per l'esplicito richiamo alla legittimazione democratica dei parlamenti statali (e, dunque, alla conseguente precedenza data al loro intervento), hanno lasciato molti interrogativi su quali fossero i margini costituzionali entro cui le singole discipline avrebbero poi potuto muoversi.

5 - Giudici-antropologi e legislatori paternalisti: cultural defense, leggi-manifesto, eguaglianza di genere

Da una lettura della giurisprudenza e della legislazione sulle problematiche multiculturali emerge come la trasformazione dei conflitti sociali in senso identitario abbia avuto ripercussioni sul modo di argomentare dei giudici e sulla produzione legislativa. Di fronte a rivendicazioni che assumono l'appartenenza culturale come proprio tratto qualificante, le risposte del giudice e del legislatore sono sembrate poggiarsi su nuovi registri argomentativi e decisionali, facendo peraltro spazio a nozioni controverse e di non facile delimitazione. L'ingresso nelle aule giudiziarie di istanze sociali costruite sulla rivendicazione di “identità culturali” e, al contempo, l'impegno del legislatore per definire quelle stesse istanze in sede legislativa hanno difatti posto entrambi i poteri di fronte alla necessità di misurarsi con concetti complessi e ambigui. A tal proposito, per i giudici si è posta l'esigenza di capire se e in che termini l'appartenenza culturale minoritaria

rinvenibili all'indirizzo www.uni-trier.de/index.php?id=24373&L=0, mentre l'ultima novella legislativa della Baviera in materia (26 luglio 2006 - GVBl S. 397) è stata ritenuta compatibile con la Costituzione del *Land* dalla Corte costituzionale bavarese: BayVerFGH, 15. Januar 2007, VerfGH 60, 1, rinvenibile all'url www.bayern.verfassungsgesichtshof.de.

⁸³ In questi termini J. LUTHER, *Il velo scoperto dalla legge: profili di giurisprudenza costituzionale comparata*, in AA. VV., *Islam ed Europa*, cit., 79. Critiche analoghe verso la pronuncia sono espresse anche da J. IPSEN, *Karlsruhe locuta, causa non finita*, in *NVwZ*, 2003, 1212; U. SACKSOFSKY, *Die Kopftuch-Entscheidung - von religiösen zur föderale Vielfalt*, in *NJW*, 2003, 3300.



rivendicata da alcuni soggetti sia o meno da ritenersi elemento della fattispecie, valutabile in sede di giudizio⁸⁴. Dall'altro lato, invece, l'emersione di problematiche e domande sociali connotate in senso multiculturalista costituisce un nuovo e ulteriore elemento di attrito per la generalità e astrattezza della legge, sia nel caso in cui quell'elemento si risolva in espedienti normativi calibrati su una determinata appartenenza culturale, sia quando, viceversa, la supposta generalità di alcuni provvedimenti legislativi nasconda in realtà misure sproporzionalmente più sfavorevoli per chi appartenga ad alcune minoranze culturali.

Nel primo senso, dunque, un profilo molto delicato, che attiene alla risoluzione giudiziaria di controversie culturalmente connotate, concerne le modalità secondo cui il giudice può ritenere l'appartenenza culturale delle parti in causa un elemento giuridicamente rilevante. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un soggetto, imputato di atti penalmente rilevanti, adduca a propria difesa o scriminante il fatto di aver tenuto comportamenti tollerati o addirittura imposti dalla propria cultura. Nel linguaggio anglosassone tale strategia difensiva è indicata con l'espressione *cultural defense*⁸⁵ e mediante essa l'imputato di un processo penale utilizza la c.d. prova culturale, al fine di dimostrare (e veder riconosciuto dal giudice) che la sua condotta trova spiegazione nell'appartenenza a una cultura diversa da quella dominante. In modo non dissimile, la dottrina italiana discute di "reati culturalmente motivati"⁸⁶, nel caso in cui il comportamento posto in essere da un soggetto appartenente a una cultura minoritaria, e penalmente rilevante per l'ordinamento giuridico, sia invece condonato, accettato o persino approvato da quella stessa cultura⁸⁷. L'accoglimento – o anche la sola

⁸⁴ Sulla rilevanza della dimensione culturale ai fini della configurazione del fatto e sulla conseguente importanza degli "enunciati fattuali" attraverso i quali "gli eventi, i comportamenti, le azioni si costituiscono" vedi **B. PASTORE**, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cassazione penale*, 4/2006, 3043 ss.

⁸⁵ Anche la letteratura sulla *cultural defense* è ormai vasta. Si veda, però, tra i tanti **A. D. RENTELN**, *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2004; **L. ABU-ODEH**, *Comparatively Speaking: The "Honor" of the "East" and the "Passion" of the "West"*, in 2 *Utah L. R.* 287 (1997) e, da ultimo, M.C. Foblets, A. D. Renteln (eds), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Portland, Hart Publishing, 2009. Per l'Italia vedi **A. BERNARDI**, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2006; **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁸⁶ Cfr. da ultimo **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit.

⁸⁷ Nel nostro ordinamento i casi più noti di reati motivati dall'appartenenza culturale - e per i quali in giudizio viene prospettata l'esimente culturale - sono le mutilazioni genitali femminili (su cui vedi oltre), i maltrattamenti familiari nei confronti dei minori e del coniuge, la costrizione di minori alla mendicizia. Per la



presa in considerazione – di tale argomento da parte del giudice pone, tuttavia, molti interrogativi ai fini del discorso che qui si sta portando avanti. Per il giudice, difatti, valutare come e fino a che punto la cultura minoritaria dell'imputato abbia influito sulla sua condotta, al punto da escluderne o ridurne la responsabilità, implica innanzitutto che egli, in generale, faccia propria una certa idea di cultura e che, nel caso di specie, assegni alla cultura dell'imputato determinati caratteri. Entrambe le operazioni nascondono, però, delle insidie. L'utilizzo di concetti legati alla nozione di "cultura" - come condotta culturale, identità culturale, legame collettivo - presuppone, infatti, la conoscenza dei complessi meccanismi attraverso cui essa si costruisce e la consapevolezza dei pericoli distorsivi e di travisamento, che si nascondono dietro l'assunzione di nozioni "pure" e statiche di cultura⁸⁸. Quando, poi, l'essere membro di una cultura minoritaria venga utilizzato in tribunale come argomento difensivo, l'accettazione da parte del giudice della raffigurazione che l'imputato ha inteso dare della propria cultura può tradursi nella ratifica di una rappresentazione interessata e di parte della stessa, che non è necessariamente condivisa da altri membri e che potrebbe andare a discapito della parte lesa⁸⁹. La

relativa giurisprudenza in merito vedi **F. BASILE**, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, 1333 ss.

⁸⁸ Tra la vastissima letteratura su questi punti si rinvia, in particolare, a **C. GEERTZ**, *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1973, trad. it., *Interpretazione di culture*, Bologna, il Mulino, 1998; **J. CLIFFORD**, *The Predicament of Cultures. Twentieth-Century Ethnography, Literature and Art*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, trad. it. Di M. Marchetti, *I frutti puri impazziscono. Etnografia, letteratura e arte nel XX secolo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001; **H. BHABHA**, *Location of Culture*, London, Routledge, 1994, trad. it., *I luoghi della cultura*, Roma, Meltemi, 2001; **S. BENVENISTE**, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002, trad. it. di A.R. Dicuonzo, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, il Mulino, 2005. Sul carattere multipolare e caleidoscopico dell'identità personale, per cui essa non può dirsi determinata da una sola appartenenza (culturale o di genere che sia), illuminanti le riflessioni di **K. CRENSHAW**, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum* 139 (1989); **EAD.**, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in **AA. VV.**, *After Identity. A Reader in Law and Culture*, ed. D. Danielsen, K. Engle, New York, Routledge, 1995, 332.

⁸⁹ Sui rischi che comporta l'uso dell'argomento culturale nei processi penali, soprattutto per le donne appartenenti a minoranze culturali, vedi **D. E. PRITCHARD**, **A. D. RENTELN**, *The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong "Marriage By Capture" Case in Fresno, California*, in *4 South California Interdisc. L. J.* 1 (1994); **M. SPATZ**, *A "Lesser" Crime: A Comparative Study of Legal Defenses for Men Who Kill Their*



decisione del giudice può cioè legittimare l'interpretazione, che l'imputato ovvero "esperti" intervenuti nel giudizio hanno offerto di una cultura e dei vincoli che essa implica, senza tener conto delle altre voci, che ugualmente aspirano a definirne i tratti caratterizzanti.

La considerazione del ruolo che l'appartenenza culturale riveste in determinati casi può, ciononostante, rivelarsi utile nell'accorciare le distanze tra i membri di minoranze culturali, che si trovino davanti a un giudice, e il giudice stesso, presumibilmente appartenente alla cultura maggioritaria. La valutazione di quella componente, se anche non determinante ai fini della pronuncia giudiziaria, può invero offrire elementi preziosi per una più completa disamina del caso di specie ed eventualmente costituire un valido punto di partenza, per l'attivazione di quei margini di manovra lasciati al giudice nell'applicazione della legge. Nondimeno, in termini esattamente speculari, l'argomento culturale può essere utilizzato dal giudice non per misurarsi con la specificità delle fattispecie multiculturali, bensì, tutto al contrario, per convalidare la cultura della maggioranza e, contestualmente, offrirne una lettura statica e immobile. Accade, infatti, che i giudici utilizzino quell'argomento per legittimare ovvero condonare posizioni di favore accordate dall'ordinamento alla cultura maggioritaria, ribaltandone l'impiego al fine del mantenimento dello *status quo* e negando i cambiamenti sociali, che pure retroagiscono sui connotati di quella. Indicativi, da questo punto di vista, sono ancora una volta la vicenda dei simboli religiosi e, in particolare, l'esito che essa ha avuto in Italia con riferimento all'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche. I passaggi attraverso i quali sul punto si è arrivati, da ultimo, alla seconda pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹⁰ sono noti e non si intende qui richiamarli tutti⁹¹. Interessano invece alcune delle

Wives, in 24 *Columbia J. L. & Soc. Probs.* 597 (1991). Vedi, però, anche le osservazioni molto interessanti di L. VOLPP, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense"*, in 17 *Harvard Women's Law Journal* 57 (1994); EAD., *Blaming Culture for Bad Behavior*, in 12 *Yale Journal of Law & the Humanities* 89 (2000).

⁹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lautsi c. Italia*, sentenza del 18 marzo 2010, cit.. Ribaltando la sentenza della Seconda Camera del 3 novembre 2009 (cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=62291007&skin=hudoc-en&action=request), che aveva condannato l'Italia per violazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 1, congiuntamente all'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i giudici della Grande Camera hanno invece ritenuto che l'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche non configuri una violazione di quegli articoli. La Corte è, peraltro, pervenuta a tale conclusione nonostante riconosca come in tal modo l'Italia conferisca "alla religione di maggioranza del paese una visibilità preponderante nell'ambiente scolastico".

⁹¹ Per ricostruire la vicenda vedi *retro*, nota 54.



pronunce intervenute sul punto, per il modo in cui fanno ricorso all'argomentazione culturale e per le conclusioni cui esse arrivano attraverso quell'espedito.

Si ricordi a questo proposito che già nel 1988 il Consiglio di Stato, seppure in sede consultiva, nel suo parere in ordine alla persistente vigenza delle norme regolamentari, che tuttora prevedono l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, aveva in qualche misura cercato sostegno nell'argomento culturale. In quell'occasione, alternando considerazioni di stretto diritto con apodittiche asserzioni di carattere storico e sociologico, il Consiglio di Stato aveva rinvenuto in quel simbolo un "indubbio significato storico-culturale", l'espressione della civiltà e della cultura cristiana e, da ultimo, un "valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa"⁹². Simili affermazioni non sono rimaste isolate, essendo state riprese e portate a ulteriori conseguenze prima dal Tar Veneto e poi nuovamente dal Consiglio di Stato (in sede contenziosa)⁹³. Posto che entrambe le sentenze non hanno ravvisato un contrasto tra la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche e il principio di laicità dello Stato, preme qui sottolineare come i giudici amministrativi, per avvalorare i propri dispositivi, si siano lanciati in complesse considerazioni - di carattere sociologico, teologico e persino semiologico⁹⁴ - sui significati attribuibili al crocifisso e sul posto che ad esso può comunque riconoscersi in uno Stato laico (e, diremmo noi, multiculturale). La valenza culturale di quel simbolo viene infatti esaltata fino al punto di metterne in secondo piano il significato religioso⁹⁵ e l'insistenza sul profilo culturale è tale da portare alla conclusione secondo cui l'esposizione del crocifisso

"non solo non lede alcuno dei principi custoditi dalla medesima Costituzione o altre norme del suo ordinamento giuridico, ma

⁹² Consiglio di Stato, parere del 27 aprile 1988 n. 63, in *QDPE*, 1/1989, 197.

⁹³ Le relative pronunce concernono il caso Lautsi, prima richiamato, deciso in prima istanza dal Tar Veneto, sentenza 22 marzo 2005, n. 1110, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it/WEBY2K/ElencoSentenze.asp, e poi, in appello, dal Consiglio di Stato, sentenza 13 febbraio 2006, n. 556, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it/webcds/ElencoSentenze.asp.

⁹⁴ Mette in evidenza l'abbandono dell'argomentazione giuridica a favore di quella "storica, teologica, sociologica, semiologica, moralistica" e la strumentalità di queste ultime al fine di allargare "l'area di riferimento dei simboli religiosi" **N. COLAIANNI**, *Eguaglianza e diversità culturali*, cit., 81.

⁹⁵ Per il Tar Veneto, sentenza 1110/2005, cit., difatti, il crocifisso è "segno culturale e anche religioso" (corsivo mio).



mira ad affermarli in un modo che sottolinea il loro alto significato⁹⁶.

L'operazione compiuta attraverso questo tipo di argomentazione retorica è duplice. Da un lato, si estende e si secolarizza la valenza attribuibile al simbolo di una confessione religiosa, in modo da legittimarne la presenza negli spazi pubblici. Al contempo, però, l'accentuazione del significato culturale del crocifisso assume a parametro di riferimento una sola cultura, quella della maggioranza, facendo di quel simbolo il segno di un'identità che, chiudendosi in sé stessa, si pietrifica⁹⁷. La "cultura" di cui, in tal modo, i giudici si avvalgono diviene così una nozione del tutto impermeabile e refrattaria alle sollecitazioni, che su di essa la multiculturalità parimenti riversa.

L'introduzione, nel discorso giuridico, di una prospettiva legata all'identità culturale e alla rilevanza che essa può rivestire nella definizione di alcune problematiche giuridiche coinvolge anche il livello legislativo. Si tratta in questo caso di capire se – e in che modo – l'appartenenza culturale (minoritaria) rientri tra gli elementi che il legislatore pre-assume ai fini della disciplina finale e come ciò eventualmente incida sull'esito legislativo. Ai fini delle riflessioni che si stanno svolgendo, non si vuole qui proporre un elenco delle possibili strade, che si aprono di fronte al legislatore quando affronti tali tematiche, né soprattutto si vuole sommariamente distinguere tra strategie "assimilazioniste" e strategie "multiculturaliste". Non si intende, cioè, ragionare degli indirizzi politici generali, verso i quali il potere legislativo potrebbe propendere dinanzi a problematiche multiculturali. Interessa, invece, capire se e come l'argomento culturale entri nel bagaglio retorico e decisionale del legislatore e come esso venga speso nella disciplina di specifiche questioni attinenti alla multiculturalità. Mancando in Italia, e più in generale in Europa, una propensione generalizzata verso accorgimenti multiculturalisti (analoga ad esempio a quella canadese), vengono soprattutto in rilievo quei casi in cui l'elemento culturale viene sì preso in considerazione, ma ai fini di escludere l'ammissibilità di pratiche culturalmente plasmate. A questo riguardo, emerge un particolare, ma significativo aspetto, che non di

⁹⁶ Consiglio di Stato, sentenza 556/2006, cit. In modo analogo, per il Tar Veneto il crocifisso "non solo non [è] contrastante ma [è] addirittura affermativo e confermativo del principio della laicità dello Stato repubblicano".

⁹⁷ Si legge, difatti, in un passaggio della sentenza del Tar Veneto: "Viviamo in un momento di tumultuoso incontro con altre culture, e, per evitare che esso si trasformi in scontro, è indispensabile riaffermare anche simbolicamente la *nostra identità*, tanto più che essa si caratterizza proprio per i valori di rispetto per la dignità di ogni essere umano e di universalismo solidale" (corsivo mio).



rado connota l'intervento legislativo su queste materie: l'opzione per le cosiddette "leggi-manifesto" e la retrostante predilezione per accorgimenti paternalistici e artificiosamente neutri. La tendenza in atto in molti paesi europei sembra, difatti, essere quella di adottare discipline altamente simboliche, in grado di veicolare messaggi rassicuranti per la collettività in ordine alla protezione di alcuni beni.

Una soluzione del genere è stata, ad esempio, adottata dal nostro ordinamento in merito a una questione spinosa: le mutilazioni genitali praticate sui corpi delle bambine appartenenti ad alcune comunità minoritarie. Nel 2006 il Parlamento italiano ha infatti approvato, con largo consenso, la legge n. 7 che, come in altri paesi, vieta quelle pratiche con disposizioni penali *ad hoc*. Il tema riveste in sé una posizione particolarmente delicata nel dibattito multiculturalista, suscitando interrogativi che in questa sede non possono essere approfonditi. E tuttavia, ai fini che qui rilevano, l'adozione di quel provvedimento legislativo costituisce un elemento significativo, poiché incarna bene le questioni qui affrontate, riassumibili nell'espressione "ragioni della legge *vs.* ragioni della giurisdizione"⁹⁸.

La scelta di ricorrere, in proposito, a un'incriminazione legislativa, per fattispecie altrimenti rientranti nelle lesioni personali, suscita invero non poche perplessità. I dubbi attengono non alla configurabilità delle mutilazioni genitali femminili come reato, ma al significato che leggi siffatte assumono in un contesto multiculturale e, soprattutto, all'efficacia deterrente che esse in concreto hanno. Sotto il primo profilo, è infatti da rilevarsi che, quantunque dietro una legge *ad hoc* vi sia l'intento di rendere esplicita la contrarietà a dette pratiche, l'opzione per una disciplina penale speciale rileva per lo più su un piano, quello simbolico, che interessa da vicino il nocciolo delle questioni multiculturali. La preferenza in questo caso per il diritto legislativo può, invero, acquisire la valenza di un'esclusione, poiché

"è proprio il carattere di *regola di supremazia* della legge, nella quale si esprime il principio di maggioranza, a creare una tensione ineliminabile con chi all'interno dell'ordinamento riveste la condizione di minoranza etnica e culturale"⁹⁹.

A differenza della soluzione giurisprudenziale, rispetto alla quale vi è comunque la possibilità che un altro giudice si pronunci in maniera

⁹⁸ G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Qcost*, 3/2007, 572.

⁹⁹ *Ivi*, 574 (corsivo dell'A.).



diversa¹⁰⁰, l'effetto di delegittimazione che la legge produce per le comunità interessate è difatti senz'altro maggiore e discende dal suo porsi come “regola di prevalenza definitiva e di imposizione di una soltanto delle posizioni in campo”¹⁰¹. Il rischio che, pertanto, si corre con l'adozione di una legge penale speciale è che le comunità minoritarie interessate dalla norma vivano il divieto come una sorta di condanna tout court della propria cultura, con l'unico risultato di assicurare la sola collettività di accoglienza e, al contempo, marcare una distanza tra un “noi”, che condanna, e un “loro”, da condannare¹⁰². D'altro canto, proprio sotto l'ulteriore profilo dell'efficacia della norma, è da sottolineare che una disciplina come quella italiana - caratterizzata da un pesante apparato sanzionatorio, che poco spazio lascia all'intervento del giudice – si arresta sul piano meramente simbolico della criminalizzazione sociale, che poco può sotto l'aspetto ben più importante della prevenzione e dell'effetto deterrente. La sola repressione formale, non preceduta da un adeguato dibattito con le comunità interessate e non accompagnata da strumenti culturali di lungo termine¹⁰³, si rivela difatti impotente sul piano del contenimento del fenomeno, poiché spinge al contrario la pratica verso una clandestinità, che allontana dalle strutture sanitarie e dalle aule giudiziarie¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Cfr. **S. RODOTÀ**, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello “scontro delle civiltà”*, in *Quest. giust.*, 4/2005, 734. Esprime un analogo favor per la soluzione giurisprudenziale dei conflitti culturali **G. GUAZZAROTTI**, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei “conflitti culturali”*, in *Studium iuris*, 2/2002, 871.

¹⁰¹ **S. RODOTÀ**, *Repertorio di fine secolo*, cit., 171, secondo il quale negli ordinamenti a struttura sociale pluralistica la legge dovrebbe, invece, strutturarsi come “regola di compatibilità tra culture e valori” (corsivi dell'A.).

¹⁰² Cfr. **T. PITCH**, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, 509; nonché **N. COLAIANNI**, *Eguaglianza e diversità culturali*, cit., 192.

¹⁰³ Evidenzia il carattere del tutto indeterminato dei primi articoli della legge n. 7/2006, dedicati alla prevenzione e all'informazione, **G. BRUNELLI**, *Prevenzione e divieto*, cit., 579. Secondo l'A. si tratterebbe, in realtà, solo di «una sorta di “lunga motivazione” della legge, con cui si intende giustificare la vera scelta del legislatore: la creazione di una nuova fattispecie di reato».

¹⁰⁴ **A. GENTILOMO**, **A. PIGA**, **A. KUSTERMAN**, *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2001, 31 ss. In proposito, si pensi che il paese in cui è arrivato nelle aule di tribunale un maggior numero di casi di mutilazione genitale femminile è la Francia, dove, pur essendo la pratica punita come lesione personale, non esiste una fattispecie incriminatrice *ad hoc*: cfr. **G. FORNASARI**, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in **AA. VV.**, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, 193.



La questione delle mutilazioni genitali femminili - e il modo in cui il legislatore italiano ha creduto di farvi fronte - consentono, nondimeno, di svolgere considerazioni più ampie sulle strade che giudici e legislatori intraprendono per rapportarsi alla multiculturalità. Sebbene diversi siano gli strumenti a disposizione degli uni e degli altri, non può non evidenziarsi un aspetto, che frequentemente emerge nelle motivazioni dei giudici così come nei dibattiti parlamentari. Accade, invero, molto di frequente che la decisione del giudice o l'intervento del legislatore su questi temi siano supportati da argomenti riguardanti l'eguaglianza di genere. Il mancato accoglimento giudiziario di istanze concernenti l'identità culturale e l'adozione di leggi in contrasto con quelle stesse istanze sono cioè dettati dall'idea che quelle rivendicazioni, se accolte, lederebbero i diritti fondamentali delle donne, così come riconosciuti negli ordinamenti "occidentali"¹⁰⁵. A tal proposito, è senza dubbio vero che molte istanze legate alla multiculturalità ruotano intorno alle donne e alle aspettative di sopravvivenza culturale che (anche) le comunità minoritarie riversano su di esse¹⁰⁶: dall'adempimento delle funzioni loro assegnate di riproduzione ed educazione dei membri del gruppo e dalla loro fedele appartenenza alle comunità di provenienza viene, infatti, fatta dipendere la trasmissione e il mantenimento dei vincoli collettivi e dell'identità culturale minoritaria. Ciò fa sì che molte rivendicazioni, concernendo le condotte che le donne tengono nei luoghi pubblici e nella sfera privata, incidano sui loro spazi di autonomia e libertà ovvero condizionino l'esercizio di alcuni diritti fondamentali¹⁰⁷. La preoccupazione per le ricadute in termini egualitari delle domande *lato sensu* multiculturali ha pertanto spinto, ad esempio, il legislatore francese a interdire il velo islamico nelle scuole pubbliche e il *burqa* negli spazi pubblici. Analoghi timori hanno portato alcuni giudici a rigettare istanze multiculturali attinenti al diritto di famiglia (in

¹⁰⁵ In dottrina si pone in questa ottica **S. M. OKIN**, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in **AA. VV.**, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, ed. J. Cohen, M. Howard, M. Nussbaum, Princeton, Princeton University Press, 1999, trad. it., *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, Raffaello Cortina, 2007.

¹⁰⁶ Sui motivi che determinano la centralità delle donne (e dei bambini) per la retorica dell'identità culturale si rinvia a **E. OLIVITO**, *Donne e minori: le ambiguità della retorica multiculturalista*, in **AA. VV.**, *Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanza*, a cura di F. Bilancia, F. M. Di Sciuillo, F. Rimoli, Roma, Carocci, 2008, 263 ss.

¹⁰⁷ Cfr. **A. FACCHI**, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 131 ss.



particolare, in relazione al riconoscimento del matrimonio poligamico e del ripudio)¹⁰⁸.

Pur non volendo disconoscere i delicati problemi che l'intreccio tra multiculturalità e diritti delle donne comporta - e non potendo ora soffermarci sulla necessità che tale profilo venga preso in considerazione senza ricadere in essenzialismi culturali o di genere¹⁰⁹ - preme comunque evidenziare il carattere spesso paternalistico e strumentale dei richiami ai diritti delle donne appartenenti a minoranze culturali. L'attenzione prestata alla loro condizione di soggetti (doppiamente) svantaggiati sembra, innanzitutto, caratterizzarsi per una connotazione fortemente paternalistica, nella misura in cui soprattutto l'intervento del legislatore viene presentato come necessario a salvaguardare i diritti di donne indifese, del tutto alla mercé (degli uomini) dei gruppi di cui sono membri. La retorica paternalistica si presta, cioè, a rimarcare la debolezza delle donne appartenenti a minoranze, per prospettare un'emancipazione possibile solo se eterodiretta. L'enfasi data alla loro pre-supposta posizione di subordinate nelle comunità di appartenenza e alla conseguente necessità che altri vadano loro "in soccorso" funge, pertanto, da sostegno a quella dimensione simbolica e pedagogica connessa al diritto, che però in questo ambito rischia di avere effetti controproducenti¹¹⁰. L'attenzione prestata ai riflessi delle domande identitarie sulle donne impone, invero, di non cadere in letture semplicistiche, per cogliere appieno le

¹⁰⁸ Cfr. Tar Emilia Romagna, Sez. I, sentenza 14 dicembre 1994, n. 926, in *Gli stranieri*, 1995, 58. Sulla giurisprudenza in tema di diritto di famiglia e immigrazione e, in particolare, sul richiamo di alcuni giudici al principio di 'eguaglianza tra i coniugi' vedi, da ultimo, **L. MIAZZI**, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, in *Quest. giust.*, 4/2005, 773; **G. BASCHERINI**, *Immigrazione e diritti fondamentali: l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007, 325.

¹⁰⁹ Sui rischi connessi all'intersecazione tra essenzialismo culturale - che riduce le culture a monadi isolate e invariabili - ed essenzialismo di genere - che schiaccia le diverse esperienze femminili sulla figura di una donna stereotipizzata - vedi **P. A. HARRIS**, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, in 42 *Stanford L. R.* 581 (1990); **K. CRENSHAW**, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*, cit.; **T. GRILLO**, *Anti-Essentialism and Intersectionality*, in 10 *Berkeley Women's L. J.* 16 (1995); **L. VOLPP**, *Talking "Culture": Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism*, in 96 *Columbia L. R.* 1580 (1996); **U. NARAYAN**, *Essence of Culture and a Sense of History: A Feminist Critique of Cultural Essentialism*, in 13 *Hypatia* 86 (1998); **R. KAPUR**, *The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics*, in 15 *Harvard Human Rights J.* 1 (2002).

¹¹⁰ In tal senso vedi **T. PITCH**, *Il trattamento giuridico*, cit., 509, la quale, ragionando di una legislazione *ad hoc* per le mutilazioni genitali femminili, sostiene che la funzione pedagogica di una norma si annulla se non è "preceduta e accompagnata da un ampio dibattito pubblico". Diversamente, infatti, essa "potrebbe essere [...] vissuta come autoritaria, discriminatoria, paternalista".



innumerevoli sfaccettature delle questioni affrontate ed escogitare accorgimenti realmente rispondenti alle esigenze di tutti i soggetti implicati. Difatti, allo stesso modo in cui, come prima si è osservato, la mera incriminazione delle mutilazioni genitali femminili può determinare risultati negativi in termini di emersione della pratica e apertura delle comunità coinvolte, il rifiuto incondizionato di riconoscere gli effetti del matrimonio poligamico¹¹¹ può risultare controproducente proprio per le seconde mogli (in termini di ricongiungimento, mantenimento dei figli e obblighi economici in caso di ripudio)¹¹². Osservazioni non dissimili possono farsi per il divieto di indossare il velo islamico nelle scuole pubbliche, quando il rifiuto delle studentesse comporti l'espulsione dalla scuola pubblica e la conseguenza sia l'istruzione a casa o in scuole confessionali.

Non s'intende in tal modo prospettare una semplicistica assimilazione di tradizioni e pratiche culturali, ciascuna delle quali pone sul tappeto problematiche diverse e non necessariamente confrontabili. Non si vuole neppure disconoscere *tout court* la rilevanza che ricopre il fattore di genere nella valutazione delle implicazioni sottese a espedienti multiculturalisti. Le perplessità suscitate dall'utilizzo dell'argomento "egalitario" nella composizione delle problematiche multiculturali riguardano, invece, gli effetti controproducenti, che possono scaturire da una considerazione sbrigativa e preconcepita dei rapporti di genere e dalla strumentalizzazione del loro peso nelle tematiche in oggetto. La diffidenza di fronte all'impiego di siffatti argomenti deriva, pertanto, dal modo superficiale e/o inconsapevole in cui essi sono spesi e dalla conseguente perdita di vista dei concreti interessi da tutelare. La cautela discende altresì dal timore che, attraverso il richiamo a profili di genere, si cerchi in realtà di perpetuare una visione stereotipata e monolitica delle culture minoritarie, per coprire normative e pronunce

¹¹¹ Per una più approfondita distinzione tra il riconoscimento della poligamia (*rectius*, poliginia) in sé – da escludersi in virtù del limite dell'ordine pubblico internazionale – e il riconoscimento degli "effetti di un rapporto legalmente costituito secondo la legge straniera, che si sono già prodotti all'estero" si rinvia a N. COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, Cacucci, 2000, 135 e relative indicazioni bibliografiche.

¹¹² In proposito Jean-Pierre Alaux ricorda che sono state proprio le donne a pagare il conto della legge francese n° 93-1072 del 24 agosto 1993 (c.d. *loi Pasqua*). Tale legge, condizionando il rinnovo del permesso di soggiorno alla conversione della famiglia poligamica in monogamica, ha fatto sì che molti immigrati ripudiassero le seconde mogli, in modo da sottrarsi ai relativi oneri economici nei loro confronti. Cfr. J.P. ALAUX, *À la rue sous prétexte de polygamie*, in *Plein droit*, 2001/51, rinvenibile in www.gisti.org/doc/plein-droit/51/polygamie.html.



culturalmente non neutre del manto, sempre spendibile ed efficace, dell'eguaglianza tra uomini e donne¹¹³. Se, pertanto, si ritiene di dover prestare particolare attenzione a tale fattore, ciò impone valutazioni a tutto tondo e, di rimando, soluzioni maggiormente articolate, non inclini alla logica dell'*aut-aut*.

6 - Chi decide delle culture?

L'emersione di conflitti sociali legati alla multiculturalità solleva – come si accennava all'inizio – interrogativi già noti in merito al ruolo del giudiziario e alla funzione della legislazione in una società pluralista, nonché rispetto ai rapporti tra l'uno e l'altra. Poiché, inoltre, molte delle problematiche in questione testimoniano i forti cambiamenti in atto nella società, torna a discutersi di quali siano i soggetti istituzionali più idonei ad accompagnare tali trasformazioni. Le riflessioni finora svolte potrebbero, dunque, concludersi con una scelta a favore della soluzione giurisprudenziale o legislativa delle questioni multiculturali e con l'esposizione delle motivazioni che lasciano propendere per l'una o per l'altra strada.

Indicazioni in tal senso, d'altronde, non mancano e i dibattiti dottrinali intorno alla multiculturalità spesso si concentrano sull'alternativa giudice/legislatore. A sostegno dell'intervento giudiziario sono portate, in particolare, diverse ragioni, che attengono sia ai caratteri propri della giurisdizione sia, in maniera simmetrica, alle peculiarità delle tematiche da affrontare. L'opzione giurisprudenziale può, difatti, ritenersi la soluzione da preferire nella composizione dei

¹¹³ In un'ottica siffatta, semplicistica e di falsa neutralità, mi pare peraltro che si pongano anche molti dei progetti di legge presentati in questa legislatura e che, a modifica dell'art. 5 della legge n. 152/1975 (legge Reale), sono volti a vietare e sanzionare – espressamente o in modo indiretto - l'uso nei luoghi pubblici o aperti al pubblico del burqa e del niqab (il testo dei progetti di legge è rinvenibile all'indirizzo www.camera.it/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/701%3Fleg%3D16%26file%3DAC0378B&back_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D2422%26leg%3D16%26tab%3D6%26stralcio%3D%26navette%3D). Si veda, ad esempio, A.C. 627 (Binetti e al.) che, in aggiunta al divieto previsto dal primo comma, al comma 3 del nuovo art. 5 precisa: "I segni e gli abiti che, liberamente scelti, manifestano l'appartenenza religiosa devono ritenersi parte integrante degli indumenti abituali. Il loro uso in luogo pubblico o aperto al pubblico è giustificato, ai fini del comma 1, a condizione che la persona mantenga il volto scoperto e riconoscibile" (corsivo mio). Di tali progetti di legge può leggersi in E.C. RAFFIOTTA, *La Francia approva il divieto all'utilizzo del burqa ... e in Italia?*, (il cui testo può leggersi all'url www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/stato_laico_liberta_religiosa/0007_raffiotta.pdf).



conflitti multiculturali, innanzitutto per la natura casistica delle pronunce giudiziarie. Il passaggio di singole istanze per le aule dei tribunali determina, invero, un approccio pragmatico e “sperimentale” alla multiculturalità, che si connota per soluzioni non definitive ed elastiche e per l’attenzione alle specificità del caso¹¹⁴. Una pronuncia legata alla decisione di fattispecie concrete consente, cioè, di tenere in conto le innumerevoli varianti, che rendono le domande culturalmente orientate non ascrivibili a dei *topoi* pre-figurati in astratto e non separabili da diverse condizioni fattuali. La possibilità, per i giudici, di valutare il contesto e le circostanze in cui la questione identitaria è affiorata costituisce, d’altro canto, la premessa necessaria per esaminare il ventaglio delle soluzioni a disposizione e per soppesarne concretamente gli effetti. Tutto ciò considerato, la soluzione giurisprudenziale parrebbe così sottrarsi alle difficoltà e ai pericoli che, invece, sono riferiti alla legislazione, perché propri della profezia¹¹⁵.

La preferenza per la via giurisdizionale è dettata, inoltre, dai caratteri stessi delle rivendicazioni multiculturali, che sottintendono complesse questioni di legittimazione sociale e di riconoscimento pubblico. Sollevare un’istanza che rimandi all’identità culturale dei soggetti vuol dire, infatti, fare in modo che, attraverso il suo accoglimento, quell’identità trovi riconoscimento. Sotto questo profilo, come si è già sottolineato¹¹⁶, il canale giudiziario offre uno spazio importante, in cui le domande di culture minoritarie, altrimenti escluse dalla mediazione politica, riescono ad acquisire visibilità. E ciò è ancor più evidente nel caso in cui il legislatore si mostri lento nel rispondere alle nuove esigenze sociali ovvero intervenga con provvedimenti diretti “ad imporre un determinato modo di guardare al fenomeno più che a risolvere i problemi che esso via via pone”¹¹⁷. Inoltre, se è vero che la risposta istituzionale alle questioni multiculturali può leggersi in termini di riconoscimento/disconoscimento delle identità collettive a esse sottese, la “sanzione” implicita nella pronuncia del giudice si presenta meno impegnativa, perché parziale. Mentre sul versante legislativo l’identità del gruppo minoritario è assunta nella sua interezza, con il rischio di strumentalizzare e assolutizzare particolari

¹¹⁴ Sulla pragmaticità ed elasticità della soluzione giurisprudenziale insistono **G. GUZZAROTTI**, *Giudici e Islam*, cit., 877, e **B. PASTORE**, *Multiculturalismo e processo penale*, cit., 3034. Per osservazioni più generali sul carattere empirico e sperimentale del diritto creato dai giudici vedi **M. CAPPELLETTI**, *Giudici legislatori?*, cit., 93 ss.

¹¹⁵ Così **R. POUND**, *The Formative Era of American Law*, Boston, Little Brown, 1938 (rist. 1950), 45.

¹¹⁶ Vedi *supra* §§ 2-3.

¹¹⁷ **S. RODOTÀ**, *Repertorio di fine secolo*, cit., 169.



profili di contrasto con i principi dell'ordinamento, di fronte al potere giudiziario la richiesta di riconoscimento attiene a singoli aspetti conformanti quella identità, ai quali soltanto si riferisce l'eventuale rigetto del giudice¹¹⁸.

L'affidamento delle problematiche multiculturali nelle mani del potere giudiziario incontra, nondimeno, alcune obiezioni, che fanno dubitare dell'opportunità di assegnare interamente ai giudici la risoluzione dei conflitti identitari. Le perplessità derivano, innanzitutto, dall'impressione che dietro tale indirizzo vi sia un'idea *naïve* della giurisdizione e dei conflitti sociali, per cui si è indotti a credere che questi possano essere risolti da una sentenza¹¹⁹. Ma quand'anche così non fosse, l'assegnamento riposto nel solo canale giudiziario lascia comunque scoperti molti nervi. L'enfasi sulla "mitezza" e sulla flessibilità della decisione giudiziaria non cancella, infatti, i rischi legati alle oscillazioni nella giurisprudenza e alle incertezze che ne conseguono in termini di tutela effettiva dei diritti. Le vicende relative ai simboli religiosi sono un chiaro esempio di come l'accumularsi di molte pronunce sul tema non sempre abbia portato alla formazione di chiari indirizzi giurisprudenziali, risolvendosi al contrario in una garanzia frammentata e malferma delle situazioni giuridiche soggettive. V'è, quindi, chi non manca di sollecitare un più fermo e deciso intervento dei parlamenti nazionali, tale che il legislatore possa non soltanto riappropriarsi del ruolo che gli è proprio, ma possa altresì indicare il punto di equilibrio da seguire nella risoluzione delle questioni in oggetto¹²⁰. Diversamente, l'ondivaga espansione di un diritto giurisprudenziale anche su queste tematiche rischia di assecondare il disimpegno del legislatore, già in affanno su molte questioni sociali, rendendo al contempo "il giudice tremendamente vulnerabile, tremendamente solo e [...] tremendamente nudo"¹²¹. Non solo, lo spostamento dell'asse verso la giurisdizione suscita rilievi analoghi a quelli avanzati verso il c.d. uso alternativo del diritto, nella misura in cui l'approntamento da parte del giudice di "regole" per la

¹¹⁸ Cfr. **A. GUAZZAROTTI**, *Riconoscimento politico e riconoscimento giurisprudenziale dei gruppi religiosi*, in *Quest. giust.*, 4/2005, 744 ss.

¹¹⁹ Contro tale illusione vedi **P. BARCELLONA**, *I conflitti spenti sotto la coperta della giustizia*, in **AA. VV.**, *Il potere dei giudici*, Roma, Manifestolibri, 1994, 20, secondo il quale la giustizia neutralizza e depotenzia i conflitti, non li risolve.

¹²⁰ Vedi al riguardo quanto sostenuto da **C. MARTINELLI**, *La questione del crocifisso tra intervento giurisprudenziale e intervento parlamentare*, in **AA. VV.**, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, cit., 163 ss.; **E. ROSSI**, *Laicità e simboli religiosi*, in **AA. VV.**, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, cit., 374 ss.

¹²¹ **R. CONTI**, *L'Europa e il crocifisso*, in *Politica del diritto*, 2/2010, 280.



singola fattispecie comporti una “categorizzazione di senso e di valore del caso”¹²², tale da comprimere gli spazi del legislatore.

Un’attenta considerazione delle ragioni che sostengono l’una o l’altra strada non sembra, tuttavia, che possa risolversi in una presa di posizione unilaterale a favore della soluzione giurisprudenziale o legislativa¹²³. Non è, d’altronde, questo il fine che anima queste riflessioni, con le quali invece si sono voluti evidenziare i rischi che ricadono su giudici e legislatore quando si confrontino con la multiculturalità. La questione, invero, non è stabilire chi debba decidere di questioni che involgono le identità culturali di una società, ma piuttosto come e con quali accortezze tali decisioni debbano esser prese. Sarebbe, infatti, riduttivo ritenere che uno dei due livelli d’intervento debba prevalere sull’altro, poiché le rispettive criticità dimostrano come, al contrario, vi sia necessità di un’accorta integrazione tra i due. Nella consapevolezza che decidere “sulle” culture – specie se minoritarie – vuol dire anche decidere “delle” culture¹²⁴, inscrivendo su di esse e sui loro membri determinati caratteri e riflettendone all’esterno una data immagine, è preferibile andare oltre una visione binaria del problema, per dare risalto ad alcuni profili di maggiore interesse. In primo luogo, occorre sgombrare il campo dall’idea di trovarsi su un terreno anomico, da cui il diritto dovrebbe rimanere

¹²² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 211, con riferimento però all’uso alternativo del diritto.

¹²³ Una conclusione in tal senso sarebbe, d’altra parte, forviante per un’ulteriore ragione. In aggiunta alla considerazione del livello giurisprudenziale e di quello legislativo, occorre tener conto che le questioni “pratiche” della multiculturalità passano spesso per le vie delle amministrazioni locali. Si pensi, ad esempio, a quelle ordinanze libere con cui alcuni sindaci – poi sconfessati dai giudici amministrativi – hanno fatto divieto alle persone di fede diversa dalla religione cristiana di accedere ai luoghi di culto di questa, ovvero hanno vietato l’utilizzo del burkini nel territorio comunale o, ancora, hanno disposto il divieto di aprire esercizi di somministrazione di alcuni alimenti riconducibili a culture “diverse”. Su questi aspetti vedi le interessanti riflessioni di R. MAZZOLA, *Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2010, che esattamente rileva come, attraverso l’uso abnorme delle ordinanze, “interi e delicati settori della vita civile del Paese, come quelli concernenti i diritti e le libertà fondamentali, sono soggetti, più che in passato, alla autonomia regolamentare degli enti locali, con la conseguenza di una forte riduzione del ruolo disciplinatore delle leggi ordinarie e formali” (*ivi*, 12). Ciò avviene al punto che “[s]ono i sindaci che con le loro ordinanze finiscono, di fatto, per condizionare le scelte del legislatore” (*ivi*, 16).

¹²⁴ Ciò implica peraltro, per il legislatore, la capacità di elaborare e, per il giudice, la capacità di leggere “le norme giuridiche utilizzando anche gli strumenti offerti da altre discipline”: A. CAPUTO, *La giurisdizione e i conflitti multiculturali*, in *Quest. giust.*, 4/2005, 725.



fuori. Poiché le questioni che si affacciano davanti al giudice e al legislatore sono molto complesse, attenendo all'incidenza dei legami comunitari sui comportamenti individuali e alla rispondenza di alcune pratiche all'identità dei gruppi, si potrebbe pensare di lasciare i conflitti culturali al "non diritto" e, dunque, al libero gioco delle parti. Ma così come in altri campi l'assenza di diritto si è rivelata illusoria, fungendo non da condizione di libertà ma da copertura di rapporti di forza sbilanciati¹²⁵, anche nell'ambito delle problematiche multiculturali un completo ritrarsi della regolazione giuridica si tradurrebbe sostanzialmente nel predominio degli interessi forti, sia nei rapporti tra gruppi sia all'interno dei gruppi¹²⁶. Anche per i conflitti culturali deve, quindi, pensarsi al diritto come un *medium* che, nei sistemi democratici, è chiamato a fornire le regole per la selezione degli interessi, evitando, auspicabilmente, che ciò si risolva nella mera registrazione dei rapporti di forza esistenti.

Se pertanto si assume l'idea di un diritto che, privo della pretesa di "sciogliere tutte le contraddizioni entro soluzioni di natura esclusivamente giuridica"¹²⁷, legittima i conflitti e ne orienta la definizione, nel caso dei conflitti culturali la presenza del diritto dovrebbe più che mai testimoniare un orientamento *lato sensu* "non-maggioritario" degli operatori giuridici¹²⁸. Tale espressione denota che, rispetto ai temi in esame, occorre richiamarsi ai principi costituzionali che, a bilanciamento del principio democratico maggioritario, riservano uno spazio - non di mera sopravvivenza, ma anche di partecipazione - alle minoranze. È a quei principi che giudici e legislatori dovrebbero rifarsi ogniqualvolta affrontino problematiche multiculturali, non potendo il loro intervento ridursi al mero mantenimento dello *status quo* e alla preservazione degli interessi dominanti. Ma una siffatta predisposizione, se riferita alle pronunce dei giudici ordinari e amministrativi, non deve intendersi come indebita sostituzione degli organi giurisdizionali alle maggioranze parlamentari né come velata

¹²⁵ Sui rischi legati all'ipotesi del "non diritto" e per una lettura articolata del rapporto "pieno/vuoto di diritto" cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, 19 ss.

¹²⁶ Per il riferimento alla necessità di integrare l'attenzione ai rapporti "intercomunitari" con uno sguardo alle relazioni "intracomunitarie" sia consentito rinviare ancora a E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione*, cit., 87 ss.

¹²⁷ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., 22.

¹²⁸ Per una lettura in chiave "anti-maggioritaria" della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui simboli religiosi e, in particolare, della sentenza *Lautsi* vedi S. MANCINI, *La supervisione europea presa sul serio*, cit.; EAD., *The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, 6.



amputazione della discrezionalità legislativa. Essa piuttosto si risolve nell'esigenza di una piena considerazione, in sede giurisdizionale, dei conflitti sottesi alle rivendicazioni identitarie, nonché del modo in cui i diversi rapporti di forza - tra soggetti e tra gruppi - incidono sulla garanzia dei diritti fondamentali. La richiesta di una siffatta propensione da parte dei giudici vuole, dunque, essere un invito a tener presente, nella decisione dei casi in oggetto, le disuguali condizioni di partenza, che alcuni gruppi minoritari scontano nell'esercizio dei propri diritti e nell'espressione della propria appartenenza culturale.

Un'analoga aspirazione dovrebbe, nondimeno, orientare anche il legislatore. Alla legislazione può ritenersi, invero, riservata la determinazione degli indirizzi politici generali in tema di multiculturalità e la definizione dei punti di equilibrio tra le diverse esigenze coinvolte. Tuttavia, quantunque si escluda l'idea di una funzionalizzazione della legge al perseguimento delle finalità poste in Costituzione¹²⁹, rimane fermo che il legislatore non può ridursi a mero interprete dei desideri e delle richieste della maggioranza¹³⁰, ma deve temperare i confliggenti interessi di una società multiculturale. Ciò comporta che la discrezionalità, che pur sempre gli va riconosciuta, non può spingersi fino al punto di schiacciare le richieste avanzate dalle minoranze culturali sui *diktat* della maggioranza. Per resistere alle pretese di una maggioranza, che invochi la propria identità culturale a sostegno di alcuni provvedimenti, il legislatore deve tenere a mente che la presa in carico dei problemi della multiculturalità presuppone senz'altro la consapevolezza del carattere mutevole delle culture, ma tale carattere deve essere assunto come proprio anche dell'identità culturale della maggioranza. Essa pertanto, nella sua supposta fissità, non è opponibile come schermo alle rivendicazioni multiculturali.

Dalle riflessioni fin qui svolte traspare in ultima analisi che, dinanzi alle tante questioni poste dalla multiculturalità sociale, si apre un circuito decisionale, in cui giudici e legislatore occupano spazi diversi, ma convergenti. In alcuni casi, come si è visto, nella legislazione si ha una delega, espressa o implicita, ai giudici perché essi precisino la disciplina del legislatore sulla base dei casi concreti; altre volte è, invece, il giudice (costituzionale o sovranazionale) che chiede al legislatore l'adozione di normative il più possibile rispondenti alla realtà sociale investita dalla questione. Sebbene in entrambe le ipotesi

¹²⁹ Si ricordino in proposito le posizioni di **F. MODUGNO**, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, II, 343 ss.; **A. S. AGRÒ**, *Il principio di eguaglianza formale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 135 ss.

¹³⁰ Cfr. **J. LUTHER**, *Il velo scoperto dalla legge*, cit., 89.



c'è il rischio di un *regressus ad infinitum*, in cui le domande di riconoscimento culturale possono restare imbrigliate, l'intreccio dei due livelli decisionali appare consustanziale alla composizione di conflitti, rispetto ai quali le sedi più idonee sono di volta in volta diverse.